

30 בספטמבר 2021

לכבוד:

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

שלום רב,

## נייר עמדה שני בנושא חוק יסוד: השוויון כיצד להתקדם מכאן?

בהמשך לנייר העמדה שמכון זולת לשוויון זכויות אדם הגיש לחברות ולחברים הנכבדים של ועדת החוקה, חוק ומשפט ב-13.9.2021, יחד עם הצעה לתיקון תקנון הכנסת באמצעות קביעת חובת התייחסות לזכות לשוויון בהליכי החקיקה, ובעקבות הסוגיות שעלו בדיון ביום 13.9.2021 ולקראת הדיון שיתקיים ביום 30.9.2021, מכון זולת סבור שבהכנת חוק יסוד: השוויון יש לדון ולהסכים על הנקודות שלהלן.

במיוחד לאחר חקיקת חוק הלאום יש צורך דחוף בעיגון הזכות לשוויון בחוק יסוד. שופטי בג"ץ הביעו ביקורת על כך שהרשות המחוקקת בחרה שלא להתייחס לערך השוויון בחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: "חוק הלאום"). אך שופטי בג"ץ קיבלו את עמדת הכנסת והממשלה, שניתן לפרש את חוק הלאום פרשנות מקיימת העולה בקנה אחד עם הזכות החוקתית לשוויון. הזכות החוקתית לשוויון היא פרי היצירה של פסיקת בג"ץ, שקבע כי זכות זו נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם, העיגון של הזכות החוקתית לשוויון דרך הפרשנות השיפוטית של הזכות לכבוד, במקום להיות מפורשת בחוק היסוד עצמו, לוקה בחסר מבחינה מהותית ומערכתית. הפרשנות של הזכות וההגנה עליה אינן יציבות ונתונות לשינויים עתידיים כל עוד שהן אינן מעוגנות במפורש בחוק יסוד. בנוסף, האצלת ההגנה של הזכות לשוויון לבג"ץ על ידי הכנסת – שאישרה את ההכרה בזכות בדרך השתיקה ולאחרונה כמשיבה בעתירות נגד חוק הלאום אישרה אותה במפורש – העניקה "נשק" להתקפות פוליטיות ותקשורתיות בלתי פוסקות נגד בית המשפט העליון, בטענה שההכרה בזכות לשוויון היא אקטיביזם שיפוטי. התקפות אלה צפויות להתעצם בעקבות חוק הלאום, במיוחד בעת התנגשויות שיתרחשו בין הוראות חוק הלאום לבין ערך השוויון.

הזכות לשוויון חייבת להיות מעוגנת בחוק יסוד נפרד ולא כתיקון לחוק יסוד קיים. מאחר שהזכות לשוויון היא זכות מרכזית ומפתח לזכויות האדם ונשמת אפו של כל משטר דמוקרטי, אין די בהוספתה באמצעות תיקון של חוק יסוד קיים. חיוני לכונן פרק נוסף ונפרד בחוקה הישראלית שמתגבשת, בהתאם למעמדה החוקתי המרכזי של הזכות לשוויון במשטר דמוקרטי. חוק יסוד שיצליח לכייל את

האיזון בין היותה של מדינת ישראל יהודית ודמוקרטית לאחר חקיקת חוק הלאום, ושיחול על כל חוקי היסוד האחרים.

חוק יסוד: השוויון חייב להתייחס במפורש לקבוצות אשר מופלות באופן היסטורי ושיטתי. הלב של הזכות לשוויון הוא איסור אפליה בשל השתייכות קבוצתית. ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם והאמנות הבינלאומיות, וגם הפסיקה והחקיקה הישראליות (למשל, בחוק איסור הפליה במוצרים, בחוק ועדות הקבלה, בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ועוד) מתייחסות במפורש לרשימה של קבוצות אשר מופלות באופן היסטורי ושיטתי. חוק יסוד: השוויון שיחוקק חייב להבטיח את חיסול האפליה נגד קבוצות אלה, בחוק ובחברה. הכוונה לאפליה מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, מגדר, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי ומוגבלות. בנוסף, יש צורך להוסיף ברשימת הקבוצות גם "עדה", שכן במדינת ישראל קיימת אפליה היסטורית ושיטתית על רקע השתייכות לעדה, ובמיוחד כלפי עדות המזרח. הזכות לשוויון ללא אפליה מחמת השתייכות קבוצתית היא התנאי שבלעדיה אין דמוקרטיה ואין צדק כלכלי או חברתי.

סוגית ההגירה למדינת ישראל תוסדר בחקיקה נפרדת בהיותה בחלקה חוץ חוקתית. במדינת ישראל, כמו ברוב מדינות העולם מדיניות ההגירה היא סוגיה מורכבת אשר נתונה למחלוקות ולשינויים. לאור חשיבותה לדמוקרטיה הישראלית ולמעמדה הבינלאומי, אסור שהמחלוקת על סוגית ההגירה תהווה מכשול לעיגון הזכות לשוויון בחוק יסוד. הדחיפות של חקיקת חוק יסוד: השוויון גברה עוד יותר לאחר חקיקת חוק הלאום. לכן מכון זולת מציע שהסדרת ההגירה תיקבע בחקיקה נפרדת בהמשך.

חייב להיות מובהר בדברי ההסבר שחוק יסוד: השוויון אינו חל בשטחים שמוחזקים על ידי מדינת ישראל ב"תפיסה לוחמתית". מלבד סיפוח מזרח ירושלים, מדינת ישראל מעולם לא החליטה או הודיעה באופן רשמי על סיפוח הגדה המערבית לשטחה הריבוני. נהפוך הוא, עמדת ממשלות ישראל לדורותיהן, כולל בתגובות שהגישו לבג"ץ, הייתה שהמסגרת המשפטית שחלה בשטחי האזור היא זו הקבועה בדיני ה"תפיסה הלוחמתית". החלה אקסטרה-טריטוריאלית באזורים אלה של חוק יסוד: השוויון עלולה לגרום להשלכות פוגעניות ומרחיקות לכת על העם הפלסטיני ועל התושבים הפלסטינים המוגדרים בחוק הבין-לאומי כ"תושבים מוגנים". זאת בעוד החוק הבין-לאומי כלל אינו מכיר בחוקיות ההתנחלויות בשטחים המוחזקים. החלה אקסטרה-טריטוריאלית באזורים אלה של חוק יסוד: השוויון לא תפתור את האפליה ההיסטורית והשיטתית שהאוכלוסייה הפלסטינית סובלת ממנה בשל מדיניות המפקד הצבאי של האזור וממשלות ישראל, ואף עלולה להביא לדרישה להקנות למתנחלים מעמד של "תושבים מוגנים" אשר הם אינם זכאים לו לפי החוק הבין-לאומי.

חוק יסוד: השוויון חייב להיות משוריין. צריך להידרש רוב של לפחות 61 חברי כנסת לצורך שינויו. בישראל אין הליך נוקשה או ייחודי לחקיקתם של חוקי יסוד. ניתן לחוקק חוקי יסוד בכל רוב בכנסת.

כך למשל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נמצא תחת איום שבעתיד רוב כלשהו יבטל או ישנה אותו באופן מהותי. השריון נועד להקשות על שינויו של חוק יסוד: השוויון לאחר חקיקתו.

בכבוד רב,

עינת עובדיה, מנכ"לית זולת

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