



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

02 דצמבר 2021

כ"ח כסלו תשפ"ב

לכבוד: שר המשפטים, ח"כ גדעון סער

חברי ועדת השרים לעניני חקיקה

הנדון: הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – הזכות לשוויון)

לקראת הדיון בוועדת השרים לעניני חקיקה ביום ראשון בהצעת החוק שבנדון, אנו מתכבדים להגיש חוות דעת קצרה זו. נפתח בשורה התחתונה: אנו מברכים בכל ליבנו על הוספת הזכות לשוויון לחוק היסוד כזכות חוקתית. אנו סבורים שהצורך בעיגון חוקתי מפורש של הזכות לשוויון הוא חיוני. אנו מציעים מספר תיקונים לנוסח ההצעה עצמה, כמפורט להלן.

מהות ההצעה

1. ההצעה מוסיפה לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו את הסעיף הבא:

שוויון
4. כל אזרח שווה בפני החוק; אין פוגעים בזכויות הפרט של אדם מחמת דת, גזע, מין, נטייה מינית, מעמד אישי, ארץ מוצא, גיל או מוגבלות".

הזכות לשוויון והצורך בהגנה חוקתית עליה במדינת ישראל

2. מדינת ישראל נמצאת ב"גרעון" מהותי מבחינת הזכויות החוקתיות המנויות במפורש בחוקי היסוד שלה. בין הזכויות החשובות ביותר החסרות, ואולי החשובה ביותר שבהן, היא הזכות לשוויון. ישראל היא ככל הנראה המדינה

אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין

יו"ר של כבוד

יוחנן פלסנר

נשיא

ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

פרופ' ורד וניצקי-סרוסי
חן ליבנשטיין
מזל מועלם
שגריר לשעבר סלי מרידור
עו"ד אבי פושר
ד"ר מיכל צור
יוסי קוצ'יק
עמאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

פרופ' גרהרד קספר, יו"ר

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה
אליז' אברמס, ארה"ב
שגריר לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב
אן אפלבוים, ארה"ב
פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה
השופטת דורית ביניש, ישראל
השופט סטיבן ברייד, ארה"ב
השופט טלים ג'ובראן, ישראל
ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה
פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב
פרופ' משה הלברטל, ישראל
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
פרופ' רוברט מונקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
ברט סטפנס, ארה"ב
פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סי (ג'סי) פרס, אסטרטגיה
פרופ' קרנית פלוג, מחקר

עמיתים בכירים

פרופ' איסמעיל אבו סעד
פרופ' תמר הרמן
פרופ' עמחי כהן
פרופ' יותם מרגלית
מר אבי ניסנקורן
פרופ' דניאל סטמן
פרופ' בני פורת
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' מרדכי קרמניצר
פרופ' גדעון רהט
ד"ר תהילה שורץ אלטשולד
פרופ' יובל שני

מייסדים

ד"ר אריק ברמון
מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ (1920-2021)



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

היחידה בעולם בה אין בחוקתה או בחוקי היסוד שלה, אזכור כלשהו לזכות לשוויון.¹ אין לכך אחר ורע בעולם הדמוקרטי.

3. בית המשפט העליון אכן "השלים", במובנים מסויימים, את ההגנה על הזכות לשוויון באמצעות פרשנות מרחיבה למושג "כבוד האדם" שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אך עדיין, לא ברור אם הגנה זו הינה חלקית ולא שלמה, שכן לפי חלק מהדעות נשמעו בבית המשפט העליון, רק פגיעות מסויימות בשוויון, למשל כאלה העולות כדי השפלה או שיש ביניהן קשר ישיר לפגיעה בכבוד, ייחשבו כמוגנים תחת ההגנה החוקתית.² מכאן, שההגנה החוקתית שמעניק המשפט החוקתי הקיים בישראל לזכות לשוויון אינה שלמה, ומכל מקום היא תלויה "על בלימה" – על בסיס פרשנות שיפוטית, ולא על בסיס הוראה מפורשת של הרשות המכוננת.

4. מעבר לכך, היבט חשוב מאד של כל חוקה הוא ההיבט האקספרסיבי: חוקה איננה רק רשימה של זכויות משפטיות. היא מסמך מכונן, המבטא את ה"אני מאמין" של המדינה, ויש לחנך לאורה את רשויות השלטון ואת האזרחים ובפרט את הצעירים שבהם. היעדרה של הזכות לשוויון מחוקי היסוד במדינת ישראל "זועק לשמיים" מבחינה זו, ומכאן שגם אם יש הגנה "משפטית" מלאה על הזכות בהחלטותיו של בית המשפט, לא היה בכך די, והיה צורך חשוב לחוקק אותה באופן ברור בחוקי היסוד.

5. נימוק חשוב שנוסף בשנים האחרונות ומדגיש את הצורך בקביעה חד משמעית של הזכות לשוויון הוא כינון חוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי. חוק-יסוד זה, שנועד להיות אחד מפרקי החוקה העתידית המהווים את "תעודת הזהות" של המדינה, לא מבטא את רעיון האיזון, בין האופי היהודי של המדינה לאופייה הדמוקרטי. במובן זה, כינון חוק היסוד הפר את האיזון שהיה קיים במדינה טרם כינונו בין אופיה היהודי של המדינה לבין מעמדם השווה של כל אזרחיה. על רקע זה, ישנו צורך דחוף בהכנסת מושג השוויון, באופן מפורש, לחוקי היסוד.³

התייחסות לנוסח המוצע

6. ראשית, הנוסח כולל התייחסות רק לאזרחים ולא ל"אדם", ורק הסיפא, המתייחסת להעדר האפליה, מתייחסת ל"אדם".

¹ יובל שני, "חוק יסוד: שוויון" המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020.

² ראו הדין אצל יובל שני, לעיל, בעמ' 12 עד 15.

³ שם, בעמ' 22-23.

7. מובן שלא כל הזכויות המוענקות לאזרח במדינת ישראל (או בכל מדינה אחרת) מוענקות לכל אדם. עם זאת, הנוסח המקובל בחוקות בהקשר זה, לרבות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אותו מבקש התיקון לתקן, הוא "כל אדם שווה בפני החוק" או "הכול שווים בפני החוק". אין חשש כי חוקים המעניקים זכויות מיוחדות לאזרח יעמדו במתח מול הזכות לשוויון, שכן הם נשענים על אבחנה רלוונטית בין אזרח ובין שאינו אזרח. יש לזכור גם (משום שחשש זה מועלה תדיר בהקשר לדיון הזה) כי גם זכותו של כל יהודי לשבות ולאזרחות במדינת ישראל הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון זה מכבר כנובעת מהגדרתה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי והיא אינה סותרת את הזכות לשוויון. בוודאי שאין חולק עליה כאשר היא כתובה בפירוש בחוק יסוד הלאום וכאשר היא נהנית מהוראת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

8. אשר לקבוצות אותן אסור להפלות, לפי התיקון המוצע, אנו סבורים שיש להרחיב את הרשימה. ראו למשל חוק שוויון הזדמנויות בעבודה:

"לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריגון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, מקום מגוריהם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים כהגדרתו בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, לרבות מחמת תדירותו או משכו, כמשמעותו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, הצפוי להם, בכל אחד מאלה..."

ראו גם חוק איסור אפלייה בשירותים ומוצרים:

"מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם".

וכן האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות שישראל צד לה, כוללת את רשימת העילות הבאה:

"ללא הפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית, או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס או כל מעמד אחר".

בולטת במיוחד, בחסרונה בהקשר זה, העילה של "לאום" ומכל מקום ראוי להוסיף עילת "סל" שתכלול "כל טעם בלתי מוצדק אחר" או לחלופין "מעמד אחר".

9. ההצעה לא כוללת התייחסות לאפליה, שהיא המקרה הבולט והמובהק של פגיעה בזכות לשוויון – אלא רק לפגיעה בזכויות בשל ההשתייכות לקבוצה. נוסח זה הנו צר מדי, שכן קיים ממילא איסור בדין נגד פגיעה לא מוצדקת בזכויות, גם אם הפגיעה אינה קשורה להשתייכותו הקבוצתית של האדם הנפגע, והנוסח המוצע אינו מוסיף על כך. עדיף לכן, ניסוח הכולל לצד "אין פוגעים בזכויות הפרט של אדם" את הביטוי "ואין מפלים בין אדם לאדם מחמת..." או המחליף את הביטוי "אין פוגעים בזכויות הפרט של אדם" בביטוי "אין מפלים בין אדם לאדם מחמת..." או "אין מפלים בהכרה בזכויות הפרט ובהגנה עליהן בין אדם לאדם מחמת...".

10. בהקשר זה, יש לציין כי הנוסח "אין פוגעים בזכויות הפרט של אדם..." עלול להעביר מסר של החרגת ההגנה החוקתית הניתנת כבר היום לזכויות קבוצתיות תרבותיות (לא לאומיות) - כולל ההגנה הקיימת כיום, מכח פרשנות בית המשפט למונח כבוד האדם, ככוללת זכויות קבוצתיות מסוימות: ובראשן הזכויות לתרבות ולשפה. חשוב להדגיש כי הגנה על זכויות קבוצתיות תרבותיות אין משמעה הגנה על "זכויות לאומיות". הזכות לתרבות, ובין היתר הזכות לתרבות של מיעוט, מטבעה היא זכות קבוצתית ולא אינדיווידואלית. ובישראל, מוכרות זכויות כאלה, הקשורות בשפה, דת, ובשימור התרבות, שבאה אף לידי ביטוי בזרמי חינוך שונים.

לטעמנו, חשוב במהלך של חקיקה של הזכות לשוויון, בין אם בדברי ההסבר של החוק או בהצהרת הממשלה, להוסיף הבהרה כי הניסוח המוצע של הסעיף בנוגע לשוויון **אין משמעו פגיעה במצב המשפטי הקיים באשר להכרה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בזכויות קבוצתיות בהקשר לתרבות שפה וחינוך וכי** בכוונת הממשלה לפעול להוסיף לשורת חוקי היסוד גם הסדרה של זכויות לשפה, דת, תרבות וחינוך. על רקע חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של עם היהודי, הצורך לאזן באמצעות תיקון חוק היסוד **דורש הקפדה יתרה דווקא על זכויות המיעוט הערבי ומיעוטים אחרים כזכויות חוקתיות.**

11. נוסח חלופי שאנו מציעים:

הכול שווים בפני החוק; אין מפלים [בהכרה בזכויות הפרט ובהגנה עליהן] בין אדם לאדם מחמת דת, גזע, לאום, מין, נטייה מינית, מעמד אישי, ארץ מוצא, גיל, מוגבלות או מכל טעם בלתי מוצדק אחר.

12. אנו שבים ומדגישים כי בעינינו המהלך לעגן את הזכות לשוויון הוא מהלך ראוי וצודק, וגם בנוסחו המוצע, יש בו לתרום לחיזוק הזכות ולחיזוק היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית ברוח מגילת העצמאות.

בברכה,



ד"ר אמיר פוקס



פרופ' יובל שני

המכון הישראלי לדמוקרטיה