

שירות נשים במקצועות לחימה ושוויון בחלוקת הנטל בעקבות בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון¹

פרופ' דניאל פרידמן*

העותרת היא בעלת רשיון טיס שניתן לה בדרום אפריקה. היא גויסה לצה"ל במסגרת העתודה האקדמית, ולאחר שהשלימה את לימודיה בטכניון בהנדסת אווירונאוטיקה, התייצבה לשירות פעיל ועברה קורס קצינות. עוד קודם לסיום לימודיה, ביקשה העותרת לזמנה למבדקי התאמה לקורס טיס, אך בקשתה נדחתה, ונאמר לה שעל פי הוראות הפיקוד העליון אין לשבץ נשים ב"מקצועות לחימה". העותרת טענה כי עמדת הצבא פוגעת בעקרון השוויון. כמו כן צוין כי הדבר גורר פגיעה בסיכויי התעסוקה בשוק האזרחי, שכן קבלת משרה של טייס בחברת אל-על מותנית, למעשה, בשירות הטייס בחיל האוויר. יתר על כן מסתבר שבצבאותיהן של מדינות אחרות שולבו בהצלחה נשים במקצועות טיס, וכי גם בצה"ל שירתו בעבר טייסות אחדות.

תשובת שלטונות הצבא התבססה על שני נימוקים עיקריים: האחד היה ששילובן של נשים בתפקידי לחימה מעורר "שאלה חברתית, תרבותית וערכית". הנימוק השני התבסס על טעמים תכנוניים הנעוצים בכך ששירות הנשים בסדיר ובמילואים קצר יותר משירות הגברים.

הנימוק הראשון ירד, למעשה, מן הפרק. אשר לנימוק השני, הרי הוא הושתת על כך שתקופת שירות החובה לגברים היא שלוש שנים ולנשים שנתיים. שירות המילואים של גברים הוא עד גיל 54 ואילו של נשים הוא רק עד גיל 38². כמו כן, נשים בהריון ואמהות פטורות משירות מילואים. עם זאת, קיימת אפשרות להתנדב לשירות סדיר וכן לשירות מילואים. העותרת הייתה מוכנה לכך, ובדרך זו לבטל למעשה את הפער בדבר אורך תקופת השירות בין גברים לנשים שנקבע בחוק. אולם

* הדיקאן היוצא של בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל; פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת הל-אביב.

1 פ"ד מט(4) 94 (להלן: עניין מילר).

2 אולם מאז קוצרה תקופת שירות המילואים של גברים. ראו חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 9), התשנ"ח – 1997, ס"ח 36.

נכונות זו לא השביעה את רצונם של שלטונות הצבא. אלה הצביעו על האפשרות שאישה לא תוכל לשרת פרקי זמן עקב הריון ולידה, וכן ציינו שגם אם העותרת תתנדב לשירות מילואים, מתיר לה החוק לחזור בה מהתחייבות זו.

בית המשפט העליון החליט ברוב דעות (השופטים א' מצא, ט' שטרסברג-כהן וד' דורנר כנגד דעתם של השופטים י' קדמי וצ' א' טל) לדחות את עמדתם של שלטונות הצבא וליתן צו החלטי המחייבם לזמן את העותרת למבדקי טיס.

אציין כבר בשלב זה, כי בעיני דעת הרוב (השופטים א' מצא, ט' שטרסברג-כהן וד' דורנר) עדיפה. השופט מצא הצביע על כך שלא כל שוני בין בני אדם מצדיק הבחנה ביניהם, ואם ההבחנה איננה מותרת הרי היא בגדר הפליה פסולה. חוק שירות הביטחון קובע אמנם תקופות שירות שונות לגברים ונשים, אך אין בו דבר המחייב "פסילה טוטאלית של נשים, בשל מינן, למילוי תפקיד כלשהו בצבא"³. קיימת אמנם אפשרות שחיילת תיפסל בגלל מינה לתפקיד מסוים, אם אכן מינה של החיילת יוצר שוני רלוונטי לתפקיד זה, אולם אין יסוד לפסילה לתפקידי טיס.

עובדה היא שנשים משובצות בהצלחה בתפקידי טיס בחילות האוויר של מדינות אחרות. יתר על כן, מסתבר שהשאלה שבה ונבחנה בארה"ב בעקבות לקחי מלחמת המפרץ. ועדה שפסקה בנושא המליצה, ברוב של שמונה כנגד שבעה, שלא לאפשר לנשים להשתתף בטיס קרבי (להבדיל ממשימות טיס אחרות), אך שר ההגנה האמריקאי אימץ דווקא את דעת המיעוט והחליט לאפשר שיתופן של טייסות במשימות קרב.

השופט ט' שטרסברג-כהן ציינה כי ביטחון המדינה איננו מילת קסם, כי לא קיימת אפשרות סבירה שהחלת עקרון השוויון תגרום פגיעה ממשית בביטחון וכי קיים סיכוי סביר שלא ייגרם כל נזק. יתר על כן, עקרון המידתיות מחייב שאם אין מנוס מפגיעה בזכות יסוד (בענייננו, הזכות לשוויון) יש להבטיח שהפגיעה לא תעלה על הנדרש.

פסק דינה של השופטת ד' דורנר סוקר את סוגיית ההפליה על רקע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. צוין כי הנטל להוכיח שההתייחסות המפלה היא מוצדקת רובץ על הרשות⁴. השונות בין גברים לנשים איננה מצדיקה הפליה אוטומטית בין המינים. מנגד, אין לאמץ את המודל של "עיוורון למין", מכיוון שהשונות בין המינים עשויה לחייב התחשבות או התאמה שתיעשנה על יסוד עקרון המידתיות; אך אין בכוחה של השונות הקיימת כדי להצדיק את ההפליה שהנהיגו שלטונות הצבא בנוגע לגיוס לתפקידי טיס.

לקראת סוף פסק דינה הצביעה השופטת דורנר על כך שהפליה פוגעת לא רק בקבוצה המופלית לרעה, אלא בחברה כולה. בענייננו, שוללת מדיניות צה"ל את האפשרות להפיק את מלוא התועלת מהקבוצה המהווה כמחצית האוכלוסייה.

3 עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 111.

4 שם, בע' 135-136.

הצו על תנאי הפך אפוא, החלטי.

הערות

1. פסק דינם של שופטי הרוב בעניין מילר הוא, בעיני, אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שניתנו בשנים האחרונות על ידי בג"צ. השלכותיו על השירות בצה"ל ועל החברה הישראלית עשויות להיות מרחיקות לכת. אולם על מנת שפסק דין זה יטביע את החותם הראוי, נדרש שהצבא, ובעיקר הרשויות האזרחיות המפקחות על מערכת הביטחון, יישמו את מסקנותיו על כל הנובע מהן.

2. בהקשר לפסק דין זה ראוי לאזכר את פסק הדין בבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון², שעסק בדחיית שירותם של תלמידי ישיבות, ואשר בו נדחתה העתירה. שני פסקי הדין עוסקים באותה סוגיה, אך הם עוסקים בה "כיוונים הפוכים". השאלה שניצבה במרכזם של שני פסקי הדין כרוכה במדיניות כוח האדם הנלווה הנוהגת בצה"ל מזה שנים רבות.

מבחינת ניהול כוח האדם בצה"ל מתעוררת שאלת הבחירה בין שתי אפשרויות בסיסיות:

(א) חלוקת הנטל בצורה שוויונית ככל האפשר, באופן שהנטל יוטל על כל המסוגלים לשאת בו. במקרה כזה ניתן לצפות שהנטל לא יהיה כבד יתר על המידה, שכן הוא מתחלק בין ציבור רחב.

(ב) הטלת עיקר הנטל על חלק בלבד מהקבוצה המסוגלת לשאת בו. אין צריך לומר שבגדר אפשרות זו צפוי שעיקר הנטל יוטל על קבוצה מצומצמת, שעה שהיתר ישוחררו מן הנטל או שיידרשו לשאת בחלק פעוט ממנו.

בחירה זו, בין שתי האפשרויות שתוארו, מציבה שאלה טיפוסית בענייני מס: היש להטיל מס נמוך יותר על ציבור גדול (בסיס מס רחב) או מס גבוה על קבוצה מצומצמת (בסיס מס צר)? אין צריך לומר שהאפשרות הראשונה, כלומר הטלת מס נמוך על בסיס רחב, היא הגיונית וצודקת יותר מאשר האפשרות השנייה, המחייבת הטלת מס גבוה על קבוצה קטנה יותר. למרות זאת, עדים אנו לא אחת לכך שהשלטון בוחר דווקא באפשרות השנייה. בלשון כללית אציין שהטעם לכך הוא זה: האפשרות הראשונה היא לרוב פחות נוחה בטווח הקצר, אך יעילה ומוצלחת יותר בטווח הארוך. לעומת זאת, האפשרות השנייה היא לרוב נוחה יותר בטווח הקצר, אך הרסנית בטווח הארוך. האפשרות הראשונה (הטלת מס על בסיס רחב) מחייבת התמודדות עם קבוצות, לעתים לא גדולות (לפחות בשלב הראשון), בעלות עוצמה, המנסות להשתמש מהמס. כמו כן היא מחייבת גבייה מקבוצות שהליכי הגבייה מהן אינם נוחים ופעמים קשים וסבוכים. זהו אפוא הקושי בטווח הקצר, שמציבה האפשרות הראשונה, שהיא בעיני הצודקת והיעילה.

האפשרות השנייה נוחה יותר בטווח הקצר. היא מושתתת על גבייה מאלה שאין קושי לגבות מהם, כאשר במקרים רבים מדובר באנשים שאינם מתנגדים למס ואולי אף מכירים בערכו ובצורך לשאת בו. בכך גם נחסך הקושי הכרוך בחיכוך עם אלה המתנגדים למס או עם אלה שמהם הגבייה קשה. אולם כאמור, בטווח הארוך האפשרות השנייה היא הרסנית, ובחירה קיצונית בה סופה שתמוטט את השיטה כולה.

הגורם לכך הוא ברור. אפשרות זו מושתתת על הפליה. הנטל על הקבוצה הנושאת בו הוא, מטבע הדברים, כבד. במשך הזמן מנסות קבוצות נוספות להצטרף לקבוצה הפטורה. זו גדלה, ואילו הנטל על הנותרים נעשה כבד יותר ויותר. בנסיבות אלה קורה לא אחת, שאלה הנושאים בעול יחלו להתקומם עד שאי-הצדק שבשיטה יביא לקריסתה.

3. ככל הנוגע לשירות בצה"ל ניתן להצביע על מספר "צמתים" קריטיים. האחד, לאחר מלחמת ששת הימים. השני, כעבור כעשר שנים, לאחר כריתת חוזה השלום עם מצרים. השלישי, עם הגידול העצום במחזורי הגיוס שהחל שנים אחדות לאחר מכן. בשנת 1967, לאחר מלחמת ששת הימים, הוחלט על הארכת שירות החובה לגברים משנתיים וחצי לשלוש שנים. להארכה זו נלוותה שורה של הארכות נוספות של שירות החובה בדרכי עקיפין (התניית שורה של תפקידים בחתימה לשירות קבע, שירות חובה בהתנדבות, קורסים קדם צבאיים וכו') ושל שירות המילואים. ההוראות שבחוק שירות ביטחון בדבר אורך השירות (שהיה שנתיים וחצי שירות חובה לגברים ועד ארבעים יום מילואים בשנה) איבדו את הקשר למציאות, ובסופו של דבר תוקן בשנת 1995 חוק שירות ביטחון והוארך שירות החובה לגברים לשלוש שנים⁶. בד בבד גדל הפער, כלומר ההפליה, בין הגברים שנקראו לשירות מתארך והולך, לבין אלה שאינם משרתים כלל (כיניהם תלמידי ישיבות הנהנים מדחיית שירות, המסתיימת לא פעם בפטור מלא). כן גדלו הפער וההפליה בין גברים לנשים, שמשך שירות החובה (ושירות המילואים) שלהן לא הוארך, ובפועל אף קוצר (צה"ל נוהג לשחרר בנות משירות חובה לאחר כעשרים ושניים חודשי שירות, כלומר פחות מן השנתיים הקבועות בחוק).

התופעות שגלו לכך הן תופעות אופייניות למיסוי מפלה. ככל שמחריפה ההפליה כן גדלה הנטייה לנטוש את ציבור החייבים במס ולהצטרף לבעלי הפריבילגיה הפטורים ממנו. כך צמח בקצב מדהים מספרם של בני הישיבות הפטורים, למעשה, משירות צבאי (עקרונית מדובר אמנם בדחיית שירות בלבד).

4. הסוגיה של דחיית שירותם של תלמידי ישיבות משירות בצה"ל עמדה במרכז פסק הדין בעניין רסלר, כאשר העותרים טענו שדחיית שירותם של תלמידי ישיבות גוררת הארכת שירות המילואים של היתר. פסק הדין מפרט את ההשתלשלות בעניין תלמידי הישיבות וכיצד בוטלה, מאז שנת 1977, המכסה המקסימלית של

בני ישיבות שלהם ניתנת דחיית שירות (בשעתו עמדה מכסה זו על שמונה מאות איש לשנה). בית המשפט הכיר בזכות העמידה של העותרים, אך נמנע מלהתערב בהחלטת שר הביטחון. עם זאת, השמיע הנשיא שמגר דברים לא קלים בעניין ההסדר הנוגע לתלמידי ישיבות, באומרו כי ההסדר "אמנם איננו בלתי חוקי, אך מן הבחינה העניינית הוא...בלתי מניח את הדעת..."⁷ (ההדגשה במקור). עוד ציין הנשיא שמגר כי לא ברור מתשובת הפרקליטות אם ניתנה הדעת לשאלות הבאות:

- (א) מהי המכסה השנתית הסבירה של דחויי גיוס...
- (ב) מהי ההשלכה המספרית על מתזורי הגיוס ועל אורך השירות הצבאי... בהקשר זה הוצע לבדוק את משמעות הגידול בהיקף הפטור...
- (ג) היש אמת מידה לבחירת המועמדים לדחייה והאם קבלת הדחייה היא כל כולה בשיקול דעת יוצא הצבא המחליט להעדיף לימוד תורה על שירות צבאי?
- (ד) מהן דרכי הפיקוח על אופן הפעלת ההסדר?
5. אסיים נושא זה בהערה, לפיה אני עצמי לא התרשמתי מהחומר שהגיע לידי עד היום, שהחלטות הדרג הפוליטי בעניין תלמידי הישיבות היו מנוגדות לעמדותיו של צה"ל או כי שלטונות הצבא דרשו בתוקף לגייס את תלמידי הישיבות ורק עמדתו החד-משמעית של הדרג האזרחי מנעה זאת. אין צריך לומר ששלטונות הצבא, כאשר הם חפצים בכך, יודעים לנהל מאבק על נושאים הנראים בעיניהם בעלי חשיבות ואף לפנות לאמצעי התקשורת. כך הם נוהגים בכל הנוגע לתקציב, וכך נהגו בכל הנוגע לאורך שירות חובה לגברים כאשר עמדו בתוקף על הארכתו משנתיים וחצי לשלוש שנים וכאשר סירבו לכל הצעה להחזיר את המצב לקדמותו (כלומר, שירות חובה של שנתיים וחצי). אני, לפחות, לא שמעתי שההסדר בעניין תלמידי הישיבות איננו לרוחם⁸.
- אם אכן כך הדבר, הרי לפנינו חלק מהתופעה הכללית שהצבעתי עליה, שלפיה הצבא, כגוף הגובה מס, מעדיף שלא להתמודד עם חייבים בעייתיים, ובמקום לפעול לגיוסם של תלמידי ישיבות (או לפחות לצמצם את ממדי דחיית השירות של תלמידים אלה), מעדיף להכביד את עול המס (היינו, להאריך את משך השירות) המוטל על האוכלוסייה שאיננה מסתייגת מנשיאה בעול. הנזק שמדיניות זו חייבת לגרום בטווח הארוך כנראה לא הובא בחשבון.
6. שירות הבנות מציג את היפוכה של בעיית תלמידי הישיבות. לא חסרות בנות בעלות מוטיבציה גבוהה, המוכנות ליטול על עצמן משימות קשות, כאשר

7 עניין רסלר, לעיל הערה 5, בע' 513.

8 לאחר הגשת הרשימה לרפוס פורסמו בעיתונות ידיעות כי הצבא מבקש לקבוע מכסה לדחיית שירות לתלמידי ישיבות. חוששני שהצבא נזכר בעניין באיחור רב לאחר שנגרם נזק כבד, שהיום לא קל להקנו.

הציפייה המוצדקת היא שביצוע נאות של המשימה יזכה את מי שעמדה בכך בהכרה ובהוקרה הראויה.

בעניין זה נחשף ההיבט הנוסף של השירות הצבאי. לגבי רבים מהווה שירות זה מס גרידא. אולם לגבי רבים אחרים זהו מס שתועלתו בצידו, שהרי אין זה סוד שהשירות הצבאי בישראל עשוי לסייע בחיים האזרחיים. הוא משמש, לא אחת, "כרטיס כניסה" לחיים הפוליטיים, ואין צורך להציג את רשימת הקצינים הבכירים שנבחרו, פרק זמן קצר לאחר שחרורם, לכנסת, לראשות עיר או שמונו לתפקידי שר בממשלה.

ייתכן גם שתת הייצוג של נשים בפוליטיקה מקורו, לפחות בחלקו, בקיפוחן במסגרת השירות הצבאי.

שירות החובה עצמו מהווה שלב ראשון בקריירה צבאית-מקצועית במסגרת שירות הקבע. מובן מאליו שחסימת מקצועות צבאיים בפני בנות בשירות חובה, חוסמת בפניהן אפיקים רחבים בשירות הקבע.

יתר על כן, מסתבר שקיימים מקצועות אזרחיים הפתוחים רק בפני מי ששירת שירות מקביל (או שירות מתאים אחר) בצה"ל. כך, בפסק הדין בעניין מילר צוין שחברת אל-על בוחרת את טייסה אך ורק מבין אלה ששירתו כטייסים בצה"ל. נמצא שחסימת השירות במקצועות לחימה חוסמת לא רק את אפשרות התעסוקה במקצועות אלה במסגרת שירות הקבע, אלא לעתים אף את האפשרות לעסוק במקצועות מסוימים בחיים האזרחיים או שהיא גורעת מן הסיכוי להיקלט בהם. מבחינה זו ספק רב אם מדיניות הצבא בכל הנוגע לשירות בנות עומדת במבחני החוק.

7. סעיפים 3, 4 ו-5 לחוק יסוד: חופש העיסוק קובעים כדלקמן:

3. כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.

4. אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

5. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב."

8. חוק נוסף שראוי לאזכרו הוא חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח — 1988⁹. סעיף 2 לחוק מורה כי:

"(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם...בכל אחד מאלה:

9 להלן: "חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה".

(1) קבלה לעבודה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית..."

להוראה זו נקבע סייג ולפיו:

"(ג) אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה".

9. אין כל ספק שחקיקה זו חלה על המדינה ואף על שירות הביטחון הכללי ועל המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים. עם זאת, ניתן לעורר את השאלה האם היא חלה על צה"ל ואם כן, באיזה אופן. אולם קודם שאתייחס לשאלה המשפטית ראוי להצביע על הנושא החברתי-תרבותי.

החקיקה שפורטה לעיל, הכוללת את חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מייצגת את השקפת עולמה של החברה הישראלית, כפי שבאה לידי ביטוי בחקיקת הכנסת. השוואת חקיקה זו מבחינת תוכנה והערכים שהיא מבטאת עם מדיניות כוח האדם של צה"ל, בכל הנוגע לשירותן של חיילות, מלמדת על הפער (ואולי עדיף לומר: על הנתק) שבין השתיים ועל כך שהמטה הכללי של צה"ל מצוי בעולם אחר. מכאן לשאלה המשפטית. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה עוסק באיסור הפליה ביחסי מעביד-עובד (לרבות דורשי עבודה, היינו אנשים המועמדים לקשור עימו יחסי עובד-מעביד).

בעניין זה ניתן לומר שלפי הפירוש המקובל אצלנו, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה איננו חל על מערכת היחסים שבין צה"ל לבין החיילים המשרתים במסגרתו. זאת, מן הטעם שיחסי הצבא (לאמיתו של דבר: המדינה)-חייל אינם נחשבים יחסי מעביד-עובד, ודברים אלה כוחם יפה לא רק לגבי אלה המשרתים שירות חובה אלא גם לגבי אנשי הקבע¹⁰.

למרות זאת, ברור שקיימים נושאים שלגביהם מותרת אנלוגיה בין הדין הנוהג לגבי עובד לדין הנוהג לגבי חייל. כך הדבר, למשל, בכל הנוגע לאחריות שילוחית של המדינה לגבי מעשיהם של חיילים (אחריות זו דומה לאחריות לגבי עובדים)¹¹. בכל הנוגע לסוגיה שבגדר חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ניתן לומר שהדברים קל וחומר. לב לבו של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה הוא החלת עקרון השוויון במישור הפרטי. המעביד הפרטי נדרש (בכפוף לחריגים מסוימים) שלא להפלות בין עובדיו מחמת מינם (וכן מחמת גורמים נוספים דוגמת נטייה מינית, מעמד אישי, גיל, גזע, דת, מוצא, מפלגה או השקפה) — נושאים שאינם בגדר רשימה (זו). החוק חל, כמובן, גם על המדינה ועל רשויות ציבוריות אחרות, אך בכל הנוגע אליהן, אפשר שאין בכך חידוש רב. רשויות ציבוריות כפופות מכוח המשפט

10 בג"צ 279/72 עובד נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 169.

11 שם, בע' 172.

הציבורי ממילא לעקרון השוויון חל עליהן איסור הפליה. חידושו הגדול של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה נעוץ בהחלתו על המגזר הפרטי, מגזר שבו מתנגש עיקרון זה באוטונומיה של הפרט, בחופש החוזה ובזכות הקניין שלו. החוק חל אפילו על בעל רכוש פרטי החפץ להעסיק במפעל הנמצא בבעלותו אך ורק אנשים בני מין או גזע מסוים או אך ורק כאלה השותפים להשקפת עולמו הדתית או המפלגתית. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אוסר זאת, וקובע כי בהתנגשות שבין עקרון השוויון (ואיסור ההפליה) לבין האוטונומיה של הפרט, בתחום יחסי העבודה, גובר עקרון השוויון שזכה למעין מעמד-על.

כאמור, בתחום המשפט הציבורי, שצה"ל כמובן כפוף לו, חל עקרון השוויון ממילא. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אף אם איננו חל במישרין על הצבא, מלמד, על דרך של קל וחומר, כיצד צריכה רשות ציבורית לנהוג כאלה הנכללים בכוח העבודה שלה, אף אם תיאורטית אין הם בגדר עובדים אלא בעלי מעמד של אנשי צבא.

10. השאלה בנוגע לתחולתו של חוק יסוד: חופש העיסוק על הסוגיה שבפנינו, היא בעלת אופי שונה. החוק קובע את זכותו של כל אזרח או תושב "לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד" ואוסר על פגיעה בחופש זה, למעט פגיעה כאמור בסעיף 4 לחוק (שצוטט לעיל).

בכל הנוגע להיקף החוק, ברור שהוא מגן על חופש העיסוק ואיננו מוגבל ליחסי עובד-מעביד. כך, למשל, אין ספק שהוא חל על החופש של אדם לעסוק במקצוע כלשהו כעצמאי. מכאן ניתן לגרוס שהוא משתרע גם על אותם עיסוקים הכרוכים ברכישת "מעמד", לרבות מעמד של אנשי צבא. עם זאת, מתעוררת השאלה האם חוק היסוד מכיר רק באינטרס שעיקרו הוא "נגטיבי" או שמא משתמעת ממנו חובה אקטיבית כלשהי¹². אינטרס "נגטיבי" משמעותו שהפרט זכאי לעסוק בתחום שייראה לו, ולפיכך, אין לאסור עליו עיסוק זה ואין לשלול את רשיונו לעסוק בו (אם נדרש רשיון¹³), אלא בגדר האמור בסעיף 4 לחוק היסוד. חובה אקטיבית משמעותה שלפחות על הרשויות מוטל לפעול על מנת לאפשר לפרט לממש את חופש העיסוק שתוק היסוד נועד להבטיח לו. לא אדון בפירוט בסוגיה זו¹⁴. לענייננו, די להצביע על הוראת סעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק המורה כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב". החיוב לכבד מטיל, כמובן,

12 שאלה נוספת היא האם ההוראות בעניין חופש העיסוק מופנות רק כלפי רשויות השלטון או שמא יש להן השלכה גם ביחסים בין אדם לחברו. ראו א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 602–603.

13 מערכת הדינים המחייבת קבלת רשיון כתנאי לעיסוק במקצוע או משלח יד מסוים חייבת היא עצמה לעמוד בדרישת סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק. הוראת מעבר השומרת לתקופה מוגדרת את חוקפם של חיקוקים שעמדו בתוקפם ערב כניסת חוק היסוד לתוקפו, מצויה בסעיף 10 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

14 בנושא זה ראו ברק, לעיל הערה 12, בע' 363 ואילך.

חובה אקטיבית, ואף שלא קל להגדיר את היקפה, ברור שהיא חלה גם על שלטונות הצבא.

לענייננו, מתעוררת השאלה אם חוק יסוד: חופש העיסוק מטיל חובה ישירה על שלטונות הצבא לאפשר לכנות המתאימות והמעוניינות בכך לעסוק במקצועות צבאיים, שהיו עד היום סגורים בפניהן. אולם אפילו לא ניתן ללמוד מחוק היסוד במישרין את דבר קיומה של חובה כזו, הרי מערכת הערכים המשתקפת בו, מחייבת את שלטונות צה"ל כרשות ציבורית לנהוג לאורה.

11. הטענה העיקרית שהעלו שלטונות הצבא הייתה שהחוק מטיל על גברים חובת שירות ארוכה יותר מאשר על נשים, היינו, מפלה גברים לרעה. הפליה זו לרעת הגברים מן הראוי שתגרוור "הפליה נגדית" כלפי נשים, שתבטא בכך שלא תוכלנה לשרת במקצועות שבהם הצבא מצפה לשירות ממושך בין בסדיר ובין במילואים. וכך אומר מפקד חיל האוויר בעניין דחיית בקשתה של אליס מילר:

"בקשת העותרת להתנדב לקורס טיס נדחתה למרות נתונה המצוינים והאיכותיים ולא בשל היותה אישה, אלא בעיקר משום שמשך שירותה הצפוי (והדגש מושם על שירות המילואים) אינו תואם את דרישות הסף הצבאיות להכשרתו של איש צוות אוויר"¹⁵.

בכל הנוגע לעותרת, לא היה בטענה זו ממש, ובצדק נדחתה. אליס מילר הייתה מוכנה להתנדב לשירות מקביל לשירות הגברים והשופט מצא ציין כי:

"...נניח כי החוק אכן לוקה במידה זו או אחרת של הפליית גברים לרעה, אינני רואה כיצד ניתן לנגח בטיעון זה דווקא את העותרת, המבקשת זכות לעצמה לשאת בנטל, שעל פי גישת הטוענים יוחזר לגברים בלבד"¹⁶.

אולם טיעון זה מציב קושי אמיתי במצבים אחרים ולגבי אותן בנות שלא תהיינה מוכנות להתנדב לשירות מעבר הנדרש מהן על פי חוק. זאת משום שברור שפסק הדין בעניין מילר מחייב את הצבא ליישם את עקרון השוויון לא רק בהקשר של חיל האוויר, אלא גם ביתר החילות. יתר על כן, עקרון השוויון מחייב שבנות יופנו לשירות ביחידות שאינן מבוססות על מתנדבים בלבד (כולל בתפקידי לחימה), כשם שבנים משוכצים ביחידות כאלה. האם יוכל הצבא להימנע מכך בהסתמכו על הפער באורך השירות?

12. חוששני שעמדת הצבא בסוגיית משך השירות מעוררת תחושה מאוד לא נוחה. אכן, חוק שירות בטחון קובע שירות חובה (ומילואים) ממושך יותר לגברים מאשר לנשים. אולם מאז שנקבע הדבר לראשונה, חלו שינויים רבים בחברה הישראלית ונשים תופסות בהדרגה את מקומן הראוי בתחומים רבים ומגוונים,

15 המובאה היא מפסק דינו של השופט מצא בעניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 109.

16 שם, בע' 111.

ביניהם רפואה, עריכת דין, שפיטה, אקדמיה ותחומים רבים נוספים. צה"ל נותר מחוץ לתהליכים אלה. יתר על כן, הפער במשך השירות בין בנים לבנות הלך וגדל לאחר מלחמת ששת הימים, כאשר שירות החובה של בנים הוארך, באמצעות צו, משנתיים וחצי לשלוש שנים. הארכה זו עומדת בתוקפה עד היום. לאמיתו של דבר, היה עניין חוקיות ההארכה מוטל בספק במשך שנים רבות, ורק לפני זמן לא רב הוסדר באמצעות חקיקה¹⁷. בד בבד קוצר בפועל שירות החובה של בנות, שאותן נוהג הצבא לשחרר כיום כעבור כשנה ועשרה חודשים. כך הוכפל למעשה הפער במשך השירות בין בנים לבנות (הפער שעמד בשעתו על ששה חודשים הוא כיום למעלה משנה). גידול מסוג זה של הפער בהיקף השירות (בין גברים ונשים) התרחש גם בכל הנוגע לשירות המילואים, שהוארך בפועל לגבי גברים רבים.

אין גם תימה שנסכיבות אלה מחזקות את ההעדפה שיש, כנראה, ממילא לשלטונות הצבא להטיל את התפקידים העיקריים על בנים, המשרתים שירות ממושך, ואילו הנשים ששירותן קצר יותר (ולכן ההשקעה בהן "פחות כדאית") ממשיכות להידחק לשוליים. תהליך זה התרחש בידיעת הכנסת, ולפחות בחלקו תוך השלמה מצידה. אולם ברור שהאחריות המרכזית לכך מוטלת על המטה הכללי של צה"ל שניהל מאבק בלתי פוסק להרחבת היקף השירות של גברים, ובד בבד הוא פועל לקיצור שירותן של הנשים.

התוצאה היא שבצה"ל התרחש תהליך שהוא בדיוק היפוכו של התהליך העובר על החברה הישראלית. בעוד שבחברה הישראלית ניכרת מגמה לשוויון בין גברים לנשים (אף אם התהליך רחוק עדיין מהשלמה), משתקפת בצה"ל נטייה הפוכה, היינו להגדיל את הפער בין המינים, להאריך את שירות הגברים ולקצר את שירותן של הנשים.

כך גם אחראים שלטונות הצבא למעגל הקסמים המביא לדחיקתן של הנשים לשוליים. מקצרים את שירות הנשים, ולאחר מכן זועקים כי השירות הקצר יחסית איננו מאפשר להטיל עליהן תפקידים של ממש. ניתן רק לשער שאם יהא מי שיטען כנגד השירות הקצר (יחסית) של הנשים, ישיבו לו שלטונות צה"ל כי בהתחשב בתפקידים שניתן להטיל עליהן, אין צורך בשירות נוסף ואולי גם השירות הנוכחי הוא ממושך יתר על המידה. בדרך זו ראו שלטונות צה"ל אפשרות לקצר את שירות הבנות ולהעמידו על עשרים ושניים חודשים, אף שמכוח חוק שירות ביטחון ניתן לגייסן לשנתיים.

13. מדיניות הצבא בכל הנוגע לשיכוך בנות הסתברה כבלתי חוקית, והיא נהדפה וכצדק כבג"צ מילר. אולם מעבר לכך, זוהי מדיניות חסרת תבונה וקצרת ראות. היא מושחתת על הטלת עיקר העול הבטחוני על קבוצה קטנה יחסית — כ-40% מהאוכלוסייה, ולמעשה אף פחות מכך. את החישוב ניתן לעשות בקווים כלליים כדלקמן: מעל 20% מהגברים במחזור פטורים משירות או נהנים מדחיית

שירות. בהנחה שנשים מהוות כמחצית מכל מחזור, הרי שהנטל מוטל על כ-80% ממחצית. נטל המילואים העיקרי נופל רק על חלק מאותם 40%. כפי שכבר צוין, זוהי שיטה נוחה לטווח קצר, אך הרסנית לטווח ארוך. שיטה זו גררה התמרמרות חמורה של אנשי מילואים, המתבטאת ב"הצבעה ברגליים" וירידת מוטיבציה גם בשירות סדיר. במקום להשמיע נהי ובכי תמרורים על ירידת המוטיבציה מוטב לבחון את הגורמים לכך ולהתמודד עם הנושא באמצעות יתר שוויוניות בשירות¹⁸.

14. נקודה נוספת שנזכרה בקצרה בפסק דינה של השופטת דורנר¹⁹ נוגעת לכך שהפליית נשים בצבא איננה פוגעת רק בהן. הפגיעה העיקרית היא בחברה כולה. בענייננו ברור שסגירת שורה ארוכה של מקצועות (טיס הוא רק אחד מהם) פוגעת קשות בצה"ל, בכך שהיא מקטינה בחמישים אחוזים לערך את מאגר כוח האדם העשוי לשרת במקצועות אלה. ברור שנשים רבות הנן בעלות כישורים מתאימים לשירות במקצועות הסגורים בפניהן, ושלטונות הצבא הודו במפורש שכישוריהן של נשים למקצוע הטיס מקבילים לאלה של גברים. אע"פ גם לנחש שישנן לא מעטות שהנן בעלות מוטיבציה גבוהה לשרת, וכי חתירתן של נשים לשוויון עשויה להגביר מוטיבציה זו. העובדה שהצבא נמנע מלפנות למאגר כוח אדם עצום זה גורמת לו, כמובן, נזק אדיר.

נזק חמור נוסף נגרם לאוכלוסיית הגברים, המופלית לרעה, בכך שהיא נדרשת לשרת תקופה ארוכה יותר. יתר על כן, אין קושי לתאר מצבים שבהם לוחץ הצבא (ואולי אף כופה) על חייל לשרת בתפקיד, המיועד לגברים בלבד, בעוד שאותו חייל איננו מעוניין בכך ומעדיף תפקיד אחר. זאת, שעה שייכתן מאוד שישנן חיילות שהיו מעוניינות לשרת בתפקיד זה, אך הצבא מעדיף למנוע זאת מהן, ובמקום זאת להתלונן על "ירידה במוטיבציה".

15. שאלה מרכזית המתעוררת בעקבות פסק דין מילר נוגעת לשירות הבנות בצה"ל מעבר למסגרת של קורס טיס. בכל הנוגע לקורס זה יש לקוות ששלטונות הצבא אכן יעשו מאמץ ממשי לקלוט בנות במסגרת הקורס ולאפשר לאלה המעוניינות ומסוגלות להיקלט כטייסות בחיל האוויר. אולם ברור שהנושא הוא הרבה יותר רחב וראוי לחזור ולהצביע על כך שבג"צ פסל, למעשה, את הוראת הפיקוד העליון השוללת שיבוץ נשים בתפקידי לחימה. בג"צ לא קבע, אמנם, הלכה מפורשת בדבר תפקידי לחימה אחרים, אך ברור שההלכה מחייבת בחינת הנושא לגבי כל תחומי הלחימה. באחדים מהם בוודאי אין קושי בשילובן של נשים, למשל בספינות חיל הים, או בהפעלת מערכות נשק נגד מטוסים (טילים ותותחים).

18 ייתכן מאוד שירידת המוטיבציה נעוצה בגורמים נוספים, דוגמת התמרנות בחברה הישראלית והמחלוקת לגבי הפעלת צה"ל בתפקידי שיטור בשטחים. אולם אני לפחות מאמין כי העדר השוויוניות בשירות מהווה גורם מרכזי לירידת המוטיבציה.

19 עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 145.

בתחומים אחרים הדבר עשוי להיות מורכב יותר ולדרוש שינויים והתאמות, אך ברור שיש לעשות זאת.

בהקשר לכך יש להפסיק את התהליך של קיצור שירות הבנות והגדלת הפער (מבחינת משך השירות) בינו לבין שירות הבנים. ייתכן אף שרצויה הארכה מסוימת של שירות הבנות שתלווה בקיצור שירות הבנים, כך שנתקרב לשוויון באורך השירות, ולא תישמע יותר הטענה ש"לא כדאי" להשיקע בהכשרת בנות לתפקיד זה או אחר, נוכח העובדה ששירותן הוא קצר יחסית.

שאלת מפתח היא, האם שלטונות הצבא והדרגים האזרחיים הממונים עליהם מבינים שעל הצבא לנקוט יוזמה, לפתוח בעצמו מסלולי תעסוקה נוספים (כולל בתחומי הלחימה) לבנות ולא להמתין להחלטות נוספות של בג"צ.

16. לבסוף ניתן להציג את השאלה מי עשוי לתקוף את מדיניות ההפליה של הצבא. בעניין מילר עשתה זאת חיילת שהופלתה לרעה. המעמד של העותרת היה מוכן מאליו וגם הפגיעה בה הייתה ישירה, קשה וחמורה. האם קיימת אפשרות שהפנייה תיעשה על ידי "עותר ציבורי" או על ידי חייל, הטוען כי הפליית נשים לרעה גוררת גם הפליית גברים לרעה, והיא מביאה, למשל, להארכת שירות המילואים לגברים?

זוהי, כשינויים המתאימים, הסוגיה שנדונה בעניין רסלר, בהקשר לדחיית שירותם של תלמידי ישיבות. פנייה כזו לבג"צ איננה פשוטה ולא אנסה להעריך את סיכוייה או את הקשיים שבפניהם היא ניצבת. בעיני, הפתרון הראוי הוא שינוי יסודי במדיניות כוח האדם של צה"ל בכל הנוגע לשירות נשים, וזאת לא רק בהקשר לקורס טיס. עדיף היה ששינוי כזה ייעשה ביוזמת שלטונות הצבא עצמם. אם לאו, מן הראוי שהכנסת והדרג האזרחי יביאו לשינוי המתאים. כשלעצמי הייתי לפחות רוצה להאמין שפסק הדין בעניין מילר יהווה תמריץ בכיוון הראוי וראשיתה של דרך חדשה.