שיפוט וצבא

ד"ר גד ברזילי[i]

מעמדו הציבורי של בית המשפט העליון בחברה ובפוליטיקה בישראל הוא מרכזי מאוד ובא לביטוי במעורבות שיפוטית (להבדיל פעמים רבות מהתערבות) תכופה בנושאים פוליטיים מגוונים. בית המשפט העליון הוא אחד מן היסודות המרכזיים של המשטר הפוליטי. חשיבותו לעיצוב ולהנהגה של חיינו הציבוריים חורגת בהרבה מן המשמעות המנהלית הצרה יותר של פסיקה קונקרטית בסוגיות משפטיות ופורמליות ספציפיות. רצוני להבהיר כבר בפתח מאמר זה, כי דברים אלה אינם נכונים בלעדית לבית המשפט העליון בשנים האחרונות. נכון אמנם כי בית המשפט העליון הישראלי נוטה מאז המחצית השנייה של שנות השמונים לדון בעתירות ביחס לרבות מן הסוגיות הפוליטיות מהן השתדל להימנע לפני כן. אך כל בית משפט עליון, לרבות בית המשפט העליון הישראלי, הוא מוסד פוליטי במובן זה כי הוא מעורב בעיצוב תרבות פוליטית ובעיצוב מושגי היסוד של המשטר הפוליטי וזאת תוך כדי ובאמצעות הכרעות אידיאולוגיות ופוליטיות במסגרת פסקי דינו.[ii]

אחד ההיבטים הבולטים בהתערבותו השיפוטית הגדלה של בית המשפט העליון בחיים הציבוריים הוא התערבותו הגדלה בנושאי צבא וביטחון, שמהם השתדל בית המשפט העליון להסיר את ידיו בשנים קודמות. אין כל ספק כי עיון ראשוני בפסיקות בג"ץ לקראת סוף המאה העשרים יגלה יותר נכונות של בג"ץ לתת דעתו על שיקול דעת רשויות הצבא והביטחון ונכונותו לפסוק, פעמים, בניגוד לדעתן של רשויות אלה, שבעבר נהנו מאוטונומיה פוליטית גדולה הרבה יותר, מאשר לאחר שנות התשעים.

מטרתו של מאמר זה לברר שתי שאלות יסוד. הראשונה, מהו היקף מעורבותו השיפוטית של בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, בצבא. השנייה, מהן השלכות מעורבותו של בית

1 . מעורבות שיפוטית של בג"ץ בחיים הפוליטיים: מורשתה של מלחמת יום הכיפורים

א. דו"ח אגרנט

בית המשפט העליון בישראל היה מוסד פוליטי עוד בשנות החמישים והוא היה שותף בלתי שולי בעיצוב הפרוצדורות הפוליטיות דאז.[iii] עלינו לראות לכן את בית המשפט העליון לא רק כמוסד ציבורי ייחודי העוסק בשאלות משפטיות פורמליות מרוחקות אלא כמוסד חברתי ופוליטי מן המעלה הראשונה בחשיבותו בחיי יום יום. כאן גם טמון האתגר המיוחד בניתוח מעמדו של בית המשפט העליון. בעוד הכנסת או הממשלה מצהירים השכם והערב על השקפותיהם הפוליטיות של חבריהם, לא כך בית המשפט. הטכסט הגלוי של בית המשפט העליון הוא טכני למדי, אם כי גובר בהתמדה מספרם של פסקי הדין בהם השופטים מתלבטים בגלוי בשאלות נורמטיביות ומציעים בפסק הדין תפיסה או שברי תפיסה של דמוקרטיה. למרות הצורה הטכנית שהעיסוק השיפוטי יכול להתאפיין בה, בתי משפט עליונים משפיעים על התודעה הציבורית, ומצד אחר הם יביאו אותה לביטוי כחלק מן התרבות הפוליטית הנוהגת. בהקשר זה של הדברים חשוב להדגיש את השפעת מלחמת יום הכיפורים על בית המשפט העליון, בנושא בו עסקינן.

המלחמה הביאה לשינוי מסוים ביחסי מדינה חברה בישראל. עד ל- 1973 הסתמך האתתיזם (עליונות המדינה) על מיתוס הביטחון שהיה המיתוס הדומיננטי של החברה היהודית בישראל. המחאות והביקורת הפרלמנטרית והחוץ פרלמנטרית, שלאחר המלחמה, הביאו לביטוי נכונות גבוהה יותר להטיל ספק ביסודות ההיסטוריים של עליונות המדינה והמפלגה. מלחמת יום הכיפורים הביאה לנסיגה מסוימת של המדינה מן החברה ולגידול

מטבעם של דברים היה לבית המשפט העליון מקום מרכזי בתהליך זה של חוקתיות. הוא היה המוסד אליו הופנו רבות מן העתירות של אזרחים כנגד רשויות השלטון. התגברות החשד כנגד מנגנוני המדינה, לרבות הצבא, הביאה לעלייה ביוקרתו הציבורית של בית המשפט כמוסד אליו פונים כחלק מן הטקטיקה של המאבק הציבורי. לפנינו תוצאה פרדוכסלית- בעוד לאחר המלחמה גברה הביקורת הציבורית כנגד סמלים מרכזיים של המדינה, הרי בית המשפט העליון שהיה גם הוא חלק בלתי נפרד מן המנגנונים של המדינה הגביר את היקף הלגיטימציה הציבורית לה הוא זכה. הסיבה לכך הייתה המיתוס ממנו נהנה בית המשפט כמוסד א- פוליטי ואובייקטיבי, כביכול. לכן, בהדרגה היה בית המשפט למוקד ציבורי לעתירות כנגד הצבא.

השפעת מלחמת יום הכיפורים על בית המשפט העליון בטווח הקצר לא ניכרה לעין. המעורבות הראשונית של בית המשפט בתוצאות המלחמה הייתה עקיפה. נשיא בית המשפט העליון, השופט שמעון אגרנט, עמד בראש וועדת החקירה הממלכתית, 'וועדת אגרנט'.[iv] העובדה כי הוועדה לא הטילה את מלוא האחריות על הדרג המדיני דווקא תרמה לדימוי השמרני משהו של בית המשפט. כשנה לאחר המלחמה דן בית המשפט העליון בעתירתו של מוטי אשכנזי נגד הצבא ומשרד הביטחון. מוטי אשכנזי התפרסם כאחד הלוחמים הנועזים בקרבות הבלימה, ולאחר הפסקת האש עמד בראש קבוצת מחאה נגד הממשלה. אשכנזי עתר לבית המשפט וביקש כי בג"ץ יאכוף על הצבא ומשרד הביטחון את יישום המלצות דו"ח אגרנט, שלטענתו לא יושמו עד לעתירתו. קונקרטית יותר, אשכנזי ביקש כי הצבא ומשרד הביטחון יחשפו את כל הכישלונות והליקויים וחריגת מפקדים מנורמות התנהגות מחייבות במוצבי התעלה בקרבות הבלימה במלחמת יום הכיפורים. לעומתו טען פרקליט המדינה, מר גבריאל בך, כי צה"ל מפיק לקחים מן המלחמה וכי בכל

למעשה, בית המשפט העליון נדרש לשמש כמוסד ביקורת על נכונות הממשלה והזרוע הצבאית להפיק לקחים מן המלחמה. העתירה נדחתה, ובית המשפט סירב להפעיל שיקול דעת שמשמעותו התערבות בתהליכי קבלת ההחלטות של הממשלה והצבא. בפסק דינו קבע השופט מאיר שמגר כי אמנם יתכן עקרונית שבית המשפט יתערב בנושאים צבאיים פנימיים היה והצבא פועל במפורש כנגד דבר חוק. אך בית המשפט לא יתערב בטיב ותכני שיקול הדעת הצבאי. בהתאם לכך פסק בית המשפט כי נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו, דרכי הדיון וההכרעה, אימון כוחותיו והדרכתם אינם שפיטים. פרשת אשכנזי חשובה כיוון שבאמצעותה בחר בית המשפט שלא לצמצם את היקף האוטונומיה הרחב שניתן לצבא, וזאת גם לאחר מלחמת יום הכיפורים שלימדה עד כמה נחוצה ביקורת אזרחית על הצבא. בית המשפט העליון אמנם דחה טענה שלפיה כל התערבות בענייניו של הצבא היא פסולה, אך הוא סירב להתערב בכל החלטה של הצבא שהתקבלה במסגרת סמכותו הפורמאלית של הצבא.

לשון אחרת, בפרשת אשכנזי הבהיר בית המשפט העליון כי אין בדעתו לבחון את חוקיות החלטות הצבא לגופן כל עוד החלטת הצבא נעשתה על ידי הגורם המוסמך ושלא בניגוד לחוק (או לדין) מפורש. לכן, גם אם הצבא החליט שלא להסיק כל מסקנות נגד מפקדים, וזאת בניגוד להמלצות ועדת אגרנט, הכיר בית המשפט בהחלטה צבאית כזו כתקפה. הפרובלמטיות של פסק הדין בולטת על פניה. אמנם, הצבא הוא גוף מקצועי והתערבות בית המשפט העליון בהחלטות של נושאי תפקידים בצבא חייבת להיות תופעה רחוקה ובלתי שכיחה. מצד אחר, הצבא חייב להיות נתון לכללים דמוקרטיים של בקרה אזרחית. קביעה מראש כאילו כל נושאי הפנים של הצבא הם בהגדרה בלתי שפיטים סותרת עקרונות של בקרה אזרחית על הצבא. אם אמנם שאלת יישום המלצות דו"ח אגרנט היא לחלוטין בלתי שפיטה, האם לא היו המלצות הדו"ח לשווא? האמנם ריאלי הוא להניח כי המלצות הדו"ח יושמו על ידי הגוף המבוקר ללא פיקוח אזרחי שיפוטי כלשהו על ידי טריבונל חיצוני לצבא?

שונה מזו, במשהו, הייתה השפעת המלחמה על בית המשפט העליון בטווח הזמן הארוך. לפני שאבהיר את דברי עלי להסביר כי אין לראות את קשרי הגומלין בין המלחמה לבית המשפט כיחס ברור של סובב ומסובב. הדברים מורכבים הרבה יותר, שכן המלחמה שינתה במשהו את התרבות הפוליטית וזו השפיעה על מעמדו של בית המשפט העליון. עם שקיעתו המסוימת של מיתוס הביטחון כיסוד בלעדי היכול לשמש ברמת הפולקלור הציבורי כעיקרון- על מסדר, גבר משקלו של אליל חדש- אליל המשפט. בחברה מוכת הלם כחברה הישראלית, שלאחר מלחמת 1973, החלו שופטים ומשפטנים לתפוס בהדרגה את מקומם של אישי צבא כמקור של תקווה לסדר פוליטי. זוהי אחת הסיבות המרכזיות לעלייה במעמדו הציבורי של בית המשפט העליון לאחר המלחמה. המחדלים הצבאיים הביאו לכך כי גברה הנטייה, גם של אנשי הצבא עצמם, להיעזר במשפטנים ועורכי דין לגיבוי מעשיהם.

ב. פיצול מפלגתי

סיבה מרכזית אחרת לעלייה בבולטותו הציבורית של בית המשפט העליון היה השינוי שחל במפת המפלגות בישראל. הירידה בעוצמה הפוליטית של מפא"י החלה עוד בשנות החמישים, אך מלחמת יום הכיפורים הביאה תהליך זה לכדי מיצוי. ירידת ההגמוניות של מפא"י כמפלגה דומיננטית, ואובדן התופעה של מוקד כוח פוליטי אחד ברור בחברה הישראלית, הגביר את הלחץ הציבורי על בית המשפט העליון. פוליטיקאים ומפלגות החלו בהתמדה רבה מבעבר לעתור לבית המשפט בתקווה כי זה יציע פתרונות משפטיים לבעיות חברתיות כאובות. במצב של קיטוביות מפלגתית הולכת ומחריפה הפך בית המשפט העליון למרכז ההוויה החברתית והפוליטית ולמוסד מרכזי בעיצוב כללי המשחק הפוליטי. עוד ב- 1991 הראנו באמצעות סקר דעת קהל שיטתי כי בציבור אבדה האמונה, במידה רבה, בגופים דמוקרטיים חשובים כגון מפלגות, כנסת וממשלה, ולעומת זאת הוא הגביר מאוד את אמונו בבית המשפט העליון.[vi] יתר על כן, מספר העתירות לבג"ץ גבר מאוד מאז שנות השבעים. נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מלמדים כי בשנות השבעים עמד מספר העתירות על כארבע מאות, ובשנות השמונים, ובמיוחד בשנות התשעים הוא כבר הגיע

מלחמת יום הכיפורים היא אחת הסיבות המרכזיות שאפשרה מעורבות ציבורית גדולה מבעבר של בית המשפט העליון בחיים הפוליטיים. יושם אל לב, אין פירושה של מעורבות זו כי חלה התערבות של ממש בקידום זכויות האדם בישראל, אך נושא זה הוא מחוץ למסגרת המאמר כאן. מלחמת יום הכיפורים הביאה קץ על מפא"י כמפלגה דומיננטית, והיא צמצמה במשהו את הסגידה החברתית הבלתי מעורערת לאישי צבא. עובדה זו באה לביטוי בשורה של פסיקות בג"ץ מאז המחצית השנייה של שנות השמונים בהן באה לביטוי מגמה שיפוטית להתערבות רבה יותר בשיקול דעת של בכירי הצבא לאור שורה של מבחנים חוקתיים שפותחו או אומצו על ידי בית המשפט העליון.[viii] יחד עם כך, סך כל הנטייה של בית המשפט העליון גם כיום היא שלא לבטל החלטות של גורמי צבא ובמיוחד בנושאים מבצעיים.[ix]

2. לקראת מודל שיפוטי רצוי: פיקוח אזרחי על הצבא

א. טענתי העקרונית

יודגש כי איני מחייב אקטיביזם שיפוטי שמשמעותו התערבות בלתי מוגבלת של בית המשפט בשיקול דעת הצבא. יש לדעתי גבולות ברורים להיקף התערבות האליטה השיפוטית בזו הצבאית. בית המשפט חייב לכבד במגבלות מסוימות את האוטונומיה המקצועית של הצבא. אך, אני דוחה את החלתה האוטומטית של דוקטרינת אי השפיטות על עתירות הנוגעות לביקורת על ענייניו הפנימיים של הצבא. לדעתי, בית המשפט העליון חייב שלא להכיר במדיניות פורמלית או מעשית של אי שפיטות בנושאי צבא, והוא חייב לשאול עצמו בכל מקרה ומקרה האם העניין הנדון הוא בסתירה כלשהי, על פניהם של דברים, לעיקרון דמוקרטי יסודי הרלוונטי לסוגיה הנדונה בפניו. לפיכך, מובן כי בית המשפט לא יתערב בעתירות שעניינן בטעויות של שיקול דעת מקצועי של מפקדי צבא בעת אימון או פעולה. מצד אחר, היה והצבא פועל בניגוד לקריטריונים של חוקתיות דמוקרטית,

אתן דוגמא לסוג כזה של מקרים בהם בית המשפט העליון אינו מתבקש להפעיל שיקול דעת מקצועי צבאי אלא שיקול דעת חברתי דמוקרטי. היה ומפקד צבאי מחליט שלא לשתף חיילת בפעילות צבאית מסוימת עקב שיקולים מקצועיים קונקרטיים אין החלטת המפקד מקנה עילה לבית המשפט להתערב. אם לעומת זאת מחליט מפקד צבאי שלא לשתף חיילות בכל פעילויות חטיבתו ראוי כי בית המשפט יבחן האם בפניו החלטה ראויה או כזו הפסולה עקב אפליה. מצד אחד, אסור כי הצבא ייהנה מאוטונומיה מוחלטת במסגרת דמוקרטית. מצד שני, לא יתכן כי השופטים ימירו את שיקול הדעת הצבאי מקצועי. השופט אינו מיועד להחליט האם החלטה צבאית מסוימת היא נכונה אלא האם היא ראויה.

מלחמת 1973 ניתצה מיתוס אחד- הצבא, ועם זאת היא המירה מיתוס אחד באחר- היא תרמה לסגידה כמעט בלתי מעורערת לאליל אחר, למשפט. בשני המקרים היה הנזק החברתי רב מן התועלת של אמון בלתי מוגבל, שכן דמוקרטיה זקוקה לביקורת כפי שאנו זקוקים לחמצן. בית המשפט העליון מיועד להיות מוסד מרכזי להפעלת ביקורת אזרחית על רשויות השלטון האחרות, והוא ראוי כמותן להיות נתון לביקורת מתמדת ציבורית ואקדמאית, במסגרת תרבות דמוקרטית. רצוי כי בית המשפט יתערב בהחלטות הצבא אם התערבותו דרושה לשימור או טיפוח הדמוקרטיה. אך רצוי גם לבחון כל העת את קווי מדיניותו השיפוטית. הבה נעבור עתה לבחון מספר מקרי בוחן, המאפשרים הגדרה טובה יותר של גבולות התערבותו השיפוטית של בית המשפט העליון בנושאי צבא.

ב. מקרה בוחן של הימנעות שיפוטית: פרשת מפקד שייטת 13 .

סא"ל ארז התמנה כמפקד היחידה המובחרת של חיל הים, שייטת 13 . לאחר שמינויו אושר עקרונית על ידי דרגי הצבא הבכירים, הוגשה עתירה לביטול המינוי.[x] נימוקי העתירה

תהיינה האפשריות שעמדו בפני חיילי הקומנדו הימי אשר תהיינה, בית המשפט העליון סירב למעשה לברר את פרטי המקרה. השופטים קיבלו מראש וללא בירור את עמדת הצבא, שלפיה הפגיעה בשבויים הייתה במצב של 'צורך'. בפסק דין של כעמוד וחצי בלבד, קבע בית המשפט כי הגרסה העובדתית הנכונה היא זו של מפקד השייטת וזאת ללא כל הנמקה של ממש. בית המשפט אף נזף בעותר על שעמד על עתירתו בעניין זה, וזאת בניגוד לחוות דעתו של הפצ"ר והשית על העותר הוצאות כבדות למדי: "העותר פנה לבית משפט זה תוך שהציג תמונה עובדתית, שאינה תואמת את המציאות. על פי העובדות לאמיתן הגשת העתירה בנסיבות העניין הייתה בלתי מוצדקת. על כל פנים, לאחר שעיין בחוות הדעת של ועדת החקירה והפצ"ר צריך היה לחזור בו מן העתירה."[xi]

ייתכן כי אכן לגופם של דברים, ובעקבות בירור הממצאים, הייתה דחיית העתירה מוצדקת. אך בית המשפט העליון הזדרז לקבל מראש את חוות דעת הצבא ולהעדיפה על פני דעתו של העותר תוך שהוא נותן משקל מכריע לטענה כי הירי בשבויים נעשה בעת פעולה מבצעית, שהעמידה מיידית הגנת צורך. השופטים הניחו מראש כי יש לתת משקל מכריע לעמדת הצבא ולהעדיפה על פני עמדתו של אזרח המבקש ביצוע בדיקה מעמיקה על ידי גורם אזרחי, במקרה זה בית המשפט העליון. בסוף שנות התשעים, למרות התגברות הרטוריקה הליברלית באכסדרת בית המשפט העליון עצמו, לא העזו השופטים לחדור את מסך הילת הסודיות והמקצועיות של היחידה המובחרת, שנהנתה במועד זה (לפני אסון השייטת בלבנון) גם ממעטה חיסיון תקשורתי נרחב ביותר.

מוסר ומלחמה אינם דברים מנוגדים בתכלית. חובתם הנורמטיבית של בתי משפט במצבי מלחמות היא דווקא לאכוף נורמות מוסר נוכח האפשרות כי צבאות יפרו נורמות אלה. מינויו של אדם שאינו מכבד נורמות מוסר לתפקיד מפקדה של אחת היחידות המובחרות בצבא חייב פסק דין מעמיק הרבה יותר מאשר עמוד וחצי של פסיקה בה קבעו השופטים כי הצבא צודק בעמדתו, ונזפו בעותר על כי מלכתחילה הגיש את העתירה, וכי אח"כ לא משך את עתירתו, לאחר שהוברר לו כי האירועים משנת 1993 נחקרו על ידי ועדת חקירה פנימית של הצבא וכי הפצ"ר סבר כי יש לסגור את התיק שכן לסא"ל ארז עומדת הגנת הצורך. בית המשפט העליון לא ניצל פרשה כאובה זו כדי ללמד את הציבור על ההכרח במוסר גם ודווקא בשעות של מלחמה. במקום זאת שב בית המשפט והדגיש את האוטונומיה הרחבה שהוא נותן לרמטכ"ל בשיקול דעתו.

בחירתי בפרשת הקומנדו הימי לא הייתה מקרית. פסק דין זה מהווה חלק ממגמה רחבה יותר של בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, שלא להתערב במעשי ומחדלי הצבא במקרים בהם ייתכן כי יש פגיעה עקרונית בנורמות מוסר בעת לחימה. תחת הכותרת של פעולות מבצעיות יש לצבא אוטונומיה רחבה ביותר וזאת למרות המלל הליברלי והרטוריקה הפולשנית של בית המשפט העליון ביחס לפיקוח שיפוטי נרחב. נכון אומנם כי לצבא מערכת משפטית מסועפת ומקצועית מאוד משל עצמו, אך מערכת משפטית זו כפופה בהגדרתה למסגרת הצבאית עצמה, ואין בה כדי לשמש, ואין היא מיועדת לשמש, תחליף לפיקוח אזרחי. הביקורת הציבורית עצמה על החלטות מעין אלו של בית המשפט העליון היא מצומצמת. בחברה הישראלית חלו כאמור שינויים תרבותיים, אך הצבא עדיין מהווה מעוז חברתי שעליו מופעלת בקרה אזרחית שיפוטית חלקית. לסוגייה זו עוד אחזור, אך ראשית הבה נפנה אל מקרה בוחן אחר, המייצג נטייה של בית המשפט העליון להתערב בנושאי נטל שירות צבאי. אתמקד במקרה בוחן של גיוס ושירות נשים בצבא.

ג. מקרה בוחן של מעורבות שיפוטית: פרשת אליס מילר

אפליית נשים בחברה הישראלית, מצאה את ביטוייה, במידה רבה, גם באופן השירות הצבאי של נשים בצה"ל. עד סוף שנות השמונים היו קורסים רבים בצבא, לרבות קורסים מקצועיים, סגורים בפני נשים. בסוף שנות השמונים חל שינוי משפטי, ומספר קורסים מקצועיים וטכניים נפתחו בפני שירות נשים. עם זאת, שירות קרבי של נשים בצבא נאסר, מן הטעם הרשמי שהתאמת רבות מן הנשים לשירות קרבי נמוכה בעוד הסיכון לגורלן של נשים בעת נפילה בשבי גבוה במיוחד.[xii]

מחויבותה הגדלה של החברה הישראלית לרטוריקה ליברלית הביאה בתורה ובהדרגה לשינוי מסוים במצב זה. החל ממחצית שנות השמונים הדגיש בית המשפט העליון בפסיקותיו את ערך השוויון בין גברים לנשים כיסוד בפסיקותיו. נטייה משפטית זו הייתה בבואה של תמורות בחברה בכלל, בה הודגש יותר ויותר ערך השוויון הליברלי בין גברים לבין נשים. אחד המקרים הבולטים שהובאו לדיון משפטי היה המקרה של אליס מילר. מילר טענה כי התאמתה הפיסית והמנטלית אינה נופלת בעיקרון מזה של גברים המתקבלים למבדקי קורס טיס בצה"ל. בקשתה הייתה כי תינתן לה הזדמנות שווה וכי היא תוזמן למבדקים כאמור.

בדומה למקרה העתירה נגד מינוי מפקד הקומנדו הימי בה דנתי קודם, מילר עתרה נגד שיקול דעת הצבא. אך בניגוד לה, מילר לא עתרה נגד ביצוע מעשים או אי ביצועם בעת פעולות מבצעיות, אלא עתירתה נגעה במתן הזדמנות שווה לנשיאה בנטל שירות צבאי והיא יצאה כנגד אפליית נשים. העתירה התקבלה, ובית המשפט העליון בפסק דין תקדימי חייב את חיל האוויר שלא לפסול על הסף נשים המעונינות במבדקי טיס. הנימוק המרכזי של בית המשפט היה כי ההבדלים בין נשים לבין גברים אינם מצדיקים על פניהם מדיניות של דחייה אוטומטית של נשים כמועמדות אפשריות למבדקי טיס. התערבותו של בית המשפט בשיקול הדעת הצבאי לא הייתה מוחלטת. בית המשפט דחה את טענות חיל האוויר כאילו אימון נשים אינו כדאי עקב צאתן לחיים אזרחיים בגיל מוקדם נוכח נישואים ולידה. הוא דחה טענות חיל האוויר ביחס לאי התאמת בסיסי חיל האוויר לאימון נשים, ודחה את טענות החייל כאילו נפילה בשבי של נשים מסכלת מראש את השוויון הנדרש בנגישות

פרשת מילר לא באה לעולם סתם כך. היא הביאה לביטוי שינויים בטכסט המשפטי, ודגש רב יותר, בעיקר מאז מחצית שנות השמונים, בפסיקות בג"ץ על אכיפת נורמות שוויון בין המינים ברשויות השלטון. בנוסף, פרשת מילר שיקפה מגמה הולכת וגוברת בציבור הישראלי, בעיקר בקרב המעמד הבינוני החילוני, לאמץ רטוריקה של שוויון בין המינים. חשוב לציין כי שדולת הנשים, הגוף שבחר להגיש את העתירה, בחר במקרה זה בתהליך חברתי ומשפטי מחושב היטב, עקב ההנחה כי קיימים היו סיכויים טובים לזכות בדיון המשפטי. ובנוסף, לא היו צפויים במקרה זה גורמים קואליציוניים ופוליטיים אחרים שיכולים היו למנוע או לסכל את קבלת העתירה, שהייתה בסופו של דבר בלב הקונסנזוס הישראלי. פסיקת בית המשפט העליון בפרשת מילר הייתה לכן בגדר הפתעה צפויה למדי.

פסיקת בית המשפט בעניין מילר הביאה לשינוי משפטי, שניתן היה לבצעו עקב אווירה ציבורית מתאימה והעדר התנגדות ממשלתית או קואליציונית לביצוע פסק הדין. פסיקת בית המשפט הקלה על עתירות שבאו לעולם לאחר הפרשה ובהן צוטטה הלכת בית המשפט כבסיס להגברת היקף האכיפה של השוויון בין המינים ברשויות שלטון אחרות. פרשת מילר בהחלט הקלה על עיצוב שיח זכויות ליברלי ברור יותר הן בטיעונים לפני בתי המשפט והן בפסיקותיו. לפרשת מילר היו גם השלכות על הצבא עצמו. מאז פסק הדין נבדקו והתקבלו לקורס הטיס של חיל האוויר למעלה מעשרים בחורות. חיל האוויר נערך בהתאם. בצבא עצמו נפתחו בפני בחורות קורסים מקצועיים וקרביים שבעבר היו נעולים בפניהן. ועם זאת דומני כי המשמעות החברתית של פרשת מילר מצומצמת הרבה יותר מכפי שהיא נראית. הצבא היה ונותר ביסודו ארגון גברי עקב הקשרים ההיסטוריים והסימבוליים בין גבריות, לוחמה, וצבאיות.

יתר על כן, הפמיניזם הליברלי, שהביא להגשת העתירה בפרשת מילר הגשים בעתירות אלה ציפיות של קבוצה קטנה יחסית ואליטיסטית למדי של נשים. ספק גדול הוא עד כמה

ג. מקרה בוחן של מעורבות שיפוטית חלקית- פרשת גיוס בחורי הישיבות.

הניסיונות להביא לביטול הסדר הדחייה/פטור של בחורי ישיבות חרדיים משירות בצבא היה אחד הבולטים בשיח המשפטי הליברלי בשלושים השנים האחרונות והוא בא לביטוי בסדרה של פסיקות בג"ץ. מעקב אחר פסקי הדין של בית המשפט העליון בנושא זה מאפשר התחקות אחר התגברות מעורבות השיפוטית בחברה הישראלית בכלל, ובנושאי צבא בפרט. בתחילת שנות השבעים נדחתה עתירה כנגד הדחייה שירות בלא בשבא כוח היועמ"ש הוזמן להשמיע את דעתו. בית המשפט סבור היה כי הנושא פוליטי עד כדי כך שהתערבות בו פסולה מעיקרא. אח"כ, בפסקי הדין בעתירות רסלר, גברה הרטוריקה הליברלית של בית המשפט שהחל לדון בעתירות מסוג זה ביתר כובד ראש. לשיאם מגיעים הדברים ב- 1986 כאשר בית המשפט קובע כי עקרונית יש לו הסמכות לדון בנושאי צבא וביטחון להתערב בהם. בין השאר קבע בית המשפט העליון כי בסמכותו להתערב גם בנושאי מלחמה ושלום. ממילא הוכשר הקרקע המשפטית גם להתערבות בהסדר הדחייה משירות צבאי, שניתן לבחורי ישיבות חרדיים. בפסק דין זה הבחין אמנם בית המשפט העליון בין שפיטות נורמטיבית החלה על כל עניין, לבין שפיטות מוסדית שלפיה יבחן בית המשפט האם ראוי כי בנושא קונקרטי הוא יתערב בשיקול דעת הרשות. למעשה, בית המשפט הכשיר את

בסוף שנות התשעים קיבל בית המשפט בפעם הראשונה עתירה כנגד ההסדר האמור. בית המשפט העליון קבע כי הסדר השירות הצבאי אינו חוקי, אם כי הוא נמנע מביטולו המעשי וקבע כי הכנסת תדון בנושא זה, תוך שנה מיום מתן פסק הדין (מרץ, 1999). הטעם המשפטי המרכזי היה כאילו ההסדר אינו ראוי להיות מוכרע במסגרת צווים של שר הביטחון, אלא בהיותו נושא ראשוני הוא ראוי להסדר מכוח סמכות הכנסת. מובן כי טעם משפטי כזה היה רלוונטי בשנת 1970 בדיוק כפי שהוא היה רלוונטי בשנת 1999 . מה הביא אם כן להתערבות בית המשפט בשיקול דעת שר הביטחון, וממילא בשיקול דעת הצבא? רמז לכך ניתן למצוא בפסק הדין עצמו. בית המשפט קובע כי מספר בחורי הישיבות שקיבלו דחית שירות גדלה מאוד.... אם כן, לא התנאים המשפטיים השתנו אלא התנאים החברתיים. בכך רומז למעשה בית המשפט כי הוא נתון ללחצים חברתיים להביא לשינוי במצב המשפטי.

בית המשפט הביא לביטוי לחצים של קבוצות אוכלוסייה שונות, בעיקר מן המעמד הבינוני החילוני והליברלי של החברה הישראלית, שדרשו את שינוי המצב כחלק מן הקונפליקט עם האוכלוסייה החרדית. בכך הדמיון בין מקרה בוחן זה לבין מקרי הבוחן הקודמים. בדומה למקרה הבוחן הקודם, דרשה העתירה התערבות בשיקול דעת הצבא, אך לא כחלק ממחאה נגד הצבאיות אלא כחלק מן הניסיון לאמצה כאמצעי להגשמת מטרות חברתיות. בית המשפט העליון בו לא נמצאו שופטים חרדים מצא עצמו שותף להלך רוחות שכזה.

בית המשפט העליון מקדיש את רוב החלטתו לנימוקים מדוע ראוי כי הוא יתערב בשיקול דעת שר הביטחון, שהוא הממונה על הצבא ועל השירות הצבאי. בניגוד למקרה הראשון בו עסקנו, סבור היה בית המשפט כי לא דובר כאן בהתערבות בשיקול דעת בעת פעולה מבצעית אלא בהתערבות בשיקול דעת שאינו מקצועי הכולל שיקולים ציבוריים אזרחיים וכי לכן כי בעניין כגון דא יעסוק הפרלמנט. לטעמי ספק גדול אם אכן הבחנה כזו הייתה נכונה, שהרי במקרה הראשון דובר במקרה בעל חשיבות ציבורית מאין כמוה הכרוכה

בניגוד למקרה הקודם, בו עסקנו, של התערבות שיפוטית בחלוקת נטל שירות צבאי בין גברים לבין נשים, הרי במקרה זה השפעת בית המשפט העליון על החיים החברתיים בעייתית עוד יותר. אמנם, התערבות בענייניה הפנימיים של הקהילה החרדית באמצעות ביטול הפרקטיקה של דחיית שירות הייתה מקובלת גם על רבים בציבור הדתי ציוני ובסך הכל היה להתערבות כאמור שיעור תמיכה ציבורי ניכר ביותר. אך בניגוד לפרשת מילר ברור היה בפרשת בחורי הישיבות כי עתידים להתפתח לחצים קואליציוניים של ממש במטרה להביא לסיכול החלטת בג"ץ. וכך אכן היה. התגובות החרדיות היו קשות למדי, אם כי נכונות לפשרה מוגבלת בנושא. ימים יגידו עד כמה יהיה בהחלטת בג"ץ כדי להביא לביטול מקיף וממשי של ההסדר לדחייה/פטור משירות צבאי.

סיכום:

התרחבות הפיקוח השיפוטי על הצבא הוא תהליך ברור למדי המתרחש נגד עינינו ממש. בעת כתיבת שורות אלה נודע על החלטתו התקדימית של בג"ץ להורות לאחר שנים ארוכות של מעצר על שחרורם של עצירים לבנונים שהוחזקו על ידי ישראל כקלפי מיקוח כדי להביא לשחרורו של רון ארד. התערבות זו היא במסגרת אחת הקטגוריות עליהן הצבעתי במבוא- נטיית בג"ץ להתערב בשיקול דעת רשויות הצבא כאשר מופרים נוהלים של פרוצדורה תקינה, בין השאר בתחום המעצרים. התערבותו של בג"ץ אינה חד סטרית.

מאמר זה מתמקד בשלושה מקרי קצה, פסיקות בנושאים בולטים שמשקפות מגמות רחבות יותר של התערבות או אי התערבות בשיקול דעת רשויות הביטחון. ההנחה כי בית המשפט העליון חדר לחלוטין לתחום שיקול הדעת המבצעי של מפקדי הצבא היא כמובן מוטעית ובלתי מבוססת. כפי שמראה מאמר זה קיימים גווני ביניים של התערבות ותחומים חסינים מהתערבות. החלטות בג"ץ על התערבות שיפוטית מושפעות לא רק מן הטכסט המשפטי כלשונו אלא גם משיקולים חברתיים ופוליטיים של בית המשפט עצמו. הגידול בהתערבות השיפוטית של בג"ץ מצביע על השפעתה של הרטוריקה הליברלית על שיקול דעתו השיפוטי. אין למתוח קו ברור בין התערבות שיפוטית לשינויים חברתיים ופוליטיים ברורים. כפי שהראיתי מידת חשיבות הנושא לממשלה ולקואליציה, ומידת התמיכה הציבורית בעתירה, בהחלט יכריעו את גורלה כזרז אפשרי של שינויים חברתיים.

---

[i] ד"ר גד ברזילי, מרצה בכיר למדע המדינה ומשפטן, מנהל התוכנית למשפט, פוליטיקה וחברה, בחוג למדע המדינה, אוניברסיטת תל אביב. פרסם מספר ספרים וכמה עשרות מאמרים בנושאי פוליטיקה ומשפט, דמוקרטיה וביטחון.

[ii] ראה למשל: אבנון דן. 1996 . ""הציבור הנאור": יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי" **משפט וממשל** ג (2) עמ' 417 – 451 , גביזון רות. 1997 . "המהפכה החוקתית- תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח , עמ' 21 – 33 , דותן יואב. 1997 . "חוקה למדינת ישראל: הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר ,המהפכה החוקתית"" **משפטים** כח, עמ' 149 – 209 , הופנונג מנחם. 1997 . "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות- ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" **משפטים** כח, עמ' 211 – 238 , זלצברגר עלי, קדר אלכסנדר (סנדי). 1998 . "המהפכה השקטה- עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי- היסוד החדשים". **משפט וממשל** ד (2) 489 – 520 , כהן נילי. 1993 . "ההסכם הפוליטי". **המשפט** א, עמ' 59 – 80 , מאוטנר מנחם. 1993 . **ירידת הפורמליזם ועליית**

קליין קלוד. 1997 . "בעקבות פסק- הדין בנק המזרחי- הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון". **משפטים** כח, עמ' 341 – 358 ,

קרצמר דוד. 1997 . "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות האדם" **משפטים** כח, עמ' 359 – 385 , שלו גבריאלה. 1991 . "הסכמים פוליטיים". **עיוני משפט** טז (2) עמ' 215 – 228 , שלף ליאון. 1996 . **מרות המשפט ומהות המשטר**. ת"א: ספירוס, שמיר רונן. 1994 . "שיקול דעת ככוח שיפוטי: הפוליטיקה של הסבירות." **תיאוריה וביקורת** 5.,

Barzilai Gad. 1998. "Political Institutions and Conflict Resolution: The Israeli Supreme Court and the Peace Process" in Ilan Peleg (ed.) **The Middle East Peace Process: Interdisciplinary Perspectives.** Albany: State University of New York Press.

[iii] גד ברזילי, "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי." פוליטיקה. כתב העת למדע המדינה ויחסים בינלאומיים. 2 (דצמבר 1999): 31 – 51 .

[iv] לניתוח מקיף ראה:

[v] בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון פ"ד ל (3) 309 .

[vi] גד ברזילי, אפרים יוכטמן-יער, זאב סגל, <u>בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית</u> (ת"א: ספירוס, 1994).

[vii] שנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, כרכים 46 – 50 .

[viii] ראה למשל: בג"ץ 1284/99 פלונית נ. הרמטכ"ל דינים עליון נה 973 . וכן: בג"ץ 910/86 רסלר נ. שר הבטחון, פ"ד מב (2) 441 , בג"ץ 4541/94 מילר נ. שר הביטחון פ"ד מט (3) 94 , בג"ץ 6009/94 שפרן נ. התובע הצבאי הראשי פ"ד מח (5) 375 .

[ix] מגמה זו בלטה במיוחד בכל האמור לפסיקות בג"ץ ביחס לפעולות צבאיות בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה. אך נושא זה הוא מחוץ לדיון במאמר זה.

[x] בג"ץ 2888/99 הולנדר נ. היועמ"ש ואח' דינים עליון נו, 171 .

[xi] שם.

[xii] בג"ץ 4541/94 מילר נ. שר הביטחון פ"ד מט (3) 94.

[xiii] שם.