

מסמך רקע בנושא :

הזכות החוקתית לשוויון

מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

מאת :

ד"ר הלל סומר
תמר ולדמן
ענת יחב

י"ט תמוז התשס"ה
26 ביולי 2005

תוכן העניינים

5	חלק א: מבוא
5	1. מטרת המסמך ומבנהו
5	2. הזכות לשוויון – כללי
7	3. שוויון פורמלי ושוויון מהותי
10	4. אפליה פסולה והבחנה מותרת
12	חלק ב: השוויון במשפט הישראלי
12	1. התפתחותו של השוויון כעקרון חוקתי במשפט הישראלי
14	2. האם הזכות לשוויון כלולה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?
17	חלק ג: השוויון בהצעות חוקה קודמות בישראל
17	1. הצעת חוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948)
17	2. הצעת חוק יסוד: מגילת הזכויות של האדם של פרופ' קלינגהופר (תשכ"ד-1963)
18	3. הצעת חוקה של פרופ' אקצין (תשכ"ד-1964)
19	4. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח (1973) (הכנסת השביעית – ועדת משנה בראשות בנימין הלוי)
19	5. הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופ' רייכמן) (1986)
20	6. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה-12 – קבוצת חברי כנסת בראשות אמנון רובינשטיין)
20	7. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה-12 – קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני)
20	8. הצעת חוקה של פרופ' בנדור (2000)
21	9. טיוטת הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005)
22	10. ניתוח ההצעות השונות לשוויון בהצעות חוקה לישראל
24	חלק ד: השוויון במשפט המשווה ובמשפט העברי
24	1. אמנות כלליות
24	(א) ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (האו"ם, 1948)
24	(ב) האמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966)
25	(ג) האמנה הבינ"ל בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות (1966)
26	(ד) האמנה הבינ"ל בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית (1969)
29	(ה) האמנה הבינ"ל בדבר ביעור כל צורות האפליה נגד נשים (1979)
31	2. ארה"ב
31	(א) חוקת ארה"ב – התיקון ה-14
32	(ב) חוק זכויות האזרח (Civil Rights Act)
32	(ג) ביקורת שיפוטית בנושא השוויון – עקרונות כלליים
33	(ד) העדפה מתקנת
35	(ה) סוגי אפליה נוספים, ואפליה על רקע נטייה מינית
35	3. אירופה
35	(א) האמנה האירופית לזכויות אדם (1950)
36	(ב) אמנות האיחוד האירופי
38	(ג) הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי (2000)
39	(ד) השוויון באיחוד האירופי – סוגיות נבחרות
41	4. אנגליה
43	5. קנדה

43	(א) הצ'ארטר הקנדי לזכויות אדם (1982)
44	(ב) השוויון בקנדה – סוגיות נבחרות
45	6. אירלנד (1937)
46	7. גרמניה (1949)
48	8. הודו (1949)
50	9. צרפת (1956)
51	10. הולנד (1983)
51	11. קרואטיה (1990)
51	12. מקדוניה (1991)
52	13. אסטוניה (1992)
53	14. ליטא (1992)
53	15. רוסיה (1993)
54	16. דרום אפריקה (1996)
55	17. פולין (1997)
56	18. שווייץ (1998)
57	19. פינלנד (1999)
57	20. השוויון במשפט העברי
57	(א) שוויון ושוני
58	(ב) נשים
58	(1) הפליות לטובת האשה
60	(2) הפליות לרעת האשה
62	21. ניתוח ומסקנות מתוך המשפט המשווה
63	חלק ה: מבחר חקיקה ישראלית בנושא השוויון
63	1. חקיקה המגנה על השוויון
63	(א) בתחום דיני העבודה והייצוג ההולם
63	(ב) בתחומי החינוך והבריאות
63	(ג) בתחומי המקומות הציבוריים והשירותים הציבוריים
64	(ד) בתחומים התקציביים והפוליטיים
64	(ה) שונות
64	2. חקיקה המגבילה את עקרון השוויון
64	(א) חוק השבות, תשי"ב-1950
65	(ב) חוקים המעניקים העדפה לנשים
67	חלק ו: סוגיות נבחרות בפסיקה ובספרות בנוגע לעקרון השוויון
67	1. עילות השוויון
68	2. אפליה על בסיס מין (אפליית נשים)
71	3. אפליה על בסיס נטייה מינית
72	4. אפלייתם של ערביי ישראל – לאום, דת, והמצב הביטחוני
76	5. אפליה של זרמים לא-אורתודוקסיים ביהדות
78	6. שוויון בתחום הדיור והקצאת מקרקעין
82	7. העדפה מתקנת
84	8. תיקון אפליה – כיצד?
88	חלק ז: נקודות לדיון
88	1. האם לכלול בחוקה את עקרון השוויון?

88	2. האם להכריז הכרזה "חיובית" על עקרון השוויון או להסתפק באיסור הפליה?
89	3. האם לציין רשימה של קריטריונים האסורים לאפליה, ואם כן – מהם?
89	4. האם הרשימה של הקריטריונים היא רשימה סגורה?
90	5. האם להתייחס במפורש לנושא השוויון בין המינים / קידום מעמד האשה?
90	6. האם הזכות ניתנת "לכל אדם" או רק לאזרחים ו/או תושבים?
91	7. האם להתייחס במפורש לשאלת ההעדפה המתקנת?
91	8. האם להחריג מתחולתו של השוויון תחומים מסוימים?
91	9. משפט פרטי
92	חלק ח: רשימת מקורות
92	1. חקיקה ישראלית
92	2. פסיקה ישראלית
94	3. ספרות ישראלית
94	4. פסיקה זרה
94	(א) ארה"ב
95	(ב) אירופה
95	(ג) אנגליה
96	(ד) קנדה
96	5. ספרות ומאמרים זרים
96	(א) ארה"ב
96	(ב) קנדה
96	(ג) משפט אירופי, גרמניה, ואנגליה

חלק א: מבוא

1. מטרת המסמך ומבנהו

מסמך זה הוכן כחומר רקע לקראת דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט לקראת דיוניה בזכות החוקתית לשוויון.

מסמך זה מורכב משמונה חלקים. חלק א' של המסמך עוסק בהגדרת הכללית של הזכות החוקתית לשוויון, תוך שהוא מציג את מונחי היסוד "שוויון פורמלי", "שוויון מהותי", "אפליה פסולה" ו"הבחנה מותרת". חלק ב' מציג היסטוריה קצרה של הזכות לשוויון במשפט הישראלי, ואת השאלה אם הזכות מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חלק ג' מציג התייחסות לזכות החוקתית לשוויון בהצעות חוקה וחוקי-יסוד בישראל, ומנתח את ההבדלים בין ההצעות השונות. חלק ד' סוקר את המשפט המשווה, ובוחן את השוויון בחוקותיהן של מדינות שונות, באמנות בינלאומיות, ובמשפט העברי. חלק זה מסתיים בניתוח הסוגיות העולות מהמשפט המשווה. חלק ה' סוקר את החקיקה הישראלית המסדירה היבטים מסוימים של עקרון השוויון, או הפוגעת, לפחות לכאורה, בזכות זו. חלק ו' סוקר סוגיות מרכזיות בנושא השוויון כפי שהן מופיעות בספרות המשפטית ובפסיקת בתי המשפט בישראל. חלק ז' הוא החלק האופרטיבי של המסמך, והוא מציג, בהסתמך על חלקי המסמך שקדמו לו, שאלות ונושאים לדיון שמוצע כי הוועדה תשקול בבואה להחליט אם לקבוע את הזכות לשוויון כחלק מחוקתה העתידית של המדינה, ואם כן, כיצד לעצבה. חלק ח' הוא רשימת המקורות ששימשו אותנו בהכנת המסמך.

המסמך אינו עוסק בנושא השוויון במגזר הפרטי, שכן נושא זה נדון על ידי הוועדה בנפרד.

כמו-כן, בעריכתו של מסמך זה הננו מודעים לפעילותם של שני צוותי משנה העוסקים האחד במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והאחר בנושא המיעוט הערבי. מובן כי לעבודתם של צוותים אלו השלכות מהותיות על הזכות לשוויון. הבאנו, איפוא, התייחסות קצרה בלבד לנושאים אלו, הנידונים בנפרד ובהרחבה בדיוני הוועדה. ממסמך זה הוכן תקציר, שכותרתו "מסמך רקע מקוצר" שהוגש לוועדה בנפרד.

2. הזכות לשוויון – כללי

שופטי בית המשפט העליון ומלומדים הרבו באמירות על חשיבותו הרבה של עקרון השוויון: בעניין **ברגמן** קבע השופט לנדוי כי השוויון "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".¹ בעניין **בן שלום** קבע השופט אלון כי השוויון "הוא ממהותה

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

ומאופייה של מדינת ישראל".² בעניין **בורקאן** קבע השופט שמגר כי [כלל אי-האפליה] "הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן".³

יצחק זמיר ומשה סובל מציבים את השוויון כבסיס לכל הזכויות כולן:

"השוויון הוא אחד מערכי היסוד של כל מדינה מתוקנת. כך גם בישראל. אפשר לומר כי השוויון, יותר מכל ערך אחר, הוא המכנה המשותף, אם לא הבסיס, לכל זכויות היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה. . . יש אומרים כי השוויון הוא אינו עוד ערך בין ערכי יסוד של חברה מתוקנת אלא הוא בעצם התכלית של חברה כזאת, או התכלית של המשפט בחברה ככל שהמשפט מנסה לעשות צדק".⁴

ובעניין **פורז נ' ראש עיריית תל אביב**, הוסיף בית המשפט העליון:

"אכן, השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית... הפרט משתלב למרקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידועו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא הפוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא הפוגעת בזהותו העצמית של האדם".⁵

זמיר וסובל מצינים כי שני קשיים מתעוררים לגבי השוויון כחלק ממגילת הזכויות. האחד, קושי עיוני בהגדרתו של השוויון, והאחר, קושי מעשי ביישומו. הקושי העיוני נובע מההשוואה בין זכות השוויון לזכויות אחרות. לרוב, כל אחת מזכויות האדם מסדירה תחום פעילות מסוים ומבטיחה לאדם חופש פעולה באותו תחום. לדוגמא, חופש הביטוי, העיסוק, התנועה וההתאגדות. לצד זכויות אלו ישנן זכויות כלליות

² ע"ב 2/88 בן-שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מג(4) 221, 272.

³ בג"צ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806.

⁴ יצחק זמיר, משה סובל "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (תש"ס) 165, 166.

⁵ בג"צ 953/87 פורז נ' מועצת עיריית ת"א, פ"ד מב(2) 309, 332.

("זכויות מסגרת") אך גם זכויות המסגרת, אפילו לפי הגישה המרחיבה ביותר, מוגבלות בהיקף פריסתן.

השוויון, לעומת זאת, לא רק שאינו תוחם התנהגות שאליה הוא מתייחס, אלא שרמת ההפשטה שלו כה גבוהה עד שהוא עשוי לחול גם בהעדר זכות מהותית כלשהי. דוגמא טובה לכך היא תמיכת הממשלה בגופים עסקיים. לפי ההלכה, אין ליצרן או ליצואן זכות מוקנית לקבלת סובסידיה. למרות זאת, עשוי בית המשפט להתערב כאשר הוא מוצא כי תמיכה שניתנה למתחריו של היצרן נגועה באפליה. מכאן, שהשוויון עשוי להקים זכות משפטית גם אם בפני עצמו, הוא אינו זכות משפטית.

הקושי היישומי נובע מסירובו של בית המשפט לקבל טענת אפליה במקרים רבים הגם שהוכח בפניו כי הרשות נהגה באופן שונה במקרים שונים, וזאת עקב קבלתו בידי בית המשפט של הנימוק שהבחנה רלבנטית.

זמיר וסובל כותבים כי השילוב של הקושי העיוני בהגדרת השוויון והקושי המעשי ביישום השוויון מכביד על השימוש בשוויון בתור זכות עצמאית. לא ברור אם השוויון הוא זכות במובן המקובל של המושג ובאילו עניינים יש לו מעמד של זכות כזו.⁶

3. שוויון פורמלי ושוויון מהותי

אבחנה יסודית ביותר בנושא השוויון היא האבחנה שבין שוויון **פורמלי** לשוויון **מהותי**. בנושא זה חלה התפתחות משמעותית בפסיקה הישראלית, שנעה יותר ויותר לכיוונו של השוויון המהותי, ובתוך כך, נתנה מעמד של כבוד להעדפה המתקנת, כחלק מן השוויון המהותי.

כך מסוכמים הדברים במאמרם של פינטו וסומר:

בראשית הדרך משלה בכיפה גישת "השוויון הפורמלי",⁷ שמקורה בליברליזם הקלסי, ואשר משמעותה היא "עוורון-צבעים" (או "עוורון-מינים"). הדגש בגישה זו מושם בחירותו ה"שלילית" של היחיד לא להיות מופלה לרעה בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת. מדובר אם כן במושג סביל האוסר על מקבל ההחלטות להתחשב בשיקול זר כגון דת, לאום, גזע או מין.⁸ התיאוריה הליברלית הקלסית מדגישה את האוטונומיה של הפרט ואת חופש הבחירה שלו, ומצדדת בהתערבות מינימלית

⁶ זמיר וסובל, לעיל הערה 4, בעמ' 170-174.

⁷ גישה זו מכונה גם בשמות "שוויון ביחס", "שוויון אישי" ו"שוויון פרוצדורלי"; ראו, למשל, רות בן-ישראל "השוויון במשפט העבודה מנין ולאן?" **שנתון משפט העבודה** 85, 100.

⁸ השופט זמיר קורא לסוג השוויון הפורמלי, הסביל, גם "עקרון השוויון במובן המקובל" (בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15, 29) וזאת, כדי להדגיש את האופי החדשני של סוג השוויון האחר, המהותי.

של המדינה. גישה זו דוחה את רעיון ההעדפה המתקנת, בראותה בו סטייה מעקרונות ליברליים קלאסיים, כגון חופש הקניין, חופש החוזים וחופש ההתאגדות.⁹ תפיסה ליברלית קלאסית תדגיש את תכונותיו וכישוריו של כל אדם כפרט, ותבקש לקבוע על-פיהם את מידת התאמתו לתפקיד מסוים.¹⁰ החל בשנות השמונים של המאה העשרים החלה הפסיקה לקדם גישה שונה, של "שוויון מהותי".¹¹ גישה זו רואה בעקרון השוויון נורמה חברתית, שמידת הצלחתה נבחנת בתוצאות. גישת השוויון המהותי אינה מרוצה מן התוצאות שהושגו בייצוגן של קבוצות חלשות במוקדי הכוח בחברה באמצעות מדיניות השוויון הפורמלי, בעיקר עקב כשלונן של השוויון הפורמלי במניעת תופעות של אפליה ממוסדת ושיטתית, מודעת או לא-מודעת, כלפי קבוצות חלשות. אפליה זו מונעת מהפרטים בקבוצות החלשות את ההנאה משוויון מלא, למרות זכאותם ליחס שווה.

השוויון המהותי שונה בשני היבטים עיקריים מן השוויון הפורמלי: ראשית, מאחר שהשוויון בתוצאות נמדד קבוצתית, בשוויון המהותי הדגש מוסט מן היחיד אל הקבוצה. שנית, השגת שוויון בתוצאות מחייבת פעולות חיוביות, מעשיות, המכוונות לקדם את בני הקבוצות החלשות בחברה.¹² פעולות אלה פוגעות על-פי-רוב בשוויון הפורמלי, שכן הן מעניקות

⁹ גיון לוק *על הממשל המדיני - המסכת השנייה* (מהדורה שנייה, תשי"ט) 96. ייצוג לרעיונותיו של לוק ניתן לראות גם אצל הפילוסוף נויזיק - Robert Nozick *Anarchy, State and Utopia* (1974) 26, 149.

¹⁰ זאת תמציתו של עקרון המריטוקרטיה (meritocracy), כפי שתואר לראשונה -- בהקשר שלילי דווקא -- אצל יאנג, שהציג חברה שבה הפרטים רוכשים את מעמדם בהתאם ליכולתם ולכישוריהם. ראו: Michael Young *The Rise of the Meritocracy* (1958) 69--72; Nicholas Lemann *The Big Test: The Secret History of the American Meritocracy* (1999) 115--119. ראו גם הילי מודריק-אבן חן *העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה* (נייר-עמדה, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2000) 9.

¹¹ גישה זו מכונה גם בשמות "שוויון מטריאלי" או "שוויון בתוצאות". ראו בן-ישראל, *לעיל* הערה 7, בעמ' 104. פרופ' מיכאל רוזנפלד מעדיף את המונחים "שוויון הזדמנויות" ("equality of opportunity") מול "שוויון בתוצאות" ("equality of result"). שוויון הזדמנויות מניח את יכולתו האוטונומית של האדם לממש את עצמו ולהגשים את שאיפותיו. שוויון בתוצאות, לעומת זה, מכיר בחלוקה הלא-שוויונית של הטובין והמשאבים, המחייבת נקיטת אמצעים פעילים לתיקון מצב זה. ראו: Michel Rosenfeld *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry* (1991) 22--29.

¹² בן-ישראל, *לעיל* הערה 7, בעמ' 105.

לחברי הקבוצה ה"חלשה" זכויות-יתר בגין השתייכותם לקבוצה.¹³

בספרם על המשפט החוקתי, מוסיפים רובינשטיין ומדינה דוגמאות חשובות נוספות ליישומם של עקרון השוויון המהותי:

"ניתן להדגים היבט זה של עקרון השוויון על פי ההלכות שנפסקו ביחס לשוויון הבחירות לכנסת. נפסק כי החובה לשמור על השוויון בבחירות אינה מתמצית בהענקת קול אחד לכל אחד. עקרון השוויון חל גם על הזכות להיבחר, וזאת, בשמירת שוויון הסיכויים של רשימות המועמדים השונות המתחרות בבחירות לכנסת. בשמירת השוויון בזכות לבחור קל להגדיר את השוויון בצורה פורמלית – קול אחד לכל אחד, אולם שמירת השוויון בזכות להיבחר אינה פשוטה. לשם כך נדרשת הגדרתם של המונחים "מתן הזדמנות שווה" או "שוויון בסיכויים".

השאלה המרכזית היא מהו אופיו של השוויון שיש להבטיח בזכות להיבחר, ובפרט: האם שוויון משמעותו התייחסות זהה אל כל הרשימות המתמודדות בבחירות, ללא קשר למספר נציגיהן בכנסת היוצאת, או שמא שוויון מחייב דווקא יחס שונה אל הרשימות השונות. השופט שמגר סבר כי הגישה הראשונה היא הנכונה. יש לנהוג באופן ניטרלי ביחס כלפי המפלגות הפוליטיות.¹⁴ אולם לדעת רוב שופטי בית המשפט העליון, יש ליתן להוראה בדבר שמירת השוויון בבחירות פרשנות מהותית, המתחשבת בשוני הרלבנטי בין המפלגות השונות; כלומר, לשם השגת השוויון בסיכויים להיבחר ניתן לפעול מתוך שונות. המסקנה הנגזרת מפרשנות זו היא, שניתן להתייחס באופן שונה אל מפלגות שקיים ביניהן שוני רלבנטי, לעניין מימון ומכסת השידור שתוקצה לכל מפלגה לצורכי תעמולה.

¹³ מיטל פינטו והלל סומר, "מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית - תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל" בתוך: **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל** (בעריכת ענת מאור, הוצאת רמות- אוני' ת"א, תשס"ה) 195, 196-197 (חלק מהערות השוליים הושמטו).

¹⁴ בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ב לה(4) 1.

ההלכה בעניין מתן סיוע כספי למוסדות שונים אף היא נפסקה על יסוד עקרון השוויון המהותי:¹⁵ כאשר נדרשת הרשות לקבוע כיצד לחלק סכום כסף נתון בין מספר מוסדות עומדות בפניה שתי אפשרויות עיקריות: האחת, להקצות את הסכומים בהתאם לאמת מידה "טכנית"... והשנייה, להקצות את הסכומים כך, ש"סל השירותים" אשר יעמוד לרשות המשתמשים בכל אחד מן המוסדות יהיה זהה, וזאת בהתחשב במכלול מקורותיו הכספיים וצרכיו המיוחדים של כל מוסד. גם כאן הועדפה הגישה השנייה.¹⁶

4. אפליה פסולה והבחנה מותרת

בעניין בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל הסביר הנשיא אגרנט:

"בית משפט זה קבע לא פעם אחת, כי יש להבדיל תמיד - הן לצורך פרשנות החוק והן כקנה מידה לסבירות הפעולה המינהלית של רשות ציבורית בעלת סמכות דיסקרציונית - בין הפליה פסולה (להלן - אפליה) לבין הבחנה מותרת. עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת. המושג "שוויון" בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדורש, לענין המטרה הנדונה, "טיפול שווה" (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-

¹⁵ בג"ץ 434/87 סן הרשקו נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מד(4) 154, 160.

¹⁶ אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהד' חמישית, תשנ"ו) כרך א, 288-

שוויון רלוונטי (inequality relevant) כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניוון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול".¹⁷

רובינשטיין ומדינה כותבים בספרם :

"לא הכל שווים בפני החוק, שכן החוק מביא בחשבון אי שוויון טבעי מסוים. מאידך, אין לקבל את הטענה לפיה החוק רשאי לקחת בחשבון אי שוויון טבעי בלבד, וחייב להתעלם מאי שוויון שהוא יציר האדם. על פי עקרונות השוויון המקובלים יש להתעלם מן ההבדל הטבעי שבין גבר לאשה מחד, אך מותר לקחת בחשבון הבדלים שהם יצירי החברה או האדם כמו ההבדל שבין עובד ציבור לבין אדם אחר, מאידך. . . .

תוצאה אחת של גישה זו הנה הכרה בהתחשבות באינטרסים מיוחדים הנובעים מטעמי לשון או דת. במקרה זה אנו מדברים על הבחנה מותרת, בניגוד לאפליה אסורה. למשל בסעיף 8(3) לפקודת בריאות העם, 1940, נקבע הסדר מיוחד ליהודים תוך התחשבות במצוות דתם. כמו כן נקבעו הסדרים מיוחדים לגבי תצלומים של נשים דרוזיות ומוסלמיות לעניין מרשם תושבים (סעיף 25 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965).

לא תמיד ניתן לקבוע את קו הגבול שבין אפליה פסולה להבחנה מותרת. בעיה קשה מתעוררת לגבי קביעת ימי מנוחה. ימי מנוחה אחידים במדינה נקבעו בשבת ובמועדי ישראל. נקיטת עמדה שוויונית-מיכנית – דהיינו, קביעת ימי מנוחה אחידים לכל התושבים – פירושה האמיתי פגיעה במיעוטים אלה; שכן אם ברצונם לקיים את מוות דתם חייבים יהיו לקיים שני ימי מנוחה שבועיים. בסעיף 18א לפקודת סדרי השלטון והמשפט הובטחה זכותם של מי שאינם יהודים לקיים ימי מנוחה בשבת ובחגיהם. זכות זו חסרת משמעות, אלא אם כן היא מלווה בזכות שלא לשבות בימי המנוחה הכלליים; ואכן, חוקי העזר העירוניים מבטיחים, בדרך כלל, את זכותם של אלה שאינם יהודים לפתוח את עסקיהם בשבתות.¹⁸

¹⁷ ד"נ 10/69 בורונובסקי נ. הרבנים הראשיים לישראל, פד"י כה (1) 7, 35.

¹⁸ רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 16, בעמ' 271-272, 286-287.

חלק ב: השוויון במשפט הישראלי

1. התפתחותו של השוויון כעקרון חוקתי במשפט הישראלי

עקרון השוויון, כזכות יסוד של האדם, זכה להכרה חלקית כבר בכתב המנדט על ארץ-ישראל,¹⁹ ובהחלטת החלוקה של עצרת האומות המאוחדות מיום כ"ט בנובמבר 1947, אשר חייבה את המדינה לחוקק חוקה המבטיחה בין השאר שוויון זכויות לכל אדם, והוסיפה ואסרה "כל אפליה מסוג שהוא בין התושבים מטעמים שבגזע, דת, לשון או מין". גם בהכרזת העצמאות של מדינת ישראל זכה עקרון השוויון להכרה חלקית, בקביעה כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין".²⁰

כבר בשנות קיומה הראשונות של המדינה נחקקו חוקים חשובים בתחום השוויון, ובהם חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951,²¹ אבל גם חוק השבות, תשי"ב-1950,²² שהוא חוק שיוצר, במודע ובמכוון, העדפה של יהודים וקרוביהם בזכות ההגירה לישראל. בהמשך, חוקקה הכנסת חוקים רבים הנוגעים לשוויון, ולעיתים להעדפה מתקנת. רשימה של חוקים עיקריים בנושא זה מופיעה בחלק ה' של מזכר זה, להלן.

דברי החקיקה שחוקקה הכנסת ואשר עיגנו היבטים מסוימים של עקרון השוויון –

"לא זכו למעמד נורמטיבי עדיף, והכנסת רשאית לסטות מן האמור בהם בחקיקה מאוחרת. עם זאת, בפסיקה התגבשה ההלכה, לפיה חזקה שתכליתו של דבר חקיקה לקדם את השוויון ולשמור עליו. לפיכך, כדי לסתור חזקה זו, נדרשת לשון מפורשת".²³

אכן, מלבד לגבי חוקים אשר סתרו את סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת,²⁴ דחו בתי המשפט את כל הניסיונות לתקוף חוקיות של חוקים בטענה של פגיעת חוקים אלו בשוויון.²⁵ מאידך:

"בית המשפט לא הגביל עצמו לתחומים שבהם חובת השוויון הוסדרה בחקיקה. הוא הדריך עצמו מאז ומתמיד, בתפיסת השוויון כעיקרון כללי. הוא עשה בעיקרון זה שימוש מגוון:

¹⁹ סעיפים 15, 21, 18 לכתב המנדט.

²⁰ הכרזה על הקמת מדינת ישראל ("הכרזת העצמאות"), ע"ר תשי"ח 1.

²¹ ס"ח 248.

²² ס"ח 159.

²³ רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 16, בעמ' 276-273.

²⁴ ס"ח התשי"ח 60 (להלן: חוק יסוד: הכנסת).

²⁵ זמיר וסובל, לעיל הערה 4, בעמ' 209-208.

לפרשנות חוקים, להשלמת חסר בחקיקה ולפיתוח הלכתי של המשפט.²⁶

מכיוון שהמחוקק עסק רק בתחומים ספציפיים של השוויון, לקחה הפסיקה תפקיד מרכזי ביותר בביצור מעמדה של הזכות לשוויון. כך, למשל, קבע בית המשפט כי יש לפרש חוקים בהתאם לחזקה כי המחוקק התכוון להגשים את עיקרון השוויון. בית המשפט עיגן כלל זה, כמו זכויות יצירות פסיקה אחרות, בהכרזת המדינה, באופייה הדמוקרטי ועוד.²⁷ הפסיקה פיתחה את איסור האפליה באמצעות כלים של המשפט המנהלי, ובראשם האיסור על רשות מנהלית לשקול שיקולים זרים,²⁸ ותוך קביעה כי פעולה מתוך אפליה מהווה שיקול זר, או שהיא מהווה פעולה בחוסר סבירות.²⁹

זמיר וסובל, הסוקרים בהרחבה את תולדותיו של עקרון השוויון במשפט הישראלי, רואים בבג"ץ פורז³¹ משום נקודת-מפנה חשובה בהתפתחותו של עקרון השוויון. בפרשת פורז, עתר חבר הכנסת פורז נגד החלטת מועצת העיר תל-אביב-יפו שלא לכלול נשים בין נציגי המועצה באסיפה הבוחרת את רב העיר. בית המשפט סבר כי שיקולי העירייה לצעד זה היו שיקולים ענייניים, אך החליט בכל זאת לפסול את ההחלטה בשל התעלמותה מעקרון השוויון, שהינו שיקול רלוונטי להפעלת הסמכות. נקבע כי עקרון השוויון נובע הן מן החוק המסמיך והן משיקולים כלליים הנובעים משיטתנו המשפטית ונובעים מערכי היסוד ועקרונות היסוד של השיטה. זמיר וסובל כותבים כי ההכרה בשוויון כשיקול ענייני שאינו מוגבל לחוק זה או אחר, יוצרת חובה לכל רשות מנהלית לכוון את דעתה ומעשיה לקידום השוויון או לכל הפחות, לצמצום אפליה ככל האפשר.³²

רק בנקודה אחת זכה עקרון השוויון למעמד נורמטיבי עדיף מפורש: עקרון השוויון בבחירות לכנסת מעוגן בלשון מפורשת בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת הקובע כי הבחירות תהיינה "שוות", וסעיף זה אף קובע כי אין לשנותו אלא ברוב חברי הכנסת. בית המשפט העליון פסק, עוד קודם ל"מהפכה החוקתית" של שנת 1992, כי הוא מוסמך לבטל חוק הסותר את עקרון השוויון בבחירות לכנסת ואשר לא נתקבל ברוב הדרוש של "רוב חברי הכנסת" (61 ח"כים במצב רגיל) וכך עשה פעמים אחדות.³³

²⁶ שם, בעמ' 166-167, 170.

²⁷ ראו למשל ד"ר 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7; בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221.

²⁸ ראו למשל בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261.

²⁹ ראו למשל בג"ץ 720/82 אליצור נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז (3) 17.

³⁰ זמיר וסובל, לעיל הערה 4, בעמ' 186-189.

³¹ בג"ץ 953/87 פורז נ' מועצת עיריית ת"א, פ"ד מב (2) 309.

³² זמיר וסובל, לעיל הערה 4, בעמ' 195-196.

³³ בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693; בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ב לה (4) 1; בג"ץ 142/89 לאו"ר לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד (3) 529.

2. האם הזכות לשוויון כלולה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

מן הרקע ההיסטורי ברור כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו³⁴ לא נועד להוות מגילת זכויות ישראלית שלמה. על-פי לשונו, חוק-היסוד נועד לעגן במעמד-על חוקתי כמה זכויות המנויות בו: הזכות לחייו, לשלמות גופו ולכבודו של אדם; הזכות לקניין; הזכות לחירות; הזכות לחופש תנועה חיצוני; והזכות לפרטיות ולצנעת חיים. למרות חשיבותן הרבה של חלק מזכויות אלה, החוק לא נועד להיות מגילת זכויות שלמה, שהרי חוק-היסוד לא היווה אלא אחד מבין כמה חוקי-יסוד שקודמו בשיטת האטומיזציה, שאף הם לא היוו מגילת זכויות שלמה.

ואולם, כידוע בבית המשפט העליון ובספרות המשפטית הצטברו אמרות רבות שלפיהן רוב הזכויות המוכרות (למעט הזכויות החברתיות) נכללות בגדרו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפי עמדה זו, זכויות אלו, שלא הוזכרו בחוק-היסוד ואשר במקרים מסוימים אף הושמטו ממנו בכוונת המכונן, קיבלו בכל-זאת מעמד-על חוקתי מכוח חוקי-היסוד החדשים, על כל המשתמע מכך, בהיותן חלק מ"כבוד האדם". בפרט, משמעות הדבר היא שחקיקה של הכנסת עשויה להיפסל בשל קביעה כי פגיעתה בזכויות אלה אינה לתכלית ראויה, או שאינה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, או שאינה מידתית. אחת הזכויות שאמרות אלה מתייחסות אליהן היא הזכות לשוויון.

לא היה זה מקרה שהזכות לשוויון לא עוגנה במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. למעשה, עקרון השוויון היווה את אבן הנגף המרכזית בהליך חקיקת חוק היסוד. כפי שמתארת יהודית קרפ:

"...הקרבות המרים ביותר היו סביב נוסחת סעיף השוויון. מלכתחילה סבב המאבק על דרישת נציגי המפלגות הדתיות לקבוע בצד סעיף השוויון את שוברו, המוציא מגדר אפליה את חוק השבות וכל חקיקה אחרת הנובעת מאופייה היהודי של המדינה. דרישה זו עוררה התנגדות בשל עמימות הנוסח המתייחס לאופיה היהודי של המדינה, היקפו ומשמעותו הקיצונית. המתנגדים טענו שחוק השבות אינו מבטא עיקרון מפלה ומקומו בחוקה אין צריך שיהיה בפרק זכויות היסוד. ההתנגדות נבעה גם מהניגוד המשתמע בין יהדותה של המדינה להיותה מדינה דמוקרטית, ניגוד המשתמע מעצם הצורך לעשות את יהדות המדינה סייג לסעיף השוויון... הויכוח סביב סעיף השוויון היה אבן הנגף הבולטת ביותר בדרכה של החקיקה. שאלות יסוד אלה ובעיקר נושא יהדותה של המדינה, הציבו בין בעלי המחלוקת תהום שלכאורה אינה ניתנת

³⁴ ס"ח התשנ"ב 150 (להלן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

לגישור. אמנם המוסכמה הפוליטית הייתה והינה כי לא ניתן לחוקק חוקה, אלא בהסכמה רחבה. הויכוח שנמשך לאורך השנים שיקף בעיקרו התמודדות של כוחות ציבוריים שהתנהלה מתוך שיקולים ועמדות כוח פוליטיים.³⁵

למרות הרקע ההסטורי הברור, שופטים ומשפטנים רבים סבורים כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מקנה לשוויון מעמד של זכות חוקתית.³⁶ הקביעה מנומקת בדרכים שונות: היות השוויון חלק מהזכות לכבוד אשר מעוגנת בחוק היסוד;³⁷ עיגונה מכוח פסקת המטרה שבסעיף 1 לחוק היסוד, כחלק מ"ערכיה של מדינת ישראל כיהודית וכדמוקרטית";³⁸ עיגונה מכוח פסקת עקרונות היסוד שבסעיף 1 לחוק היסוד, הקובע כי זכויות היסוד יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות (הכוללת הוראת שוויון). השופט דורנר פיתחה גישת ביניים, לפיה, לא כל פגיעה בשוויון נכללת במסגרת "כבוד האדם" שבחוק היסוד אלא רק פגיעה על רקע השתייכות קבוצתית כגון אפליה לרעה מחמת גזע, או מין, הגורמת להשפלת חברי הקבוצה המופלית.³⁹

המחלוקת בנושא זה באה לידי ביטוי בפסק-הדין בעניין **שדולת הנשים**. הגישה המרחיבה יוצגה בידי השופט מצא, אשר בהסתמכו על אמרת אגב בפסיקה קודמת קובע כי "עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית".⁴⁰

הגישה האחרת יוצגה בידי השופט זמיר, אשר אף כי הסכים לפסק-דינו של השופט מצא בכל שאר העניינים, טרח לכתוב חוות-דעת נפרדת רק לעניין מעמד-העל החוקתי של עקרון השוויון. אמנם, זמיר מסכים כי יש לפרש חוקים כמחילים את עקרון השוויון, בשל אזכור ההכרזה על הקמת המדינה בפסקת עקרונות היסוד, ומשום שבהכרזה נזכר עקרון השוויון. אולם - לדבריו - "זוהי רק הצהרה נאה, שבפועל אינה מחדשת דבר, שהרי כך נהגנו מאז ומתמיד". והוא מוסיף:

חברי, השופט מצא, אומר יותר מזה. הוא אומר, אף כי לא בלשון החלטית, כי עקרון השוויון נכלל בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "כחלק מן הערך של כבוד האדם", שהוא זכות מן הזכויות המעוגנות בחוק-יסוד זה, ולפיכך הועלה עקרון זה,

³⁵ יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו- ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 323, 336-337.

³⁶ לסקירה מקיפה בנושא זה ולעמדה נוגדת, לפיה השוויון אינו כלול בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו הל סומר "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח (תשנ"ז) 257.

³⁷ קרפ, **לעיל** הערה 35, בעמ' 351-352.

³⁸ זוהי דעתה של יהודית קרפ, **שם**, בעמ' 351-347.

³⁹ בגישה זו מצדדת למשל השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94, 132-133.

⁴⁰ בג"צ 454/94 **שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501, 526 (להלן: "שדולת הנשים").

באמצעות חוק היסוד, "למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית". ...אלה הם דברים מרחיקי-לכת.

וכי מה משמעות הדבר שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה את עקרון השוויון למדרגה על-חוקית? כאמור אין לכך משמעות מעשית בכל הנוגע לפרשנות חוק או ליישום חוק, שכן כך הוא הדין אף לפני חוק היסוד ומחוצה לו. אמור מעתה, יש לכך משמעות מעשית אחת בלבד: שמעתה עקרון השוויון יכול לשמש את בית-המשפט עילה לפסול חוק חדש שאינו מתיישב עם עקרון השוויון. ושאלה היא אם אמנם זו כוונת החוק.⁴¹

וכך כותבים רובינשטיין ומדינה:

"עם קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובעיקר עם הוספת סעיף 1 לחוק היסוד בתשנ"ד, לפיו זכויות היסוד של האדם בישראל... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", התגבשה הדעה – שטרם זכתה לביסוס חד משמעי בפסיקה – כי עקרון השוויון זכה למעמד נורמטיבי על חוקי. גישה זו מבוססת על פירוש רחב של הזכות בדבר "כבוד האדם וחירותו", ועל ההפניה לעקרונות הכרזת העצמאות. קבלתה של עמדה זו תביא לכך שדבר חקיקה, אשר יפגע בזכות לשוויון, יידרש לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד.⁴²

השופט ברק הביע את עמדתו כבר פעמים רבות, בעיקר בספרות, כי השוויון נכלל בכבוד האדם:

"דעתי בעניין זה היא כי הזכות לכבוד האדם כוללת גם את איסור האפליה."⁴³

למעשה, על אף החשיבות הגדולה בנוגע לסוגיית השוויון, טרם הוכרעה המחלוקת בנוגע לעיגון השוויון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴⁴

⁴¹ שם, בעמ' 535.

⁴² רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 16, בעמ' 273-276.

⁴³ אהרון ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א (תשס"ד) 3, 42.

⁴⁴ הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59 (תשס"ד), 67.

חלק ג: השוויון בהצעות חוקה קודמות בישראל

1. הצעת חוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948)

ההצעה כוללת הוראות בדבר שוויון בפרק העיקרים שלה. יש לציין כי הצעתו של יהודה פנחס כהן נועדה, בין היתר, לקיים את החלטה 181 של העצרת הכללית של האו"ם מיום כ"ט בנובמבר 1947, אשר הורתה, בהחלטת החלוקה, גם על הוראות ספציפיות שיש לכלול בחוקת המדינה היהודית והמדינה הערבית באשר לשמירת זכויות שני העמים בשתי המדינות. הצעתו של יהודה פנחס כהן נועדה להגשים את התחייבותה של המדינה העברית במישור בינלאומי זה.

ההצעה מגדירה את השוויון לתושבים, וקובעת רשימה של עילות אפליה אסורות – גזע, דת, לשון ומין. השוויון מוגדר כאיסור אפליה כללי, ונוספה לו הוראה ספציפית המקנה זכויות אזרח וזכויות פוליטיות שוות, ואיסור אפליה בכהונה ציבורית.

סעיף 4

(1) משפט אחד יהיה לכל תושבי ישראל. לא תפלה המדינה בין איש לאיש מטעמי גזע, דת, לשון או מין.

(2) זכויות אזרח וזכויות פוליטיות שוות נתונות לכל אזרחי ישראל. אזרח לא יופלה לרעה לגבי כהונה ציבורית או עליה בדרגה בשל טעמי גזע, דת לשון או מין.

דברי ההסבר לסעיף זה מבהירים כי הוא מנוסח לפי הקווים של ההצהרה שבהחלטת האו"ם.

2. הצעת חוק יסוד: מגילת הזכויות של האדם של פרופ' קלינגהופר (תשכ"ד-1963)

ההצעה מגדירה את השוויון "לכל בני האדם". נכללה בה רשימה מפורטת הרבה יותר של עילות אפליה – גזע, ארץ מוצא, מין, לאום, דת, השקפה, עדה, מפלגה, לשון, מעמד חברתי או מצב כלכלי, ובסעיף נפרד – נאסרה הפלייתם של מי שנולדו מחוץ לנישואין. ההצעה קובעת במפורש כי אין היא פוגעת בשלושה סוגים של דינים קיימים שיש בהם, לכאורה, חוסר שוויון: הוראות חוק המגינות על נשים, חקיקה הקובעת את זכותם של יהודים לעלות לישראל (דוגמת חוק השבות) וחקיקה המתנה זכויות, חובות, או כשרות לתפקידים ציבוריים באזרחות ישראלית.

36. כל בני האדם שווים לפני החוק

37. לא תהא אפליה בין אדם לאדם מפאת גזע, ארץ מוצא, מין, לאום, דת, השקפה, עדה, מפלגה, לשון, מעמד חברתי או מצב כלכלי.

38. הוראות הסעיפים 36 ו- 37 אין בהן כדי לפגוע בכל דין הבא להגן על אשה באשר היא אשה, ואין בהן כדי לגרוע מהוראות חוק הקובעות את זכותם של יהודים לעלות לישראל, או מכל דין המתנה זכויות, חובות או כשרות לתפקידים ציבוריים באזרחות הישראלית.

39. לא תהא אפליה בין אלו שנולדו מנישואין לבין אלה שלא נולדו מנישואין.

3. הצעת חוקה של פרופ' אקצין (תשכ"ד-1964)

ההצעה מגדירה את השוויון באופן "שלילי" – על ידי קביעתו של איסור אפליה. האפליה אסורה "בין איש לאיש". בהצעה נכללה בה הרשימה המפורטת של עילות האפליה - גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, לשון, עדה, מפלגה, מעמד חברתי ומצב כלכלי. ההצעה מחילה את איסור האפליה על הכנסת ועל הרשויות הציבוריות, אולם מחילה את איסור האפליה חלקית גם על המגזר הפרטי בתחום "היחסים הכלכליים" תוך התייחסות ספציפית לתחומי הדיור והתעסוקה. סעיף נפרד קובע שוויון בין נשים לגברים בזכויות אישיות וקנייניות, אולם הסעיף מבהיר כי הוא אינו פוגע בדיני נישואין והתרת נישואין ובחוקים המגנים על נשים.

סעיף 16.

(א) שום חוק ושום הוראה או פעולה אחרת של הכנסת או של כל רשות ציבורית אחרת לא יפלו בין איש ואיש מפאת גזע, דת, לאום, ארץ-מוצא, לשון, עדה, מפלגה, מעמד חברתי או מצב כלכלי.

(ב) שום אפליה לא תונהג ביחסים כלכליים, לרבות יחסי דיור ועבודה בשכר, ע"י כל יחיד, תאגיד או גוף אחר, בתחום המדינה, מפאת גזע, דת, לאום, ארץ-מוצא, לשון, עדה, מפלגה, מעמד חברתי או מצב כלכלי.

סעיף 17.

דין אחד יהיה לאיש ולאשה לגבי זכויות אישיות וקנייניות ולגבי כל פעולה משפטית. אין הוראה זו באה לפגוע בדיני נישואים והתרת-נישואים, ולא בדינים המכוונים להגן על אשה באשר היא אשה.

4. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח (1973) (הכנסת השביעית – ועדת משנה בראשות בנימין הלוי)

ההצעה כוללת נוסח הצהרתי לפיו הכל שווים בפני החוק, ובנוסף הוראת איסור אפליה מרשימה ארוכה של טעמים - גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה, מעמד חברתי, השתייכות ארגונית או פוליטית.

הועדה הציעה שתי גרסאות חלופיות לסעיף החרגה ספציפי בהקשר של איסור האפליה. שתי הגרסאות מתירות, בדומה להצעת פרופ' קלינגהופר, חקיקה המתנה זכויות, חובות, או כשרות לתפקידים ציבוריים באזרחות ישראלית. גרסה א' משריינת, בנוסף, את חוק השבות ואת חוק האזרחות, וכן את החקיקה המגינה על נשים. גרסה ב' משריינת "כל הוראת חוק הנובעת ממהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית".

2. (א) הכל שווים לפני החוק.

(ב) אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה, מעמד חברתי, השתייכות ארגונית או פוליטית.

(ג) גירסה א: אין באמור בסעיף קטן (ב) כדי לפגוע בחוק השבות או בחוק האזרחות, בכל הוראת חוק המתנה זכויות או חובות או כשירות לתפקידים ציבוריים באזרחות ישראלית, או בכל הוראת חוק המגינה על אשה באשר היא אשה.

גירסה ב: אין באמור בסעיף קטן (ב) כדי לפגוע בכל הוראת חוק המייחדת זכויות או חובות או כשירות לתפקידים ציבוריים לאזרחי המדינה, או בכל הוראת חוק הנובעת ממהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

5. הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופ' רייכמן) (1986)

ההצעה כוללת נוסח הצהרתי לפיו כל בני האדם שווים בפני החוק, ובנוסף הוראת איסור אפליה מרשימה ארוכה של טעמים - גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה, מעמד אישי או חברתי, והשתייכות פוליטית. חידושה של הצעה זו שהיא קובעת שהרשימה של הקריטריונים האסורים לאפליה אינה רשימה סגורה, ואוסרת אפליה "מכל טעם אחר שאינו ממין העניין".

ההצעה מחריגה במפורש את חוק השבות וקובעת כי היא אינה פוגעת בו. כמו-כן, היא קובעת כי מותר להעניק זכויות או כהונה למשרה ציבורית רק לבעלי אזרחות ישראלית.

שוויון לפי החוק ואיסור אפליה

7. (א) כל בני האדם שווים לפני החוק

(ב) אין להפלות בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה, מעמד אישי או חברתי, השתייכות פוליטית, או מכל טעם אחר שאינו ממין העניין. (ג) אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע בזכות השבות. (ד) הוראת חוק לפיה אזרחות ישראלית מהווה תנאי לזכויות או לכהונה במשרה ציבורית – אין בה משום אפליה

6. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה- 12 – קבוצת חברי כנסת בראשות אמנון רובינשטיין)

גם כאן, ההצעה כוללת נוסח הצהרתי לפיו כל בני האדם שווים בפני החוק, ובנוסף הוראת איסור אפליה מרשימה ארוכה של טעמים. גם הצעה זו קובעת כי הרשימה אינה סגורה ואסור גם להפלות מטעם "אחר" שאינו ממין העניין.

2. שוויון לפני החוק ואיסור אפליה
הכל שווים לפני החוק; אין מפלים בין איש לאשה ואין מפלים בין אדם לאדם מטעמי דת, לאום, גזע, עדה, ארץ מוצא או מכל טעם אחר, והכול כשהטעם אינו ממין העניין.

7. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה- 12 – קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני)

שוב, ההצעה כוללת נוסח הצהרתי לפיו כל בני האדם שווים בפני החוק, ובנוסף הוראת איסור אפליה מרשימה ארוכה של טעמים. גם הצעה זו קובעת כי הרשימה אינה סגורה ואסור גם להפלות מטעם "אחר".

4. שוויון לפני החוק ואיסור אפליה
כל בני האדם שווים לפני החוק. אין להפלות בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, זרם דתי, השקפה, מעמד אישי או חברתי, השתייכות פוליטית או מכל טעם אחר.

8. הצעת חוקה של פרופ' בנדור (2000)

ההצעה כוללת את השוויון רק בדרך של איסור אפליה. ההצעה כוללת רשימה סגורה של קריטריונים אסורים לאפליה, וכוללת בתוכם, לראשונה, איסור אפליה בגין נטיה מינית. ההצעה קובעת במפורש כי אין היא פוגעת בשלושה סוגים של דינים קיימים שיש בהם, לכאורה, חוסר שוויון: דיני איסור והיתר לנישואין וגירושין (הגדרה צרה יותר מכלל

דיני המשפחה), הוראות חוק המגינות על נשים, וחקיקה המתנה זכויות, חובות, או כשרות לתפקידים ציבוריים באזרחות ישראלית.
ראוי לציין כי הצעתו של פרופ' בנדור מעלה את חוק השבות לדרגה חוקתית על ידי הכללת הוראתו המהותית כחלק מהחוקה.

83. שוויון

(א) אין להבחין בין אדם לאדם מטעמים של גזע, ארץ-מוצא, מין, נטייה מינית, לאום, דת, השקפה, עדה, מפלגה, לשון, מעמד חברתי או מצב כלכלי.

(ב) אין בהוראה זו כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין, בכל דין הבא להגן על אשה באשר היא אשה, ובכל דין המתנה זכויות או כשרות לתפקידים ציבוריים באזרחות או בתושבות של ישראל.

9. טיוטת הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005)

גם הצעה זו כוללת נוסח הצהרתי לפיו "הכל" שווים בפני החוק, ובנוסף הוראת איסור אפליה מרשימה ארוכה של טעמים. גם הצעה זו קובעת כי הרשימה אינה סגורה ואסור גם להפלות מטעם "אחר" כשהטעם אינו ממין העניין. בנוסף, עקרון השוויון או חלקים ממנו נזכרים בחלקים שונים של הצעת החוקה, כמפורט להלן:

כבר בעיקרי ההצעה, בסעיף 1(ג) נקבע כי:

"המדינה תנהג בשוויון כלפי כל אזרחיה"

בשער השני הדן בזכויות היסוד נקבע בסעיף 1 כי:

"זכויות היסוד של האדם מושתתות על קדושת החיים, כבוד האדם, חירות האדם, שוויון ועל השאיפה להשגת צדק חברתי."

בפרק הזכויות, בסעיף 4 נקבע:

4. שוויון לפני החוק ואיסור אפליה

הכל שווים לפני החוק; אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, דת, לאום, מין, עדה, ארץ מוצא, מוגבלות או מכל טעם אחר והכל כשהטעם אינו ממין העניין.

ובסעיף 22 במסגרת עיגון הזכות לחינוך נאמר, בין היתר:

"מדינת ישראל תשקוד.. להבטחת שוויון הזדמנויות לכל תושביה."

בנוסף, בסימן ב קבעה חובת עובדי ציבור לשמור על ערך השוויון. בסימן ג בסעיף 3 נקבע צמצום אי השוויון כיעד כלכלי. לבסוף, גם בפרק הדן בתקנות שעת חירום, הוזכרה החובה לאיסור על "אפליה מטעמי גזע, דת, לאום, מין, עדה, ארץ מוצא, מוגבלות או מטעם אחר."

10. ניתוח ההצעות השונות לשוויון בהצעות חוקה לישראל

כל הצעות החוקה בישראל כוללות התייחסות לעקרון השוויון. מרבית ההצעות מכילות הצהרה פוזיטיבית על שוויון בפני החוק.⁴⁵

כל ההצעות מחילות את העיקרון על "הכל" או על "כל בני האדם"⁴⁶ ורק בהצעה אחת הוא מוחל על תושבים בלבד.⁴⁷ יש עם זאת הצעות שטורחות להבהיר במפורש כי מותר להעניק זכויות מסוימות לאזרחים בלבד.⁴⁸

הצעות החוקה מונות רשימה של קריטריונים אסורים לאפליה. בחלק מן ההצעות רשימת הקריטריונים היא סגורה⁴⁹ ובאחרות, הרשימה אינה סגורה ואסור להפלות גם מכל טעם "שאינו ממין העניין"⁵⁰ או "מכל טעם אחר".⁵¹ הרשימה המצומצמת ביותר מתייחסת לגזע, דת, לשון או מין,⁵² הצעות אחרות מתייחסות בנוסף גם לקריטריונים של

⁴⁵ הצעת יהודה פנחס כהן, הצעת פרופ' קלינגהופר, הצעת בנימין הלוי, הצעת פרופ' רייכמן, הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ שולמית אלוני, הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ אמנון רובינשטיין, הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

⁴⁶ הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ שולמית אלוני, הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ אמנון רובינשטיין, הצעת פרופ' רייכמן, הצעת בנימין הלוי והצעת פרופ' קלינגהופר.

⁴⁷ הצעת יהודה פנחס כהן.

⁴⁸ הצעת יהודה פנחס כהן מרחיקה לכת יותר מכך וקובעת כי רק לאזרחי ישראל יינתנו זכויות אזרחיות ופוליטיות שווה וכי אזרח לא יופלה לרעה לגבי כהונה בתפקיד ציבורי בשל טעמי גזע, דת, לשון או מין; הצעת פרופ' קלינגהופר, הצעת בנימין הלוי, הצעת פרופ' רייכמן והצעת פרופ' בנדור (חל גם על תושבות).

⁴⁹ הצעת יהודה פנחס כהן, הצעת פרופ' קלינגהופר, הצעת פרופ' אקצין, הצעת בנימין הלוי והצעת פרופ' בנדור.

⁵⁰ הצעת פרופ' רייכמן, הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ אמנון רובינשטיין והצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

⁵¹ הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ שולמית אלוני.

⁵² הצעת יהודה פנחס כהן.

ארץ מוצא, מעמד חברתי, עדה ולאום וישנה גם התייחסות לנטייה מינית⁵³ השקפה,⁵⁴ מצב כלכלי,⁵⁵ ולמוגבלות.⁵⁶

חלק מן ההצעות מחריגות תחומים מסוימים בדין הישראלי מתחולתו של עקרון השוויון ואיסור האפליה, או מבהירים שהחוקה אינה פוגעת בהם. תחומים אלו הם נושא השבות,⁵⁷ נישואין וגירושין,⁵⁸ דינים שנועדו להגן על האשה באשר היא אשה⁵⁹ הצעת פרופ' קלינגהופר מבטיחה בנפרד שוויון למי שנולדו מחוץ לנישואין. הצעת פרופ' אקצין מתייחסת בסעיף נפרד לשוויון בין נשים לגברים. הצעתו של פרופ' אקצין היא היחידה המתייחסת בנפרד לאפליה במגזר הציבורי ואוסרת במפורש אפליה גם במשפט הפרטי, כולל בתחום הדיור.

⁵³ הצעת פרופ' בנדור.

⁵⁴ הצעת פרופ' קלינגהופר.

⁵⁵ הצעת פרופ' קלינגהופר.

⁵⁶ הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

⁵⁷ הצעת פרופ' קלינגהופר, הצעת בנימין הלוי והצעת פרופ' רייכמן.

⁵⁸ הצעת פרופ' אקצין, הצעת בנימין הלוי (גירסה ב' יכולה להשתמע כמגנה על הדין האישי הנובע מההלכה היהודית) והצעת פרופ' בנדור.

⁵⁹ הצעת פרופ' קלינגהופר, הצעת פרופ' אקצין, הצעת בנימין הלוי (גירסה א') והצעת פרופ' בנדור.

חלק ד: השוויון במשפט המשווה ובמשפט העברי

1. אמנות כלליות

(א) ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (האו"ם, 1948)

ההכרזה פותחת בקביעה כי כל בני האדם נולדו חופשיים ושווים בכבודם ובזכויותיהם. בהמשך, היא קובעת כי כל אחד זכאי לזכויות ולחירויות על פיה בלא כל הבחנה שהיא, והיא מונה רשימה רחבה של עילות אפליה אסורות – המוצגת כדוגמאות בלבד ולא כרשימה סגורה.

Article 1

All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

Article 2

Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

(ב) האמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966)

האמנה קובעת כי המדינות החתומות עליה יבטיחו את הזכויות הכלולות באמנה לכל אדם בשטחן, בלא כל הבחנה מסוג כלשהו. גם אמנה זו מונה רשימה לא סגורה של עילות אפליה אסורות.

Article 2

1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex,

language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Article 3

The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all civil and political rights set forth in the present Covenant.

Article 4

1 . In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.

ישראל חתמה על האמנה ואשררה אותה בשנת 1991 אך הסתייגה לגבי מצב החירום ולגבי השוויון בדיני המשפחה.

(ג) האמנה הבינ"ל בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות (1966)

בדומה לקודמתה, אף אמנה זו קובעת כי המדינות החתומות עליה יבטיחו את הזכויות הכלולות באמנה לכל אדם בשטחן, בלא כל אפליה מסוג כלשהו. גם אמנה זו מונה רשימה לא סגורה של עילות אפליה אסורות.

סעיף נפרד קובע כי המדינות החברות מתחייבות להבטיח את זכותם השווה של גברים ונשים להנאה מכל הזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות.

Article 2

2. The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Article 3

The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all

economic, social and cultural rights set forth in the present Covenant.

(ד) האמנה הבינ"ל בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית (1969)

אמנה זו מסדירה ניסיון לקבוע, במישור הבינלאומי, איסור מוחלט על אפליה על בסיס גזעי.

סעיף 1 לאמנה מגדיר את המונח "אפליה גזעית" ככולל כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדים על נימוקי גזע, צבע, יחוס משפחתי, מוצא לאומי או אתני, שמטרתם או תוצאתם יש בהן כדי לבטל או לפגוע בהכרה, ההנאה והשימוש, או לפגוע בהכרה, בהנאה או בשימוש, על בסיס שווה, של זכויות האדם וחירויות היסוד השונות. האמנה מתירה אפליה בין אזרחים ללא-אזרחים, וכן היא מתירה אפליה בתחום האזרחות, ובלבד שאינה מכוונת כלפי לאום מסוים. האמנה גם מתירה צעדים הנחוצים לקידומן של קבוצות אתניות מסוימות כך שיוכלו ליהנות מזכויות באופן שווה.

סעיף 2 לאמנה קובע כי מדינות בעלות האמנה מגנות אפליה גזעית ומתחייבות לנקוט, בכל האמצעים הנאותים, וללא דיחוי, מדיניות של ביעור אפליה גזעית בכל צורותיה ולקדם הבנה בין כל הגזעים.

סעיף 3 קובע כי המדינות בעלות האמנה מגנות הפרדה גזעית ואפרטהייד ומתחייבות למנוע, לאסור או לעקור מן השורש, בשטחים שבתחומי שיפוטן, כל נוהג מסוג זה.

סעיף 4 קובע כי המדינות בעלות האמנה מגנות כל תעמולה וכל ארגון המבוסס על רעיונות או תיאוריות שבעליונותם גזע או קבוצת אנשים בעלי צבע מסויים או מוצא אתני מסויים. או כאלה המנסים לקדם שנאה גזעית. ומתחייבת לעשות מאמצים על מנת לעקור מן השורש כל אפליה להסתה כאמור, לרבות בדרך של חקיקה פלילית.

Article I

1. In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.

2. This Convention shall not apply to distinctions, exclusions, restrictions or preferences made by a State Party to this Convention between citizens and non-citizens.

3. Nothing in this Convention may be interpreted as affecting in any way the legal provisions of States Parties concerning nationality, citizenship or naturalization, provided that such provisions do not discriminate against any particular nationality.

4. Special measures taken for the sole purpose of securing adequate advancement of certain racial or ethnic groups or individuals requiring such protection as may be necessary in order to ensure such groups or individuals equal enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms shall not be deemed racial discrimination, provided, however, that such measures do not, as a consequence, lead to the maintenance of separate rights for different racial groups and that they shall not be continued after the objectives for which they were taken have been achieved.

Article 2

1. States Parties condemn racial discrimination and undertake to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating racial discrimination in all its forms and promoting understanding among all races, and, to this end:

(a) Each State Party undertakes to engage in no act or practice of racial discrimination against persons, groups of persons or institutions and to ensure that all public authorities and public institutions, national and local, shall act in conformity with this obligation;

(b) Each State Party undertakes not to sponsor, defend or support racial discrimination by any persons or organizations;

(c) Each State Party shall take effective measures to review governmental, national and local policies, and to amend, rescind or nullify any laws and regulations which have the effect of creating or perpetuating racial discrimination wherever it exists;

(d) Each State Party shall prohibit and bring to an end, by all appropriate means, including legislation as required by

circumstances, racial discrimination by any persons, group or organization;

(e) Each State Party undertakes to encourage, where appropriate, integrationist multiracial organizations and movements and other means of eliminating barriers between races, and to discourage anything which tends to strengthen racial division.

2. States Parties shall, when the circumstances so warrant, take, in the social, economic, cultural and other fields, special and concrete measures to ensure the adequate development and protection of certain racial groups or individuals belonging to them, for the purpose of guaranteeing them the full and equal enjoyment of human rights and fundamental freedoms. These measures shall in no case entail as a consequence the maintenance of unequal or separate rights for different racial groups after the objectives for which they were taken have been achieved.

Article 3

States Parties particularly condemn racial segregation and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature in territories under their jurisdiction.

Article 4

States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or ethnic origin, or which attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form, and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination and, to this end, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, inter alia:

(a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of

violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

(b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;

(c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or incite racial discrimination.

**(ה) האמנה הבינ"ל בדבר ביעור כל צורות האפליה נגד נשים
(1979)**

האמנה הבינלאומית בדבר ביעור של כל הצורות של אפליה נגד נשים לשוויון נשים אומצה ע"י העצרת הכללית של האומות המאוחדות בדצמבר 1979, ונכנסה לתוקף בספטמבר 1981, לאחר הצטרפותן של 20 מדינות. ישראל הייתה בין המדינות הראשונות שחתמו על האמנה, כבר ביולי 1980.

האמנה כוללת הוראות כלליות בדבר ביעור אפליה נגד נשים. קידום מעמדה של האישה, סילוק דעות קדומות ונהלים שיש בהם משום אפליה נגד נשים. שוויון של גברים ונשים בפני החוק והוראות ספציפיות בנושאים שונים כגון: השתתפותן של נשים בחיים הציבוריים ושוויון בתחומי האזרחות, החינוך, התעסוקה, הבריאות, הכלכלה והחברה. להלן קטעים מתוך המבוא לאמנה, כפי שתורגמו באתר הכנסת:

"המדינות בעלות האמנה הזאת ברושמן לפניהן כי מגילת האומות שבה ומאשרת את האמונה בזכויות היסוד של האדם, בכבודה וביקרה של נפש האדם ובזכויות שוות לגבר ולאישה. ברושמן לפניהן כי ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם מאשרת את העיקרון של אי קבילותה של אפליה, ומצהירה כי כל בני אנוש נולדו בני חורין ושווים בכבוד ובזכויות, וכי כל אדם זכאי לכל הזכויות והחירויות המפורטות בה, ללא הבחנה מכל סוג שהוא, לרבות הבחנה המבוססת על מין.

ברושמן לפניהן כי על המדינות בעלות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות האדם מוטלת החובה להבטיח את זכויותיהם השוות של גברים ונשים להנאה מכל הזכויות הכלכליות, הסוציאליות, התרבותיות, האזרחיות והמדיניות.

בתיתן את דעתן לאמנות הבינלאומיות שנכרתו בחסות האומות המאוחדות והסוכנויות המיוחדות לקידום שוויון הזכויות של גברים ונשים.

בהזכירן כי אפליה נגד נשים מפירה את עקרונות שוויון הזכויות ושמירת כבודו של בן אנוש, הינה מכשול להשתתפותן של נשים, בתנאים שווים לגברים, בחיים המדיניים, הסוציאליים, הכלכליים והתרבותיים בארצותיהן, מפריעה לגידול הרווחה של החברה והמשפחה ומקשה על פיתוח המלא של הכוח הטמון בנשים. בשרות ארצותיהן ובשירות האנושות.

בהיותן מודאגות מכך שבמצבי עוני ניתנת לנשים גישה מועטת ביותר למזון, לבריאות, לחינוך, להכשרה, לאפשרויות לתעסוקה ולצרכים אחרים.

בהיותן משוכנעות כי פיתוחו המלא והשלם של העולם ועניין השלום, מחייבים השתתפות מרבית של נשים, בתנאים שווים לגברים, בכל התחומים.

בזוכרן את תרומתן הגדולה של נשים לרווחת המשפחה ולפיתוח החברה, תרומה שעד כה לא הוכרה במלואה, את המשמעות החברתית של האמהות ואת התפקיד של שני ההורים במשפחה ובגידולם של ילדים, ובהיותן מודעות לכך כי תפקידה של האישה בלידה אסור לו שיהיה בסיס לאפליה, אלא שגידולם של ילדים דורש חלוקת אחריות בין גברים ונשים והחברה בכללותה.

בהיותן מודעות לכך, כי נדרש שינוי בתפקידם המסורתי של גברים וכן של נשים בחברה ובמשפחה כדי להשיג שוויון מלא בין גברים לנשים.

בהיותן נחושות בדעתן להוציא אל הפועל את העקרונות שפורטו בהצהרה בדבר ביעורה של אפליה נגד נשים. ולשם כך, לאמץ את האמצעים הנדרשים לביעורה של אפליה כאמור בכל צורותיה וגילוייה⁶⁰.

⁶⁰ מתוך אתר הכנסת: <http://www.knesset.gov.il/library/heb/docs/sif006.htm>

האמנה עוברת לטפל בזכויות נשים על פני ארבעה עשר סעיפים, שעיקרם דיון בזכויות אדם של נשים ובמעמדן המשפטי, וכן עוסקת בהרחבה בזכויות נשים בקשר עם זכות לחיי משפחה (reproductive rights).⁶¹

ישראל הסתייגה מן האמנה בהקשר לדיני המשפחה בישראל, כדלקמן:

“with regard to Article 7(b) of the convention concerning appointment of women to serve as judges of religious courts where this is prohibited by any of the religious communities in Israel”

“with regard to Article 16 of the convention, in so far as the laws of personal status binding on the several religious communities in Israel do not conform with the provisions of that article”

2. ארה"ב

סקירת המשפט האמריקני להלן מבוססת בעיקרה על הספר "Constitutional Law".⁶²

(א) חוקת ארה"ב – התיקון ה-14

התיקון ה-14 לחוקת ארצות הברית קובע כי לכל אדם המצוי באחת ממדינות ארצות הברית הזכות ל"הגנה שווה" של החוקים.

Amendment XIV [1868 - Privileges and Immunities, Due Process, Equal Protection]

Section 1

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

⁶¹ נוסח האמנה המלא נגיש באתר <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>

⁶² Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes *Constitutional Law in a Nutshell* (5th edition, 2003), pp 252-319. (להלן: "ברון").

(ב) חוק זכויות האזרח (Civil Rights Act)

חוק זכויות האזרח קובע את עקרון השוויון בזכויות אל מול רשויות המדינה. בנוסף, חלקים מסוימים בחוק זכויות האזרח קובעים איסורי אפליה החלים גם במישור הפרטי, בתחולה מצומצמת יותר מאיסור האפליה המוחלט שבמישור הציבורי.

§ 1981. Equal rights under the law

Statement of equal rights

All persons within the jurisdiction of the United States shall have the same right in every State and Territory to make and enforce contracts, to sue, be parties, give evidence, and to the full and equal benefit of all laws and proceedings for the security of persons and property as is enjoyed by white citizens, and shall be subject to like punishment, pains, penalties, taxes, licenses, and exactions of every kind, and to no other.

(ג) ביקורת שיפוטית בנושא השוויון – עקרונות כלליים

התיקון ה-14 לחוקה עוסק, לכאורה, רק בהגנתם של החוקים. ואולם, כיום ברור כי לא מדובר רק על אכיפה שווה של החוקים אלא שהחוקים עצמם צריכים להיות שוויוניים. בית המשפט העליון בארצות הברית פיתח שלוש רמות שונות של ביקורת שיפוטית על פעולות הפוגעות בשוויון. בעניינים הקשורים לסוגיות כלכליות וחברתיות, בית המשפט מחיל סטנדרט של סבירות, ולפיו אם ההבחנה שעורך החוק מתקשרת באופן סביר למטרה הגיונית, אז החוק הינו חוקתי. כאשר החוק מחיל סיווג חשוד (suspect classification) או כאשר החוק פוגע באופן מהותי במימושה של זכות יסוד על ידי חלק מהאזרחים, בית המשפט מחיל מבחן מחמיר יותר של ביקורת שיפוטית (strict scrutiny). במקרה כזה, על מנת למנוע את פסילת החוק, על המדינה להוכיח שההבחנה בחוק נחוצה על מנת להגשים מטרה ראויה, ושאינן לרשותה חלופה אשר תשיג את המטרה בלא פגיעה פחותה יותר בשוויון. גישה השלישית מוחלת במקרים העוסקים באפליה על בסיס מין ובאפליה על בסיס היות המופלה אדם שנולד מחוץ למסגרת של נישואין (illegitimacy) ולגבי מקרים אלו הנהיג בית המשפט העליון הפדרלי גישה ביניים הדורשת, כדי שהחוק יהיה חוקתי, כי ההבחנה תהיה "קשורה באופן מהותי" ל"מטרה חשובה". עם זאת, בשנים האחרונות, ההבחנה הנוקשה בין שלוש רמות הביקורת השיפוטית מיטשטשת מעט, ונראה כי מתפתח מבחן ביניים של סבירות לפיו הרמה של הביקורת השיפוטית תשתנה בהתאם לקבוצה

המופלטית לרעה או הטעם לאפליה, הנזק שנגרם באמצעות הסיווג ואופי התכלית המדינתית המצדיקה את הסיווג.⁶³

בית המשפט העליון האמריקני נימק את הביקורת השיפוטית המחמירה יותר במקרים של אפליה על בסיס גזע או לאום בטענה שבית המשפט צריך להגן על מיעוטים אלו כי ההליך הפוליטי הרגיל סגור בפניהם⁶⁴ וכן בשל טעמים הנובעים מהיסטוריה וסטיגמה. בדרך כלל כאשר מיישמים סטנדרט זה של ביקורת שיפוטית התוצאה הינה שהחוק מפר את הזכות לשוויון, ומוכרז כלא-חוקתי.

בהקשר זה התעוררה גם שאלת הסגרגציה (הפרדה) במערכת החינוך בחלק ממדינות ארצות הברית. במשך מרבית המאה ה-20 נקבע כי הפרדה גזעית רשמית בתחומים חברתיים אינה מפרה את הזכות לשוויון.⁶⁵ הלכה זו התהפכה בפסק הדין הידוע *Brown*⁶⁶ שבו נקבע כי חינוך נפרד אינו שווה, באופן מהותי, וכי חוק הדורש או מתיר הפרדה גזעית בבתי הספר מפר את הזכות לשוויון בתיקון ה-14 לחוקה.⁶⁷

על מנת שחוק ייפסל עקב היותו נגוע באפליה, האפליה לא צריכה להיות הבסיס היחידי או המרכזי של החוק, אבל היא צריכה להיות אחת ממטרותיו. העובדה כי הממשלה מאמצת מדיניות בידועה כי היא תיצור אפליה לא מספקת את דרישת הכוונה. האפליה יכולה להיות ברורה או משתמעת. אם מדובר באפליה משתמעת, הטוען לאפליה חייב להוכיח שהפעולה שעל פניה נראית כניטרלית למעשה מהווה אפליה סמויה, ורק אז ינקוט בית המשפט בביקורת שיפוטית מחמירה.

אם מוכח כי אפליה הייתה אחד מן הגורמים לפעולה הממשלתית, נטל הראיה עובר למדינה. המדינה יכולה להצדיק את פעולתה על ידי כך שתראה שהכוונה להפלות לא היוותה בסיס לתוצאה המפלה. המדינה יכולה גם להימנע מביקורת שיפוטית מחמירה על ידי הוכחה שהיא הייתה בהכרח מגיעה לאותה תוצאה גם אם לא הייתה ננקטת פעולה מפלה. אם תיכשל בכך, המדינה תהיה חייבת להתמודד עם הביקורת השיפוטית המחמירה.⁶⁸

(ד) העדפה מתקנת

מדינות ובתי המשפט בארצות הברית התלבטו ועודם מתלבטים בשאלת ההעדפה המתקנת, היינו שימוש בקריטריון הגזע (או בקריטריון מפלה אחר) על מנת לתקן אפליה גזעית שנעשתה בעבר, תוך העדפתה של הקבוצה שהופלתה בעבר.

⁶³ שם, בעמ' 252-254.

⁶⁴ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), at footnote 4.

⁶⁵ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁶⁶ *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁷ ברון, לעיל הערה 59, בעמ' 269-293.

⁶⁸ ברון, לעיל הערה 59, בעמ' 262-268.

במאמרו בנושא ההעדפה המתקנת במשפט האמריקני,⁶⁹ מסביר יורם רבין כי בבית המשפט העליון האמריקאי ניטש ויכוח חשוב לגבי הלגיטימיות (או החוקתיות) של ההעדפה המתקנת ובהקשר זה ניתן להצביע על שתי דעות עיקריות: 1. דעה אחת נכונה להכיר בהעדפה מתקנת כאמת-מידה שוויונית. המצדדים בגישה זו טוענים כי לנוכח "חטאי העבר", גם הנצחת הסטטוס קוו כשלעצמה יוצרת ומהווה אפליה. מכאן שיש לראות בהעדפה המתקנת אחת מנגזרותיו של עקרון השוויון החוקתי עצמו.⁷⁰ 2. דעה אחרת היא כי יש להכיר בהעדפה מתקנת רק כבחריג מותר לעקרון השוויון החוקתי. הרציונל המונח ביסוד תפיסה זו הוא שניתן להכיר בהעדפה מתקנת רק כאשר מוכח כי היא מיועדת לפצות פרט או קבוצה הנמנים עם השכבות החלשות על חטאי האפליה החברתית שממנה סבלו בעבר. לאמור: העדפה מתקנת תזכה בהכרה רק כאשר היא מיישמת מידה של "אפליה מבטלת אפליה".⁷¹

רבין מסכם כך את עמדת המשפט האמריקאי בקשר לסוגיית ההעדפה המתקנת:

1. העדפה מתקנת כשלעצמה אינה בלתי חוקתית – עקרון ההעדפה המתקנת כנורמה חברתית מעולם לא נפסל באופן גורף כנוגד את החוקה.
2. הצורך לפצות על קיפוח בעבר הינו שיקול לגיטימי – במקרים רבים שבהם אישר בית המשפט הסדרים שהתבססו על העדפה מתקנת, המכנה המשותף להכרעה החיובית היה הנימוק כי הצורך לפצות על קיפוח בעבר גובר, בנסיבות העניין, על השיקול של שמירת עקרון השוויון בהווה.
3. השיקול של גיוון (diversity) – הפסיקה קבעה כי ככל שמדובר בתוכניות העדפה מתקנת באמצעות התקשרויות ממשלתיות (ואף פרטיות), המטרה ליצור גיוון אינה לגיטימית כשלעצמה. עם זה, המטרה להשיג גיוון הינה לגיטימית ככל שהיא נוגעת בתוכניות העדפה מתקנת בקבלה למוסדות להשכלה גבוהה. הלכה זו נקבעה עוד בעניין Bakke בשנת 1978, ואושרה על ידי בית המשפט העליון בשני פסקי דין משנת 2003.⁷²
4. הכלי של קביעת מכסות אינו חוקי בדרך כלל – הפסיקה קובעת כי כל קביעה שרירותית של מכסות – קרי: אחוז מסוים של משרות לבני קבוצה מסוימת – תיפסל. יש לנמק באמצעות נתונים סטטיסטיים מדוע נקבע אחוז זה.

⁶⁹ יורם רבין "העדפה מתקנת בארצות-הברית: עלייתה, ירידתה ועלייתה?" בתוך: **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל** (ענת מאור עורכת, 2004) 89.

⁷⁰ דעתו של השופט Blackmun בפסק הדין בעניין Bakke: 438 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

⁷¹ דעת הרוב בעניין Bakke, **שם**.

⁷² *Gratz & Hamacher v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2441 (2003); *Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003).

5. העדפה מתקנת הינה כלי זמני – בית המשפט העליון קבע כי על תוכניות העדפה מתקנת להיות זמניות, וכי יש לקבוע יעד לסיומן. בפסקי הדין האחרונים משנת 2002 הביע בית המשפט את ציפייתו, לפחות ככל שהדבר נוגע בתוכניות העדפה מתקנת בהשכלה הגבוהה, כי הן יחלפו מן העולם בעוד עשרים וחמש שנה. מכאן ברור מאליו כי אסור לתוכנית העדפה מתקנת להמשיך להתקיים גם לאחר ששוויון ההזדמנויות כבר הושג.

6. קיימים חילוקי דעות בבית המשפט העליון הפדרלי בסוגיה זו. פסקי הדין החשובים שנתן בית המשפט העליון התקבלו לא פה אחד, ופעמים ברוב דחוק. על כן יש לצפות כי כמו בכל סוגיה משפטית השנויה במחלוקת בציבוריות האמריקאית, שינוי בהרכבו של בית המשפט העליון יגרור שינוי בהלכות המשפטיות.⁷³

(ה) סוגי אפליה נוספים, ואפליה על רקע נטייה מינית

רק בשנת 1996 ניתן לראשונה פסק דין המעניק הגנה חוקתית להומוסקסואלים כקבוצה. בית המשפט השתמש במבחן הסבירות (מבחן הביקורת השיפוטית המקל ביותר כלפי המדינה) על מנת לבחון את החקיקה המפלה.⁷⁴

מפסק הדין בעניין Romer⁷⁵ ניתן ללמוד שבית המשפט הנוכחי לא יוסיף בקלות טעמים אסורים לאפליה לרשימת התכונות החשודות והחשודות למחצה. נטייה מינית לא נחשבת לקריטריון אסור, כמו גם הבחנות על בסיס גיל ומצב כלכלי. בשנת 1985 קבע בית המשפט כי גם הבחנה על בסיס פיגור שכלי לא עולה לכדי הבחנה חשודה ותהיה נתונה לביקורת שיפוטית מקלה בלבד.⁷⁶

3. אירופה

(א) האמנה האירופית לזכויות אדם (1950)

האמנה קובעת כי ההנאה מהזכויות והחירויות הקבועות בה תובטח, ללא אפליה על בסיס כלשהו, דוגמת מין, גזע, צבע, שפה וכו'. רשימת העילות בגינן אסור להפלות אינה רשימה סגורה. פרוטוקול משנת 2000 מרחיב את הוראת אי האפליה לכלל הזכויות ולא רק לאלו הקבועות באמנה עצמה. פרוטוקול לאמנה משנת 1984 עוסק בשוויון בין בני זוג.

⁷³ רבין, לעיל הערה 66, בעמ' 105-107.

⁷⁴ Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ ברון, לעיל הערה 59, בעמ' 316-319.

ARTICLE 14

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

פרוטוקול מס' 7 (1984)

Article 5 – Equality between spouses

Spouses shall enjoy equality of rights and responsibilities of a private law character between them, and in their relations with their children, as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution. This Article shall not prevent States from taking such measures as are necessary in the interests of the children.

פרוטוקול מס' 12 (2000)

Article 1 – General prohibition of discrimination

1 The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2 No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

(ב) אמנות האיחוד האירופי

האמנה שנועדה ליצור יחידה כלכלית אחת ללא גבולות קבעה כי אסורה כל אפליה על בסיס לאום. סעיף 12 לאמנת האיחוד קובע כי :

Within the scope of application of this Treaty, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination in grounds of nationality shall be prohibited.

סעיף זה חל רק לגבי מדינות חברות באיחוד. מהגרים לצורך עבודה ממדינה אחת באיחוד למדינה אחרת בו ייהנו מתחולתו של הסעיף ומהגנתו של משפט האיחוד כנגד אפליה על בסיס לאום.

סעיף 18 של אמנת האיחוד קובע כי :

Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in this Treaty and by the measures adopted to give it effect.

לכאורה נראה כי סעיף זה הוא בעל תפקיד סמלי בלבד, אך ה- ECJ עשה שימוש במושג האזרחות כדי להרחיב את תחום ההשפעה של ההסכם ולהגדיל את טווח היישום של הסעיף בדבר איסור האפליה. בית המשפט קבע כי אזרח של מדינת האיחוד הנכנס כחוק למדינה אחרת (גם אם אין לו אישור שהייה באותה העת) נכנס בגדר תנאי האמנה בנוגע לאזרחות ולכן יכול ליהנות מהגנת איסור האפליה אשר קבועה בסעיף 12.⁷⁷ הרחבה נוספת של עקרון זה נעשתה בפסק דין Grzelczyk, בו נתקבלה עתירתו של סטודנט צרפתי אשר למד בבליה, ואשר בקשתו למלגת קיום נדחתה כיוון שלא היה אזרח בלגי. בית המשפט השתמש במושג האזרחות האירופית כבסיס ליישום סעיף 12.⁷⁸

החשיבות של חופשיות מעבר העובדים ממדינה למדינה והקשר בינו לבין איסור האפליה, באו לידי ביטוי גם בסעיף 39 לאמנת האיחוד, העוסק בחופש התנועה:

Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment.

אמנת אמסטרדם הכניסה לאמנת האיחוד את סעיף 13, סעיף חדש אשר מאפשר לקהילה לנקוט אמצעים חוקיים ביחס לטווח רחב של פעולות מפלות. הסעיף קובע כי:

Without prejudice to the other provisions of this treaty, and within the limits of the powers conferred by it upon the Community, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission, and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual discrimination.

בהתאם להסמכה בסעיף זה נחקקו שתי דירקטיבות: דירקטיבה 2000/78 אשר מייסדת מסגרת כללים ליחס שווה בתחום העבודה (the General Framework Directive) ודירקטיבה 2000/43 אשר מיישמת את העקרון של יחס שווה בין אנשים ללא קשר למוצא

⁷⁷ Case C-85/96 Maria Martinez Sala v Freistaat Bayern [1998] ECR I-2691

⁷⁸ Case C-184/99 Rudy Grzelczyk v Centre Public d'Aide Social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve (CPAS) [2001] ECR I-6193

האתני או הגזעי שלהם (the Racial Equality Directive). דירקטיבות אלו יוצאות דופן ביחס לחקיקה הקיימת בתחום האפליה באיחוד האירופי משום שהן עושות הפנייה מפורשת למקור של עקרון איסור האפליה בזכויות האדם ומתמקדות בצורך להשיג יחס שווה אפקטיבי. הדירקטיבה העוסקת באיסור אפליה על בסיס גזע מכסה מגוון רחב של תחומים: תעסוקה, הכשרה, חינוך, ביטוח לאומי, ביטוח בריאות וגישה למשאבים ושירותים. המדינות החברות באיחוד היו אמורות ליישם את הוראות הדירקטיבה עד יולי 2003. זו הפעם הראשונה שחקיקה של איסור אפליה משתרעת מעבר לתחום העבודה וכוללת גם אפליה בתחומי החינוך והבריאות, שני תחומים שעד עכשיו היו באופן כללי בתחום הריבונות של המדינות. הדירקטיבה הכללית, לעומת זאת, חלה רק על תחום העבודה והתחומים שקשורים אליו. היא מכסה אפליה על בסיס גיל, נטייה מינית, דת או אמונה ומוגבלות.

(ג) הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי (2000)

הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי משנת 2000 (אשר אמור היה להיכלל כחלק מהחוקה האירופית שמספר מדינות באיחוד הצביעו לאחרונה כנגד אישורה, ועתידה אינו ברור) קובע כי הכל שווים בפני החוק, ולאחר מכן, קובע איסור רחב על אפליה ומונה רשימת קריטריונים אסורים, אולם רשימה זו אינה סגורה.

EQUALITY

Article II-20 Equality before the law

Everyone is equal before the law.

Article II-21 Non-discrimination

Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.

Within the scope of application of the Constitution and without prejudice to any of its specific provisions, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

(ד) השוויון באיחוד האירופי – סוגיות נבחרות

סקירת המשפט האירופי דלהלן מבוססת בעיקרה על המאמר "The European Union and Discrimination Law".⁷⁹

אפליה על בסיס לאום הייתה אסורה לפי חוקי האיחוד מאז הקמתו, אולם בנוגע לאפליה על בסיס מין הייתה התקדמות הדרגתית. האמנה המייסדת של האיחוד כללה רק עקרון בסיסי של שכר שווה לנשים ולגברים. רק בשנות ה-70 הורחבה הוראה זו לעקרון כולל של שוויון במקום העבודה באמצעות חקיקה (דירקטיבה) של האיחוד.⁸⁰ אמנת אמסטרדם, שנכנסה לתוקף בשנת 1999, הרחיבה את סמכותה של הקהילה לחקיקה כנגד אפליה. סעיף 13 לאמנת האיחוד נותן כיום לאיחוד סמכות לחוקק חוקים על מנת להילחם באפליה על בסיס מין, גזע או שיוך אתני, גיל או מוגבלות. האמנה גם מציבה את השוויון בין נשים לגברים כאחת מהמשימות של האיחוד. סעיף 3 לאמנה קובע:

"In all the activities referred to in this Article, the Community shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women."

ביטול האפליה על בסיס לאום היה חיוני על-מנת להגשים את מטרותיה של הקהילה האירופית, ובעיקר את היעד של יצירת שוק כלכלי אחד, ללא מחסומים בין המדינות השונות. רציונל זה איננו קיים באותה עוצמה ככל שמדובר בביטול ההפליה בין גברים לנשים, אולם נטען כי הוא מחויב המציאות כדי שלא להפלות לרעה מדינות שחוקקו חוקי שוויון. עם זאת, בית המשפט האירופי לצדק (ה- ECJ) ייחס גם מימד של זכויות אדם להוראה בדבר יחס שווה לנשים ולגברים:

"Article 119 [now Article 141] pursues a double aim... to avoid a situation in which undertakings established in states which have actually implemented the principle of equal pay suffer a competitive disadvantage in intra-Community competition as compared with undertakings established in states which have not yet eliminated discrimination against women workers as regards pay. Second, this provision forms part of the social objectives of the Community, which is not merely an economic union, but is at the same time intended, by common action, to ensure social

⁷⁹ Penny English "The European Union and Discrimination Law" in: *Discrimination Law* (Malcolm

Sargeant ed., 2004), 12-44

⁸⁰ Directive 76/207 EEC

progress and seek the constant improvement of living and working conditions of their peoples..."⁸¹

במהלך השנים, הייתה הרחבה משמעותית של ההתערבות של האיחוד בתחום זה, וכיום יש מחויבות לשוויון מגדרי בכל פעילות האיחוד. בית המשפט האירופי לצדק חזר פעמים רבות על הקביעה כי העקרון הכללי של יחס שווה לגברים ולנשים חיוני לקיומה המשפטי של הקהילה.⁸² סדרה של דירקטיבות יישמו את העיקרון של שוויון בין גברים לנשים בתחומים שונים.⁸³

באשר להעדפה מתקנת, סעיף 2(4) לדירקטיבה 76/207 קובע שהדירקטיבה אינה אוסרת נקיטת אמצעים שנועדו לקדם הזדמנויות שוות לגברים ולנשים, בעיקר על ידי הסרת גורמים קיימים לחוסר שוויון שמשפיעים על ההזדמנויות של הנשים. בתחילה בית המשפט פירש הוראה זו בצורה מצמצמת ולא תרם ליצירת שוויון מהותי על ידי הסרת גורמים מבניים של חוסר שוויון. בית המשפט קבע שחוק מקומי הקובע שאם יש שני מועמדים המתאימים לתפקיד מסוים, יש להעניק עדיפות לנשים כאשר הן לא מיוצגות בצורה שווה באותו גוף, הוא בניגוד לדירקטיבה כיוון שהוא נותן לנשים יתרון אבסולוטי ובלתי מוגבל.⁸⁴ פסיקה זו ספגה ביקורת בשל גישתה הפורמלית לעקרון השוויון. במקרה אחר, בית המשפט לא פסל את החוק בגלל שהעדפת הנשים לא הייתה אבסולוטית.⁸⁵

בינתיים, העיקרון של העדפה מתקנת הוכנס לאמנת האיחוד באמנת אמסטרדם ומעוגן כיום בסעיף 141(4):

With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the under-represented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.

⁸¹ Case 43/75 Defrenne v. Sabena [1976] ECR 455 at 472

⁸² ראו למשל Case C-13/94 P v S and Cornwall County Council [1996] ECR I-2143

⁸³ דירקטיבה 75/117 מיישמת את העקרון וקובעת תנאים ספציפיים של שכר שווה עבור עבודה בערך שווה; דירקטיבה 76/207 (שתוקנה ע"י דירקטיבה 2002/73) קובעת יחס שווה לנשים ולגברים בהקשר של העסקה; דירקטיבה 79/7 מיישמת את העקרון של יחס שווה בתחום הביטוח הלאומי; דירקטיבה 86/378 מרחיבה את העקרון של יחס שווה לתוכניות פנסיה; דירקטיבה 86/613 קובעת יחס שווה גם לגבי עצמאיים; דירקטיבה 92/85 עוסקת בהריון ואמהות (maternity); דירקטיבה 97/81 עוסקת בעובדים במשרה חלקית.

⁸⁴ Case C-450/93 Kalanke v Freie and Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051

⁸⁵ Case C-409/95 Helmut Marschall v land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363

4. אנגליה

סקירת המשפט האנגלי דלהלן מבוססת על המאמר ⁸⁶. Sex and Race Discrimination בשנות השבעים של המאה העשרים החל תהליך חקיקה של חוקים שמטרתם להשוות את זכויות הנשים. במסגרת זו, נתקבלו חוקי שכר שווה (equal pay act 1970) (EPA) ואיסור הפליה על בסיס מין- (SDA) sex discrimination act 1975. בחקיקה זו נקבעה הגדרה לאפליה:

A person discriminates against a woman in any circumstances relevant for the purposes of any provision of this Act if –

(a) in the grounds of her sex he treats her less favorably than he treats or would treat a man...

כאשר מדובר באפליה ישירה לפי הסעיף הנ"ל, המניע או הכוונה של המפלה אינה רלוונטית כפי שקבע בית הלורדים בפרשת ⁸⁷. James v Eastleigh Borough Council תיתכן גם אפליה עקיפה. המשכו של אותו סעיף קובע כי אפליה תיחשב גם:

(b) he applies to her a requirement or condition which he applies or would apply to a man but –

(i) which is such that the proportion of men who can comply with it, and

(ii) which he cannot show to be justified irrespective of the sex of the person to whom it is applied, and

(iii) which is to her detriment because she cannot comply with it.

בעניין ⁸⁸Price הוגשה עתירה כנגד קבלה לעבודה של אנשים בגיל 17-28 בלבד. העותרת טענה שישנן פחות נשים מתאימות לתפקיד בשוק העבודה שתהיינה מסוגלות לעמוד בהגבלת הגיל מאשר גברים. נפסק שמדובר באפליה עקיפה לא מוצדקת ויש לשנות את הגבלת הגיל. במקרה אחר נפסק שעל שירות המדינה להציע גם משרות בחצי משרה ולא רק משרות במשרה מלאה היות ולנשים קשה יותר לעמוד בדרישה זו מאשר לגברים. בית הדין לערעורים סייג את הקביעה וקבע כי הקביעה תיעשה בהתאם לנסיבות

⁸⁶ Sam Middlemiss "Sex and Race Discrimination" in *Discrimination Law* (Malcolm Sargeant, ed., 2004)

⁸⁷ *James v Eastleigh Borough Council* [1990] IRLR 288, HL.

⁸⁸ *Price v. Civil Service Commission*, [1978] ICR 27.

המקרה.⁸⁹ על מנת להגן על עצמו, על המעביד להוכיח שהיו לו שיקולים מוצדקים מבחינה אובייקטיבית לנהוג כפי שנהג ושאותם שיקולים אינם קשורים לאפליה על בסיס מין. יש צורך להוכיח צורך אמיתי ועסקי לתוצאה שנובעת מן האפליה ושהאמצעים שנבחרו הם מתאימים והכרחיים.⁹⁰ קיימת גם דרישה מהתובע להוכיח שנגרם לו נזק. כדי להוכיח נזק אין צורך להוכיח הפרת חוזה אלא להראות שהעותר נפגע מבחינת התנאים שבהם הוא נאלץ לעבוד. בית הלורדים פסק כי אין צורך להוכיח נזק פיזי או כלכלי מהותי כתוצאה מהאפליה.⁹¹

באשר לאפליה על בסיס נטייה מינית, עד לאחרונה, קורבנות לאפליה על בסיס נטייה מינית לא זכו להגנה מן החוקים האוסרים על אפליה. נטייה מינית לא נכללה בגדר סעיף 1 ל- SDA משנת 1975 וגם לא בחקיקת האיחוד האירופי האוסרת על אפליה. בשנת 1998 קבע בית המשפט האירופי כי:

"...discrimination on grounds of sexual orientation is not discrimination on the ground of sex within the meaning of the SDA 1975. A person's sexual orientation is not an aspect of his or her sex."⁹²

לאחרונה חל שינוי במצב בעקבות דירקטיבה של האיחוד המספקת הגנה מפני אפליה על רקע של נטייה מינית. באנגליה אימצו את הדירקטיבה בעזרת התקנת תקנות – Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003. התקנות קובעות שאסור להפלות בתחום התעסוקה גם על סמך קריטריונים שלא נקבעו בחקיקה קיימת כאסורים לאפליה, כולל נטייה מינית. התקנות כוללות הגדרה רחבה של המונח "נטייה מינית" ואוסרות על אפליה ישירה ועקיפה.

עם קבלתה של האמנה האירופית והפיכתה לחלק מהמשפט הבריטי לאחר קבלתו של חוק זכויות האדם בשנת 1998 (Human Rights Act). סעיף 8 עשוי לעזור להומוסקסואלים ולסביות, סעיף 9 עוסק בחופש דת וסעיף 14 קובע חובה כללית של איסור אפליה. לאחר קבלת החוק נפסק שיש לפרש את ה- SDA מ- 1975 כך שיכלול גם נטייה מינית כחלק מאיסור האפליה על בסיס מין, וכי יש לפרש את החקיקה המקומית בהתאם לאמנה האירופית ולהלכות שנקבעו בבית המשפט האירופי לזכויות אדם.⁹³ החל מאמצע שנות השבעים, הונהגה באנגליה גם מערכת חקיקה האוסרת הפליה על בסיס גזע (Race Relations Act 1976) (RRA). לחקיקה זו הרבה מאפיינים דומים לחקיקה

⁸⁹ Home Office v Holmes, [1984] IRLR 299, EAT.

⁹⁰ Bilka-Kaufhaus GmbH v Weber Von Hartz [1986] ECR 1607.

⁹¹ Chief Constable of West Yorkshire v Khan [2001] IRLR 830.

⁹² Smith v Gardner Merchant [1998] IRLR 510.

⁹³ MacDonald v Ministry of Defence [2000] IRLR 749.

העוסקת באפליה על בסיס מין, ולכן, רוב מה שנידון לעיל לגבי ה- SDA תקף גם לגבי ה- RRA. סעיף 3(1) מגדיר קריטריונים אסורים לאפליה לפי החוק כ: "colour, race, nationality or ethnic or national origins".

סעיף 1 לחוק אוסר אל התייחסות שונה אל אנשים בשל מוצאם, כאשר המניע אינו רלוונטי. גם אפליה עקיפה אסורה לפי החוק. לפי סעיף 5 מותר להפלות במקרים מסוימים המחייבים העסקת עובדים מגזע מסוים. על מנת להצדיק את פעולותיו, על המעביד להוכיח שהאפליה מוצדקת על מנת לקיים צורך אמיתי שיכול להיות מוצדק באופן אובייקטיבי. למשל איסור על גידול זקן נמצא כמפלה לרעה קבוצות מגזע מסוים, אך נקבע שזוהי דרישה מוצדקת מטעמי בריאות.⁹⁴

אפליה על בסיס מוגבלות פיזית אסורה לפי ה- Disability Discrimination Act 1995 בהקשר של תעסוקה, אספקת מוצרים ושירותים, חינוך וקניה או השכרה של שטח או רכוש.⁹⁵ אדם עם מוגבלות מוגדר בסעיף 1(1) לחוק:

"a person who has a physical or mental impairment which has a substantial and long-term adverse effect on their ability to carry out normal day-to-day activities."

5. קנדה

(א) הצ'ארטר הקנדי לזכויות אדם (1982)

הצ'ארטר הקנדי כולל הכרזה כללית על שוויון בפני החוק, תחת החוק, ובתועלת מהחוק. הצ'ארטר מונה במפורש זכות ליהנות מהחוק ללא אפליה, ובפרט לאי-אפליה על פי רשימת העילות המפורטת הכלולה בו. עם זאת, נכללה בצ'ארטר גם הוראה מפורשת המתירה תכניות של העדפה מתקנת.

Equality before and under law and equal protection and benefit of law

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

⁹⁴ *Singh v Rowntree Macintosh Ltd* [1979] IRLR 199, EAT.

⁹⁵ Jeremy Cooper "Disability Discrimination" in *Discrimination Law* (Malcolm Sargeant, ed., 2004),

Affirmative action programs

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

סעיף 28 לצא'רטור קובע כי :

Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

סעיף זה מהווה הגנה חזקה יותר לזכות לשוויון בין המינים מאשר ההגנה הכללית אשר בסעיף 15.

(ב) השוויון בקנדה – סוגיות נבחרות

סקירת המשפט הקנדי דלהלן מבוססת על ספרו של הוג.⁹⁶

Individual : הזכות להינות משוויון מוענקת בסעיף לפרט. לכן, לגישת הוג, לתאגידים לא קיימת הזכות לשוויון.

סעיף 15 לא חל על פעולות פרטיות של אפליה. עם זאת, בכל הפרובינציות בקנדה, חוקי זכויות אדם מקומיים אוסרים פעולות פרטיות של אפליה בתחומי ההעסקה, הדיוור ואספקת שירותים.

הבחירה בלשון הכוללת ארבעה ביטויים שונים של רעיון השוויון היתה להפוך את הפרשנויות המצמצמת שניתנו למונח שוויון על ידי בית המשפט העליון של קנדה בבואו לדון במונח שוויון בפני החוק "equality before the law". המילים "and under" הוספו בכוונה להבהיר שהביקורת של בית המשפט עוסקת גם במהותו של החוק ולא רק באופן יישומו. הביטוי "equal benefit of the law" הוסף כדי לסתור את הקביעה שהסעיפים בחוקים העוסקים ב"benefits" לא צריכים לעמוד בסטנדרטים של שוויון. הביטוי "equal protection" דומה מאד לביטוי שנמצא בתיקון ה-14 לחוקת ארה"ב.

יישום של סעיף 15 על ידי בתי המשפט : הרשימה של התכונות שעל בסיסן אסור להפלות (גזע, לאום או מוצא אתני, צבע, דת, מין, גיל ונכות פיזית או נפשית) הצביעה על תכונות אישיות שלא ניתן לשנות אותן ושלעיתים קרובות היוו מטרות לדעה קדומה וסטריאוטיפים. ההתייחסות בסעיף קטן (2) ליחידים או קבוצות שהופלו לרעה מצביעה על

⁹⁶ 52-3 – 52-6 Peter W. Hogg *Constitutional Law Of Canada* (Scarborough, Ontario, 1992).

כך שהמטרה של סעיף 15 היתה ל"תקן" את האפליה כלפי קבוצות אלו. הפניות אלו מצביעות על כך שהמטרה לא היתה לטפל בכל החוקים שאינם הוגנים, ולהוציא מהם את כל הקלסיפיקציות שלא ניתן להצדיקן, אלא לחסל (to eliminate) אפליה המבוססת על תכונות אופי שלא ניתן לשנותן. בפסק דין Andrews⁹⁷ בית המשפט פירש את סעיף 15 כאוסר על אפליה והגדיר אפליה כחסרון הנגרם כתוצאה מסיווג על פי התכונות המנויות בסעיף וסיווגים מקבילים. הגדרה זו תוביל להתעלמות מהמושג המופשט של עקרון השוויון ולהוצאת החוקים שלא מסווגים על פי התכונות המנויות בסעיף מסגנה של ביקורת שיפוטית.

בפסק דין שדן בחוק של מדינת אונטריו שנתן מימון ציבורי מלא לבתי ספר קתולים נפרדים נפסק כי היחס השונה לדת הקתולית מותר לפי החוקה. הסמכות לחוקק חוקים הקשורים לחינוך נובעת מסעיף 93 לחוקה. סעיף זה מתייחס לבתי ספר קתולים ופרוטסטנטים שהיו קיימים בעת הקמת המדינה. סעיף קטן 3 מתייחס גם לבתי ספר נפרדים שיוקמו לאחר כינון החוקה. בית המשפט קבע כי לפי לשון הסעיף המחוקק יכול להקים מערכת חדשה של בתי ספר נפרדים ולכן להתייחס באופן שונה לדתות שונות. צ'ארטר זכויות האדם לא יכול לפגוע בזכויות המוקנות בחוקה, על אף העובדה שהתקבל מאוחר יותר.

לא ניתן להגיש תובענה חוקתית בה נטען כי קיים אי שוויון בשל קיומם של חוקים שונים במחוזות שונים בקנדה. בית המשפט קבע כי התביעה היא בניגוד לעקרון הפדרלי הקובע כי החוקים במחוזות השונים לא צריכים להיות זהים זה לזה. לפי סעיפים 91 ו-92 לחוקה יש למחוזות סמכות לחוקק חוקים שונים.

6. אירלנד (1937)

החוקה קובעת כי כל האזרחים שווים בפני החוק, וזאת מבלי להגביל את המדינה בפעולותיה להתייחס להבדלים של יכולת, פיזית ונפשית, ושל תפקיד חברתי.

Article 40 Personal Rights

(1) All citizens shall, as human persons, be held equal before the law. This shall not be held to mean that the State shall not in its enactments have due regard to differences of capacity, physical and moral, and of social function.

⁹⁷ Andrews v. Law Society of British Columbia [1989] 1 S.C.R. 143.

7. גרמניה (1949)

חוק היסוד קובע כי כל בני האדם שווים בפני החוק. קיים אזכור ספציפי לשוויון בין גברים לנשים, וקביעה כי על המדינה לפעול פוזיטיבית למען הסרת חוסר השוויון הקיים בין המינים. בנוסף, קיים סעיף איסור אפליה, ובו רשימה של קריטריונים שאסור להפלות בגינם לטובה או לרעה. משפט נפרד, שהוסף ב-1994, קובע כי אין להפלות לרעה אדם עקב נכותו.

עקרון השוויון מופיע גם בסעיפים נוספים של החוקה: סעיף 6(5) מבטיח זכויות שוות לילדים לא חוקיים וסעיף 33(1) מבטיח לכל הגרמנים זכויות וחובות שוות.

Article 3 [Equality]

(1) All humans are equal before the law.

(2) Men and women are equal. The state supports the effective realization of equality of women and men and works towards abolishing present disadvantages

(3) No one may be disadvantaged or favored because of his sex, parentage, race, language, homeland and origin, his faith, or his religious or political opinions. No one may be disadvantaged because of his handicap.

Article 6 [Marriage and the family; children born outside of marriage]

(1) . . .

(5)...Children born outside of marriage shall be provided by legislation with the same opportunities for physical and mental development and for their position in society as are enjoyed by those born within marriage.

Article 33 [Equal citizenship; professional civil service]

(1) Every German shall have in every Land the same political rights and duties.

(2) Every German shall be equally eligible for any public office according to his aptitude, qualifications, and professional achievements.

(3) Neither the enjoyment of civil and political rights, nor eligibility for public office, nor rights acquired in the public

service shall be dependent upon religious affiliation. No one may be disadvantaged by reason of adherence or nonadherence to a particular religious denomination or philosophical creed.

(4) The exercise of sovereign authority on a regular basis shall, as a rule, be entrusted to members of the public service who stand in a relationship of service and loyalty defined by public law.

(5) The law governing the public service shall be regulated with due regard to the traditional principles of the professional civil service.

המלומד Kommers מסביר, בספרו על המשפט החוקתי הגרמני,⁹⁸ כי לפי פרשנותו של בית המשפט לחוקה, סעיף השוויון הכללי (סעיף 3(1)) אוסר חקיקה היוצרת סיווג שרירותי או בלתי-סביר. בהקשר של חקיקה בתחומי הרווחה והכלכלה, הביקורת השיפוטית בגרמניה מחמירה יותר מזו הנהוגה בארה"ב.

חוק היוצר, לכאורה, אפליה באחד או יותר מהקריטריונים המנויים בסעיף 3(3) לחוק היסוד חשוד כחוק מפלה, והביקורת השיפוטית כלפיו תהיה מחמירה יותר. על מנת להכשיר את החוק, המדינה תצטרך להוכיח תכלית ראויה לאותו חוק וכן קשר מהותי בין הסיווג האסור לבין השגת התכלית.

נוסף על ההוראות החוקתיות, קיימת בגרמניה גם חקיקה החלה על גופים פרטיים והאוסרת צורות שונות של אפליה על בסיס מין בתחום דיני העבודה. חוק זה חל על גופים פרטיים.

Kommers מציין כי בית המשפט לחוקה פסל בשנת 1992 חוק האוסר על נשים לעבוד בלילה בטענה כי הוא אינו שוויוני ולכן סותר את סעיף 3 לחוקה. בית המשפט קבע בהחלטה זו כי הוא לא יכשיר חקיקה המבחינה בין נשים לגברים על סמך תפיסות סטריאוטיפיות של תפקידם בחברה.

Donald P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2nd 98 edition 1997), 289-297.

8. הודו (1949)

החוקה קובעת את השוויון בפני החוק ותחולה שווה של החוק על הכל. סעיף נוסף אוסר במפורש אפליה, ומונה רשימת קריטריונים בגינם אסור להפלות הכוללת דת, גזע, שיוך מעמדי (קסטה), מין, ומקום לידה.

החוקה קובעת איסור להפלות ולהגביל על בסיס קריטריונים אלו בכניסה למקומות ציבוריים מסוימים במגזר הפרטי – חנויות, מסעדות, בתי מלון ומקומות בידור, וכן מקורות מים הממומנים על ידי כספי הציבור או מיועדים לשימוש הציבור.

החוקה מתירה במפורש למדינה לקבוע העדפות לילדים ולנשים, וכן כוללת החוקה הסמכה מפורשת לפעולות של העדפה המתקנת.

סעיף מיוחד דן בשוויון הזדמנויות לאזרחים בתעסוקה במגזר הציבורי. הסעיף מכיל איזונים, ובין היתר מתיר העדפה מתקנת והנהגת משרות מסוימות המיוחדות לבני דת מסוימת.

Article 14 Equality before law

The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India.

Article 15 Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth

(1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them.

(2) No citizen shall, on ground only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to –

(a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or

(b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained whole or partly out of State funds or dedicated to the use of general public.

(3) Nothing in this article shall prevent the State from making any special provision for women and children.

(4) Nothing in this article or in clause (2) or article shall prevent the State from making any special provision for the advancement

of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes.

Article 16 Equality of opportunity in matters of public employment

(1) There shall be equality of opportunity for all citizens in matters relating to employment or appointment to any office under the State.

(2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, descent, place of birth, residence or any of them, be ineligible for, or discriminated against in respect of, any employment or office under the State.

(3) Nothing in this article shall prevent Parliament from making any law prescribing, in regard to a class or classes of employment or appointment to an office under the Government of, or any local or other authority within, a State or Union territory, any requirement as to residence within that State or Union territory prior to such employment or appointment.

(4) Nothing in this article shall prevent the State from making any provision for the reservation of appointments or posts in favour of any backward class of citizens which, in the opinion of the State, is not adequately represented in the services under the State.

(4A) Nothing in this article shall prevent the State from making any provision for reservation in matters of promotion to any class or classes of posts in the services under the State in favour of the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes which, in the opinion of the State, are not adequately represented in the services under the State.

(5) Nothing in this article shall affect the operation of any law which provides that the incumbent of an office in connection with the affairs of any religious or denominational institution or any member of the governing body thereof shall be a person professing a particular religion or belonging to a particular denomination.

9. צרפת (1956)

למרות שחוקתה הנוכחית של צרפת אינה כוללת מגילת זכויות אדם שלמה, ההוראה במבוא אשר מגדירה את מחויבות העם הצרפתי להצהרה לזכויות האדם (1789) פורשה ע"י בית המשפט החוקתי כבעלת מידרג נורמטיבי על חוקי. ואף נפסק כי הצעות חוק אשר סותרות אותה עשויות להיפסל בשל כך.⁹⁹ כמו כן, גם למבוא משנת 1946 יש מעמד חוקתי עצמאי.

סעיף 1 לחוקה הנוכחית קובע כי יתקיים שוויון בפני החוק ללא הבדל מבחינת מוצא, גזע או דת. סעיף 3 למבוא משנת 1946 מתייחס לשוויון בין המינים וסעיף 6 להכרזת זכויות האדם והאזרח מכיל הוראה כללית בנוגע לשוויון.

Article 1

France shall be an indivisible, secular, democratic and social Republic. It shall ensure the equality of all citizens before the law, without distinction of origin, race or religion. It shall respect all beliefs. It shall be organised on a decentralised basis.

סעיף 3 למבוא לחוקה משנת 1946 :

The law guarantees women equal rights to those of men in all spheres.

הכרזת זכויות האדם והאזרח (1789) :

Section 1: Men are born and remain free and equal in rights. Social distinctions may be founded only upon the general good.

Section 6: Law is the expression of the general will. Every citizen has a right to participate personally, or through his representative, in its foundation. It must be the same for all, whether it protects or punishes. All citizens, being equal in the eyes of the law, are equally eligible to all dignities and to all public positions and occupations, according to their abilities, and without distinction except that of their virtues and talents.

⁹⁹ אהרון ברק **פרשנות במשפט** (כרך ג, תשנ"ד) 303-304.

10. הולנד (1983)

החוקה קובעת שוויון "לכל האנשים בהולנד". וקובעת כי יש "לנהוג בהם בשוויון בנסיבות דומות". רשימת הקריטריונים לאפליה אינה סגורה וכוללת דת, אמונה, דעה פוליטית, גזע ומין.

Article 1 [Equality]

All persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race, or sex or on any other grounds whatsoever shall not be permitted.

11. קרואטיה (1990)

החוקה קובעת כי כל אדם בקרואטיה ייהנה מזכויות וחירויות בלי תלות בגזע, צבע, מין, שפה, דת, אמונה פוליטית או אחרת, מוצא חברתי או לאומי, רכוש, לידה, חינוך וסטטוס חברתי. הרשימה אינה סגורה, ומסתיימת במילים "או מאפיין אחר". סעיף נפרד קובע כי כל אזרחי קרואטיה וכן זרים יהיו שווים בפני בתי המשפט, גופים ממשלתיים ורשויות אחרות שניתנו להן כוחות שלטוניים.

Article 14 [Equality]

- (1) Everyone in the Republic of Croatia shall enjoy rights and freedoms, regardless of race, color, gender, language, religion, political or other belief, national or social origin, property, birth, education, social status or other characteristics.
- (2) All shall be equal before the law.

Article 26 [Equality Before the Powers]

- (1) All citizens of the Republic of Croatia and aliens shall be equal before the courts, government bodies and other bodies vested with public authority.

12. מקדוניה (1991)

חוקת מקדוניה קובעת כי כל האזרחים שווים בזכויותיהם ובחירויותיהם בלא תלות בהשתייכותם לאחד מתוך רשימה של קריטריונים: מין, גזע, צבע, מוצא חברתי ולאומי,

אמונות דתיות ופוליטיות, קניין ומעמד חברתי. החוקה קובעת גם כי כל האזרחים שווים בפני החוקה והחוק.

פסקת ההגבלה הכללית של החוקה קובעת כי הגבלת זכויות אינה יכולה להפלות על סמך הקריטריונים הנ"ל.

Article 9

(1) Citizens of the Republic of Macedonia are equal in their freedoms and rights, regardless of sex, race, color of skin, national and social origin, political and religious beliefs, property and social status.

(2) All citizens are equal before the Constitution and law.

Article 54

(1) The freedoms and rights of the individual and citizen can be restricted only in cases determined by the Constitution.

(2) The freedoms and rights of the individual and citizen can be restricted during states of war or emergency, in accordance with the provisions of the Constitution.

(3) The restriction of freedoms and rights cannot discriminate on grounds of sex, race, color of skin, language, religion, national or social origin, property or social status.

(4) ...

13. אסטוניה (1992)

החוקה קובעת כי כל בני האדם שווים בפני החוק. החוקה אוסרת אפליה על בסיס רשימת קריטריונים שאינה סגורה והכוללת לאום, גזע, צבע, מין, שפה, מוצא, אמונה, השקפות פוליטיות או אחרות ומצב כלכלי וחברתי. בצמוד להוראה זו קובעת החוקה איסור פלילי על הטפה לשנאה על רקע גזעי, דתי ופוליטי.

החוקה קובעת במפורש כי הזכויות והחירויות הנתונות לכל אדם נתונות באופן שווה לאזרחים אסטוניים ולאזרחי מדינות אחרות וחסרי-אזרחות המצויים באסטוניה. הוראה מיוחדת מחילה את הזכויות על תאגידים, בכפוף להתאמה למטרותיהן ולסוגן של הזכויות.

Article 12 [General Equality, No Discrimination]

(1) All persons shall be equal before the law. No one may be discriminated against on the basis of nationality, race, color, sex,

language, origin, creed, political or other persuasions, financial or social status, or other reasons.

(2) The propagation of national, racial, religious or political hatred, violence or discrimination is prohibited and punishable by law. The propagation of hatred, violence or discrimination between social strata is equally prohibited and punishable by law.

Article 9 [Subjects]

(1) The rights, liberties, and duties of everyone and all persons, as listed in the Constitution, shall be equal for Estonian citizens as well as for citizens of foreign states and stateless persons who are present in Estonia.

(2) The rights, liberties, and duties listed in the Constitution shall be extended to legal entities, to the extent that this is in accordance with the general aims of the legal entities, and with the nature of such rights, liberties and duties.

14. ליטא (1992)

החוקה קובעת כי כל בני האדם שווים בפני החוק, בית המשפט וגופים ציבוריים רשמיים אחרים. אסור להפלות לטובה או לרעה על בסיס מין, גזע, לאום, שפה, מוצא, מעמד חברתי, אמונות, השקפות או דעות.

Article 29

All persons shall be equal before the law, the court, and other State institutions and officials. The human being may not have his rights restricted, nor may he be granted any privileges on the grounds of gender, race, nationality, language, origin, social status, beliefs, convictions, or views.

15. רוסיה (1993)

החוקה קובעת כי כל בני האדם שווים בפני החוק ובית המשפט. סעיף נפרד קובע כי המדינה תבטיח את השוויון של זכויות וחירויות לבני האדם ולאזרחים, בלא תלות במין, גזע, לאום, שפה, מוצא, רכוש, סטאטוס רשמי, מקום מגורים, דת, אמונה וחברות בארגונים. רשימת הקריטריונים אינה סגורה ומסתיימת במילים "או בנסיבות אחרות".

החוקה אוסרת הגבלות על זכויות אדם המבוססות על טעמים חברתיים, גזעיים, לאומיים, שפתיים או דתיים.

סעיף ספציפי מתייחס לשוויון בין גברים ונשים במימוש הזכויות וקובע שוויון הזדמנויות.

Article 19

1. All people shall be equal before the law and court.

2. The State shall guarantee the equality of rights and freedoms of man and citizen, regardless of sex, race, nationality, language, origin, property and official status, place of residence, religion, convictions, membership of public associations, and also of other circumstances. All forms of limitations of human rights on social, racial, national, linguistic or religious grounds shall be banned.

3. Man and woman shall enjoy equal rights and freedoms and have equal possibilities to exercise them.

16. דרום אפריקה (1996)

עקב הרקע ההיסטורי המיוחד של דרום-אפריקה, הקדישה חוקתה שלאחר משטר האפרטהייד סעיפים רבים לנושא השוויון וביטול האפליה לסוגיה. זמיר וסובל כותבים כי זוהי חוקה ייחודית המונה לא פחות מ- 15 עילות שוויון. רשימה אשר חורגת אף מהעילות הקלאסיות המקובלות.¹⁰⁰

החוקה מצהירה כי הכל שווים בפני החוק וזכאים ולהגנה שווה של החוק ולהנאה ממנו. הזכות לשוויון כוללת את הזכות ליהנות באופן מלא ושוויוני מכל הזכויות והחירויות. החוקה מעגנת במפורש את האפשרות להעדפה מתקנת.

יש איסור על אפליה, ישירה או עקיפה, על בסיס גזע, מין, מגדר, הריגה, מצב משפחתי, מוצא חברתי או אתני, צבע, תרבות, שפה ולידה (הרשימה אינה סגורה). איסור האפליה חל גם בין פרטים, ועל המפלה הנטל להוכיח שהאפליה מוצדקת.

Chapter 2 - Section 9 Equality

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

¹⁰⁰ זמיר וסובל, לעיל הערה 4, בעמ' 222 הערה 235.

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

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

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

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

17. פולין (1997)

החוקה קובעת כי כל בני האדם שווים בפני החוק, ולכל זכות לקבל יחס שווה מרשויות הציבור. החוקה אוסרת על אפליה בתחומים הפוליטיים, החברתיים והכלכליים מכל סיבה שהיא.

סעיף נפרד קובע שוויון זכויות בין נשים לגברים, ובפרט בתחומי ההשכלה, העבודה והקידום המקצועי. העקרונות של שכר שווה עבור עבודה שווה, ביטוח לאומי שווה, להחזיק במשרות שוות ולקבל אותות כבוד ועיטורים מן המדינה, מעוגנים בחוקה.

Article 32

(1) All persons shall be equal before the law. All persons shall have the right to equal treatment by public authorities.

(2) No one shall be discriminated against in political, social or economic life for any reason whatsoever.

Article 33

- (1) Men and women shall have equal rights in family, political, social and economic life in the Republic of Poland.
- (2) Men and women shall have equal rights, in particular, regarding education, employment and promotion, and shall have the right to equal compensation for work of similar value, to social security, to hold offices, and to receive public honours and decorations.

18. שוויץ (1998)

החוקה קובעת כי כל בני האדם שווים בפני החוק. החוקה קובעת איסור אפליה בגין קריטריון מרשימה הכוללת מוצא, גזע, מין, גיל, שפה, מעמד חברתי, דרך חיים, דת, אמונה פוליטית או פילוסופית ונכות פיסית או נפשית.

סעיף נפרד ספציפי העוסק בשוויון בין המינים תובע שוויון "חוקי ועובדתי", במיוחד בתחומי המשפחה, ההשכלה והעבודה. החוקה מאזכרת את הזכות לשכר שווה לשני המינים.

החוקה קובעת כי יש לקבוע בחקיקה צעדים לנטרול החסרונות של אנשים עם מוגבלויות.

Article 8 Equality

- (1) All humans are equal before the law.
- (2) Nobody may be discriminated against, namely for his or her origin, race, sex, age, language, social position, way of life, religious, philosophical, or political convictions, or because of a corporal or mental disability.
- (3) Men and women have equal rights. The law provides for legal and factual equality, particularly in the family, during education, and at the workplace. Men and women have the right to equal pay for work of equal value.
- (4) The law provides for measures to eliminate disadvantages of disabled people.

19. פינלנד (1999)

החוקה קובעת כי הכל שווים בפני החוק. הוראה נוספת אוסרת אפליה בגין קריטריון מרשימה הכוללת מין, גיל, מוצא, שפה, דת, אמונה, דעה, מצב בריאותי ונכות. הרשימה אינה סגורה.

במסגרת סעיף השוויון נכלל סעיף זכויות ילדים המקנה להם שוויון ויכולת השפעה על עניינים הנוגעים להם. החוקה כוללת הצהרה על קידומו של השוויון בין המינים, בעיקר בתחום העבודה.

Section 6 Equality

(1) Everyone is equal before the law.

(2) No one shall, without an acceptable reason, be treated differently from other persons on the ground of sex, age, origin, language, religion, conviction, opinion, health, disability or other reason that concerns his or her person.

(3) Children shall be treated equally and as individuals and they shall be allowed to influence matters pertaining to themselves to a degree corresponding to their level of development.

(4) Equality of the sexes is promoted in societal activity and working life, especially in the determination of pay and the other terms of employment, as provided in more detail by an Act.

20. השוויון במשפט העברי

סקירה זו מבוססת על ספרו של חיים ה. כהן, **זכויות אדם במקרא ובתלמוד**.¹⁰¹

(א) שוויון ושוני

המקרא מלמד שאלוהים ברא את האדם בצלמו וכדמותו.

"בצלם אלוהים ברא אותו, זכר ונקבה ברא אותם".

כל אדם נברא בצלם אלוהים, וכל בני-האדם שווים בכך. ההבדל האחד והיחיד ביניהם נזכר באותו פסוק עצמו, והוא ההבדל בין זכר ונקבה. אבל גם הבדל המינים נזכר באותו הקשר רק כדי להדגיש את השוויון שביניהם: כשם שהזכר נברא בצלם אלוהים, כך הנקבה נבראה בצלם אלוהים. לא שיש מין לאלוהים (על-כל-פנים, אין הכרח שיהא לו מין), אבל העובדה שיש הבדל גופני, פיסיולוגי, בין הזכר לבין הנקבה, אין בה כדי לפגוע בשוויון

¹⁰¹ חיים ה. כהן **זכויות אדם במקרא ובתלמוד** (משרד הביטחון- הוצאה לאור, תשמ"ט) 21-25.

האישי, המוסרי, המשפטי ביניהם. זה הכלל הגדול: משום שכל אדם נברא בצלם, כל אדם שווה לזולתו, ואין אדם רשאי לומר לחברו, אני גדול ממך, דמי סמוק מדמך. שני חכמים היו מחולקים בדעתם, מהו "הכלל הגדול" שבתורה. רבי עקיבא אומר, הכלל הגדול שבתורה הוא "ואהבת לרעך כמוך"; ואילו בן עזאי, שהיה בן-דורו ותלמידו, חולק עליו ואומר, כי הכלל הגדול של התורה הוא:

"זה ספר תולדות אדם, בים ברוא אלוהים אדם בדמות אלוהים עשה אותו, זכר ונקבה בראם".

מה ההבדל בין רבי עקיבא ובין בן עזאי? אחד אומר, אי-אפשר לדרוש ממך לאהוב כל אדם במידה שווה, אינך יכול "לאהוב" אדם שהוא זר לך, שאינך מסוגל אפילו להכיר ולהבין אותו: דייך אם תאהב את רעך, את הקרוב לך, השייך למשפחתך, לשבטך, לעמך. ואילו בן עזאי אומר, כל אדם נברא בצלם אלוהים: כמו שאתה חייב לאהוב את אלוהים, כך הכלל הגדול שבתורה הוא שחייבים להתייחס לכל אדם ביחס שווה. מכאן שהשוויון היסודי בין בני-האדם, שחייבים להתייחס לכל אחד ואחד מהם כנברא בצלם, הוא כלל גדול שכל תורת ישראל מושתתת עליו.

¹⁰² (ב) נשים

השוויון בין המינים בא לידי ביטוי כבר בסיפור הבריאה. אפילו תאמר כי האיש נברא ראשון והאישה נבנתה מן הצלע אשר לקח אלוהים מגופו, הרי גם מן האיש נבנתה האישה בצלם אלוהים, והיא נבנתה למטרה זו, שתהא שווה ושותפה לאיש בכל, "והיו לבשר אחד".

כל שיטות המשפט העתיק נוהגות אי-שוויון בין המינים, ובאורח עקרוני, יצא דווקא משפט התורה מן הכלל: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם – השווה הכתוב אשה לאיש לכל דינים שבתורה". ולא רק ל"דינים" השווה אותם הכתוב, אלא גם לעונשין: "איש או אשה כי יעשו מכל חטאות האדם – להשוות אשה לאיש לכל חטאות ונזקים שבתורה". ניתן לראות בהוראות אלה כמעין חוק-יסוד: כל עוד לא נקבע דבר אחר, הסותר חוק-יסוד זה, בחוק מפורש ומחייב לעניין מיוחד, הרי התורה ("הכתוב") השוותה את האיש ואת האישה שוויון גמור.

ואמנם יש הרבה חוקים מיוחדים ומפורשים שאינם עולים בקנה אחד עם שוויון זה, ושההלכה הפסוקה והמקובלת מעדיפה אותם על עקרונות-היסוד.

(1) הפליות לטובת האשה

האב חייב לקיים מצוות רבות כלפי בנו – למול אותו, ללמד אותו תורה, להשיא לו אישה, לפדותו מן השבי, ועוד. מצוות אלה מוטלות על האב, ואינן מוטלות על האם. האישה

¹⁰² שם, בעמ' 67-61.

פטורה מכל המצוות "שהזמן גרמן", והן המצוות שיש לקיימן במועד קבוע ואין לקיימן במועד אחר- או, לשון אחר, ש"הזמן" הוא "הגורם" המכריע לקיומן. יש לפטור זה פירושים והסברים שונים. יש שלומדים אותו ממקרא שכתוב, "שלוש פעמים בשנה יראה כל זכורך את פני ה' אלהיך במקום אשר יבחר, בחג המצות ובחג השבועות ובחג הסוכות" – וזו "העלייה לרגל" הקשורה לשלושת החגים: מה כאן המצווה מוגבלת "לכל זכורך", להוציא את הנשים, אף כל מצווה אחרת הקשורה במועד קבוע כך. והיו שאמרו שמקור הפטור אינו דרשני אלא פרגמטי: כל זמנה של האישה קודש לבעלה ולביתה, כאילו צרכי הבית הטילו עליה מצוות אקסקלוסיביות או עדיפות: היא עסוקה בבית פנימה כל שעות היום ורוב שעות הלילה ("לא יכבה בלילה נרה") ואין לדרוש ממנה שתספיק לקיים גם את המצוות שהזמן "גרמא" במועדן וכהלכתן. "מצוות" לעניין זה – רק מצוות- עשה במשמע, שיש לעשותן במעשה במועדו; מה שאין כן מצוות לא-תעשה או איסורים, החלים על נשים גם כשהם קשורים בזמן מסוים. כך, האישה אינה רשאית לחלל את השבת או לאכול חמץ בפסח – אבל היא פטורה ממצוות-עשה של אכילת מצה-בפסח, והיא אוכלת מצה בפסח לאו דווקא לקיים מצווה אלא שלא לגווע ברעב. גם המצוות שאישה פטורה מהן, רשאית אישה – אם רצונה בכך – ליטול על עצמה ולקיימן, כולן או מקצתן: אלא שיש גורסים שמאחר והאישה אינה מצווה לעשותן, היא אינה מקיימת, על-ידי עשייתן, "מצווה" המחייבת אותה, ועל כן אין לה לצפות לשכר משמים על קיומה. ויש מצוות שהנשים פטורות מהן מסיבות פיסיוולוגיות, כמו "לא תקיפו פאת ראשכם, ולא תשחית את פאת זנד". מאידך גיסא, יש מצוות אשר, מסיבות פיסיוולוגיות, יכולות לחול רק על נשים, כמו מצוות הטהרה המיוחדות להן.

המצווה הראשונה שבתורה, "פרו ורבו ומלאו את הארץ", אם כי נאמרה בלשון רבים, אמורה שלא לחייב אישה- מצוות "פרייה ורבייה" מחייבת את האיש בלבד. יש שמפרשים את "פרו ורבו" כברכה ולא כמצווה, ואזי אין חולקין שהברכה נאמרה לשניהם; אבל אן במצווה ממש הכתוב מדבר, כי אז צריכה היא לחול על האיש, שכתוב שם, "ומלאו את הארץ וכבשוה – איש דרכו לכבוש, ואין אישה דרכה לכבוש". העובדה שהגבר צריך להיות הפעיל והיוזם בכגון דא, לומדים גם מלקיחת הצלע מגופו של האיש לשם בריאת האישה: "מי חוזר אחר מי, בעל האבדה מחזר אחר אבדתו". אבל אין זאת אומרת שהאישה פטורה מעונש על יחסי –מין אסורים: האישה הושוותה לאיש במפורש, ככתוב, "מות יומת הנואף והנואפת"; וגם בגילויי עריות כתוב, "שניהם תבל עשו, דמיהם בס" – לא משום שרואים באישה את מעשה העבירה, אלא משום שהתורה חשבה לה "הנאה כמעשה". ואם כי אינה חייבת ללדת ילדים, רצונה ללדת, "לפרות ולרבות", הוא כה טבעי וכה חזק – ועל כן כה לגיטימי – שכופין על בעל שאינו מסוגל להוליד, לתת לה גט פטוריה. וכשם שיש פוטרים נשים מן המצוות, כן יש שפוטרים אותן מחיובים אשר אינם עולים בקנה אחד עם כבודה של האישה באשר היא אישה. כפי שראינו, יכול אדם למכור את עצמו, או להימכר, אם אינו יכול לשלם חובותיו: אבל "האיש נמכר בגנותו, ואין האישה נמכרת בגנותה". גם בצורת ההוצאה- להורג קיים הבדל: "האיש נסקל ערום, ואין

האישה נסקלת ערומה; האיש נתלה (לאחר ההוצאה להורג) ואין האישה נתלית". כשאיש ואישה זקוקים לצדקה, האישה קודמת לאיש; אם ניתן לפדות מן השבי שבו או שבויה, יש לפדות את האישה תחילה. כשאיש ואישה מוטלים מתים, יש לקבור את האישה תחילה. איש ואישה המחכים בתור, למשל, לשמיעת משפטים בבית המשפט, האישה קודמת לאיש. אין בת יכולה להיות "סוררת", לא רק מפני שהכתוב מדבר מפורשות על "בן סורר ומורה", אלא גם משום שלא דרך הבנות היא להיות זוללות וסובאות. היו גם שנימקו את פסילת האישה מלהעיד מלשפוט מן הטעם כי "כל כבודה בת מלך פנימה", בתוך ביתה, ואין אישה מתבזית באולמות בית-הדין.

(2) הפליות לרעת האישה

הפליות אלו כולן נובעות ממעמדה הנחות של האישה בחברה הקדומה, הפטריארכלית, "להיות כל איש שורר בביתו" כשליט אבסולוטי. ביסוד הדברים מונח העיקרון שהאיש "לוקח" אישה, ואין אישה לוקחת את האיש; האיש מגרש את אישתו ואין האישה מגרשת בעלה. אבל מאחר שהאישה "נקנית", ולא הבעל קונה, קבעו שאין מקדשים אישה שלא מדעתה.

על-ידי קידושין (ובכתובה הנערכת בגינם), מתחייב הבעל לספק לאישה את "עונתה", "שארה", ו"כסותה" – לאמור, סיפוק צרכיה המיניים, מזונותיה ומלבושיה. כל אלה זכויות הן לאישה, וחובות על הבעל כלפיה; אך אם היא מסרבת לו מגע מיני, עלולה היא להיחשב "מורדת" ולהתחייב בגירושין: זכותה "למרוד", אך היא חייבת לקבל על עצמה תוצאות מרידתה, שהרי ידעה לשם מה "נכנסה לחופה". אשר למזונותיה, דין התלמוד הוא שמאחר והבעל זכאי לכל "מעשי ידיה", כולל לא רק זמנה ועבודתה, אלא גם הכנסותיה מעבודת חוץ, רשאי הוא לזקוף מזונותיה כנגד מעשי ידיה. וכשם שהוא זכאי להכנסותיה מעבודתה, כן הוא זכאי להכנסותיה ("פירות") מרכושה. בנוסף על מזונותיה, והנפרד מהם, חייב הבעל ברפואתה, בפדיונה מן השבי, בקבורתה, ובמזונות מעיזבונה אחר מותו.

האפליה שהיא אם (או אב) לכל ההפליות לרעת האישה הנשואה היא הפוליגמיה: הבעל רשאי לקחת נשים על אישתו ככל שירצה, ואילו היא צמודה אך לבעלה בלבד כל זמן נישואיהם – הוא המקדש, והיא "המקודשת"; כל שקידשן לעצמו, "מקודשות" לו; העבירה החמורה של "לא תנאף" נעברת רק על-ידי איש ששוכב עם אשתו של אחר, או על-ידי אשת איש השוכבת עם מי שאינו בעלה; אין "ניאוף" בשכבת איש נשוי עם אישה שאינה נשואה לו ואינה נשואה לאחר. ואם כי רבנו גרשום מאור הגולה הטיל חרמו גם על מי שלקח אישה על אישתו וכך למעשה אסר את הפוליגמיה, הרי הדיה והשלכותיה עודם מורגשים אצלנו כיום. פסק בית-דין שאישה פלונית חייבת לבעל "היתר נישואין" המאפשר לו לקחת אישה אחרת, אף-על-פי שהנישואין הקודמים קיימים עוד; ואילו בעל שנתחייב במתן גט לאשתו ומסרב לתתו, אין בית-דין יכול להתיר לאישה להינשא לאיש אחר. אותה אפליה קיימת במקרים של מחלת-נפש: אישה שמחמת מחלתה אינה מסוגלת לקבל גט,

מתירים לאיש לשאת אישה אחרת; ואילו בעל אשר מחמת מחלתו אינו מסוגל לתת גט לאישתו, אין אפילו אלף רבנים יכולים להתיר לאישה להינשא לאיש אחר. וכבר אמרו חכמי המשנה, "אינו דומה האיש המגרש לאישה המתגרשת, שהאישה יוצאת לרצונה ושלא לרצונה, והאיש אינו מוציא אלא לרצונו" – והבחנה זו עודנה בתוקפה עומדת, על אף כל חרמיו של רבנו גרשום.

אפליה בולטת אחרת היא שהאיש יורש את אשתו, אך האישה אינה יורשת את בעלה – כשם שהבנים יורשים את אביהם, ואילו הבנות אינן יורשות, כי אם ניזונות מן העיזבון. "בזמן שהנכסים מרובים", יכלו הבנים ליהנות מירושתם אף כשהבנות לקחו מזונותיהן; אבל במקרה של "נכסים מועטים, הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים" – שהרי בטרם יוכלו לרשת, חייבים הם לפרוע חובות העיזבון. שואל שם אדמון, "בשביל שאני זכר הפסדתי?" ורבן גמליאל ראה ממש בדבריו. יכול אדם "לכתוב נכסיו" לאישתו, לעשות צוואה לטובתה; אבל כה מושרשת הייתה המסורת של ירושת הבנים, שראו אף בצוואה כזאת רק מינוי האישה לאפוטרופא על העיזבון, ולאחר מותה חוזר העיזבון לידי הבנים. ציווה הבעל מפורשת שאלמנתו לא רק תנהל את עיזבונו כי אם תירש אותו (או מקצתו), כי אז היא תהיה אמנם יורשתו, אבל רואים את עיזבון הבעל כאילו כולל בתוכו גם את כל נכסיה של האישה שהוא חייב להחזירם לו על-פי כתובתה.

"ציוו חכמים שיהא אדם מכבד את אשתו יותר מגופו, ואוהבה כגופו, ואם יש לו ממון, מרבה בטובתה כפי ממונו; ולא יטילו עליה אימה יתירה, ויהי דיבורו עמה בנחת, ולא יהי עצב ולא רגז" (לשון הרמב"ם) – שהרי "אין ברכה מצויה בביתו של אדם אלא בשביל אשתו". לעולם לא יצער אדם את אשתו, שלא תהא "דמענה מצויה". כתוב כי האישה (חוה) היא, "אם כל חיי" – ללמדך שהיא נישאת רק לשם חיים טובים, לחיי עושר ולא לחיי עוני, לחיי כבוד ולא לחיי בזיון; היא "עולה עמו ואינה יורדת עמו": אין הוא יכול להישמע בטענה שבבית אביה הורגלה כבר לחיים עלובים.

אין מכתירים אישה למלך, ככתוב, "מקרב אחיך תשים עליך מלך" – אחיך ולא איותיך, מלך ולא מלכה. אבל אלכסנדר ינאי המלך ציווה שלאחר מותו תבוא אישתו במקומו, ובכך זכינו למלכותה של שלומציון המלכה. לא זו בלבד שחכמים לא מיחו על מלכותה, אלא שיבחו והיללו אותה ואת מעשיה.

מקדמת דנא היו לנו נביאות: על מרים הנביאה וחולדה הנביאה ונועדיה הנביאה, המוזכרות במקרא, מתווספות עוד נשים נביאות, והתלמוד מעמידן על שבע. המקרא מספר גם על "נשים חכמות" שנועצו בהן; ובתלמוד גומרים את ההלל על ברוריה אשת רבי מאיר, שהייתה המפורסמת בין תלמידות-החכמים, ואף הגזימו לשבחה כאילו למדה כל יום שלוש מאות הלכות משלוש מאות גדולי ישראל, במשך שלוש שנים. לכל אלו מצטרפת, כמובן, דבורה אשת לפידות שהייתה גם נביאה וגם "שפטה את ישראל" כמנהיגת העם.

העובדה שאפילו בחברה הפטריארכלית העתיקה, ועל אף מעמדה הנחות, יכלה האישה להגיע, בכוחות עצמה, לפסגת הרוח והשלטון, מוכיחה שאין-ומעולם לא היה-דבר שיכול לעמוד נגד עוצמתה של אישה מחוננת.

הלאו של "לא יהיה כלי גבר על אשה" נתפרש כאילו אוסר על אישה לשרת בצבא ולשאת נשק. אולי נתחזקה פרשנות זו גם בדברי הנביא, "הנה עמך נשים בקרבך - לאויבך פתוח נפתחו שערי ארצך". אבל דין המשנה הוא שבכל "מלחמת מצוה" (והיא מלחמת הגנה) "הכל יוצאים, אפילו חתן מחדרו וכלה מחופתה".

21. ניתוח ומסקנות מתוך המשפט המשווה

מן הסקירה לעיל, ניתן ללמוד כי בכל החוקות שנסקרו ובאמנות הבינלאומיות התייחסות לעקרון השוויון. בחלק מהחוקות מנוסחת הזכות לשוויון כזכות פוזיטיבית ("הכל שווים בפני החוק"),¹⁰³ ובאחרות כאיסור אפליה, במקום הזכות הכללית לשוויון או בנוסף לה.

רוב החוקות והאמנות קובעות כי "הכל" או "כל בני האדם" זכאים לשוויון או לאי-אפליה. חוקות בודדות מעניקות את הזכות לאזרחים בלבד.¹⁰⁴ בחלק מן החוקות ישנה רשימה סגורה של קריטריונים האסורים לאפליה,¹⁰⁵ ובחלקן הרשימה אינה סגורה.¹⁰⁶ הקריטריונים הנפוצים במרבית המסמכים הבינלאומיים והזרים הם גזע, צבע עור, מין, שפה, דת, דעה פוליטית, ומוצא. קריטריונים שמוזכרים במיעוט של חוקות ומסמכים בינלאומיים הם מוגבלות,¹⁰⁷ גיל,¹⁰⁸ נטיה מינית,¹⁰⁹ ותכונות גנטיות.¹¹⁰ ישנן חוקות המתייחסות באופן מפורש לשוויון בין גברים לנשים.¹¹¹ ישנן חוקות ואמנות המתייחסות באופן מפורש לנושא ההעדפה המתקנת, תוך שהן מתירות אותו.¹¹²

¹⁰³ הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי; הצ'ארטר הקנדי; חוקת אירלנד; חוק היסוד הגרמני; חוקת מקדוניה; חוקת אסטוניה; חוקת ליטא; חוקת רוסיה; חוקת פולין; חוקת שווייץ; חוקת דרום אפריקה; חוקת פינלנד.

¹⁰⁴ חוקת אירלנד, חוקת מקדוניה.

¹⁰⁵ חוקת שווייץ, חוקת ליטא, חוקת מקדוניה, חוקת צרפת (אם כי הכרזת זכויות האדם והאזרח מכילה הוראה כללית של שוויון), חוקת הודו וחוקת גרמניה, אמנת האיחוד האירופי.

¹⁰⁶ ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, חוקת הולנד, חוקת קרואטיה, חוקת אסטוניה, חוקת רוסיה, חוקת פולין (רק בתחומים הפוליטיים, החברתיים והכלכליים) וחוקת פינלנד.

¹⁰⁷ הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי, אמנת האיחוד האירופי, חוקת גרמניה (הוסף בשנת 1994), הצ'ארטר הקנדי, חוקת דרום אפריקה, חוקת שווייץ וחוקת פינלנד.

¹⁰⁸ הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי, אמנת האיחוד האירופי, הצ'ארטר הקנדי, חוקת דרום אפריקה, חוקת שווייץ וחוקת פינלנד.

¹⁰⁹ הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי; חוקת דרום-אפריקה; ארצות הברית (בהתאם לפסיקה); אנגליה (בהתאם לפסיקה).

¹¹⁰ הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי;

¹¹¹ האמנה הבינ"ל בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; חוקת צרפת (המבוא לחוקה משנת 1946, חוקת רוסיה, חוקת פולין, חוקת גרמניה, חוקת שווייץ וחוקת פינלנד.

¹¹² האמנה הבינ"ל בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית; אמנת אמסטרדם של האיחוד האירופי (לגבי נשים בלבד) חוקת שווייץ (בקשר לאנשים עם מוגבלות), חוקת דרום אפריקה, חוקת גרמניה וחוקת הודו.

חוקת אירלנד מאפשרת למדינה להבחין בין אנשים על בסיס יכולת פיזית ונפשית ותפקיד חברתי. ישנן חוקות המתייחסות למשפט הפרטי.¹¹³ ישנן חוקות המתייחסות לשוויון בין אזרחי המדינה לבין זרים.¹¹⁴

ניתן לראות כי רשימת הקריטריונים האסורים לאפליה גדלה עם השנים וכן כי בחוקות החדשות ישנה נטייה לא לסגור את הרשימה אלא לאסור על אפליה בשל כל קריטריון שאינו רלוונטי.

חלק ה: מבחר חקיקה ישראלית בנושא השוויון

1. חקיקה המגנה על השוויון

קיימים חוקים רבים שבהם הוראות המגילות על היבט מסוים של שוויון, בתחום מסוים. הרשימה דלהלן היא רשימה חלקית של חוקים וסעיפי חוק כאמור.

(א) בתחום דיני העבודה והייצוג ההולם

- חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 (סעיף 9).
- חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, (סעיף 9).
- חוק שירות התעסוקה, תשי"ט-195, (סעיפים 42 ו-42א).
- חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987.
- חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
- חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1988.
- חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996.
- חוק המאבק הלאומי בתאונות דרכים, תשנ"ז-1997, (סעיפים 11 ו-13).
- חוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, תשנ"ז-1997 (סעיפים 8, 16).

(ב) בתחומי החינוך והבריאות

- חוק קופת חולים (איסורי הגבלות ואפליה) תשנ"ג-1993.
- חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (סעי' 1, 21א), 31, 48-49).
- חוק לימוד חובה, תשי"ט-1949 - סעיף 33 כפי שתוקן בשנת 1991.
- סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959.
- חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, (סעיף 18א משנת 1993).
- חוק החברות, תשנ"ט-1999 (סעיף 239(ד)).

(ג) בתחומי המקומות הציבוריים והשירותים הציבוריים

¹¹³ גרמניה (ברמת החקיקה), חוקת הודו (מקומות מסוימים), חוקת דרום אפריקה.

¹¹⁴ חוקת קרואטיה, חוקת אסטוניה.

- חוק איסור אפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשס"א-2000.
- חוק איסור הפליית עיוורים המלווים בכלבי נחייה, תשנ"ג-1993.
- חוק הבזק, תשמ"ב-1982, סעיף 6טז כפי שתוקן בשנת 86.
- חוק הספורט תשמ"ח-1988, (סעיף 10(ב))

(ד) בתחומים התקציביים והפוליטיים

- חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, (סעיף 3א).
- חוק יסוד : הכנסת, (סעיף 4).
- חוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973
- חוק שיווי זכויות האשה (ייצוג הולם בעיצוב מדיניות לאומית), תשס"ה-2005. החוק אושר ב- 20.7.2005, וטרם פורסם. החוק קובע כי יש להבטיח ייצוג הולם לנשים בכל מו"מ לשלום ובקבלת החלטות הנוגעות למניעת משברים וסכסוכים בינלאומיים.¹¹⁵

(ה) שונות

- חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951
- חוק הרשות לקידום מעמד האשה, תשנ"ח-1998

2. חקיקה המגבילה את עקרון השוויון

(א) חוק השבות, תשי"ו-1950

חוק השבות קובע בסעיף 1 שבו כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה"¹¹⁶. החוק אינו עוסק בקבלת אזרחות אלא רק בכניסה למדינה. חוק האזרחות הוא זה הקובע כי כל עולה לפי חוק השבות יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות.¹¹⁷ ניתן לומר כי חוקי ההגירה בישראל יצרו שני מסלולים מקבילים של הגירה וקבלת אזרחות המבחינים בין יהודים לערבים. יהודים ובני משפחתם¹¹⁸ מתקבלים למדינה לפי חוק השבות ולא יהודים על פי חוק הכניסה

¹¹⁵ <http://news.walla.co.il/?w=90/750102> (24.7.05)

¹¹⁶ סעיף 1 לחוק השבות, תשי"ו-1950, ס"ח 159.

¹¹⁷ סעיף 2(א) לחוק האזרחות, תשי"ב-1952, ס"ח 83.

¹¹⁸ סעיף 4(א) לחוק השבות קובע כי הזכויות של יהודי לפי חוק זה מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי; לבן זוג של יהודי ולבן-זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.

לישראל.¹¹⁹ אמנם הבחנה על בסיס מוצא לאומי מהווה אפליה אסורה בדין הבינלאומי, אך הזכות לאזרחות אינה מוגנת באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית ישנו סעיף הקובע כי האמנה לא חלה על חוקי הגירה בתנאי שהם לא מפלים לרעה לאומיות מסוימת.¹²⁰ נראה כי במשפט הבינלאומי יש למדינה סמכות ושיקול דעת בקביעת מדיניות ההגירה שלה, ומותר לה להעדיף קבוצה מסוימת של מהגרים. לפי נעמה כרמי הבעיה הבולטת לעין בחוק היא הענקת זכות גורפת לחברי קבוצת מוצא מסוימת (יהודים). על פניה זוהי אפליה לא-לגיטימית, ככל שמדובר במדיניות הגירה ליברלית שאמורה להיות אוניברסלית ובלתי מפלה.¹²¹

רובינשטיין ויעקובסון טוענים כי חוק השבות אינו מפלה בין אזרח לאזרח בתוך המדינה, אינו פוגע בעצם זכותם של ערביי ישראל לאזרחות, ואינו הופך את אזרחותם לאזרחות מסוג נחות כלשהו.¹²² הנשיא ברק הביע עמדה דומה בפסק הדין בעניין קעדאן¹²³ וגם בדברי ההסבר לחוק, נאמר במפורש כי החוק נמנע מהפליות, אינו מפלה מטעמי גזע, לאום, דת, שפה או מין, ואינו מבדיל בין יהודי ומי שאינו יהודי אלא כדי להקל על עלייה יהודית.¹²⁴ לטענתם, מי שמכיר בלגיטימיות של ישראל כביתו הלאומי של העם היהודי, כמדינה המממשת את זכותו להגדרה עצמית, אינו יכול לשלול את זכותה לפתוח את שעריה לבני עם זה. חוק השבות הוא חוק של רפריאציה (שיבה למולדת הלאומית). הלגיטימיות שלו נובעת מהיותו של העם היהודי עם פזורה מובהק ומהיותה של ישראל מדינת לאום של עם זה.¹²⁵

(ב) חוקים המעניקים העדפה לנשים

קיימים לא מעט חוקים המעניקים העדפה לאשה באשר היא אשה (קטגוריית העדפה שהותרה במפורש במסמכים בינלאומיים ובחוקות זרות רבות).

¹¹⁹ חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, ס"ח 111. יש לציין כי בעבר חוק האזרחות קבע כי כל יהודי הוא יהודי מכוח שבות ואילו הלא יהודים הם אזרחים מכוח לידה. אבחנה זו יצרה אפליה סמלית בלבד והיא בוטלה בשנת 1980.
¹²⁰ סעיף 1(3) לחלק הראשון של האמנה קובע כי "שום דבר האמור באמנה זו לא יתפרש כנגד ההוראות החוקיות של מדינות החברות לאמנה בנוגע לנתינות, לאזרחות או להתאזרחות, בתנאי שהוראות אלה אינן מפלות כנגד לאום מסוים".

¹²¹ נעמה כרמי **חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן** (תשס"ד), 27.

¹²² אמנון רובינשטיין ואלכסנדר יעקובסון **ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** (2003), 223.

¹²³ פסק הדין בעניין קעדאן, לעיל הערה בעמ' 282.

¹²⁴ כרמי, לעיל הערה, בעמ' 21.

¹²⁵ רובינשטיין ויעקובסון, לעיל הערה, בעמ' 224.

כך, למשל, חוק שירות ביטחון – הקובע תקופות שירות שונות לנשים ולגברים (סעיפים 15 ו-16), וכן פטור מטעמי הכרה דתית – לאשה בלבד. חוק שירות לאומי, התשי"ג 1953 – המתייחס רק לנשים, כמובן. בתחום התעסוקה, קיים חוק עבודת נשים, המסדיר סדרה של נושאים ייחודיים לנשים.

חלק ו: סוגיות נבחרות בפסיקה ובספרות בנוגע לעקרון השוויון

1. עילות השוויון

שאלה מרכזית המתעוררת בניסוחה של זכות לשוויון ולא-אפליה היא האם לציין במפורש קריטריונים מסיימים שעל בסיסם אין להפלות. אם מחליטים לציין קריטריונים כאמור, מתעוררות שתי שאלות משנה: ראשית, מהם הקריטריונים שיש לציין. שנית, האם לכלול בנוסף לקריטריונים המנויים גם הוראה כללית האוסרת אפליה "מכל טעם אחר".

במאמרם היסודי על השוויון, מתייחסים זמיר וסובל בהרחבה לשאלת עילות אי-השוויון.¹²⁶ לדבריהם, הבחירה של עילות השוויון אינה שרירותית. היא משקפת במידה רבה את התרבות הרווחת ואת ערכי היסוד המקובלים בהתאם למקום ולזמן. עיון במשפט הבינלאומי מראה כי העילות הנפוצות ביותר הן גזע, מוצא, דת ומין.¹²⁷ עילות שכיחות נוספות הן מעמד חברתי, דעה, ולשון.

לדברי זמיר וסובל, ניתן להציג שלושה תבחינים של עילות השוויון הקלאסיות: הראשון, בוחן את השונות לפי זמן היווצרותה והיכולת לשנותה. למשל, שונות הנכפית על אדם מיום לידתו שאינה ניתנת לשינוי, שונות שניתנת לשינוי, שנכפתה באמצע החיים או בשלב מתקדם שלהם וכדומה.

השני, בוחן את עוצמת החדירה לתודעה הציבורית האם לבעלי נתון מסוים יש לקח היסטורי או מציאות עכשווית שהופכת אותם לקבוצה. אפליה על יסוד קבוצה נתפסת כחמורה מאפליה אינדיבידואלית כיוון שהיא מונעת מהיחיד להוכיח את עצמו רק משום שהוא שייך לקבוצה מסוימת. וזהו הסבר נוסף מדוע עילות כמו גזע, מין, דת ומוצא זוכות להגנה רחבה יותר מעילות כגון גיל ומקום מגורים. העילות הראשונות, מבקשות להגן על קבוצות נחותות באופן מובהק.

השלישי, עניינו הסיבה העומדת מאחורי היחס השונה: האם מדובר בטעמים רציונליים? האם הנתון שהיא נתלית בו עשוי בנסיבות מסוימות להיות ראוי להבחנה. אם כן, הנטייה היא שלא לכלול אותו בין עילות השוויון הכלליות ולאסור נקודתית את ההתחשבות בו באותם מצבים שבהם השיקול הוא בלתי ראוי. לעומת זאת, נתונים אחרים כגון גזע, מוצא, דת ומין אינם עשויים לרוב להיות טעם רציונלי נאות לטיפול שונה. ברוב המקרים הבחנה על בסיס שיקולים אלה נועדה להנציח סטריאוטיפים ודעות קדומות ואינה מבוססת על נימוקים רציונליים. על כן ראוי לכלול אותם בעילות השוויון.

רובינשטיין ומדינה, לעומת זאת, כותבים כי המכנה המשותף לאמות המידה הפסולות, אשר השימוש בהן מהווה אפליה פסולה, הינו העובדה, שהן מתייחסות

¹²⁶ זמיר וסובל, לעיל הערה 4, בעמ' 220-221.

¹²⁷ זמיר וסובל, לעיל הערה 4, בעמ' 222 הערה 235, והמקורות הנזכרים שם. אנו מצאנו כעילות נפוצות גזע, צבע עור, מין, שפה, דת, דעה פוליטית, ומוצא.

למאפיינים אישיים הטבועים באדם ואינם ניתנים לשינוי על ידיו, או ששינויים יפגעו באוטונומיה של רצונו. בכך באה לידי ביטוי ההכרה, כי יש להבטיח נקודת מוצא זהה לציבור כולו במירוץ למימוש הזדמנויות שונות בהן הוא חפץ. בהקשר הנידון, באיזון האינטרסים בין הצורך להבטיח שוויון לבין ההגנה על חופש ההתקשרות של הפרט והאוטונומיה של הרצון שלו, העניק המחוקק עדיפות לעקרון השוויון.¹²⁸

זמיר וסובל מציינים כי בשנים האחרונות החלה להסתמן מגמה של הרחבת עילות השוויון. כך, למשל, מציינות מספר חוקות איסור הפליה על בסיס גיל¹²⁹ או על בסיס מוגבלויות.¹³⁰ אחרות כוללות התייחסות להשכלה¹³¹ או למצב המשפחתי.¹³²

בישראל ננקטה בהכרזת העצמאות לשון "דת גזע ומין". בחוקים שונים, ננקטה מדיניות שונה. יש חוקים שקובעים עילות שוויון בתחום מסוים ועילות שוויון כלליות שנוצרו על ידי ההלכה. זמיר וסובל מציינים כי המגמה גם בישראל כמו בעולם, היא התרבות של עילות השוויון.¹³³

יצוין כי הפסיקה שהכירה בעקרון השוויון הכללי, בניגוד לחקיקה, לא נדרשה לתחמתן של עילות שוויון. הפסיקה בחנה בכל מקרה אם ההבחנה היא רלבנטית בנסיבות העניין, ובמקרים מתאימים פסלה הבחנה גם אם היא אינה מבוססת על אחת מעילות השוויון המקובלות.

2. אפליה על בסיס מין (אפליית נשים)

בספרם על המשפט החוקתי¹³⁴ סוקרים רובינשטיין ומדינה בהרחבה נושא זה, וחלקו הראשון של הסיכום דלהלן מבוסס על סקירתם.

עקרון השוויון בין המינים לא הוכר בכתב המנדט לארץ ישראל ובדבר המלך במועצתו, 1922. לעומת זאת נכלל עקרון השוויון בין המינים בתוכנית החלוקה של האו"ם ובחלק השלישי של ההכרזה על הקמת המדינה. זכות ההצבעה ניתנה בצורה שווה לשני המינים מיד עם הקמת המדינה, אולם בפועל לא הושג שוויון.

הביסוס החקיקתי העיקרי של ההכרה בשוויון המינים נקבע כבר בימיה הראשונים של המדינה, בחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. לכאורה, נועד החוק לתקן עיוותים שנוצרו עד לחקיקת החוק, ולהביא לביטולן של הוראות שונות שנקבעו בתקופת המנדט, בהן הופלו לרעה הנשים, כמו בתחום זכותה של אשה נשואה לקניין, מעמדה באפוטרופסות על ילדיה וזכותה לירושה; אולם, בפועל, נכללה בחוק הוראה כללית,

¹²⁸ רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 16, בעמ' 278-279.

¹²⁹ קנדה, מונגוליה, ניו זילנד, דרום אפריקה, פינלנד.

¹³⁰ פינלנד, קנדה, דרום אפריקה, גרמניה ואריתראה.

¹³¹ פורטוגל, קרואטיה, בולגריה, מונגוליה.

¹³² דרום אפריקה, גרמניה, ניו זילנד.

¹³³ לסקירה מפורטת של החקיקה הישראלית בהקשר זה, ראו זמיר וסובל, לעיל הערה 4, בעמ' 227-230.

¹³⁴ רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 16, בעמ' 281-285, 312-326.

"פרוגרמטית", אשר עיגנה את עקרון השוויון באופן כללי (סעיף 1 לחוק): "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה".

חוק שיווי זכויות האשה הוא חוק רגיל, אשר לא זכה לכינוי "חוק יסוד" ולשריון מפני שינוי של הוראותיו בחוק מאוחר. עם זאת, החוק פורש מתוך מבט רחב, חוקתי: החוק פורש כמעגן את זכותה של האשה לשוויון "מכל בחינה משפטית", ולא רק "לכל פעולה משפטית" כאמור בו;¹³⁵ החוק הוחל גם על בתי הדין הדתיים, גם אם הוראותיו עמדו בסתירה לדין הדתי לפיהם פוסק בית הדין (בכפוף לאמור בחוק עצמו).¹³⁶

בפסיקה נקבע כי יש לפרש כל חוק באופן התואם את עקרון השוויון, אלא אם נאמר בו במפורש, כי הוא בא לשנות את חוק שיווי זכויות האשה.¹³⁷

נושא הפלייתן של נשים עלה פעמים רבות בהקשר של חברותן בגופים ציבוריים הקשורים לאספקת שירותי דת – כהונה בגוף הבוחר את חברי רב העיר וכהונה במועצה הדתית. בתי המשפט הרחיבו בעקבות את השתתפותן של נשים בתפקידים אלו, אולם הכירו עקרונית באפשרות של איזון בין עקרון השוויון לבין איסור הלכתי על מינוי נשים לאותם תפקידים.¹³⁸

כך למשל, בבג"ץ 153/87 **לאה שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח'**, פ"ד מב(2) 221:

"בחוק שירותי הדת אין כל לשון 'חזקה' בכיוון של אפליית האישה לעומת הגבר במינויים למועצה הדתית, ובהיסטוריה החקיקתית שלו אין ביסוס נחוש לתפיסת האפליה. יש להניח, כי עניין זה כלל לא עלה על הדעת. בנסיבות אלה פועלת החזקה, לפיה יש להניח, כי גם חוק שירותי הדת בא להגשים את עקרון השוויון בין המינים, וכי אין להניח כי חוק זה בא לבטל מכללא את חוק שיווי זכויות האשה."¹³⁹

יצוין כי בהתייחסה לאיסור להפלות נשים קבעה השופטת דורנר, כי "מן הרציונלים הפרטיים והחברתיים העומדים ביסוד האיסור על הפליית נשים, מתחייב להחיל בעניין זה את המבחן המחמיר בדבר ודאות קרובה לסכנה חמורה לאינטרסים מוגנים אחרים".¹⁴⁰ עקרון השוויון הקבוע בחוק שיווי זכויות האשה עלול להתנגש, במקרים רבים, בהוראות הדין האישי של האשה, הוא הדין הדתי שלה. בתי הדין הדתיים פוסקים על פי

¹³⁵ ע"א 337/61 **לובינסקי נ' פקיד השומה ת"א**, פ"ד טז(1) 403.

¹³⁶ בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2) 221.

¹³⁷ בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749, 764.

¹³⁸ בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(2) 221, 277; בג"צ 953/87 **פורז נ' מועצת עיריית ת"א**, פ"ד מב(2) 309.

¹³⁹ בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(2) 221, 276.

¹⁴⁰ בג"צ 4541/94 **אליס מילר נ' שהב"ט ואח'**, פ"ד מט(4) 94, פסקה 14 לפסק הדין.

הדין הדתי שלהם, ולא על פי הדין החילוני. פרופ' פרנסיס רדאי כותבת כי "נשים הן אולי הקורבן העיקרי של העדפת מצוות הדת על פני ערך השוויון". לדבריה, הפטריארכליות היא מרכיב בסיסי ועמוק בשלוש הדתות המונותאיסטיות: היהדות, הנצרות והאיסלם. מתן אוטונומיה שיפוטית בתחומי המעמד האישי נעשתה תוך הכרה בכך שהתוצאה הבלתי נמנעת תהיה פגיעה בזכות האישה לשוויון; והפלייתה לרעה איננה תופעת לוואי בלתי צפויה.¹⁴¹

חוק שווי זכויות האישה משנת 1951 קובע במפורש שהחוק לא יחול בענייני היתר ואיסור נישואין ובגירושין והקביעה המפורשת מוכיחה כי בידועין ויתרה מערכת המשפט הישראלית על עקרון השוויון בין המינים בתחום זה.

רדאי כותבת כי הפטריארכליות הדתית באה לידי ביטוי בשני מישורים שונים: ראשית היא מונעת מנשים להשתתף בהליך קבלת ההחלטות וקביעת המדיניות בתחומים שבסמכות מוסדות הדת, ולכן נמנעת מהן כל אפשרות לכהן בתפקידים ציבוריים בתחומים עליהם אמונים המוסדות הדתיים. שנית, הנשים נתונות למערכת כללים פטריארכלית בכל התחומים אשר בסמכותם של המוסדות הדתיים בתחום דיני המשפחה. השאלה שהתעוררה היא, אם כן, האם הוראות חוק שיווי זכויות האשה, ועקרון השוויון הקבוע בהם, גוברים על הוראות מפלות בדין הדתי. בסעיף 7 לחוק שיווי זכויות האשה נקבע כך: "כל בתי המשפט ינהגו לפי חוק זה; כן ינהג לפי חוק זה כל בית דין המוסמך לדון בענייני המעמד האישי, אלא אם כל הצדדים הם בני 18 ומעלה והסכימו לפני בית הדין מרצונם הטוב להתדיין לפי דיני עדתם". בסעיף 5 לחוק נקבע סייג לתחולתו, ולפיו החוק אינו "בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין". הוראה זו נועדה לשמור על השיפוט הרבני בענייני נישואין וגירושין. בעניינים אלה נחות מעמדה של האשה בדין העברי מזה של הגבר, והחלת כלל השוויון הייתה מתנגשת עם בסיסה של ההלכה בענייני נישואין וגירושין.

בעניין **בבלי נ' ביה"ד הרבני הגדול** נקבע, כי מכוחה של הוראת סעיף 7 לחוק שיווי זכויות האשה, ולאור תוכנו של החוק, המעגן בחקיקה את עקרון השוויון, הוראותיו חלות גם בבית הדין הרבני.¹⁴² התוצאה היא, כי גם בית הדין הרבני מחויב לפסוק על פי עקרונות של שוויון בין המינים בחלוקת הרכוש.

בסעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה נקבע, כי "אין חוק זה בא לפגוע בכל הוראות חוק הבאה להגן על האשה באשר היא אשה". ההתחשבות באשה, העדיפות הניתנת לה בחוק כלשהו משום שהיא אשה, אינה נפגעת על ידי חוק שיווי זכויות האשה. חוק זה אינו בא לשלול התחשבות מיוחדת זו, שמצאה את ביטוייה בחוקים רבים, בין השאר בהוראות מיוחדות המתייחסות לעבודת נשים (חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954), זכויות הקשורות להריון וקיצור תקופת השירות הצבאי.

¹⁴¹ פרנסיס רדאי "דת ושוויון בראי הפסיקה" ספר **ברנזון** (חלק ב) 341.

¹⁴² בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2) 221.

בהקשר זה, מתעוררת השאלה, מהו קו הגבול המבחין בין הגנה על האשה לבין הפלייתה לרעה: למשל, האם קביעת גיל פרישה נמוך יותר לנשים מגן עליהן – או מפלה אותן? בעניין **נבו** נדון עניינה של עובדת אשר ביקשה שלא לפרוש בגיל 60 אלא רק בגיל 65, כמו הגברים. בית המשפט קבע עקרונית, כי ההבחנה בגיל הפרישה מהווה אפליה של הנשים. ראשית, נקבע כי "אין כל סימוכין לכך, כי ככלל נשים, יותר מגברים, זקוקות להקלה מעומס בהגיען לגיל 60"; ושנית, "הפרישה המוקדמת אינה מהווה העדפה חיובית, והשלכותיה השליליות רבות".¹⁴³ נקבע, איפוא, כי כפיית גיל פרישה מוקדם על נשים מהווה אפליה פסולה.

3. אפליה על בסיס נטייה מינית

מרבית החוקים האוסרים אפליה בישראל לא התייחסו לעילה של נטייה מינית כעילת אפליה אסורה. יוצא דופן בעניין זה חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אשר תוקן בתשנ"ב תוך הוספת הוראה, לפיה אין להפלות בין עובדים או דורשי עבודה, בקבלה לעבודה ובתנאי העבודה, מבחינת "נטייתם המינית". הוראה זו חלה גם במישור המשפט הפרטי. בפרשת **דנילוביץ'**¹⁴⁴ קבע בית המשפט הגבוה לצדק, בדעת רוב, כי הענקת טובת ההנאה לבני זוג הידועים בציבור כנשואים, ושלילתה מבני זוג מאותו מין, היא הוראה מפלה.¹⁴⁵ יחד עם זאת חשוב לציין גם את דעת המיעוט של השופט קדמי:

"לשיטתי שלי, אין די בחיי שיתוף ואחוה - כפי שמציין חברי הנכבד - כדי להפוך זוג חד-מיני ל"זוג" במשמעות שיש למושג זה בלשוננו בהקשר הנדון כאן וזאת משום שנעדר הימנו יסוד חיוני ל"זוגיות", והוא - שבני הזוג נמנים עם מינים שונים".¹⁴⁶

מישור נוסף אשר בו קיימת פגיעה בזכויותיהם של זוגות חד מינים, ובאופן עקיף בילדיהם, היא בנוגע לנושא האימוץ.

פסק דין חשוב שניתן לאחרונה בהקשר זה דן בשאלה האם שתי נשים לא-נשואות, אימהות לילדים, המקיימות מערכת חיים זוגית משותפת, כשירות על-פי דין לאמץ, הדדית, האחת את צאצאי רעותה.¹⁴⁷ בית המשפט, מפי השופט ברק, קבע כי:

¹⁴³ בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749, 755-756.

¹⁴⁴ בג"ץ 721/94 **"אל על" נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ'**, פ"ד מח(5) 749.

¹⁴⁵ השופטים ברק ודורנר נמנעו מלקבוע האם בני זוג חד-מיניים שווים במעמדם לידועים בציבור. קביעה אשר משמעותה היא הענקת כל אותן הטבות וזכויות החלות על ידועים בציבור גם לבני זוג חד-מיניים.

¹⁴⁶ **שם**, בע"מ 773.

¹⁴⁷ ע"א 10280/01 **היועמ"ש נ' טל ירוס-חקק** (ניתן ביום 10.1.05, טרם פורסם).

"אין לומר א-פריורי כי בשל הזוגיות החד-מינית של המערערות, אימוץ על ידן יהיה שלא לטובת המאומץ. יש לבחון כל מקרה לגופו; יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו. . . חלק מהנסיבות הן גם תפיסותיה של החברה באשר להשפעת זוגיות חד-מינית על טובת המאומץ."¹⁴⁸

אולם, גם כאן נמנע בית המשפט מלהכריע בסוגיה הכללית בנוגע למעמד של זוגות חד מיניים.¹⁴⁹

בית המשפט קבע כי אין בחוק כל בסיס אשר יצדיק את הפליטה-הענשתה של אשה רק בשל חייה המשותפים עם אם הקטין, או את הפליטה של קטין רק בשל מסגרת החיים עם אמו.¹⁵⁰ והוסיף:

"בערעור שלפנינו איננו נדרשים לבחון גישה זו, אם ראויה היא אם לאו, ונוכל להשאירה בצריך עיון. . . אכן, אם המחוקק סבור כי עקרון "טובת המאומץ" – או אינטרס המאומץ – לא צריך לחול לעניין משפחה חד-מינית, עליו לומר את דברו, ויהא עלינו לבחון אם אמירה זו היא חוקתית."¹⁵¹

רובינשטיין ומדינה מציינים שינויים נוספים בהקשרים אלו, ומגיעים למסקנה כי עם שינויים אלה ניצבת ישראל עם המדינות הנאורות והסובלניות ביחס להעדפותיו המיניות של אדם (פרט, כמובן, בכל הקשור למימוש הזכות לנישואין).

4. אפלייתם של ערביי ישראל – לאום, דת, והמצב הביטחוני

שאלת אפלייתם של ערביי ישראל מתעוררת בישראל במספר רב של הקשרים, חלקם ייחודיים.

ראשית, ערביי ישראל מהווים קבוצת מיעוט מבחינה לאומית, במדינת הלאום של העם היהודי. שנית, בעיית קבוצת המיעוט מחריפה עקב השתייכותם הלאומית של ערביי ישראל לעולם הערבי, שחלקים ממנו מצויים בעימות מזוין עם ישראל. שלישית, בשל הנסיבות הלאומיות-פוליטיות, פטור רובם המכריע של ערביי ישראל משירות בצה"ל. זכויות שונות הניתנות למי ששירתו בצה"ל מהוות דרך לתגמל את המשרתים או דרך להפלות ערבים לרעה, תלוי בעיני המתבונן. ורביעית, ערביי ישראל משתייכים, בעיקרם,

¹⁴⁸ שם, בפסקה 16 לפסק דינו.

¹⁴⁹ שם, בפסקה 24.

¹⁵⁰ שם, פסקה 2.

¹⁵¹ שם, בפסקה 30 לפסק הדין.

לשתי דתות, האיסלאם והנצרות, שהינן דתות מיעוט במדינה שבה רוב התושבים הינם יהודיים.

בפרשת **קעדאן**, פסק דין מרכזי העוסק בנושא הפלייתם של ערבים אזרחי ישראל, כותב הנשיא ברק:¹⁵²

"מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות, התש"י-1950). אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים".

ברור כי בפועל, אין בישראל שוויון זכויות מלא לאזרחי ישראל הערבים, כפי שעולה גם ממספר פסקי דין שייסקרו להלן.

באשר לנושא השרות בצה"ל, הפטור משירות צבאי שניתן לאזרחי המדינה הערבים נועד למנוע מהם שירות בניגוד לרצונם ולרגשותיהם, ואינו אמור לגרוע באורח עקרוני מזכויותיהם האזרחיות והאחרות. בעבר הייתה קיימת אפליה בולטת, בצורת תשלום קצבת ילדים מוגדלת - "קצבת יוצאי צבא" למשפחות שבהן אחד מבני המשפחה בצה"ל. שיטה זו בוטלה לאחר הבחירות לכנסת ה-13, כאשר הממשלה החליטה לקבוע דין אחיד לעניין קצבאות הילדים.¹⁵³

באשר לייחודו של נושא הפליית הערבים, בית המשפט העליון ציין, **בעניין האגודה לזכויות האזרח, כי :**

"עם זאת, אין להתעלם מן ההבדל בין שאלת השוויון כלפי ערבים לבין שאלת השוויון כלפי אחרים. כך, לדוגמה, שאלת השוויון כלפי נשים. שאלה זאת אינה מיוחדת למדינת ישראל. היא אוניברסלית. אפליה כלפי נשים, במדינת ישראל כמו במדינות אחרות, נובעת בעיקר מדעות קדומות. המאבק בדעות אלה מתנהל מזה זמן בנחישות, גם בישראל, מתוך הסכמה חברתית רחבה, והוא זוכה למידה ניכרת של הצלחה. כך גם, כדוגמה נוספת, המאבק לשוויון של אנשים עם מוגבלות... מאבקים אלה אינם מעוררים, לפחות במישור הגלוי, התנגדות עקרונית או רתיעה רגשית. אין זה כך בשאלת השוויון כלפי הערבים. אמנם במישור המשפטי אין הבדל עקרוני בין שאלת השוויון כלפי האוכלוסייה הערבית לבין

¹⁵² בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 282.

¹⁵³ רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 16, בעמ' 301-302.

שאלת השוויון כלפי קבוצה אחרת... אולם, במישור המעשי, במדינת ישראל נודעת משמעות מיוחדת לשאלת השוויון כלפי ערבים. שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה.¹⁵⁴

לאחר ניתוח אמיץ זה, אומר השופט זמיר כי "אף על פי כן, ואולי דווקא בשל כן, יש צורך בשוויון." השוויון המהותי צריך לכלול בהקשר זה גם את ההעדפה המתקנת. פינטו וסומר מצביעים במאמרם¹⁵⁵ כי:

"קשה לא להתרשם מהנחרצות שבה התייצב בית-המשפט העליון לצידן של הנשים במאבק להשגת שוויון מהותי ולנקיטת העדפה מתקנת, כשהוא נותן לעיתים לעותרות אף יותר ממה שהעלו בדעתן לבקש בעתירתן. אולם דומה כי התמיכה השיפוטית שבה זכה המיעוט הערבי בישראל פחותה בהרבה, ברמה התוצאתית, מזו שזכו בה הנשים, למרות הרטוריקה השווה של בית-המשפט בשני העניינים. בעתירות משמעותיות שנגעו בשוויון המהותי של הערבים בכלל ובהעדפתם המתקנת בפרט, אשרר אומנם בית-המשפט את זכותם של הערבים לשוויון ואת חשיבותה של ההעדפה המתקנת גם ביחס למגזר זה, אולם נמנע ממתן צווים הכופים העדפה מתקנת, כשהוא נאחז כל פעם בסיבה ספציפית אחרת."¹⁵⁶

כך, למשל, בדחותו את טענת העותרים כי קצב יישומה של ההעדפה המתקנת כלפי הערבים נופל מהקצב שבו היא יושמה לטובת נשים, קבע בית-המשפט העליון כי הקצב הראוי שבו על הרשות לפעול למילוי חובות ההעדפה המתקנת שלה הוא הקצב הסביר, וכי "בבחינת קצב השגת ייצוג הולם לבני קבוצה מסוימת, יש לתת את הדעת על מאפייניה המיוחדים של אותה קבוצה".¹⁵⁷

¹⁵⁴ בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה (5) 15, 28.

¹⁵⁵ פינטו וסומר, לעיל הערה 13, בעמ' 205 ואילך.

¹⁵⁶ לתפקידם של בתי-המשפט בהגנת מיעוטים, ראו אייל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" עלי משפט ג (תשס"ד) 463. לתיאור מפורט ולניתוח התייחסותו של בית-המשפט הישראלי למיעוט הערבי, ראו: Eyal Benvenisti & Dalia Shaham "Facially Neutral Discrimination and the Israeli Supreme Court" forthcoming New York University Journal of International Law and Policy (2004).

¹⁵⁷ בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז (3) 31, 42--43.

בעניין הוועד הארצי לראשי הרשויות הערביות בישראל,¹⁵⁸ אשר עסק במינוי חברים ערביים לוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה במחוז צפון, הוזכרה הדוקטרינה הכללית של העדפה מתקנת ואף הוכרה חשיבותו של הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית. אולם אף-על-פי שרק שניים מבין שבעה-עשר חברי הוועדה היו ערבים, לא מצא בית-המשפט מקום להתערב, משנחה דעתו כי לא נמצאו מועמדים ערביים מתאימים בשל מיעוטם בקרב בכירי המגזר הציבורי.¹⁵⁹

הפלייתם של אזרחי ישראל הערביים בתחום התקציבי הגיעה אף היא לדיון בבית-המשפט העליון, ויותר מפעם אחת. בבג"ץ **עדאלה נ' השר לענייני דתות** הראשון¹⁶⁰ טענו העותרים כי משרד הדתות מפלה את האוכלוסייה הערבית לרעה בתקציבים. אף שבת-המשפט הסכים עם טענתם העקרונית של העותרים כי לעדות הערביות, המהוות 20% מאוכלוסיית המדינה, מוקצים רק 2% מתקציבי משרד הדתות, דחה בית-המשפט את העתירה בהיותה "כללית מכדי שבית-משפט יוכל להידרש לה ולצוות על המשיבים כי יעשו ויחדלו כבקשת העותרים".¹⁶¹ פינטו וסומר טוענים כי טעה בית-המשפט בדרישתו שִׁיראו לו את העצים. נראה כי היה עליו לראות את היער, ולהורות על ביטול ההפליה הברורה מאין כמוה ואף על תיקונה בהעדפה מתקנת.¹⁶²

העותרים לא אמרו נואש, ועתרו שנית נגד השר לענייני דתות, הפעם בעתירה ממוקדת בנושא תקצוב בתי-הקברות.¹⁶³ בית-המשפט הכיר בצדקת טענותיהם של העותרים, ופסק כי יש להקצות להם תקציב הולם. בלשונו של פסק-הדין נכללו אמרות התומכות במפורש בהעדפה מתקנת. בין היתר נפסק כי מותר לסטות מן השוויון לצורך העדפה מתקנת "כאשר היא מכוונת לפצות ציבור חלש או קבוצה חלשה, הסובלים ממצב של תת-שוויון, ובמיוחד אם מצב זה נובע מקיפוח ממושך, מודע או בלתי-מודע, מכוון או בלתי-מכוון".¹⁶⁴ אולם חרף הרטוריקה, לא זו בלבד שבית-המשפט לא ראה לנכון לפסוק כי יש להעניק לאוכלוסייה הערבית העדפה מתקנת בגין שנות ההפליה הרבות, הוא אף נמנע במפורש מלפסוק כי יש להקצות את התקציב הראוי בגין שנות הגשת העתירה (שהסתיימה בינתיים), וזאת בשל שורה של נימוקים טכניים.

¹⁵⁸ בג"ץ 9472/00 הוועד הארצי לראשי הרשויות הערביות בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 15.11.2001).

¹⁵⁹ שם, בפסקה 5.

¹⁶⁰ בג"ץ 240/98 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167.

¹⁶¹ שם, בעמ' 193.

¹⁶² כפי שמציינים יורם רבין ומיכל לוצקי, בעצם העלאת הטענה בדבר הפליה בתקצוב ביחס לכמות האוכלוסין היה לכל-הפחות כדי להעביר את נטל ההוכחה אל המדינה, קרי, היה מקום לחייב את המדינה להראות שקיימים טעמים מיוחדים המצדיקים סטייה מחלוקת התקציב בצורה שוויונית. ראו יורם רבין ומיכל לוצקי "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" **המשפט** ז' 505, 510.

¹⁶³ בג"ץ 1113/99 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164.

¹⁶⁴ שם, בעמ' 182.

פינטו וסומר מעירים כי עמדה זו, שלפיה אין לתקן את העיוות אלא מכאן ולהבא, תמוהה במיוחד כאשר משווים אותה לפסיקה בעניין **ל.כ.נ.**,¹⁶⁵ שבה פסק בית-המשפט כי העותרות יקבלו הפרשים בעבור שנתיים וחצי למפרע על-פי אמות-המידה של ההעדפה המתקנת שנקבעו בפסק-הדין.¹⁶⁶

באשר להיות הערבים שייכים לדתות שונות מהיהדות, הרי שהעדויות הדתיות נהנות, עוד מהתקופה העותומאנית, מאוטונומיה שיפוטית לגבי דיני האישות של חבריה בבתי-הדין הדתיים שלה.¹⁶⁷

אולם, כפי שכותבת פרופ' פרנסס רדאי, על אף הבסיס השוויוני, קיימים מספר מאפיינים ייחודיים אשר המציאות בגינם היא אחרת. הראשון הוא ההיבט החוקתי. העובדה שישראל מוגדרת בבסיסה ובמסמכים המייסדים כמדינה יהודית, מכתיבה את הזהות הדומיננטית של אזרחות המדינה כיהודית ודוחקת לשוליים את הקבוצות הלא יהודיות. לעיגון החוקתי והרעיוני בדבר היותה של ישראל מדינה יהודית, ישנה נפקות נוספת בנוגע לשוויון. אם המדינה הינה בת דת לאומית,¹⁶⁸ נובע מכך שיש הבחנה רלוונטית בין הדת הנבחרת לבין דתות אחרות. נשמרת הזכות לחופש הדת אך לא בהכרח הזכות למימון שווה מקופת המדינה.

על-פי עקרון השוויון הקבוצתי, אף אם יש מקום להבחנה בין הדת הלאומית לבין דתות אחרות לצורכי מימון, הבחנה זו תהיה רלוונטית רק לגבי פעילויות הקשורות להיות הדת הדת הלאומית.¹⁶⁹

5. אפליה של זרמים לא-אורתודוקסיים ביהדות

בישראל קיימת הגמוניה דה-פאקטו של הזרם האורתודוקסי ביהדות, השולט על מרבית המועצות הדתיות והמשרות האחראיות לחלוקת תקציבי דת. פרופ' רדאי מציינת במאמרה כי:

"כשמדובר בזרמים שונים של היהדות, השאלה שמתעוררת לעניין יישום עקרון השוויון שונה מזו המתעוררת לגבי דתות אחרות. . . על רקע הטעמים להקמת מדינה יהודית והמדיניות הטמונה בחוק השבות, מוזר יהיה לקבוע לצורך רישום או

¹⁶⁵ בג"ץ 5325/01 **עמותת ל.כ.נ. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה מקומית רמת השרון**, פ"ד נח (5) 79 בעמ' 182.
¹⁶⁶ **שם**, בפסקה 17 לפסק-דינה של השופטת נאור. מעניין כי תשלום למפרע בגין הפליה נפסק גם באותו תחום עצמו - הפליה בתקציבי משרד הדתות - לטובת התנועה המסורתית. בבג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג (5) 337, הורה בית-המשפט לשלם לעותרת את התמיכה שנשללה ממנה בשנת-הכספים 1997 מתוך תקציב שנות-הכספים 1999 ו-2000. ראו רבין ולוצקי, **לעיל** הערה 155, בעמ' 512.

¹⁶⁷ דברי המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922-1947, סימנים 51-54.

¹⁶⁸ כגון אנגליה, או, באופן מובהק, הוותיקן.

¹⁶⁹ רדאי, **לעיל** הערה 141.

שבות שהגדרת היהדות היא בידי רק חלק מהעם היהודי
העולם. אין ספק כי על-פי הקונסנסוס במישור העולמי,
הזרמים הרפורמיים וקונסרבטיביים הם זרמי יהדות.

כבר משנות השישים של המאה העשרים נדרש בית המשפט העליון להכריע בעתירותיהם של הזמנים הלא-אורתודוקסים ביהדות (הרפורמים והקונסרבטיבים) הטוענים לאפליה בתחומים רבים. כך, כבר בפרשת **פרץ נ' כפר שמריהו**¹⁷⁰ הידועה משנת 1962 הורה בית המשפט העליון למועצת כפר שמריהו לאפשר לרפורמים לעשות שימוש, על בסיס שוויוני, באולם ציבורי אשר שימש גם לפעילותם של יהודים אורתודוקסיים.

בתי המשפט קבעו, בסדרה של עתירות בשנות ה-90 של המאה העשרים, כי לא ניתן למנוע מינויים של רפורמיים וקונסרבטיביים שנבחרו בידי סיעותיהם בעירייה להשתתף במועצות הדתיות.¹⁷¹ פרופ' רדאי מעירה כי "בסיס להלכה ברורה זו הוא שהמועצה היא גוף פוליטי שמוקם מכוחו של חוק אזרחי חילוני ואיננו קובע הלכות דתיות ושכל עוד אדם איננו אנטי דתי, הרי שאין לפסלו מהשתתפות במועצה דתית ולו בגלל השקפת עולמו. לאור הנמקה זו, אין בפסיקה הכרה רשמית לתנועות הרפורמים והקונסרבטיבים כזרמים רשמיים של היהדות."

הזרמים הלא אורתודוקסים נאבקים מאבק מתמיד על קבלת חלקם, על פי הנטען, בתקציבים השונים הנודעים לפעילות דת. בעניין **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**,¹⁷² החליט בית-המשפט העליון, מפי השופט זמיר, לקבל עתירתה של התנועה המסורתית למנוע חלוקה בלתי שוויונית של תמיכות משרד הדתות למוסדות דת אורתודוקסיים באופן המפלה לרעה את התנועות הרפורמיים והקונסרבטיביים. בית-המשפט פסל את החלוקה הבלתי שוויונית בחלק התקציב השנתי בהיותה נוגדת את עקרון השוויון שנקבע מפורשות בחוק יסודות התקציב. הרפורמים והקונסרבטיבים מנהלים גם מאבק להכרה ברבניהם ובמוסדותיהם בתחום המעמד האישי – נישואין, גירושין וגירור.

בענייני נישואין, דחה בית המשפט עתירה כנגד המונופול האורתודוקסי בתחום הנישואין.¹⁷³ בענייני גירור, מוכר כיום לצרכי מרשם האוכלוסין וחוק השבות גם גירור רפורמי וקונסרבטיבי שנערך מחוץ לישראל,¹⁷⁴ ולאחרונה אף הוכר "גירור קפיצה" שנערך

¹⁷⁰ בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז(3) 2101.

¹⁷¹ בג"ץ 7237/95 שוש ערער נ' שר הדתות, פ"ד נא(1) 193; בג"ץ 4733/94 יהודית נאות נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד מט(5) 111; בג"ץ 3551/97 ג'ויס גילה ברנר נ' ועדת השרים, פ"ד נא(3) 754.

¹⁷² בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337.

¹⁷³ בג"ץ 47/82 התנועה ליהדות מתקדמת נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661.

¹⁷⁴ ראו למשל בג"ץ 5070/95 נעמת - תנועת נשים עובדות ומתנדבות ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נו(2) 721.

בקהילה הקונסרבטיבית או הרפורמית מחוץ לישראל למי שהינו תושב ישראל, ורק נסע לצורך הגיור לאותה קהילה.¹⁷⁵

6. שוויון בתחום הדיור והקצאת מקרקעין

הסקירה שלהלן מבוססת על ספרם של רובינשטיין ומדינה.¹⁷⁶ דוגמא לכך ששיקולים בטחוניים או מדיניים עשויים להצדיק, בנסיבות מסוימות, שימוש באמת מידה של דת או לאום ובפועל אפליה על בסיס זה, היא תחום הדיור. בית המשפט הכיר בתחולתו של עקרון השוויון בתחום הנגישות לדיור, אולם קבע, כי ניתן לסייג זכות זו, אם היא מתנגשת באינטרסים חשובים אחרים. בעניין **אמה ברגר** נקבע כי הרשות אינה רשאית למנוע מאדם רכישת קרקע (באמצעות החלטה על הפקעת הקרקע) מטעמי גזע או דת. השופטים יצחק כהן ועציוני הכירו בכך שמותר להפלות על רקע שיוך לאומי ופסלו את ההחלטה משום שהתבססה על טעמי דת. השופט ברנזון סבר כי אף שיקולי שיוך לאומי אינם כשרים להצדקת הפרתו של עקרון השוויון.¹⁷⁷ בעניין **בורקאן** נדון היחס בין עקרון השוויון לבין האינטרס של המדינה לשוב וליהד את הרובע היהודי בירושלים. בית המשפט דחה את העתירה ולא נמנע מלציין במפורש, כי האינטרס הלאומי עשוי לגבור על הצורך בשוויון.¹⁷⁸ השופט כהן ציין:

"שלישית, הצורך בשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה התעורר רק מפני שצבאות ירדן פלשו אליו וגירשו את היהודים ושדדו רכושם והרסו בתיים. מטבע הדברים הוא שהשיקום בא לשם החזרת עטרת הישוב היהודי בעיר העתיקה לישנה, כדי שליהודים יהא שוב, כמו שהיה בעבר, רובע המיוחד להם, ליד רובעי המוסלמים והנוצרים והארמנים. אין כל הפליה פסולה בייחודם של הרובעים הללו, רובע רובע ועדתו.

ורביעית, במידה שיש הפליה נגד אזרחים ירדניים החבים נאמנות לממלכת ירדן (כמו העותר דנן), נראית ההפליה מוצדקת וכשרה בעיני: בוכים אנו ומוחים על מה שעוללו לנו הירדניים בעיר העתיקה, ואין לדרוש מאתנו שנפתח אנחנו

¹⁷⁵ בג"ץ 2597/99 תא"ס רודריגז-טושביים נ' שר הפנים ואח', פ"ד נח(5), 412.

¹⁷⁶ רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 16, בעמ' 285-283, 309-308.

¹⁷⁷ בג"ץ 392/72 ברגר נ' המועצה המחוזית לתכנון ובניה, פ"ד כז(2), 764, 771-773.

¹⁷⁸ בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2), 800.

פתח לרווחה לפנייהם לחזור ולהתיישב ברובע היהודי דוקא. גם בשיקולים בטחוניים וגם בשיקולים מדיניים יש משום הסבר והצדק להפליה אשר כזאת.¹⁷⁹

ורובינשטיין ומדינה מתייחסים לדברים:

"כלומר, בית המשפט הצדיק בנסיבותיו הקונקרטיות של מקרה זה את האפליה, שכן למול זכותו של אדם שלא יפלוהו קיימים אינטרסים לאומיים-חברתיים אחרים, כלומר שיקום הרובע היהודי ודאגה לשלום אתם תושבים יהודים המאכלסים אותו רובע. נראה עם זאת כי יש לסייג הלכה זו לנסיבותיה הספציפיות והמיוחדות."

בפרשת **אביטן**, העותר היהודי נתקל בסירובו של מנהל מקרקעי ישראל להחכיר לו מגרש שנועד לבדואים ולהם בלבד. בית המשפט דחה את העתירה, בקובעו כי קיים אינטרס ציבורי לסייע לבדואים להתיישב התיישבות קבע ביישובים עירוניים. אינטרס זה, כשהוא משולב בצורך בשינוי ערכים מנהגים והליכות של המגזר הבדואי מזה דורות רבים, מצדיק את העדפתם של הבדואים במתן מגרשים בתנאים מסובסדים, ביישוב שנועד ליישובם יישוב קבע.¹⁸⁰

"רעיון זה של עידוד והקלות למיגזרים הזקוקים וראויים לכך ידוע ומקובל גם בענייני שיכון ודיור, ויש לראותו בחיוב, ובלבד שעידוד והקלות אלה נעשים על-פי קריטריונים ראויים וסבירים. כך ראתה הממשלה לעזור ולסבסד בנייה ומגורים באזורי פיתוח או אזורי ספר, או עבור מפוני מעברות או משכנות עוני, וכן לעזור לזוגות צעירים או למיגזרים אחרים על-ידי הקלות שונות, אם במחירי דירות שהועמדו לרשותם, ואם במתן הלוואות בתנאים נוחים. נראה, שלא יכול להיות עורר על כך, שאם השיקולים שביסוד החלטתן ענייניים וסבירים, רשאיות רשויות השלטון ליתן עזרה ועידוד לשיכון ודיור למגזר אוכלוסיה הראוי לכך."¹⁸¹

באופן דומה הוכרה האפשרות להקצות מקרקעין הנמצאים בבעלות הציבור לעמותות "בעלות גוון מיוחד, כגון עמותה של עולים חדשים או של זוגות צעירים". אולם גם הקצאה

¹⁷⁹ בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב (2) 805, 800.

¹⁸⁰ בג"ץ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297.

¹⁸¹ שם, בעמ' 303.

סלקטיבית שכזו חייבת להיעשות על פי עקרונות השוויון, היינו צריכה להיערך תחרות בין כל אלה הנמנים עם סוג האוכלוסייה, שלמענו יש כוונה להקצות הקרקע.

הבעיה הספציפית הכרוכה בעניין קרקעות המדינה, נובעת מכך שאלה מורכבות, מבחינת בעלות, מקרקעות מדינה וקרקעות רשות הפיתוח מחד גיסא, וקרקעות הקרן הקיימת לישראל, מאידך גיסא. אלה גם אלה אסורים עקרונית במכירה או בהעברת בעלות בהם, על פי האמור בסעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, ומצויים מבחינת ניהולם בידי מינהל מקרקעי ישראל. קרקעות אלה, על פי תזכירה של הקרן הקיימת לישראל, נועדו בין היתר, ליישוב יהודים עליהם; ואם כי אין בתזכיר איסור מפורש על העברת קרקעות ללא-יהודים, זהו הנוהג המקובל, הנובע מעצם מהותה של הקרן הקיימת לישראל ומן האמנה שבינה לבין ממשלת ישראל.

בבג"ץ קעדאן,¹⁸² נדונה עתירתם של בני זוג ערביים לרכישת בית ביישוב הקהילתי קציר. יישוב אשר הוקם על ידי הסוכנות היהודית ואשר נימקה את סירובה לקבלת העותרים בטענה שאדמות היישוב מיועדות ליהודים בלבד.

בית המשפט התייחס לתכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל לפי חוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, ואשר הינן בין היתר, שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה ומניעת הגעתן לגורמים לא רצויים. אולם, לצד תכליות אלה קיימות גם תכליות כלליות המשקפות את ערכי היסוד של המשפט והחברה הישראלית. ובעניין זה, חל עקרון השוויון, אשר מחייב כל רשות מרשויות המדינה.¹⁸³

בית המשפט (השופט ברק) ציין:

"התרגום המעשי של תפיסות יסוד אלה באשר לשוויון הינו כי תכליתה (הכללית) של כל חקיקה הינה להבטיח שוויון בין בני-האדם בלא אפליה על בסיס של דת או לאום. טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול "חשוד" והוא לכאורה טיפול מפלה. עשויות להיות נסיבות – כגון בגדרי ההעדפה המתקנת (על-פי ההשקפה הרואה בהעדפה המתקנת הגשמה של עקרון השוויון ולא חריג לה, ראו עמדת השופט מצא בפרשת מילר) – שבהן טיפול שונה בשל דת או לאום לא יהיה טיפול מפלה. זאת ועוד: טיפול שונה על בסיס דת או לאום עשוי להיות בהתאם לחוק. דבר זה יקרה, למשל, מקום שבו לשונו המפורשת והברורה של דבר חקיקה קובעת תכליות מיוחדות המובילות

¹⁸² בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 286.

¹⁸³ שם, בעמ' 271-272.

לטיפול מפלה, ובאיזון שבינן לבין התכלית הכללית בדבר
שוויון, ידן של התכליות המיוחדות על העליונה.¹⁸⁴

בית המשפט אף סרב לקבל את הטענה כי בניית יישוב קהילתי ערבי נפרד פותרת את
אי השוויון. בית המשפט הזכיר בהקשר זה את פרשת Brown המפורסמת בארצות הברית
וקבע שהתפיסה של "נפרד אבל שווה", אפילו בהנחה שהמדיניות כלפי כל קבוצה מופרדת
היא שווה, היא מעצם טיבה בלתי שווה. "ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה
משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין
האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית."¹⁸⁵ יחד עם זאת, ניתן להתיר הפרדה
שכזו במצב שהדבר נעשה במסגרת העדפה מתוקנת ובהתאם לגישה שזו מהווה הגשמה של
עיקרון השוויון. אם היה הטיפול הנפרד בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על
אורח חייהן ותרבות וחפצות למנוע התבוללות.¹⁸⁶

בית המשפט פסק שבמקרה זה לא מתקיימים המאפיינים המצדיקים הפרדה.
תושבי היישוב קציר אינם מהווים קבוצה ייחודית.
נפסק כי על המדינה מוטל לשקול מחדש את בקשת העותרים על יסוד עיקרון
השוויון וכל שאר השיקולים השייכים לעניין.

אוכלוסיה נוספת שזכתה להתייחסות בנוגע להפרדה בהקצאות קרקע הינה המגזר החרדי.
בפרשת **איתן כבל**¹⁸⁷ נידונה חוקיותן של הנחיות הממשלה בנוגע לדירות שהוקצו באזור
שנועד לאוכלוסיה חרדי. ההנחיות נועדו להקל עם אוכלוסיית תלמידי הישיבות וסטודנטים
אולם בית המשפט קבע כי מכיוון שההנחיות הללו בפועל ייטיבו אך ורק עם בני הישיבות
אשר נמנים בקבוצת שוויון זהה עם סטודנטים, וזאת בשל מיקום הדירות, ההנחיות הללו
פוגעות בשוויון ועל כן פסולות. בפרשת "**עם חופשי**" התנגדו העותרים להטבות שניתנו
לרוכשי דירות באלעד, עיר חרדית שהוקמה במרכז הארץ. העותרים ביקשו להשוות את
התנאים שניתנו לרוכשי דירות באיזור סמוך. בית המשפט הכיר בייחודה של אוכלוסייה
חרדית זו כזכאית להקצאות קרקעות בנפרד בשל מאפייניה הייחודיים:

"ייתאמר בפתח הדיון בסוגיה שלפנינו, כי הקצאת קרקע לבניית
יישוב נפרד לאוכלוסיה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר
את אורחות חייה מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול"¹⁸⁸

בית המשפט קבע כי גם אם ניתן לראות בחרדים אוכלוסייה בעלת צרכים מיוחדים, הרי
שלעניין הטבות בנוגע למגורים, יש להעניקן על בסיס אישי סוציו-אקונומי. לעניין

¹⁸⁴ שם, בעמ' 276.

¹⁸⁵ שם, בעמ' 279.

¹⁸⁶ הדוגמה המצוינת בפסק הדין היא בג"ץ אביטן.

¹⁸⁷ בג"ץ 1/98 ח"כ כבל נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241.

¹⁸⁸ 4906/98 עמותת עם חופשי נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 508.

קריטריון זה לא קיים כל שוני בין האוכלוסייה החרדית לבין אוכלוסיות אחרות. אשר על כן נפסק כי אין מקום לחייב הענקת הטבות גם לכלל האוכלוסייה. לפיכך מכאן והלאה חל איסור על אפליה בדרך הענקת ההטבות בלעדית לאוכלוסייה זו.

7. העדפה מתקנת

הסקירה דלהלן מבוססת על מאמרם של פינטו וסומר¹⁸⁹ בנושא העדפה מתקנת. עד לחקיקתן של הוראות חוק שחייבו העדפה מתקנת, בתי-המשפט לא העמידו את עצמם בחוד החנית של ההעדפה המתקנת. בפרשת **אביטן**¹⁹⁰ הסתפק בית המשפט העליון בהגנה על פעולות של העדפה מתקנת שנקטה הרשות. העותר, יהודי, ביקש שמנהל מקרקעי ישראל יחויב להחכיר לו מגרש ביישוב שנועד להתיישבות בדואים באותם תנאים שבהם מחכירים מגרשים לבדואים. העותר טען כי בסירוב המנהל "מופרים עקרונות השוויון ואיסור ההפליה מטעמים לאומיים". בדחותו את העתירה, העלה בית-המשפט על נס את השוויון במובנו המהותי, ואף הכשיר באמרת-אגב מדיניות של העדפה מתקנת כחלק מהחתירה לשוויון במובנו המהותי:

עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון ה"טכני" או "הפורמאלי" הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים. בני האדם, או קבוצות בני אדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונותיהם ובצורכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש.¹⁹¹

עד למתן הגושפנקה החוקית להעדפה המתקנת, לא היו אפוא בפסיקה אלא "ניצנים של הכרה בלגיטימיות של רעיון ההעדפה המתקנת בפסיקה בהקשרים שונים".¹⁹² את הצעד הראשון בנושא ההעדפה המתקנת עשה המחוקק בשנת 1993, כאשר חוקק את תיקון מס' 6 לחוק החברות הממשלתיות, אשר נועד לקדם את ייצוגן ההולם של נשים במועצות המנהלים של חברות ממשלתיות ותאגידים סטטוטוריים. אלא שהחוק כשלעצמו לא חולל בפועל שום שינוי¹⁹³ עד מתן פסק-הדין בעניין **שדולת הנשים 1**.¹⁹⁴ בית-המשפט

¹⁸⁹ פינטו וסומר, לעיל הערה 13.

¹⁹⁰ בג"ץ 528/88 **אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4) 297.

¹⁹¹ **שם**, בע' 299.

¹⁹² ראו רות בן-ישראל **שוויון הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה** (האוניברסיטה הפתוחה, כרך ב) 545--544 והאסמכתות המובאות שם. פרופ' ליאורה בילסקי מעירה - בהתייחסה לפסקי-הדין בג"ץ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 800, ובג"ץ 200/83 **והתאד נ' שר האוצר**, פ"ד לח(3) 113 - כי בית-המשפט השתמש למעשה בנימוקי העדפה מתקנת כדי להגן על קבוצת הרוב (היהודים) על-חשבון הקבוצות החלשות בחברה. ליאורה בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" **עיוני משפט** כה (תשס"ב) 523, 552-553, הערת-שוליים 106.

¹⁹³ יופי תירוש "ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה" **משפטים** ל (תשנ"ט) 183, 187; בילסקי, **שם**, בעמ' 552.

העליון הוא שנתן לחוק את מלוא תוקפו, כאשר קבע כי סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות אינו עוסק ב"עיגון חקיקתי חדש לזכויות מושרשות, כמו הזכות הבסיסית לשוויון... אלא בנורמה חדשה שמטרתה לאכוף, על דרך החיוב, מתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים בהרכבי הדירקטוריונים..."¹⁹⁵ וכי חובת ההעדפה המתקנת "מתווה משימה מעשית שהחובה להגשימה היא מיידית".¹⁹⁵

ד"ר יופי תירוש מגדירה את המבחן שקבע בית-המשפט באופן הבא :

"מיהו בן המין שאינו מיוצג מבין המועמדים הכשירים לתפקיד, והאם הבחירה בו על פני מועמד בן המין השני יהיה בה כדי לגרוע מאיכות מילוי התפקיד. אם התשובה היא בשלילה, יש לבחור במועמד בן המין שאינו מיוצג באופן הולם."¹⁹⁶

לצד הקביעה המהותית, כלל פסק-הדין בעניין **שדולת הנשים 1** גם הוראות פרוצדורליות רבות-משמעות. בית-המשפט קבע כי נטל ההוכחה כי "בנסיבותיו של מקרה פלוני לא ניתן היה למנות אישה, רובץ על שכמו של השר הממנה". כן קבע כי על-מנת לעמוד בחובת הבדיקה, על השר הממנה לנקוט אמצעים סבירים לאיתורה של מועמדת מתאימה, והוא לא יוכל לצאת ידי חובה על-ידי עריכת חיפוש "פורמלי".¹⁹⁷

בית-המשפט המשיך בגישתו המרחיבה, ואף נטל אותה צעד נוסף קדימה בפסק-הדין השני של שדולת הנשים.¹⁹⁸ כאן לא הסתפק בית-המשפט בפרשנות מרחיבה של החוק, אלא פסק כי דוקטרינת ההעדפה המתקנת, על פרשנותה המרחיבה, חלה גם על גופים שאינם מחויבים בהעדפה מתקנת על-פי החוק. בית-המשפט קבע כי מן החוקים הספציפיים המורים על ייצוג נשים ניתן להסיק "הלוך-רוח חדש בשיטת המשפט בישראל", וכי נוצרה דוקטרינה כללית של העדפה מתקנת, שלפיה "יש לעשות את כל הניתן למתן 'ייצוג הולם' לנשים בגופים ציבוריים".¹⁹⁹

התפיסה השיפוטית שלפיה ניתן להחיל מדיניות של העדפה מתקנת גם בהעדר חוק מסמך הורחבה גם לגבי אזרחי ישראל הערביים בעניין **האגודה לזכויות האזרח**.²⁰⁰

¹⁹⁴ בג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501.

¹⁹⁵ **שם**, בעמ' 514-515.

¹⁹⁶ תירוש, **לעיל** הערה 186, בעמ' 209-210.

¹⁹⁷ עניין **שדולת הנשים 1**, **לעיל** הערה 187, בעמ' 529. עמדת המיעוט של השופט קדמי מטילה את נטל ההוכחה על המשיגים על פעולת השר הממנה (**שם**, בעמ' 541).

¹⁹⁸ בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630 (להלן : עניין **שדולת הנשים 2**).

¹⁹⁹ **שם**, בעמ' 662-664.

²⁰⁰ בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15.

פסק-הדין בעניין **עמותת ל.כ.נ.**,²⁰¹ שניתן ביוני 2004, מהווה לדעת פינטו וסומר עליית מדרגה נוספת בהחלה האקטיביסטית של עקרונות ההעדפה המתקנת גם בהעדר בסיס בחקיקה.

במרכזו של פסק-הדין עמדה קבוצת הכדורסל-נשים המצליחה של רמת-השרון, שטענה כי הופלתה לרעה בתקצובה על-ידי המועצה המקומית בהשוואה לקבוצות ספורט של גברים ברמת-השרון. בית-המשפט קבע שמועצת רמת-השרון ניסתה להתחמק מחובתה להקצות תקציבים בצורה שוויונית ולפי עקרונות של העדפה מתקנת, על-ידי קביעת אמות-מידה עמומות לתקצוב, העשויות "להצביע על ניסיון של המינהל להסוות העדפה לא לגיטימית לטובת האינטרסים של הסקטור החזק יותר והמקורב יותר למינהל".²⁰²

השופט ריבלין פסק כי "ספורט הנשים התחרותי בישראל סובל מנחיתות מבנית בהשוואה לספורט הגברים", וכי "את עיקר הסיבות לנחיתות זו ניתן לתלות בהעדר הקצאת משאבים מספקת". מכאן קצרה הדרך למסקנה כי התכלית "של השגת שוויון בין קבוצות ספורט הגברים לקבוצות ספורט הנשים, יש בה כדי להצדיק את התערבותו של בית המשפט בקביעת הקריטריונים למתן תמיכה". אכן, במקרה דנן הורה בית-המשפט לאמץ את אמת-המידה של משרד המדע, התרבות והספורט, שלפיה "בסעיפים בתוכנית העבודה שבהם יש הפרדה בין גברים לנשים, יהיה ניקוד מצטבר לפעילות בתחום לגברים ולנשים בנפרד כאשר הניקוד המצטבר בכל תחום לפעילות נשים יוכפל ב-1.5".

אם בפסק-דין **שדולת הנשים 1** התייצב בית-המשפט העליון והבהיר כי לחקיקת הכנסת בתחום ההעדפה המתקנת יש שיניים, ואם בפסק-דין **שדולת הנשים 2** גילה בית-המשפט העליון נכונות למתוח את החקיקה בדרך של היקש ושל יצירת דוקטרינה כללית בסביבת המינויים הממשלתית, הנה בעניין **ל.כ.נ.** פסע בית-המשפט העליון צעד נוסף קדימה וכפה העדפה מתקנת בתחום תקציבי הספורט, שבו המחוקק לא קבע כל תוכנית של העדפה מתקנת.

8. תיקון אפליה – כיצד?

מה תוצאותיה של אפליה פסולה? האם מי שהופלה בכך שלא ניתנה לו זכות מסויימת, אשר ניתנה לאחר המצוי במצב דומה לשלו, יכול לדרוש מהרשות להעניק לו את אותה הזכות עצמה? או שמא יכולה הרשות לבטל את ההפליה על ידי הפסקה מכאן ולהבא של מתן הזכות?

²⁰¹ בג"ץ 5325/01 **עמותת ל.כ.נ. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה מקומית רמת השרון**, פ"ד נח (5) 79.

²⁰² **שם**, בפסקה 3 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

ההלכה הפסוקה הסדורה בנושא זה סוכמה בפרשת "חוקה למדינת ישראל" נ' שר
האוצר.²⁰³ הפסיקה הבחינה לעניין זה בין שלושה מצבים שונים :

במצב הראשון, לפלוני ולאחרים שכמותו אינטרס המוגן באופן
אובייקטיבי - ללא היזקקות לשיקול-דעת הרשות השלטונית -
בדין. הרשות השלטונית מכירה באינטרסים של האחרים, אך
בדרך מפלה שוללת זאת מפלוני. במצב השני, לפלוני ולאחרים
שכמותו אין אינטרס המוגן באופן אובייקטיבי בהוראת הדין,
ואף לא ניתנה הסמכה לרשות השלטונית להעניק אינטרס זה
על-פי שיקול-דעתה, לא לפלוני ולא לאחרים שכמותו. חרף
זאת, מעניקה הרשות השלטונית את האינטרס לאחרים ובדרך
מפלה אינה מעניקה אותו לפלוני. במצב השלישי, לפלוני
ולאחרים שכמותו אין אינטרס המוגן באופן אובייקטיבי בדין.
עם זאת, הדין הסמיך את הרשות השלטונית, על-פי שיקול-
דעתה, להעניק אינטרס זה לפלוני ולאחרים. הרשות
השלטונית עושה שימוש בשיקול-דעתה, מעניקה את האינטרס
לאחרים אך בדרך מפלה שוללת זאת מפלוני."

"במצב הדברים הראשון... האפליה הפסולה מביאה לביטול
ההחלטה של הרשות המינהלית. משמעות הדבר הינה ההכרה
בזכותו של פלוני... מכיוון שלאחרים מגיעה זכות מסוימת,
ומכיוון שגם לפלוני מגיעה אותה הזכות עצמה, הרי הבטלות
של השיקול הפסול והמפלה תוצאתה הענקת זכות לפלוני."

"במצב הדברים השני.. ההחלטה המפלה, בשל אופייה זה,
בטלה היא ומבוטלת. עם זאת, אין בכוח ביטולה של האפליה
כדי להעניק לפלוני זכות שהדין אינו מאפשר להעניק לו. בית
המשפט לא יצווה על הרשות המינהלית לעשות מעשה -
להעניק לפלוני זכות - אשר עומד בניגוד לחוק..."

"מהי תרופתו של פלוני במצב הדברים השני? אין פלוני יכול
להביא לידי כך שהרשות השלטונית תעניק לו טובת הנאה או
אינטרס. כל שביכולתו של פלוני לעשות הוא להביא לידי כך
שהרשות המינהלית תחדל ממנהגה המפלה ותפסיק להעניק
לאחרים טובות הנאה שאינן מגיעות להם כדין. תרופתו של
פלוני הינה אפוא בעלת היבט "שלילי" (מניעת טובת הנאה
שניתנה שלא כדין לאחרים) ולא בעלת היבט "חיובי" (הענקת

²⁰³ בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191-207-202.

טובת הנאה לעצמו). תרופה "שלילית" זו עשויה להיות חשובה לפלוני, שכן ייתכן שהוא מצוי במצב תחרותי עם אותם אחרים או שהמשך האפליה מזיק לו בדרך אחרת. אך מעבר לכך, תרופה זו חשובה היא, שכן היא מגבירה את שלטון החוק ומונעת מהרשות השלטונית להמשיך בהפרת החוק.

"מצב הדברים השלישי בו קיימת אפליה הוא זה: החוק אינו מעניק לפלוני ולאחרים זכות. עם זאת, החוק מעניק לרשות המוסמכת שיקול-דעת להעניק את הזכות האמורה על-פי שיקול דעתה. שיקול-דעת זה יוצר מיתחם של אפשרויות סבירות. במסגרתן של אלה קובעת הרשות השלטונית מדיניות, לפיה היא מעניקה טובת הנאה לאחרים ונמנעת מלהעניק טובת הנאה זו, מטעמים מפלים, לפלוני. מה כוחה של האפליה הפסולה במצב דברים זה? התשובה מתבקשת מאליה: פלוני זכאי ליחס שוויוני מטעם הרשות השלטונית.

אם הרשות השלטונית קבעה מדיניות, לפיה זכאים האחרים לטובת הנאה, הרי לאור הדמיון בין פלוני לבין אותם אחרים, גם פלוני זכאי להיכלל במסגרת מדיניות זו.

"מה הדין, אם הרשות השלטונית מחליטה - במצב הדברים השלישי - לאמץ מדיניות חדשה ולהפעילה באופן שוויוני בעתיד? האם בנסיבות אלה זכאי פלוני שהופלה לרעה בעבר לסעד? בעניין זה יש להבחין בין שני מצבים אפשריים: על-פי הראשון, נוקטת הרשות השלטונית מדיניות חדשה, לפיה איש אינו מקבל טובת הנאה. מכוח מדיניות זו אין נותנים הטבות לפונים חדשים, ומקבלי ההטבות בעבר - שקיבלו הטבה על-פי המדיניות הישנה - חדלים גם הם מלקבלה. בנסיבות אלה - ובהנחה שהמדיניות החדשה היא כדן - לא יזכה פלוני לכל טובת הנאה. ..

"במצב אפשרי שני נוקטת הרשות השלטונית מדיניות חדשה, ואינה מעניקה טובות הנאה חדשות. עם זאת, טובות ההנאה שניתנו בעבר באופן מפלה ממשיכות להינתן. אם המדיניות הישנה נמשכת בעניין מקבלי טובות ההנאה הקודמים משום שאין כל אפשרות כדן לחזור ממנה לגביהם בשל אינטרס ההסתמכות של מקבלי ההטבות או מטעם אחר כלשהו, הרי אין לו לפלוני על מה להלין. הוא אינו נמנה עם מי שקיבל טובת הנאה בעבר, והמדיניות החדשה שוללת כל טובת הנאה, פרט

לאלה שקיבלו בעבר טובות הנאה, ואין אפשרות חוקית לשלול
טובת הנאה זו מהם. בנסיבות אלה, מוצתה זכותו של פלוני
לשיקול כדין מטעם הרשות השלטונית, ועתירתו לקבלת טובת
הנאה נופלת..."

חלק ז: נקודות לדיון

1. האם לכלול בחוקה את עקרון השוויון?

כל הצעות החוקה בישראל ולמעשה כל אמנות זכויות האדם והחוקות שנבדקו כללו גרסה כלשהי של השוויון בין הזכויות שנמנו בהן במפורש.

יש לציין, עם זאת, כי היקפו של עקרון השוויון ועליונותו היו מאז ומתמיד סלע מחלוקת חוקתית במדינת ישראל, וכי רבים מן הוויכוחים הקשורים בנושא החוקה נוגעים, בדרך זו או אחרת, בעקרון השוויון. בין ויכוחים אלו ניתן למנות סוגיות הקשורות להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, והמשתמע מכך לגבי זכויות של יהודים, מעמדה של היהדות, וזכויות מיעוטים. גם סוגיות של מעמד האשה, של זרמים ביהדות ושל ההומוסקסואלים והלסביות מתעוררות בהקשר לשוויון.

ניתן לצפות כי במסגרת "חוקה בהסכמה" יוסדרו רבות מנקודות מחלוקת אפשריות אלו בהסדר כולל, שבמסגרתו ניתן יהיה לקבל את עקרון השוויון כעקרון חוקתי-על-חוקי, תוך שהאיזונים והמגבלות הנדרשים בו ברמה החוקתית מושגים באמצעות הוראות אחרות בחוקה.

יש לציין כי במספר הצעות חוקה בישראל הוצע לקבוע במפורש כי עקרון השוויון אינו פוגע בתחומים מסויימים. אפשרות זו נדונה להלן, בנושא נפרד, אולם יש להביאה בחשבון גם להכרעה בסעיף זה.

האפשרויות העומדות בפני הוועדה הן:

- לכלול את עקרון השוויון בחוקה, ולהסדיר באופן ספציפי בחוקה כל סוגיה הקשורה בשוויון אשר המכונן מעוניין לקבוע את האיזון בה.
- לכלול את עקרון השוויון בחוקה, אולם לקבוע כי הוא אינו חל, או אינו פוגע, בנושאים מסויימים.
- לשלב את שני הפתרונות הקודמים (הסדרים ספציפיים והחרגה מתחולה)
- להימנע מהכללת עקרון השוויון בחוקה.

2. האם להכריז הכרזה "חיובית" על עקרון השוויון או להסתפק באיסור הפליה?

מרבית הצעות החוקה בישראל והחוקות בעולם²⁰⁴ מכילות הצהרה פוזיטיבית על שוויון בפני החוק ("הכל שווים בפני החוק") בנוסף על איסור האפליה. קיימים, עם זאת, מסמכים חוקתיים שהסתפקו באיסור האפליה.

²⁰⁴ הצעת יהודה פנחס כהן, הצעת פרופ' קלינגהופר, הצעת בנימין הלוי, הצעת פרופ' רייכמן, הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ שולמית אלוני, הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ אמנון רובינשטיין, הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה. בין החוקות והאמנות: הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי; הצ'ארטר הקנדי; חוקת

להצהרה על הזכות לשוויון באופן חיובי יש ערך סמלי רב. משמעותה המשפטית, מעבר לערך הסמלי, אינה ברורה בהכרח, והיא תישאר לפרשנותו של בית המשפט.

3. האם לציין רשימה של קריטריונים האסורים לאפליה, ואם כן – מהם?

הצעות החוקה מונות רשימה של קריטריונים אסורים לאפליה. עיון בהצעות בישראל ובמסמכים הבינלאומיים מעלה כי אורך הרשימות של קריטריונים אלו הולך וגדל עם השנים. הרשימה המצומצמת ביותר מתייחסת לגזע, דת, לשון או מין,²⁰⁵ והצעות אחרות בישראל התייחסו רבות גם לקריטריונים של ארץ מוצא, מעמד חברתי, עדה ולאום. הקריטריונים הנפוצים במרבית המסמכים הבינלאומיים והזרים הם גזע, צבע עור, מין, שפה, דת, דעה פוליטית, ומוצא.

קריטריונים שמוזכרים במיעוט של הצעות בישראל, חוקות ומסמכים בינלאומיים הם מוגבלות,²⁰⁶ גיל,²⁰⁷ נטיה מינית,²⁰⁸ מצב כלכלי,²⁰⁹ ותכונות גנטיות.²¹⁰ על הוועדה לבחור אם היא מעוניינת למנות במפורש קריטריונים שבגינם אסור להפלות, ואם כן – אילו קריטריונים היא מעוניינת לכלול. יצוין כי לשאלה זו קשר הדוק לשאלה הבאה, האם לקבוע כי הרשימה של הקריטריונים היא רשימה סגורה. סגירתה של הרשימה מחייבת מחשבה רבה יותר מה לכלול בה, בעוד השארתה כרשימה פתוחה מאפשרת התפתחות שיפוטית.

4. האם הרשימה של הקריטריונים היא רשימה סגורה?

בחלק מהצעות החוקה בישראל והמסמכים הבינלאומיים והזרים רשימת הקריטריונים שבגינם אסור להפלות היא סגורה²¹¹ ובאחרות, הרשימה אינה סגורה ואסור להפלות גם מכל טעם "שאינו ממין העניין" או "מכל טעם אחר".²¹²

אירלנד; חוק היסוד הגרמני; חוקת מקדוניה; חוקת אסטוניה; חוקת ליטא; חוקת רוסיה; חוקת פולין; חוקת שווייץ; חוקת דרום אפריקה; חוקת פינלנד.

²⁰⁵ הצעת יהודה פנחס כהן.

²⁰⁶ הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי, אמנת האיחוד האירופי, חוקת גרמניה (הוסף בשנת 1994), הצ'ארטר הקנדי, חוקת דרום אפריקה, חוקת שווייץ וחוקת פינלנד. בישראל - הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

²⁰⁷ הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי, אמנת האיחוד האירופי, הצ'ארטר הקנדי, חוקת דרום אפריקה, חוקת שווייץ וחוקת פינלנד.

²⁰⁸ הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי; חוקת דרום-אפריקה; ארצות הברית (בהתאם לפסיקה); אנגליה (בהתאם לפסיקה). בישראל - הצעת פרופ' בנדור.

²⁰⁹ הצעת פרופ' קלינגהופר.

²¹⁰ הצ'ארטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי;

5. האם להתייחס במפורש לנושא השוויון בין המינים / קידום מעמד האשה?

ישנם לא מעט חוקות זרות ומסמכים בינלאומיים המתייחסים באופן מפורש לשוויון בין גברים לנשים.²¹³ בהצעות בישראל, הצעת פרופ' אקצין מתייחסת בסעיף נפרד לשוויון בין נשים לגברים.

על הוועדה להחליט אם להבליט נושא זה מעבר להוראות השוויון הכלליות.

6. האם הזכות ניתנת "לכל אדם" או רק לאזרחים ו/או תושבים?

רוב החוקות הזרות והאמנות קובעות כי "הכל" או "כל בני האדם" זכאים לשוויון או לאי-אפליה. חוקות בודדות מעניקות את הזכות לאזרחים בלבד.²¹⁴ בהצעות החוקה בישראל, רובן מחילות את העיקרון על "הכל" או על "כל בני האדם"²¹⁵ ורק בהצעה אחת הוא מוחל על תושבים בלבד.²¹⁶ יש עם זאת הצעות שטורחות להבהיר במפורש כי מותר להעניק זכויות מסוימות לאזרחים בלבד.²¹⁷

האפשרויות העומדות בפני הוועדה הן:

- לקבוע שוויון לכל אדם
- לקבוע שוויון לכל האזרחים
- לקבוע שוויון לכל האזרחים והתושבים
- לקבוע שוויון לכל אדם, תוך קביעה כי מותר למדינה לקבוע כי חובות וזכויות מסוימים ייוחדו לאזרחיה ו/או לתושביה.

²¹¹ הצעת יהודה פנחס כהן, הצעת פרופ' קלינגהופר, הצעת פרופ' אקצין, הצעת בנימין הלוי והצעת פרופ' בנדור. חוקת שוויץ, חוקת ליטא, חוקת מקדוניה, חוקת צרפת (אם כי הכרזת זכויות האדם והאזרח מכילה הוראה כללית של שוויון), חוקת הודו וחוקת גרמניה, אמנת האיחוד האירופי.

²¹² הצעת פרופ' רייכמן, הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ אמנון רובינשטיין הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ שולמית אלוני, והצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה. ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, חוקת הולנד, חוקת קרואטיה, חוקת אסטוניה, חוקת רוסיה, חוקת פולין (רק בתחומים הפוליטיים, החברתיים והכלכליים) וחוקת פינלנד.

²¹³ האמנה הבינ"ל בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; חוקת צרפת (המבוא לחוקה משנת 1946, חוקת רוסיה, חוקת פולין, חוקת גרמניה, חוקת שוויץ וחוקת פינלנד.

²¹⁴ חוקת אירלנד, חוקת מקדוניה.

²¹⁵ הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ שולמית אלוני, הצעת חברי הכנסת בראשות ח"כ אמנון רובינשטיין, הצעת פרופ' רייכמן, הצעת בנימין הלוי והצעת פרופ' קלינגהופר.

²¹⁶ הצעת יהודה פנחס כהן.

²¹⁷ הצעת יהודה פנחס כהן מרחיקה לכת יותר מכך וקובעת כי רק לאזרחי ישראל יינתנו זכויות אזרחיות ופוליטיות שווה וכי אזרח לא יופלה לרעה לגבי כהונה בתפקיד ציבורי בשל טעמי גזע, דת, לשון או מין; הצעת פרופ' קלינגהופר, הצעת בנימין הלוי, הצעת פרופ' רייכמן והצעת פרופ' בנדור (חל גם על תושבות).

7. האם להתייחס במפורש לשאלת ההעדפה המתקנת?

ישנן חוקות ואמנות המתייחסות באופן מפורש לנושא ההעדפה המתקנת, תוך שהן מתירות אותו.²¹⁸ בכך, ביקשו חוקות אלו למנוע את הויכוח החוקתי המתחולל, למשל בארצות הברית, בשאלה אם העדפה מתקנת פוגעת בשוויון הפורמלי. על פי המצב הקיים בישראל, בית המשפט העליון הינו תומך של תכניות העדפה מתקנת ורואה בהן את מימושו של השוויון ולא פגיעה בו. לפיכך, יתכן שאין צורך לעגן נושא זה בחוקה. מאידך, לעיגונו של הנושא יתרונות הן בצד הסימבולי והן בחיזוקו של רעיון ההעדפה המתקנת מפני שינוי אפשרי בעמדה השיפוטית בעתיד.

8. האם להחריג מתחולתו של השוויון תחומים מסוימים?

חלק מהצעות החוקה בישראל מחריגות תחומים מסוימים בדין הישראלי מתחולתו של עקרון השוויון ואיסור האפליה, או מבהירים שהחוקה אינה פוגעת בהם. תחומים אלו הם נושא השבות²¹⁹, נישואין וגירושין²²⁰ ודינים שנועדו להגן על האשה באשר היא אשה.²²¹ טכניקה זו של החרגת נושאים מעקרון השוויון אינה מקובלת במשפט המשווה.

9. משפט פרטי

ישנן חוקות זרות המתייחסות למשפט הפרטי, תוך החלת עקרון השוויון באופן חלקי בו.²²² בין הצעות החוקה בישראל, הצעתו של פרופ' אקצין היא היחידה המתייחסת בנפרד לאפליה במגזר הציבורי ואוסרת במפורש אפליה גם במשפט הפרטי, כולל בתחום הדיור. האפשרויות העומדות בפני הוועדה בנושא זה הן:

- לא להתייחס לנושא התחולה במגזר הפרטי כלל.
- להתייחס באופן נגטיבי, על ידי קביעה כי "המדינה ורשויותיה לא יפלו" במקום "אין להפלות".
- להתייחס באופן פרטני, על ידי קביעת תחומי שוויון החלים גם במשפט הפרטי.
- להסמיק במפורש את המחוקק לקבוע תחומי שוויון שיחולו גם במשפט הפרטי.

²¹⁸ האמנה הבינ"ל בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית; אמנת אמסטרדם של האיחוד האירופי (לגבי נשים בלבד) חוקת שווייץ (בקשר לאנשים עם מוגבלות), חוקת דרום אפריקה, חוקת גרמניה וחוקת הודו.

²¹⁹ הצעת פרופ' קלינגהופר, הצעת בנימין הלוי והצעת פרופ' רייכמן.

²²⁰ הצעת פרופ' אקצין, הצעת בנימין הלוי (גירסה ב' יכולה להשתמע כמגנה על הדין האישי הנובע מההלכה היהודית) והצעת פרופ' בנדור.

²²¹ הצעת פרופ' קלינגהופר, הצעת פרופ' אקצין, הצעת בנימין הלוי (גירסה א') והצעת פרופ' בנדור.

²²² גרמניה (ברמת החקיקה), חוקת הודו (מקומות מסוימים), חוקת דרום אפריקה.

חלק ח: רשימת מקורות

1. חקיקה ישראלית

- חוק לימוד חובה, תשי"ט 1949, סעיף 33 משנת 1991.
- חוק איסור הפליית עיוורים המלווים בכלבי נחייה, תשנ"ג-1993.
- חוק הבזק, תשמ"ב-1982, סעיף 6טז משנת 86.
- חוק הספורט תשמ"ח-1988, (סעיף 10(ב)).
- חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, תש"ן-1990, (סעיפים 44 ו-46(א)(2)).
- חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 (סעיף 18א משנת 1993)
- חוק קופת חולים (איסורי הגבלות ואפליה) תשנ"ג-1993.
- חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד 1994 (סעי' 1, 21(א), 31)
- חוק החברות, תשנ"ט-1999 (סעיף 239(ד)).
- חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 (סעיף 9ג).
- חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954 (סעיף 9).
- חוק שירות התעסוקה, תשי"ט-195 (סעיפים 42 ו-42א).
- חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987.
- חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996
- חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985
- חוק יסוד: הכנסת
- חוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973
- חוק איסור אפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשס"א-2000
- סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959
- סעיף 4 לחוק האזרחים הותיקים, תש"ן-1990
- סעיף 48 וסעיף 49 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994
- חוק המאבק הלאומי בתאונות דרכים, תשנ"ז-1997
- חוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, תשנ"ז-1997
- סעיף 9 לחוק הרשות לקידום מעמד האשה, תשנ"ח-1998
- חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 11) (נציגות לשני המינים בדירקטוריון של חברה ציבורית), תשנ"ח-1998
- סעיף 96ב(א) לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983
- חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
- חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1988.
- חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א 1951.

2. פסיקה ישראלית

- בג"צ 953/87 פורז נ' מועצת עיריית ת"א, פ"ד מב(2) 309.
- ע"ב 2/88 בן-שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מג(4) 221.
- בג"ץ 434/87 סן הרשקו נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מד(4) 154.
- בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693.
- בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ב לה(4) 1.
- בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שהב"ט ואח', פ"ד מט(4) 94.
- בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749.
- בג"ץ 73/53 חב' קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.
- בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221.

- ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7.
- בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261.
- בג"ץ 720/82 אליצור נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לו (3) 17.
- בג"ץ 104/54 ארגון נהגי המוניות שירות נ' ראש העיר תל אביב, פ"ד ט 100.
- בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, פ"ד לה (2) 85.
- בבג"ץ 445/71 נוח מדור השקעות נ' הועדה לשמירה על קרקע חקלאית, פ"ד כז (1) 296.
- בג"ץ 507/81 אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה (4) 561.
- בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה (1) 467.
- בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא (3) 657.
- בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו (1) 191.
- בג"ץ 142/89 לאו"ר לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד (3) 529.
- בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם פ"ד מח (3) 353.
- ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועמ"ש פ"ד ה 1061.
- בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב (2) 800.
- בג"ץ 421/71 יפ-אורה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד כה (2) 741.
- בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות, פ"ד נ (1) 19.
- בג"ץ 721/94 "אל על" נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ', פ"ד מח (5) 749.
- בג"ץ 3457/95 זכריה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ (5) 441.
- בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא (3) 289.
- ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7.
- בג"ץ 202/57 סידיס נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528.
- דבי"ע לג/ 25-3 ועד אנשי צוות אוויר – עדנה חזון, פד"ע ד 365.
- ת"א (ת"א) 319/90 פרוייקט גן העיר נ' הורביץ, פ"ד השלום ב (תשנ"א) 139.
- בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258.
- בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז (3) 2101.
- בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג (5) 337.
- בג"ץ 731/86 מיקרו-דף בע"מ נ' חברת החשמל לישראל פ"ד מא (2) 449.
- ע"א 294/91 חברת קדיש"א גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464.
- ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט (3) 196.
- ת"א (י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (לא פורסם).
- ת"א (ת"א) 15/97 שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי (לא פורסם).
- בג"ץ 392/72 ברגר נ' המועצה המחוזית לתכנון ובניה, פ"ד כז (2) 764.
- בג"ץ 528/88 אביטון נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג (4) 297.
- בג"ץ 1/98 ח"כ כבל נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נג (2) 241.
- 4906/98 עמותת עם חופשי נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד (2) 503.
- בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501.
- בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 630.
- בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה (5) 15.
- בג"ץ 2754/02 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל (לא פורסם).
- בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה מקומית רמת השרון, פ"ד נח (5) 79.
- בג"ץ 10285/04 עמותת מועדון כדורסל נשים עירוני חיפה מוצקין נ' עיריית חיפה (טרם פורסם, ניתן ביום ה- 20.7.05)

- בג"ץ 5070/95 נעמת - תנועת נשים עובדות ומתנדבות ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נו(2) 721.
- בג"צ 2597/99 תא"ס רודריגז-טושביים נ' שר הפנים ואח', פ"ד נח(5) 412.

3. ספרות ישראלית

- יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה (תש"ס) 165
- אהרון ברק **פרשנות במשפט** (כרך שלישי- פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד).
- אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, תשנ"ז-1996)
- יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו- ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א תשנ"ג 323.
- אהרון ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א (תשס"ד) 3.
- הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח (תשנ"ו) 257.
- הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א 59.
- חיים ה.כהן **זכויות אדם במקרא ובתלמוד** (משרד הביטחון- הוצאה לאור, תשמ"ט-1989) 21-25.
- פרנסיס רדאי "דת ושוויון בראי הפסיקה" **ספר ברנזון** (חלק ב) 341
- ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" **עלי משפט** ג (תשס"ג) 41.
- מיטל פינטו והלל סומר " מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית -- תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל" בתוך: **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל** (בעריכת ענת מאור, הוצאת רמות- אוני' ת"א, תשס"ה), 195.
- יורם רבין "העדפה מתקנת בארצות-הברית: עלייתה, ירידתה ועלייתה?" בתוך: **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל** (בעריכת ענת מאור, הוצאת רמות- אוני' ת"א, תשס"ה), 89.
- פרנסיס רדאי "על השוויון" **משפטים** כ"ד (תשנ"ד) 241.
- דליה דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" **ספר שמגר** (א), 9.
- יפעת ביטון "השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" **מקום** 401.

4. פסיקה זרה

(א) ארה"ב

- *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938)
- *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)
- *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
- *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).
- *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).
- *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).
- *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

- *Gratz & Hamacher v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2441 (2003)
- *Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct 2325 (2003)
- *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971)
- *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996)

(ב) אירופה

- Case 43/75 Defrenne v. Sabena [1976] ECR 455
- Case C-50/96 Deutsche Telekom v. Schröder [2000] ECR I-743
- Case 36/74 Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale [1974] ECR 1405
- Case C-281/98 Angonese v. Cassa di Riparnio di Bolzano SpA [2000] ECR I-4139
- Case C-85/96 Maria Martinez Sala v Freistaat Bayren [1998] ECR 1-2691
- Case C-184/99 Rudy Grzelczyk v Centre Public d'Aide Social d'Ottignes-Louvain-la-Neuve (CPAS) [2001] ECR 1-6193
- Case 167/73 Commission v French Republic [1974] ECR 359
- Case C-237/94 O'Flynn v Adjudication Offiver [1996] ECR I-2617
- Case C-13/94 P v S and Cornwall County Council [1996] ECR I-2143
- Case 43/75 Defrenne v. Sabena [1976] ECR 455
- Case 96/80 Jenkins v Kingsgate (clothing productions) Ltd [1981] ECR 911
- Case 12/81 Garland v British Rail [1982] ECR 359
- Case C-360/90 Arbeitswohlfahrt der Stadt Berlin v Botel [1992] ECR I-3589
- Case C-13/94 P v S and Cornwall County Council [1996] ECR I-2143
- Case C-249/96 Grant v South-West Trains [1998] I-621
- Case C-273/97 Angela Maria Sirdar v The Army Board and the secretary of State for Defence [1999] 3 CMLR 559 [2000] IRLR 47
- Case C-285/98 Tania Kreil v Bundesrepublik Deutschland [2000] ECR I-69
- Case C-450/93 Kalanke v Freie and Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051
- Case C-409/95 Helmut Marschall v land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363

(ג) אנגליה

- *James v Eastleigh Borough Council* [1990] IRLR 288, HL.
- *Price v. Civil Service Commission*, [1978] ICR 27
- *Home Office v Holmes*, [1984] IRLR 299, EAT.
- *Bilka-Kaufhaus GmbH v Weber Von Hartz* [1986] ECR 1607.
- *Chief Constable of West Yorkshire v Khan* [2001] IRLR 830

- *Marshall v Southhampton and South West Hampshire Health Authority (No 2)* [1993] IRLR 445
- *Smith v Gardner Merchant* [1998] IRLR 510.
- *MacDonald v Ministry of Defence* [2000] IRLR 749.
- *Singh v Rowntree Macintosh Ltd* [1979] IRLR 199, EAT.

(ד) קנדה

- *Blainey v. Ontario Hockey Association* (1986) 54 O.R. (2d) 513 (C.A.)
- *R. v. Turpin* [1989] 1 S.C.R. 1296
- *Andrews v. Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143.
- *Haig v. Canada* (1992) 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).
- *McKinney v. University of Guelph* [1990] 3 S.C.R. 29.
- *R. v. Swain* [1991] 1 S.C.R. 933.
- *R. v. Hess* [1990] 2 S.C.R. 906.

5. ספרות ומאמרים זרים

(א) ארה"ב

- Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes, *Constitutional Law In a Nutshell* (5th edition, 2003).

(ב) קנדה

- Peter W. Hogg, *Constitutional Law Of Canada* (Scarborough, 1992)

(ג) משפט אירופי, גרמניה, ואנגליה

- Donald P. Kommers "The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (2nd edition 1997)
- Sam Middlemiss "Sex and Race Discrimination" in *Discrimination Law* (Malcolm Sargeant, ed., 2004), 76
- Jeremy Cooper "Disability Discrimination" in *Discrimination Law* (Malcolm Sargeant, ed., 2004), 130
- Susan Mayne "Discrimination and Religion or Belief" in *Discrimination Law* (Malcolm Sargeant, ed., 2004), 194.
- Penny English "The European Union and Discrimination Law" in: Malcolm Sargeant (ed.) "Discrimination Law" (2004), 12-44