12 ספטמבר 2021

לכבוד
יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ גלעד קריב
חברי וחברות הוועדה

שלום רב,

נייר עמדה: עיגון הזכות לשוויון בחוקי יסוד, וחובת התייחסות לזכות לשוויון בחקיקת הכנסת

אני פונה אליכם לקראת הדיון שיתקיים מחר בוועדת החוקה בנושא "עיגון עקרון השוויון בחוקי היסוד של מדינת ישראל." מכון זולת תומך בעיגון הזכות לשוויון בחוק יסוד וסבור שהדבר חיוני ודחוף לצורך קיום משטר דמוקרטי במדינת ישראל.

במקביל לדיונים בנוגע לחקיקת חוק יסוד: השוויון, אנחנו מבקשים שוועדת החוקה תאמץ את היוזמה שלנו לחזק את הזכות לשוויון בחקיקה כפי שמוצע להלן: בכל דברי הסבר של הצעות חוק, בין שמוגשות על ידי הכנסת ובין שמוגשות על ידי הממשלה, תהיה חובת התייחסות להשפעת החקיקה על השוויון של קבוצות מסומנות (על פי גזע, מין, לשון, מוצא לאומי ודת). בנוסף, כאשר ועדה מוועדות הכנסת תכין הצעת חוק היא תבקש הערכה לגבי השפעת ההצעה על השוויון, ואם יש פגיעה בשוויון הדבר יצוין בדברי ההסבר.

רקע

הזכות לשוויון מוכרת כזכות "ראשונה בין זכויות שוות" וכזכות מפתח, שכן בלעדיה אין טעם וקיום לכל זכויות האדם האחרות. מדינת ישראל מחויבת להבטיח את הזכות לשוויון לכל היחידים בתחומיה והכפופים לשיפוטה ולמנוע אפליה נגדם מטעמים שונים, כגון גזע, מין, לשון, מוצא לאומי ודת. השוויון שומר על הציבור מפני שרירות השלטון והמשטר אינו יכול להיחשב כדמוקרטי בלעדיו. כפי שטען השופט יצחק זמיר באחד מפסקי הדין שכתב, אם אין שוויון למיעוט גם אין דמוקרטיה לרוב.

השוויון הוא עקרון יסוד אוניברסלי. בסעיף הראשון של ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, שהתקבלה בעצרת האו"ם ב-10 בדצמבר 1948, נקבע כי כל בני האדם נולדו בני חורין ושווים בערכם ובזכויותיהם. בהמשך, עקרון השוויון ואיסור האפליה עוגן בשורה של אמנות בין-לאומיות, כגון באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובאמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות (1966), באמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים (1981), באמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית (1965) באמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) ועוד. אף שבהכרזת העצמאות

של מדינת ישראל צוינה מחויבותה של המדינה לעקרון השוויון, מדינת ישראל היא המדינה הדמוקרטית היחידה בעולם שהזכות לשוויון איננה מופיעה במפורש בחוקה או בחוקי היסוד שלה. הדבר לא נובע מטעות או שכחה אלא מחוסר הסכמה פוליטית מתמשך.

שלושת המוקדים המתנגשים עם עקרון השוויון

ישנם שלושה מוקדים קבועים של התנגשות עם עקרון השוויון (כפי שהוכר באמנות הבין-לאומיות ובחוקות ובחוקי היסוד של המדינות הדמוקרטיות) המלווים את מדינת ישראל מאז הקמתה:

א) חוסר שוויון הנובע מהיעדר הפרדה בין דת למדינה, ובמיוחד חוסר שוויון מגדרי ואפליה בוטה נגד נשים הנובע מהסמכויות שהוקנו למוסדות הדת בחיי האישות;

ב) חוסר שוויון הנובע מעצם הגדרתה של מדינת ישראל כיהודית ללא הכרה בזכות לשוויון חוקתי של לא-יהודים בעוד כרבע מאזרחיה אינם יהודים ומשתייכים ברובם למיעוט הערבי;

ג) חוסר שוויון הנובע מכיבוש הגדה המערבית ומההתנחלות בשטחים הפלסטינים, עם השליטה של מדינת ישראל במיליוני אזרחים שאין להם זכות בחירה, ולא מוקנות להם הגנות על זכויות אדם ואזרח בדומה לאזרחים ישראלים.

על הרקע של שלושת המוקדים הקבועים של התנגשות עם עקרון השוויון, נחקקו עד כה שלושה עשר חוקי יסוד אשר אינם כוללים התייחסות לזכות לשוויון, למעט עקרון הבחירה השווה בחוק יסוד: הכנסת. השמטת עקרון השוויון מחוקי-היסוד, אפשרה להגיע להסכמה רחבה לחקיקתם אך גרמה לפגם בשורש שיטת המשטר במדינת ישראל. יתרה מזו, בין היתר בעקבות הוראת שמירת דינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נשמרו הסמכויות שהוקנו למוסדות הדת בחיי האישות ובכך נשארו הנשים ללא הגנה על זכויות האדם החוקתיות שלהן בענייני המעמד האישי.

מתוך הכרה שמדובר בבחירה מודעת של הכנסת, בג"ץ דחה את הפרשנות המעגנת את עקרון השוויון כעיקרון חוקתי עצמאי. עם זאת, תוך הכרה בכך שאין משטר דמוקרטי ללא שוויון, בג"ץ עיגן את הזכות לשוויון, במידת מה בלבד, בגדר הזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נקבע בפסיקת בג"ץ כי פגיעה בשוויון היא פגיעה בזכות חוקתית, כאשר האפליה קשורה בקשר ענייני והדוק לכבוד האדם, כגון פגיעות גופניות נפשיות, השפלה, ביזוי וכיוצא באלה.

עוד יצוין כי ישנן הוראות חוק רגילות (לא חוקי יסוד), שבהן עוגן עקרון השוויון ואיסור האפליה, כגון חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, כמתוקן בשנת 2000, אשר מעגן את השוויון בין המינים בדין הישראלי למעט בעניין המעמד האישי, סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, שקובע כי תמיכה במוסדות ציבור תֵעשה רק "לפי מבחנים שוויוניים", וכן חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000.

ההגנה החוקתית המוגבלת על הזכות לשוויון

היקף ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון נותר מוגבל, לא ברור ולא יציב, למרות קביעת בג"ץ כי פגיעה בשוויון היא פגיעה בזכות חוקתית. ההגנה החוקתית תלויה בכך שהרכב השופטים שעתירה ספציפית נידונה בפניו יהיה סבור כי זהו אחד המקרים החריגים שבהם הפגיעה בשוויון קשורה בקשר ענייני והדוק לכבוד האדם, דבר הנתון לפרשנות. בנוסף, העיגון של הזכות לשוויון בגדר כבוד האדם על ידי בג"ץ העניק "נשק" למתנגדי חיזוק זכויות האדם להתקפות פוליטיות ותקשורתיות בלתי פוסקות נגד בית המשפט העליון בטענה שהכרה בזכות לשוויון היא אקטיביזם שיפוטי.

חוסר הוודאות לגבי היקף ההגנה מאפשר לכנסת שוב ושוב "למתוח את הגבולות" וכך לכרסם במעמד הזכות לשוויון במדינת ישראל ללא ביקורת חוקתית מלאה. למשל, בחקיקת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (חוק הלאום), החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א–2011 (חוק ועדות הקבלה), חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015 (החוק השולל גמלאות סוציאליות מהוריו של קטין המורשע בעבירות ביטחון), חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (חוק הגיוס), חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (החוק למניעת איחוד משפחות), והחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (חוק ההסדרה).

חוסר הוודאות בהיקף ההגנה ומעמד הזכות לשוויון, רלוונטי לא רק בהקשר של חקיקת הכנסת, אלא גם משליך על יישום עקרון השוויון במדיניות והחלטות הרשויות הציבוריות ומשרדי הממשלה. כך למשל: באפריל 2021 שופטי בג"ץ דחו ערעור של הורים וילדים ערבים, תושבי נוף הגליל, ופסקו כי אין לחייב הקמת בית ספר ממלכתי בעיר שבה שפת הלימוד תהיה ערבית, אף על פי ש-25% מתושבי העיר ויותר משליש מתלמידיה הם ערבים; ביולי 2021 קבעו שופטי בג"ץ כי לשם הגברת השילוב של הציבור החרדי במערכת ההשכלה הגבוהה, המועצה להשכלה גבוהה הייתה רשאית לקבוע מסלולי לימוד בהפרדה מגדרית; דוגמאות נוספות הן המדיניות המתעמרת של ממשלות ישראל כלפי מבקשי המקלט (שבחלקה אושרה על ידי בג"ץ), ואוזלת היד הממשלתית בטיפול בבעיות החמורות של העוני וחוסר השוויון הכלכלי, שכתוצאה מהן מדינת ישראל ממוקמת במקום שלילי במדדי ה-OECD.

הצעת מכון זולת בחובת ההתייחסות לזכות לשוויון בחקיקת הכנסת

מכון זולת תומך בעיגון הזכות לשוויון בחוק יסוד וסבור שהדבר חיוני ודחוף לצורך קיום משטר דמוקרטי במדינת ישראל.

עם זאת, מאחר שכבר נדחו או לא קודמו עשרות הצעות חוק שהוגשו במטרה לעגן בחוק יסוד את עקרון השוויון, מכון זולת מציע בשלב זה לחזק את הזכות לשוויון בחקיקת הכנסת באמצעות חובת התייחסות אליה בהליכי החקיקה: תיקבע חובה שבדברי ההסבר של הצעות חוק של הכנסת ו/או הממשלה יתייחסו להשפעתן על השוויון של קבוצות מסומנות (על פי גזע, מין, לשון, מוצא לאומי ודת).

וכאשר ועדה מוועדות הכנסת תכין הצעת חוק, תבקש הוועדה הערכה לגבי השפעת ההצעה על השוויון. ככל שיימצא שיש בהצעה פגיעה בשוויון הדבר יצוין בדברי ההסבר. זאת כפי שנעשה לגבי הערכת עלות תקציבית.

בכבוד רב,

עינת עובדיה, מנכ"לית זולת

ייעוץ משפטי: פרופ' פרנסיס רדאי, עו"ד איתי מק