

אליס מילר

נגד

1. שר הביטחון

2. ראש המטה הכללי, צה"ל

3. ראש אכ"א, צה"ל

4. קצינת ח"ן ראשית, צה"ל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[8.11.95]

לפני השופטים א' מצא, י' קדמי, ט' שטרסברג-כהן, צ' א' טל, ד' דורנר

חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, ס"ח 107, סעיפים 1(המונח "יוצאצא"), 12, 15, 16, 17, 17(ה), 21(ב), 24, 29, 34, 39 - תקנות שירות בטחון (התנדבות לשירות בטחון), תשל"ד-1974, ק"ת 1156 - תקנות שירות בטחון (תפקידי אשה בשירות סדיר), תשי"ב-1952, ק"ת 650 - חוק שירות בטחון (תיקון מס' 2), תשמ"ז-1987, ס"ח 137 - חוק שירות בטחון, תש"ט-1949, ס"ח 271, סעיף 6(ו) - חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשי"ט-1959, ס"ח 286, סעיף 16(ב) - חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7 והוראת שעה) (שירות במשטרה ושירות מוכר), תשנ"ה-1995, ס"ח 332, סעיף 4 - חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיפים 1, 2, 3, 4, 8, 10, 11 - תקנות העסקת נכי מלחמה, תשי"א-1951, ק"ת 1090 - חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), תש"ט-1949, ס"ח 13 - חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, ס"ח 132, סעיף 18(א) - חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, ס"ח 154, סעיפים 6(א), 7(ג), 7(ד), 7(1) - חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38, סעיף 2(א) - חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 284, סעיף 1 - חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, ס"ח 166, סעיף 1 - חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90, סעיפים 1, 3 - הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"ח תשנ"ב 60 - חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, ס"ח 204, סעיף 9(ג).

מיני-רציו:

* משפט חוקתי - זכויות הפרט - שמירת כבוד האדם

* משפט חוקתי - חוקי יסוד - מעמד

* משפט חוקתי - שוויון בפני החוק - שמירת כבוד האדם

* משפט מינהלי - פגמים בשיקול-הדעת - הפליה

* צבא - שירות ביטחון - שיבוץ

העותרת, בעלת רישיון טיסה שהוצא בדרום-אפריקה והמוכר כתקף במדינות רבות אחרות, השלימה בישראל את חוק לימודיה בהנדסת אווירונאוטיקה, במסגרת העתודה האקדמית

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

הנהוגה בצד"ל, והתייצבה לשירות צבאי פעיל. לפני תחילת שירותה הצבאי הודיעה העותרת למפקדת

העתודה האקדמית על רצונה להתנדב לשירות במקצועות צוות אוויר וביקשה לזמנה למבדקי התאמה לקורס טיס. בקשתה סורבה. הסירוב סמך על הוראות הפיקוד העליון של צה"ל, שלפיהן אין לשבץ נשים ב"מקצועות לחימה", ומאחר שטיס מסוג כ"מקצוע לחימה", אין הצבא מקבל נשים לקורס טיס. מכאן העתירה. 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 נתוניםם 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. העותרת ערה לכך כי יש שאי-שילובן של נשים בתפקידי לחימה עשוי להתבסס על שיקולים ענייניים, אך לדעתה אין לקבל עמדה הפוסלת באופן גורף את שילובן של נשים בתפקידי לחימה. עמדתה של העותרת סומכת על ניסיונם של צבאות במדינות שונות ששילבו בהצלחה נשים במקצועות הטיס. עמדתם של המשיבים, להצדקת המדיניות שמפעיל צה"ל בנושא שילובן של נשים במקצועות הלחימה, נעוצה בהבחנה שמבחן החוק בין נשים לבין גברים. [חוק שירות בטחון \[נוסח משולב\]](#), תשמ"ו-1986, המסדיר את חובת השירות בצה"ל, קובע דין שונה לנשים ולגברים בדבר היקף חובת השירות. על רקע הבחנה זו, טוענים המשיבים, תנאי השירות של נשים המוכתבים בחוק, משליכים על אופי שירותן, בכוחות הסדירים ובכוחות המילואים. בשל השוני במאפיינים הרלוואנטיים בין גברים לבין נשים, עקרון השוויון אינו מופר. עוד טוענים המשיבים, כי המדיניות הנקוטה לפסילת שילובן של נשים כטייסות בחיל האוויר, מבוססת גם על שיקולים שבכדאיות מערכתית ובמגבלות הארגוניות והתכנוניות המכתיבות את תפקודן של מערך הלחימה בחיל האוויר. ההשקעה האדירה בהכשרת טייסים מבוססת על תחזית ארוכת טווח. המועמדים לקורס טיס מתחייבים לשרת בצבא הסדיר במשך מספר שנים מיום הסמכתם כטייסים. כן חייבים הם בשירות מילואים במכסות שנתיות, העולות לרוב על היקף החובה החוקית והנקבעות על-פי צרכיו של חיל האוויר. הסדרי החוק באשר להיקף חובת השירות של נשים, שהיא קצרה יותר, ובעיקר חובתן המוגבלת של נשים לשירות מילואים, הכפופה גם היא לפטור משירות עקב היריון ולידה, אינם מאפשרים לשלב נשים במסגרת התכנונית המיוחדת של החיל.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (אליבא דשופט א' מצא): (1) שונות רלוואנטית עשויה להצדיק הבחנה, שהרי בכך טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה כשרה (109-101).
- (2) כתנאי להשגתו של שוויון מהותי חובה לקבוע, שאת עצם הרלוואנטיות של השונות, ואת מידתה, יש לבחון בכל מקרה נתון בשים לב למטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה

מיושמת ההבחנה. לאמור, הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד ואינן מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את האחד על פני האחר, חייבת להיות ישירה וקונקרטית (110א-ב).

(3) ההבחנה בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], בין גברים לבין נשים, אין משמעה שבין שני המינים מתקיימת שונות שהיא רלוואנטית לפסילתן המוחלטת של כל החיילות למילוי תפקידים כאלה ואחרים; בהיעדר ראיה לסתור בלשון החוק או בתכליתו, יש להעמיד את החוק בחזקתו הפרשנית כי הוא מתיישב עם כיבוד הזכות לשוויון בין המינים ואף מכון להגשימה (110ג-ה).

(4) אין משמעות הדבר כי השונות בין המינים לעולם אינה רלוואנטית לעניין התאמתה של חיילת למילוי תפקיד מסוים. אפשר בהחלט שחיילת תיפסל, בגלל מינה, למילוי תפקידים כאלה או אחרים, אך פסילה מטעם זה מותרת רק מקום שבו מינה של המועמדת יוצר שוני רלוואנטי למילוי של התפקיד המסוים (111ד-ה).

ב. אליבא דשופט ט' שטרסברג-כהן: (1) ניתן לסווג את השונות לעניין הפליה לשני סוגים: שונות רלוואנטית שאינה יוצרת הפליה ושונות בלתי רלוואנטית היוצרת כזו. את קבוצת המקרים שבהם השונות היא רלוואנטית יש לחלק לשתי קבוצות משנה: האחת, קבוצה שבה השונות הרלוואנטית אינה ניתנת או אינה ראויה לניטרול; והשנייה, קבוצה שבה השונות הרלוואנטית ניתנת וראויה לניטרול כדי להשיג שוויון (119ה-ז).

(2) בחלוקה כזו אין מדובר בהעדפה מתקנת, במשמעותה המובהקת: בהעדפה מתקנת נדרשות הימנעות מהבחנה בין מי שאינם שווים בכישוריהם או בהתאמתם והתייחסות שווה כלפיהם כדי לתקן עיוות חברתי. בנסיבות דנן, יש מקום לעמדה שונה, המעמידה דרישה לניטרול השונות בין בעלי כישורים שווים, על-ידי הקצאת משאבים שייצרו תנאים אשר יציבו עמדת זינוק שווה לשניים המתאימים באותה מידה לאותו תפקיד, אלא שנתונים שאינם ממהותו של התפקיד חוסמים את דרכו של אחד מהם (120א-ג).

(3) שונות הגורמת לקשיים ענייניים ואמיתיים ביישום ערך השוויון, כגון קשיים פיזיים, כלכליים, לוגיסטיים וכיוצא באלה, היא שונות רלוואנטית. אף-על-פי-כן, באותם מקרים שבהם היא ניתנת לניטרול במחיר סביר ראוי לתקנה ולנטרלה כדי להשיג שוויון (121א).

(4) לעקרון השוויון כערך עליון בחברה הישראלית מעמד על. חברה המכבדת את ערכי היסוד שלה ואת זכויות היסוד של חבריה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר על-מנת שערך השוויון לא יעמוד ככלי ריק מתוכן, אלא יקבל ביטוי ויישום הלכה למעשה (122ב-ג).

ג. אליבא דשופט ד' דורנר: (1) על-פי ההגדרה הקלאסית של שוויון, שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שווה כלפי שונים, על-פי מידת שונותם (133ה).

(2) ההגדרה – הגובלת בטאוטולוגיה – מתירה ואף מחייבת נקיטת יחס שונה כאשר "השונות" היא רלוואנטית, אך אין היא כוללת אמות מידה לקביעתה של רלוואנטיות זו. בהיעדר אמות מידה כאלה, קיימת סכנה כי אמות המידה שיוחלו בכל עניין ועניין ישקפו את הסטריאוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור ההפליה מיסודו (133ה-ו).

(3) ההגדרה אף מבליעה את ההבחנה בין עצם הרלוואנטיות של השונות לבין המידתיות

, במובן של צמצום הפגיעה בזכויות האדם למקרים שבהם הדבר דרוש או למידה הדרושה (134א-ב).

(4) בנסיבות שבהן מבוססת החלטה מינהלית על שיקול המין או שיקול דומה אחר שיסודו בהשתייכות קבוצתית, יתן להתגבר על הקשיים שמעוררת ההגדרה הקלאסית, ולמצער על חלקם, על-ידי המרתה של ההגדרה במבחן כפול: ראשית, האם שיקול המין הוא רלוואנטי; שנית, בהנחה שהוא רלוואנטי, האם ההתחשבות בו מוצקת בנסיבות העניין (135א-ב).

ד. (אליבא דשופט ד' דורנר): (1) **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** נתן מעמד חוקתי, על-חוקי, לאיסור על הפליית נשים. מעמד זה נובע משניים אלה: ראשית, סעיף 1 לחוק היסוד קובע כי את זכויות היסוד יש לכבד ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות וביניהם שוויון האזרחים ללא הבדל מין. שנית, איסור הפלייתן לרעה של נשים כלול בזכות לכבוד, המעוגנת בסעיפים 2 ו-4 של חוק היסוד (131א-ד).

(2) קיים ספק אם ניתן, או אם ראוי, לקבוע על דרך הפרשנות, כי תכליתו של חוק היסוד היא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי. עם זאת, לא יכול להיות ספק, כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה, שהרי השפלתו של אדם פוגעת בכבודו (131 – 132ב).

(3) הפלייתו של אדם לרעה מחמת השתייכותו הקבוצתית, ובנסיבות דנן, הפלייתו לרעה של אישה, פוגעות בזכות לכבוד. ואולם, ככל זכות, גם הזכות לכבוד אינה זכות מוחלטת אלא יחסית, ויש לאזן בינה לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים. על-כן, במקרים מיוחדים עשויה פגיעה בזכות האישה לשוויון להיות מוצדקת, אם היא עומדת באמות מידה המשקפות את האיזון הראוי בין זכות זו לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים (135ב-ג).

ה. (אליבא דשופט א' מצא): (1) חששם של המשיבים, שמא שילובן של נשים במסגרת התכנונית הפעילה של צוותי האוויר אינו בר-ביצוע – נוכח התחזית ארוכת הטווח לשירותם של טייסים – אינו מושתת על יסוד איתן. נקודת המוצא היא, כי נשים אשר תצגנה מועמדות לקורס טיס תידרשנה, בדומה למועמדים גברים, ליטול התחייבויות לשירות סדיר ושירות מילואים, וככלל, נכון להניח כי הנוטל על עצמו התחייבות כזו, ירצה ויוכל לעמוד בה (114א-ד).

(2) גם אם ההנחה היא כי תרומתה הממוצעת הכוללת של טייסת – מבחינת משך השירות ורצף השירות – תהיה פחותה משל טייסים גברים, הרי זה שוני הנובע מהיותה אישה. שוני זה, שאין לזקפו לחובתה, ניתן להביאו בחשבון במסגרת תכנון משימותיו של חיל האוויר (114ד-ה).

(3) כל עוד חיל האוויר אינו מאפשר קליטה ניסיונית של נשים במסלול של מקצוע הטיס, וכל עוד אינו מקיים מעקב שיטתי ומושכל אחר תפקודן בקורס וביחידות החיל, לעולם לא ניתן יהא לדעת אם, בתנאי המיוחדים השוררים בצה"ל, נשים עשויות להשתלב בהצלחה בצוותי האוויר; צורכי הכוונות וההיערכות של חיל האוויר עשויים לזכות למלוא תשומת הלב מצד הגורמים המקצועיים במפקדת חיל האוויר, גם אם צוותי האוויר יכללו מספר נשים שתיקלטנה באופן ניסיוני ומבוקר, ויקוים מעקב, שיוביל, בסופו של דבר, להפקת לקחים ולגיבוש מסקנות לעתיד לבוא (115 – 116א).

(4) במסגרת קבלת הנסיונות של נשים לקורס טיס, אין לראות בכך פגם, אילו נקבעו מכסות מוגבלות למועמדות. קביעת מכסות מעצם טיבה אינה שוויונית. לא כן הדבר, כאשר קביעת נעשית במסגרת ניסוי שמטרתו לקדם את השוויון, בלי שייפגע אגב כך אינטרס ביטחוני חיוני (116א-ב).

ו. (אליבא דשופט 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 במעמד ויש שהיא קורית בין ערכים בלתי שווים, כשאחד מהם ולה בחשיבותו ובעדיפותו על משנהו (123ד-ה).

(3) ניתן לראות את ביטחון המדינה כערך עדיף ובעל מעמד גבוה ממעמדו של ערך השוויון, על-אף חשיבותו של האחרון. אלא שביטחון המדינה אינו מילת קסם, ועדיפותו אינה קמה בכל מקרה ובכל נסיבות שהן ואינה שווה בכל רמה של ביטחון ושל פגיעה בו. נוסחת האיזון בין ערכים מתנגשים שאינם שווים מעמד אינה אחידה, והיא נעה מן הקל אל הכבד, בהתאם למעמד הערכים וליחס ביניהם (124א-ב).

ז. (אליבא דשופט ט' שטרסברג-כהן) (1) בנסיבות דנן, גובר הערך הגבוה (צורכי הצבא והביטחון) על הערך הנמוך יותר (השוויון), רק אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית ולנזק ממשי לביטחון המדינה; מדיניותו של חיל האוויר בנושא גיוס נשים לטיס אינה עומדת במבחנים אלה ואף לא בנוסחת איזון מקלה יותר, שהיא אפשרות סבירה לפגיעה ממשית (124ג).

(2) גם כאשר קיימת ודאות קרובה לפגיעה ולנזק ממשי, לא תמה מלאכת הבדיקה והאיזון; בכל המקרים, יש לבחון ולבדוק קיומם של אמצעים חלופיים, שיש בהם כדי למנוע את הוודאות הקרובה של הסכנה (124ה).

(3) לאותה תוצאה ניתן להגיע על-ידי אימוץ כלל המידתיות, שעל פיו, כאשר נפגעת זכות יסוד, יש לדרוש שהפגיעה תהיה במידה הראויה שאינה עולה על הנדרש. דרישה זו משקפת את היחס הראוי בין האמצעי לבין המטרה (124 ו-125א) (4) בנסיבות דנן, מערכת הביטחון עצמה אינה גורסת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון ולנזק ממשי ואף לא אפשרות סבירה לפגיעה ממשית. המצהירים מטעם המשיבים הצביעו על קשיים – ביניהם כלכליים – שייגרמו לחיל האוויר אם ייאלץ לשלב נשים בטיס, אולם נראה כי פתיחת קורס הטיס לנשים בדרך מבוקרת ומוגבלת של מספר הולם של טייסות, תוך בדיקת ההשלכות שיש לכך על הצרכים של החיל וניתוב טייסות לתפקידים שאותם תוכלנה למלא לאורך שנים, יקטינו במידה משמעותית את הסיכון לפגיעה ולנזק, אם לא יבטלוהו כליל. במקום לחסום דרכן של נשים לקורס טיס, ניתן בשלב הראשון לנקוט צעדים דראסטיים פחות של הגבלות (125ב-ד).

ח. (1) (אליבא דשופט ד' דורנר): כפועל יוצא מההבחנה בין ההתייחסות המפלה לבין הצדקתה, מתבקשת גם הבחנה בדבר נטל ההוכחה, בין האיש הטוענת להפליה לבין הרשות השלטונית. על הטוענת בדבר ההפליה להוכיח את התייחסותה השונה של הרשות אליה

מחמת מינה. מנגד, נטל ההוכחה כי ההתייחסות המפלה היא מוצדקת, הוא על הרשות (135 – 136א).

(2) (דעת מיעוט – השופט י' קדמי): מן הראוי לייחס להחלטות עקרוניות של המופקדים על הביטחון הלאומי, ככל שאלה מתייחסות לצורכי הביטחון ולדרכי השגת רמת הביטחון הראויה, רמת סבירות גבוהה; באופן שהטוענים נגדה נושאים בנטל שכנוע כבד, השקול כנגד הנטל המוטל על מי שמבקש להפריך חזקה שבדין (117ב).

ט. (אליבא דשופטת ד' דורנר): (1) סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב את כל רשויות השלטון לכבד את הזכויות המעוגנות בו. עם זאת, הסעיף אינו מפרט את אמות המידה שעל יסודן יכובדו הזכויות (136ב-ג).

(2) יש לשאול את אמות המידה לכיבוד הזכויות מסעיף 8 לחוק היסוד, שהוא פסקת ההגבלה, שאת עיקריה ראוי להחיל לעניין חובתן של רשויות השלטון שיסודן בדינים שקדמו לחוק היסוד (138ג-ד).

(3) היסוד הראשון של פסקת ההגבלה, המשקף את עקרון החוקיות, קובע כי הפגיעה בזכות יסוד של האדם חייבת להיות בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו. מכאן, שהסמכות להפלות נשים לרעה חייבת להיות מפורשת בחוק, ואין די בהוראה כללית המעניקה לרשות שיקול-דעת (139א, ד-ה).

(4) היסוד השני דורש, כי הפגיעה תהלוך את ערכיה של מדינת ישראל. ניתן להניח שהכוונה לערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית (140א).

(5) היסוד השלישי דורש, כי הפגיעה בזכות תהיה לתכלית ראויה. מובנה של (6) היסוד הרביעי הוא הדרישה, כי מידת הפגיעה בזכות לא תעלה על הנדרש.

עיקרון זה מתבטא בהתאמת האמצעי למטרה, בנקיטת אמצעי של פגיעה בזכות יסוד רק כמוצא אחרון ובהיעדר אמצעי סביר אחר, ובנקיטת אמצעי של פגיעה בזכות יסוד רק מקום שבו מידת חשיבותה של מטרת הפגיעה וחומרת הנזק שייגרם אם התכלית לא תוגשם מצדיקות זאת (140ו-ז).

(7) בנסיבות דנן, החלטת המשיבים לדחות את בקשת העותרת מחמת היותה אישה מפלה אותה לרעה. הפליה זו – המהווה פגיעה בזכותה החוקתית של העותרת לכבוד – אינה מקיימת את יסודותיה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל-כן היא בלתי חוקית ופסולה (143ה-ו).

י. (אליבא דשופט א' מצא): (1) בג"צ אינו נוטה להתערב בהחלטות מקצועיות-תכנוניות של שלטונות הצבא, אך החלטות הצבא ופקודות הצבא, המבטאות את מדיניותו של צה"ל, כפופות לביקורת בג"צ (116ב-ה).

(2) מדיניות שיש בה משו הפרה של זכות יסוד מעמידה עילה ראויה להתערבותו של בית המשפט. פגיעה בשוויון מחמת הפליה על רקע מיני, היא דוגמה מובהקת למקרה המצדיק והמחייב התערבות. כזה הוא המקרה דנן (116ה).

(3) צה"ל אינו יכול להישמע בטענה שנשים פסולות לתפקיד כלשהו מחמת היותן נשים

בהכרזות על שוויון בין המינים לא סגי, שכן מבחנו האמיתי של שוויון הוא בהגשמתו, הלכה למעשה, כנורמה חברתית תוצאתית. חיוב נורמאטיבי זה חל גם על צה"ל (1116ו). יא. (דעת מיעוט – השופט י' קדמי): (1) אין להתערב בהחלטות עקרוניות של המפקדים על הביטחון הלאומי, כל עוד אין הן נגועות בחוסר סבירות קיצוני, בשרירות או בחוסר תום-לב וידיים לא נקיות. נקודת המוצא היא, כי חזקה על מקבלי ההחלטות מסוג זה שהם מקיימים את כל הבדיקות המתחייבות ושוקלים את כל השיקולים הרלוואנטיים, תוך גילוי מלוא האחריות המתחייבת מתפקידם (117ב-ג).

(2) בנסיבות דנן, הנחת העבודה של הגורמים הביטחוניים המופקדים על צורכי הביטחון ועל הבטחת רמת יכולתו המבצעית של חיל האוויר היא, כי קרוב לוודאי שטייסת לא תוכל לענות על מלוא הציפיות בדבר משך השירות ותתקשה ביותר בנשיאת המעמסה להבטחת הכושר המבצעי לאורך השנים. אין ברשות בית המשפט הכלים – והעיקר, המיומנות – הדרושים לבחינת "סבירותה" של הנחת עבודה זו, ואין לכפות על מפקדת חיל האוויר קו התנהגות העומד בניגוד לעמדתה (117ד-ו).

(3) הניסיון ללמוד מן המתרחש בתחום זה במדינות אחרות לא יצלח. מצבה הביטחוני של מדינת ישראל שונה תכלית שינוי מהמצב הביטחוני השורר במדינות האחרות (117ז).

(4) בנסיבות דנן, אין מקום לדבר על "הפליה" פסולה, במקום שהבחירה בין שווים נעוצה בצרכים חיוניים של הביטחון הלאומי. שוני הנעוץ בצרכים אלה, כשהם צרכים אמיתיים, לא זו בלבד שאינו מצביע על הפליה, אלא שיש בו ביטוי לשוויון הדרושה המוצגת לכל אזרח לתרום את שבכוcho לתרום לביטחון הלאום. "כוחו" של הגבר, על-פי הנחת העבודה של חיל האוויר, שונה מ"כוחה" של האישה (118א-ב).

(5) מן הראוי הוא להעמיד במבחן המציאות את החששות שעליהם מבוססת השקפתם של גורמי הביטחון, ונכון יהא לעשות צעד ראשון בעניין זה בהקדם, ככל שהתנאים הביטחוניים מתירים זאת (118ב-ג).

יב. (דעת מיעוט – השופט צ' א' טל): (1) הפליה מחמת הבדל רלוואנטי, לאו שמה הפליה. בנסיבות דנן, מדובר בהבחנה ולא בהפליה, הנעוצה בשתי סיבות: בשיקול תקציבי ובשיקול תכנוני (126ה).

(2) מחיר הכשרתו ואימונו של טייס הוא עצום. ככל שתפחת תקופת השירות של הטייס, יימצא הציבור משלם אותו מחיר בעבור הכשרתו של הטייס, אך מקבל תפוקה פחותה. אילו עמד לרשות צה"ל תקציב בלתי מוגבל, ניתן היה לקבוע שיש לשלם את המחיר בעבור ערך השוויון בין איש לאישה, אולם כל הוצאה אדירה לטובת ערך השוויון בהכרח היא באה על חשבון צרכים חיוניים אחרים של הביטחון. ביטחון החיים גם הוא ערך מערכי היסוד, ובכוcho לגבור על ערך השוויון (126ז, 127ג-ד).

(3) השיקול העומד ביסוד החלטתם של רשויות הצבא, שלפיו קשה מאוד לתכנן יחידות שחלק מיחידה מנוטרל בזמנים שונים ולפרקי זמן שונים עקב נישואין, היריון ולידה, הוא שיקול חשוב ועיקרי; אכן, גם ביחידות המורכבות מגברים יש להביא בחשבון התכנון תקופות של אי-כושר זמני, אבל עם שיבוצן של נשים ביחידות אלה יש להביא בחשבון – במהלך שירותן הקצר בלאו הכי – אי-כושר לתקופות ממושכות עקב היריון ולידה (127א) – (128א).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כה (1) 7.
- [2] בג"צ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה ואח', פ"ד לו (3) 15.
- [3] בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח (5) 749.
- [4] בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693.
- [5] בג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353.
- [6] בג"צ 453/94, 454 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח (5) 501.
- [7] ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 1061.
- [8] בג"צ 3627/92 ארגון מגדלי פירות בישראל בע"מ נ' ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (3) 387.
- [9] בג"צ 734/83 שיין ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לח (3) 393.
- [10] בג"צ 329/87 סורקו-רם נ' שר הביטחון, פ"ד מג (4) 873.
- [11] בג"צ 3246/92 הר-עוז ואח' נ' שר הביטחון וח', פ"ד מן (5) 301.
- [12] בג"צ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב (2) 309.
- [13] בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393.
- [14] בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח (5) 412.
- [15] בג"צ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט (3) 661.
- [16] בג"צ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח (5) 441.
- [17] בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (2) 221.
- [18] בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מד (4) 749.
- [19] ד"נ 36/84 טייכנר נ' איר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים, פ"ד מא (1) 589.
- [20] בג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח', פ"ד מן (1) 191.
- [21] בג"צ 246/81, 260 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (4) 1.

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

102

- [22] [בג"צ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח' פ"ד לז \(3\)](#) 141.
- [23] [בג"צ 142/89](#), 172 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 429.
- [24] [בג"צ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית-שמש פ"ד יב](#) 264.
- [25] [בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח' פ"ד לז \(3\)](#) 337.
- [26] [ע"א 723/74 הוצאת עתון ה"ארץ" בע"מ נ' חברת חשמל לישראל בע"מ ואח' פ"ד לא \(2\)](#) 281.

- [27] [בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח', פ"ד יח](#) (1) 598.
- [28] [בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט](#) (3) 358.
- [29] [בש"פ 4595/94](#) – לא פורסם.
- [30] בש"א 445994, 4475 סלומנוב ואח' נ' שרבני ואח', פ"ד מט (3) 479.
- [31] [דנג"צ 3299/93 ויכסלבאום ואח' נ' ש הביטחון ואח', פ"ד מט](#) (2) 195.
- [32] [בש"פ 2160/92 סויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו](#) (3) 338.
- [33] [בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה](#) (1) 421.
- [34] [בג"צ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מז](#) (3) 853.
- [35] [בג"צ 231/63 רטף, הספקת מזון בע"מ נ' שר-המסחר-והתעשייה ואח', פ"ד](#)
ז. 2730.
- [36] [בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מח](#) (1) 217.
- [37] [בג"צ 3477/95 בן-עטיה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט](#)
(4).
- [38] [בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא](#)
(3) 255.
- [39] [בג"צ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר](#)
התעשייה והמסחר ואח', פ"ד מז (5) 610.
- [40] [בג"צ 80/70 אליצור ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד כד](#) (2) 649.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [226D . 3F 10] *faulkner v. Jones* [41 (1993).
- [440D . 3F 51] *faulkner v. Jones* [42 (1995).
- [130U. S 83] *bradwell v. The state* [43 . (1872).
- [483U. S 347] *brown v. Board of education* [44 . (1954).
- [677U. S 411] *frontiero v. Richardson* [45 . (1973).
- [412U. S 208] *muller v. Oregon* [46 . (1908).
- [57U. S 368] *florida . Hoyt v* [47 . (1961).
- [57U. S 453] *rostker v. Goldberg* [48 . (1981).
- [772D . 2F 802] *con. Of pa., dept of public welfare . Getz v* 9 (1986).
- 574F. Supp. 810 *gordon v. Mci telecommunications corp-* .
(shapiro[50] . (1993
- [106U. S 336] *railway express agency v. New york* [51 . (1949).

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

307U. S 427murgia . Massachusetts board of retirement . (1976).

[v[52

[U. S 323korematsu v. United states[53 . 214 (1944).

[190U. S 429craig v. Boren[54 . (1976).

[S. Ct 102mississippi univ. V. Hgan[55 . 3331 (1982).

[Unreported- an. V. Canadian armed forces & gauthier] 56 .

[513D . 2O. R 54(1986) . Re blainey and o. H. A] 57 .

[108S. C. R 1[1986] r. V. Oakes] 58 . .

[177S. C. R 1[1985] . Singh et al. V. M. E. I] 59 . .

[1384S. C. R 2[1989] r. V. Lee] 60 . .

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

(א) תהילים, מה, יד.

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 21.6.95 העתירה נתקבלה ברוב דעות נגד דעתם החולקת של השופטים י' קדמי ו-צ' א' טל. הצו-על-תנאי נעשה מוחלט.

נ' זיו, ר' בנזימן – בשם העותרת;

ע' פוגלמן, סגן בכיר א וממונה על ענייני בג"צים בפרקליטות המדינה – בשם המשיבים.

פסק-דין

השופט א' מצא: ביסוד עתירה זו ניצבת השאלה, אם המדיניות הנקוטה ביד יצה"ל, שלא לגייס חיילות למקצוע הטיס, אין דינה להיפסל מחמת היותה נגועה בהפליה פסולה על רקע מינון של המועמדות. משהוגשה העתירה הוצא בה צו-על-תנאי המורה למשיבים ליתן טעם, מדוע לא יזמנו את העותרת למבדקי התאמה לקורס טיס ומדוע לא יאפשרו לה להשתתף בקורס טיס, אם היא תימצא מתאימה לכך.

העובדות

2. העותרת (אזרחית ישראל, ילידת 23.1.72) נולדה וגדלה בדרום-אפריקה. מאז נעוריה, בדרום-אפריקה, גילתה עניין רב בטיס. היא הכשירה עצמה לכך וקיבלה רישיון טיסה, המוכר כתקף במדינות רבות, אך עד כה טרם מילאה את הדרישות לקבלת רישיון טיסה אזרחי בישראל. ביום 13.12.90 גויסה העותרת לצה"ל. גיוסה נעשה במסגרת העתודה האקדמית, ותחילת שירותה נדחתה. במשך ארבע שנים למדה העותרת, בטכניון בחיפה, הנדסת אווירונאוטיקה. היא השלימה בהצלחה את חוק לימודיה וביום 1.2.95 התייצבה לשירות פעיל.

בנובמבר 1993 (יותר משנה לפני תחילת שירותה הצבאי) הודיעה העותרת למפקדת העתודה האקדמית על רצונה להתנדב לשירות במקצועות צוות אוויר וביקשה לזמנה למבדקי התאמה לקורס טיס. העותרת סברה כי היא בעלת נתונים ראשוניים מבטיחים להצליח בתפקיד טייסת; אך בקשתה סורבה. במכתבה אל העותרת (מיום 15.12.93) כתבה קצינת העתודה, שעל-פי הוראות הפיקוד העליון אין לשבץ נשים ב"מקצועות לחימה";

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

והואיל וטיס מסווג כמקצוע לחימה, אין הצבא מקבל נשים לקורס טיס. העותרת הודיעה כי היא מערערת על חוקיות הסירוב ופירטה את נימוקיה. בעקבות זאת זומנה לפגישה עם מפקד חיל האוויר. אך גם פגישה זו, שהתקיימה בדצמבר 1993, לא קידמה את עניינה; וביום 15.5.94 חזר הצבא והודיע לה, כי לאור המדיניות המוכתבת, שלפיה "אין לשבץ בנות בתפקידי לחימה", אין מקום לבדוק את התאמתה לקורס טיס.

על רקע זה הגישה העותרת (באוגוסט 1994) את העתירה שלפנינו. יצוין, כי עד למועד הדיון בהתנגדות לצו-על-תנאי (שהתקיים ביום 21.6.95) סיימה העותרת, בהצלחה, קורס קצינות והוענקה לה דרגת קצונה. אך רצונה להתקבל לקורס טיס ולשרת בתפקיד טייסת נותר איתן כשהיה.

המסגרת המשפטית

3. חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 (להלן החוק), מסדיר את חובת השירות בצה"ל. בשלושה נושאים מרכזיים, הנוגעים להיקף חובת השירות, קובע החוק דין שונה לגברים ולנשים. ההבדלים הבולטים הנוגעים לאוכלוסיית המתגייסים הצעירים – כעולה מן החוק בלבד ובלי להביא בחשבון הסדרים נוספים שנקבעו בחקיקת משנה ובפקודות הצבא – הם אלה: (א) זמן השירות הסדיר: גברים חייבים בשלושים חודשי שירות, בעוד נשים חייבות בתקופת שירות סדיר של עשרים וארבעה חודשים בלבד (סעיפים 15 ו-16 לחוק); (ב) חובת השירות במילואים: גברים שאינם בשירות סדיר חייבים בשירות מילואים עד גיל 54, בעוד שעל נשים חלה החובה רק עד גיל 38 (ראה סעיף 29 לחוק והגדרת "יוצא-צבא" בסעיף 1 לחוק); (ג) פטור משירות בטחון: בנוסף לעילות הפטור משירות בטחון העומדות גם לגברים, זכאיות נשים נשואות לפטור משירות סדיר, ואילו נשים הרות או אימהות פטורות גם משירות מילואים (סעיף 39 לחוק).

4. לצד הוראותיו הכופות חובת שירות בטחון, מאפשר החוק (בסעיף 17) גם התנדבות לשירות (באישור שר הביטחון). מסלולי ההתנדבות האפשריים הם לשירות סדיר, מצד מי שאינו חייב בשירות כזה; לשירות סדיר נוסף ("שירות קבע"), מעבר לתקופת השירות שהיא בגדר חובה; ולשרות מילואים, מצד מי שאינו חייב בשירות כזה, או מעבר למכסת החובה המוטלת עליו. מהוראת סעיף 17(ה) לחוק עולה, כי התנדבות לשירות סדיר מטילה חובת שירות עד לתום התקופה הקבועה בהצהרת ההתנדבות, והסמכות לקצר את התקופה נתונה לשר הביטחון, ואולם המתנדב לשירות מילואים ישוחרר גם לפני תום התקופה הנקובה בהצהרה, אם מסר הודעה בכתב על רצונו להשתחרר (במועדים הקבועים לכך בתקנות שירות בטחון (התנדבות לשירות בטחון), תשל"ד-1974).

5. באשר למהות התפקידים שניתן להטילם על חיילים, אין החוק מבחין עוד בין

גברים לבין נשים. ואולם, הבחנה כזאת – אשר על פיה מנחות רשויות הצבא את עצמן – מצויה בהוראת פיקוד עליון המסדירה את שירותן של חיילות. בסעיפים 5-14, תחת הכותרת "תפקידים", קובעת ההוראה לאמור:

"4. החיילות בצה"ל יועסקו בכל המקצועות הצבאיים, המוגדרים ברשימת המקצועות הצבאיים (רמ"ץ) כמקצועות, שניתן לשבץ בהם נשים, למעט המקצועות בשדה אוגדן לחימה, בהתחשב בנתוניו, ביכולתן ובתנאי השירות המיוחדים להן כנשים.

5. חיילת רשאית להתנדב לתפקידים החורגים ממסגרת ההגדרה שבסעיף 4 לעיל לאחר שתחתום על הצהרת התנדבות מתאימה, והתנדבותה לתפקיד תאושר על ידי קצינת הח"ן הראשית וראש אכ"א".

יצוין כי בעבר נקבעו תפקידיהן של חיילות, על-ידי שר הביטחון, בתקנות שירות בטחון (תפקידי אשה בשירות סדיר), תשי"ב-1952. בתקנות אלו נמנו התפקידים שלמילויים רשאי הצבא להציב נשים. הרשימה, המונה עשרים וחמישה תפקידים אפשריים שונים, אינה כוללת תפקידים שהם בתחום מקצועות הלחימה, והצבת אישה לתפקיד שאינו מן המנויים ברשימה הותרה לפי התקנות רק "אם האישה הסכימה לכך בהצהרה בכתב". התקנות עודן כתובות עלי ספר, אך העיגון החוקי להתקנתן נשמט עם ביטולו (בגדר חוק שירות בטחון (תיקון מס' 2), תשמ"ז-1987) של [סעיף 21\(ב\)](#) לחוק, אשר מכוח מקביליו בנוסחיו הקודמים של החוק ([סעיף 6\(ו\)](#) לחוק שירות בטחון, תש"ט-1949, וסעיף 16(ב) לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשי"ט-1959), קמה לשר הביטחון סמכות להתקין תקנות בנושא זה. דומה כי ההבחנה היחידה בין תפקידי גברים לתפקידי נשים שהותיר החוק בעינה הייתה [בסעיף 24](#), שבו הוסמך שר הביטחון, בהתייעצות עם שר המשטרה או מי שהוסמך על-ידיו, להורות בצו כי "יוצא-צבא גבר", שנתקיימו בו תנאי כשירות מסוימים, ישרת במשמר הגבול שבמשטרת ישראל. אך לאחרונה ביטל המחוקק גם הבחנה זו (ראה סעיף 4 לחוק שירות בטחון (תיקון מס' 7 והוראת שעה) (שירות במשמר ושירות מוכר), תשנ"ה-1995).

טענות העותרת

6. העותרת טוענת כי עמדת המשיבים, המבוססת על מדיניות לפסילה טוטאלית של נשים למקצוע הטיס, מפרה את זכות היסוד לשוויון בין המינים. קבלתם של גברים לקורס טיס נבחנת, בנתון לצורכי הצבא, על-פי נתונים וכישוריהם של המועמדים. חייל המתנדב לצוות אוויר, הממלא את נתוני הסף הקבועים, מופנה למבדקי התאמה. אם יימצא מתאים, יתקבל לקורס טיס; ואם יעבור את הקורס בהצלחה ישובץ (על-פי כישוריו ומידת הצלחתו) באחד ממקצועות צוות אוויר. אך מנשים נשללות ההזדמנות והזכות על הסף. הללו נפסלות בשל היותן נשים. שאלת כישוריהן והתאמתן אינה מעניינת את הצבא. מטעם זה מסרב הצבא להעמיד לבדיקה את רמת כישוריה האישיים של מועמדת כלשהי.

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

מדיניות זו – טוענת העותרת – היא מדיניות מפלה. יישומה פוגע בזכותה (ובזכותן)

של כלל הנשים) לשוויון. הפגיעה מתבטאת, בראש ובראשונה, בשלילת הזכות וההזדמנות השווה לשרת בצבא בתפקיד טייסת, אם תימצא בעלת הכישורים המתאימים, ובכך לתרום את חלקה לביטחון המדינה, להגשים את רצונה ולמצות את יכולתה. אך לשלילת האפשרות לשרת כטייסת יש השלכות נוספות. פסילתן על הסף של נשים לתפקידים, חרף היותן מתאימות ובעלות הכישורים הדרושים למילואים, פוגעת בדימוין החברתי. כן חוסמת היא בפניהן את סיכויי ההתקדמות לעבר תפקידים בכירים, במסגרת חיל האוויר ובמסגרת הצבא בכלל. מילוי תפקיד במערך הלוחם מהווה, ככלל, תנאי מוקדם לקידום בצבא. בשל כך, רוב התפקידים של קציני מטה בכירים בצה"ל הינם חסומים, למעשה, בפני נשים. אך לא זה בלבד: על-פי המקובל בישראל, מילוי תפקיד מקצועי בצבא מהווה קרש קפיצה גם להשתלבות בתעסוקה בשוק האזרחי. לגבי טייסים הדבר בולט במיוחד, שכן קבלת משרה של טייס בחברת אל-על מותנית, למעשה, בשירות כטייס בחיל האוויר; ובכך ששוללים מן העותרת הזדמנות שווה לשרת כטייסת בחיל האוויר, שוללים ממנה, בפועל, גם את ההזדמנות השווה לעבוד ולמצות את כישוריה כטייסת אזרחית.

7. העותרת ערה לכך כי יש שאי-שילובן של נשים בתפקידי לחימה עשוי להתבסס על שיקולים ענייניים. כך, למשל, נכונה היא להניח שבתפקידי לחימה רבים, בחילות השדה, אין אפשרות מעשית לשילובן של נשים. לפיכך אין היא טוענת כי יש לבטל לחלוטין את ההגבלות הקיימות על גיוס נשים ליחידות לוחמות. עם זאת, טוענת העותרת, אין לקבל עמדה הפוסלת באופן גורף את שילובן של נשים בתפקידי לחימה. הניסיון, הכללי וכן הצה"ל, מלמד, כי בחלק מתפקידי הלחימה ניתן לשלב גם נשים. מקצועות הטיס הם דוגמה מובהקת לכך. הדבר נעשה, ובהצלחה רבה, בצבאות של מדינות אחרות, וגם בצה"ל שירתו בעבר טייסות אחדות. לפיכך, טוענת העותרת, מדיניות הצבא בשאלת שילובן של נשים בתפקידי לחימה אינה יכולה להיות גורפת, אלא חייבת היא להתייחס, באופן פרטני, לאופיים של התפקיד, של היחידה הלוחמת ושל החיל שבהם המדובר. גישה זו מתחייבת מעקרון השוויון. כל עוד אין מתקיים טעם ענייני ורלוואנטי להבחנה בין נשים לבין גברים, לעניין מילוי של תפקיד מסוים, יש לנהוג בשני המינים על-פי אותה אמת מידה. החוק אמנם מבחין, בכמה עניינים, בין חיילים לבין חיילות, אך הבחנות החוק אינן רלוואנטיות לעניין התפקידים שבהם מותר וניתן להציב חיילות. גם הוראת פיקוד עליון הנ"ל, שעל יסודה סורבה בקשתה להתנדב לצוות אוויר, מאפשרת לחיילות להתנדב לתפקידים החורגים ממסגרת התפקידים שבידי הצבא לכפותם עליה. משמע שהחוק ופקודות הצבא אינם מציבים מכשול בפני יישומה של מדיניות מיון ושיבוץ המכבדת את זכות החיילות לשוויון.

עמדת המשיבים

8. בתצהיר התשובה לעתירה, שנמסר מפי מפקד חיל האוויר, אלוף הרצל בודינגר, פורטו – בהרחבה רבה – נימוקי המשיבים להצדקת המדיניות שמפעיל צה"ל בנושא שירותן הצבאי של נשים ובשאלת שילובן בתפקידי לחימה. מן

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

התצהיר עולה, כי נקודת המוצא למדיניות זו נעוצה בהבחנת החוק, בין נשים לבין גברים, לעניין היקף חובת

השירות. על רקע הבחנה זו נטען, כי תנאי השירות של נשים, המוכתבים בחוק, משליכים על אופי שירותן, בכוחות הסדירים ובכוחות המילואים. בשל השוני במאפיינים הרלוואנטיים, בין גברים לבין נשים, עקרון השוויון אינו חל. ההתייחסות השונה לשירותן של נשים נסמכת על שונות רלוואנטית בנתונים, ולפיכך אינה בגדר הפליה פסולה אלא בגדר הבחנה מותרת.

9. מן הראוי להקדים הערה הנוגעת לגדר המחלוקת.

בנימוקיו לשלילת שיתופן של נשים במקצועות הלחימה, במובנה היותר רחב, התייחס המצהיר, בין היתר, גם להיבט החברתי-ערכי. וכך אמר:

"שאלת שילובן של נשים במקצועות לחימה היא בעייתית, והיא בסופו של דבר גם שאלה חברתית, תרבותית וערכית שהתחבטו בה מדינות רבות. היא עולה מעת לעת על סדר היום גם במדינת ישראל, והתשובה לה אינה רובצת לפתחה של מערכת הביטחון לבדה.

עד כה מקובל היה במציאות הביטחונית הקיימת בישראל כי הגברים הם

שיוצאים לחזית, וזאת לאור מידת הסיכון הכרוכה במקצועות לחימה, הסיכוי ללחימה מול פני אויב וסכנת הנפילה בשבי. ניתן כמובן גם משקל ליחס הציבור לנושא, מכיון שהכרעה בו היא הכרעה בדיני נפשות נוכח הסכנות הקיימות במציאות הביטחונית היום יומית, אשר גם עם שינוי העתים טרם עברו מן העולם".

ואולם בפתח הדיון לפנינו הצהיר בא-כוח המדינה, מר ע' פוגלמן, כי את התנגדותם לעתירה מבקשים המשיבים להשתית רק על השיקולים אשר על יסודם החליט הצבא – במסגרת סעיף 5 להוראת פיקוד עליון הנ"ל – לדחות את בקשת העותרת להתנדב לצוות אוויר. עד מהרה הוברר, כי עמדת המשיבים בעניין זה סומכת, רובה ועיקרה, על מה שבתצהירו של מפקד חיל האוויר כונה בשם הכולל "טעמים תכנוניים". ולהסרת כל ספק אפשרי בדבר ההכרעה המבוקשת מידינו בעתירה, חזר מר פוגלמן והטעים שתיים אלה: ראשית, כי המשיבים מגבילים את התנגדותם לסוגיה הקונקרטית שאותה מעוררת העתירה – היינו, שילוב נשים כטייסות בחיל האוויר – בלי לכרוך זאת בעמדתם כלפי השאלה העקרונית הכללית בדבר אפשרות השילוב של נשים במקצועות לחימה אחרים; ושנית, כי אף שגם כאשר לשילובן של טייסות אין המשיבים מתעלמים מן ההיבט (כלשונו) ה"פטרנאליסטי" – היינו הגישה החברתית הגורסת כי אין לחשוף נשים לסיכוני הלחימה מול פני האויב והנפילה בשבי – הרי שלא על-פי שיקול זה נפלה ההכרעה בעניינה של העותרת, ולא שאלת צדקתו ומידתה הן הטענות בירור וליבון מלפנינו. אמור מעתה: העותרת נדחתה על יסוד ה"טעמים התכנוניים", ורק צדקתם של אלה עומדת לפנינו למשפט ורק בה הננו מתבקשים לפסוק.

10. אשוב אפוא לתצהיר התשובה, כדי לדעת ולהיוודע מה טיבם והיקפם של הטעמים התכנוניים, שעל יסודם מבקשים המשיבים להצדיק פסילה גורפת ומוחלטת של כלל

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

112

החיילות לקורסי הטיס של חיל האוויר. אקדים ואומר, כי לא כל מה שהובא לידיעתנו בתחום זה ניתן לחשיפה במסגרת פסק הדין. הנתונים שסופקו לנו עניינם, לא במעט, במתכונת היערכותו של חיל האוויר לפעילות מבצעית ולאומנים, בעלויות הכספיות של הכשרת טייסים, במשכי השירות הממוצעים של טייסים במסגרת הצבא הסדיר ושירות המילואים, בשיגרת הקריאה של טייסים לשירות מילואים פעיל ובשכיחותה, ועוד ועוד. אין צריך לומר כי לכל אלה, המהווים חלקי מידע על אודות המערך התכנוני של חיל האוויר, יפה השתיקה. בהבאתם לידיעתנו – חלקם בתצהיר נוסף (ודי) מפי מפקד חיל האוויר; חלקם בהסברים שניתנו לנו בעל-פה, בדלתיים סגורות, על-ידי ראש להק כוח אדם במפקדת החיל – ביקשו המשיבים להעמיד לפנינו את התשתית העובדתית הנחוצה להערכת צדקת השיקולים, שבעטיים נדחתה בקשת העותרת בלי לבדוק את התאמתה ואת כישוריה. רק שיקולים אלה, שאותם פרסו המשיבים בפומבי, נוכל לפרט, שכן, הטעמים התכנוניים הרלוואנטיים לדחיית בקשתה של העותרת אינם חלק מן התכנון, אלא שיקולים המתבססים על התכנון.

11. מהם, אם כן, הטעמים התכנוניים? עניינם של אלה, כמסתבר מתצהיר התשובה, בשיקולי הכדאיות המערכתית וכן במגבלות הארגוניות הכרוכים בשילוב נשים במערך הלחימה האווירי של חיל האוויר. על טעמים אלה, אל נכון, מיוסדת המדיניות לפסילת שילובן של נשים גם במקצועות לחימה רבים אחרים. אך, לדעת מפקד חיל האוויר, כוחם של טעמים אלה יפה במיוחד להצדקת העמדה שלפיה אין להכשיר נשים כטייסות.

הכשרתו של טייס היא ממושכת, וההשקעה הכספית במימונה היא אדירה. הכשרת טייס צופה, לכן, פני עתיד. היא מבוססת על ההנחה שהמועמד ישרת תקופה ארוכה, תחילה בשירות סדיר ולאחר מכן בשירות מילואים. על יסוד זה נקבעו, בפקודות הצבא, מגבלות גיל ותנאי סף וספים לקבלת מועמד לקורס טיס. משך שירות החובה של נשים, חובת השירות המצומצמת במילואים המוטלת עליהן וזכאותן לפטור משירות ביטחון עקב נישואין, היריון ולידה, אינם מאפשרים את שילובן בקורס טיס ואת שירותן בצוות אוויר. ואף התנדבות לשירות סדיר נוסף ולשירות מילואים, של נשים המבקשות לשרת כטייסות, מספקת אך פתרון חלקי לבעיה; הן משום ההבדל המתחייב מן החוק, בין דינו של מתנדב החייב בשירות לבין דינו של מתנדב שאינו חייב בשירות, והן בשל הגבלת הכושר להמשיך לשרת במצבי היריון ולידה.

אכן, במהלך הטיעון לפנינו הודה מר פוגלמן, כי בכל הנוגע להתחייבות לשירות סדיר נוסף, אין יסוד ממשי להבחין בין נשים לבין גברים; שכן, מועמדת לקורס טיס, שתוטל על עצמה (בדומה למועמדים גברים) התחייבות לשירות סדיר נוסף, תהא חייבת למלא את מכסת שירותה עד תום, גם אם תינשא, תהרה או תלד במהלך תקופת השירות. לא כן הדבר באשר לחובת שירותה במילואים של טייסת, אשר השלימה את מכסת השירות הסדיר הנוסף שנטלה על עצמה. חובה זו תחול עליה רק עד שתהרה, או תלד, או עד מלאת לה 38, לפי המוקדם. וגם אם תתנדב לשירות מילואים שאינה חייבת בו (כגון, בעקבות היריון או לידה), תוכל בל עת לחזור בה מהתנדבותה לשירות מילואים, והצבא

יהיה חייב לשחררה. בחירת המועמדים לשיבוץ בתפקיד צבאי כלשהו – טען בא-כוח המשיבים – חייבת להתבסס על צורכי הצבא בלבד; ושיבוץ נשים בתפקידי טייסות איננו עולה בקנה אחד עם צרכים אלה. גם אם טייסת תוכל ותרצה למלא את כל חיוביה, עלולה גריעתה הזמנית מן השירות, עקב היריון למשל, לשבש את הכשירות של יחידתה. בכך ייפגעו התכנון והיכולת המבצעית. ואם לא די בטעמים התכנוניים כדי להכריע את הכף, מיתוספים אליהם השיקולים התקציביים והלוגיסטיים. אלה כרוכים בהכרח להתאים את המיתקנים הצבאיים הקיימים לקליטת נשים.

יצוין שמפקד חיל האוויר (כעולה מתצהירו) אינו חולק כי אישה יכולה להיות בעלת כל הכישורים הדרושים להצלחה בתפקיד טייסת. בתצהירו מתייחס הוא גם לעובדה שבכמה צבאות אחרים נפתחו מקצועות לחימה אחדים (בכללם טיסה) בפני נשים. אך, לדעתו, לא יהיה זה נכון להקיש מניסיונם של צבאות אחרים על צה"ל; הן בשל ייחוד תנאי החירום שבהם נדרש צה"ל לפעול, והן בשל השוני, בתנאי השירות של נשים, שבין צה"ל ולבין צבאות אחרים. בסיכומו, בעניין לדחיית בקשתה של העותרת, אומר מפקד חיל האוויר:

"בקשת העותרת להתנדב לקור טיס נדחתה למרות נתוניה 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".

שונות רלוואנטית והפליה פסולה

12. עמדת העותרת סומכת על עקרון השוויון. טענתה היא, כי דחיית מועמדותה לקורס טיס, אך בשל היותה אישה, מפלה אותה ביחס לחיילים גברים. הפליה זו פוגעת בזכותה לשוויון בין המינים, ולפיכך דינה של ההחלטה להיפסל. בהשיבו לטענה זו קיווה בא-כוח המשיבים לשכנענו, כי בפרשתנו, שאלת הפגיעה בעקרון השוויון כלל אינה מתעוררת. כך, לדעתו, מתחייב מהוראות החוק, שבכל הנוגע להיקף חובת השירות ותנאי השירות, מבחין – הבחן היטב – בין גברים לבין נשים. משמע שהמחוקק הכיר בכך כי השונות בין המינים הינה רלוואנטית לעניין שירותם הצבאי. מכאן כי שונות זו היא רלוואנטית גם בקביעת מהות התפקידים והמקצועות הצבאיים שבידי הצבא להטיל על חיילים ועל חיילות.

13. עמדה זו אין בידי לקבל. אכן, הכלל הוא כי שונות רלוואנטית עשויה להצדיק הבחנה. הלוא בכך טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה כשרה. כדברי השופט אגרנט בד"נ [10/69](#) **ורונובסקי נ' רבנים הראשיים לישראל** ואח' [1], בעמ' 35:

"עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת".

אך כתנאי להשגתו של שוויון מהותי חובה לקבוע, שאת עצם הרלוואנטיות של השונות, ואת מידתה, יש לבחון, בכל מקרה נתון, בשים לב למטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה. לאמור: הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד ואינן מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את האחד על פני האחר, חייבת להיות ישירה וקונקרטית (ראה והשווה דברי השופטת נתיניהו בג"צ [720/82](#) ליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה ואח' [2], בעמ' 21). עצם קיומו של שוני בין בני אדם אינו מצדיק הבחנה ביניהם. השווה בג"צ [721/94](#) אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח' (להלן – פרשת דנילוביץ [3]), דברי המשנה לנשיא ברק, בעמ' 764-760, ודברי השופטת דורנר, בעמ' 782-783. אדרבא, כל אימת שהדבר אפשרי, גם בשונים יש לנהוג בשוויון, תוך התחשבות בהיותם שונים.

14. בקובעו את חובת השירות ואת תנאי השירות הבחין החוק בין גברים לבין נשים. כלום מכאן משתמע, שבין שני המינים מתקיימת שונות שהינה רלוואנטית לפסילתן המוחלטת של כל החיילות למילוי תפקידים כאלה ואחרים? לשאלה זו יש להשיב בשלילה. הבחנת החוק, באשר לחובת השירות ולתנאי השירות, בין גברים לבין נשים נועדה להקל עם הנשים; מן הסתם בהתחשב בהבדל הביוולוגי שבין המינים. הקלה זו בתנאי שירותן של הנשים מהווה נסיבה שעל הצבא להביאה בחשבון בתכנון מערכי כוח האדם שלו; אך אין היא יכולה להיות סיבה להתרת יחס מפלה כלפי החיילות. ודוק: החוק איננו קובע מאומה בדבר ייחוד תפקידים מסוימים לנשים, או לפסילתן לתפקידים אחרים; ואף ההוראה שנכללה בחוק בעבר, ואשר בה הוסמך שר הביטחון לקבוע בתקנות מהם התפקידים שבהם רשאי הצבא להציב חיילות, בוטלה ועברה מן העולם (ראה פסקה 5 לעיל). בנסיבות אלו, ובהיעדר ראיה לסתור בלשון החוק או בתכליתו, יש להעמיד את החוק בחזקתו הפרשנית, כי הוא מתיישב עם כיבוד הזכות לשוויון בין המינים ואף מכוון להגשימה (ראה א' ברק, [פרשנות במשפט, כרך ב](#), פרשנות החקיקה (נבו, תשנ"ג) 435-436). אף ביתר שאת מתחייבת גישה זו מן ההכרה, שעם חקיקת [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) התעלה מעמדו הנורמאטיבי של עקרון השוויון – שזה כבר נאמר עליו כי "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו..." (השופט לנדוי בג"צ [98/69](#) ברגמן נ' שר האוצר ואח' [4], בעמ' 698) – והוא הפך "לעיקרון בעל מעמד חוקתי על-חוקי" (כביטוי של השופט אור בג"צ [5394/92](#) הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה [5], בעמ' 363). כן ראה: ברק, בספרו הנ"ל, בעמ' 565-566; בג"צ [453/94](#), 454 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' (להלן – פרשת שדולת הנשים [6], בעמ' 525-526).

15. בתצהיר התשובה נרמז, כי בכך שהעותרת אינה טוענת כי יש להטיל על נשים אותן חובות לשירות ביטחון, שבחוק הקיים מוטלות רק על גברים, הריהי

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

יתר לנשים. יפה עשה פרקליט המשיבים שלא חזר על טענה זו במסגרת הדיון לפנינו.

יש, אמנם, המטילים בחוק דופי של הפליית הגברים לרעה (ראה ד"ר כ' שלו, "על שוויון, שונות והפליית מין" ספר לנדוי (בורסי, כרך ב, בעריכת א' ברק וא' מזוז, תשנ"ה) 893, 900-902 והאמור בה"ש 42, שם); וזה בוודאי היפוכה של הגישה הגורסת כי הבחנת החוק בין גברים לנשים הינה מוצדקת בהיותה מבוססת על שונות רלוואנטית בין המינים (ראה דברי השופט זוסמן בע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי [7], בעמ' 1067-1068). ואולם אפילו לא נדבק בהשקפה המסורתית, ונניח 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.

16. הנה כי כן, פרשנות החוק על-פי לשונו ותכליתו מובילה למסקנה כי החוק אינו מתיר פסילה טוטאלית של נשים, בשל מינו, למילוי תפקיד כלשהו בצבא. להסרת ספק אבקש להוסיף, כי גם על-פי תקנות שירות בטחון (תפקידי אשה בשירות סדיר) שעם ביטול הסעיף המסמך בחוק נשלל מהן תוקפן המחייב – לא היה מקום להגיע למסקנה אחרת. הלוא גם בתקנות הונח פתח להתנדבותן של חיילות למילוי תפקידים שלא נמנו ברשימת התפקידים שבהם הורשה הצבא להציב חיילות. והוא הדין גם על-פי הוראת פיקוד עליון הנ"ל, שלפיה מוסיף הצבא להנחות את עצמו בקביעת תפקידי חיילות; שאף היא, כמו התקנות בשעתן, משאירה פתח להתנדבות של חיילות גם לתפקידים החורגים ממסגרת כלל התפקידים הרגילים שהצבא מועיד לנשים. ודוק: אין משמעות הדבר כי השונות בין המינים לעולם אינה רלוואנטית לעניין התאמתה של חיילת למילוי תפקיד מסוים. גם לדידי, אפשר בהחלט שחיילת תיפסל, בגלל מינה, למילוי תפקידים כאלה ואחרים, אך פסילה מטעם זה הינה מותרת רק מקום שבו מינה של המועמדת יוצר שוני אשר הינו רלוואנטי למילוי של התפקיד המסוים.

נשים כטייסות

17. אין חולקין כי המסוגלות הנדרשת להפעלת כלי-טיס צבאיים עשויה להימצא, במידה שווה, בקרב נשים כבקרב גברים. על שילובן המוצלח של נשים-טייסות בחילות האוויר של מדינות אחרות הוגש לנו חומר רב. הניסיון המעשי ביחידות האוויר של צי ארצות-הברית (החל משנת 1942 ואילך) התבסס אמנם, בעיקרו, על הפעלת נשים-טייסות במשימות סיור, הדרכה וסיוע עקיף בלבד (ראה הפרק aviation "women in" בספרם של: m. Hall, crossed currents navy women from & j. Ebbert (327-241) 1993, brasseys' wwi to tailhook מצויות עדויות כי בצבא האדום, במלחמת העולם השנייה, הועלו נשים-טייסות בהצלחה רבה גם במשימות קרביות מול מטוסי אויב (ראה – j. Holm, women in the military an unfinished 315 (1982, presidio) revolution). למעשה, שוב אין איש חולק כי נשים מוכשרות לתפקד בהצלחה בצוותי אוויר באופן שווה לעמיתיהן הגברים. יצוין כי שאלת שילובן של טייסות פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

בצבא ארצות-הברית במשימות לחימה נבחנה לאחרונה על-ידי ועדה נשיאותית שמונתה לבדוק את מכלול השאלות הכרוכות בשיתופן של נשים ביחידות לוחמות; לרבות סוגיות הקשורות בהיריון, בלידה

ובהורות של נשים בשירות פעיל בצבא. הוועדה, שבדיקותיה הקיפו גם את לקחי שיתופן של נשים במלחמת המפרץ, המליצה (ברוב של שמונה נגד שבעה) שלא לאפשר לנשים להשתתף בטיס קרבי (ראה דו"ח הוועדה: the presidential commission on: the assignment of women in the armed forces, report to the president (1992), brassey's). women in combat כי בנקודה זו דווקא דעת המיעוט של שבעה מחברי הוועדה (ראה שם, בעמ' 80-83) היא אשר הכריעה את הכף: שר ההגנה דאז, לס אספין, החליט לאמץ את דעת המיעוט, ובאפריל 1993 הורה להסיר את המגבלה מעל שיתופן של נשים במשימות קרב של היחידות האוויריות בכל החילות. שילוב פעיל של נשים בתפקידי טייסות הוא כיום שכיח בחילות האוויר של מדינות נוספות. דומה כי 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 (לעניין זה ראה את מחקרו של א' אילון, נשים בתפקידים קרביים סקירה עיונית-השוואתית (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1994) 21-28).

18. אך למה נרחיק עדותנו? מן החומר המצוי לפנינו עולה כי לפחות בעשור הראשון לקיומו של חיל האוויר שולבו בשורותיו נשים-טייסות אחדות. עד למבצע קדש, ובמהלכו, הוצבו נשים כטייסות של מטוסי תובלה. אך בשנים שלאחר מכן נמנע הצבא מקבלת נשים לקורס טיס. שינוי המגמה מיוחס לשיקולים תקציביים: אימון נשים כטייסות קרב לקראת הצבתן כטייסות תובלה בלבד, ולתקופת שירות קצרה באופן יחסי, נתפס כלא כדאי. במקרה יוצא מן הכלל אחד, בשנות השבעים, נתקבלו חניכות אחדות לקורס טיס. אך מאז חזרו שערי הקורס ונסגרו בפני חיילות (ראה בנושא זה את חיבורם של "k. L.", "the israeli woman in combat" Wiegand & n. L. Goldman (198, n. Y) and the polity, the free press) 220-221 the military, militarism שלא כל אנשי המקצוע קיבלו גישה זו. לתמיכת עתירתה הגישה העותרת, בין היתר, גם תצהיר מפי אל"מ (מיל.) זאב רז, אשר שירת בחיל האוויר כטייס קרב ובשנים 1986-1989 שימש כמפקד בית הספר לטיסה. המצהיר העיד על עצמו, כי בנתון לקושי שהוא רואה לשיתוף נשים במשימות קרביות (אשר אותו הוא מייחס לבעייתיות הקיימת בהתייחסות הציבור לאפשרות של נפילת נשים בשבי), הריהו תומך בשילוב נשים בקורס טיס; וכי גם בהיותו בשירות פעיל ניסה להביא לשינוי במדיניות הצבא בעניין זה. לדעתו, ניתן לשלב נשים בהטסת מטוסי תובלה מסוג "בואינג" ובמערך טיסות הסיוע במטוסי "סקיהוק". נשים תוכלנה לשרת כטייסות הן בשירות סדיר והן (בהתנדבות) בשירות מילואים, כמקובל לגבי טייסים גברים. להערכתו, שילובן של נשים בקורס טיס וביחידות לא רק שלא יפגע ביכולתן של היחידות למלא את המשימות המוטלות עליהן, אלא אף יתרום תרומה חיובית בכיוון זה. כן אין הוא צופה ששילוב נשים ייצור קשיים בהיערכות הלוגיסטית והארגונית, שאין אפשרות סבירה להתגבר עליהם. תמיכה בשילוב נשים בקורס טיס מובעת גם בתצהירה של תא"ל (מיל) עמירה דותן, מי שכינה כקצינת ח"ן ראשית בשנים 1982-1987. המהירה מעידה על שילובן המוצלח של חיילות במסגרת יחידות שפעלו מעבר לגבולות המדינה (כגון בלבנון במלחמת של"ג) וכן על התפתחות חיובית,

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

האחרונות, ואשר במסגרתה נפתחו בפני חיילות תפקידים ומסלולי שירות שבעבר נחשבו לנחלתם של חיילים גברים בלבד. לא למותר לציין כי אישור לקיומה של גישה חדשה זו, בהיערכות הצבא, מצוי גם בתצהירו של מפקד חיל האוויר. אלא שלדידו, מה שיפה, בתחום זה, למקצועות צבאיים אחרים איננו יכול לחול על מקצוע הטיס.

טעמים לסתור: תכנוניים, לוגיסטיים ותקציביים

19. המשיבים, כאמור, אינם חולקים, כי מבחינת מהות הכישורים שבהם מותנית ההתאמה לקורס טיס, אין כל הבדל בין נשים לבין גברים. אלה כאלה עשויים להתאים, או לא להתאים, למקצוע הטיס; ואין למינם של המועמדים ולסגולות שבהן תלויה התאמתם ולא כלום. עם זאת איתנים המשיבים בסירובם להכשיר נשים לטיס ולשלבן כטייסות ביחידות חיל האוויר. טענתם היא, שבין בני שני המינים מתקיימת, בכל זאת, שונות שהיא רלוואנטית לגיבוש החלטתם. שונות זו היא המובילה להבחנה שביסוד מדיניות הצבא שלקורס טיס ולתפקידי טייסים יתקבלו גברים בלבד.

עמדתם של המשיבים נותרה כשהייתה. אך יש לחזור ולהזכיר כי בהנמקתם חל שינוי. דחיית בקשתה של העותרת התבססה, כזכור, על הוראת פיקוד עליון שלפיה אין מציבים נשים במקצועות לחימה; והואיל וטיס מסווג כמקצוע לחימה, אין הצבא מקבל נשים לקורס טיס. בתצהיר התשובה, מפי מפקד חיל האוויר, נכללה (והובאה לעיל כלשונה) גם התייחסות להיבט החברתי-ערכי של שיתוף נשים במשימות קרביות. ואילו בטיעונו לפנינו הגביל בא-כוח המשיבים את טעמי התנגדותו לטעמים מעשיים, הקשורים בהיערכותו של חיל האוויר למילוי משימותיו. בהגדרת המניעה לקליטת נשים כטייסות הושם עתה הדגש על הטעמים התכנוניים, אך הוזכרו גם טעמים "לוגיסטיים" ו"תקציביים". אינני סבור כי עליי להתעכב על טעמים נוספים אחרונים אלה, שהמשותף ביניהם טמון בבשורה הבלתי מפתיעה שקליטת נשים תצריך השקעת משאבים כספיים נוספים. לא מפני שלטיעון זה לא צורפה כל הערכה משוערת של גודל ההשקעה הנוספת הנדרשת; ואף לא מפני ששיקולים תקציביים, כשלעצמם, אינם נחשבים; אלא מאחר שמשקלם היחסי של שיקולים אלה, בגיבוש ההחלטה השלטונית, נמדד ונקבע תוך איזון בינם לבין שיקולים אחרים (ראה בג"צ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [8], בעמ' 392-391, והאסמכתאות הנזכרות שם).

על כל פנים, כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד – וכזה הוא המקרה שלפנינו – משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול. שכן:

"הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית" (ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 528).

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

כן ראה: W. Hogg, constitutional law of, (3,toronto) p. 873 . (1992) canada גם בא-כוח המשיבים הודה, שלטעמי ההתנגדות הללו אין לייחס משקל רב, וביכר

למקד את טיעונו כמעט אך ורק בטעמים שמפקד חיל האוויר ציינם בתצהירו כטעמים עיקריים. אלה הם, כפי שכבר הזכרנו, הטעמים התכנוניים.

20. הטעמים התכנוניים שעליהם כבר עמדנו (בפיסקה 11 לעיל), נועדו לשכנענו כי שילובן של נשים במסגרת התכנונית הפעילה של צוותי האוויר אינו בר-ביצוע.

ההשקעה האדירה בהכשרת טייסים מבוססת על תחזית ארוכת טווח. המועמדים לקורס טיס מתחייבים לשרת בצבא הסדיר במשך מספר שנים (שהוא קבוע וקצוב מראש) מיום הסמכתם כטייסים. כן מתחייבים הם (בהתנדבות) לשירות מילואים, במסגרת שנתיות שלרוב עולות על היקף החובה החוקית ועל-פי מתכונות שתקבענה על-ידי חיל האוויר בהתאם לצרכים ולסוגי הפעילות הנדרשת. הסדיר החוק באשר להיקף חובת השירות של נשים ובעיקר חובתן המוגבלת לשירות מילואים, שגם היא כפופה לעילות ברורות לפטור מוחלט משירות עקב היריון ולידה – אינם מאפשרים לשלבן במסגרת תכנונית זו. ניתן אמנם לחייב מועמדת לקורס טיס לשירות סדיר נוסף, כמקובל לגבי מועמדים גברים, וכן ניתן לחייבה ליטול על עצמה בהתנדבות שירות מילואים שאינה חייבת בו. אך גם באלה אין כדי להבטיח סדירות ורציפות של השירות. גם היעדרותה הארעית של טייסת במהלך שירותה הסדיר, עקב היריון או לידה, עלולה לשבש את פעילותה המתוכננת השוטפת של היחידה האווירית כולה. ואולם עיקר הקושי טמון בהיעדר היכולת להסתמך על התחייבותה להתמיד בשירות מילואים שאינה חייבת בו, שכן, אם תהרה או תלד, ותודיע כי היא חוזרת בה מהתנדבותה, שוב לא תהיה אפשרות חוקית לחייבה לשרת.

21. תמהני אם לחששות הללו יש יסוד איתן. נקודת המוצא היא, כי נשים אשר תצגנה מועמדות לקורס טיס תידרשנה, בדומה למועמדים גברים, ליטול התחייבויות לשירות סדיר ולשירות מילואים. ככלל, נכון להניח כי הנוטל על עצמו התחייבות כזאת, ירצה ויוכל לעמוד בה. גם אם ההנחה היא כי תרומתה הממוצעת הכוללת של טייסת – מבחינת משך השירות ורצף השירות – תהיה פחותה משל טייסים גברים, הרי זה שוני הנובע מהיותה אישה. שוני זה, שאין לזקפו לחובתה, ניתן להביאו בחשבון במסגרת התכנון. הצבא יכול להשכיל, בעניין זה, מן הניסיון העשיר שיש לו בקרב סגל אנשי הקבע שלו. יש בוודאי מקרים שבהם חיילים מבקשים, מסיבות כאלה ואחרות, להתיר את התחייבויותיהם להמשך השירות. באשר להיקף התופעה, בקרב גברים ובקרב נשים, יש בוודאי נתונים, ומתקבל על הדעת כי בתכנון פעילותו מביא הצבא בחשבון גם נתונים אלה. חיל האוויר יכול להישען, לפחות במידת מה, גם על ניסיונו בקרב טייסי המילואים. יש להניח כי רוב הטייסים אכן ממלאים את מכסות השירות המוגברות, שהן מעבר לחובתם החוקית, ומתמידים בכך במהלך כל תקופת ההתחייבות כמעט ללא כל הפרעה. אך גם בקרב ציבור זה מוכרים בוודאי מקרים של היעדרות ממושכת משירות מילואים, בשל נסיבות אישיות, שהייה ארוכה בחוץ-לארץ וכל כיוצא באלה; ואף נתוניה של תופעה זו, שגם היקפה בוודאי גלוי וידוע, חזקה שהם מובאים על-ידי חיל האוויר בחשבון בתכנון משימותיו. כלום יש יסוד להניח, שבכל הנוגע לתקינות השירות הסדיר ומימוש ההתנדבות לשירות מילואים, ההתפלגות בקרב נשים טייסות תהא

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

שונה, במידה משמעותית, מאשר בקרב חיילות המשרתות במקצועות אחרים
ובקרב טייסי מילואים

גברים? ככל שניתן ללמוד מניסיונם של חילות אוויר במדינות כארצות-הברית וכקנדה, משקלם של גורמים ספציפיים, כהיריון וכלידה, בהפרעה לסדירות השירות של נשים-טייסות, אינו משמעותי. כלום מכך לא ניתן ללמוד מאומה? תשובת המשיבים לכך היא, שקליטתן המוצלחת של נשים טייסות בחילות האוויר של מדינות אחרות אינה מהווה ראיה להצלחתן הצפויה של מהלך דומה גם אצלנו. תנאי השירות שונים, תנאי הזירה שונים ואף תנאי הכוננות המתמדת שונים. וכל אלה עלולים להשפיע.

חולשתה העיקרית והבולטת של טענה זו היא בכך שכל כולה נשענת על סברות והערכות היפותטיות ולא על לקחים שנלמדו מניסיון מעשי מצטבר. נכון הדבר, כי רוב הטייסות בחילות האוויר של מדינות אחרות רואות בטיס הצבאי מקצוע ובחירות ב"קריירה" צבאית. אך מי אמר כי שילוב נשים במקצוע הטיס בצה"ל לא יוליד נטייה דומה גם אצלנו, בקרב רוב המבקשות לעצמן תפקיד מיוחד זה? יצוין כי חילות האוויר של מדינות אחרות נעשה תהליך שילובן של נשים בהדרגה. בפסק-דין של בית הדין הקנדי לזכויות האדם בפרשת an. V. Canadian armed forces & gauthier]56 – שתדפיסו הוגש לנו על-ידי העותרת – נסקרו מהלכי הקליטה של נשים בתפקידי לחימה בחילות השונים של הצבא (ויצוין, שאחת התביעות שנדונו, במקובץ, בפסק-דין זה הייתה של טייסת אזורית מוסמכת שמועמדותה לתפקיד טייסת בחיל האוויר סורבה בשל מינה). מן הסקירה עולה כי שאלת התאמתן של נשים להשתלב בתפקידי לחימה נבדקה בקפידה רבה. לאחר שהוגשו המלצותיה של ועדה מלכותית, אשר בדקה את הנושאים הקשורים בכך, הוקדשו חמש שנים תמימות לעריכת מבדקים מעשיים. בעזרת מבדקים אלה – אשר כונו, בקיצור, "swinter", ראשי-תיבות: traditional environments and roles service women- in non שלפנים לא היו פתוחים בפניהן. כדי לא לסכן מאומה בתחום הכוננות הביטחונית התיר הצבא, בראשית הדרך, קליטת נשים בצורה מוגבלת ומבוקרת. והמבדקים התייחסו לקבוצות נשים אשר נקלטו, במקצועות השונים, במתכונת זו. המבדקים שנערכו בחיל האוויר הוכיחו כי נשים שנקלטו בתפקידי טייסות השתלבו בהצלחה ביחידות, ביצעו היטב את המוטל עליהן וזכו להערכת מפקדיהן וחבריהן לצוותים. מסקנות אלו הובילו לביטול המגבלות על גיוסן של נשים לתפקידי טיס קרבי. עם קליטתן של הנשים נקבעו כללים אשר הסדירו נושאים שונים, לרבות היעדרות מטיסה עקב היריון ולידה.

ניסוי כזה, או דומה לו, טרם נערך בצה"ל; ועל-פי השקפתי, ראוי היה לעורכו. אכן אפשר – כפי שהמשיבים טוענים – שניסיונם המעודד של צבאות אחרים אינו מהווה ראיה להצלחתה של תכנית דומה בחיל האוויר שלנו. אך כל עוד חיל האוויר איננו מאפשר קליטה ניסיונית של נשים במסלול של מקצוע הטיס, וכל עוד אינו מקיים מעקב שיטתי ומושכל אחר תפקודן בקורס וביחידות, לעולם לא נוכל לדעת אם, בתנאים המיוחדים השוררים אצלנו, נשים עשויות להשתלב בהצלחה בצוותי האוויר. אכן, קיום כוננותו והיערכותו של חיל האוויר הינו נכס חשוב וחיוני. אך צורכי הכוננות וההיערכות עשויים לזכות למלוא תשומת הלב מצד הגורמים המקצועיים במפקדת חיל האוויר, גם אם צוותי

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

האוויר יכללו מספר נשים שתיקלטנה באורח ניסיוני ומבוקר, ויקוים מעקב שיוביל בסופו של דבר להפקת לקחים ולגיבוש מסקנות לעתיד לבוא. ניסיון כזה יכול להתבסס על מספר לא גדול של מועמדות שתיקלטנה בהדרגה במשך תקופה שתהיה ארוכה במידה מספקת כדי שתאפשר הסקת מסקנות לגבי שיעור ההצלחה ביחידות הסדירות וביחידות מילואים. יש להניח כי הביקוש – לפחות בתחילת הדרך – לא יהיה עצום ורב. אך במסגרת קבלתן הניסיונית של נשים לקורס טיס לא הייתי רואה בכך פגם, אילו נקבעו מכסות מוגבלות למועמדות. קביעת מכסות, מעצם טיבה, אינה שוויונית. לא כן הדבר, כשקביעתן נעשית במסגרת ניסוי שמטרתו לקדם את השוויון, בלי שייפגע אגב כך אינטרס ביטחוני חיוני.

התערבות במדיניות השיבוץ של הצבא

22. בית-משפט זה אינו נוטה להתערב בהחלטות מקצועיות-תכנוניות של שלטונות הצבא. כדברי המשנה לנשיא אלון בבג"צ [734/83](#) שיין ואח' נ' שר הביטחון ואח' [9], בעמ' 399:

"הלכה פסוקה היא, כי אין בית-משפט זה שם את שיקול-דעתו תחת שיקול-דעתה של הרשות המוסמכת, והלכה זו חלה ביתר שאת, כאשר מדובר בפיקוחו של בית-משפט זה על החלטות מקצועיות-תכנוניות של שלטונות הצבא".

ראה גם: בבג"צ [329/87](#) סורקו-רם נ' שר הביטחון [10], בעמ' 879, וכן דברי השופט גולדברג בבג"צ [3246/92](#) הר-עוז ואח' נ' שר הביטחון ואח' [11], בעמ' 307, על אודות "...כוחו של צה"ל להפעיל את סמכותו לשבץ כל חיל לפי שיקוליו ולפי צורכי הצבא" באשר "השיבוץ שייך, מעצם טיבו, למבנה הצבא ולהיערכותו הצבאית". אך מעולם לא הוטל ספק, ואף בא-כוח המשיבים הודה בכך בפה מלא, כי החלטות הצבא ופקודות הצבא, המבטאות את מדיניותו של צה"ל, כפופות לביקורתו השיפוטית של בית-משפט זה. כשלעצמי, איני רואה מקום לספק שמדיניות שיש בה משום הפרה של זכות יסוד מעמידה עילה ראויה להתערבות בית המשפט. פגיעה בשוויון, מחמת הפליה על רקע מיני, היא דוגמה מובהקת למקרה המצדיק והמחייב התערבות. כזה הוא המקרה שלפנינו. צה"ל אינו יכול להישמע בטענה שנשים פסולות לתפקיד כלשהו מחמת היותן נשים. הטענה שהכשרתן של נשים לתפקידי טייסות אינה כדאית, חרף היותן בעלות כישורים מתאימים לכך, היא טענה צורמת. בהכרזות על שוויון בין המינים לא סגי, שכן מבחנו האמיתי של שוויון הוא בהגשמתו, הלכה למעשה, כנורמה חברתית תוצאתית (השווה פרשת שדולת הנשים [6]). חיוב נורמאטיבי זה חל גם על צה"ל. מן המפורסמות הוא עד כמה גדולה השפעת אורחותיו של הצבא על כל אורחות חיינו. ובהשרשת ההכרה בחשיבותן של זכויות יסוד אין צה"ל יכול להישאר מחוץ לתמונה. גם עליו מוטל לתרום את חלקו.

23. אני מציע לחבריי הנבדים שבעתירה זו ייעשה צו מוחלט. מכוחו יחויבו המשיבים לזמן את העותרת למבדקי התאמה לטיס. אם תימצא היא מתאימה, ותמלא את כל תנאי הסף האחרים המקובלים לגבי מועמדים גברים, יאופשר לה להשתתף בקורס טיס. בכך

יפתח חיל האוויר במהלך ניסויי שאת כל יתר פרטיו ודקדוקיו חזקה עליו שיקבע במקצועיות ובהגינות, תוך התחשבות בצורכי ההיערכות והכוננות מחד גיסא ובאמות המידה הדרושות להסקת מסקנות נאותות מן הניסוי מאידך גיסא. כפועל יוצא מן ההכרעה יחויבו המשיבים לשלם לעותרת את הוצאות העתירה בסך 000,10 ש"ח.

השופט י' קדמי: 1. לצערי, אין אני יכול לצרף קולי לפסק-דינו של חברי, השופט מצא, כמות שהוא; ואלה, בקצירת האומר, עיקרי טעמיי: (א) לשיטתי, מן הראוי לייחס להחלטות עקרוניות של המופקדים על הביטחון הלאומי, ככל שאלו מתייחסות לצורכי הביטחון ולדרכי השגת רמת הביטחון הראויה, רמת סבירות גבוהה; באופן שהטוענים כנגדה נושאים בנטל שכנוע כבד, השקול כנגד הנטל המוטל על מי שמבקש להפריך חזקה שבדין.

(ב) כשלעצמי, הייתי מהסס להתערב בהחלטות כאמור, כל עוד לא שוכנעתי שהן נגועות בחוסר סבירות קיצוני, בשרירות או בחוסר תום-לב וידיים לא נקיות. כאמור, נקודת המוצא שלי היא שלא כך הם פני הדברים, וכי חזקה על מקבלי החלטות מסוג זה, שהם מקיימים את כל הבדיקות המתחייבות ושוקלים את כל השיקולים הרלוואנטיים, תוך גילוי מלוא האחריות המתחייבת מתפקידם ומן הסמכויות שהוענקו להם.

(ג) במקרה דנן, מיקד נציג חיל האוויר את עמדתו בצורכי הביטחון הלאומי, כשהוא שם את הדגש על השירות הממושך והאינטנסיבי המצופה מטייס קרב בחיל האוויר, על רקע עלותה של הכשרתו הבסיסית, ולנוכח המאמץ המתמשך הדרוש להבטחת רמת יכולתו המבצעית. הנחת העבודה של הגורמים הביטחוניים המופקדים על נושא זה היא, כי בנסיבות הקיימות קרוב לוודאי שטייס לא תוכל לענות על מלוא הציפיות בדבר משך השירות ותתקשה ביותר בנשיאה במעמסת הבטחת הכושר המבצעי לאורך השנים; ומבין השיטין השתמעה, לאוזניי שלי, ההשקפה, שאף לא יהיה זה מן הראוי להעמידה בפני הבחירה בין ההתמדה בשירות ובהבטחת הכושר המבצעי, לבין הדרישות שבוודאי תציב לעצמה בבוא העת בכל הקשור להקמתה ולטיפוחה של משפחה. דומני כי השקפה זו עמדה, בין היתר, בבסיס ההבחנה בין גברים לנשים בקשר לשירות מילואים; ואינני סבור כי נס ליחה.

יהיו הדברים כאשר יהיו, כשלעצמי, אין אני סבור, שברשותי הכלים – ועיקר המיומנות – הדרושים לבחינת "סבירותה" של הנחת העבודה האמורה; ואין אני מוכן להקל על משא האחריות שנושאת בו מפקדת חיל האוויר במחויבותה לביטחון הלאומי ולכפות עליה קו התנהגות העומד בניגוד לעמדתה.

(ד) חוששני כי הניסיון ללמוד מן המתרחש בתחום זה במדינות אחרות לא יצלח, מן הטעם הפשוט: מצבנו הביטחוני שונה תכלית שינוי מן המצב הביטחוני השורר באותן מדינות; המצב שאנו נתונים בו מחייב הכנה לסיכונים שונים לחלוטין מן הסיכונים הצפויים שם, ול"טעות" בהקשר זה אצלנו עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת.

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

(ה) אין אני סבור, כחברי הנכבד, השופט מצא, כי מן ההחלטה שלא להכשיר, בשלב זה, טייסות קרב, עולה ניחוח של הפליה פסולה. כמתחייב מן האמור לעיל, לא "הפליה" יש כאן, אלא "הבחנה" הנעוצה בצורכי הביטחון הלאומי השוטף.

אין מקום לדבר על "הפליה" פסולה, במקום ש"הבחירה" בין שווים נעוצה בצרכים חיוניים של הביטחון הלאומי. שוני הנעוץ בצרכים אלה – כאשר מדובר, כמובן, בצרכים אמיתיים – לא זו בלבד שאינו מצביע על "הפליה", אלא שיש בו ביטוי ל"שוויון" הדרישה המוצגת לכל אחד מאתנו לתרום את שבכוcho לתרום לביטחון הלאום; ו"כוחו" של הגבר בהקשר זה – על-פי הנחת העבודה של חיל האוויר – שונה מ"כוחה" של האישה.

2. יחד עם זאת, מקובלת עליי עמדתו של חברי הנכבד, השופט מצא, כי מן הראוי להעמיד במבחן המציאות את החששות שעליהם מבוססת השקפתם של גורמי הביטחון בסוגיה זו; וכי נכון יהיה לעשות צעד ראשון בעניין זה בהקדם, ככל שהתנאים הביטחוניים מתירים זאת. ברם, אנוכי הייתי מותיר לפיקוד חיל האוויר את ההחלטה מתי וכיצד מאפשרים צורכי הביטחון הלאומי עריכת ניסיון כזה; ולא הייתי כופה עליהם את המועד לעריכתו, כל עוד אין הם משוכנעים שלא תהיה בכך פגיעה בצרכים השוטפים של הביטחון הלאומי.

השופט ט' שטרסברג-כהן: במחלוקת שנפלה בין חבריי, מצטרפת אני לעמדתו של חברי, השופט מצא, ומבקשת להוסיף ולהאיר את הסוגיה מזווית ראיית.

1. [\[חוק שירות בטחון\]](#) [\[נוסח משולב\]](#) מתשמ"ו (המחליף את חוק שירות בטחון וחוק שירות בטחון [נוסח משולב] מתשי"ט) (להלן – החוק) יצר הבחנה בין גברים לנשים, המקלה בתנאי שירותן של נשים. ההבחנה מתבטאת במשך זמן השירות הסדיר ושירות המילואים של נשים שהוא קצר יותר מזה של גברים, בפטור משירות סדיר של נשים נשואות ובפטור משירות מילואים של נשים בהיריון ושל אימהות, והכול כפי שפירט חברי, השופט מצא (להלן – תנאי השירות).

2. אין בחוק הוראה הפוגעת ישירות בשוויון בין חילים וחילות לעניין מהות התפקידים שניתן לשבצם בהם, אולם 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.

מקורותיה של ההבחנה שיצר החוק בתנאי השירות נובעים, ככל הנראה, מתפיסת השוני הביולוגי שבין נשים וגברים ומהשקפת מחוקקיו בדבר תפקידיהם השונים של נשים וגברים במשפחה, בחברה ובצבא. יש שיראו בהוראות החוק גישה פטרנאליסטית כלפי האישה, הנתפסת כחלשה יותר, שברירת יתר וזקוקה להגנה וכמי שייעודה הוא הקמת משפחה וטיפוחה. אחרים יסברו שהחוק היטיב עם הנשים בהקלו בתנאי שירותן. תהיינה הסיבות ההיסטוריות הפסיכולוגיות והסוציולוגיות לתפיסה שמאחורי ההבחנה שיצר החוק אשר תהיינה, יש לקבל את ההבחנה שיצר החוק כנתון שאיננו עומד למבחן לפנינו, שכן

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

130

החוק עצמו איננו מותקף כבלתי חוקתי. הוראותיו, יוצרות ההבחנה האמורה, הן נקודת מוצא עובדתית נתונה, שכפועל יוצא ממנה גובשה מדיניות שלא לגייס נשים לטיס. נגד מדיניות זו יוצאת חוצץ העותר בטענת הפליה ופגיעה בעקרון השוויון. לעומתה מתמקדים המשיבים בטענה כי החוק יצר הבחנה בין גברים לנשים בעניין תנאי השירות, כי הבחנה זו יוצרת שונות ביניהם, כי השונות היא רלוואנטית לעניין שיבוצן של נשים לטיס וכי כאשר השונות היא רלוואנטית אין הפליה פסולה בין שווים אלא הבחנה כשרה בין שונים.

מדיניות זו עלינו לבדוק בכלים העומדים לרשותנו לבחינת מדיניות של רשות שלטונית כלשהי. כפי שאבהיר להלן, אין המדיניות הנדונה עומדת במבחן ואין לתת לה תוקף משפטי.

3. עמדת המשיבים אינה מקובלת על חברי, השופט מצא, מהטעם שהשונות בענייננו איננה רלוואנטית, ומשום כך ההפליה פסולה היא.

אף אני בדעה שיש לפתוח את שערי קורס הטיס בפני נשים, אלא שאינני סבורה כחברי, השופט מצא – שהשונות בין נשים וגברים לעניין תנאי השירות איננה רלוואנטית. מזווית ראיית שלי, השונות בין תנאי השירות של גברים לתנאי השירות של נשים, כפי שנקבעה בחוק, אכן יוצרת בעיה אמיתית וקשה בהכשרתן של נשים כטייסות ובשירותן ככאלה. רצף השירות הצבאי של טייסת עלול להיפגע והשירות הצבאי עלול להסתיים אם היא תינשא, תהרה או תהפוך לאם, וממילואים תוכל היא להשתחרר בגיל 38 (גבר, בגיל 4), על-ידי הודעה חד-צדדית, גם אם תתנדב לשירות כזה מעל לגיל זה. סבורתני אפוא, ששונות זו, יציר החוק, היא אכן רלוואנטית לעניין קבלת נשים לטיס, והטעמים לאי-קבלתן הם ענייניים ואינם שרירותיים. לפיכך – לכאורה – ההבחנה אינה יוצרת הפליה פסולה; אלא שבעניין רק לכאורה כך הוא, משום שלדעתי 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.

4. השונות לעניין הפליה סווגה בפסיקה לשני סוגים: שונות רלוואנטית שאינה יוצרת הפליה ושונות בלתי רלוואנטית היוצרת כזו (ראה: [בג"צ 953/87](#), 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח' (להלן – פרשת פורז [12]), בעמ' 332; פרשת דנילוביץ [3]).

כמו בכל סיווג לקבוצות, אין שתי קבוצות יכולות להתאים לכל קשת המקרים שבין שני הקצוות. ישנם מקרים הנופלים באופן ברור לגדר אחת הקבוצות וניתן לקבוע בנקל אם קיימת הפליה אם לא. לעומת זאת קיימים מקרים שיוכם לאחת משתי הקטגוריות איננו מובן מאליו ואיננו מספיק. מקרים אלה מצריכים סיווג משנה. נראה לי, כי את קבוצת המקרים שבהם השונות היא רלוואנטית יש לחלק לשתי קבוצות משנה: האחת, קבוצה שבה השונות הרלוואנטית איננה ניתנת או איננה ראויה לניטרול; והשנייה, קבוצה שבה השונות הרלוואנטית ניתנת וראויה לניטרול כדי להשיג שוויון.

5. בחלוקה כזו אין אנו עוסקים בהעדפה מתקנת במשמעותה המובהקת, שבה פותחים שערי תחום זה או אחר בפני קבוצה שאותו תחום היה סגור בפניה גם אם חברי קבוצה זו מתאימים פחות מאחרים לתפקד באותו תחום. דרך זו ננקטת כדי לתקן עיוות היסטורי, סטיגמה חברתית, דעות קדומות וכיוצא בזה. ההעדפה כזו נעשתה לא אחת באמצעות החקיקה ובאמצעות הפסיקה (ראה, למשל: [תקנות העסקת נכי מלחמה](#), תשי"א-1951; [חוק חיילים משוחררים \(החזרה לעבודה\)](#), תשי"ט-1949; [סעיף 18\(א\) לחוק החברות הממשלתיות](#), תשל"ה-1975, כפי שהופעל בפרשת שדולת הנשים [6]). להעדפה מתקנת ראה עוד פ' [רדאי, "על השוויון"](#) מעמד האישה בחברה ובמשפט (שוקן, בעריכת פ' רדאי, כ' שלום, מ' ליבן-קובי, תשנ"ה) 19, 36-39.

בהעדפה מתקנת נדרשות הימנעות מהבחנה בין מי שאינם שווים בכישוריהם או בהתאמתם והתייחסות שווה כלפיהם, כדי לתקן עיוות חברתי. עמדתי – באשר לעובדות שלפנינו – שונה בכך שהיא מעמידה דרישה לניטרול השונות בין בעלי כישורים שווים על-ידי הקצאת משאבים שייצרו תנאים אשר יציבו עמדת זינוק שווה לשניים המתאימים באותה מידה לאותו תפקיד, אלא שנתונים שאינם ממהותו של התפקיד חוסמים את דרכו של אחד מהם. ענייננו נופל לקבוצה השנייה, שבה ניתנת השונות הרלוואנטית לניטרול וראויה היא להיות מתוקנת.

במה דברים אמורים?

6. אים ייקבע – לדוגמה – שלתפקיד מסוים אין מקבלים שחומי עור או כחולי עיניים כאשר לצבע העור או צבע העיניים אין קשר לתפקיד, יהיה ברור בעליל שמדובר בשונות בלתי רלוואנטית היוצרת הפליה פסולה. כך לגבי כל הבחנה שרירותית על רקע שונות בשל גזע, דת, מין וכיוצא בזה, כשהבחנה זו היא שרירותית ובלתי עניינית. אם, לעומת זאת, תפקיד מסוים דורש אנשים גבוהים או אנשים בעלי השכלה אקדמית או אנשים בעלי רמת בריאות גבוהה, לא תהא זו הפליה פסולה אם לא יתקבלו לאותם תפקידים אנשים נמוכים, אנשים ללא השכלה או אנשים בעלי רמת בריאות ירודה. אם הדרך לתפקיד מסוים הייתה חסומה בפני נשים והיא תיפתח בפניהן בין בפסיקה בין בחקיקה גם אם ניסיון נופל מאלה של גברים וכישוריהן נופלים מאלה של הגברים המתמודדים על אותו תפקיד, תהיה בכך משום העדפה מתקנת.

מה הדין כאשר הכישורים שווים, אלא שקיימת שונות והשונות היא אמנם רלוואנטית אבל היא ניתנת וראויה לניטרול כדי להשיג שוויון? אם – לדוגמה יבקש נכה על כיסא גלגלים להתקבל לעבודה במוסד ציבורי כשכישוריו עונים על דרישות התפקיד אלא שהגישה למשרד היא באמצעות מדרגות; המוגבלות בנתונים הפיזיים הבסיסיים המאפשרים גישה למקום העבודה יוצרת שונות רלוואנטית, אלא שהיא ניתנת לניטרול במחיר סביר וראויה היא לתיקון כדי להשיג שוויון הזדמנויות. לפיכך נדרוש השקעת משאבים על-מנת לנטרל את השונות ולתקנה באמצעות מעלית או בדרך אחרת שתאפשר לנכה להגיע לאותו משרד.

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

נראה לי אפוא, כי שונות הגורמת לקשיים ענייניים ואמיתיים ביישום ערך השוויון, כגון קשיים פיזיים, כלכליים, לוגיסטיים וכיוצא באלה, היא שונות רלוואנטית. אף-על-פי-כן, באותם מקרים שבהם היא ניתנת לניטרול במחיר סביר, ראוי לתקנה ולנטרלה על-מנת להשיג שוויון.

7. העמדת דרישה לניטרול שונות כדי להשיג שוויון אינה זרה לדין הישראלי. לא אחת גילה המחוקק עירנות לצורך במניעת הפליה כתוצאה משונות בין בני אדם המתאימים למלא אותו תפקיד, אלא שנתונים חיצוניים יוצרים הבחנה ביניהם ומביאים להעדפת קבוצה אחת על פני רעותה או אדם אחד על פני רעהו בגלל הבדלים בעלי השלכות כלכליות תקציביות והיערכותיות, בעיקר במקומות עבודה. במקרים כאלה לא אחת מצא המחוקק לנכון להטיל, בעיקר על מעבידים, חובות שבאו לנטרל או לתקן שונות, על-מנת להשיג שוויון הזדמנויות. דוגמה לכך ניתן למצוא בחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, ובתקנות שונות שהותקנו מכוחו; בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; בחוקים אלה נלקחו בחשבון נתונים ומאפיינים שיצרו שונות בין בני אדם, והם – החוקים – נועדו להשיג שוויון על-אף השונות. המחוקק העמיס נטלים כלכליים על מיגזרי ציבור שונים כדי ליצור שוויון ובכללו שוויון הזדמנויות, לא משום שלא היה שוני רלוואנטי מלכתחילה, אלא משום שאף-על-פי שהיה כזה מצא המחוקק לראוי לתקנו תוך ביזור הנטל בין מיגזרים שונים במשק. אומרת על כך פ' רדאי בהקשר לשוויון בין המינים, במאמרה "דיני עבודה ויחסי עבודה מגמות ותפניות בשנת 1988" שנתון משפט העבודה א (תש"ן) 161, 172, לעניין שוויון הזדמנויות לנשים:

"ההבדל הביולוגי בין המינים בקשר להריון, ללידה או להנקה, הוא הבדל שעשוי להיות הבדל רלוואנטי במקום העבודה. נדרשת אפשרות להעדויות מסוימות, כדי לאפשר לאישה העובדת לתפקד לא רק כעובדת אלא גם כיוולדת. 'שוויונות' שאיננה לוקחת בחשבון את הצורך בשילוב תפקידים אלה איננה שוויוניות למעשה אלא רק מס שפתים" (ההדגשה שלי – ט' ש' כ').

ראה עוד פ' רדאי, "נשים בשוק התעסוקה" מעמד האישה בחברה ובמשפט הנ"ל, בעמ' 64.

8. המשיבים אינם חולקים על כישוריה של האישה למלא תפקיד של טייסת. מדבריהם בתצהירים שהגישו ומהטענות שהעלו עולה כי השיקולים, שהנחו את מתווי המדיניות שלא לגייס נשים לטיס, אינם נובעים מתפיסה בדבר נחיתות האישה או ממושגים ארכאיים שלפיהם מקומה של האישה בבית ואין היא מתאימה למקצועות "גבריים" כטיס. מדבריהם עולה כי שיקוליהם כנים וענייניים הם וכי טובת הצבא וצרכיו לנגד עיניהם. מקבלת אני את דברי המשיבים, כי השונות שיצר החוק בתנאי השירות והמגבלות שהיא נושאת בחובה מכבידות על חיל האוויר בשיבוץ נשים לטיס. לטענת המשיבים, שמצאה ביטוי בתצהירו של מפקד חיל האוויר, האלוף בודינגר, מבוסס ההבדל בין נשים וגברים בחוק על לשון סטטוטורית חזקה, על היסטוריה חקיקתית נחושה ועל מטרה פרטיקולרית של החוק, שהיא הגשמת צורכי הצבא המצריכים יצירת כללים שונים לגבי שירותם של גברים ונשים. לדבריו, נובע אי-שילוב נשים בקורס טיס מטעמים טכנוניים

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

אסטרטגיים וכלכליים, שלפיהם, כפועל יוצא, צורכי הצבא עלולים להיפגע אם ייאלץ לשבץ נשים בטיס.

את "האשם" לסגירת קורס הטייס בפני נשים משליך צה"ל לפתחו של החוק, שיצר את השונות בתנאי השירות, ובכך רוחץ הוא בניקיון כפיו ביוצרו הפליה. אין אני סבורה כי ראוי להכשיר עמדה כזו. צה"ל, כאחת מזרועות המדינה, אינו רשאי להתנער מאחריות ומחובה לסגור את הפער בין הנתונים הנקבעים על-ידי החוק לבין הדרוש להשגת שוויונות. הדבר דורש מחיר. צה"ל והמדינה על רשויותיה חייבים לשלם מחיר זה, ובלבד שאיננו גבוה מדי ואיננו בלתי סביר, והוא אכן איננו כזה בענייננו.

9.האלוף בודינגר מכיר בכך כי אף ששאלת שילוב נשים במקצועות לחימה הינה בעייתית, היא בסופו של דבר גם שאלה חברתית-תרבותית וערכית. אכן, עוסקים אנו בסוגיה שהיא בראש ובראשונה חברתית-תרבותית וערכית. קשה להגזים בחשיבותו ובמעמדו של עקרון השוויון בכל חברה חופשית דמוקרטית ונאורה. מעמד העל של עקרון השוויון כערך עליון בחברה הישראלית מוצא ביטוי ומקום של כבוד בפסיקה ובספרות המשפטית. חברה המכבדת את ערכי היסוד שלה ואת זכויות היסוד של חבריה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר על-מנת שערך השוויון לא יעמוד ככלי ריק מתוכן, אלא יקבל ביטוי ויישום הלכה למעשה.

10.ההתמודדות עם בעיית ההפליה בכלל, ועל רקע של שונות בין המינים בפרט, אינה מנת חלקנו אנו בלבד. היא מעסיקה כל חברה חופשית שעקרון השוויון הוא יסוד מוסד בה. ההפליה נובעת מתפיסה שקנתה מושבה בחברה האנושית, כחלק מההשקפה שראתה במשך דורות את מעמד האישה כמעמד נחות ונטול זכויות. ההתפתחות בהענקת זכויות לאישה צעדה עקב בצד אגודל. היא קיבלה תנופה ועוצמה במאה הנוכחית כחלק מן ההתעוררות הרעיונית והיישומית למיגור ההפליה בין בני אדם. המערכה למיגור הפליית נשים על רקע מינן מתנהלת מעל במות שונות ובכלים מגוונים. היא תופסת מקום כבוד בספרות, בספרי הגות, במאמרים, באמצעי התקשורת, במסגרות פוליטיות ומעל במות ציבוריות למיניהן. נמנעת אני מלהרחיב בנושא זה שקצר המצע מהכילו, ואין להרחבה דרושה לצורך הכרעה בענייננו. אסתפק בהצבעה על מספר מקרים שנדונו בפסיקה האמריקנית והקנדית.

נושא הפליית נשים – לעניין קבלתן לאקמדיה צבאית שבה למדו גברים בלבד -

נדון

לאחרונה בארצות-הברית בעניינה של עותרת, שביקשה להתקבל כצוערת לאקדמיה הצבאית של דרום קרוליינה שבה למדו גברים בלבד, ושנדחתה בשל היותה אישה. בית המשפט הפדרלי דן במקרה בשני שלבים. בשלב ראשון ניתן צו זמני המורה לרשויות להכין תכנית לימוד מקבילה לצוערות, ובזמן הביניים תוכל הצוערת להשתלב בלימודים בצורה חלקית (במסגרת לימודי יום) ([41] (1993) *faulkner v. Jones*). שנתיים לאחר מכן, כאשר התכנית המותווית לא יצאה אל

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

הפועל – בין השאר מחמת שיקולים של עלויות כלכליות – הורה בית המשפט על שילובה המלא של הצוערת בתכנית הצבאית.

בית המשפט הפדרלי הכיר בקיומן של שונות רלוונטיות בין גברים לנשים אף לעניין דרכי החינוך במוסדות צבאיים, אך סייג את הביטוי שיש לתת לשונות אלה והכפיפו לעקרון השוויון. בית המשפט לא התעלם מהבעייתיות ומהקשיים שיישום עקרון השוויון מעמיד לעתים בפני החברה וטיפול בקשיים אלה אחד לאחד. הוא העמיד לעומתם את החשיבות והעליונות של עקרון השוויון ואת חובת החברה לקיימו הלכה למעשה, גם אם כרוך הדבר בקשיים ובעלויות. באזנו בין כל השיקולים אל מול פני עקרון השוויון הגיע הוא למסקנה שהביאתה לתוצאה של מתן צו לשילובה המלא של העותרת בתכנית הצבאית (Jones) [42] (1995) faulkner v.

בקנדה ניתן באותה סוגיה פסק-דין, ובו מצא בית המשפט שהאיזון שנעשה בין המטרה של הקניית הכשרה ספורטיבית לבין האמצעי שנבחר לעשות כן- קיום אגודות ספורט על בסיס גברי בלבד – הוא איזון בלתי הולם ואין הוא יחסי לנזק שנגרם על-ידי סגירת שערי האגודה בפני נשים. באותו מקרה נמנע מנערה לקחת חלק בפעילות ספורטיבית של אגודת הוקי קרח, על רקע מינה וללא קשר לכישורים המסוימים הנדרשים להשתתפות כאמור. בית המשפט נדרש לפרשנות של תקנות הספורט וביטל את ההפליה האמורה (o. H. A. re blainey and. (1986) [57]).

מכאן נחזור לענייננו.

11. אי-גיוס נשים לטיס פוגע בעקרון השוויון בין המינים. הקושי הוא בכך שאין זה העיקרון היחיד העומד על הפרק. על המדוכה ניצבים זה מול זה שני ערכים מתנגשים: האחד השוויון והשני ביטחון הציבור כפועל יוצא מצורכי הצבא. 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 עולה בחשיבותו ובעדיפותו על משנהו(על ההבדל בין שני סוגי ההתנגשות ובין מעמד הערכים המתנגשים ועל אופן האיזון ביניהם ראה: ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, בעמ' 220; כרך ב, בעמ' 688-693 והאסמכתאות הנזכרות שם).

12. אומר פרופ' ברק בהקשר להתנגשות בין שלום הציבור וחופש הביטוי בספרו הנ"ל, כרך ב, בעמ' 693:

"הנה כי כן, הבעיה המרכזית הניצבת בפנינו היא זו: באילו נסיבות, ועל-פי אלו אמות מידה, מותר להגביל את חופש הביטוי בחברה המכבדת זכויות אדם על מנת לשמור ולקיים את שלום הציבור? מהי 'נוסחת האיזון' בהתנגשות בין שלום הציבור לבין חופש הביטוי? בהקשר זה עמדו בפני בית המשפט העליון שתי שאלות עיקריות: האחת, מידת הפגיעה הצפויה בשלום הציבור שיש בה כדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי; השנייה (ההדגשות במקור – ט' ש' כ'), מידת ההסתברות כי פגיעה בשלום הציבור תתרחש אם חופש הביטוי לא יוגבל. תשובתו של בית המשפט העליון על שתי שאלות אלה היא זו:

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

138

חופש הביטוי נסוג בפני שלום הציבור, רק אם הפגיעה בשלום הציבור היא קשה, רצינית וחמורה, ורק אם קיימת ודאות קרובה כי מתן חופש הביטוי יביא לפגיעה זו... (ההדגשה שלי – ט' ש' כ').

דברים אלה יפים לענייננו.

בהתנגשות בין ערך השוויון לבין ערך בטחון המדינה כפועל יוצא מצורכי הצבא, ניתן לראות את ביטחון המדינה כערך עדיף ובעל מעמד גבוה ממעמדו של ערך השוויון, על-אף חשיבותו של האחרון. אלא שביטחון המדינה איננו מילת קסם, ועדיפותו אינה קמה בכל מקרה ובכל נסיבות שהן ואינה שווה בכל רמה של ביטחון ושל פגיעה בו. נוסחת האיזון בין ערכים מתנגשים שאינם שווי מעמד איננה אחידה והיא נעה מן הקל אל הכבד בהתאם למעמד הערכים וליחס ביניהם. יש שדי בכך שקיימת אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בערך העדיף, ויש שנדרשות ודאות קרובה וסכנה של ממש לפגיעה.

בענייננו גובר הערך הגבוה (צורכי הצבא והביטחון) על הערך הנמוך יותר (השוויון), רק אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית ולנזק ממש לביטחון המדינה. מדיניות חיל האוויר בנושא גיוס נשים לטיס אינה עומדת במבחנים אלה. היא גם אינה עומדת בנוסחת איזון מקלה יותר, שהיא אפשרות סבירה לפגיעה ממשית. הקשיים שהמשיבים מצביעים עליהם תחת הכותרת של קשיים לוגיסטיים, היערכותיים, הם בחלקם – בסופו של דבר – כלכליים ובחלקם מושתתים על ספקולציות צופות פני עתיד. אין לשלטונות צה"ל ניסיון קודם המאשש את חששותיהם – לא מבחינת יכולת קליטתו של חיל האוויר של נשים טייסות, לא מבחינת סדר הגודל של מספר הבקשות להתקבל לקורס טיס קל וחומר לסיימו בהצלחה, לא מבחינת הנזק הצפוי אם ייפתח קורס הטיס בפני נשים. זאת ועוד, בבדיקת הנזק הצפוי יש לבדוק אם, כאשר הוא מקוּוּז על-ידי הסיכוי שהוא לא יתרחש, עדיין מוצדקת הפגיעה בזכות האזרח לשם מניעת הסכנה. בענייננו קיים סיכוי סביר שהנזק לא יתרחש כלל.

13. אם לא די בכך, הרי גם כאשר קיימת ודאות קרובה לפגיעה ולנזק ממש, לא תמה מלאכת הבדיקה והאיזון, "בכל המקרים הללו יש לבחון ולבדוק קיומם של אמצעים חלופיים, שיש בהם כדי למנוע את הוודאות הקרובה של הסכנה הרצינית, בלא לפגוע בחופש הביטוי" (ברק, שם). ואכן –

..."כאשר עניין לנו בשלילה או בצימצום כדין של זכות יסוד של האדם, על השלטון לבחור – מבין שלל האמצעים שניתן לנקוט אותם כדי לשמור על ביטחון הציבור – באותו אמצעי מגביל הפוגע במידה הפחותה בזכות היסוד. מבין האמצעים הדראסטיים יש לבחור בזה שהוא הפחות דראסטי..." (בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל [13], בעמ' 412).

לאותה תוצאה יביאני גם כלל המידתיות, המקובל ככלל חשוב בשיטות משפט מערביות ובשיטתנו אנו. על-פי עיקרון זה, כאשר נפגעת זכות יסוד יש לדרוש שהפגיעה תהיה במידה הראויה שאינה עולה על הנדרש. דרישה זו משקפת את היחס הראוי בין

האמצעי לבין המטרה (ראה דברי השופט זמיר בג"צ 987/84 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח' [14]).

ניתן ללמוד גזירה שווה לענייננו מן ההלכה שנקבעה לעניין חופש העיסוק, ולפיה יש להתייחס בחומרה יתרה אל הגבלת כניסה לעיסוק להבדילה מהטלת מגבלות על דרכי הגשמתו של חופש זה (ראה: בג"צ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת [15], בעמ' 686-876; בג"צ 726/94, כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואח' [16], בעמ' 484-485; ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, בעמ' 657).

14. האם עומד המקרה שלפנינו במבחני האיזון והאם יוצא הוא ממנו וידו על העליונה? סבורתני שאין הדבר כך. מתוך התזהירים שהוגשו נראה כי מערכת הביטחון עצמה איננה גורסת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון ולנוק ממשית ואף לא אפשרות סבירה לפגיעה ממשית. המצהירים הצביעו אמנם על קשיים – ביניהם כלכליים שייגרמו לחיל אם יאלץ לשלב נשים בטיס, אולם נראה כי פתיחת קורס הטיס לנשים בדרך מבוקרת ומוגבלת של מספר הולם של טייסות, תוך בדיקת ההשלכות שיש לכך על הצרכים של החיל וניתוב טייסות לתפקידים שאותם תוכלנה למלא לאורך שנים, יקטינו במידה משמעותית את הסיכון לפגיעה ולנוק, אם לא יבטלוהו כליל. במקום לחסום דרכן של נשים לקורס טיס, ניתן – בשלב ראשון – לנקוט צעדים דראסטיים פחות של הגבלות כאמור, וללכת בדרך הניסוי והטעייה (trial and error).

15. העותרת לפנינו מצהירה כי היא מוכנה להתחייב לכל שירות למשך כל תקופת זמן כפי הדרוש לחיל וכפי שירותו של כל טייס אחר. אין סיבה להניח מראש שהיא לא תעמוד בהתחייבותה. אין סיבה לחשוד בה שהצהרותיה אינן כנות. אם על-אף כל אלה יקרה בעתיד שהיא לא תוכל, מסיבות אישיות, לעמוד באותן התחייבויות, יהיה מצבה דומה לאותם מקרים שבהם טייסים גברים אינם יכולים, מטעמים כאלה או אחרים, לעמוד בהתחייבויותיהם לאורך שנים. כפי שאמר חברי, השופט מצא, מבחינה תכנונית, על שלטונות צה"ל לקחת בחשבון מצבים אפשריים כאלה ולהיערך לקראתם; וכפי שאמר מפקד חיל האוויר, הבעיה היא בעיה של החברה כולה ולא רק של מערכת הביטחון. אם דרושים לשם כך משאבים כספיים, על המדינה לספקם, והכול בתחום הסביר.

16. לקראת סיום מוצאת אני לצטט את דבריה של הפילוסופית האמריקנית רות בלייר: Though there are biologically based gender differences, they do not imply superiority or inferiority nor do they justify inequities Practices..... In the absence of clear paths to truth and social call for public education and reform of sexist policies, laws, and In the capacities of the human brain to make it possible to break out justice, the one hope for bringing about change for the better lies Of the cultural constraints that some human

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

140

(r. Bleier) "routledge, beings have constructed to the detriment of others) reader in sience and gender" (feminist knowledge) (1991) 249.

17. סוף דבר, יש לפתוח את קורס הטיס בפני נשים בעלות הכישורים המתאימים על-מנת לאפשר לנשים לממש את זכותן היסודית לשוויון בין לבין גברים גם בתחום זה. לפיכך, מצרפת אני את קולי לקולו של השופט מצא, ואף אני בדעה שיש לעשות את הצו-על-תנאי להחלטי.

18. לאחר כתיבת חוות-דעתי, הגיעה לידי חוות-דעתה המאלפת של חברתי, השופטת דורנר. פריסת היריעה על-ידיה לעניין שורשיה של הפליית האישה על רק מינה ולעניין חובתה של כל חברה נאורה להכיר בזכות היסוד של כל אדם לכבוד ולשוויון וליישם הכרה זו הלכה למעשה, נעשתה ביד אמן. אלא שכדי לעשות צדק עם המשיבים ראוי לציין, כי על-פי עמדתם שהובאה לפנינו – ואין סיבה לראות בה מס שפתיים בלבד – דוגלים הם באותם עקרונות עצמם, ואף הם – כמביעי עמדתה של מדינת ישראל – אינם חולקים על זכותן של נשים לשוויון ולכבוד ועל חובתה של המדינה ליישם עקרונות אלה הלכה למעשה. לא זו אף זו, הם מסכימים כי אין הבדל בין גברים לנשים מבחינת הכישורים הדרושים להתקבל לקורס טיס וכי גם בין נשים כמו בין גברים מצויות כאלה המתאימות לכך. הקושי הניצב בפניהם הוא החוק שקבע לנשים תנאי שירות מיוחדים, שהפועל היוצא מהם הוא קשיים לוגיסטיים והיערכותיים שיפגעו בכשירות חיל האוויר ובחוסנו. בעניין זה לא הייתה עמדתם של המשיבים מקובלת עליי, כמו גם על חבריי, השופט מצא והשופטת דורנר, ולפיכך הגענו לשמחתי, בדעת רוב – לתוצאה שלפיה דין העתירה להתקבל.

השופט צ' א' טל: אני מצטרף לדעתו של חברי, השופט קדמי, ואבקש להוסיף. עדיין נקוט בידנו הכלל שהפליה מחמת הבדל רלוואנטי, לאו שמה הפליה. כלל זה מביא אותי לחשוב שאין להיעתר עתירתה של העותרת, שכן לפנינו הבחנה ולא הפליה.

שתיים הן הסיבות לכך: השיקול התקציבי והשיקול התכנוני.

השיקול התקציבי

ההבדל, יציר החוק, שבין חייל לחיילת הוא אורך תקופת השירות, והדגש הוא על שירות המילואים. מחיר הכשרתו ואימונו של טייס הוא עצום. ככל שתפחת תקופת השירות של הטייס, נמצינו משלמים אותו מחיר בעבור הכשרתו, אך מקבלים תפוקה פחותה.

אילו עמד לרשות צה"ל תקציב בלתי מוגבל, ניתן היה לקבוע שיש לשלם את המחיר בעבור ערך השוויון בין איש לאישה. כמו שמביא חברי, השופט מצא, מדברי פרופ' ברק:

"הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית" (ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, בעמ' 528).

אכן, כאשר מדובר בשיקול כספי בלבד, כי אז ניתן לומר שהחברה צריכה לשלם את המחיר, כדברי פרופ' ברק:

"נוחות מינהלית או חסכון כספי אינם, לכשעצמם, יעדים חברתיים המצדיקים הגבלה או פגיעה בזכות אדם" (שם, בעמ' 528; ההדגשה שלי – צ' א' ט').

ראוי להביא את הדוגמה המובאת בדברי פרופ' ברק, שם:

"באחת הפרשות התעוררה השאלה אם יש ליתן שימוע בעל-פה לכל מי שמגיע לקנדה וטוען שהוא פליט. היועץ המשפטי של קנדה טען כי מתן זכת שמיעה בעל-פה תטיל הוצאות כספיות כבדות, ועל כן יש לוותר על זכות (טבעית) זו. בית המשפט העליון של קנדה דחה טיעון זה".

יפים דברים אלה למקרים כיוצא באלה, שבהם השיקול היחיד העומד כנגד השוויון הוא השיקול הכספי. לא כן המקרה שלפנינו.

המציאות היא שתקציב הביטחון הוא סופי ומוגבל. במסגרת המוגבלת של התקציב, כל הוצאה אדירה לטובת ערך השוויון בהכרח באה על חשבון צרכים חיוניים אחרים של הביטחון. ביטחון החיים גם הוא ערך מערכי היסוד (סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ובתור שכזה בכוחו לגבור על ערך השוויון.

ואם תאמר שאין ערך השוויון יכול להידחות מפני ערך אחר, חשוב ככל שיהיה, נמצאנו "הופכים את היוצרות", ומבטלים את תורת השונות הרלוואנטית. הרי בכל מקרה של שונות רלוואנטית ניתן לומר, שהשונות חדלה להיות רלוואנטית מפני ששמנו לנו למטרה להשיג ערך של שוויון, שבהשוואה אליו אין עוד חשיבותו לשונות.

טול, למשל, את עניין שוויון ההזדמנויות בעבודה. יש לך עבודה שהשונות בה מובהקת. מודעה המבקשת מועמדות נשים דווקא לתפקיד בבית מרחץ לנשים – לא תהיה פסולה. שוויון ההזדמנויות בעבודה נדחה מפני הערך של צנעת הרוחצות שם. כך ערך השוויון נדחה מפני ערך ההגנה על חיי אדם וציבור.

לכן נראה לי שגם השיקול התקציבי הוא שיקול סביר של שונות רלוואנטית. כל זה אפילו בהנחה שהאישה תשרת מילואים מלא עד גיל 38.

ואולם קיים סיכוי לא מבוטל, ששירות המילואים של האישה יתקצר הרבה לרגל היריון ולידה. הווה אומר, שכל ההשקעה האדירה בהכשרת האישה כטייסת לא תישא פרי אלא פרק זמן קצר ביותר, ומבחינה פראקטית, ההשקעה, רובה ככולה, ירדה לטמיון.

התכנון

הצבא טוען שקשה מאוד לתכנן יחידות שחלק מיחידה עלול להיות מנוטרל בזמנים

שונים ולפרקי זמן שונים עקב נישואין, היריון ולידה. זהו שיקול חשוב, ועיקרי. גם ביחידות המורכבות מגברים יש להביא בחשבון התכנון תקופות של אי-כושר זמני (מחלה, שהות בחו"ל). אבל עם שיבוץ של נשים ביחידות אלה יש להביא בחשבון במהלך שירותן הקצר בלאו הכי – אי-כושר לתקופות ממושכות עקב היריון ולידה.

נספח מש/ 3 לתצהיר התשובה הוא דו"ח הוועדה הנשיאותית לעניין שיבוץ נשים בכוחות המזוינים הנ"ל שהוגש לנשיא ארצות-הברית. בעמ' 19-20 לדו"ח מצוינות מגבלות רפואיות עקב היריון ולידה. על-פי דו"ח זה, משך הזמן שבו נבצר לשבץ נשים לכוננות ולפריסות מבצעיות עקב גורמים שונים, לרבות היריון ולידה, גדול פי ארבעה ממשך הזמן שבו נבצר לשבץ גברים למשימות כאלה (סעיף 44 בתצהיר התשובה).

חברי, השופט מצא, סבור שאין טענה זו יכולה לעמוד מפני -

"שכל כולה נשענת על סברות והערכות היפותטיות ולא על לקחים שנלמדו מנסיון מעשי מצטבר".

אינני סבור כך. נתון הסתברותי הבנוי על הערכות סבירות והגיוניות הנתמך גם בדו"ח הוועדה כאמור, אינו בגדר דבר הפורח באוויר, אלא הוא נתון עובדתי שראוי ורצוי להתחשב בו.

ואם נפנה למקרה הקונקרטי שלפנינו: אם העותרת תוכשר כטייסת בחיל האוויר, היא תשרת – על-פי התנדבותה לשירות סדיר ולשירות קבע – חמש שנים, ותשחרר מצה"ל והיא בת 29 ייוותרו לה רק תשע שנים לשילוב במערך המילואים, ובתוך תשע שנים אלה יש להביא בחשבון תקופות אי-כושר עקב הריונות ולידות.

גם התנדבות לשרת מעבר לכך לא תעמוד בפני המגבלות הטבעיות של הריונות ולידות.

העולה מן האמור, שאין מדובר כאן בהפליה בין שווים אלא בהבחנה בין לא שווים. ולכן הייתי מציע לדחות את העתירה. כמו חברי, השופט קדמי, הייתי מניח לפיקוד חיל האוויר את ההחלטה לעריכת הניסוי שבשילוב נשים כטייסות למועד ולנסיבות שעל-פי שיקול-דעתם לא יהא בהם משום פגיעה בצורכי הביטחון הלאומי.

השופט ד' דורנר:

1.

Man kann von einem ding nicht aussagen, es sei i m lang, noch, es sei" ,l. Wittgenstein) " nicht i m lang, und das ist das urmeter in paris Philosophische untersuchungen- philosophicus- tractatus (logico(316(1960 ("ישנו דבר אחד שעליו אי-אפשר לומר שאורכו מטר אחד וגם לא שאורכו

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

144

איננו מטר אחד, וזהו המטר המקורי [ה'אב-מטר'] שבפריס" (ויטגנשטיין, חקירות פילוסופיות (מאגנס, בתרגום ע' אולמן-מרגלית, 1994).

ואכן, אמות מידה רבות המקובלות על-ידי החברה ונתפסות כמוחלטות, למעשה הן שרירותיות. אך לא על כל אמות המידה נגזר שיהיו שרירותיות כ"אב-מטר" שהזכיר ויטגנשטיין. ישנם עניינים שבהם אפשר – ואם אפשר, אף מן הראוי – להשתדל לקבוע אמות מידה צודקות.

עניינה של העתירה שלפנינו הוא באמות המידה לתרגום השוני שבין נשים לגברים לנורמות משפטיות. אמות מידה אחרונות אלה יכולות וצריכות להיות צודקות.

2. נשים שונות מגברים. בדרך כלל כוחן הפיזי פחות מכוחם. הן מוגבלות בכוח הפונקציות הטבעיות שלהן – היריון, לידה והנקה. הבדלים אלה הם שהיו, כנראה, ביסוד חלוקת התפקידים בין המינים בחברה האנושית הקדומה, שהולידה את המשפחה הפטריארכלית. הגבר, שהיה גם חזק יותר וגם חופשי ממגבלות הכרוכות בלידה, הופקד על הספקת המזון ועל ההגנה על המשפחה.

חלוקת תפקידים זו נותרה על כנה גם כאשר לנוכח ההתפתחות הכלכלית והטכנולוגית לא נותר לה יסוד אובייקטיבי. וכך נאמר באנציקלופדיה העברית בערך "אשה":

"הלחימה נשארה בתחום-פעולתו של הגבר אפילו כשעמידה מפרכת וממושכת על המשמר באה במקום ההתפרצות של פעולה קדחתנית וכשהטלת-פצצות ע"י לחיצה על כפתור או ע"י חיוג של ספרות על לוח באו במקום זריקת-החנית או קרב-סכינים פנים אל פנים... כן ראוי לציון, שכוחה, סבילותה וכושר התאמצותה של הא' (האישה – ד' ד') נאמדים עפ"ר לפי אפשרויותיה של הא' (האישה – ד' ד') ההרה, המיניקה והמטפלת בתינוקותיה; ואילו כושר פעולתן של נערות צעירות, מצד אחד, ושל נשים שכבר פסקה וסתן, מצד שני, נקבע אף הוא לפי חוסר כוחה וכובד-תנועתה של האישה בתקופת-פריונה. לעומת זה, קנה-המידה להערכת כוחם של הגברים הוא כשרו של הצייד והלוחם האידיאלי, כלומר, של הגבר הצעיר הבלתי-נשוי. אפשר לומר, שהרבה מן האידיאלים המקצועיים שלנו נקבעים לגבי הגבר לפי היסוד הגברי בניגוד ליסוד האבהי, ואילו לגבי האישה – לפי היסוד האמהי, בניגוד לנשי" (האנציקלופדיה העברית (חברה להוצאת אנציקלופדיות, כרך 7, תשי"ד) 341-342).

במשפחה הפטריארכלית רכוש המשפחה היה בבעלות הבעל-האב. אישה נשואה לא יכלה להיות בעלת רכוש, ומעמדה היה כשל קטין. לאישה לא הייתה זכות לבחור ולהיבחר, ואף נאסר עליה למלא תפקיד כלשהו מחוץ לביתה. העיסוק במלחמה ובפוליטיקה נחשב כנוגד את טבע האישה. ראו: j. S. Mill, the subjection of women

(1976, 1vol) s. De beauvoir, le deuxieme sexe; 33, 8(1986,new york) d. L. Rhode, justice and gender;(165-164

במקורותינו נאמר על האישה כי "כבודה בת-מלך פנימה" (תהילים, מה, יד [א]).

עוד בסוף המאה התשע-עשרה כתב המשורר האנגלי אלפרד טניסון סונטה, המשקפת את הנורמות החברתיות שהיו מקובלות אז: "man for the field and: woman for the hearth" :man for the sword and for the needle she : man with the head and woman with the heart:man to command and woman to obey .(427, 5,nd song 2,a. Tennyson, the princess) "all else confusion כך, למשל, בפסק-דין שניתן בסוף המאה התשע-עשרה נקבע כי אין לאישה זכות קונסטיטוציונית להיות עורכת-דין. וכך קבע בית המשפט העליון, מפי השופט ברדלי (bradley): The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the" life. The constitution of the family organization, which is founded female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil Is repugnant to the idea of the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and in the divine and) ... – ד' – ordinance, as well as in the nature of things, indicates Functions of womanhood . A woman adopting a distinct and independent career from that of her(141, at[43] (1872) bradwell v. The state) "husband .3 כל זה השתנה במידה רבה. במדינת ישראל, כבמדינות דמוקרטיות אחרות, הכלל כי אין מפלים נשים לרעה מחמת מינן הולך וכובש את מקומו כעקרון יסוד משפטי. והרטוריקה המשפטית הולכת ומיתרגמת למציאות החיים.

בהכרזה על הקמת מדינת ישראל ("הכרזת העצמאות") נקבע כי "מדינת ישראל תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל ... מין". [בחוק שיווי זכויות האשה](#), תשי"א-1951, נקבע בסעיף 1 כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית

- אין נוהגים לפיה". בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, נקבע בסעיף 1 כי "מעביד ישלם לעובדת שכר שווה לשכרו של עובד באותו מקום עבודה בעד אותה עבודה". [בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה](#) נקבע [בסעיף 2\(א\)](#), בין השאר, כי "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם ...". הפסיקה הוסיפה את חלקה בקביעת עיקרון מהותי-פרשני, שעל פיו בהיעדר הוראת חוק הקובעת אחרת אסור

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

לרשויות (ובמקרים מסוימים, אף לאנשים ולגופים פרטיים) להפלות נשים לרעה מחמת מינן, וכי החוקים יתפרשו – ככל שהדבר ניתן – כעולים בקנה אחד עם איסור זה.

ראו, למשל: [בג"צ 153/87](#) שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח' [17]; פרשת פורז [12]; [בג"צ 104/87](#) נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' [18].

4. [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) (להלן – חוק היסוד) נתן מעמד חוקתי, על-חוקי, לאיסור על הפליית נשים. מעמד זה נובע משתיים אלה: ראשית, בסעיף [1](#) לחוק היסוד (המופיע אף בסעיף [1](#) לחוק-יסוד: [חופש העיסוק](#)) נקבע:

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

סעיף זה קובע, למצער, כי את זכויות היסוד יש לכבד ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות, וביניהם שוויון האזרחים ללא הבדל מין. על-כן, למשל, אין להפלות נשים מבחינת זכותן לקניין (זכות המעוגנת בסעיף [3](#) לחוק היסוד) או מבחינת חופש העיסוק שלהן (זכות המעוגנת בסעיף [3](#) לחוק-יסוד: [חופש העיסוק](#)).

שנית, איסור הפליית לרעה של נשים כלול בזכות לכבוד המעוגנת בסעיפים [2](#) ו-[4](#) לחוק היסוד.

השאלה אם עקרון השוויון בכללותו כלול בזכות לכבוד, כמשמעותה בחוק היסוד, זכתה להתייחסות במספר אימרות אגב בפסיקתו של בית-משפט זה. ראו, מצד אחד, דברי השופט אור [בבג"צ 5394/95](#) [5], בעמ' 360-363; דברי המשנה לנשיא ברק בפרשת דנילוביץ [3], בעמ' 760, ודברי השופט מצא בפרשת שדולת הנשים [6], בעמ' 521-523; ומצד שני, דברי השופט זמיר בפרשת שדולת הנשים [6] שם. ראו גם: פ' [רדא, "על השוויון"](#) משפטים כד (תשנ"ד-ה) 241, 254; י' [קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"](#) – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ב-ג) 323, 345-361.

ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד מלמדת, כי ההימנעות מלעגן בו את עקרון השוויון הכללי הייתה מכוונת. בדיון בכנסת בהצעת חוק היסוד טענו חברי הכנסת שולמית אלוני ומשה שחל כנגד אי ההכללה בחוק היסוד של סעיף בדבר הזכות לשוויון (ראו ד"כ 123 (תשנ"ב) 1241, 1244). בתשובתו לטענות אלה (שם, בעמ' 1532) אמר מציע חוק היסוד, חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, את הדברים הבאים:

"אין כאן סעיף שוויון כללי. נכון, מכיוון שסעיף השוויון הכללי הזה היה אבן הנגף, המכשלה שבגללה אי אפשר לקבל את הצעת החוק הכוללנית".

ראו גם קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 345-346.

על רקע זה ספק בעיניי אם ניתן – ועל-כל-פנים, אם ראוי – לקבוע על דרך

פרשנות כי תכליתו של חוק היסוד היא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי. כוונתו הברורה של המחוקק, כעולה מעבודות ההכנה, הייתה דווקא שלא לעגן בחוק היסוד עיקרון כללי זה. לעבודות ההכנה של חוק משקל בקביעת תכליתו. ראו: דברי השופט ברק בד"נ [36/84](#) טייכנר נ' איר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים [15], בעמ' 619; ברק, בספרו הנ"ל, כרך ב, בעמ' 191, 215 אכן, משקלן של עבודות ההכנה המגלות את כוונתם של חברי הכנסת בחוקם את החוק – יורד ככל שהתקופה שחלפה מאז החקיקה ארוכה יותר, והספיקו להתחולל שינויים מדיניים, חברתיים או משפטיים העשויים להצדיק חריגה מכוונה זו. ואולם, אך שנים ספורות חלפו מיום חקיקת חוק היסוד ועד עתה, ולכאורה אין לפרש את חוק היסוד באופן המנוגד לתכליתו העולה מעבודות ההכנה.

עם זאת, לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות.

אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל-כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד. כך, למשל, נפסק כי הפליה לרעה של רשימות קטנות לעומת רשימות גדולות או של רשימות חדשות לעומת רשימות ותיקות פוגעת בעקרון השוויון. ראו, למשל: [בג"צ 637/89](#) "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח' [20]; [בג"צ 198/69](#) [4], בעמ' 698; [בג"צ 246/81](#) אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח' [21], בעמ' 13, 15, 21; [בג"צ 141/82](#) רובינשטיין ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח' [22]; [בג"צ 142/89](#), 172 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח' [23]. עם זאת, פגיעות כאלה בעקרון השוויון, שאף גררו פסילתם של חוקי הכנת, לא התבטאו בהשפלה, ולכן אף לא הייתה בהן פגיעה בכבוד האדם.

לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה. כך, למשל, בפסק הדין המפורסם של בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *494 brown v. Board of education* (1954) [44] at, שהייתה מקובלת עד אז בדבר מתן חינוך נפרד אך שווה ("separate but" equal). לעניין השפעת החינוך הנפרד כתב נשיא בית המשפט, השופט וורן (c. J) warren, את הדברים הבאים: To separate them from others of similar age and qualifications" solely because of their race generates a feeling of inferiority . As to their status in the community that may affect their hearts and "minds in a way unlikely ever to be undone ובפסק הדין 687-686 (1973) [45] at, *frontiero v. Richardson*, בהתייחסו להשפעה של ההתייחסות השונה לנשים בתחיקה, כתב השופט ברנן (brennan):

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

148

"...Sex, like race and national origin, is an immutable characteristic" determined solely by the accident of birth.. the sex characteristic Frequently bears no relation to ability to perform or contribute to To inferior legal status without regard to the actual capabilities of have the effect of invidiously relegating the entire class of females society. As a result, statutory distinctions between the sexes often "its individual members

סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על-כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן.

דעתי היא אפוא, כי חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם. וכך הוא כאשר אישה מופלית לרעה בשל מינה.

5.לעיון בחוק היסוד של האיסור על הפליית נשים לרעה שתי משמעויות שלה זיקה הדדית: ראשית, העיון בחוק היסוד משליך על הגדרתה של הזכות, ובמיוחד לעניין ההבחנה בין הגדרת הזכות לבין הגדרת התנאים שבהם מותר – אם בכלל לפגוע בה; שנית, בהפעלת שיקול-דעת שלטוני – לרבות שיקול-דעת המעוגן בדין שהיה קיים לפני תחילתו של חוק היסוד – יש לתת משקל מוגבר לזכות המעוגנת בחוק היסוד.

6.ההגדרה הקלאסית של שוויון נטבעה על-ידי אריסטו. על-פי הגדרה זו, שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם (אריסטו, אתיקה ניקומכוס, ספר 5 פסיקה 1131 (תרגום י' ג' ליבס, שוקן) 1116-1118). לדעתי, הגדרה זו – שנקלטה בפסיקתנו (ראו, למשל, [ד"נ 10/69](#) [1], בעמ' 35) – גובלת בטאוטולוגיה.

ההגדרה מתירה, ואף מחייבת, נקיטת יחס שונה כאשר "השונות" היא רלוואנטית, אך אין היא כוללת אמות מידה לקביעתה של רלוואנטיות זו. בהיעדר אמות מידה כאלה, קיימת סכנה – שהתממשה לא אחת – כי אמות המידה שיוחלו בכל עניין ועניין ישיקפו את הסטריאוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור ההפליה מיסודו. בענייננו, 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. כך, למשל, בפסקי הדין בפרשות: *hoyt v. .* (1961) *Muller v* 62, at[47] *oregon*, (1908) *Florida*; 427, at[46] חוקים שקבעו התייחסות שונה לנשים, מן הנימוק שהשונות היא רלוואנטית לנוכח תפקידי האישה כאם וכעקרת-בית. מאותו טעם אושר חוק שחייב גברים בלבד בשירות חובה בצבא, וזאת

למרות העובדה שראשי הצבא האמריקני היו מעוניינים בהחלת החוק גם על נשים. ראו 74, rostker v. Goldberg (1981) [48]אף בישראל נפסק בע"פ 5/59 [7], בעמ' 1067-1068, כי התייחסות שונה לנשים, המבוססת על מטלות האישה הנשואה, היא בגדר הבחנה מותרת, בהתבססה על שוני רלוואנטי בין נשים לגברים.

זאת ועוד: ההגדרה אף מבליעה את ההבחנה בין עצם הרלוואנטיות של השונות לבין המידתיות, במובן של צמצום הפגיעה בזכויות האדם למקרים שבהם הדבר דרוש או למידה הדרושה.

על ההגדרה האריסטוטלית נמתחה ביקורת בספרות המשפטית. וכך כתבה פרופ' רוד (rhode): Protection analysis has developed largely within an-american equal" aristotelian tradition that defines equality as similar treatment Presents no legal difficulties if the groups differ in ways for those similarly situated.under this approach, discrimination Classifications underscored the theoretical and practical limitations relevant to a valid regulatory objective... Challenges to gender Discrimination analysis-of this approach... Contemporary gender Level, traditional approaches have failed to generate coherent has presented difficulties along several dimensions. At the most basic Protection law has treated as inherent and essential differences that or convincing definitions of -difference. All too often, modern equal

Related characteristics have been both-and undervalued. In some cases, such as those involving are cultural and contingent. Sex-over Destiny. In other contexts, such as pregnancy discrimination occupational restrictions, courts have allowed biology to dictate On whether challenged classifications track some exisisting they have ignored woman's special reproductive needs. The focus Follow from such differences. Differences between the sexes has obscured the disadvantages that Should begin, not end, analysis. As deconstructionists remind us, women although discourses of difference must sometimes have a place, they , the same in their humanity:are always already the same and different Oriented frameworks, conventional discourse, the other will always be waiting to disrupt it. By constantly different in their anatomy. Whichever category we privilege in our legal- legal discourse implicitly biases analysis.to pronounce women either the presenting gender issues in difference .same or different allows men to remain the standard of analysis Difference dilemma. We must insist not just on equal significant progress toward gender equality will

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי , תשנ"ה/תשנ"ו 1995

150

"treatment but on woman's treatment as an equal ראו גם רדאי, במאמרה הנ"ל, משפטים כד, בעמ' 255. (82- 81rhode, supra, at).

7. לדעתי, בענייננו (כלומר, בנסיבות שבהן ההחלטה מבוססת על שיקול המין או על שיקול דומה אחר שיסודו בהשתייכות קבוצתית, כגון גזע) ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת ההגדרה האריסטוטלית – ולמצער על חלקם – על-ידי המרתה של הגדרה זו במבחן כפול: ראשית, האם שיקול המין הוא רלוואנטי; שנית, בהנחה שהשיקול הוא רלוואנטי, האם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין.

לשיטתי, כאמור, הפלייתו של אדם לרעה מחמת השתייכותו הקבוצתית, ובענייננו הפליה לרעה של אישה, פוגעת בזכות לכבוד. ואולם, ככל זכות, גם הזכות לכבוד (לרבות איסור ההפליה הקבוצתית הנגזר ממנה) אינה זכות מוחלטת אלא יחסית, ויש לאזן בינה לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים. על-כן, במקרים מיוחדים עשויה פגיעה בזכות האישה לשוויון להיות מוצדקת, אם היא עומדת באמות מידה המשקפות את האיזון הראוי בין זכות זו לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים.

דוגמה יפה ליישום גישה זו מצויה בפסק הדין בפרשת פורז [12]. בפרשה זו נדונה החלטה של מועצת עיריית תל-אביב-יפו שלא למנות נשים לגוף הבוחר רב ראשי לעיר. החלטה זו התבססה על שיקולים שהוכרו על-ידי בית המשפט כרלוואנטיים (אשר כונו על-ידי "שיקולים פרטיקולריים"), והם החשש כי השתתפות נשים בגוף הבוחר תמנע הצגת מועמדות של רבנים מתאימים ותקשה על תיפקודו של הרב שייבחר. לכאורה, על-פי ההגדרה האריסטוטלית – שבית המשפט הזכיר אותה והסתמך עליה – די היה בכך כדי להביא לדחיית העתירה ולאישורה של החלטה המועצה. אלא שבית המשפט קבע כי עצם הפליית לרעה של נשים מהווה פגיעה בזכותן לשוויון. במצב כזה, כך קבע בית המשפט מפי השופט ברק,

"...עלינו לאזן בין העיקרון הכללי של השוויון מזה לבין השיקול

הפרטיקולרי של מינוי אסיפה בוחרת, שתוכל למלא כראוי את תפקידה, מזה" (שם, בעמ' 336).

מכך נלמד, כי גם כאשר "הפליית נשים הינה שיקול ענייני" (שם), ההחלטה המפלה פוגעת בעקרון השוויון, ויש לבחון אם פגיעה זו מוצדקת. לעומת זאת, על-פי ההגדרה האריסטוטלית המקובלת, אמירה כי "הפליית נשים הינה שיקול ענייני" טומנת בחובה סתירה, שכן, לפי הגדרה זו, אם השיקול הוא ענייני, לא קיימת הפליה מעיקרא.

8. כפועל יוצא מההבחנה בין ההתייחסות המפלה לבין הצדקתה, מתבקשת גם הבחנה בדבר נטל ההוכחה, בין האישה הטוענת להפליה לבין הרשות השלטונית. על הטוענת להפליה להוכיח את התייחסותה השונה של הרשות אליה מחמת מינה (או השתייכות קבוצתית אחרת). מנגד, נטל ההוכחה כי ההתייחסות המפלה היא מוצדקת, הוא על

פ"ד מט (4) 94

ההרשות. כך, למשל, בארצות-הברית, בתביעות של יהודים שומרי מצוות נגד מעבידיהם טענה כי הופלו בהיותם שומרי שבת, נפסק כי משהוכיחו התובעים את עצם ההתייחסות המפלה, על המעבידים להוכיח כי עשו את כל המאמצים הסבירים לשילוב שומרי השבת בעבודה. ראו: *getz v. Com. Of pa.*, (1986) [49]; *Gordon v. Meir* (1993) [50] *dept. Of public welfare*. *telecommunications corp.-shapiro* מידת ההוכחה הראויה היא זו המקובלת במשפט האזרחי, כלומר, נטיית מאזן ההסתברויות לטובת הגירסה הטעונה הוכחה. השוו: *at* [58] (1986) *r. V. Oakes P.a. joseph, constitutional and administrative law in new zealand*; 107

.(857hogg, supra, at;862- 861(1993,sydney -858

9.סעיף 11 לחוק היסוד מחייב את כל רשויות השלטון לכבד את הזכויות המעוגנות בו. עם זאת, הסעיף אינו מפרט את אמות המידה שעל יסודן יכובדו הזכויות. על-פי מה ייקבעו אפוא אמות מידה אלה? בארצות-הברית, בהיעדר הוראה בחוקה בעניין זה, אמות המידה לבחינת חוקתיות הפגיעה בזכויות האדם התגבשו בפסיקה. אמות מידה אלה אינן מבחינות בצורה חדה בין תכלית הנורמה הפוגעת בזכות יסוד לבין מידתיות הפגיעה. הפסיקה האמריקנית פיתחה דוקטרינה של רמות בדיקה (levels of scrutiny) המבוססת על בחינת חשיבותם של הערכים החברתיים העומדים ביסודה של הזכות. רמת הבדיקה הקלה ביותר מבחינת המגבלות שהיא מטילה על הרשויות חלה על פעולות (לרבות חוקים) הפוגעות בזכויות כלכליות. רמת הבדיקה של פעולות כאלה היא מינימאלית (minimal scrutiny). על פיה, הפגיעה בזכות תימצא מוצדקת אם הפגיעה דרושה באופן סביר להגשמת אינטרס לגיטימי של המדינה (rationally related to a legitimate state interest). ראו: (1949) Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia [52] (1976). רמת הבדיקה המחמירה ביותר חלה על פעולות הפוגעות בזכויות יסוד בעלות מעמד בכורה (fundamental rights), כגון חופש הביטוי, חופש התנועה והזכות לבחור. אמת מידה זו חלה אף לעניין בחינת חוקיותן של פעולות המבוססות על סיווג החשוד כמפלה (suspect classification). בבדיקת החוקתיות של פעולות כאלה נדרשת בדיקה קפדנית (strict scrutiny), המטילה על הרשות נטל שכנוע –

- כבד להצדקת הפגיעה בזכות. רק אינטרס ציבורי חיוני, שלא ניתן להשיג באמצעים מפלים פחות (action necessary to promote a compelling state interest), עשוי להצדיק פגיעה כזו. ראו *korematsu v. United states* [44].

עם זאת, רמת הבדיקה של סיווג על-פי מין הייתה שנויה במחלוקת. בפסק הדין [45] frontiero, 682, 685at סובר השופט ברנן, ואילו הצטרפו השופטים דאגלס (douglas), ווייט (white) ומרשל (marshall), כי סיווג על-פי מין הוא – כמו סיווג על-פי גזע – בגדר סיווג חשוד, ויש להחיל עליו את רמת הבדיקה הגבוהה ביותר. וכך כתב:

at the outset, appellants contend that classifications based upon, sex" like classifications based upon race, alienage, and national origin, are Scrutiny. We agree.... Inherently suspect and must therefore be subjected to close judicial

Legal capacity to hold or convey property or to serve as legal guardians suit in their own names, and married women traditionally were denied the ... Neither slaves nor women could hold office, serve on juries, or bring . Of their own children... And although blacks were guaranteed the right"... , Women were denied even that right 1870to vote in right ואולם בפסק-דין מאוחר יותר נקבע, כי חוקתיות של סיווג על-פי מין, שהוגדר כ"מעין חוד" (quasi suspect), תיבחן על יסוד "דרגת ביניים" (intermediate) Scrutiny של רמת בדיקה. על-פי רמת בדיקה זו סיווג על-פי מין ייחשב כמוצדק אם נועד להגשים מטרה חברתית חשובה (substantial relationship to an important Governmental objective mississippi;[54] (1976) craig v. Boren [55] (1982) .univ. V. Hogan בקנדה, במגילת הזכויות והחופשים charter of rights and freedoms פסקת הגבלה המבחינה בין תכלית הפעולה הפוגעת בזכות לבין מידתיות הפגיעה (סעיף 1למגילה). הפסיקה הקנדית פיתחה רמת בדיקה אחידה לכל זכויות היסוד. נפסק כי תחיקה היא לתכלית ראויה אם היא נועדה להגשים צרכים חברתיים בעלי חשיבות בסיסית (fundamental importance), וכי אל לפגיעה לעלות על הנדרש להשגת התכלית. בעניין האחרון נקבעו מבחני משנה. וכך נאמר בפסק הדין המנחה 139, oakes: There are, in my view, three important components of a proportionality" first, the measures adopted must be carefully designed to achieve .test On irrational considerations. In short, they must be rationally connected the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based To the objective in this first sense, should impair 'as little as to the objective. Second, the means, even if rationally connected Poportionality between the effects of the measures which are responsible possible' the right or freedom in question... Third, there must be a . For limiting the charter right or freedom, and the objective"which has been indentified as of 'sufficient importance

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

154

בגרמניה פסק בית המשפט לחוקה כי נדרשת רמת בדיקה קפדנית של תחיקה המפלה מחמת מין, כי רק מטרה חיונית מצדיקה הפליה כזאת, ואף זאת רק בתנאי שמידת הפגיעה לא תעלה על הנדרש. ראו d. P. Currie, the constitution of the federal republic of germany 328(1994, chicago). עקרון המידתיות, שפותח במשפט המינהלי הגרמני עוד במאה השמונה-עשרה, מורכב משלושה יסודות, הדומים בעיקרם למבחני המשנה בפסק הדין הקנדי [58]. oakes. האמצעי הפוגע חייב להתאים (geeignet) להשגת המטרה. שנית, האמצעי צריך להיות דרוש (erforderlich) להשגת המטרה, במובן זה שמבין האמצעים המתאימים, האמצעי שנבחר הוא האמצעי המתון ביותר המסוגל להשיג את המטרה (יסוד הצורך). שלישית, על האמצעי לא להיות מופרז (unzumutbar) בפגיעתו בהשוואה לתועלת הצומחת ממנו. כלומר, היחס בין האמצעי למטרה צריך להיות פרופורציונלי (currie בספרו הנ"ל, בעמ' 309-310). ראו גם י' זמיר, ["המשפט המינהלי של ישראל"](#) בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 109, 131.

10. בישראל יש לשאול את אמות המידה לכיבוד הזכויות, בשינויים המחויבים, מסעיף 8 לחוק היסוד (להלן – פסקת ההגבלה). בסעיף זה נקבע:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

אכן, פסקת ההגבלה חלה רק על סמכויות שיסודן בחוקים שהתקבלו לאחר חקיקת חוק היסוד. ואולם ראוי הוא, מכוח היקש, להחיל את עיקריה לעניין חובתן של רשויות השלטון מכוח סעיף 11 לחוק היסוד, החלה אף על סמכויות שיסודן בדינים שקדמו לחוק היסוד. לכך שני טעמים: ראשית, ראוי הוא כי ההגנה על זכויות היסוד בישראל תיעשה על יסוד אמות מידה דומות, בין שהנורמה המשפטית שתוקפה נבחן היא חוק ובין שהמדובר בנורמה משפטית אחרת. שנית, ההסדר הקבוע בפסקת ההגבלה המבחין, בין השאר, בין תכלית הפגיעה בזכות לבין מידת הפגיעה – הולם ביסודו את מכלול הנורמות המשפטיות ולא חוקים בלבד. על התאמתן של אמות המידה שבפסקת ההגבלה לבחינת תוקפן של נורמות משפטיות שאינן חוקים עמד המשנה לנשיא ברק בבג"צ 721/94 [3] (שבו נדון הסכם קיבוצי מפלה), בעמ' 760:

"פגיעה כדין בשוויון עשויה להתקיים אם זו תואמת את ערכיה של מדינת ישראל, אם היא לתכלית ראויה ואם פגיעתה בשוויון אינה מעבר למידה הדרושה".

יסודותיה של פסקת ההגבלה דומים למדיי לאמות המידה שגיבשה הפסיקה לעניין

פגיעה של רשות מינהלית בזכות יסוד של האדם.

11. היסוד הראשון, המשקף את עקרון החוקיות, קובע כי הפגיעה חייבת להיות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. בעניין זה, בפסיקה שגובשה לפני חקיקת חוק היסוד נקבע בין השאר: (1) אין מגבילים זכות יסוד של האדם ללא הסמכה ברורה של המחוקק הראשי. ראו, לדוגמה: דברי השופט ברנזון בבג"צ [200/57](#) ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית-שמש [24], בעמ' 268; השופט שמגר בבג"צ [337/81](#) מיטרני ואח' נ' שר התחבורה [25], בעמ' 359.

(2) יש לפרש תחיקה הפוגעת בזכות יסוד של האדם באופן מצמצם, "תוך מגמה תת לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק" (דברי השופט שמגר בע"א [732/74](#) הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' [26], בעמ' 295).

(3) יש לפרש חוקים בהנחה כי תכליתם אינה לפגוע בעקרון השוויון. וכך כתב השופט ח' כהן בבג"צ [301/63](#) שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח' [27], בעמ' 612:

"...בית-משפט זה (יעמיד – ד' ד') את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, על-ידי מעשי חקיקתו, בעקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק..."

בעניין אחר כתב השופט ברק בפרשת פורז [12], בעמ' 333:

"...עלינו להניח (כי – ד' ד') המחוקק הראשי ומחוקק המשנה (ביקשו – ד' ד') לקיים את עקרון השוויון.... עלינו לפרש סמכות זו באופן שאין להפעיל את סמכות חקיקת המשנה בדרך הפוגעת בעקרון השוויון".

סמכות להפלות נשים לרעה חייבת אפוא להיות מפורשת בחוק, ואין די בהוראה כללית המעניקה לרשות שיקול-דעת. שכן, ההנחה היא, כאמור, כי על הרשות להפעיל את סמכויותיה תוך כיבוד זכויות היסוד של האדם – ובתוכם האיסור על הפליית נשים לרעה – אלא אם כן ניתנה לה סמכות מפורשת שלא לעשות כן.

כללים פרשניים אלה קיבלו משנה תוקף עם חקיקת חוק היסוד. נפסק כי גם את התחיקה המוגנת מפני ביטול על-פי סעיף 10 לחוק היסוד יש לפרש ברוח הוראות חוק היסוד, והוא הדין גם באשר להפעלת שיקול-דעת הנתון על-פי תחיקה שתוקפה נשמר. כן נפסק כי יש לשוב ולבחון אם הפסיקה הקיימת הולמת את הוראות חוק היסוד. ראו בש"פ [537/95](#) גנימאת נ' מדינת ישראל [28], דברי המשנה לנשיא ברק, בעמ' 419 מול אות שוליים ו:

"...יש הלכות שנפסקו בעבר, ואשר אינן תואמות את האיזון החדש. הלכות אלה שוב לא יוכלו לשמש עוד בפרשנותו של דין חדש. אך מעבר לכך: הלכות אלה שוב אינן צריכות לשמש בפרשנותו של הדין הישן. דין זה צריך להתפרש ברוח חוקי היסוד החדשים. תכלית החקיקה הישנה ושיקול-דעת שלטוני המעוגן בחקיקה הישנה צריך להתפרש על-פי האיזון החדש בין זכויות האדם לבין צורכי הכלל, ובלבד שפירוש חדש זה אפשרי הוא".

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

ראו גם: דברי המשנה לנשיא ברק, שם, בעמ' 423-424; ודברים שכתבתי אני, שם, בעמ' 375; וכן [בש"פ 4595/94](#) [29]; [בש"א 4459/94](#), 4475 סלומנוב ואח' נ' שרבני ואח' [30]; [דנג"צ 3299/93](#) ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח' [31].

12. היסוד השני דורש כי הפגיעה תהלום את ערכיה של מדינת ישראל. הכוונה, כך אפשר להניח, לערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית, כאמור בסעיף 1 לחוק היסוד.

ראו ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, בעמ' 157: ח' ה' כהן, ["ערכיה של מדינה יהודית"](#) ודמוקרטית – עיונים בחוק-יסוד: [כבוד האדם וחירותו](#) – הפרקליט – ספר היוכל (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ד). 9. אף יסוד זה יש להחיל (בכפיפות לסעיף 10 לחוק היסוד) על מכלול ההחלטות השלטוניות. ראו דברי המשנה לנשיא אלוך [בבש"פ 2160/92](#) סויסה נ' מדינת ישראל [32], בעמ' 341.

13. היסוד השלישי בפיסקת ההגבלה דורש כי הפגיעה בזכות תהיה לתכלית ראויה. מובנה של "תכלית ראויה", בהתייחס להחלטה של רשות מינהלית, שונה ממובנה לעניין חוק. בעוד שלעניין חוק יש לבחון אם תכליתו משרתת מטרה ציבורית שלשם הגשמתה עשויה להיות הצדקה לפגיעה בזכות יסוד, הרי שלעניין החלטה מינהלית יש לבחון, בראש ובראשונה, אם תכליתה היא במסגרת התכליות – הכלליות והפרקטיקולריות – של החוק המסמך. על כך עמדתי בפרשת דנילוביץ [3], בעמ' 782-783, בהתייחסי להפליה מחמת נטייה מינית:

"על-פי מבחן זה (מבחן התכלית – ד' ד') לא תיעשה הבחנה בין בן-זוג הומוסקסואלי לבין בן-זוג הטרוסקסואלי, אם הקשר הזוגי בין בני הזוג מאותו מין עומד באמות מידה המגשימות את התכלית שלשמה מוענקת הזכות או ההטבה. לעומת זאת, כאשר הנטייה המינית היא רלוואנטית להגשמתה של תכלית ההטבה, למשל אם התכלית היא עידוד ילודה, לא יהיה במניעת ההטבה מבן הזוג מאותו המין משום הפליה".

ראו גם: [בג"צ 389/80](#) דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח' [33], בעמ' 435; [בג"צ 4422/92](#) עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' [34], בעמ' 858.

בענייננו, תחיקה שתכליתה להגן על האישה אינה יכולה לשמש יסוד להפלייתה, אם ויתרה על ההגנה (ובלבד, כמובן, שההגנה אינה כפויה עליה בחוק שתוקפו נשמר לפי סעיף 10 לחוק היסוד). ראו [בג"צ 231/63](#) ראטף, הספקת מזון בע"מ נ' שר-המסחר-והתעשייה ואח' [35], בעמ' 2733.

14. היסוד הרביעי – שהוא, לדעתי, החשוב ביותר – הוא הדרישה כי מידת הפגיעה בזכות לא תעלה על הנדרש. עיקרון זה מתבטא בהתאמת האמצעי למטרה, בנקיטת אמצעי של פגיעה בזכות יסוד רק כמוצא אחרון ובהיעדר אמצעי סביר אחר, ובנקיטת אמצעי של פגיעה בזכות יסוד רק מקום שבו מידת חשיבותה של מטרת הפגיעה ("התכלית") וחומרת הנזק שייגרם אם התכלית לא תוגשם מצדיקות

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

זאת. ראו: [בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח' \[36\]](#); [בג"צ 987/94](#) [14]; [בג"צ 3477/95](#) בן-עטיה ואח' נ' שר החינוך, התרבות

והספורט [37]. ראו גם ז' סגל, "עילת העדר היחסיות (disproportionality)" במשפט המינהלי" הפרקליט לט (תש"ן-נ"א) 507. בעניין האחרון נקבעו נוסחות איזון, המבוססות על משקלם הסגולי של זכות האדם הנפגע מזה והאינטרס המתנגש בה (בטרמינולוגיה של פסקת ההגבלה – "התכלית") מזה. נוסחות אלה מתבטאות במבחנים המתייחסים למידת הפגיעה בזכות היסוד של האדם ולהסתברותה. ראו דברי השופט ברק בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח' [38], בעמ' 284. נוסחת ההסתברות נקבעת, מחד גיסא, על-פי חשיבותה של זכות היסוד והטעמים העומדים ביסודה, ומאידך גיסא, על-פי מידת חשיבותו של האינטרס המתנגש בה, שהגשמתו היא תכלית הפגיעה. לעניין האחרון ראו בג"צ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח' [39], בעמ' 617.

הזכות לכבוד – שבה מעוגן האיסור על הפליה לרעה של נשים – היא מן החשובות שבזכויות היסוד של האדם. ככלל, השפלתה של אישה על-ידי הפלייתה לרעה מחמת עצם היותה אישה פוגעת בה קשות. יתר-על-כן: בבסיסה של הזכות עומדים אף אינטרסים חברתיים חשובים. כדברי השופט בך בג"צ 104/87 [18] הנ"ל, בעמ' 760:

"חברה אשר בה נוהגת הפליה איננה חברה בריאה, ומדינה שבה נוהגת הפליה לא תוכל להיקרא מדינה מתוקנת".

מן הראציונאליים הפרטיים והחברתיים העומדים ביסוד האיסור על הפליית נשים

מתחייב להחיל בעניין זה את המבחן המחמיר בדבר ודאות קרובה לסכנה חמורה.

15. במקרים שבהם שונותה של האישה היא שיקול רלוואנטי להגשמתה של תכלית הסמכות, קיימת קשת אמצעים אפשריים להגשמת התכלית. בקצה האחד של הקשת מצוי מודל אסימטרי של "יחס מיוחד". מודל זה גורס כי לנשים תכונות ותפקידים מיוחדים, המצדיקים את הפלייתן לרעה לעומת גברים, ובין השאר מונעים את העסקתן בתפקידים מסוימים אלה ואחרים. התכלית הראויה – שהיא הפעלתם התקינה של התפקידים האמורים – מוגשמת אפוא על-ידי סגירת הדלת בפני נשים המבקשות לשמש באותם תפקידים.

בקצה השני של הקשת מצוי מודל סימטרי של "עיוורון למין". מודל זה גורס התייחסות זהה לנשים ולגברים, ויוצא מתוך הנחה כי לבני שני המינים יכולת תפקוד זהה. לפי תפיסה זו, ייחשב היריון כמוגבלות שוות ערך למחלה של גבר. אימוץ מודל זה כרוך בדרך כלל בבניית של המערכת על-פי יכולת הגבר. בתכנונה נלקחים כמובן בחשבון צרכים שונים המשותפים לכל בני המין האנושי, נשים כגברים, אך אין מתחשבים בצורכיהן המיוחדים של נשים. על-פי מודל זה, מערכת שלחברה אינטרס בפעולתה האופטימלית תהיה רשאית לסגור את הדלת בפני נשים, אם יסתבר כי בשל צורכיהן ותכונותיהן צפוי משך פעילותן להיות קצר

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

160

ממשך פעילותם של גברים (וזאת לרבות בשל עשיית שימוש על-ידי נשים בפריביליגיות שהדין מעניק להן, בקשר להיריון, לידה וכיוצא באלה פונקציות נשיות). המודל הסימטרי עלול אפוא למנוע או לצמצם במידה ניכרת העסקה של נשים במערכות חיוניות.

היטיבה לתאר בעיה זו שמעורר מודל "העיוורון למין" פרופ' מקינון (mackinnon): Under the sameness rubric, women are measured according to "correspondence with man, their equality judged by proximity to his. Their lack of correspondence from man, their womanhood judged by the measure, under the difference rubric, women are measured according to The distance from his measure. Gender neutrality is the male standard T mackinnon, toward a feminist theory of special protection rule is the female standard. Masculinity or maleness .C) is the referent for both .(221(the state .16 (1989, mass) לפתרון לקשיים שמעוררים שני המודלים הקיצוניים מצוי במודל ביניים. על-פי מודל זה, הגשמת השוויון בין המינים מחייבת תכנון מערכתי שייקח בחשבון את צורכיהן הייחודיים של נשים. האינטרס בהבטחת כבודן ומעמדן של נשים, מחד גיסא, ובהמשך קיומה של החברה ובגידול ילדים, מאידך גיסא, דורש – ככל שהדבר ניתן – שלא למנוע מנשים את האפשרות למצות את יכולתן ושאיפותיהן אך בשל הפונקציות הטבעיות המיוחדות להן, ובכך להפלותן לרעה מגברים. יש להתאים את המוסדות החברתיים – לרבות ההסדרים המשפטיים – לצורכי האישה.

מודל ביניים זה, שעל פיו על כל מעסיק לקחת בחשבון ששנות הפעילות של אישה עשויות להיקטע בשל היריון, לידה, הנקה וטיפול בילדים, עוגן בישראל בתחיקת העבודה. כך, למשל, [חוק עבודת נשים](#) קובע כי לאישה זכות לחופשת לידה (סעיף 6(א)), זכות להיעדרות מן העבודה בתקופת ההיריון אם קיים צורך רפואי (סעיף 7(ג1)), וזכות לשוב לעבודה לאחר הלידה כעבור היעדרות שלא תעלה על שנים-עשר חודשים (סעיף 7(ד1)).

מטבע הדברים, יישומו של מודל הביניים עולה כסף ומכביד על התכנון. בעלויות אלה חייבים לשאת – לעתים בהשתתפות הביטוח הלאומי – גם מעבידים פרטיים. חובה זו מוטלת – מכוח קל-וחומר – אף על המדינה.

הדרישה להתחשבות בצורכיהן המיוחדים של נשים דומה לדרישה להתחשבות באמנתו הדתית של אדם. דרישה כזו מקובלת בארצות-הברית. ראו: [49] getz shapiro- gordon [50] [בבג"צ 80/70](#) אליצור ואח' נ' רשות השידור ואח' [40], בעמ' 666, כתב השופט קיסטר כי יש לאמץ את גישת הפסיקה האמריקנית:

"...מותר לנו ללמוד מהגישה האמריקנית בחוק ובפסיקה אי-אילו דברים: א. גישה המתחשבת במידה מכסימלית בהשקפתו הדתית של העובד; אפילו התחייב לעבוד שעות נוספות, אין לדרוש ממנו שיעשה זאת ביום מנוחתו, ואפילו אין לדרוש שיעמיד מחליף אם הדבר מתנגד להשקפתו הדתית, ועל המפעל להסתגל במידת האפשר להשקפתו הדתית; אדגיש, כי מדובר כאן במפעל פרטי..."

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

162

יצוין, כי בשנת 1981 תוקן חוק שעות העבודה והמנוחה, תשי"א-1951, ובסעיף 9(ג) נאסר על מעביד להימנע מלקבל לעבודה אדם בשל כך בלבד שאינו מוכן לעבוד בימי המנוחה השבועית על-פי איסור שבמצוות דתו.

17. וזמן הכלל אל הפרט:

חברי, השופט מצא, פירט את הרקע העובדתי לעתירה. כאמור, המשיבים דחו את בקשתה של העותרת לזמנה לבדקי התאמה לקורס טיס מטעמים תכנוניים, שעיקרם שיקולי כדאיות מערכתית. יסודם של שיקולים אלה הוא בעלות הגבוהה של הכשרת טייסים, ההופכת, על-פי טענת המשיבים, לבלתי כדאית את הכשרתו של אדם ששירותו במשך שנים רבות אינו מובטח בחוק, ואף מחייבת הכשרת מספר גדול יותר של טייסים. נימוק נוסף שצינו המשיבים לעמדתם היה העלות הנדרשת לצורך התאמת המתקנים לקליטת נשים במחנה שבו מתקיים קורס הטיס.

שיקולי המשיבים מבוססים על ההנחה כי העותרת, בהיותה אישה, צפויה לשרת פחות שנים מגבר. בעניין זה הם הסתמכו על [חוק שירות בטחון \[נוסח משולב\]](#) (להלן החוק), המחייב גברים בשירות מילואים עד גיל 54, בעוד שנשים חייבות בשירות עד גיל 38 בלבד (סעיף 29), ונשים הרות ואמהות פטורות כליל משירות מילואים (סעיף 34). החוק אינו מונע את התנדבותה של אישה לשירות מילואים (סעיף 12), ואף אינו מבחין בין תפקידי נשים לתפקידי גברים. אלא שלהשקפת המשיבים, לנוכח ההריונות והלידות הצפויים מטבע הדברים בחיי אישה, אין לסמוך על התנדבות שממנה אפשר להשתחרר בכל עת.

כפי שציין חברי, השופט מצא, לא הסתמכו המשיבים על קיומן, לפי הוראות הפיקוד העליון, של מגבלות על שיבוץן של חיילות לתפקידי לחימה, ולכן אני, כי בהוראות אלה אין כדי להשליך על זכויותיה של העותרת.

18. הגעתי לכלל דעה כי החלטת המשיבים לדחות את בקשת העותרת מחמת היותה אישה מפלה אותה לרעה, וכי הפליה זו – המהווה פגיעה בזכותה החוקתית של העותרת לכבוד – אינה מקיימת את יסודות פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד, ועל-כן היא בלתי חוקית ופסולה.

אדון ביסודותיה של פיסקת ההגבלה לפי סדרם.

19. היסוד הראשון – הסמכה מפורשת בחוק: החוק מבחין בין גבר לבין אישה ככל שהדבר נוגע למשך חובת השירות, ובכך הוא מפלה בין המינים. לנוכח הוראת סעיף 10 לחוק היסוד בדבר השמירה על הדינים, אין אנו נדרשים לדון בתוקפו של החוק בעניין זה. באין טענה אחרת אף מוכנה אני להניח – מבלי לפסוק – כי ההחלטה ניתנה בגדר הסמכות שהחוק העניק למשיבים.

20. היסוד השני – הלימת ערכי המדינה: אף כאן, בהיעדר טיעונים אניח – מבלי לפסוק – כי החלטת המשיבים אינה סותרת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

21. היסוד השלישי – תכלית ראויה: השיקולים התכנוניים של חיל האוויר, שבעטיים, כאמור, התקבלה ההחלטה נושא העתירה, משרתים אינטרסים חשובים של המדינה, ובמובן זה הם מהווים "תכלית ראויה". דא עקא, ששיקולים אלה התבססו על הוראות חוק שנועדו להגן על נשים ולהעניק להן "זכויות יתר". כאמור, החוק אינו קוגנטי בעניין זה, והעותרת מסרה על נכונותה לוותר על הפריבילגיות שהוענקו לה. על-כן, בדחייתה של בקשת העותרת בהסתמך על ההוראות המגינות, שקלו המשיבים שיקולים לא רלוואנטיים להגשמת תכליתן של הוראות חוק אלה. מבחינה זו, שיקוליהם אינם אפוא בגדר "תכלית ראויה". יחד עם זאת, נותר עדיין השיקול כי אישה, בשל הפונקציות הביולוגיות שלה, צפויה לשרת במילואים פחות שנים מגבר, דבר שיפחית את הכדאיות של הכשרתה ויפגע, על-פי הטענה, באפשרות התכנון. שיקולים אלה – של חיסכון כספי והקלת התכנון – הם רלוואנטיים ולגיטימיים, ומהווים "תכלית ראויה".

22. היסוד הרביעי – מידה שאינה עולה על הנדרש: לדעתי, האמצעי שהמשיבים בחרו בו להגשמת תכליותיהם, והוא סגירת מקצוע הטיס בפני נשים, אינו מקיים יסוד זה של פיסקת ההגבלה. סגירת מקצוע הטיס בפני נשים אינה מקיימת את דרישת המידתיות. שכן, כפי שהראה חברי, השופט מצא, ניתן לתכנן את המערכת – שממילא מתוכננת תוך התחשבות בהפסקת שירותם של טייסים או קטיעתה מטעמים שונים – כך שיילקח בחשבון השוני שבין גברים לנשים. כאמור, החובה להתחשב בתכנון בצורכי האישה מוטלת על כל המעסיקים במדינה מכוח הדינים האוסרים הימנעות מקבלת אישה לעבודה מחמת מינה, ובמקביל מעניקים לה זכויות יתר המקצרות את פעילותה באופן העשוי לפגוע במעביד. בנסיבות אלה, מקום שבו הוצאה כספית מוגברת לשם השגת שוויון בין המינים מוטלת על כל המעבידים הפרטיים, שיקולים של כדאיות תקציבית ותכנונית, ככלל, אינם יכולים להצדיק החלטת מדינה הפוגעת בזכות יסוד. ראו: At[60] (1989) r. V. Lee; Singh et al. V. M. E. I 1390 (1985). at[59] 218; ברק, בספרו הנ"ל, כרך ב, בעמ' 526-527.

זאת ועוד: אף בהנחה שהשיקול התכנוני עשוי להצדיק הפליה לרעה של נשים, על המדינה המבקשת להצדיק את ההפליה רובץ נטל ההוכחה. והנה, המשיבים לא ביססו את טענותיהם בדבר הפגיעה בתכנון על תשתית עובדתית ממשית, אלא על סברה בלבד שנכונותה אינה מובנת מאליה. העובדה, כי בשנת 1975 נקלטו חיילות בקורס טיס ביוזמת המשיבים, מצביעה דווקא על כך שהקשיים התכנוניים, ככל שהם קיימים, אינם בלתי ניתנים לפתרון.

בנוסף לכל אלה, הנזק שבסגירת קורס טיס בפני נשים עולה על התועלת שבשיקולים התכנוניים. ראשית, סגירת קורס טיס בפני נים פוגעת בכבודן ומשפילה אותן. יש בה אף, אם לא במכוון, כדי לאשש את אימרת הכנף המשפילה: "הטובים לטיס והטובות לטייסים".

שנית, הפוטנציאל שבמחצית מן האוכלוסיה אינו מנוצל, ובכך נפגעת החברה.

"הטובות לטיס" אף הוא אינטרס חברתי, שהחלטת המשיבים פגעה בו. עמד על כך הפילוסוף האנגלי ג'ון סטיוארט מיל, בספרו הנ"ל, שנכתב לפני למעלה ממאה שנה. וכך כתב, בעמ' 57: It is shared by those who: [women] nor is the injustice confined to" Any kind of persons shall not be physicians, or shall not be are in a position to benefit by their services. To ordain that Them only, but all who employ physicians or advocates, or elect members advocates, or shall not be members of parliament, is to injure not Of parliament, and who are deprived of the stimulating effect of . Greater competition on the exertions of the competitors, as well as "restricted to a narrower range of individual choice בימינו ממש הסביר זאת השופט האמריקני הול (holl) בפסק הדין faulkner 451, at[42]: Though our nation has, throughout its history, discounted the" contributions and wasted the abilities of the female half of ,its population, it cannot continue to do so. As we prepare First century, we simply cannot-. Together, to face the twenty"afford to preserve a relic of the nineteenth הניסיון ההיסטורי במדינות העולם ואף אצלנו מלמד, כי בשעת חירום, כאשר האויב עמד בשער, נסוגו הנורמות המקובלות ונשים השתתפו בלחימה, ביבשה ואף באוויר.

המדיניות של סגירת הדלתות אינה עומדת גם באמות המידה המקובלות במשפטנו לפגיעה בזכויות יסוד. בעניין זה היה על המשיבים להוכיח כי קיימת ודאות קרובה שקליטת נשים במקצוע הטיס תפגע באופן חמור בביטחון המדינה. המשיבים לא עשו כן, ואף השכל הישר וניסיון החיים כשלעצמם אינם מובילים למסקנה בדבר קיומה של ודאות קרובה כאמור.

אשר-על-כן, אני סבורה כי יש לקבל את העתירה ולהפוך את הצו-על-תנאי להחלטי. לפיכך הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק-דינו של השופט מצא.

ניתן היום, ט"ו בחשוון תשנ"ו (8.11.95).

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה. חקיקה ועוד באתר נבו -](#)

[הקש כאן](#)

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

166

המאגר המשפטי הישראלי nevo.co.il נבו הוצאה לאור בע"מ

Z:\hakikato run\hakika final public\hakika\recieve al\19\וספרות\פסיקה לקישורים\padi-nh-4-094-1.doc