האגודה לזכויות האזרח בישראל
جمعية حقوق المواطن في اسرائيل

5 בספטמבר 2021

לכבוד
ח"כ גלעד קריב
יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט
<u>הכנסת</u>

שלום רב,

הנדון: **<u>עיגון עקרון השוויון בחוקי היסוד – עמדת האגודה לזכויות האזרח</u>**

מבוא

1. יש חשיבות עצומה לעיגון הזכות לשוויון בחוקי היסוד של ישראל, שמהווים בפועל חלופה לחוקה, שהרי מדובר בזכות האדם הבסיסית ביותר והראשונה במעלה. עיגון הזכות לשוויון הוא בעל ערך הצהרתי חשוב, שכן המדינה והחברה מודיעים קבל עם ועדה שכל בני האדם שווים ושאין להתייחס אליהם באופן שונה (מפלה) בשל ההבדלים הרבים והשונים שביניהם. בנוסף יש לכך חשיבות מעשית חשובה, שהיא קריטית לקיומה של חברה צודקת ושוויונית. הדבר חיוני להבטחת שוויון בפני החוק של כל אדם, שוויון ביישום סמכויות המדינה ומדיניותה כלפי כל אדם, שוויון הזדמנויות וסיכויים ועוד.

2. הדבר חשוב במיוחד בחברה בישראל, שבה קבוצות מגוונות וכן שסעים ופערים משמעותיים. עיגון השוויון משמעו שעל אף קיומה של מציאות זו, החברה תפעל להבטיח שוויון מהותי לכל הפרטים שחיים בה. בנוסף ישנה חשיבות מיוחדת לעיגון עקרון השוויון אחרי חקיקת חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, אשר לנוכח הוראותיו מעורר ספקות לגבי מעמדן של אוכלוסיות לא יהודיות בישראל וחששות מפני אפלייתן.

נוסח מוצע לסעיף השוויון

3. להלן הנוסח המוצע על ידינו, כפי שנדון בעבר במסגרת דיוני ועדת החוקה על קידום חוקה לישראל:

"כולם שווים בפני החוק; אין מפלים אדם מטעמי מין, דת, ארץ מוצא, לאום, עדה, גזע, גיל, מוגבלות או נטייה מינית, או מכל טעם דומה אחר."

עיגון חוקתי של הזכות לשוויון בפני החוק

4. ההצעה פותחת בקביעה: "הכל שווים בפני החוק". רישא זו מבטאת עקרון-על בשיטת המשפט הישראלית. הזכות לשוויון בפני החוק משמעותה כי על השלטון מוטלת החובה ליישם כל סמכות חוקית באופן שוויוני. על רשויות המדינה לנהוג בשוויון מהותי ולא פורמלי, כלומר – להעניק שוויון הזדמנויות ושוויון בסיכויים.

5. אין בזכות לשוויון כדי לפגוע ביכולתה של הממשלה לקבוע סדרי עדיפות, או להעדיף מדיניות אחת על פני השנייה. יתרה מזו – עיגון חוקתי של הזכות לשוויון מגן על האזרחים מפני שרירות, על ידי כך שהוא מחייב את רשויות המדינה לפעול על פי שיקולים עניינים ורלוונטיים.

6. הזכות לשוויון בפני החוק עוגנה בשורה ארוכה של דברי חקיקה, חקיקת משנה והוראות מנהליות. הזכות לשוויון עוברת כחוט השני בפסיקתם של בתי המשפט. היא חלק מ"האני מאמין" של החברה הישראלית. על כן יש לעגן את הזכות לשוויון בפני החוק בחוקה.

רשימת הטעמים שאין להפלות בגינם – רשימה סגורה או פתוחה?

7. רשימת הטעמים הפסולים להפליה נקבעת על מנת להגן על קבוצות מיעוט או קבוצות מוחלשות בחברה מפני עריצות הרוב. הוראות אלו מחייבות גם את הרשות המחוקקת ונועדו למנוע, בין היתר, חקיקה הפוגעת בזכויות המיעוט.

8. **רשימת הטעמים צריכה להישאר פתוחה** באמצעות סעיף סל, שכן אי אפשר לעגן ברשימה סגורה את כלל הטעמים הפסולים. מוסכם על הכול כי פרק זכויות היסוד בחוקה אמור לעגן את זכויות האדם, ולא להצר זכויות או לשלול אותן. רשימת טעמים סגורה עלולה להתפרש כשלילת הזכות החוקתית לשוויון מאותן קבוצות או באותם מקרים שלא צוינו במפורש.

9. הניסיון מלמד שגיבוש רשימת הטעמים שאין להפלות בגינם משתנה בהתאם להתפתחויות חברתיות ותרבותיות. קבוצות שזה מקרוב הופלו באופן שיטתי נתפסות היום כקבוצות אשר ראויות להגנה מפני הפליה. בתי המשפט הם הרשות המתאימה ביותר לצקת תוכן לסעיף הסל, שכן הם נדרשים להגן על הזכות לשוויון של פרטים שמופלים על בסיס סטטוס או השתייכות קבוצתית, אך אין ולא יהיה להם הכוח הפוליטי הנדרש להביא לתיקון החוקה.

10. רשימת טעמים פתוחה אף תואמת את התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל ואת המנהג הבינלאומי. ההכרזה בדבר זכויות האדם, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שישראל צד להן, קובעות רשימה פתוחה, באמצעות סעיף סל, של טעמים שאין להפלות בגינם.[1]

11. הגישה הדומיננטית הנוהגת במשפט זכויות האדם היא הותרת רשימת הטעמים פתוחה. מרביתן של מדינות העולם קיבלו על עצמן התחייבויות בינלאומיות, אותן ניתן לאכוף

---

[1] סעיף 2 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם קובע: כל אדם זכאי לזכויות ולחירויות שנקבעו בהכרזה זו ללא אפליה כלשהי מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית או דעה בבעיות אחרות, בגלל מוצא לאומי או חברתי, קניין, לידה <u>או מעמד אחר</u>; סעיף 2(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע כי: כל מדינה שהיא צד באמנה זו מתחייבת לכבד ולהבטיח לכל היחידים בתחומיה והכפופים לשיפוטה את הזכויות שהוכרו באמנה זו, 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**. סעיף 2(2) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מנוסח בצורה דומה.

בטריבונלים האזוריים, לאסור הפליה לא רק מטעמים מוגדרים אלא מטעמי סל, שייקבעו בפסיקה. האמנה האירופית לזכויות אדם, אשר מחייבת את מדינות אירופה, כוללת רשימה פתוחה של טעמים.[2] האמנה האמריקאית לזכויות אדם, המחייבת את מדינות אמריקה, גם היא קובעת רשימת טעמים פתוחה.[3] הצ'ארטר האפריקאי לזכויות האדם גם הוא קובע רשימה פתוחה.[4] גם בארצות הברית החוקה אינה קובעת רשימה סגורה של טעמים,[5] ואלו התגבשו ועוצבו על ידי בתי המשפט, בהתאם להתפתחות החברתית והנורמטיבית. גם חוקות מודרניות כוללות רשימה בלתי סגורה של טעמים שאין להפלות בגינם. כך בחוקת דרום אפריקה ובתיקון לחוקת קנדה.[6] זו, אם כן, הנורמה הנוהגת והמקובלת כיום בעולם.

הטעמים שאין להפלות בגינם – מהם?

12. כאמור, עמדתנו הינה שיש לקבוע סעיף סל ולא רשימת עילות סגורה. בכפוף לכך, ניתן לקבוע שרשימת הטעמים שתוכנס לחוקה תעגן את אותם טעמים שכבר הושגה עליהם הסכמה רחבה כטעמים פסולים להפליה.

13. הטעמים שכלולים בנוסח ההצעה שלעיל: מין, דת, ארץ מוצא, לאום, עדה, גזע, גיל, מוגבלות ונטייה מינית הם אכן טעמים שעוגנו בחקיקה ובפסיקה.

14. עם זאת, אנו סבורים שצריך להוסיף גם השתייכות מפלגתית, עמדה פוליטית או השקפה אחרת, מצב משפחתי, הורות והריון ומצב כלכלי, כטעמים שאין להפלות בגינם. כל אחד ואחד מהטעמים הללו מעוגן היטב כטעם פסול להפליה בחקיקה, בפסיקה, במסורת ובתרבות הישראלית.

15. להלן פירוט לגבי עילות אלה.

א. איסור הפליה מחמת השתייכות מפלגתית, עמדה פוליטית או השקפה אחרת

16. איסור ההפליה מחמת השתייכות מפלגתית, עמדה פוליטית או השקפה הוא נשמת אפה של חברה דמוקרטיה, והוא אחד האיסורים החשובים לצורך קיום חברה פלורליסטית וחופשית, המעלה על נס את חופש הביטוי ואת החופש להביע עמדות שונות. אין חופש מצפון ואין חופש

---

[2] סעיף 14 לאמנה האירופית לזכויות אדם קובע:
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.

[3] סעיף 1.1 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם קובע:
The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.

[4] סעיף 1.2. לצ'ארטר קובע:
Every individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognized and guaranteed in the present Charter without distinction of any kind such as race, ethnic group, color, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or other status.

[5] תיקון 14 לחוקה האמריקאית.

[6] סעיף 9(3) לחוקת דרום אפריקה, סעיף 15(1) לצ'ארטר לזכויות וחירויות בחוקה הקנדית.

ביטוי ללא איסור על הפליה בגינם. כאשר אדם חושש שהשקפתו או פעילותו הפוליטית יובילו להפלייתו, הרי שיש בכך אפקט מצנן שמסכל את הזכות ומרוקנה מתוכן.

17. איסור ההפליה מחמת השקפה פוליטית מעוגן בחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 ובחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

18. האיסור על הפליה מחמת השקפה פוליטית מעוגן גם בהכרזה הבינלאומית בדבר זכויות האדם, באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, ובאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.

19. האיסור על הפליה מחמת השקפה פוליטית או אחרת מעוגן גם בכל אחת מהאמנות הבינלאומיות האזוריות, המחייבות את מרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם: האמנה האירופית לזכויות אדם, האמנה האמריקנית לזכויות אדם (political or other opinion), והצ'ארטר האפריקני (political or any other opinion).

ב. איסור הפליה מחמת מצב משפחתי, הורות או הריון

20. מצב משפחתי לעניין החוקה הוא, בין היתר, אחד מאלו: היות האדם רווק, נשוי, ידוע בציבור, פרוד, גרוש או אלמן. איסור ההפליה מחמת מצב משפחתי, הורות או הריון מעוגן היטב בחקיקה הישראלית: בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (מעמדם האישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים), ובחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (מעמד אישי או הורות). חובות המוטלות על המגזר הפרטי ודאי שחלות על המדינה. בנוסף, בשורה של פסקי דין קבעו בתי המשפט כי אין להפלות אדם בשל מצבו המשפחתי.[7]

21. הפליה מחמד מעמד משפחתי מצוינת גם בחוקות מתקדמות כמו החוקה הדרום אפריקנית (pregnancy, marital status).[8]

ג. איסור הפליה מחמת מצב כלכלי

22. איסור ההפליה מחמת מצב כלכלי אף הוא מושרש במסורת המשפטית הישראלית. האיסור אף מעוגן בחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000 ובחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007 (רקע חברתי–כלכלי). הפליה על בסיס כלכלי נוצרת כאשר אדם מופלה לעומת חברו בשל מצוקה כלכלית, ועל כן להפליה על בסיס כלכלי יש חשיבות עליונה בנושא נגישות ושוויון הזדמנויות.

---

[7] כך, למשל, נקבע כי שורה שלמה של זכויות סוציאליות וזכויות הגירה, אשר המדינה מעניקה לבני זוג נשואים, יש להעניק באופן שווה גם לזוגות שאינם יכולים או מעוניינים להינשא. ר' ע"א 2622/01 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון**, פ"ד נז(5) 309 (2003). עוד נקבע כי אין להפלות נשים שאינן נשואות בהליכי קבלת תרומת זרע, בג"ץ 998/96 **ירוס–חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות** (פס"ד מיום 11.2.1997).

[8] סעיף 9(3) לחוקת דרום אפריקה.

לדוגמא, נקבע כי יש לעמוד על כך שבעל דין אמיד לא ייהנה מיתרון בלתי הוגן על פני בעל דין שהפרוטה אינה מצויה בכיסו בתשלום אגרות או בייצוג משפטי.[9]

23. באמנות הבינלאומיות לזכויות האדם מעוגן מצב כלכלי כאחד הטעמים האסורים בהפליה. באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות נקבע כי אסור להפלות מטעמי רכוש או ייחוס. באמנה האירופית לזכויות אדם נקבע כי אין להפלות מטעמי רכוש (property), באמנה האמריקנית לזכויות אדם נקבע כי אין להפלות בשל מצב כלכלי (economic status) ובצ'ארטר האפריקני נקבע כי אין להפלות בשל הון (fortune).

האם לסייג את הזכות המוצהרת לכל אדם על מנת שניתן יהיה להעניק זכויות רק לאזרחים?

24. הזכות לשוויון צריכה להיות מובטחת, כמובן, לכל אדם, אף שתחולתה של זכות זו על פי החוקה הישראלית הינה מוגבלת; לא מדובר בכל אדם בעולם, אלא בכל אדם שנפגעת זכותו לשוויון עקב פעולה או מחדל של רשות ישראלית או של גורם אחר החייב לנהוג בשוויון על פי דיני ישראל (מעסיק, נותן שירותים וכו'). מעבר לכך אין מקום לסייג את הזכות לשוויון בחוקה.

25. תיתכנה, כמובן, זכויות מסוימות שתוקננה בחוקה לאזרחים בלבד: הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת, זכות כניסה קבועה וחסינות מפני גירוש. השתיים האחרונות אפשר שתובטחנה גם לתושבים שאינם אזרחים.[10] עם זאת, על מנת להעניק זכויות אלה לאזרחים ולתושבים בלבד יש לעגנן באופן זה מפורש בחוקה או בחקיקה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה. יתר הזכויות תוקנינה באופן שוויוני.

העדפה מתקנת

26. אנו מציעים לקבוע במפורש כי העדפה מתקנת אינה הפליה פסולה. ניתן לנסח זאת באופן דומה לנוסח שנכלל בחוקה של דרום אפריקה:

"על מנת לקדם את השוויון, ניתן לנקוט בחקיקה, או בפעולות אחרות, אשר יש בהן להגן על או לקדם את זכויותיהם של בני אדם, או קבוצות בני אדם, הנמצאים בעמדה נחותה מחמת הפליה בלתי הוגנת."

27. חוק הקובע מתן העדפה מתקנת אינו סותר את החוקה ואינו מפלה, שכן העדפה מתקנת נועדה לשפר את השוויון המהותי ולא לגרוע ממנו, וזאת על ידי מתן העדפה לקבוצות שסבלו באופן היסטורי מהפליה מתמשכת. העדפה מתקנת אף אינה מקיימת את הרציונלים של איסור ההפליה. במקרה של העדפה מתקנת הרוב מחליט להגביל את עצמו על מנת לקדם את השוויון של קבוצות מוחלשות, וזאת בניגוד להפליה שבה הרוב מבקש להגדיל את כוחו על חשבון

---

[9] ר', למשל, בג"ץ 6490/04 **צביח נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית** (פס"ד מיום 12.1.2005); בה"נ 6857/00 **רוטה נ' נצבטייב**, פ"ד נד(4) 707 (2000).

[10] לעניין הזכות של כל אדם לחזור לארצו ר': סעיף 13(2) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; סעיף 12(4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; H. Hannum **The Right to Leave and Return in International law and Practice** (Martinus Nijhof, 1987) p.56.

קבוצות מיעוט מוחלשות. בהעדפה מתקנת משתייך ה"נפגע" ככלל לקבוצות המרכזיות בחברה, בניגוד להפליה רגילה, שבה הנפגע משתייך לקבוצות מיעוט או לקבוצות מוחלשות בחברה.

28. יצוין, כי במקרה של העדפה מתקנת היה זה דווקא המחוקק שאימץ את עקרון ההעדפה המתקנת לשיטת המשפט הישראלית, בקובעו בשנת 1993 כי יש להעדיף ולקדם נשים במועצות מנהלים של חברות ממשלתיות. רק לאחר מכן יצק בית המשפט העליון תוכן קונקרטי לחובה זו בשורה של פסקי דין.[11]

29. בחוקה הדרום אפריקנית, המסמנת את המגמה המודרנית להכרה בהעדפה מתקנת, בחרו לציין במפורש כי ניתן לנקוט בהעדפה מתקנת.[12] כך גם בחרו לעשות הקנדים בתיקון לחוקה משנת 1982.[13]

30. הטעם בגינו מומלץ לקבוע בחוקה כי העדפה מתקנת אינה הפליה הינו לאפשר לכל גוף ממשלתי או גוף ציבורי לקדם יוזמות של העדפה מתקנת, מבלי שאלו תצטרכנה לעבור הליך מסורבל של חקיקה, שעלול לגרום לסיכולן. אם לא יצוין בחוקה כי העדפה מתקנת אינה הפליה, לכאורה אפשר יהיה לטעון כי היא חייבת להיות מעוגנת בדבר חקיקה.

בכבוד רב,

דבי גילד-חיו, עו"ד	גיל גן-מור, עו"ד	דן יקיר, עו"ד
מקדמת מדיניות וחקיקה	מנהל מחלקת זכויות אזרחיות	היועץ המשפטי

---

[11] ר' מסמך רקע שהוגש לוועדה בנושא הזכות לשוויון של המרכז הבינתחומי - זה רלבנטי?.

[12] סעיף 9(2) לחוקת דרום אפריקה קובע:

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.

[13] סעיף 15(2) לצ'ארטר לזכויות ולחירויות בחוקה הקנדית קובע:

(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.