

אפליית גברים בצה"ל (בעקבות בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון¹)

יוסי נחושתן*

פסק הדין בעניין מילר הוא אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שניתנו בשנים האחרונות על ידי בג"צ, הן משום הנאמר בו והן משום מה שלא נאמר בו והיה צריך להיאמר. כוחו – בשינוי שחולל במדיניות הצבא בתחום הצר של פתיחת שערי קורס טיס לנשים ובהשלכות שעשוי הוא ליצור בתחום הרחב יותר של אופי שירות החובה בצה"ל. חולשתו – בראייה לא נכונה, לדעתי, של אופי שירות החובה בצה"ל כיום – וביישום בעייתי של מושג ה"שונות הרלבנטית" בנסיבות המקרה.

אקדים ואומר שלדעתי דעת הרוב בפסק הדין היא, עם כל הכבוד, שגויה. יתירה מכך, דעת המיעוט, אפילו הגיעה לתוצאה הנראית נכונה בעיני, לא נעזרה בנימוקים, אשר לדעתי יש להם משקל מכריע התומך בתוצאה זו. קודם לעיקר, אציג שתי טענות מקדמיות. הטענה השנייה נובעת מהראשונה ושתייהן באות להציג את נקודת המוצא הראויה לדיון.

1. נקודת המוצא

טענה ראשונה: השירות בצה"ל – חובה ולא זכות². חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו–1986, מסדיר את חובת השירות בצה"ל, בשירות הסדיר

* סטודנט שנה ד' בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל וחבר מערכת כתב העת המשפט בעת כתיבת המאמר. אני מבקש להודות למר ברק מדינה על שקרא נוסח מוקדם של הדברים והעיר הערות חשובות ומחכימות.

1 פ"ד מט(4) 94 (להלן: עניין מילר). לעובדות פסק הדין ולתמצית דעות השופטים, ראו במאמרו של פרופ' ד' פרידמן בכרך זה בעמ' 27: "שירות נשים במקצועות לחימה ושוויון בחלוקת הנטל".

2 אין בכונת רשימה זו להיכנס לעומקם של מושגי הזכות והחובה. כמו כן, אין אני מתיימר לתאר בצורה ממצה את סוגיית ראיית השירות בצה"ל כזכות או כחובה. על כך ראו בהרחבה בספרו של ג' י' זיידמן הזכות לשרת בצה"ל (1996) 258 ואילך. כוונתי היא לתאר בקצרה את עמדותי ולהצביע על כך שנקיטת עמדה בסוגיה הכרחית להמשך הדיון.

(סעיפים 15 ו-16 לחוק) ובשירות המילואים (סעיפים 1 ו-29 לחוק). אולם, יש הרואים בשירות בצה"ל זכות. ראוי להבחין בין המשתמשים במונח "זכות" במונח ה"חברתי-ערכי" לבין אלו המשתמשים במונח במונח ה"משפטי"³. הטענה כי הזכות לשרת בצה"ל היא זכות "משפטית" שמולה עומדת חובתו של צה"ל לגייס את כל החפץ בכך — להוציא חריגים שייקבעו מ"טעמים ענייניים" — נדחתה בפסיקה⁴.

חובת השירות בצה"ל היא חובה משפטית מיוחדת הטומנת בחובה יתרונות אישיים וחברתיים, ביניהם יוקרה אישית ואמצעי למוביליות חברתית. את אופייה המיוחד של חובת השירות בצה"ל היטיב לתאר השופט מצא, שציין כי "החובה המשפטית לשרת בצה"ל, המוטלת על כל איש צעיר שנמצא כשר לכך, גם זכות גדולה טמונה בצידה..."⁵.

אולם למרות אופייה המיוחד של חובת השירות, נדמה שכל עוד נהוג בישראל גיוס חובה וכל עוד סרכני גיוס מוענשים על פי חוק, יש לראות בשירות בצה"ל בכללותו ראשית לכל חובה משפטית, אפילו יימצאו האזרחים שיהיו נכונים להיאבק על זכותם החברתית לשרת ואפילו במסגרת השירות הצבאי נמצא מסגרות בהן השירות הוא התנדבותי דה-פקטו⁶. ראיית השירות בצה"ל כחובה וכנטל מביאה אותנו לבחון את צורת חלוקת הנטל, ולענייננו — בין גברים לנשים.

טענה שנייה: בשירות בצה"ל בכללותו קיים אי שוויון בחלוקת הנטל בין גברים לבין נשים. צה"ל אינו מתייחס בצורה שוויונית לגברים ולנשים. אציג בקצרה את המישורים בהם קיימים הסדרים שונים בחוק לגברים ולנשים, מתוך ראיית השירות בצה"ל כנטל וכחובה משפטית שיתרונות "חברתיים-אישיים" בצידם.

3 הראשונים יאמרו, כי "זוהי זכות לשרת המדינה": דוד בן-גוריון, ד"כ (תשי"ב) 2997, או ש"זכותו כמו חובתו של כל אדם לשרת בצבא": חבר הכנסת מרדכי גור, ד"כ 126 (תשנ"ג) 4598. ראו גם את דברי חבר הכנסת רענן כהן: "האם יכולים אנו... לעמוד בשלוות נפש נוכח העובדה שכל בחור שביעי מחייבי גיוס לא ימלא את הזכות הלאומית לשרת בצבא-הגנה-לישראל?" ד"כ 113 (תשמ"ט) 1365.

4 זיידמן, לעיל הערה 2, בע' 258, 260, 477, 573.

5 בג"צ 246/89 רובין נ' ראש מנהל גיוס (לא פורסם), תקדין עליון 89(3) 206. הדברים לקוחים מזיידמן, שם, בע' 260.

6 "בהקשר זה יש לציין, שהעובדה כי קיימת חובה לשרת בצה"ל, עומדת ברקע הדברים, ומאפשרת לצה"ל להשלים את מספר החיילים גם ביחידות ההתנדבותיות, כאשר שוב אין די מתנדבים לתפקידים אלה": זיידמן, שם, בע' 37. ראו גם בג"צ 2171/93 מנוסבין נ' שר הביטחון, פ"ד מז(3) 862 ובג"צ 296/80 בוקבוזה נ' מ"י, פ"ד לה(1) 498, 499, שם נאמר כי "רק טובי הצעירים מעמיקים חשוב עד כדי תפיסת השירות הצבאי לא רק כחובה קשה אלא גם כזכות יקרה... על האחרים אין ברירה אלא להטיל את השירות בכפיית החוק". ביטוי להשקפה הרואה בשירות הצבאי חובה משפטית ניתן לאחרונה גם בדו"ח הביניים של צוות ההיגוי לחינוך לאזרחות שהוקם מטעם משרד החינוך ("דו"ח קרמניצר"), שם (בסעיף 5.2) הוכרה חובת השירות בצה"ל כאחת החובות העיקריות של האזרח בישראל, יחד עם חובת תשלום מסים והחובה הכללית לציית לחוק.

השוני לרעת הנשים: במישור אחד בלבד יוצר החוק הסדר לרעת הנשים בשירות החובה בצה"ל והוא חוסר אפשרותן לשרת בתפקידים מסוימים, אם מכוח הוראת פיקוד עליין המונעת מנשים לשרת במקצועות לחימה מסוימים, ואם מתוך "טעמים תכנוניים" שעיקרם חוסר כדאיות כלכלית בהכשרה ממושכת של נשים בעלות טווח שירות קצר במילואים. שוני זה, תוצאותיו העיקריות הן צמצום האפשרות לקידום בשירות קבע בצה"ל, במקרים מסוימים – יצירת קושי בהשתלבות בתעסוקה בשוק האזרחי וכן פגיעה בדימוין החברתי של נשים.

השוני לרעת הגברים: אלו הם המישורים העיקריים בהם קובע החוק הסדר שונה לרעת הגברים בשירות החובה והמילואים בצה"ל: משך שירות החובה. שלוש שנים לגברים מול פחות משנתיים לנשים⁷. משך שירות המילואים. עד גיל 54 לגברים ועד גיל 38 לנשים. למעשה, אחוז הנשים יוצאות צבא המשרת שירות מילואים הוא אפסי⁸. פטורים משירות שהם נחלת הנשים בלבד: אישה נשואה פטורה משירות חובה ואילו נשים הרות או אימהות פטורות גם משירות מילואים. אלו הם פטורים מוחלטים שאינם כפופים לשיקול דעת. פטור נוסף, הנתון לשיקול דעת והמוענק לנשים בלבד הוא פטור מטעמי דת או מצפון⁹. מקצועות צבאיים החסומים בפני גברים. לא רק נשים מנועות מלשרת במקצועות צבאיים מסוימים. גם בפני הגברים חסומה הדרך לשרת בתפקידים המוצעים לנשים בלבד, ביניהם: תפקידי בקרה מסוימים בחיל-הים, מורות חיילות, סיעות לרופא שיניים, שינניות, מאבחנות מחקר ועוד. נקל לשער שלא מעטים הם הגברים שהיו חפצים לשרת ולו בחלק מתפקידים אלה, אילו רק ניתן להם הדבר.

7 זהו נתון משמעותי, הן במישור ההגשמה האישית – נשים זוכות להתחיל את חייהן ה"אזרחיים" שנה אחת מוקדם יותר (לעניין זה קבע סקר שפורסם בעיתון "מעריב" ביום 17.12.96 כי 40% מבני הנוער בגילאי 16 עד 18 מאמינים שהצבא מעכב את התפתחותם האישית) והן במישור הכלכלי, שכן בשנת השירות השלישית הגברים מרוויחים כעשירית מהסכום אותו מרוויחות נשים המשרתות משך זמן זהה ואפילו בתפקיד וכדרגה זהים. השוני במשך שירות החובה יוצר מצבים מקוממים. דוגמא אחת הוא מצב בו חיילת – שאינה קצינה – המשרתת מעל שנתיים, מרוויחה בדרך כלל פי ארבע ויותר מקצין המשרת משך זמן זהה, לעתים בתפקידים מסכני חיים.

8 למשמעותו של שוני זה ראו, למשל, בדו"ח מבקר המדינה (דו"ח שנתי 46 לשנת 1995, בע' 847–853) שם נאמר כי אחד הגורמים העיקריים לירידה במוטיבציה של חיילי המילואים הוא קיום של תחושה של חוסר הגינות בחלוקת נטל השירות, הנוגעת בעיקר לפגיעה ביכולתם להתחרות במשק האזרחי מול גברים שאינם נקראים כלל לשירות מילואים. גיוס נשים לשירות מילואים יקטין את נטל השירות לכלל החיילים ויקטין את תחושת חוסר ההגינות.

9 זו אחת הסיבות העיקריות לכך שכ-75% מהגברים היהודיים בארץ מגויסים לשירות מלא מול רק 50% מהנשים: מ' הופנונג ישראל – ביטחון המדינה מול שלטון החוק (1991) 233; א' גריבי המחיר הכפול – מעמד האישה בחברה הישראלית ושירות הנשים בצה"ל (תשנ"ז) 93. פטור מטעמי מצפון לא מוכר כלל בחוק לגבי גברים. פטור מטעמי דת ניתן הלכה למעשה גם לבחורי ישיבה ש"תורתם אומנותם", אלא שאין החוק מכיר בפטור זה כפטור מטעמי דת גרידא וכן הדרך להשיגו קשה יותר (מבחנית עמידה בתנאים מוקדמים) מאשר הפטור ה"מקביל" לנשים.

סקירה זו מובילה בהכרח למסקנה כי בצה"ל קיים אי שוויון משמעותי בחלוקת הנטל וכי החוק יוצר הסדרים שונים בשירות הצבאי אשר במקרים בודדים פועלים "לרעת" הנשים ובכללותם פועלים "לרעת" הגברים. זו נקודת המוצא הנכונה לדיון. אבחון להלן את המשמעות המשפטית של אי השוויון בחלוקת הנטל ואת השפעתו על המקרה שלפנינו.

2. שני השלבים לבחינת קיומה של שונות רלבנטית וטיעון ה"אפליה הנגדית"

משמעותו של עקרון השוויון היא כי "יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלבנטיים לאותה מטרה"¹⁰. אחד הביטויים החשובים לעקרון השוויון הוא השוויון בין המינים. במקרה שלפנינו, בחינת השונות הרלבנטית בין המינים לעניין השירות הצבאי צריכה להיעשות בשני שלבים: בשלב הראשון יש לשאול האם קיימת בין המינים שונות רלבנטית המצדיקה את הסדרי השירות השונים שלהם. במידה והתשובה היא שלילית, שיקול ה"אפליה הנגדית" צריך לחסום את שערי קורס הטיס בפני נשים. במידה והתשובה חיובית, יש לעבור לשלב השני, בו יש לבחון האם ההסדרים השונים באופי השירות, כפי שקבועים בחוק, יוצרים, הם לכשעצמם, שונות בין המינים הרלבנטית לעניין גיוס נשים לקורס טיס. נדון בדברים כסדרם:

א. השלב הראשון. דעתי היא, שמלבד הצרכים המיוחדים של הנשים הנוגעים לתקופה הקצרה של הריון ולידה, לא קיימת שונות רלבנטית בין המינים המצדיקה את סל ההטבות הניתנות לנשים בשירות הצבאי. הטבות אלה, משעוגנו בחקיקה, יוצרות אפליה בין המינים לעניין תנאי השירות בצה"ל. נפלא ממני מהו השוני הרלבנטי בין המינים העומד מאחורי תקופת השירות הקצרה יותר של נשים רווקות, הן בשירות החובה והן בשירות המילואים, ומהו השוני הרלבנטי הפוטר אישה נשואה ולא גבר נשוי משירות החובה והפוטר אם לילדים אך לא אם משירות המילואים¹¹.

ניטיב להבין טיעון זה אם נשווה את ההסדר הקבוע בחוק שירות ביטחון להסדרים הקבועים בתחום העסקת נשים בשוק האזרחי. בכל התוקים העוסקים בדיני עבודה, כמעט לא נמצא הטבות כה מרחיקות לכת לאישה העובדת מעבר

10 ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 35. ראו גם בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309, 331-333. על עקרון השוויון בשיטת המשפט הישראלי ראו בהרחבה: א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת א' רובינשטיין וב' מדינה, תשנ"ו, כרך א) 271-331, וכן ב' ברכה שוויון הכל בפני החוק (מפרסומי האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשמ"ט).

11 לדעה כי גישוואן אינם מצדיקים פטור מוחלט וייחודי לנשים, ראו גם: כ' שלו "על שוויון, שונות והפליית מין" ספר לנדוי (א' ברק וא' מוזע עורכים, תשנ"ה, כרך ב) 893, 901 בהערה 44.

להתחשבות בה בתקופת ההריון והלידה. נדמה שמקורה של מציאות זו הוא בהנחת המחוקק שגילה של האישה, היותה נשואה והיותה אם לילדים אינם מצדיקים הקלות והטבות מיוחדות, משום שאינם נתונים המגבשים שוני רלבנטי בין המינים לעניין תנאי העסקתם. כיצד, אם כן, ניתן לראות בנתונים אלה ממש הצדקה לתנאי השירות הקלים יותר של נשים, דווקא בתחום השירות הצבאי שהוא חובה משפטית המטילה נטלים שהיה ראוי שיחולקו בצורה שוויונית ככל האפשר. אם אכן הסדרי השירות בצה"ל מפלים את הגברים לרעה, די בכך כדי להוביל למסקנה שאין לאפשר לנשים לשרת כטייסות בחיל האוויר – מתוך שיקול ה"אפליה הנגדית".

ב. שיקול האפליה הנגדית. השאלה האם תנאי השירות השונים מהווים הסדר המפלה לרעה את הגברים ("השלב הראשון" של בחינת השונויות הרלבנטיות) לא זכתה לדיון מעמיק בפסק הדין, אם משום ההנחה ש"יש לקבל את ההבחנה שיצר החוק כנתון שאיננו עומד למבחן לפנינו, שכן החוק עצמו איננו מותקף כבלתי חוקתי"¹², ואם משום קבלה מובנת מאליה, ללא פירוט ונימוק, של "ההשקפה המסורתית" הגורסת שתנאי השירות השונים נובעים משונויות רלבנטיות בין המינים¹³. העובדה שהחוק עצמו לא הותקף כבלתי חוקתי לא הייתה צריכה לפטור את בית המשפט מלקבוע האם החוק מפלה לרעה גברים, אם לאו. וכל כך למה? התשובה טמונה בטיעון האפליה הנגדית.

מבלי להיכנס לעומקו של עולם הפרשנות, אומר כי, לדעתי, טיעון זה יוצר חריג לקביעה המקובלת ש"יש לפרש חוקים בהנחה כי תכליתם אינה לפגוע בעקרון השוויון"¹⁴. קביעה זו בעייתית בעיני מקום שחוק מסוים קובע הסדר סבוך ולא שוויוני בעליל. פריטת החוק לפרוטות וניסיון לפרשו בצורה "שוויונית" בתחום צר לטובת זה שהחוק בדרך כלל – אך לא במקרה המסוים – מפלה אותו לטובה, עשויה להעמיק את אפליית האחר לרעה ונמצאנו מקללים מקום שבאנו לברך. ובמקרה שלפנינו: גם אם נניח שאי גיוס נשים לקורס טיס מפלה אותן לרעה, הרי שהתבוננות בשירות הצבאי בכללותו הייתה צריכה להוביל למסקנה שדווקא הגברים הם אלו שבדרך כלל מופלים לרעה בשירותם הצבאי. לכן סגירת שערי קורס הטיס בפני נשים היא דוגמא יוצאת דופן לאפליית נשים לרעה שיש בה – עד כמה שהדבר עשוי להישמע מוזר – להקטין את אפליית הגברים לרעה¹⁵.

12 עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 118. דברי השופט שטרסברג-כהן. השופט הכירה בכך שיש הרואים בהוראות החוק גישה פטורליסטית כלפי נשים ואילו אחרים רואים בחוק כמיטיב עם הנשים. אולם, השופטת סירבה להכריע בכך.

13 שם, בע' 111. דעתו של השופט מצא.

14 שם, בע' 139.

15 למותר לציין שבשירות הצבאי, כל עוד אופיו אינו משתנה והוא חובה משפטית המטילה נטל, הטבת מצבו של אחד נעשית לרוב על חשבון הרעת מצבו של אחר. מכיוון שנשים אינן משתתפות בנטל המילואים – כל גבר עושה יותר ימי מילואים "במקומן". משעה שנשים תורשינה לשרת כטייסות – יותרו פחות תקנים באופן יחסי לגברים המבקשים

המצב בו מאוזנת אפליית הגברים לרעה על ידי יצירת אפליה נגדית כלפי נשים — כך ששני המינים יופלו במישורים שונים האחד על חשבון רעהו — אינו רצוי, אך הוא עדיף על פני מצב בו אפליית הגברים נשארת על כנה ואפליית הנשים מתוקנת מתוך הגשמה לכאורית של עקרון השוויון.

שיקול האפליה הנגדית רלבנטית משמצינו שלא קיימת שונות רלבנטית בין המינים המצדיקה את השוני בתנאי השירות שלהם ("השלב הראשון"). אולם גם אם נניח ששונות רלבנטית זו אכן קיימת ומצדיקה את השוני בתנאי השירות, יש לעבור לשלב השני להלן.

ג. השלב השני. האם ההסדרים השונים באופי השירות, כפי שקבועים בחוק, יוצרים, הם לכשעצמם, שונות רלבנטית בין המינים לעניין גיוס נשים לקורס טיס. לדעתי, התשובה היא חיובית. ההטבות בתנאי השירות של נשים הופכות את שירות המילואים שלהן לקצר ולא וודאי. השופט שטרסברג-כהן תארה את המצב הקיים באומרה כי "רצף השירות הצבאי של טייסת עלול להפגע והשירות הצבאי עלול להסתיים אם היא תינשא, תהרה או תהפוך לאם, וממילואים היא תוכל להשתחרר בגיל 38 (גבר, בגיל 54), על ידי הודעה חד-צדדית, גם אם תתנדב לשירות כזה מעל גיל זה"¹⁶. לדעתי, עלות ההכשרה של טייס היא גבוהה מדי וחיובות מערך המילואים בחיל האוויר היא רבה מדי מכדי לאפשר לטייסת לפטור עצמה לחלוטין משירות מילואים על ידי מעשה חד צדדי זה או אחר.

3. השונות הרלבנטית כפי שיושמה בפסק הדין

הצגתי את עמדתי העקרונית בסוגיה זו. שופטי הרוב בעניין מילר לא הלכו בדרך המוצעת ואף יישמו בצורות שונות את מושג השונות הרלבנטית בנסיבות המקרה¹⁷. אינני מסכים לחלק מהקביעות החשובות של שופטי הרוב לגבי מושג השונות הרלבנטית. אפרט את טיעוני לפי "השלב הראשון" — הוא הקביעה האם קיים שוני רלבנטי בין גברים לבין נשים המצדיק את תנאי השירות השונים שלהם ו"השלב השני" — הוא הקביעה האם השוני בתנאי השירות רלבנטי לגיוס נשים לקורס טיס.

לשרת כטייסים. טיעון האפליה הנגדית יאמר: כדי לאזן את אפליית הגברים לרעה בתנאי השירות, יש להיטיב עימם על ידי אפליית נשים באי גיוס לקורס טיס.

16 עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 119.

17 ראו גם — ש' אלמוג "על נשים, צבא ושוויון" משפט וממשל ג (1996) 631, 633–635. הדגש בדיון להלן מושם על ניתוח וביקורת דעת הרוב. לשם השלמת התמונה אציין כי דעת המיעוט (של השופטים טל וקרמי) דחתה את העתירה בעיקר משום שמצאה שכל הוצאה כספית, אין בה להביא להשוואת תרומתה של טייסת לזו של טייס, בשל תנאי השירות של הנשים ובשל היעדרותן מהשירות בזמני הריון ולידה.

השופט מצא

השלב הראשון: השופט מצא סבר, כי "הבחנת החוק, באשר לחובת השירות ולתנאי השירות, בין גברים לבין נשים, נועדה להקל עם הנשים; מן הסתם בהתחשב בהבדל הביולוגי שבין המינים"¹⁸. גישה זו רואה בהטבות המפליגות המוענקות לנשים בשירות הצבאי תוצאה של הבחנה מותרת מתוך ההבדל הביולוגי שבין המינים. את ביקורתי על עמדה זו הצגתי בראשית דבריי.

השופט מצא הוסיף ואמר, כי גם אם "... נניח כי החוק אכן לוקה במידה זו או אחרת של הפליית הגברים לרעה, אינני רואה כיצד ניתן לנגח בטיעון זה דווקא את העותרת, המבקשת זכות לעצמה לשאת בנטל, שעל-פי גישת הטוענים יוחד לגברים בלבד"¹⁹. תשובתי לדברים אלה מורכבת משניים: ראשית, העותרת אינה מבקשת לשאת בנטל שווה לזה שנושאים הטייסים. אין היא מבקשת להכפיף את עצמה לאותה חובת שירות סטטוטורית ולא התנדבותית החלה על הטייסים ונדמה שאף אינה יכולה לעשות כן. לזאת מודע השופט מצא באומרו כי "עיקר הקושי טמון בהיעדר היכולת להסתמך על התחייבותה להתמיד בשירות מילואים שאינה חייבת בו, שכן, אם תהרהר או תלד, ותודיע שהיא חוזרת בה מהתנדבותה, שוב לא תהיה אפשרות חוקית לחייבה לשרת"²⁰. נטל הנוכע מחובה סטטוטורית אינו כנטל הנוכע מהתנדבות בת חרטה. שנית, העותרת בחרה לעצמה חובה אחת מתוך אגד החובות המוטלות על הגברים חייבי הגיוס. חובה זו טומנת בחובה, אולי יותר מכל חובה אחרת בצה"ל, הטבות ענק, ביניהן: גמול כספי נדיב, יוקרה חברתית, אתגר אישי, תנאי שירות מפנקים ועתיד "אזרחי" מובטח. הטבות אלה מחייבות זהירות בשימוש במושג "נטל" לענייננו. במקרה שלפנינו, כף המאזניים בין הנטל שהוא החובה המשפטית לשרת לבין הגמול שהוא אגד ההטבות של טייס בחיל האוויר, נוטה בכיורור לצד הגמול. העותרת לא ביקשה לשאת בנטל בחובה המשפטית, כפי שביקשה ליהנות מהזכות²¹.

השלב השני: השופט מצא קבע כי "הבחנת החוק, באשר לחובת השירות ולתנאי השירות... אין היא יכולה להיות סיבה להתרת יחס מפלה כלפי החיילות"²². מבין כל שופטי המותב, השופט מצא הוא היחיד שסבר שהשוני בתנאי השירות בין

18 עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 110 (ההדגשות שלי – י.ג.).

19 שם, בע' 111.

20 שם, בע' 114.

21 ניטיב להבין טיעון זה אם נזכור כי אגד החובות המוטל על הגברים אינו ניתן להפרדה. גבר כי ינשור מקורס הטיס יגויס בדרך כלל – ולעתים בעל כורחו – ליחידת שדה, לשירות קשה אך "אפור", נטול זוהר ותגמול. האפשרות שניתנה לעותרת לבחור את החובה המתגמלת ביותר ללא נשיאה באגד החובות כולן הטיבה את מעמדה לעומת גבר שווה בכישוריו. מסקנה זו נובעת מההנחה הסבירה שאישה בעלת כישורים המאפשרים לה לשרת כטייסת או לפחות להתמודד כשווה על הכניסה לקורס טיס יש לה גם את הכישורים המאפשרים להכשירה כנהגת טנק, מפקדת טנק, מפקדת סוללת תותחים ועוד, גם בניגוד לרצונה.

22 עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 110.

גברים לבין נשים אינו שוני רלבנטי לעניין גיוס נשים לקורס טיס. לא זו אף זו: מדברי השופט עולה, כי השוני בתנאי השירות אינו רלבנטי בכל מקרה בו דנים בהתאמתה של חיילת לתפקיד מסוים. לגישתו, פסילה לתפקיד אפשרית "רק מקום שבו מינה של המועמדת יוצר שוני אשר הינו רלוואנטי למילוי של התפקיד המסוים"²³. גישה זו אינה מקובלת על אף לא אחד מהשופטים במושב. אכן, קשה להניח ששירותן הקצר – ולפעמים ההתנדבותי בלבד – של נשים בשירות הסדיר ובמילואים לעומת זה של הגברים, לעולם לא יהווה שוני רלבנטי, בעיקר בתפקידים הדורשים הכשרה ממושכת ויקרה וטווח שירות ארוך שאינו התנדבותי.

השופט שטרסברג-כהן: גישת נטרול השונות הרלבנטית
השלב הראשון: השופטת ביקשה שלא להכריע בנושא, אלא לעבור ל"שלב השני" מתוך נקודת המוצא של ההבחנה אותה יוצר החוק. כפי שצינתי, ההכרעה ב"שלב הראשון" הכרחית הן לשם הבנת אופיו של השירות הצבאי בכללותו והן לשם ניתוח הסוגיה של ה"אפליה הנגדית", ולא היה נכון, לדעתי, להמשיך בדיון מבלי להכריע בשאלה זו²⁴. עם כל הכבוד, נדמה שדיון בשאלת מדיניות הצבא שלא לגייס נשים לקורס טיס יהיה לעולם חסר, מקום בו לא נבחנת מהותו של החוק אשר על הוראותיו נסמכת אותה מדיניות, אם מפלה הוא אם לאו – ואת מי.

השלב השני: שלא כשופט מצא, סברה השופטת שהשוני בין גברים לבין נשים בתנאי השירות אכן יוצר שונות הרלבנטית לעניין גיוס נשים לקורס טיס. אולם, כאן המשיכה השופטת ואמרה את הדברים הבאים: "... לא די בהיותה של שונות רלוואנטית כדי לסתום את הגולל על טענת ההפליה, שכן, שונות רלוואנטית הניתנת לתיקון או לנטרול כדי להשיג שוויון, ראוי לתקנה או לנטרלה, אם כי לא בכל מחיר"²⁵. השופטת תארה שתי קבוצות של שונות רלבנטית. האחת, ניתנת או ראויה לנטרול והשנייה, אינה ניתנת או ראויה לנטרול. לדעתה, השונות בתנאי השירות נמנית על הקבוצה הראשונה. השופטת הציגה דוגמאות מהחוק הישראלי (חוק

23 שם, בע' 111 (ההדגשות שלי – י.נ.), וראו גם בע' 110 מול האות ד'.

24 אף שהשופטת הצהירה שאינה מבקשת להכריע בסוגיה זו, נדמה שניתן להבין כי נקודת המוצא שלה זהו לזו של השופט מצא, באומרה כי "חוק שירות ביטחון... יצר הבחנה בין גברים לנשים... מתוך ההבחנה שיצר החוק בתנאי השירות צמח – כעניין של מדיניות – אי-שוויון, שהוא, לענייננו, אי-קבלת נשים לקורס טיס. לדעתי, אין להנציח את ההבחנה שיצר החוק על-ידי הפליה הנבנית על אושיותיו": שם, בע' 118 (ההדגשות שלי – י.נ.).

25 שם, בע' 119. השופטת הדגישה בדבריה, שאין הכוונה להעדרה מתקנת במשמעותה המובהקת, שם, בע' 120. בנסיבות פסק הדין ניתן לחלוק על קביעה זו, וראו בטקסט להערה 27 להלן. אולם, גם אם נניח כי הקביעה נכונה, מעניין לציין כי העדרה מתקנת מיושמת הלכה למעשה בקורסי הטיס המאוחרים לפסיקה בעניין מילר. בכתבה בעיתון "מעריב", מיום ה'3.6.97, חשף מפקד חיל האוויר את העובדה כי הצוערות בקורס הטיס נהנות מסרגל מאמצים קל יותר מזה שלפיו מתאמנים הצוערים, ואת העובדה התמוהה שניתנה הנחיה לסגל הפיקוד להדיח צוערות ב"שלב המכין" של הקורס, רק לאחר לא פחות מחמש עשרה טיסות, בעוד שצוערים ניתן להדיח כבר לאחר חמש טיסות.

עבודת נשים, תשי"ד – 1954, וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח – 1988) בהן, לדעתה, הועמסו נטלים כלכליים על מגזרי ציבור כדי ליצור שוויון על ידי נטרול של שונות רלבנטית²⁶.

לדעתי, בדוגמאות אלו אין לראות נטרול שונות רלבנטית, אלא קביעה סטטוטורית שהשוני הביולוגי בין גברים לבין נשים, אינו שוני רלבנטי לעניין קבלת נשים לעבודה זו או אחרת, אך הוא שוני רלבנטי המצדיק שוני מסוים בלבד בתנאי ההעסקה של נשים. חובת מעביד לתת לעובדת הרה חופשת לידה, למשל, אינה מנטרלת את השוני בינה לבין עובד זכר. השוני עדיין קיים. חובה זו של המעביד מבליעה הנחה ששוני זה אינו רלבנטי לעניין קבלת האישה לעבודה – מחד, ורלבנטי לעניין תנאי העסקתה – מאידך. לכן המעביד והמדינה נושאים בנטל ששוני זה יוצר. בדומה לכך, גם בפסק הדין שלפנינו השוני הביולוגי לכשעצמו לא יוצר, לדעתי, שונות הרלבנטית לעניין גיוס נשים לקורס טיס, אלא יוצר שונות רלבנטית המצדיקה הקלות בתנאי השירות לטייסת ורק בנוגע לתקופת ההריון והלידה. השונות הביולוגית אינה יכולה להצדיק את תנאי ההעסקה המשופרים של הנשים מעבר למתן חופשות לידה. יתרה מכך, תנאי העסקה אלו לכשעצמם מגבשים שונות רלבנטית שאינה ניתנת לנטרול על ידי השקעה כספית אלא רק על ידי שינוי החוק, כפי שנציע בהמשך.

אכן, ההשקעה הכספית אותה חויב צה"ל להשקיע, מכיוון שאין ביכולתה "לנטרל" את השונות הרלבנטית המתבטאת בהסדרי השירות השונים של הנשים, היא למעשה המחיר הכלכלי אותו יש לשלם משנכפית התייחסות שווה אל שונים שוני רלבנטי. ובמילים אחרות ועם כל הכבוד, אין זה נכון לנקוט במונחים של "נטרול" השונות מקום שזו לא נוטרלה כלל, אלא שבחרנו להתעלם ממנה ולשלם את מחירה הכלכלי באמצעות הפעלת הסדר מסוים ובעייתי של אפליה מתקנת²⁷. למרות האמור, נדמה שגישת "נטרול" השונות הרלבנטית נכונה לכשעצמה. היא מכוננת שלב ביניים בין היעדרה של שונות לבין קיומה של שונות שעשויה להצדיק יחס שונה או אפליה מתקנת, לפי העניין. אני מסכים לדעתה של השופטת

26 שם, בע' 121.

27 לדעת השופטת, אפליה מתקנת קיימת מקום בו ישנה "הימנעות מהבחנה בין מי שאינם שווים בכישוריהם או בהתאמתם...": שם, שם. נטרול שונות רלבנטית, לעומת זאת, קיים מקום בו מוקצים משאבים "ליצירת נקודת זינוק שווה לשניים המתאימים באותה מידה לאותו תפקיד, אלא נתונים שאינם ממהותו של התפקיד חוסמים את דרכו של אחד מהם": שם, שם. במקרה שלפנינו, השוני העצום בחובות השירות ובמשך השירות הוא שוני בהתאמה לתפקיד ולא יכול להיחשב כנתון שאינו ממהותו של התפקיד. לכן, פסיקתה של השופטת כמה כהפעלת הסדר של אפליה מתקנת. בהסדר זה – על יתרונותיו וחסרונותיו – היה צריך להתמקד הדין. על אפליה מתקנת, ראו, למשל: בג"צ 453/94 שדולה הנשים בישראל ג' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501; ס' פלאוט "העדפה מקלקלת" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 235; פ' רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 145; ד' דורנר "הבחנה משווה ומעמד האשה" עיוני משפט כ (1997) 541.

שניתן ליישם את גישת נטרול השונות הרלבנטית מקום בו קשיים פיזיים, כלכליים ולוגיסטיים הם המגבשים שונות זו. במקרה שלפנינו, נטרול השונות הרלבנטית עשוי לבוא לידי ביטוי, למשל, בבניית מגורים נפרדים, הכנת מסלול הכשרה מיוחד ודאגה לתנאי שירות ומחייה מיוחדים לנשים, עד כמה שהם נדרשים. אלו הם נתונים שאינם ממהותו של התפקיד, שחוסמים — ולא בצדק — את דרכן של נשים לקורס טיס. לא כך הוא השוני בתנאי השירות. מקום בו שוני זה הוא כה משמעותי, הוא הופך לחלק ממהותו של התפקיד. משך השירות ורציפות השירות של טייס הוא תנאי בלתי נפרד ממהות התפקיד. אין מדובר בקושי לוגיסטי גרידא שניתן "לנטרלו". התעלמות משוני זה, כמוה כאפליה מתקנת ממש.

ייתכן שדוגמא אותה הביאה השופטת בדבריה עשויה להבהיר את העניין. הדוגמא היא של נכה הנעזר בכיסא גלגלים, המבקש להתקבל לעבודה במוסד ציבורי ושכישוריו עונים על דרישות התפקיד. לדעת השופטת, המוגבלות בגישה למקום העבודה יוצרת שונות רלבנטית הראויה והניתנת לנטרול במחיר סביר. לכן יתעלם המעביד משונות זו בבואו לשקול את קבלת הנכה לעבודה ומשזה התקבל — תוסדר לו דרך גישה מתאימה. שתי הערות: ראשית, לא ברור האם קשייו הטכניים של הנכה אכן מהווים שונות רלבנטית להעסקתו או שמא ראוי לומר — כהחלטה ערכית — שמלכתחילה לא קיים שוני שאנו מכירים בו כרלבנטי לקבלתו לעבודה. שנית וחשוב יותר: בדוגמא זו, השקעה כספית נמוכה וחד פעמית אכן מנטרלת את השוני לעניין מקום העבודה — בין אם הוא רלבנטי בין אם לאו. משהוסדרה דרך הגישה, היינו נפתרו הקשיים הפיזיים-לוגיסטיים, וזכויותיו וחובותיו של העובד הנכה זהות לאלה של שאר העובדים. אך שוו בנפשכם את אותו מקרה, אלא שהמוסד הציבורי דורש מכל מועמד לתפקיד לחתום על חוזה עבודה למשך חמש שנים, משום ההכשרה הארוכה והיקרה הנדרשת לתפקיד. אותו נכה מסרב לחתום. הייתכן שהמוסד שיסרב להעסיק את הנכה, יואשם באפליה? הייתכן לטעון שדרישת חמש השנים אינה ממהותו של התפקיד או שמדובר בשונות רלבנטית שראוי לנטרלה? והרי כך הוא המקרה שלפנינו. אמנם המועמדות לקורס הטיס אינן מכריזות קבל עם על כוונתן לפרוש מהשירות הצבאי זמן קצר לאחר הכשרתן, אך די ביכולתן לעשות כן בפועל, מבלי שתופעל נגדן סנקציה כלשהי. כמו כן, העובדה שהחוק עצמו פוטר את הנשים מחובת שירות מלאה, אין בה כדי לשנות. שכן, אם החוק הוא מקור האפליה, תוקפו הוא שצריך לעמוד למבחן — ולא התוקף של מדיניות הצבא שהיא פועל יוצא ממצב נורמטיבי קיים, שלא שונה גם לאחר פסק הדין.

השופטת דורנר: המבחן הכפול; עקרון השוויון וכבוד האדם
השלב הראשון: מדבריה של השופטת דורנר ניתן להבין שלדעתה לא קיימת בין המינים שונות רלבנטית המצדיקה את תנאי השירות השונים שלהם, וכי

השוני בתנאי השירות בין גברים לנשים מפלה לרעה את הנשים דווקא²⁸. אני סבור כי יישום נכון של המבחנים אותם קבעה השופטת בפסק דינה צריך היה להוביל למסקנה שתנאי השירות בצה"ל מפלים לרעה את הגברים. המבחן העיקרי אותו קבעה השופטת הוא, למעשה, מבחן כפול המשלב את העילה של "שיקולים זרים ומטרות זרות" ואת עילת אי הסבירות או העדר היחסיות²⁹. שילוב זה הציעה השופטת ליישם במקרים בהם ההחלטה מבוססת על שיקול שיסודו בהשתייכות קבוצתית (מין, גזע, דת) ולשם התגברות על הקשיים שמעוררת במקרים אלה ההגדרה האריסטוטלית לשוויון³⁰. המבחן הכפול הוא: ראשית, האם שיקול המין הוא רלבנטי. אם כן, האם ההתחשבות בו מוצדקת למטרות העניין³¹. מבחן כפול זה "מעודן" יותר, רעיונית, מגישת "נטרול השונות הרלבנטית" של השופטת שטרסברג-כהן. לפי גישת "המבחן הכפול" אנו מכירים בכך שהשונות הרלבנטית עדיין קיימת, אלא שייתכנו מקרים ששונות זו, אפילו רלבנטית למהות העניין, אינה משמעותית דיה כדי להצדיק יחס שונה אל השונים שוני רלבנטי מסוג זה.

יישום המבחן הכפול לענייננו מעלה את השאלה הבאה: אם נניח כי שיקול המין הוא רלבנטי לקביעת תנאי השירות של חיילים וחיילות, עד כמה יש להתחשב בו? או במילים אחרות, מהו השוני בתנאי השירות אותו יכול להצדיק שיקול המין. התשובה מצויה במבחן עזר אותו קבעה השופטת, הוא מבחן צורכיהן הייחודיים של נשים³². צרכים ייחודיים אלה, לדעת השופטת, הם: הריון, לידה, הנקה וטיפול בילדים. צרכים אלה, ציינה השופטת, מוגנים בתחיקת העבודה בישראל. אולם, כאמור, חוקים אלה מכירים בשונות הביולוגית ובצרכים הייחודיים של נשים, בעיקר בנוגע לצורכי התקופה הקצרה יחסית של לפני הריון ואחריו. טענתי שמקורה של מציאות זו הוא בהנחת המחוקק שגילה של האישה, היותה נשואה

28 בבואה לבחון אם מדיניות צה"ל עולה בקנה אחד עם התנאי הראשון בפסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (הסמכה מפורשת בחוק) קבעה השופטת כי "החוק מבחין בין גבר לבין אישה ככל שהדבר נוגע למשך חובת השירות, ובכך הוא מפלה בין המינים": עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 143. השופטת אמרה גם כי "האיסור על הפליית נשים לרעה עלול להיות מושם לאל על-ידי קביעה — המבוססת על סטריאוטיפים משפילים מקובלים — כי שונותה של האישה מן הגבר מצדיקה, ואף מחייבת, התייחסות שונה אליה": שם, בע' 133.

29 לדיון נרחב בעילות אלה, ראו ר' הריזהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז) 447–510.

30 הגדרה זו היא המקובלת למעשה בפסיקת בתי המשפט בישראל ועיקרה הוא: "שוויון הוא יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם": עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 133. חסרונה של הגדרה זו, לדעת השופטת, הוא חוסר באמת מידה לקביעתה של רלבנטיות השוני בין שונים: שם, שם.

31 שם. נדמה שכאומרה "האם ההתחשבות בו מוצדקת" התכוונה השופטת לבחינה האם המשקל שניתן לשיקול זה מוצדק, שכן אם כבר קבענו שהשיקול הוא רלבנטי, ודאי שעצם ההתחשבות בו מוצדקת ונותר רק לבחון את המשקל הראוי שיש לתת לשיקול זה מול שיקולים אחרים, ביניהם עקרון השוויון.

32 שם, בע' 141–142. מבחן זה הוא "מודל ביניים" בין המודל של אפליית נשים לרעה בשל תכונותיהן המיוחדות לבין המודל של שוויון פורמלי מתוך "עיוורון למין".

והיותה אם לילדים אינם מצדיקים הקלות והטבות מיוחדות ומשמעותיות, משום שאינם שוני רלבנטי לעניין תנאי ההעסקה של נשים.

מתוך ראיית שירות הקבע בצה"ל כמגבש (רעיונית) יחסי עובד-מעביד, קשה להצדיק, לפי מודל הביניים של ההתחשבות בצרכים הייחודיים, את שורת ההטבות בתנאי השירות מהן נהנות הנשים. מודל הביניים היה חייב להוביל אותנו בדרך הבאה: משום שההקלות הניתנות לנשים בתנאי השירות בצה"ל חורגות מעבר לדרוש לשמירה על צורכיהן הייחודיים, המסקנה המתבקשת היא שצה"ל מפלה לרעה את הגברים בשירות הצבאי בכללותו.

השלב השני: לדעת השופטת דורנר, מניעת העותרת מלהתגייס לקורס טיס פגעה בכבודו. בהתאם לכך, הדיון בשלב השני נעשה במסגרת פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) והסתכם בקביעה שסגירת מקצוע הטיס בפני נשים אינה עונה על דרישת המידתיות הקבועה בפסקה זו. יישום חוק היסוד במקרה שלפנינו מחייב מספר הערות³³:

ראשית, השופטת דורנר סברה כי אפליה מחמת מין משפילה את המופלה, פוגעת בכבודו ולכן אסורה לפי הוראות חוק היסוד. גם אם חוק היסוד אכן מגן על פגיעה מסוג זה בעקרון השוויון, הרי שראייה נכונה של השירות הצבאי ככזה שבדרך כלל מפלה לטובה את הנשים, יש בה כדי להקהות את העוקץ מטענת ההשפלה במקרה המסוים ולהוביל למסקנה שאין חוק היסוד חל על המקרה שלפנינו.

שנית, השופטת חזרה וטענה כי סגירת שערי קורס הטיס בפני הנשים מפלה אותן בשל מינן ולכן פוגעת בכבודן³⁴, אך נדמה שלא כך הוא. המשיבים הדגישו כי שירות המילואים הקצר ולעתים ההתנדבותי בלבד של הנשים הוא המצדיק את אי גיוסן לקורס הטיס. שיקול המין לכשעצמו לא היווה גורם מכריע בהחלטתם. אילו נמצאה הדרך לחייב את העותרת בשירות מילואים זהה באורכו לזה של הגברים — תוך התחשבות בזמני הריזון ולידה — נדמה שלא הייתה מניעה לגייסה לקורס הטיס. לדעתי, קביעה זו של השופטת נבעה, עם כל הכבוד, מתוך נקודת מוצא מוטעית. השופטת סברה כי "בענייננו, תחיקה שתכליתה להגן על האישה אינה יכולה לשמש יסוד להפלייתה, אם ויתרה על ההגנה (ובלבד, כמובן, שההגנה אינה כפויה עליה בחוק...)..."³⁵. אני סבור, כאמור, שאפילו זכויות היתר המוענקות לנשים בחוק שירות ביטחון אינן קוגנטיות, הוויתור עליהן אינו ויתור כלל משלא ניתן לאוכפו אם המוותרת תחזור בה מוויתורה. לא נוצר מצב בו העותרת נטרלה על ידי ויתור את

33 בפסק דינה השופטת דנה בתחולת חוק היסוד על עקרון השוויון בכלל ועל אפליה מחמת מין בפרט. סוגיה זו של השפעת חוקי היסוד על זכויות האדם, ולענייננו — על הזכות לשוויון, דורשת דיון נפרד. במסגרת חיבור זה אינני מבקש אלא להעלות שורה לא ממצה של ספקות ושאלות העולות מנסיבות המקרה שלפנינו.

34 עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 132–133, 141, 143.

35 שם, בע' 140.

השוני בתנאי השירות והותירה את שיקול המין לבדו במאזן השיקולים. משהאפליה (שאינה קיימת, לדעתי) התבססה לא על שיקול המין אלא על שיקולים תכנוניים, קשה יותר לראות בה השפלה ומשאין בה השפלה — ולפי גישת השופטת — לא חלות עליה הוראות חוק היסוד.

לא זו אף זו: השופטת ציינה כי תחיקה המגנה על האישה, אם אינה קוגנטית ואם האישה ויתרה על הגנה זו, אינה יכולה להצדיק את אפלייתה. אילו השופטת הייתה מכירה בכך שוויתור שניתן לחזור ממנו בכל עת אינו ויתור כלל, ייתכן שהייתה מסכימה שבמקרה שלפנינו התחיקה המגנה על האישה יכולה "לשמש יסוד לאפלייתה", היינו, לגבש שונות רלבנטית המצדיקה אי גיוס נשים לקורס טיס.

שלישית, לדעת השופטת, סגירת מקצוע הטיס בפני העותרת, אפילו נועדה לתכלית ראויה (חסכון כספי והקלת התכנון), פגעה בכבודה ובעקרון השוויון מעבר לנדרש. התוצאה של החריגה מדרישת המידתיות הייתה חיוב הצבא לבטל את מדיניותו ולגייס נשים לקורס טיס. האם עמידה בדרישת המידתיות הייתה חייבת להוביל לתוצאה זו דווקא? האם הפתרון לקיצוניות אחת של סגירה מוחלטת של קורס הטיס בפני נשים טמון בקיצוניות שנייה של פתיחת קורס הטיס לנשים על אף שירות המילואים הקצר וההתנדבותי שלהן? לדעתי, היה מקום לבחון לא רק האם הפגיעה בזכויות היסוד לשוויון ולכבוד נעשתה מעבר לנדרש אלא גם האם תוצאת פסק הדין מגינה על זכויות היסוד מעבר לנדרש. בנסיבות המקרה היה מקום לבחון עד כמה ניתן לצמצם את הפער בתנאי השירות בין טייסים לבין טייסות מבלי לפגוע בזכותן של הנשים לשוויון מהותי וכדי לשרת טוב יותר את התכליות הראויות של חיסכון כספי, מיצוי מירב התועלת מהטייסות והקלת התכנון במערך הטיס. דרישת המידתיות, כפי שמחייבת את הצבא לפתור את הקושי של שירותן הקצר והלא ודאי של הנשים באמצעים אחרים מלבד סגירת קורס הטיס בפניהן, מחייבת — לאור התכליות הראויות — שההטבות הניתנות לנשים בתנאי השירות לא תהיינה מעבר לנדרש כדי לענות על צורכיהן הייחודיים. לדעתי, תוצאת פסק הדין נותנת משקל נמוך מדי לאותן תכליות נאותות על ידי הגנה מעבר לנדרש על הזכויות לשוויון ולכבוד.

רביעית, ראוי לציין שרעתה הברורה של השופטת שסגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו מפלה אותו ומשפילה אותו בניגוד להוראות חוק היסוד, פותחת פתח מעניין לעתירות של חיילים לאפשר להם לשרת במקצועות צבאיים הפתוחים כיום לנשים בלבד, כפי שפורטו בראשית דברי.

חמישית, אם אכן סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו משפילה אותו, האם ניתן לגזור גזירה שווה לגבי חיוב אדם לשרת במקצוע או בתפקיד מחמת מינו? אם כן, עשויה להיטען הטענה שחיוב גברים בלבד לשרת ביחידות השדה משמצב כריאותם מאפשר זאת ושחיוב בפועל של גברים בלבד בשירות מילואים כמוהם כהשפלה וכפגיעה בכבודם מעבר לדרישת המידתיות הקבועה בחוק היסוד.

4. פטור מחובה כאפליה

מדבריה של השופטת דורנר ניתן להבין כי הפטור הניתן לנשים מחובת השירות, מפלה אותן לרעה, משום שהוא מבסס "סטריאוטיפים משפילים מקובלים" — [הקובעים] כי שונותה של האישה מן הגבר מצדיקה, ואף מחייבת, התייחסות שונה אליה³⁶. השאלה, האם מתן פטור מחובה משפטית עשוי להפלות לרעה דווקא את מקבל הפטור, היא שאלה מעניינת³⁷. אין לנו צורך להרחיב בה כעת, שכן, גם אם נניח שהפטור הניתן לנשים מחובת השירות מפלה אותן לרעה — בין אם הוא מנציח סטריאוטיפים מקובלים ובין אם הוא משמש "תירוץ" לא לגייסן ליחידות קרביות — הדרך למיגור האפליה היא אחת — ביטול הפטור. בעניין מילר, הגינו של הטיעון שהעלתה השופטת דורנר, חייב, עם כל הכבוד, את הקביעה שיש להשוות את תנאי השירות של הנשים לאלו של הגברים (ובנסיבות העתירה — לפחות בקורס טיס) כדי לרפא את אפליית הנשים לרעה. מתן הזכות להשתתף בקורס הטיס, ללא השוואת חובת השירות, השאיר את "הסטריאוטיפים המשפילים המקובלים" על כנם וצירף לכך את אפליית הטייסים לרעה מול הטייסות.

את הבעייתיות בפסיקת בית המשפט בעניין מילר ניתן להבין מהשוואה למקרה דומה של 'פטור מחובה כאפליה'. בעניין *Hoyt v. Florida*³⁸, הוצדק חוק שפטור נשים מחובת השירות בחבר מושבעים בנימוק שהאישה עדיין נחשבת כמרכז הבית וחיי המשפחה, ואין להטיל עליה נטלים שיפריעו להיותה כזו. הלכה זו אינה תקפה היום, אולם, שחרור האישה מהסטריאוטיפ האמור נעשה על ידי הטלה מלאה של חובת השירות בחבר מושבעים. לפי הרציונל של הלכת מילר, ניתן היה לאפשר לאישה להיות חברה בחבר מושבעים רק אם רצונה בכך, ומשהסכימה והחלה לשרת בחבר המושבעים, ניתן היה לפטור אותה מחובות המוטלים על

36 שם, בע' 133.

37 דוק: הגינו של הטיעון שההקלות והפטורים המוענקים לנשים מפלים אותן לרעה עשוי להוביל למסקנה שהפטור המוחלט הניתן לבחורי ישיבות מהשירות הצבאי יוצר כלפיהם, מקל וחומר, אפליה קשה אף יותר מאפליית הנשים. הייתכן? או שמא הקלות ופטורים מחובת השירות מפלים את מקבלם לטובה ולא לרעה. אפשר ויטען הטוען: ממה נפשך, והרי כאן מדובר בנשים החפצות לתרום והרואות בשירות הצבאי זכות. אין דינן כדיון בחור הישיבה הרואה בשירות משום חובה. לכך יש להשיב כי סיווג השירות בצה"ל כזכות או כחובה חייב להיעשות לפי מבחן אובייקטיבי. הייתכן כי השירות בצה"ל יסווג כזכות או כחובה לפי השקפתו הסובייקטיבית — ולעתים המשתנה — של הפרט? (מושגי הזכות והחובה קשורים לענייננו, שכן הטיעון שפטור מחובה כמוהו כאפליית מקבל הפטור, מבלע בתוכו הנחה שבצד החובה הפטורה ישנן זכויות הנמנעות ממקבל הפטור). אין אני מכיר שיטת משפט בה חובותיו וזכויותיו של הפרט נקבעות לפי פרשנותו הוא לדברי חקיקה ולא ייתכן כי כך הוא הדבר במקרה שלפנינו.

38 368 U.S. 57 (1961) (להלן: עניין Hoyt).

מושבעים גברים ולאפשר לה לפרוש מחבר המושבעים בכל עת שתחפוץ³⁹. כאמור, פתרון כזה, מסוג הפתרון שמצא בית המשפט בעניין מילר, לא רק שאינו מבטל סטריאוטיפים מושרשים בנוגע לנשים, אלא אולי אף מעצים, מעצם האפליה לטובת הנשים הנובעת ממנו.

5. הגנה משפטית על רוב דומיננטי בחברה

דיון בשאלת השוויון בישראל עשוי להעלות את השאלה, האם קיימת בכלל עילה להתערבות שיפוטית בגין אפליה נגד גברים. תיתכן הטענה כי הגברים הנם בעלי השליטה במוקדי ההכרעה בכל רשויות השלטון, ומכיוון שהתערבות שיפוטית למניעת אפליה נועדה להגן על קבוצות מיעוט בחברה, יש להימנע, בדרך כלל, מהתערבות שיפוטית לטובת גברים מופלים. יש לשלול טענה זו מכל וכל. טענה זו מבליעה הנחה מוטעית לפיה בשאלות של שוויון ואפליה יש לבחון את הצדדים ברמת ההכללה הרחבה ביותר, ובמקרה שלפנינו – גברים מול נשים בחברה הישראלית. לדעתי, יש לבחון, לגופו של עניין, מהי קבוצת ההתייחסות הנכונה והאם בפנינו אפליה פסולה. בעניין מילר, רמת ההכללה הנכונה היא גברים מול נשים בצבא, ואולי אף גברים מול נשים לעניין קורס טיס. רק ברמות הכללה צרות, בהתאם לנסיבות כל מקרה, ניתן להגיע לתוצאות צודקות המתחשבות הן בכוחו של סוג הפרט, בדרך כלל, בחברה (גבר, אישה, יהודי, ערבי) והן במעמדו המיוחד במסגרת המצומצמת נשואת הדיון (צבא, מוסד להשכלה גבוהה, חברה ממשלתית).

יטען הטוען: והרי גם אם נצמצם את רמת ההכללה במקרה שלפנינו לגברים מול נשים בצבא, עדיין נשאלת השאלה כיצד ייתכן שגברים מופלים לרעה במסגרת בה הם הרוב הדומיננטי. התשובה לכך אינה פשוטה. תשובה אפשרית אחת היא קיומה של גישה שוביניסטית-פטרנליסטית בקרב הגברים מקבלי ההחלטות, שמרחיקה את הנשים ממטלות שהן, כביכול, אינן מסוגלות לעמוד בהן. הנפגעים הם אותם גברים, שאינם נמנים עם קובעי המדיניות, ושנאלצים לשאת בעול השירות הצבאי לבדם. תשובה אחרת היא שהנשים עצמן אינן מעונינות בהשוואת נטל השירות שלהן לזה של הגברים, וכך מהלך כזה עשוי להיות מפורש על ידן כפגיעה בהן ולא כדרך לשילובן כשוות בצבא וכחברה⁴⁰. תשובה נוספת, שאינה בלתי סבירה,

39 בעניין *Hoyt*, החוק שפטר נשים מהחובה לשרת בחבר מושבעים, אפשר לנשים לקחת חלק בחובה זו רק אם הצהירו על נכונותן לעשות כן. מצב זה דומה למצב הנורמטיבי שנוצר לאחר הפסיקה בעניין מילר, בהבדל משמעותי אחד: לפי החוק בפלורידה, אישה שוויתרה על הפטור מחובת השירות בחבר מושבעים, חלו עליה כל החובות המוטלות על מושבעים, גברים ונשים כאחד. כמו כן, מעניין לציין כי בעניין *Hoyt* נטען על ידי המערצרת שהחוק אינו חוקתי דווקא משום שנתן לנשים את האפשרות לשרת בחבר מושבעים במקום להטיל עליהן את החובה לעשות כן.

40 "התמיכה בהקלות על בנות... מתבססת גם על הצורך לחסוך מנשים נטל נוסף לנטל הבלתי

היא סירובם של מקבלי ההחלטות להודות בכך שהשירות הצבאי הוא נטל וכי כל הפטור ממנו ללא הצדקה עניינית, מופלה לטובה⁴¹.

6. אנלוגיה לצבאות זרים

לאורך פסק הדין הובאו דוגמאות מצבאות זרים שביקשו ללמד, לדעת הרוב, על האפשרות ועל החובה לאפשר לנשים להתגייס לקורס טיס ולשרת כטייסות קרב. דעת המיעוט איבחנה דוגמאות אלה מהמקרה שלפנינו, בעיקר משום ש"מצבנו הביטחוני שונה תכלית שינוי מן המצב הביטחוני השורר באותן מדינות"⁴². אני מבקש להתייחס להשוואה זו מנקודת מבט שונה.

ראשית, השוני באופי השירות הצבאי בכללותו בין צה"ל לבין צבאות זרים⁴³. ישראל היא הדמוקרטיה המערבית היחידה בה נקבע שירות חובה כה ארוך ושירות מילואים כה תובעני⁴⁴. ברוב מדינות אירופה שירות החובה הוא באורך ממוצע של שנה, מועד הגיוס גמיש ונדחה לרוב בשל לימודים למשל, הסרבנות המצפונית מוכרת ואינה חריג ונטל המילואים זניח. בלוקסמבורג, בריטניה, אירלנד וגם בארה"ב השירות כולו הוא התנדבותי. סקירה קצרה זו מטרתה ללמד שהנימוק כבד המשקל, לדעתי, של אפליה נגדית וכן הצורך לבחון את אגד החובות והזכויות בשירות הצבאי בכללותו, כמעט ואינם רלבנטיים בצבאות זרים. הדברים נכונים לגבי צבאות בהם חובות השירות קלות לאין ערוך מחובות השירות בצה"ל, ומקל וחומר לגבי צבאות בהם השירות הוא התנדבותי. כל החלטה בצבאות אלה, הנוגעת לנשים ולגברים בצבא, יש להבין מתוך האופי השונה של הסדרי השירות שם. שנית, השירות בחיל האוויר של הצבאות הזרים כמוהו כמקצוע. וכמקצוע, ההתחשבות העיקרית בנשים כנשים נעשתה בהסדרת ההיעדרויות מהשירות עקב הריון ולידה. במדינות בהן אפשרו לנשים לשרת כטייסות בצבא (למשל ארה"ב,

שווה שהן כבר נושאות בהתמודדותן בתחרות הסרציו-כלכלית": פ' רדאי "על השוויון משפטי" כד (חשנ"ד) 241, 261. ראו גם בטקסט להערה 49 להלן.

41 במישור זה רבה דו הערכיות. במקרים מסוימים, נהנים מקבלי ההחלטות להצביע על השירות הצבאי כנטל (יהודים מול בני מיעוטים, חילוניים מול חרדים). במקרים אחרים, נמנעים אותם מקבלי החלטות לפעול כמתבקש מכך. הדוגמאות הטובות ביותר הן החוסר בתגמול ובפיצוי מתאים של חיילי המילואים, המשכורות המגוחכות המשולמות לחיילים בשירות החובה והסברה שנשים הפטורות מהנטל — מופלות לרעה.

42 עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 117.

43 על הסדרים צבאיים במדינות זרות ראו אצל זיידמן, לעיל הערה 2, בע' 121–145. ראו גם: E. Symons "Under Fire: Canadian Women in Combat" 4 *Can. J. Women & the Law* (1990-1991) 477; H.H. Kay *Sex-Based Discrimination* (1988) 86-116.

44 ראו למשל תוצאותיו של מחקר משווה ומקיף שפורסם בעיתון "הארץ" ביום 1.7.97. המחקר קבע כי חייל המילואים הישראלי הוא "המנוצל" ביותר בעולם. המחקר בחן את אורך השירות וכן את התגמול הכספי ואת התמריצים הניתנים למשרתים.

קנדה ואוסטרליה) לא קיים שוני במשך השירות בין גברים לנשים ולא ניתן פטור מוחלט לנשים נשואות ולאמהות. למעשה, ניתן היה להסיק מהדוגמאות שהועלו בעניין מילר, שרק במדינות בהן חובת השירות זהה לגברים ולנשים — להוציא זמני הריון ולידה — אין מניעה שנשים תשרתנה כטייסות.

שלישית, שופטי הרוב — ובנקודה זו הצטרף אליהם גם השופט קדמי — סברו שיש לנסות ולשלב את הנשים בקורס הטיס לפני שנגיע למסקנה שאין מקום לעשות כן. כאן נדמה שהיה מקום ללמוד מניסיונם של אחרים ובמיוחד מניסיונה של קנדה המובאת על ידי שופטי הרוב כמודל לחיקוי⁴⁵. מעקב אחר יישומו של החוק הקנדי בעניין שירות נשים בתפקידים קרביים מגלה שהניסיון שם נכשל, לאחר שהושקעו בו יותר ממיליון דולר מכספי משלם המסים⁴⁶.

נדמה ששופטי הרוב בעניין מילר נתלו בדוגמאות מצבאות זרים כדי להוכיח שאישה מסוגלת, עקרונית, להיות טייסת⁴⁷, שניתן לצפות את היעדרותה מהשירות עקב הריון ולידה ושיש לספוג את העלויות של היעדרויות אלה לשם הגשמת עקרון השוויון. על כל אלה אינני חולק⁴⁸. אולם היה מקום, לדעתי, לשם הדיוק שבהשוואה, להתחשב בשונות המהותית באופי השירות הצבאי בין צה"ל לבין צבאות זרים, וכן לתת משקל מתאים לניסיונות כושלים לשלב נשים בתפקידים קרביים בצבאות זרים ולמחירם.

7. סיכוייה של חקיקה שוויונית ויעילותה

ניסיתי להראות מדוע, לדעתי, דעת הרוב בעניין מילר היא, עם כל הכבוד, שגויה. מהדברים עד כה עלה, כי מתבקשת השוואת תנאי השירות בין גברים לבין נשים, הן כדי לבטל את האפליה הקיימת כיום בתחום זה והן משום שזו הדרך היחידה לבטל את השונות הרלבנטית בין גברים לבין נשים לעניין גיוס נשים לקורס טיס במקרה שלפנינו ולקורסים דומים בעתיד. אולם, לא נצא ידי חובתנו אם נסכם את עמדתנו בכך. יש להצביע על קיומן של שתי בעיות משמעותיות לענייננו. האחת, הסיכוי הנמוך שתיקוני חקיקה שוויוניים אכן יתבצעו. השנייה, אי הבהירות עד

45 "..." הדוגמאות הבולטות בתחום זה מבחינתנו הן קנדה ואוסטרליה, שהפתיחות לנושא זה גברה אצלן וקיבלה תנופה בעקבות הפיתוח החוקתי של זכויות האדם ומניעת ההפליה של נשים": עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 112.

46 ראו ג'רבי, לעיל הערה 9, בע' 84 ובמקורות המובאים שם.

47 "אין חולקין כי המסוגלות הנדרשת להפעלת כלי-טיס צבאיים עשויה להימצא, במידה שווה, בקרב נשים כבקרב גברים": עניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 111.

48 גם אם עלויות אלו אינן זניחות. ראו למשל בעניין מילר, שם, בע' 128, שם הוצגו ממצאים שנאספו בארה"ב, לפיהם "משך הזמן שבו נבצר לשבח נשים לכוונות ולפריסות מבצעיות עקב גורמים שונים, לרבות הריון ולידה, גדול פי ארבעה ממשך הזמן שבו נבצר לשבח גברים למשימות כאלה". זהו מחיר השוויון — וכתנאי שהוא נובע רק מהשוני הביולוגי הקשור לתקופת ההריון והלידה.

כמה רצוי, כלכלית וחברתית, ליצור מצב של שוויון בין המינים בצבא, ללא נקיטת צעדים נוספים לשינוי אופי השירות הצבאי בכללותו.

הסיכוי הנמוך לחקיקה שוויונית. באמרי חקיקה שוויונית, כוונתי להטלת חובות שירות זהות על גברים ונשים תוך התחשבות בנשים רק בתקופות שלפני ואחרי הריון ולידה. המתנגדים העיקריים לחקיקה כזו הם המפלגות הדתיות – והנשים עצמן. אין אני רואה בעיני רוחי את ארגוני הנשים ואת הנשים שתסכמנה שתוטל עליהן החובה הכללית לשרת ביחידת שדה לוחמת משמצב בריאותן מאפשר זאת, או שתישארה אדישות לנוכח האפשרות שתשרתנה שירות מילואים שנתי באימונים ובשמירות. מאבקן של הנשים ל"שוויון" בצה"ל התבטא עד היום בהנאה מההקלות המשמעותיות בתנאי השירות שלהן לעומת הגברים, תוך מאבק מקביל לפתוח את שערי קורסי העלית היוקרתיים והמתגמלים רק לנשים הבוחרות בקורסים אלה ובאלה בלבד. מאלפים הם דבריה של תת-אלוף (במיל') אמירה דותן, קצינת ח"ן ראשית לשעבר, שאמרה כי "הבעיה לעיתים קרובות היא בחוסר מוטיבציה של הנשים להשתלב במקצועות גבריים שאינם יוקרתיים... כנשים בחברה הישראלית, אנחנו יותר מדי מפנקות ומתפנקות. שוויון זכויות מותנה בשוויון חובות. במקום להתמודד עם הקשיים, מוותרים ונסוגים"⁴⁹.

עמדתן של המפלגות הדתיות והחרדיות גם היא מחזקת את הסברה שנמוכים הם סיכוייה של חקיקה שוויונית בתחום זה⁵⁰. גם אם הוויתור על גיוס חובה של נשים המצהירות על דתיותן (סעיף 39(ג) לחוק שירות ביטחון) מיתן את דרישות חברי הכנסת הדתיים לגבי שירותן הצבאי של הנשים כולן, קשה להניח שיסכימו לחקיקה שוויונית כאמור ולפיכך – קשה להניח שזו תתבצע.

האם בתנאים הקיימים רצוי ליצור שוויון מלא בצה"ל. ניתן היה לסבור כי השוואת נטל השירות בין גברים לבין נשים, תגדיל את פוטנציאל חייבי השירות ותאפשר את קיצור משך השירות לכלל המתגייסים. אולם, בשירות הסדיר ובתנאים הקיימים, השוואת חובת השירות בין גברים לבין נשים תגדיל את האבטלה הסמויה – בעיקר בקרב היחידות העורפיות – ותיצור גיוס סלקטיבי מוגבר של חייבי גיוס⁵¹. אם השוואת חובת השירות תקטין את משך השירות בצורה משמעותית היא תפגע גם במיצוי התועלת מחיילי יחידות השדה, שמשך ההכשרה בהן ארוך יחסית. לא כך הוא בשירות המילואים. כאן אכן מסתמן קושי בגיוס של כמות החיילים הדרושה⁵². אולם מכיוון שחיילי המילואים באים ממאגר חיילי החובה ומכיוון

49 הדברים מובאים אצל גרבי, לעיל הערה 9, בע' 150–151.

50 לעניין זה ראו הופנונג, לעיל הערה 9, בע' 238–240.

51 לעניין זה ראו זיידמן, לעיל הערה 2, בע' 53–58, שם מובאות, בין השאר, האמרות הבאות: "בקרוב צה"ל לא יצטרך לגייס את כל שנתוני הגיוס שהוא יכול לגייס" (ראש אכ"א דאז, האלוף יורם יאיר) ו"צה"ל אינו יכול להרשות לעצמו להמשיך לגייס את כל חייבי הגיוס" (אל"מ ש' גורדון).

52 בדו"ח מבקרת המדינה (דו"ח שנתי 46 לשנת 1995, בע' 849) נאמר כי לשם גיוס מספר מספיק של חיילי מילואים למשימות "נדרש זימון מספר גדול והולך של חיילים כעתודה.

שהצבענו על החסרונות בגיוס שווה של נשים לשירות החובה — ללא שינוי כולל בהסדרי השירות בצה"ל — נדמה שלא מכאן תבוא הישועה.

8. הצעות לשינוי

הראתי כי בשירות הצבאי בכללותו קיימת אפליה לרעה של גברים. לפי שיקול האפליה הנגדית, די בכך כדי לא לגייס נשים לקורס טיס. טענתי שאפילו אם נסבור כי תנאי השירות השונים בין גברים לבין נשים אינם מפלים אף לא אחד מהמינים, הם עדיין מגבשים שונות רלבנטית המצדיקה אי גיוס נשים לקורס טיס. הצבעתי על כך שהסיכוי לחקיקה שוויונית בתחום הוא נמוך ושחקיקה זו לבדה אינה רצויה משום שאינה יעילה. אך בכך לא די. הן המחסור בחיילי מילואים, שנדמה שילך ויגדל בשנים הקרובות, והן הזכות להגשמה עצמית של נשים מחייבים אותנו לאפשר לנשים לשרת בתפקידים "גבריים" תוך הגשמה של עקרון השוויון ולא בדרך בה הלך בית המשפט בעניין מילר. הפתרון יכול שיהא נקודתי או כוללני.

הפתרון הנקודתי (והקל) הוא תיקון לחוק שיקבע "רשימה סגורה" של תפקידים הדורשים זמן הכשרה ממושך ושירות מילואים ודאי וארוך. תפקידים אלה, מלמד הניסיון, יהיו ודאי התנדבותיים ואטרקטיביים במיוחד. לפי התיקון, הפטורים משירות ביטחון הניתנים לנשים לא יחולו על המבקשות לשרת בתפקידים אלה. כך יתאפשר לנשים להתגייס כמעט לכל חיל ולכל תפקיד תוך שמירה על שוויון אמיתי ומהותי בינו לבין הגברים המשרתים בתפקידים זהים. אני סבור, שללא חקיקה כזו — אין לגייס נשים לתפקידים מעין אלה.

הצעה חלופית — במסגרת הפתרון הנקודתי — היא קביעה שיפוטית שהפטורים הניתנים לנשים בשירות הצבאי אינם קונגנטיים, וכי ויתור בלתי חוזר עליהם מהווה תנאי לשירות נשים בקורס טיס או בקורסים דומים⁵³. במסגרת ראיית הפטורים כדיספוזיטיביים, ניתן לקבוע כי מועמדת לקורס טיס המצהירה על ויתורה על פטורים אלה, תהא מושתקת מלטעון להחלתם עליה מאוחר יותר⁵⁴.

בשעה שבדרג א' העתודה המקובלת היא כ-150%, מגיע זימון העתודה ביחידות דרג ב' עד כדי 500% במקרים הקיצוניים... בחלק מהמשימות... נאלצים להשלים את החסר... בחיילים בשירות סדיר".

53 על קונגנטיות ודיספוזיטיביות, ראו, למשל א' פרוקציה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" משפטים יח (תשמ"ט) 395; ג' טרסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו (1990) 5; א' פרוקציה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופסור גד טרסקי" עיוני משפט טו (1990) 385.

54 על החלת דוקטרינת "ההשתק מכוח הבטחה" במשפט הישראלי, ראו ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 87-96; ע"א 5587/93 נחמני ג' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 517-518, 528-525. איני רואה מניעה עקרונית להפעיל את הדוקטרינה על פרט, גם אם הצד העומד

רק המוותרת על פטורים אלה תורשה להתמודד על מקום בקורס טיס או בקורסים דומים.

פרשנות הפטורים הניתנים לנשים בחוק שירות ביטחון כפטורים דיספוזיטיביים היא פרשנות המתחייבת, לדעתי, מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – וככל שעקרון השוויון מעוגן בחוק זה. היא מתחייבת גם מקיומו של עקרון השוויון כעקרון-על בשיטתנו, גם אם אינו מעוגן בחוק היסוד. פרשנות זו מאפשרת לנשים לנטרל את השונות הרלבנטית בתנאי השירות בין לבין הגברים. הפרשנות משיגה תכלית ראויה כפולה. האחת, מניעת הצבא מלהתנגד לגיוס נשים לתפקידים "גבריים". השנייה, השגת שוויון מהותי ואמיתי בתנאי השירות בין נשים לבין גברים המשרתים בתפקידים זהים.

לתוצאה דומה ניתן, אולי, להגיע גם על ידי שימוש מיוחד בסעד של "פטור חוקתי" (Constitutional exemption). סעד של פטור חוקתי מוציא מתחולת החוק – הרחב מדי – קבוצה או סוג מסוים של אנשים. חוקתיות החוק תלויה בפטור זה.⁵⁵ כרגיל, סעד של פטור חוקתי פוטר קבוצה מובחנת מחובה הכלולה בחוק, בדרך כלל כדי להשיג שוויון מהותי. במקרה שלפנינו, אי השוויון צומח לא מקיומה של חובה המוטלת על נשים אלא מקיומו של פטור מחובות שירות הנכפה על נשים. לכן, בדרך יצאת דופן ואף "הפוכה" – דרוש פטור חוקתי מהפטור החוקי – כדי ליצור שוויון. היינו, יש לפטור את החפצות בכך מתחולת הוראות החוק המקילות במשך השירות, כדי שתוכלנה להתגייס לקורס טיס ולקורסים דומים אחרים.⁵⁶

חוק שירות ביטחון הוא חוק מפלה במהותו. "סעיף שמירת הדינים" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מונע סעד חוקתי של ביטול החלקים המפלים בו. הכלי שנותר הוא כלי פרשני. הפרשנות שהצגתי היא ראויה ואף מתחייבת. יש להצטרע שלא ירשמה בעניין מילר.

הפתרון הכוללני, שהוא העדיף והקשה ליישום כאחד, הוא בחינה מחודשת של

מולו היא רשות ציבורית. דיני ההסתמכות יכולים וצריכים לחול גם במקרים כאלה. מובן שכל האמור כפוף לדינים המיוחדים החלים על חוזה לעבודה אישית.

55 "פטור חוקתי" לענייננו הוא סוג של סעד. אין הכוונה לפטור הקבוע בחוק עצמו, באופן שמוציא מתחולתו קבוצה מובחנת.

56 בישראל עדיין לא נעשה שימוש בסעד של פטור חוקתי. תורה זו מצויה בחיתוליה במשפט הקנדי. במשפט האמריקאי, לעומת זאת, נעשה בה שימוש, בעיקר במקרים בהם נוצרת התנגשות בין דת ומדינה. על הפטור החוקתי במשפט הקנדי, ראו בעיקר: J.E. Magnet *Constitutional law in Canada – Cases, Notes and Materials* (1993) 221-224; P.W. Hogg *Constitutional Law of Canada* (1992) 904-910; *R. v. Saboye* [1991] 2 S.C.R. 577; *Rodriguez v. A.G. of British Columbia* [1993] 3 S.C.R. 519, 577; *Miron v. Trudel* [1995] 2 S.C.R. 418, 509-510. על הפטור החוקתי במשפט האמריקאי, ראו בעיקר: L.H. Tribe *American Constitutional Law* (1988) 1257-1271; *Sherbert v. Verner* 374 U.S. 398 (1963); *Wisconsin v. Yoder* 406 U.S. 205 (1972); *Thomas v. Review Board* 450 U.S. 707 (1981); *Employment Division v. Smith* 108 L.Ed.2d. 876 (1990).

אופי השירות הצבאי בצה"ל⁵⁷. אין הכוונה למעבר לשירות התנדבותי בלבד אלא לשירות "משולב": המדובר בחובת גיוס כללית ושוויונית לנשים ולגברים הקצרה בצורה משמעותית מזו הקיימת היום. שירות זה יכול שיכלול פעולות הנעשות כיום במסגרת "השירות הלאומי" וכן הכשרות צבאיות מינימליות שתאפשרנה למספר רב של חיילים וחיילות לשרת שירות מילואים כתפקידי שמירה ואבטחה. בשירות מעבר לתקופה זו ייקחו חלק רק אלה שיתנדבו לתפקידים המחייבים טווח שירות ארוך – כולל כל יחידות השדה, למשל – וזאת בתנאי שירות קבע. אין בכוונת רשימה זו לדון בפתרונות אלה לעומקם אלא לציין את יתרונם הברור ביצירת שוויון בין המינים בצה"ל, בחלוקה צודקת ושווה של נטל שירות המילואים בין גברים לבין נשים או לחילופין – בתגמול נאות של הנושאים בנטל הכבד.

9. סיכום

גיוס נשים לתפקידי לחימה הוא רצוי⁵⁸. בעשור האחרון – ובמיוחד לאחר מלחמת המפרץ – הוכח כי הדבר הוא גם אפשרי⁵⁹. אולם במדינות בהן הוסרו ההגבלות על גיוס נשים לתפקידי לחימה, היה ברור לכל שמשמעות הדבר היא מתן יחס שווה לגברים ולנשים בתנאי השירות ובמשך השירות⁶⁰.

57 לדין מעניין בסוגיה זו ראו זיידמן, לעיל הערה 2, בע' 34–60.
58 לסקירה ממצה של היתרונות בגיוס כזה ראו, למשל: L.S. Kornblum "Women Warriors in a Men's World: The Combat Exclusion" 2 *Law And Inequality: A Journal Of Theory And Practice* (1984) 353, 445. טיעון שחוזר תדיר בכתבי מלומדים ומבקש לתמוך בגיוס נשים לתפקידי לחימה הוא שגיוס כזה הוא אינטרס של החברה כולה, שכן כך נמנע מצב בו "הפוטנציאל שבמחצית האוכלוסייה אינו מנוצל". הדברים נאמרו גם על ידי השופטת דורנר בעניין מילר, לעיל הערה 1, בע' 145. בנסיבות פסק הדין חשוב להדגיש כי הטיעון יכול להיות תקף רק מקום בו מוטלת חובת שירות על נשים. במידה וניתנת רק האפשרות לשרת, ללא הטלת חובה – כפי שנעשה בעניין מילר, מספר הנענות לאתגר – כפי שהוכיחה המציאות – הוא זניח ביחס לכלל המשרתים בשירות החובה והמילואים בצה"ל. אין מדובר בניצול הפוטנציאל של "המחצית האבודה". ניצול כזה היה מתקיים אילו גיוס נשים היה מקל במשהו מנטל שירות המילואים של הגברים. התועלת לאינטרס הכלל בשירותן של יחידות סגולה כטייסות בחיל האוויר הוא זניח. משאינטרס הכלל יורד מהזירה, נותר אינטרס הפרט. כאן, הפגיעה באותם גברים שלא יזכו להתקבל לקורס הטיס, בשל קיומה בפועל של אפליה מתקנת לטובת נשים, היא קשה ולא מוצדקת.

59 במלחמת המפרץ נהרגו אחת-עשרה נשים חיילות, מהן חמש בפעילות קרבת ממש. שתי חיילות נלקחו בשבי. מלחמת המפרץ שינתה במידה רבה את מעמדן של נשים בצבאות המערב. למאמר אחד מתוך רבים בנושא זה, ראו: L.V. Katz "Free a Man to Fight: The Exclusion of Women From Combat Positions in the Armed Forces" 10 *Law And Inequality: A Journal Of Theory And Practice* (1991) 1.
60 ראו למשל: S.A. Levin "Women and Violence: Reflections on Ending the Combat Exclusion" 26 *New England L.Rev.* (1992) 805.

813 בהערה 44: "My preference would be a form which would require the military to

לא מצאתי מקבילה למצב שנוצר כיום בישראל. בשירות החובה גברים משרתים משך זמן ארוך יותר מנשים. בעול הכבד של שירות המילואים נושאים הגברים בלבד. נשים לא גויסו לתפקידי לחימה, פחות מכוח הוראה מפורשת ויותר משום שאינן נושאות בחובות שירות מספיקות. מהמשפט המשווה ומעקרון השוויון נלקח הפתרון של איסור על מדיניות של אי גיוס נשים לקורסים מסוימים, אך בדרך נשכחה התניה – הכל כך מובנת מאליה – של השוואת חובות השירות. סופם של דברים: בית המשפט בעניין מילר, כראייה לא נכונה, לדעתי, של אופי השירות בצה"ל כיום ושל משמעות השוונות הרלבנטית בין גברים לבין נשים לעניין השירות הצבאי, הוביל לפסיקה מוטעית שאין בה, ללא שינוי חקיקתי או הלכתי מתאים, לצמצם את אי השוויון בחופש הבחירה ובחלוקת הנטל בשירות הצבאי בין גברים לבין נשים, אלא להעמיק את אפליית הגברים לרעה.

open up all military opportunities to any woman who wishes them, while at the same time permitting any woman who is opposed to military service in general or combat in particular to decline to serve... But I believe that my preferred position, even if desirable, is unrealistic. Since compulsion is a central organizing principle even in an all-volunteer Armed Forces, if women are given access to certain opportunities in the military, certainly the argument will be made that they must also be subject, as are men, to compulsory assignment to them."

ראו גם: G.S. Buchanan "Women in Combat: An Essay on Ultimate Rights and Responsibilities" 28 *Houston L.Rev.* (1991) 503 שם נאמר, בע' 505 בהערה 10, כי: "If the Constitution prohibits the exclusion of women from combat positions, it becomes very difficult to argue that it permits unequal application of draft laws to women and men on a class basis. If the constitution requires that women be permitted to volunteer for combat positions on the same basis as men in the absence of a draft, the Constitution should be construed to require equal treatment for women and men when entry into combat positions occurs through legal compulsion".