

נושא העבודה

חובת הציבור כלפי היחיד

העבודה מוגשת בחסות העמותה של נוער שוחר

משפט עברי

הקדמה אישית

הנושא שנבחר וניתן על ידי הרכז הוא חובת הציבור כלפי היחיד. זהו נושא שאני מתחברת אליו מכיוון שהוא נוגע למגוון של נושאים בחיי היומיום שלי ושל שאר האזרחים במדינה. חובת הציבור כלפי היחיד מתקשרת להמון חלקים בחיינו במדינת ישראל, כמו שוויון בין סוגים שונים של אזרחים במדינה ואפילו. הנושא עניין אותי בעיקר כי ניתן לקשר אותו למספר רב של תחומים, כפי שיפורט בהמשך העבודה, והקישור יכול להתבצע בקלות במשפט הישראלי ואף במשפט העברי, למרות שעברו לא מעט שנים מאז החקיקה בתנ"ך ושינויים רבים חלו. בעבודתי הראתי שני חלקים בכל פרק- אחד התומך בפסיקה כפי שהיא כיום, או כפי שהיא הייתה, ואחד המתנגד. הנני חושבת כי בעבודה נגיתי בכמות רבה של נושאים, גם בכאלה השנויים במחלוקת כמו שוויון בין המינים, דבר שהעלה אצלי את המודעות לנושאים ואת הקשר שלהם למשפט הישראלי והעברי.

תוכן עניינים

4	מבוא	פרק ראשון
5	פרק הגדרות	פרק שני
11	מהי חובת הציבור כלפי היחיד?	פרק שלישי
13	זכות השוויון כנגד עמדת המדינה	פרק רביעי
15	האם ראוי שיהיה שוויון בין המינים ואיך המשפט מקדם זאת, ואיך המדינה מתייחסת לשוויון על בסיס נטייה מינית?	פרק חמישי
18	האם ראוי שתהיה אפליה בגיוס לצה"ל?	פרק שישי
21	סיכום	פרק שביעי
23		ביבליוגרפיה

מבוא

האם יש גבולות בין חובת הציבור כלפי היחיד?

חובת הציבור כלפי היחיד הוא נושא הנוגע למגוון נושאים הנמצאים בחיי היומיום שלי ושל אזרחי ישראל, כמו חוק הלאום שעורר סערה גדולה. סבורני כי יש גבולות בין חובת הציבור כלפי היחיד והם קיימים על מנת לשמור על ביטחון האזרחים וכדי לשמור על שוויון במדינה. למרות זאת ישנם חוקים המגבילים את היחיד, לא בהכרח תמיד שומרים עליו וגורמים לאפליה בין האזרחים לעצמם או בין המדינה לאזרחים. הסיבה שישנם חוקים אשר מגבילים את האזרח מכיוון שזכות הדמוקרטיה היא להתגונן. דמוקרטיה מתגוננת לעומת דמוקרטיה מתירנית. זכות זו נועדה כדי להגן על ביטחון הציבור בכללותו והמיעוטים. ערה אני שלעיתים דמוקרטיה מקפחת את זכויות הפרט, השאלה שאני שואלת את עצמי ובפרט בעבודה זו היא לאיזו תכלית נועד קיפוח זה והאם ישנו צידוק דמוקרטי לקיפוח זכויות המיעוט. האם לריבון ראוי שבמקרים מסוימים יהיה יותר כוח מאשר לשליט ומה הן הגבולות אשר לדעתי יש להתיר בהם את הנושא הזה. כאשר קדושת החיים ניצבת מול הזכות לפרטיות, אני סוברת שיש צורך לכרסם בזכויות הפרט בכדי להגן על ביטחון הציבור. נכון שזהו אינטרס מדיני הנוגד את תקנת הציבור, הנוגד את חוק הפרטיות¹ אך יחד עם זאת האלטרנטיבה היא שיפגעו אזרחי מדינת ישראל כאשר איני רוצה זאת. לכן במקרה הייחודי הזה אני רואה לנכון שלמדינה יש זכות להיכנס לחייו הפרטיים של האדם כדי לסכל את הפיגוע הבא.

¹ חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981

פרק הגדרות:

חובת הציבור כלפי היחיד² - בחוק הרשויות המקומיות תשס"ח 2008 נכתב על חובת מינוי ממונה על תלונות הציבור. "2.(א)(1) מועצת רשות מקומית תמנה את מבקר הרשות המקומית לממונה על תלונות הציבור, ואולם היא רשאית, מטעמים מיוחדים, למנות לתפקיד זה עובד בכיר אחר של הרשות המקומית, והכל ובלבד שלא יהיה בעיסוקו האחר כדי להפריע למילוי תפקידו כממונה על תלונות הציבור; (א)(2) לא ימונה עובד בכיר כאמור בפסקה (1), אלא אם כן הוא בעל תואר אקדמי מוכר מאת מוסד להשכלה גבוהה בישראל, כמשמעותם בחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958, או תואר אקדמי מאת מוסד להשכלה גבוהה בחוץ לארץ שהוא מוסד מוכר במדינתו, ובעל ניסיון של חמש שנים בתפקיד ניהולי במגזר הציבורי. 2(ב) אין בהוראות סעיף קטן 2 (א) (1) כדי למנוע מרשות מקומית להעסיק ממונה על תלונות הציבור בתפקיד זה בלבד, ובלבד שהעסקתו כאמור תוקצבה במסגרת התקציב המאושר של הרשות המקומית והתקיימו בו התנאים האמורים בסעיף קטן (א)(2). 2(ג) ראה השר כי רשות מקומית אינה ממנה ממונה על תלונות הציבור, רשאי הוא לדרוש ממנה, בצו, כי תמנה ממונה על תלונות הציבור כאמור בתוך הזמן הנקוב בצו; לא מילאה רשות מקומית אחר הצו בתוך הזמן האמור, רשאי השר למנות ממונה על תלונות הציבור במקומה. 2(ד) על מינויו וכהונתו של הממונה על תלונות הציבור ברשות המקומית יחולו ההוראות החלות על עובדי אותה רשות מקומית, ואולם לא יועבר הממונה על תלונות הציבור מתפקידו אלא על פי החלטת מועצת הרשות המקומית, ולאחר שניתנה הודעה כדין לכל חברי המועצה שדבר העברתו מהתפקיד יידון באותה ישיבה. 2(ה) הרשות המקומית תעמיד לרשות הממונה על תלונות הציבור משאבים הולמים הדרושים לו לשם מילוי תפקידו."

² חוק הרשויות המקומיות (ממונה על תלונות הציבור), תשס"ח-2008, ס"ח 2.

³ **הזכות לשוויון** - לכל בני האדם זכות לשוויון בפני החוק ולהגנה שווה של החוק. מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מחויבת לנהוג בשוויון בכל בני האדם, ללא הבדל דת, לאום, מוצא, מגדר, מעמד אישי, גיל, נטייה מינית או מוגבלות. עם זאת, הזכות לשוויון עדיין אינה מעוגנת בחוק ברוב תחומי החיים, ודעות קדומות ואפליה עדיין רווחות בחברה הישראלית.

⁴ **שוויון זכויות** - הזכות לשוויון היא מזכויות האדם החשובות ביותר והוכרה כזכות יסוד בישראל כבר במגילת העצמאות, שבה נקבע כי המדינה "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת גזע ומין". חמישים שנה לאחר ההכרה העקרונית הזו, ישראל היא אחת המדינות הבודדות במערב שלא עיגנו בחוק את זכותו של אדם לשוויון בכל תחומי חייו. על פי פסיקת בג"צ למדינה אסור להפלות, אולם בהעדר הגנה חוקתית, איסור זה אינו חל כאשר החוק מתיר, ישירות או בעקיפין, להפלות. יש הגורסים כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק הגנה חוקתית לזכות הפרט שלא להיות מופלה על ידי המדינה, לכל הפחות כאשר מדובר באפליה על רקע קבוצתי, כגון על בסיס לאום ומין, אולם עניין זה טרם הוכרע על ידי בתי המשפט. מכל מקום, הגנה זו אינה חלה על חוקים שנחקקו לפני חוק היסוד (כלומר עד שנת 1992).

⁵ **זכויות האדם** - זכויות האדם הן זכויות שיש לכולנו, בני האדם. זכויות אלה מאפשרות לנו לחיות חיים של חירות ושל חופש. הן נועדו להבטיח שנוכל לקבל יחס הוגן מאחרים, שנוכל לחשוב את מחשבותינו, לבטא את דעותינו, לרצות את רצונותינו ולקבל הזדמנות להגשים את מטרותינו.

⁶ **הזכות להגיש רשימת מועמדים** - 5א. רשימת מועמדים לכנסת תוגש על ידי מפלגה בלבד; דרכי התאגדותן ורישומן של מפלגות ותנאים להגשת רשימת מועמדים ייקבעו בחוק.

⁷ **הזכות להיבחר** - 7. (א) זכאי להיכלל ברשימת מועמדים ולהיבחר חבר המועצה מי שנתקיימו בו הוראות סעיף קטן זה וכפוף להוראות סעיפים קטנים (א1), (א2) ו-(ב): א (1) שמו רשום בפנקס הבוחרים לאותה מועצה; א (2) ביום הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו הוא בן עשרים ואחת שנה ומעלה; א (3) מקום מגוריו הקבוע ביום הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו הוא בתחום אותה רשות מקומית; א (4) הוא אינו פסול לפי חוק הרשויות המקומיות (הגבלת הזכות להיבחר), תשכ"ד-1964; א (5) הוא אינו פסול לפי סעיף 19 לחוק השופטים, תשי"ג-1953, סעיף 18

³ מתוך אתר האגודה לזכויות האזרח

⁴ מתוך אתר מטח

⁵ מתוך אתר מטח

⁶ חוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965

⁷ חוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965

לחוק הדיינים, תשט"ו-1955, סעיף 15 לחוק הקאדים, תשכ"א-1961, או סעיף 21 לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג-1962;

⁸ **כבוד האדם וחירותו: שנועד לתכלית ראויה ולא נוגד את תקנת הציבור** - 1. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. 2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם. 3. אין פוגעים בקניינו של אדם. 4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו. 5. אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת. 5. (א) כל אדם חופשי לצאת מישראל. 5. (ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל. 6. (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו. 6. (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם ללא הסכמתו. 7. (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו. (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

⁹ **גירושין** - שיפוט בענייני נישואין וגירושין: 1. עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים. עריכת נישואין וגירושין 2. נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה.

¹⁰ **חוק שוויון זכויות האישה** - חוק שוויון זכויות האישה: חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל. שוויון לפני החוק: 1.א. (א) דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה. 1. (ב) לענין סעיף קטן (א), אין נפקא מינה אם ביסוד פעולה שתוצאתה היא הפליה הייתה כוונה להפלות, או לא.

¹¹ **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה** - 2. (א) לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, 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 אמשכו, כמשמעותו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, הצפוי להם, בכל אחד מאלה: (1) קבלה לעבודה;

⁸ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

⁹ חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953

¹⁰ חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951

¹¹ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988

(2) תנאי עבודה; (3) קידום בעבודה; (4) הכשרה או השתלמות מקצועית; (5) פיטורים או פיצויי פיטורים; (6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

¹²אפליה-3. (א) 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, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם. (1א) מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי במקום העסק, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת מקום מגורים; ואולם לא יראו הפליה לפי סעיף קטן זה הבחנה שנעשית על ידי רשות מקומית בין תושביה ובין מי שאינם תושביה, במידה הנדרשת לביצוע תפקידיה או להפעלת סמכויותיה לטובת תושביה, והכול בכפוף להוראות כל דין.

¹³נישואין- שיפוט בעניני נישואין וגירושין: 1. עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים. עריכת נישואין וגירושין: 2. נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה.

¹⁴בית דין רבני- בתי הדין הרבניים הם חלק ממערכת השיפוט הממלכתי בישראל. על פי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה, יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי הדין הרבניים. בני זוג, יהודים, בישראל המבקשים להתגרש כדין, נזקקים לסידור גט בבית דין רבני, מאחר שלבית הדין הרבני הסמכות הבלעדית לעניין זה. לבתי הדין הרבניים נתונה סמכות מקבילה לזו של בתי המשפט בנושאי מזונות, החזקת ילדים, חלוקת רכוש ואפטרופסות. לבית הדין הרבני יש סמכות ייחודית לדון בעניני הקדשות דתיים. סדרי הדיון בבתי הדין מוסדרים בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל - התשנ"ג, שהותקנו על ידי מועצת הרבנות הראשית לישראל וחבר דייני בית הדין הרבני הגדול.

¹² חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000
¹³ חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953
¹⁴ מתוך אתר בתי הדין הרבניים

¹⁵ **אמנת האו"ם משנת 1980 ס"ח 1- אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים - (1) למטרות אמנה זו,** המונח "אפליית נשים" משמעו כל הבחנה, הוצאה מן הכלל או הגבלה על יסוד מין, שתוצאתן או מטרתן לפגום או לבטל את ההכרה, ההנאה והשימוש בידי נשים, בלא שים לב למעמדן האישי, על בסיס שוויון בין גברים ונשים, בזכויות האדם וחירויות היסוד בתחום המדיני, הכלכלי, הסוציאלי, התרבותי, האזרחי או בכל תחום אחר. (2) המדינות שהן צד באמנה מגנות אפליה נגד נשים לצורותיה, מסכימות לנקוט באמצעים מתאימים וללא דיחוי מדיניות של ביטול אפליה נגד נשים, ולתכלית זו, מתחייבות לכתוב באמנה זו.

¹⁶ **הצ'רטר הקנדי של זכויות וחירויות משנת 1982 -** בשנת 1982 התקבלה בקנדה מגילת זכויות (צ'רטר), הקובעת בחוק חרות את עליונותן של זכויות היסוד בקנדה. מגילת הזכויות התקבלה במסגרת The Constitution Act – 1982, אשר קובע במפורש את עליונותה של החוקה על חוקים רגילים, וכפועל יוצא מכך את סמכותו של בית המשפט (בכל הדרגים) להצהיר על בטלותו של חוק הסותר את החוקה. עם זאת מגילת הזכויות מסייגת את עליונות הזכויות המנויות בה בשתי דרכים: פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות.

¹⁷ **שירות בצה"ל -** התייצבות לשירות לפי בקשה [10] (תיקון מס' 3) תשמ"ט-1989: 14. (א) אזרח ישראלי או תושב קבוע, שעדיין לא הגיע לגיל שמונה עשרה והוא נמצא כשר לשירות, רשאי פוקד, בצו, לקרוא לו להתייצב לשירות סדיר, אם הוא ביקש זאת בכתב ואם הוריו או אפוטרופסו נתנו את הסכמתם לכך ומלאו לו שבע עשרה שנים; ואולם די בהסכמת הורה אחד אם קיים קושי של ממש לקיים קשר עם ההורה השני כדי לברר עמדתו. 14. (ב) ניתן צו לפי סעיף זה, יחולו הוראות חוק זה על מי שהצו ניתן לגביו, כאילו היה יוצא-צבא שהגיע לגיל שמונה עשרה ונקרא להתייצב לשירות סדיר לפי סעיף 13.

¹⁸ **תשלום מיסים -** מקורות הכנסה [(1)5] (תיקון מס' 132) תשס"ב-2002: 2. מס הכנסה יהא משתלם, בכפוף להוראות פקודה זו, לכל שנת מס, בשיעורים המפורטים להלן, על הכנסתו של אדם תושב ישראל שהופקה או שנצמחה בישראל או מחוץ לישראל ועל הכנסתו של אדם תושב

¹⁵ אמנת האו"ם משנת 1980 ס"ח 1- אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים, מתוך אתר משרד המשפטים
¹⁶ ד"ר עמיר פוקס, פסקת ההתגברות: המודל הקנדי והתאמתו לישראל - הרחבות למאמר המקור, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 24.11.2007
¹⁷ חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986
¹⁸ פקודת מס הכנסה [נוסח חדש]

חוץ שהופקה או שנצמחה בישראל, ממקורות אלה: עסק ומשלח יד: (1) השתכרות או ריווח מכל עסק או משלח-יד שעסקו בו תקופת זמן כלשהי, או מעסקה או מעסק אקראי בעלי אופי מסחרי; ¹⁹ **מילואים בצה"ל** - מטרתו של חוק זה להגדיר את מבנה מערך המילואים של צבא הגנה לישראל, כשירותו ומטרותיו, וכן את המתווה לקריאה לשירות מילואים ואת חובותיו של חייל המילואים וזכויותיו, והכל תוך ראיית מערך המילואים כחלק בלתי נפרד מצבא הגנה לישראל המהווה נדבך מרכזי שעליו נשען הצבא לצורכי ביטחון המדינה ותוך ראיית הנמנים עם מערך המילואים כתורמים תרומה ייחודית למדינת ישראל. 5 (א) חייל מילואים חייב בשירות מילואים לפי הוראות חוק זה. 5 (ב) חייל מילואים חייב להתייצב לשירות מילואים, אם נקרא לכך, בידי מוסמך, בצו, בדרך שנקבעה בפקודות הצבא, במקום ובזמן שנקבעו בצו, וכן חייב הוא לשרת שירות מילואים כל זמן שהצו עומד בתוקפו.

²⁰ **בג"ץ אליס מילר** - בג"ץ 4541/94 אליס מילר נגד שר הביטחון ואחרים, הוא החלטה שניתנה ב-1995 בעתירה שהוגשה לבג"ץ על ידי אליס מילר בסיוע האגודה לזכויות האזרח ושוויון הנשים. בית המשפט העליון קבע שאין הצדקה להבחנה בין גברים לנשים המצדיקה למנוע מנשים להגיש מועמדות לקורס טיס בצה"ל. בג"ץ זה הוא אחד מפסקי הדין החשובים והתקדימיים באמירתו החוקית והערכית לגבי הזכות לשוויון מגדרי והגנתו בזכות החוקתיות לכבוד ולשוויון.

²¹ **שיימינג (ביוש)** - שיימינג (Shaming), בעברית "ביוש", הוא השפלה ובושה שגורמים למישהו בפומפי, לעיני אנשים אחרים. כמובן שהשיימינג המודרני מתרחש לרוב באמצעות פרסום שלילי על מישהו, שנעשים באתרי אינטרנט, באפליקציות מסרים וברשתות חברתיות.

²² **חוק שירות ביטחון (נוסח משולב)** - (ג) יוצא-צבא, אשה, שהוכיחה באופן שנקבע בתקנות לרשות שנקבעה על פיהן, כי טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון, פטורה מחובת אותו שירות. 40. (א) מיועדת לשירות בטחון שהצהירה בכתב לפי סעיף 15 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, בפני שופט או דיין בבית דין רבני, שלושה אלה: (1) טעמים שבהכרה דתית מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון; (2) היא שומרת על כשרות בבית ומחוצה לו; (3) היא אינה נוסעת בשבת – תהא פטורה מחובת שירות בטחון לאחר שתמסור את התצהיר, באופן ובמועד שייקבעו בתקנות, לפוקד שהוסמך לכך.

¹⁹ חוק שירות המילואים, תשס"ח-2008

²⁰ בג"ץ מס' 4541/94, אליס מילר נגד מדינת ישראל

²¹ מתוך אתר אאוריקה

²² חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986

²³ **פקודת הנזיקין (נוסח משולב) - 7 (א)** לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקיס אחריות בנזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה בידועין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור. 7. (ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מאחריותה של המדינה או של רשות ציבורית לפי סעיפים 13 ו-14 ולפי כל דין. 7. (ג) החסינות לפי סעיף זה תחול גם על מי שהיה עובד ציבור בעת ביצוע המעשה נושא התובענה.

ראשי פרקים

1. ²⁴מהי חובת הציבור כלפי היחיד?

מחד גיסא: תפקיד הממונה על תלונות הציבור²⁵ נותן לאזרח המדינה הפשוט את האפשרות לעזור ולשנות דברים שמפריעים לו, על ידי נתינת קול לאזרח זה. לממונה על תלונות הציבור יש משאבים לשם מילוי תפקידו כך השלטון כלפי האזרחים ישמעו וייענו. הממונה על תלונות הציבור פועל כגורם ביקורתי בין הממשלה לאזרח ומשמש כמאזן בין הצרכים של הממשלה והרצונות של האזרחים. מאזן הכוחות של הרשות המחוקקת אינם תואמים את מאזן הכוחות של האזרח הפשוט לכן לעניות דעתי היה צורך ממשי בתפקיד של הממונה כדי לווסת את הצרכים הן של הרשות המחוקקת ושל האזרח הפשוט ולתת מענה כגורם ביקורתי מעין שיפוטי -טכני על מעשי הרשות המחוקקת.

²³ פקודת הנזיקין (נוסח משולב), תתשכ"ח-1968

²⁴ יורם רבין ויובל שני - זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ"שיח של זכויות" ל"תיאוריה של מימון ציבור", עמ' 147-157, (2004).

²⁵ חוק הרשויות המקומיות (ממונה על תלונות הציבור), תשס"ח-2008

²⁶ אחד מהתומכים בסברה זו במשפט כיום הוא הספר של יורם רבין ויובל שני - מ"שיח של

זכויות" ל"תיאוריה של מימון ציבור": "המגבלות החוקתיות המקובלות בהקשר זה הן משני סוגים עיקריים: האחד מגבלות מבניות, שעניינן אופן קבלת החלטות בדבר הטלת מיסים והקצאת מימון ציבורי. מגבלות אלה נועדו להבטיח שההכרעה בסוגיות הנידונות תבטא את עמדת הציבור, באמצעות נציגיו בכנסת. האכיפה של מגבלות אלה בדרך של ביקורת שיפוטית אינה מעוררת קשיים מיוחדים שכן במסגרתה, הביקורת השיפוטית אינה מכוונת להחלפה של ההליך הפוליטי, אלא דווקא לחיזוקו. אכיפת מגבלות אלה מאפשרת לבית- המשפט להימנע ולנקוט עמדה באשר לתוכן ההכרעות השלטוניות". "...הכרה עקרונית בחובה המוטלת על המדינה להגן על זכויות חברתיות ולספק צרכים שונים של הציבור אינה מהווה הנחיה מספקת שעליה ניתן לבסס עליה ביקורת שיפוטית. נדרשת עוד שורה של הכרעות ערכיות וקביעת סדרי עדיפויות בתקציב שאינן נובעות מעצם ההכרה החוקתית בזכויות חברתיות."

אחד מהתומכים בסברה זו במשפט העברי הוא מנחם אלון:²⁷ "התקנות האמורות שייכות ברובן המכריע לתחום היחסים שבין הציבור ליחיד ולבעיית הזכויות הקנויות לציבור ברכושו של היחיד או של קבוצה מסוימת. סביר הוא, שיעשו ההסדרים שבתקנות אלה בעת ההתנחלות וחלוקת הארץ בין השבטים, ובעת החלוקה הנוספת שבתוך השבט למשפחותיו. אף מוצאים אנו בספר יהושע הדגשה מיוחדת בדבר הנהגת סדרי חוק ומשפט על- ידי יהושע: "ויכרת יהושע ברית לעם ביום ההם, וישם לו חוק ומשפט בשכם", האמור כאן, לפי פירושו של הרמב"ן "אינם חוקי התורה והמשפטים, אבל הנהגות ויישוב המדינות, כגון תנאים שהתנה יהושע שהזכירו חכמים, וכיוצא בהם".

מאידך גיסא: ישנן פעמים בהן תפקידו של הממונה על תלונות הציבור אינו כפי שצריך להיות, למשל במקרה של תלונת כזב של אזרח כלשהו. לא תמיד תלונותיהם של האזרחים נשמעות ונענות ע"י הממונה לתלונות הציבור והממשלה. ישנו ניגוד בין הרצון של האזרח הפשוט ותלונותיו לצרכיהם של המדינה הצריכה להתחשב במספר רב של אזרחים ובנושאים נוספים שהאזרחים אינם חושבים עליהם כדי להגן על הציבור ולנסות לממש את מרבית זכויות הציבור. אחד הספרים המתנגד לסברה הוא הספר של יורם רבין ויובל שני מ"שיח של זכויות" ל"תיאוריה של מימון

²⁶ יורם רבין ויובל שני - זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ"שיח של זכויות" ל"תיאוריה של מימון ציבור", עמ' 157-147, (2004).
²⁷ מנחם אלון- המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (1988) כרך א(451-454)

ציבור":²⁸ "ביטוי מובהק להערכה כי ביקורת שיפוטית אינה אמצעי הולם לאכיפת המגבלות המוטלות על רשויות השלטון מכוח ההכרה בזכויות חברתיות ניתן בחוקה של הודו, שם נקבע כי ההכרה בזכויות החברתיות נועדה לשמש עיקרון מנחה בלבד, ולא בסיס להחלת ביקורת שיפוטית. כאמור, גם הצעות חוק- יסוד : זכויות חברתיות פוסעת במידה רבה בדרך זו מכוח הסייג המפורש שמוצע לקבוע בה כי מימוש הזכויות ייעשה "בהתאם ליכולתה הכלכלית של המדינה כפי שתקבע בידי הממשלה". סיכומו של דבר, הטענה היא זו: אין די בהכרה עקרונית בחובה המוטלת על המדינה להגן על זכויות חברתיות ולספק צרכים שונים של הציבור לשם ביסוס ביקורת שיפוטית. נדרשת עוד שורה של הכרעות ערכיות וקביעת סדרי עדיפויות בתקציב שאינם נובעים מעצם ההכרה החוקתית בזכויות חברתיות. ההצעה המובאת כאן מכוונת להתמודד עם שני קשיים אלה: מצד אחד מוצע מתווה לאפיון מפורט יותר של אופן הפעלתו של שיקול- הדעת השלטוני באשר להספקת מימון ציבורי של מוצרים ("תיאוריה של מימון ציבורי" או "חוקה כלכלית"); ומצד אחר מוצע להסיט את מוקד הפיקוח על אופן הפעלתו של שיקול- הדעת השלטוני בהקשר הנידון מן המישור השיפוטי למישור הציבורי."

מנחם אלון תומך בטענה בספרו "המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו":²⁹ תקנה של דוד המלך בתחום המשפט הצבאי- "בשמאל א פרק ל מסופר על ניצחונו של דוד ואנשיו על הגדוד העמלקי. בעת המלחמה הושבי דוד מאתיים איש מאנשיו לשמור על הכלים בנחל הבשור ויצא להילחם עם שאר חילו. כאשר חזרו המנצחים מן המלחמה ושלל אויביהם בידם, ביקשו חלק מן האנשים שנלחמו עם דוד למנוע חלק בשלל מאלו שנשארו לשמור על הכלים. אולם דוד התנגד לדרישתם: "ומי ישמע לכם לדבר הזה, כי כחלק הירד במלחמה וכחלק הישב על הכלים, יחדו יחלקו". תקנה זו של דוד, שדינו של חיל השירותים כדון החיל הלוחם, היתה לחלק המערכת המשפטית כאמור בפסוק שלאחריו: "ויהי מהיום ההוא ומעלה, וישמה לחק ולמשפט לישראל עד היום הזה".

זכות השוויון כנגד עמדת המדינה

²⁸ יורם רבין ויובל שני - זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ"שיח של זכויות" ל"תיאוריה של מימון ציבורי", עמ' 147-157, (2004).

²⁹ מנחם אלון- המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (1988) כרך א', עמודים 451-454

2. מהי הזכות לשוויון כאשר הפרט ניצב מול המדינה?

מחד גיסא: הזכות לשוויון כאשר הפרט ניצב מול המדינה היא שכל פרט צריך לקבל זכויות שוות כמו שאר האזרחים במדינה. למשל, שאנשים בעלי מוגבלויות לא יופלו לרעה בגלל המוגבלות שלהם. שלא התנהגו לאנשים בצורה שונה על סמך משהו שגורם להבדלה: דת, חינוך, מצב סוציו אקונומי. סבורני כי במדינה דמוקרטית וחופשית כמו מדינת ישראל ראוי שיהיה שוויון מלא בין האזרחים ללא אפליה על רקע כלשהו.

אחד התומכים בסברה זו במשפט כיום:³¹ "הלקח התייחסות שונה לפי מאפיינים אישיים יכולה להיות עניין מסובך ושנוי במחלוקת כנה. לכן יש לעיתים נטייה להציג התייחסות פסולה לפי מאפיינים קבוצתיים כהתייחסות שונה אך מוצדקת על בסיס כישורים אישיים "ניטרליים". במקרים שיש חשש למצב כזה יש להקפיד כי הכלל האישי לא יהיה מוסווה לאפליה קבוצתית. לא תמיד יהיה הדבר קל כמו במפעל האמריקאי. חשוב לזכור, לכן, כי ההתייחסות בלעדית לאדם דרך תווית של השתייכות לקבוצה, בעיקר כשאין לו שליטה של השתייכות זו, היא רשאית לחטוא באפליה: כל אדם הוא עולם מלא, וראוי שנוזכר זאת בכל עת."

אחד מהתומכים בסברה זו במשפט העברי:³² "תקנת הקהל צריך שתהיה לתקנת הציבור ושאפשר לקיימה, ומשום כך- תקנה הכופה אדם לשלם מס, ואינה מאפשרת לו להוכיח את עונו- בטלה ומבוטלת. ו"אפשר לקיימה" פירושו, שגם המיעוט יוכל לקיימה, ואפשרות הקיום של המיעוט יש למדוד באופן, שאם אחד מן הרוב יהיה במצבו של המיעוט- האם יוכל לעמוד בתקנה ולקיימה. גם מאלף הוא- מבחינת יחסי הגומלין שבין המשפט והמוסר במשפט העברי- סיומם של חכמי מגנצא בתשובתם: "ואפילו אם יש להטות הדברים על פי ההלכות לחובתו של ראובן- מאחר שהוא דחוק, טוב הוא להקל ליכנס עמו לפני משורת הדין, ועל זה נאמר: 'למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמר' כדאמר שלהי השוכר את האומנים כי האי גונא".

מאידך גיסא: כאשר בטחון המדינה שרוי בסכנה ניתן לומר שאיני ארצה לקדם שוויון זכויות בכדי להגן על קדושת החיים. לדוגמה, מחבלים אשר מבצעים פיגועים ייתכן וארצה לכרסם בשוויון

³⁰ זכויות האדם והאזרח בישראל- מקראה, האגודה לזכויות האזרח בישראל, כרך ג' עמודים 26-54

³¹ זכויות האדם והאזרח בישראל- מקראה, האגודה לזכויות האזרח בישראל, כרך ג' עמודים 26-54

³² מנחם אלון- המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (1988) כרך א' (עמודים 617-624)

הזכויות שלהם ולברר האם מתכננים לבצע פיגוע נוסף ולכן אוותר על זכויות השוויון בכדי למנוע פגיעה עתידית בביטחון הציבור.³³

אחד מהתומכים בסברה זו במשפט כיום:³⁴ "עיקרון זה, אין לקבלו כלשונו. לא הכל שווים בפני החוק, שכן החוק מביא בחשבון אי חשבון טבעי מסוים: דינו של הקטין אינו שווה לדינו של הבגיר, וזה של השפוי אינו שווה לזה של הלקוי בנפשו. לעיתים נאמר, כי החוק רשאי לקחת בחשבון אי שוויון טבעי בלבד- וחייב להתעלם מאי שוויון, שהוא יציר האדם. לא כן הדבר. ע"פ עקרונות השוויון המקובלים, יש להתעלם מן ההבדל הטבעי שבין גבר לאישה, מחד; אך מאידך, מתיר עקרון השוויון לקחת בחשבון הבדלים, שהם מצירי החברה או האדם, כמו ההבדל שבין עובד ציבור לבין אדם אחר. דין השניים אינו שווה. אין פירושו אמיתי של עקרון זה שוויון מכאני, שלפיו הכל שווים בדינם- אלא האיסור לשימוש בקריטריונים מסוימים, שהחברה התרבותית אינם סובלתם."

אחד מהתומכים בסברה זו במשפט העברי:³⁵ "לא כל קשר של הציבור הוא קשר, אלא רק זה שאינו פוגע באופן שרירותי בזכות היחיד. המהר"ם מרוטנבורג חזר על רעיון זה של איסור קיפוח שרירותי של זכויות היחיד מצד הרוב והביעו באותו מטבע לשון שעוד חכמי מגנצא לקחוהו מעניין אחר שבסוגיה התלמודית. כבר עמדנו לעיל על תשובתו של המהר"ם מרוטנבורג בעניין הקהל הדורש מן היחיד את המס שהוטל עליו והיחיד טוען שאינו חייב מסף או שאינו חייב בשיעור זה של המס; המהר"ם פוסק, שהיחיד חייב לשלם מספק, בניגוד לעיקרון ההלכתי שהמוציא מחבירו עליו הראיה, ורק לאחר מכן יברר את דינו בבית- הדין, ואם יזכה- יקבל אז בחזרה את מה ששלם."

3. האם ראוי שיהיה שוויון בין המינים ואיך המשפט מקדם זאת, ואיך המדינה מתייחסת

לשוויון על בסיס נטייה מינית?

מחד גיסא: על פי הזכות לשוויון, המדינה צריכה לתת שוויון זכויות מלא לכל אזרח ללא הבדלים כלל, כפי שנכתב במגילת העצמאות³⁶: (המדינה) "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין." לכן, ראוי שיהיה גם שוויון בין המינים כדי שלא יפלו לרעה בן

³³ חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, תשס"ה-2005

³⁴ זכויות האדם והאזרח בישראל- מקראה, האגודה לזכויות האזרח בישראל, עמודים 26-54.

³⁵ מנחם אלון- המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (1988) כרך א' (עמודים 617-624)

³⁶ מגילת העצמאות, ה' באייר תש"ח, 1948.

אדם, או קבוצה, רק על סמך מינו או נטייתו המינית. ערה אני שביולי 2018 התקיימה מחאה של הקהילה הגאה לנוכח העובדה שזכותם הבסיסית לקיום תא משפחתי אינה מתקיימת. סבורני שכמדינה נאורה אין מקום לאפליה זו ולכרסום זכויות האדם, כבוד האדם וחופש האדם לקיום זכות מאין בסיסית למשפחה. לאור חוק כבוד האדם וחירותו מ-1992: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם". "אין פוגעים בקנינו של אדם". "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". "כל אדם חופשי לצאת מישראל". "כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל". "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו". "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו". "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו".

איני מאמינה שבעניין כיום יש מקום לאפליה מסוג זה. יש בפי מאות דוגמאות למצב שבו לא מתקיים תא משפחתי ואף לפי הסטטיסטיקה בשנה זו 1 ל-3 זוגות מתגרשים כאשר צד אחד אינו רוצה להיות פעיל בחייו של הילד או הילדה. לנוכח עובדה זו, כאשר קמה קהילה גאה ומבקשת להיות חלק פעיל בחיי הילדים איני רואה סיבה מדוע לא לאפשר זכות קיום בסיסית ודאגה לילדים שהקהילה הגאה רוצה. איני מאמינה ואף בהלם שבעידן כיום זכויות אלו לא מתקיימות באופן שוויוני ללא הבדל דת, גזע או מין כפי שנוסדו במגילת העצמאות כ"ט בנובמבר 1948.

אחד התומכים בסברה זו במשפט כיום:^{37 38} **חוק שוויון זכויות האישה** מ-1951 נותן תוקף מפורש לכל הוראה "המגינה על אישה באשר היא אישה". כך גם נקבע בבית משפט העליון של מדינת ישראל בשנת 1951. גיבוש הגישה הזו בשנת 1951 קדם להכרה במוסדות בינלאומיים ובמוסדות משפטיים בחוץ לארץ, כשיש הגנות פטרנליסטיות העלולות דווקא לפגוע בנשים ולא לקדמן, ושיש להבחין בין הגנה פטרנליסטית לבין אמצעים התורמים לקידומן של נשים. לעומת זאת, על רקע מודעות חדשה זו נחקק בשנת **1988**³⁹ **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה**. בחוק זה נקבע כי מתן "זכויות יתר" לאישה לא ייחשב אפליה. יש לקוות כי הכוונה הייתה לאפשר תכניות המקדמות נשים- כלומר חתירה לשוויון סוציו-דינאמי. יחד עם זאת, הביטוי המופיע בחוק "זכויות יתר"- אינו ביטוי מוצלח. הרי המושג של שוויון סוציו-דינמי מבטא את הצורך בתיקון פער הקיפוח של

³⁷ האגודה לזכויות האדם והאזרח בישראל- זכויות האדם והאזרח בישראל- מקראה (עמודים 100-90) כרך ג'
³⁸ חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951
³⁹ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988

נשים ואת הצורך לפצות אותן על חוסר הזדמנות שווה למעשה- אין בו משום הענקת תוספת זכויות לאוכלוסייה שכבר השיגה, כביכול, זכויות שוות".

אחד התומכים בסברה במשפט העברי:⁴⁰ "בצדק תשפוט עמיתך המשמעות האחת של עשיית צדק במשפט עניינה בדרך השיפוט ובאופן הפעלת החוק. דוגמה לכך נמצא בפסוק "בצדק תשפוט עמיתך", שהימנו למדו חכמים: "שלא יהא אחד ישוב ואחד עומד, אחד מדבר כל צרכו ואחד אומר לו- קצר דבריך". רבינו משה בר' מימון מסכם משמעות זו של משפט צדק בדברים הבאים: "מצות עשה לשפוט השופט בצדק, שנאמר: בצד תשפוט עמיתך, אי זהו צדק המשפט? זו השוית שני בעלי דינין בכל דבר. לא יהא אחד מדבר כל צרכו, ואחד אומר לו קצר דברים. ולא יסביר פנים לאחד וידבר לו רכות וירע פניו לאחר וידבר לו קשות. שני בעלי דינין שהיה אחד מהם מלובש בגדים יקרים והשני לובש בגדים בזויין- אומר למכובד: או הלבישהו כמותך עד שתדון עמו, או לבוש כמותו עד שתהיו שוין, אחר כך תעמדו בדין. לא יהיה אחד יושב ואחד עומד אלא שניהם עומדים; ואם רצו בית דין להושיב את שניהם- מושיבין. ולא ישב אחד למעלה ואחד למטה, אלא זה בצד זה". ולהלן מביא הרמב"ם הלכה נוספת, הכלולה אף היא במשמעות זו של עשיית צדק: "אוסר לדיין לדון למי שהוא אוהבו, אף על פי שאינו שושבינו ולא רעו אשר כנפשו; ולא למי ששונאו אף על פי שאינו אויב לו ולא מבקש רעתו. אלא צריך שיהיו שני בעלי דינים שוין בעיני הדיינים ולבם. ואם לא היה מכיר את אחד מהם ולא מעשיו- אין לך דיין צדק כמוהו". צדק זה עניינו בדרך השיפוט, באופן הפעלת החוק; והדוגמה הקלסית לשיפוט צודק במובן זה הוא- ככותרת המופיעה בראש סימן יז שבשלחן ערוך- "להשוות הבעלי דינין בכל דבר"; הצדק במשמעות זו מטרתו לשלול כל הפליה, discrimination, ודיין צדק הוא הדיין שיחסו לכל אחד מבעלי הדין שווה באותה מידה."

מאידך גיסא: יש מקרים בהם המדינה לא תרצה לתת שוויון מלא לשני המינים, מכיוון שהוא יכול לסכן את אחד המינים. למשל, נשים לא תמיד יקבלו שוויון מלא בגיוס לתפקידים שונים בצה"ל, מפני שתפקידים קרביים יכולים לסכן אותן ואת הסיכוי שלהן להביא ילדים לעולם. לכן, יהיו פעמים בהם לא ארצה לתת שוויון מלא לשני המינים בצורה שתסכן אחד מהם ולא את השני. רובד נוסף הוא אי מתן זכויות שוות לקהילה הגאה בשל אספקט הלכתי מדיני. ערה אני לעובדה

⁴⁰ מנחם אלון- המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (1988) כרך א'

שהליכי נישואים וגירושים⁴¹ ליהודים מתנהלים בבית דין רבני⁴², ובית דין רבני אינו מותר אפשרות של נישואין או גירושין לקהילה הגאה. לפי היהדות, יהודי נחשב אותו אדם אשר אימו יהודיה כאשר האב אינו חייב להיות יהודי. בהינתן אפשרות לקהילה הגאה לקיום זכויות בסיסיות של אבהות עלולה להיווצר בעיה מבחינה הלכתית של בית דין הרבני. כמוכן שידוע שמדינת ישראל מושתתת על ערכים יהודיים הלכתיים ואי לכך ובהתאם לאמור לעיל בית דין הרבני עלול להתנגד למתן זכויות לקהילה הגאה.

אחד התומכים בסברה זו במשפט כיום:⁴³ "במסגרת הצבא קיימת קשת רחבה של הגנות מיוחדות לנשים: שירות סדיר קצר יותר; ביטול השירות ומילואים במקרה של נישואין או לידה. בחלקן, נובעות הגנות אלה משכנוע עמוק כי נשים אינן יכולות למלא את התפקיד המרכזי בצבא, כלומר לחימה, ולפיכך אפשר לוותר על שירות שווה של נשים וגברים. הגנות אלה קיבלו גושפנקה בבית המשפט העליון בשנת 1951". "באמנת האו"ם משנת 1980- האמנה לחיסול כל צורות האפליה כנגד נשים⁴⁴ - נקבע, בהתאם לגישה השנייה, כי האמצעים המיועדים להקטנת הקיפוח של נשים לא ייחשבו אפליה, אף אם יש לפיהם טיפול שונה בגברים ובנשים. גישה זו באה לידי ביטוי גם בצ'רטר הקנדי של זכויות וחירויות יסוד⁴⁵ משנת 1982, המהווה חלק אינטגרלי מהחוקה הקנדית. הצ'רטר מבטיח לכל יחיד הנאה שווה מכל הטבה ע"פ החוק, ללא אפליה. יחד עם זאת, מכיר הצ'רטר בחוקיותם של חוקים, תכניות או פעילויות שמטרתן לשפר את התנאים של יחידים או קבוצות מקופחות. הצ'רטר מכנה תכניות אלה affirmative action programmes, ואנו נשתמש בביטוי "העדפה מתקנת" כתרגום של מושג זה. קיפוח בשל מין מוכר, בין היתר, כמצדיק הפעלת תכניות של העדפה מתקנת. גם בבית משפט העליון בארה"ב ניתנה גושפנקה לתכניות של העדפה מתקנת עבור נשים. בשנת 1987 פסק בית המשפט העליון בארה"ב כי תכניות של מעביד לקדם נשים לתפקידים בהן לא שירתו בעבר איננה בגדר אפליה. זו אף אם העדיף המעביד עובדת אישה על פני עובד גבר אשר השיג בראיונות אישיים ציונים מעט גבוהים יותר מן האישה".

אחד התומכים בסברה זו במשפט העברי: סברה זו במשפט העברי תומכת בגישתי מאידך גיסא כמוון שפשרה עתידה לסיים את הוויכוח של האי השוויון ובכך להכריע לטובת הצדדים

⁴¹ חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953

⁴² חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953

⁴³ זכויות האדם והאזרח בישראל- מקראה (האגודה לזכויות האזרח בישראל)(עמוד 100-90) כך ג

⁴⁴ אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, 18 בדצמבר 1991

⁴⁵ פסקת ההתגברות: המודל הקנדי, 1982

המוחלשים שזכויותיהם עתידות להיות מקופחות.⁴⁶ "נזכיר, בקיצור נמרץ, שתי גישות יסוד שונות. השיטה אחת, המצויה בפירושיהם של ר' מאיר הלוי אבולעאפיה והמאירי היא, שבמקרה שהנסיבות אינן שוות הרי מצד שורת הדין "מי שטירחו מועט מחבירו (=מבחינת המרחק), ונוח לו להתעכב יתר מחבירו (=היינו שאינו טעון), הוא נדחה מפני חבירו". אך כאשר הנסיבות שוות, יש לרדוף אחר הפשרה. מה טיבה של פשרה זו? אצל מפרשים אחדים אין כל דיון במהותה של הפשרה אלא בתוצאה לבד, היינו שאותו שנקבע- כתוצאה מהפשרה- שיעבור תחילה מעלה שכר לשכנגדו. הפשרה עצמה שייכת לאותם דברים "שאינן מדת הדין שולטת בהם ואתה צריך לחזור בהם אחר מה שראוי יותר להכריע את האחד למה שאין מדת הדין מחייבתו, דרך פשרה ומדה מעולה", אם כי גם בפשרה יש סממן של הכרעה, ואין היא תלויה אך ורק ברצונם הטוב של בעלי הדין, "והמרבה בשכר- הוא עור תחילה".

4. ⁴⁷האם ראוי שתהיה אפליה בגיוס לצה"ל?

מחד גיסא: חלק מן התפקידים בצה"ל ובפרט התפקידים הקרביים יכולים לסכן נשים ולגרום לפגיעה קשה יותר מאשר אצל גברים. למשל, פגיעות מסוימות יכולות למנוע מנשים להביא ילדים לעולם, דבר שאין לו סיכון כל כך גבוה אצל גברים. נשים ביולוגית מולידות ילדים, ברגע שאנו מסכנים חיי אישה אנו בעצם בזאת מונעים התפתחות אבולוציונית ושיעור ילודה גבוה במידה והיא תיהרג בתפקידה בצה"ל. לעתים, מתקיימים מקרים בהם אולי ישנו צורך בחשיבה נוספת האם לגייס נשים ליחידות קרביות בצה"ל אשר מסכנות את חייהן ומונעות עלייה דמוגרפית במידה והן תהרגנה. אפרט בהמשך על ⁴⁸בג"ץ אליס מילר.

אחד התומכים בסברה זו במשפט כיום: חוק שירות ביטחון (נוסח משולב), תשמ"ו 1986, מטיל חובת שירות בצה"ל על מי שהוא אזרח המדינה או תושב קבוע בה (בגילים מסוימים). הלכה למעשה קיימות שלוש קבוצות אוכלוסייה, שאינן מקיימות את החובה האמורה, כך שהן פטורות מחובת השירות, בהיסתמך על קריטריונים המעוררים מחלוקת: בנות דתיות הללו פטורות מחובת השירות מכוח ⁴⁹סעיף 39 (ג) ו⁵⁰סעיף- 40 לחוק. ⁵¹סעיף 39 (ג) קובע, ש"יוצא צבא, אישה, שהוכיחה

⁴⁶ מנחם אלון- המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (1988) כרך א'

⁴⁷ האגודה לזכויות האזרח בישראל, זכויות האדם והאזרח בישראל- מקראה (עמוד 160) כרך ג'

⁴⁸ אליס מילר נגד מדינת ישראל, 4541/94

⁴⁹ פטור משירות על פי דין [30] (תיקון מס' 3) תשמ"ט-1989

⁵⁰ פטור מטעמי הכרה דתית [א30] (תיקון מס' 18) תשע"ב-2012

באופן שנקבע בתקנות לרשות על פיהן, כי תאמין שבמצפון או תאמין שבהווי משפחתי דתי מונעים אותה מלשרת בשירות הביטחון, פטורה מחובת אותו שירות". ולפי ⁵²סעיף 40 לחוק- "מיועדות לשירות ביטחון שהצהירה בכתב...לפני שופט או דיין בבית דין רבני, שלושה אלה: 1. תאמין שבהכרה דתית מונעים אותה מלשרת בשירות ביטחון; 2. היא שומרת על כשרות בבית ומחוצה לו; 3. היא אינה נוסעת בשבת- תהא פטורה מחובת שירות ביטחון לאחר שתמסור את הטפסים, באופן ובמועד שיקבעו בתקנות, לפוקד שהוסמך לכך". "בת, הפטורה מחובת שירות ביטחון בהתאם ⁵³לסעיף 39 (ג) הנ"ל, חייבת בחובת שירות לאומי, כאמור ב⁵⁴חוק שירות לאומי, תשי"ג 1953. הלכה למעשה חוק זה אינו נאכף ע"י רשויות המדינה, ובנות הזכות לפטור משירות ביטחון אינן מחייבות בשירות לאומי (ביכולתן, כמובן, להתנדב לשירות). יש לשים לב לכך שסעיף 39 (ג) לחוק מתייחס לפטור משירות מטעמי דת או מצפון. אין הצדקה לכך שיוכר רק באשר לבנות ולא באשר לבנים יוצאי צבא (ראו להלן ההתייחסות לפטור הניתן לתלמידי ישיבות)."

אחד התומכים בסברה זו במשפט העברי: ⁵⁵"פירוש של דבר; אצל שומר שכר נאמר באותה פרשה, שהוא פטור במקרה של "ומת או נשבר או נשבה"; ואצל שואל נאמר שהוא חייב במקרה "ונשר או מת". לכן לומדים גזרה שווה; מאחר שגם אצל שומר שכר וגם אצל השואל מופיע אותו מושג "ונשבר או מת", הרינו מסיקים, שכשם שאצל שומר שכר מהווה המקרה של שבוייה חלק של המושג "ונשבר או מת"- כי כך כתוב שם בפירוש בתורה- כך גם אצל השואל, אף על-פי שאצלו לא נזכרה שבוייה, הריהי מהווה חלק של היחידה "ונשבר או מת" הנאמר אצלו. לשון אחרת: אצל השואל קיצרה התורה בלשונה והביאה רק "ונשבר או מת", בהסתמכה על הפירוש המצוי אצל שומר שכר, הכולל גם שבוייה".

מאידך גיסא: במדינה דמוקרטית צריך להיות שוויון מלא בין נשים לגברים, גם מבחינת גיוס לצה"ל. על פי מגילת העצמאות: "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". לפי המסמך שעליו חוקי המדינה מושתתים, יש לתת יחס שווה בין נשים וגברים גם בגיוס לצה"ל. הזכות לחירות קובעת כי לכל אדם יש את החופש לפעול כפי רצונו, כלומר בגיוס לצה"ל כן ראוי שיגייסו נשים, אם הן רוצות בכך. ערה אני למקרה ⁵⁶בג"ץ 4541/94 אליס מילר נגד

⁵¹ פטור משירות על פי דין [30] (תיקון מס' 3) תשמ"ט-1989

⁵² פטור מטעמי הכרה דתית [30א] (תיקון מס' 18) תשע"ב-2012

⁵³ פטור משירות על פי דין [30] (תיקון מס' 3) תשמ"ט-1989

⁵⁴ חוק שירות לאומי, תשי"ג

⁵⁵ מנחם אלון- המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (1988) כרך א' (עמוד 296)

⁵⁶ בג"ץ אליס מילר נגד שר הביטחון, ראש המטה הכללי צה"ל, ראש אכ"א צה"ל, קצינת ח"ן ראשית צה"ל, 4541/94

שר הביטחון ואחרים בו טענתה העותרת כי המדינה הפוסלת מראש קבלה של נשים לקורס טיס נהגת באפליה על רקע מגדרי ומפרה את זכות היסוד לשוויון בין המינים. אחד הביטויים של אפליה זו היא שלילת ההזדמנות של העותרת לשירות בצבא כטייסת ותרומתה לביטחון המדינה. עתירתה של מילר לבג"ץ ניתנה בשנת 1995 ובזכותה נשים כיום יכולות להתגייס לחלק רב של תפקידי לחימה שלפני הבג"ץ לא ניתנו כלל לנשים ונמנע מהן שוויון זכויות.

אחד התומכים בסברה זו כיום:⁵⁷ "לטענת העותרת, עמדת המשיבים המבוססת על מדיניות לפסילה טוטאלית של נשים למקצוע הטיס, היא מדיניות מפלה המפרה את זכות היסוד לשוויון בין המינים. לפי הטענה, קבלתם של גברים לקורס טיס נבחנת, בנתון לצורכי הצבא, על-פי נתוניהם וכישוריהם של המועמדים. חייל המתנדב לצוות אוויר, הממלא אחר נתוני-סף קבועים, מופנה למבדקי התאמה. אם יימצא מתאים, יתקבל לקורס טיס. אך מנשים נשללות ההזדמנות והזכות על הסף, בשל היותן נשים. עוד טוענת העותרת, בין היתר, כי המדיניות הנקוטה בידי המשיבים חוסמת בפני הנשים בצה"ל את הסיכוי להתקדם לעבר תפקידים בכירים, במסגרת חיל האוויר ובמסגרת הצבא בכלל. ולא זו בלבד: בכך ששוללים מן העותרת הזדמנות שווה לשרת כטייסת בחיל האוויר, שוללים ממנה בפועל גם את ההזדמנות השווה לעבוד ולמצות את כישוריה כטייסת אזרחית."

אחד התומכים בסברה זו במשפט העברי:⁵⁸ "וכך מביע הריטב"א בשם רבו את כלל השוויון: "וכן היה אומר מורי הרב ז"ל: דכל תקנה שרוב הציבור, והוא החשוב במנין ובחכמה, הסכימו בה, אף על פי שהמיעוט עומד וצווחין (=מתנגדים), הרי בגזרה ההיא תקנה לציבור, מתקנין כן על הכל בשווה". תקנה, שהסכים לה הרוב, תחייב את כל הציבור אם נתקיימו שני תנאים: ראשית, שיש בה משום תקנה, תיקון ולא קלקול, לציבור; ושנית, שחלה היא על הכל ובאופן שווה. עקרון השוויון אין פירושו, כמובן, שכל תקנה חלה ונוגעת תמיד לכל אחד ואחד מבני הקהל. הרי לעתים קרובות אין בהוראה מסוימת כל עניי שהוא לחלק מן הקהל, המונח "שוויון" צריך אפוא להתפרש בדרך סבירה על פי הנסיבות המיוחדות של כל עניין".

סיכום:

⁵⁷ בג"צ אליס מילר נגד שר הביטחון, ראש המטה הכללי צה"ל, ראש אכ"א צה"ל, קצינת ח"ן ראשית צה"ל, 4541/94 מנחם אלון- המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (1988) כרך א' (עמודים 624-625)

סבורני כי תפקיד הממונה על תלונות הציבור הוא אחד החשובים במדינה. תפקיד זה נותן גם לאזרח הפשוט אפשרות להתלונן על מקרים המפריעים לו ביישובו, כך שגם קולו נשמע בקרב הבכירים במדינה. הנני סבורה כי לממונה על תלונות הציבור לא ראוי שיהיה תפקיד נוסף אשר יפריע לו במלאכתו על מנת שכל תשומת ליבו תהיה נתונה לתלונות הציבור ולשיפורן, יתרה מזאת ראוי שלממונה על תלונות הציבור לא יהיה תפקיד נוסף כדי שלא יהיה ניגוד עניינים בין תפקידו הנוכחי לבין תפקידו הנוסף, תכלית תפקידו כנבחר ציבור.⁵⁹ להבדיל תפקיד נוסף שימלא כדי לשמור שלא יהיה ניגוד אינטרסים ועל הזכות לשוויון.

מחד גיסא, זכויות השוויון אומרות שצריך להתנהג לכל אזרחי המדינה/השוהים במדינה בצורה שוויונית. לאור מגילת העצמאות: "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". מאידך גיסא, קידום זכויות השוויון יכולות ליצור פגיעה במדינה ובקדושת החיים. לכן ראוי שהאצבע לא תהיה קלה על ההדק כאשר מדובר בפגיעה מסוג זה. יש להתייחס לפגיעה זו רק במקרים חריגים כאשר אין אפשרות אחרת וישנה סכנה ממשית ליבטחון הציבור.

ע"פ הזכות לשוויון ומגילת העצמאות, יש לקיים שוויון מלא ללא הבדל דת, גזע או מין, כך שלא ניתן להפלות בן אדם בגין נטייתו המינית. אין זה נכון בעידן כיום למדינתנו הנאורה שאנו ניווכח במצב שבו אנו לא מקיימים שוויון זכויות בגין נטייה מינית. אנחנו כיום לא נמצאים בעידן של סוף שנות ה-70 ותחילת שנות ה-80 כאשר בשל נטייתו המינית של האדם הוא, היא היו מוכנסים למעצר כיוון שזו הייתה נחשבת לעבירה. האנושות מאז אותה תקופה חשוכה התקדמה צעד קדימה לשוויון זכויות לכבוד האדם וחירותו, לחופש האדם והעיסוק.⁶⁰ אומנם אצלנו חוקים אלו נחקקו ב-1992 ו-1994 אך בארה"ב חוקים אלה נחקקו כבר בראשית שנות ה-70. ידוע לי שאנחנו בפער של כ-20 שנה מארה"ב מהבחינה של קידום זכויות האדם. אך כיוון שכבר אנחנו כה התקדמנו כבר איני מבינה מדוע מה שנדמה לי כבסיסי עדיין אין זה כך. צר לי על העובדה שטרם מתקיימות זכויות שוויוניות לקיום בסיסי של תא משפחתי. סבורני שהמדינה לא צריכה להתערב בחיי הפרט במידה כה רבה ולהקנות זכויות לקיום תא משפחתי. בקהילה הגאה ישנם יהודים ויהודיות אשר שירתו בצה"ל, משלמים מיסים, מתפרנסים בכבוד ועדיין עושים מילואים בכדי להגן על קדושת החיים

⁵⁹ פקודת הנויקין [נוסח חדש] תתשכ"ח-1968 ס"ח 7.
⁶⁰ חוק-יסוד: חופש העיסוק ס"ח תשנ"ד מס' 1454

במדינת ישראל. האם יש בכלל מקום לשאלה של תא משפחתי? האם זה לא צריך להוות כזכות בסיסית? ידוע לי שכן, אך טרם זה קורה ואיני מבינה מדוע.

עתירתה של מילר לבג"ץ הוגשה בשנת 1995, לפני 23 שנים. אין זה נכון כיום לנהוג באותה צורה בה נהגו לפני למעלה מ-20 שנה, במיוחד לאור בג"ץ אליס מילר והחלטת בית המשפט לאשר גיוס נשים לתפקידים קרביים בצה"ל: ציטוט מבג"צ⁶¹: (אליבא דשופטת ט' שטרסברג-כהן): (1) אי-גיוס נשים לטיס פוגע בעקרון השוויון בין המינים. הקושי הוא כך שאין זה העיקרון היחיד העומד על הפרק. על המדוכה ניצבים זה מול זה שני ערכים מתנגשים: האחד, השוויון; השני, ביטחון הציבור כפועל יוצא מצורכי הצבא (123ד). (2) בהתנגשות בין שני ערכים יש ליתן לערכים המתנגשים את משקלם הראוי ולאזן ביניהם – יש שהתנגשות כזו מתרחשת בין ערכים שווים במעמדם ויש שהיא קורית בין ערכים בלתי שווים, כשאחד מהם ולה בחשיבותו ובעדיפותו על משנהו (123ד-ה). " למרות שישנם עדיין תפקידים קרביים אליהם נשים לא מורשות להתגייס, המדינה נמצאת בהתקדמות מאז הפרשה, ואיני חושבת שיש מקום לאפליה בצבא במדינה נאורה כמו ישראל שבה קיימת מגילת העצמאות אשר מקדמת שוויון זכויות ללא הבדל דת, גזע או מין.

⁶¹ בג"צ אליס מילר מס' 4541/94

ביבליוגרפיה

חקיקה

חוק-יסוד : הכנסת

חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו

חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951

חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953

חוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965

פקודת הנזיקין (נוסח משולב), תתשכ"ח-1968

חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981

חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988

חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-

2000

חוק הרשויות המקומיות (ממונה על תלונות הציבור), תשס"ח-2008

חוק שירות המילואים, תשס"ח-2008

פסיקה

בג"צ אליס מילר נגד שר הביטחון, ראש המטה הכללי צה"ל, ראש אכ"א צה"ל, קצינת ח"ן ראשית

צה"ל, 4541/94

ספרות מחקר - ספרים

יורם רבין ויובל שני - זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל חובתה של המדינה לספק

צרכים בסיסיים : מ"שיח של זכויות" ל"תיאוריה של מימון ציבור" (2004)

זכויות האדם והאזרח בישראל - מקראה, האגודה לזכויות האזרח בישראל, כרך ג'

משפט עברי - ספרים

מנחם אלון - המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א' (1988)

משפט עברי - ספרות הפסיקה

ר' מאיר הלוי אבולעאפיה

המאירי

הריטב"א

המהר"ם מרוטנבורג

חכמי מגנצא

הרמב"ן