

## על מצפון, מגדר ושוויון: גלגוליה של סרבנות-המצפון הנשית בין חוק שירות ביטחון לבג"צ לאורה מילוא

מאת  
נויה רימלט\*

### תקציר

מאמר זה בוחן מקרוב את גלגוליה המשפטיים של הזכות הנשית הנפרדת לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון, החל בגיבושה במסגרת חוק שירות ביטחון בשנת 1949 ועד לביטולה לאחרונה בבג"צ לאורה מילוא. המאמר מציג את הנסיבות ההיסטוריות ואת ההקשר הנורמטיבי שבמסגרתם נולד וגובש "הסדר המצפון" הנפרד לנשים, ומאיר את המשמעות וההשפעה המורכבות שהיו להסדר משפטי זה על אופן מימושה של הזכות הנשית לפטור מצפוני משירות צבאי.

מצד אחד, המאמר מגלה כי הזכות הנפרדת לחופש מצפון, שבה זכו בזמנו נשים, נהפכה עם השנים לזכות בעלת משמעות תרנית שחרגה מהיקף פרישתה הרגיל של הזכות לסרבנות-מצפון. זכות זו אפשרה לסרבניות-המצפון לא רק להימנע משירות צבאי בשל טעמי מצפון, אלא גם להציב בפועל חלופה להתנהלות המיליטריסטית האופיינית של התכרה הישראלית באמצעות אימוץ מודלים של עשיית חברתית מסוג אחר. מן הצד האחר מתברר כי זכותן הייחודית של נשים לחופש מצפון נהפכה גם למכשלה בדרכן של סרבניות-מצפון שחפצו להפוך את מעשה הסרבנות שלהן ממעשה אישי למעשה ציבורי. הציבוריות וההכרה הגלווית אליה נשללו מהנשים הסרבניות, שכן המבנה המשפטי הנפרד שבמסגרתו נאכפה הזכות הנשית הביא לידי הדרתו הלכה למעשה של "קול" המצפון הנשי מן הספירה הציבורית.

על רקע תוצאה דו-ערכית זו, המאמר מוסיף ובוחן את פרשת לאורה מילוא, המהווה את השלב האחרון בגלגולו של הסדר המצפון הנשי - השלב שבו טעמים של שוויון בין המינים הביאו לידי ביטולה הלכה למעשה של זכות-היתר הנשית. הגיתות של פרשת לאורה מילוא המוצג במאמר מנסה לעדעד את מצג השוויון המגדרי שפרשה משפטית זו נאחזת בו, וטוען כי מהלך השוויון שניסה פסק-הדין לקדם לא רק שלא קידם את מעמדן של נשים, אלא אף הסיג בפועל את הדיון בשוויון מגדרי מרחק רב לאחור.

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה לעורכת עיוני משפט תמר פלדמן ולחברי המערכת ליעד ורצה'זר, דקלה לביא וזיו שוורץ על הערותיהם החשובות והמועילות, שסייעו לי לחדד את הטיעונים שמאמר זה מציג. על העזרה הרבה במחקר אני מודה, כמו תמיד, לעוזרת-המחקר שלי טלי איזנברג.

- א. מבוא
- ב. נשים, גברים, מצפון ופטור משירות צבאי – רקע היסטורי
1. לידתה הבלתי-צפויה של זכות נשית
  2. הזכות לחופש מצפון נשי כפרקטיקה של חתרנות מגדרית
- ג. סרבנות-המצפון הנשית בין "קול" ומשפט
- ד. על מצפון נשי, מצפון גברי ושוויון מגדרי בראי פרשת לאורה מילוא
1. פתח-דבר
  2. השלב הראשון: יחס דומה לדומים
  3. השלב השני: יחס שונה לשונים
  4. "השוונות הנשית" – בין פטריארכליות לרב-תרבותיות
  5. פרשת לאורה מילוא בין שוויון פורמלי לשוויון מהותי
- ה. סיכום

#### א. מבוא

בסוף דצמבר 2002 כתבה שני וורגה, חברה בקבוצה של נערות שסירבו להתגייס לצה"ל מטעמי מצפון, מכתב פומבי לחברותיה למאבק, במכתב הפומבי כתבה שני, בין היתר:

"כשניסחנו את מכתב השמיניסטים הראשון שלנו (קיץ 2001), ניסחנו אותו יחד – סרבניות וסרבנים. בכלל לא שאלנו את עצמנו אם מקומם של שני הסירובים הללו (הנשי והגברי) יחד. היה לנו ברור שסירוב נשי זה בחשיבותו לזה הגברי ועל כן לא היינו מודעים למשמעות המכתב שיצרנו, שהציב סירוב של נשים וגברים באותו המישור..."

הרבה זמן עבר מאז, יותר משנה וחצי, ועם הזמן, נוצר בי תסכול. התחלתי להרגיש שבתוך 'החממה' שלנו, של השמיניסטים בפרט והשמאל הישראלי בכלל, יצרנו תמונת מראה לתופעות נגדן אנו יוצאים. יצרנו מיליטריזציה של הסירוב. את הדמות המכעיסה כל-כך של האשה הטובה המחכה לשובו של החייל 'שלה' מן החזית ומגהצת את מדיו – נגדה אנחנו יוצאות – לא שינינו. יצרנו לה תמונת מראה – אשה המייחלת לשחרורו המהיר מן הכלא של הסרבן, ובינתיים מעודדת אותו מרחוק – מהתצפית שעל ההר.

...הסירוב שלי להתגייס, אותו ראיתי בעבר כצעד פוליטי-ציבורי, הפך כיום לצעד פרטי... כיוון שהשית הציבורי לא מודע לו, והשיח השמאלני מתעלם ממנו, נותר סירוב של נערות משהו פרטי, שלא לומר מושתק. קל לנו להתעלם מהסרבנות של הנשים, בדיוק במידה בה קל לצה"ל להתעלם משירותן של הנשים..."

תנועת הסרבניות, עשרות בערות מצפוניות בעלות תודעה פמיניסטית, אינה קיימת עוד... הייחוד שלנו, הנערות המסרבות בפועל, נמחק...<sup>1</sup>

כאשר כתבה שני והפיצה את מכתבה לפני כשלוש שנים, לא זכתה התופעה של סרבנות-מצפון של נשים בשום חשיפה או הכרה בשיח הציבורי או המשפטי. סרבנות-מצפון זוהתה באופן מוחלט עם גברים סרבנים: נערים לפני גיוס או אנשי מילואים. הדיון המשפטי והציבורי התמקד אפוא בסרבנותם ובענישתם של אלה, תוך יצירת חפיפה בין הסרבנות כתופעה חברתית לבין כליאתם מאחורי סורג ובריה של אותם סרבנים גברים. העובדה שעם חותמי "מכתב השמיניסטים 2001" נמנו גם שמיניסטיות,<sup>2</sup> שסירבו גם הן להתגייס לצבא מטעמי מצפון, לא חללה לתודעה הציבורית, שזיהתה כאמור והגדירה את סוגיית הסרבנות כסוגיה גברית.

מצב זה נבע, בין היתר, מן ההסדרים המשפטיים השונים שהוחלו על סרבני-מצפון וסרבניות-מצפון במסגרת חוק שירות ביטחון.<sup>3</sup> בעוד שסרבניות-מצפון נהנו על-פי החוק מזכות רחבה לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון, לא הוענקה זכות דומה לגברים. שני וורג'ר ותברותיה זכו אפוא בפטור משירות צבאי לאחר שהביעו התנגדות מצפונית לשירות בצבא, ואילו חבריהן למאבק הועמדו לדין צבאי ונשלחו לרצות עונשי מאסר בגין סירוב מצפוני דומה. העמדה זו לדין, כמרגם פרקטיקות הענישה שבאו בעקבותיה, מיקדו את תשומת-הלב הציבורית בסרבנות הגברית, שזכתה בחשיפה ובדיון בשיח הציבורי, ובתוך כך נשכחה והושכחה התופעה המקבילה של סרבנות נשים.

מאז נכתב מכתבה של שני התרחשו עם זאת כמה שינויים, שעיצבו מחדש את אופי הדיון הציבורי והמשפטי בסוגיית סרבנות-המצפון. סרבנות נשים החלה זוכה בהכרה

1 העתק מן המכתב מצוי באתר האינטרנט של תנועת פרופיל חדש - תנועה לאורות החברה הישראלית, אשר שני וורג'ר הברה בה. ראו: [URL: <http://www.newprofile.org/showdata.asp?pid=143>]

2 גדי אלגזי מציין שלמן סוף שנות השבעים כללו כל קבוצות הסרבנים הן נשים והן גברים, ונשים היו גם בין החותמות על מכתבי השמיניסטים השונים. ג' אלגזי "להקשיב לקול הסירוב" משפטי הסרבנים (דב חנין, מיכאל ספרד ושרון רוטברד עורכים, 2004) 11, 25. על מכתב השמיניסטים המקורי, מאוגוסט 2001, חתמו שישים ושניים נערות ונערים. במכתב זה, שנשלח לראש הטמסלה דאו אריאל שרון, נכתב, בין היתר: "כשהממשלה הנבחרת רומסת ערכים דמוקרטיים ואת הסיכויים לשלום צודק באזור, אין לנו ברירה אלא לציית לצו מצפוננו ולסרב לקחת חלק במתקפה על העם הפלסטיני". שם, בע' 11.

3 במאמר יש התייחסות הן לנוסחו המקורי של חוק שירות ביטחון והן לנוסחו העכשווי: חוק שירות ביטחון, תש"ט-1949, להלן הערה 8, וחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, להלן הערה 10. כאשר הכוונה תהיה לחוק משנת 1949, יצוין הדבר במפורש. כאשר התייחסות היא ל"חוק" או ל"חוק שירות ביטחון", הכוונה היא לחוק שירות ביטחון בגרסתו הנוכחית.

ציבורית רחבה, ואין היא עוד נחלתן הפרטית של החכרות בקבוצת הסרבניות.<sup>4</sup> עם זאת, על פניו נראה כי הסרבנות הנשית זכתה בהכרה ובכידון ציבורי ומשפטי רק משום שהיא שוכפלה בדמותה ובצלמה של הסרבנות הגברית. במהלך שנת 2004 כבר ריצו כמה סרבניות-מצפון עונשי מאסר בכלא צבאי בשל סרבנותן, לאחר שהצבא החל להחמיר את מדיניותו כלפיהן, תוך ניסיון להשתית על אמות-מידה דומות לאלה המוחלות על גברים.<sup>5</sup> יתרה מזו, מדיניות זו זכתה לאחריונה בגיבוי משמעותי מפי בית-המשפט העליון בבג"צ 2383/04 מילוא נ' שר הבטחון,<sup>6</sup> בפסק-דין זה קבע בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, כי בכל הנוגע לסרבנות-מצפון יש להחיל דין אחד על נשים וגברים, ולנקוט כלפי נשים אותו יחס מחמיר שנקט וממשיך להינקט כלפי סרבני-מצפון גברים. בכך ביטל בית-המשפט בפועל את הזכות הנפרדת לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון שממנה נהנו עד אז נשים בלבד.

במאמר זה אני חפצה לבחון מקרוב את השינוי המשפטי שחל בנוגע לטיבה ולאופן מימושה של הזכות הנשית לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון, ולהאיר את תוצאותיו ומשמעותיותו המגדריות של שינוי זה. באופן ספציפי יתמקד המאמר בסעיף הפטור המיוחד לנשים בענייני מצפון שצוין בזמנו בחוק שירות ביטחון, וינסה להציג על-פני ציר של זמן את גלגוליו השונים של חיקוק זה, החל בנסיבות חקיקתו, המשך באופן מימושו בפועל על-ידי הנשים הסרבניות וכלה בביטולו הלכה למעשה בעניין לאורה מילוא.

פרק ב של המאמר יתשוף את שורשיו ההיסטוריים של "הסדר המצפוני" הנפרד לנשים בחוק שירות ביטחון, ויעמוד על המסמעות המיוחדת של הסדר משפטי זה מבחינת נסיבות חקיקתו, התפיסות הנורמטיביות שהזינו אותו ותרומתו הבלתי-צפויה לגיבושה של הזכות לפטור משירות צבאי בשל טעמי מצפון שהוענקה בהקשר זה לנשים בלבד. במיוחד ינסה הדיון בחלק זה להראות כיצד סעיף המצפון המיוחד לנשים בחוק שירות ביטחון מספק דוגמה לא-שגרתית לאופן שבו הסדר משפטי נפרד לנשים, שנולד מתוך הקשר פטריארכלי, הביא בסופו של דבר לידי גיבושה של זכות-יסוד משמעותית לנשים. לזכות זו, כך יתברר, הייתה משמעות חתרנית שהרגה מהיקף פרישתה הרגיל של הזכות לסרבנות-מצפון, שכן היא אפשרה לסרבניות-המצפון לא רק להימנע משירות צבאי בשל טעמי מצפון, אלא גם להציב בפועל תלופה להתנהלות המיליטריסטית האופיינית של החברה הישראלית באמצעות אימוץ מודלים של עשייה חברתית מסוג אחר.

4 ראו, למשל, ל' גילי "סרבניות לא שולחים לכלא – האם זו זכות או אפליה?" הארץ 21.1.2004; ל' גילי "הסרבניות שרוצות שירות לאומי נתקלות בסירוב" הארץ 6.7.2004; ב' מוסקונה-לרמן "עוצרות בירוק" מעריב 23.5.2003; י' יעז "מצפון אחד לגברים ולנשים" הארץ 22.8.2004.

5 שני המקרים הבולטים בהקשר זה הם אלה של ענבל גלברט ולאורה מילוא. ענבל גלברט ריצתה ארבע תקופות מאסר וצופות בכלא צבאי עד ששוחררה לבסוף בחודש מאי 2004. לאורה מילוא ריצתה תקופת מאסר של ארבעה-עשר יום, שלאחריה, ובטרם נשפטה בשנית, עתרה לבג"צ. דיון מפורט בעתירתה של לאורה מילוא ראו להלן בפרק ד של המאמר.

6 פ"ד נטו(1) 166 (להלן: עניין לאורה מילוא).

פרק ג של המאמר יאיר עם זאת את העובדה שהמבנה המשפטי הנפרד שבמסגרתו התגבשה הזכות הנשית לסרבנות-מצפון לא הצליח להשתחרר לגמרי מן ההקשר הפטריארכלי שהוליד אותו, ואשר במסגרתו הוא נאכף, ולכן אופן מימושה של סרבנות-המצפון הנשית לא היה נקי מקושי, כפי שהליגה שני וורנר במכתבה. באופן ספציפי יתמקד חלק זה בייחסי-הגומלין בין סעיף המצפון הנשי לבין מיצובה של תופעת סרבנות-המצפון של נשים בשיח הציבורי, וינסה לבחון בהקשרו של הסדר משפטי נשי מיוחד זה את המשמעות וההשפעה שהיו לו על יכולתן של סרבניות-המצפון להשמיץ קול ולהישמע במרחב הציבורי. המונח "קול" ישמש בהקשר זה מטפורה לבחינת סוגיות של נוכחות, ייצוג והשפעה של נשים ושל ערכים המזוהים כנשיים בספרה הציבורית. בהקשר זה יתברר כי לצד יתרונותיה של הזכות הנשית הייחודית, לאופן מימושה ואכיפתה הוצמד הלכה למעשה גם מחיר בדמות הדרתה של תופעת סרבנות-המצפון הנשית מן השיח הציבורי והפחתת משמעותה והשפעתה הפוטנציאלית.

על רקע תוצאה דו-ערכית זו של סעיף המצפון הגפרד לנשים, יתמקד פרק ד של המאמר בגלגולו האחרון של סעיף זה. פרק זה יעסוק בפרשנות שנוצקה לאחרונה לסעיף זה בעניין לאורה מילוא – פרשנות שהביאה כאמור לידי ביטולו הלכה למעשה. הדיון בחלק זה יבחן באופן ביקורתי את טיבן של התוצאות המשפטיות שאליהן מובילה בסופו של דבר רפורמה משפטית החותרת תחת קיומם של הסדרים משפטיים נפרדים לנשים ולגברים בשמו של עקרון השוויון ומכוחו. אגב כך ינסה הניתוח להמחיש כיצד דיון ספציפי בתופעת סרבנות-המצפון הנשית ובגלגוליה המשפטיים מעורר שאלות ביקורתיות רחבות יותר ביחס לתפיסת השוויון המגדרי אשר נוהגת ונאכפת בתי-המשפט, וביחס לתוצאותיה ומשמעותה מבחינתן של נשים. הטענה שינסה חלק זה לבסס ולהוכיח היא שהמרתו של הסדר המצפון המיוחד לנשים בהסדר משפטי חדש הטבוסס על תפיסות מסורתיות של שוויון על בסיס מין לא רק שלא פתרה את הקושי המגדרי שעורר ההסדר במתכונתו המקורית, אלא אף העצימה אותו, בכך שהיא חיוקה את ההסיה ה"גברית" של העיסוק המשפטי בסרבנות-המצפון. תוצאה זו מערערת אפוא את מצג השוויון המגדרי שפסק-הדין בעניין לאורה מילוא מתהדר בו, ומלמדת כי בניגוד להנחות-היסוד שהנחו את בית-המשפט העליון בפרשה זו, השאלה מהו שוויון מגדרי וכיצד ראוי לקדמו באמצעות המשפט אינה שאלה שהתשובה עליה פשוטה וחר-משמעית.

## ב. נשים, גברים, מצפון ופטור משירות צבאי – רקע היסטורי

### 1. לידתה הבלתי-צפויה של זכות נשית

המשפט במדינת-ישראל יצר משחר ימיו הבחנה בין נשים לגברים בקשר לשירותם הצבאי. כך, למשל, הבחין המחוקק בין נשים לגברים ביחס למשך תקופת השירות שלהם וביחס להיקפה של תובת השירות במילואים, בקובעו כי תקופת השירות של נשים בסדר

ובמילואים תהיה קצרה בצורה משמעותית מזו של גברים.<sup>7</sup> כמו־כן גובש ותחל בהקשר זה דין שונה לנשים ולגברים בכל הנוגע להיקף הטעמים שבגינם הם זכאים לפטור משירות צבאי. כבר בחוק שירות בטחון, תש"ט-1949,<sup>8</sup> ייחד המחוקק סעיף מיוחד לנשים שהעניק להן פטור משירות ביטחון בשל שלושה סוגים מרכזיים של טעמים: טעמים הקשורים למצב משפחתי, טעמי דת וטעמי מצפון. באופן ספציפי הופטרו משירות צבאי במסגרת זו נשים נשואות, נשים הרות, אימהות לילדים וכן נשים ש"טעמים שבמצפון או טעמים שבהכרה דתית" מונעים אותן מלשרת שירות בטחון.<sup>9</sup> מאוחר יותר הורחב הטעם הדתי גם ל"טעמים שבהווי משפחתי דתי", והוראות אלה, שעוגנו כלשונו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986,<sup>10</sup> חלות על נשים המועמדות לשירות ביטחון ומסדירות את הטיפול המשפטי בהן עד היום.<sup>11</sup> ביחס לגברים לא גיבש המחוקק פטורים דומים. כל שעוגן בחוק בהקשר זה היה סעיף פטור כללי, שהעניק לשר הביטחון שיקול-דעת לפטור חיובי שירות משירות סדיר או משירות מילואים בשל שורה של טעמים בטחוניים, הינוכיים, התיישבותיים או "אחרים".<sup>12</sup> עניינם של גברים החפצים בפטור משירות ביטחון נכנס אפוא בגדרו של סעיף

- 7 ראו סעיפים 15 ו-16 לחוק, העוסקים, בהתאמה, בזמן השירות של הגבר ובזמן השירות של האישה.
- 8 ס"ח 271 (להלן: חוק שירות בטחון משנת 1949).
- 9 סעיף 11(ד) לחוק משנת 1949.
- 10 ס"ח 107 (להלן: חוק שירות בטחון או החוק).
- 11 הנוסח המעודכן של עילות הפטור הרלוונטיות לנשים מעוגן כיום בס"ק (א)-(ג) לסעיף 39 ובס"ק (1)-(3) לסעיף 40 לחוק. סעיף 39 לחוק קובע: "(א) אם לילד ואשה הרה יהיו פטורות מחובת שירות בטחון משהודיעו על כך; אופן ההודעה והראיות שיצורפו אליה ייקבעו בתקנות. (ב) אשה נשואה פטודה מחובת שירות סדיר. (ג) יוצא-צבא, אשה, שהוכיחה באופן שנקבע בתקנות לרשות שנקבעה על פיהן, כי טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון, פטורה מחובת אותו שירות". סעיף 40 לחוק מוסיף את הטעם של הכרה דתית, וקובע: "מיועדת לשירות בטחון שהצהירה בכתב לפי סעיף 15 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, בפני שופט או דיין בבית דין רבני, שלושה אלה: (1) טעמים שבהכרה דתית מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון; (2) היא שומרת על כשרות בבית ומחוצה לו; (3) היא אינה נוסעת בשבת - תהא פטורה מחובת שירות בטחון לאחר שתמסור את התצהיר, באופן ובמועד שייקבעו בתקנות, לפוקד שהוסמך לכך".
- 12 הסדר פטור זה מעוגן בסעיף 36 לחוק, הקובע: "שר הבטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים - (1) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו; (2) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות מילואים לתקופה מסוימת או לחלוטין; (3) לפי בקשת יוצא-צבא או מיועד לשירות בטחון שאינו יוצא-צבא, לדחות בצו, לתקופה שיקבע בו, את מועד ההתיישבות שנקבע לאותו אדם לפי

זה, שבו מתן הפטור, גם בהתקיים טעם כזה או אחר, לא נקבע בעניין שבזכות, אלא הותנה בשיקול-דעתו של שר הביטחון. בעניינן של נשים, לעומת זאת, לא סויגו טעמי הפטור בשיקול-דעת, אלא נקבע כי משעה שהוכיחה אישה כי היא עומדת בתנאים הקבועים בחוק, יש לשחררה ללא תנאי משירות ביטחון.

מה פשרה של הבחנה זו שיצר חוק שירות ביטחון בין נשים לבין גברים? עיון בהיסטוריה החקיקתית של חוק שירות ביטחון מגלה כי מבנה החוק משקף במידה רבה יחס דו-ערכי כלפי נשים וכלפי שוויון האישה, שביטויים שונים שלו ניתן למצוא בהסדרים חוקיים שגובשו בשנותיה הראשונות של המדינה. ברמה הפורמלית ראו עצמם אבותיה המייסדים של המדינה מחויבים לעקרון השוויון בין המינים. כבר במגילת-העצמאות נקבע כי מדינת-ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין", והתייחסות מפורטת יותר לשוויון האישה עוגנה גם בקווי-היסוד של הממשלה הנבחרת הראשונה במדינת-ישראל.<sup>13</sup> עם זאת, מתברר כי לצד הצהרות השוויון הגורפות, היה הממסד שבוי בתפיסות פטרנליסטיות שמרניות ביחס לשונותן של נשים מגברים, ובהתאם לכך ביחס לתפקידן המובחן בחברה. האישה נתפסה בראש ובראשונה כאם וכרעה, וכאחראית המרכזית לא רק להבאתם של ילדים לעולם, אלא גם לגידולם ולחינוכם. תפיסה זו זיווגה לא רק מתפיסת האישה בהלכה היהודית; היא זכתה בגיבוי ובחיוק גם באתוס הלאומי המכונן שליווה את הקמת המדינה, שלפיו נועדה מדינת-ישראל להביא לידי התחדשותו של העם היהודי בארצו. תפקידן של הנשים כיוולדות וכאימהות מילא אפוא תפקיד מרכזי במימושו של חזון זה.<sup>14</sup>

על רקע מתח זה בין ההנחות בדבר שונות מגדרית לבין המחויבות לעקרון השוויון בכלל ולעקרון השוויון בין המינים בפרט יש להבין את הוראותיו של חוק שירות ביטחון, שנחקק כבר בשנת 1949 והיה למעשה התוק הראשון שנדרש להתמודד עם מתח זה ולתת לו ביטוי משפטי ספציפי. כך, מצד אחד, אנו מוצאים בחוק שירות ביטחון הטלת חובת גיוס על נשים – הוראה שלא היה לה כמעט את רצו במדינות אחרות; אולם מצד אחר, האישה הנשואה, האישה ההרה והאם לילדים הופטרו מחובת שירות מבלי שאיש כמעט מהברייהכנסת ימתה נגד פטור גורף זה ויעורר דיון ביקורתי ביחס להנחות המגדריות

חוק זה לרישום, לבדיקה רפואית או לשירות בטחון או להמשך שירות זה אם כבר החל בשירות.

13 באופן ספציפי הוצהר בקווי-היסוד של הממשלה הראשונה כי "יקום שוויון גמור ומלא של האשה, שוויון בזכויות וחובות בחיי המדינה, החברה והמשק ובכל מערכת החוקים". ראו פ' להב "כשהפאליאטיב רק מקלקל: הדיון בכנסת על חוק שיווי זכויות האשה" זמנים 46-47 (תשנ"ג) 149.

14 לדיון מפורט באופן שבו תפיסות של נשים כאימהות הנהו ועיצבו חוקים משמעותיים הנוגעים בנשים שנחקקו בשנותיה הראשונות של המדינה – כגון חוק שירות ביטחון משנת 1949 או חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248 – ראו להב, שם; נ' ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא? נשים ואזרחות בישראל" סוציולוגיה ישראלית ב (תש"ס) 277.

העומדות ביסודו. ביטוי מובהק לשניות זו ביחס כלפי האישה ניתן למצוא בדבריו של דוד בן-גוריון בעת הדיונים בכנסת על התוק, מצד אחד העלה בן-גוריון על נס את עקרון שוויון האישה וקבע:

"האשה הייתה שותפה שוות זכויות ותזכות בתנועה הציונית ובישוב... ועשתה חלקה במלחמת שחרורנו. הטענות שנשמעו פה נגד שיתוף האשה במערכת הביטחון – שמענו לפני שלושים שנה מפי המזרחי, כשבאנו לקבוע זכות האשה בבחירות לאספת הנבחרים. גם אז טענו בשם המסורת כביכול. ועכשיו יושבים אנשי המזרחי ואגודת ישראל יחד עם נשים בכנסת וגם בממשלה. ואין הם יכולים לדרוש מהציבור דבר בלתי אפשרי: שיפלה בין מעמד האשה ומעמד הגבר, ולא יכיר בשוויון זכויותיהם ותזכותיהם של שני המינים."<sup>15</sup>

אולם לצד הדברים הללו הוסיף בן-גוריון והסביר:

"כשדנים על מקומה של האשה יש לזכור שני דברים – ושניהם יחד. הדבר הראשון – הייעוד המיוחד של האשה, ייעוד אמהות. אין בחיים ייעוד גדול מזה... עלינו לתת כבוד ויקר לאמהות, ולהעמיד האשה בתנאים הנוחים והרצויים ביותר כשעליה להיות לאם... אין להטיל על האשה תפקידים שאינם מתיישבים עם האימהות."<sup>16</sup> [ההדגשה שלי – ג' ר.].

זאת ועוד, גם כאשר עסק בן-גוריון בשירותן הצבאי של הנשים הרווקות – אלה שהיו אמורות לשרת בצבא מכוחו של עקרון השוויון – התברר כי לא לשוויון מלא בתנאי השירות הוא תותר, אלא למסגרת של שירות אשר מתבססת על טעמים של שונות בין המינים ונותנת להם ביטוי. באופן ספציפי הוא הסביר בהקשר זה:

"אומרים לנו, שאין מגייסים נשים לצבא בשום אומה שבעולם בימי שלום. גם אנו איננו מתכוונים לגייס נשים ליחידות קרב... והאימון שאנו רואים צורך לתת לאשה, הוא אימון צבאי ראשוני והכשרה תקלאית... אני תמים דעה בהחלט עם אלה שצינו חשיבות הילודה, אך דוקא משום כך יש הכרה בהכשרת נשים – כי לא תהיה ילודה אם ההתיישבות החזישה תיבנה על גברים בלבד. ואם אנו רוצים שהבחורות שלנו בהתיישבות יתחתנו ויילדו ילדים – עלינו לאפשר להן להגן על עצמן ועל התינוקות שלהן."<sup>17</sup> [ההדגשה שלי – ג' ר.].

חשוב לציין כי תפיסות היסוד ביחס לתפקידה האימהי המיוחד של האישה איחדו כמעט את כל תבריי-הכנסת, וכך הצטרפה רטוריקת השונות של בן-גוריון ושל תבריי-כנסת תילוניהם אחרים אל רטוריקת דומה שנשמעה מפי נציגי המפלגות הדתיות, תוך שאלה כמו אלה חושפים ומבטאים עמדות פטריארכליות דומות ביחס לתפקידה המיוחדים

15 ד"כ 2 (תש"ט) 1569.

16 שם, בע' 1568-1569.

17 שם, בע' 1570.



של האישה.<sup>18</sup> נציגי המפלגות הדתיות ונציגי המפלגות הלא-דתיות שדגו בשאלת גיוסן של נשים לצבא לא היו חלוקים אפוא בשאלת עצם קיומה של שונות מגדרית. הכל הסכימו ביתם לקיומה של שונות כזו. המחלוקת הייתה ביחס להיקף פרישתה ולאופן ביטויה המשפטי הראוי בחוק. נציגי המפלגות החילוניות סברו כי די בפטור שניתן לנשואות ולאמהות להגן על מוסד האימהות, ולפיכך תמכו בהטלת חובת גיוס על הנשים הרווקות. נציגי המפלגות הדתיות, לעומת זאת, סברו כי טעמים אלה של הגנה על המשפחה מהייבים מתן פטור גורף משירות ביטחון לכל הנשים. לתמיכה בעמדתם גייסו נציגי המפלגות הדתיות רטוריקה רחבה יותר של שונות, אשר לצד הנימוק האימהי נאחזה והציגה גם טעמי מוסר המתבססים על הצורך בהגנה מיוחדת על צניעותן וכבודן של נשים.<sup>19</sup>

תביעה דתית גורפת זו לפטור כללי של נשים מחובת שירות צבאי הביאה במקור לידי הכללתו של הטעם הדתי, לצד הטעמים המשפחתיים, כעילה למתן פטור מיוחד לנשים

18 שר הסעד, הרב י"מ לויץ מאגודת ישראל, הוסיף והסביר בהקשר זה: "עובדה היא שבכר ואשה הם בעלי תכונות שונות בתכלית, ואך איוולת היא להתעלם מעובדה אלמנטארית זו, וכל הניסיונות המלאכותיים, להשוות מעמדם ותכונותיהם יתקלו במציאות המתנגדת לכך. השם יתברך ברא את האדם ואת האשה וייעד לכל אחד מהם תפקיד משלו, ואל לאדם לשאוף לשינוי הסדר הזה שהוא מהוויכ המציאות." שם, בע' 1446.

19 חברי הכנסת שאג, מן החזית הדתית המאוחרת, היטיב להגדיר מערך זה של נימוקי שונות כאשר קבע: "אני רוצה לשאול קודם כל את אלה המתלהבים כל-כך מתוך החובה הזו: מדוע לא הטילו עד היום כמעט כל עמי התרבות בעולם חובה זו על נשים?... אני חושב שהסיבות לכך הן פשוטות וידועות: מפני שהאשה מפאת טבעה, מפאת מוגה הגופני – סוף סוף אנו עצמנו מכבים אותה בשם המין החלש מבחינה גופנית – אינה יכולה למלא תפקיד קרבי. הסיבה השניה היא: מפני שרכב זה עלול לגרום לפרצה בגדר המוסר והצניעות. והסיבה השלישית היא, שחובת גיוסה של האשה עשויה לגרום להפחתת הילודה... הטלת חובה זו אינה זכות לאשה, אלא קיפוח זכותה. בזה מקפחים את זכותה של האשה הממלאה את חובותיה כאשה, כאם, כאשה לבעלה, כעקרת הבית." שם, בע' 1524. חשוב לציין כי לחברי הכנסת היהודים הרתיים הצטרפו גם חברי הכנסת מוסלמים, ואותם נימוקים פטריארכליים, השואבים את תוקפם מרטוריקה רחבה של שונות, קיבלו ביטוי גם בדבריהם. חברי הכנסת ג'רג'זורה, מהרשימה הדמוקרטית של נצרת, הסביר: "הטלת גיוס חובה על האשה היא חירוש המנוגד לחוקי הטבע מאו בריאת העולם, והיא בניגוד גם לחוקי הדת והשקפותיה וליסודות החברה ולנימוסיה. נוסף על כך, הרי הטלת גיוס חובה על האשה היא בניגוד למנהגים הלאומיים של אנשי המזרח, בפרט אלה של הערבים. לנערה הזכיות המיוחדות לה בחברה... היא הבסיס שעליו נשענת המשפחה, היא עקרת הבית המחנכת את אנשי העתיד. היא מצטיינת ברגש רחמים ובשאר רגשות דקים, ועל כן תוארה כבת המין החלש. היא גם רחוקה מהשירות הצבאי, שדות הקרב וכדומה. הלא אפשר להיעזר בה ולהפיק ממנה תועלת בשטחים אחרים, המתאימים למצבה ולתכונותיה המיוחדות." שם, בע' 1528–1529.

במסגרת חוק שירות ביטחון. באופן כפציפי קבעה הצעת החוק המקורית בסעיף הרלוונטי: "יוצא צבא, אשה, שהצהירה, באופן שייקבע בתקנות, שהיא שומרת דת ושהכרתה הדתית מונעת אותה מלשרת בשירות בטחון, תהיה פטורה מחובת שירות בטחון."<sup>20</sup> פטור זה, כך מתברר, הוכנס להצעת החוק על ידי חברי הממשלה מן הסיעות החילוניות, אשר קיוו כי בכך תיפתר המחלוקת בין המחנה הדתי למחנה החילוני בשאלת גיוסן של נשים.<sup>21</sup> אלא שבעת הדיונים בכנסת על הצעת החוק גמוגה תקווה זו. נציגי הסיעות הדתיות הכריזו כי הפטור הספציפי לנשים דתיות אינו מספק אותם משני טעמים מרכזיים: ראשית, נציגי הזרם החרדי בחזית הדתית המאוחדת סברו כי טעמי השונות המגדרית מצדיקים מתן פטור גורף משירות ביטחון לכלל הנשים, ולא פטור מיוחד לנשים דתיות בלבד, שנתפס כנסיבות אלה ככזה שאינו נותן מענה מספק למהותן המיוחדת של הנשים כולן;<sup>22</sup> שנית, וזה העיקר, חברי הציונות הדתית חששו מפני הסטיגמה שיטיל הפטור המגזרי על נשים דתיות. חברי הכנסת אונא, נציג הקבוצה הדתי בחזית הדתית המאוחדת, הסביר: "אין אנו רואים פיתרון לשאלה זו על ידי הכנסת סעיף על אפשרות של שחרור האשה מטעמי הכרה דתית, כפי שהוצע בחוק. אין אנו רוצים שתשתרד הדעה בציבור, שהאשה הדתית אינה ממלאה את חובתה כלפי המדינה. כזאת תהיה תוצאת החוק בצורתו המוצעת... לו היו כוללים את עניין שחרורה של האשה הדתית מטעמי השקפה אל תוך סעיף כללי הן בשאלת השחרור מטעמי מצפון, היה אפשר להשלים עם הסדר זה. כי אז היה ברור, שבאן מתכוונים לפתרון אינדיבידואלי, ולא ליצירת מעמד של משוחררים עם כל השלילה דבר. לדעתי שאלת השחרור מטעמי מצפון היא שאלה, שהחוק צריך לטפל בה... אין לשלול מאנשים שמטעמי מצפון אמיתיים מסרבים לשרת בצבא את הזכות להיות משוחררים."<sup>23</sup> [ההדגשות שלי - נ' ר.].

אם כן, כדי להימנע מתייגה של קבוצת הנשים הדתיות כקבוצה שאינה ממלאת את

- 20 ראו סעיף 11(ג) להצעת חוק שירות בטחון, תש"ט-1949, ה"ח 21.
- 21 שר הסעד הרב י"מ לויין הסביר בהקשר זה, בעת הדיון בכנסת על הצעת החוק: "בעקבות עמדתם הנמרצת של נציגי היהדות הדתית בממשלה, באה ההצעה - לא מהשרים הדתיים - שנשים אשר ימסרו הצהרה שאין רצונן להתגייס מטעמים דתיים, ישוחררו מחובת הגיוס." לעיל הערה 15, בע' 1447.
- 22 שר הדתות יהודה לייב מימון הסביר בהקשר זה: "כך אני מתנגד לתת זכות מיוחדת לאשה דתית. כי אם לכבוד האשה, לטהרת האשה, הרי כל בנות ישראל בחוקה אחת הן. ואינני רוצה להבדיל בין אשה דתית ובין אשה בלתי דתית." שם, בע' 1536. שר הסעד י"מ לויין הוסיף בעקבות שר הדתות וקבע: "...תיקון זה אינו פותר את הבעיה, שהיא עקרונית, ועדיין נשארת בתקפה - תביעתנו לביטול גיוס החובה לנשים בכלל. מלבד זה אנו סבורים, שכל אשה ישראלית היא דתית בפנימיותה, ואף אם אינה אומרת זאת במפורש, ועלינו להגיד זאת למענה." שם, בע' 1447.
- 23 שם, בע' 1522-1523.

חובתה כלפי המדינה, קרא חברי הכנסת אונא לכריכתו של הפטור הדתי במסגרת עיקרון כללי של פטור מטעמי מצפון שלא יהא מיוחד לציבור הנשים בלבד. דברים אלה זכו בתמיכתם של חברי הכנסת חילונים אחדים, אשר סברו כי טעמים עקרוניים מחייבים מתן אפשרות לכל אדם לקבל פטור משירות צבאי בגין טעמי מצפון.<sup>24</sup> קריאות אלה הן שהובילו, כך נראה, לתיקונו של סעיף הפטור הדתי, כך שלצד העיקרון של פטור מטעמי הכרה דתית עוגן בו גם פטור מטעמי מצפון.<sup>25</sup> עם זאת, בניגוד לקריאות שנשמעו בכנסת להגדרתו של הפטור המצפוני כפטור כללי, גובש בסופו של דבר פטור זה כפטור מגדרי שיוחד לנשים בלבד.

הנה כי כן, אין ספק כי מציאות של אי-שוויון מגדרי הוינה את שני סוגי הפטור המקוריים לנשים שעוגנו בחוק: פטור בגין טעמים משפחתיים (נישואים, היריון או אימהות) ופטור בגין טעמים דתיים. טעמי המצפון, לעומת זאת, נכנסו לחוק כמעט ברגע האחרון, מתוך הקשר ומוטיווציה שונים בתכלית. אם טעמי הדת והמשפחה פונו לתת מענה למהותה השונה והמיוחדת של האישה, טעם המצפון, לפי תביעתם המקורית של חברי הכנסת שתמכו בעיגונו של פטור כזה בחוק, נועד להכשיר פטור כללי וא-מגדרי. העובדה שהמחוקק התליט בסופו של דבר לייחד את הפטור מטעמי מצפון רק לנשים גבעה אף היא, כך אפשר להניח, מהשפעתם של טעמי שונות מגדריים. ההיסטוריה החקיקתית של החוק מגלה כאמור כי גם אלה שצידדו בגיוס נשים לצבא לא ראו בהן כוח לוחם בשדה הקרב. עתודת כוח-האדם החיונית ביותר לצה"ל נותרה אם כן הגברים, וביחס אליהם נהר המחוקק, כך נראה, מיצירת מסגרות פטור שהיו עלולות לכרסם בעתודה אנושית זו. מכיוון שכך, הוענק טעם המצפון רק לנשים, שעל שירותן הצבאי היה אפשר לוותר בקלות רבה יותר.

כך או כך, התוצאה הייתה שלצד הפטורים מעוררי הקושי מפרספקטיבה פמיניסטית, זכו נשים גם בטעם פטור מסוג אחר: טעם שמבוסס על זכות-יסוד – חופש המצפון – ואשר מעניק לנשים, על בסיס אישי, חופש להכריע ולהחליט בשאלת גיוסן לצבא בהתאם לעמדתן המצפונית ביחס לסוגיה זו. דהיינו, בניגוד לפטורים האחרים, שהתבססו על

24 חברת הכנסת רחל כהן, למשל, טענה בהקשר זה: "אולם אינני יכולה לא לקבל טעמים מצפוניים – ולא דווקא דתיים. גם לגברים ישנם טעמים מצפוניים שאינם מרשים לשרת בשירות קרבי. החוק הזה נעשה לא רק בשביל יהודים. ובחוק כפי שהוגש לנו, חסר סעיף המטפל בנקודה זאת." שם, בע' 1519.

25 חברי הכנסת אהרונוביץ, יושב-ראש הוועדה לענייני חוץ וביטחון, שהציג לכנסת את הצעת החוק המתוקנת, הסביר ביחס לסעיף הפטור לנשים: "בסעיף 11 הכניסה הוועדה כמה שינויים. כרגע אני רוצה להדגיש רק את השינוי בסעיף-קטן (ד). בהצעת החוק הממשלתית היה כתוב: 'יוצא צבא, אשה, שהצהירה, באופן שייקבע בתקנות, שהיא שומרת דת ושהכרתה הדתית מונעת אותה מלשרת בשירות בטחון, תהיה פטורה מחובת שירות בטחון'. הוועדה שינתה את הסעיף וניסתה אותו כדלקמן: 'יוצא צבא, אשה, שהצהירה, כי טעמים של מצפון או טעמים שבהכרה דתית מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון, תהיה פטורה מחובת שירות בטחון, באופן שייקבע בתקנות.' שם, בע' 1607.

סיווגים קבוצתיים מכלילים - נשואות, הרות, אימהות או דתיות - ואשר שאבו את תוקפם מהגנות פטרנליסטיות ופטריארכליות ביחס לתפקידן המיוחד של נשים בספרה הביתית והמשפחתית, כאן דובר בפטור שיצר זכות ייסוד במובן האמיתי. זאת ועוד, אם נותר ספק כלשהו ביחס לטיבה של הוכחה שהוענקה לנשים בהקשר זה, באו גלגוליו החקיקתיים המאוחרים יותר של החוק והסירו כל ספק כזה. בשנות השבעים, כך מתברר, נשקלה האפשרות למחוק את טעם המצפון הנשי מן הסעיף ולהותיר בו רק את טעמי הפטור הדתיים.<sup>26</sup> אולם ניסיון זה עורר התנגדות עזה מצידם של חלק מחברי הכנסת שעמדו על משמעותו המיוחדת של פטור זה. חברי הכנסת אמנון רובינשטיין היה המפורט ביותר בהתייחסותו לטיבו המיוחד של הפטור מטעמי מצפון, כפי שהיה מעוגן עד אז בחוק: "החוק המוגש היום על ידי הממשלה... מוחק, מטעמים שאינני יודע מה פשרם ומה טבעם, זכות ששוריינה בחוקה הישראלית מהקמתה, דהיינו שבת יכולה להיות פטורה משירות ביטחון בשל טעמים שבמצפון... נכון, הפטור הזה לא היה קיים לגבי גברים משום שאנו אומרים: מדינת ישראל היא מדינה העומדת בתנאי מצור, נלחמת כנגד אויבים רבים, ואינה יכולה על כן להרשות לעצמה את הפטור מטעמי מצפון לגבי גברים. אבל לגבי נשים אמרנו: מכיוון שאנו יכולים להרשות לעצמנו פטור כה רחב עוד לפני השינוי בחוק, הבה ניכנס לתוך המסגרת הכללית של חוקי העמים הנאורים ונשווה את דינו של המתנגד מטעמים של הכרה דתית לזה שמתנגד מטעמים של הכרה מצפונית, דהיינו נקיים אותה הוראה הקבועה בחלק השלישי של הכרזת העצמאות."<sup>27</sup> [ההדגשות שלי - ג' ר.].

הביקורת שהושמעה נגד מתיקתו של טעם המצפון מסעיף הפטור הנשי פעלה את פעולתה, וכאשר הובאה הצעת החוק לאישור הכנסת בקריאות השנייה והשלישית, לאחר שינויים שנערכו בה בוועדת חוץ וביטחון, הושב טעם המצפון אל החוק. באופן זה הכיר המתוקק הלכה מעשה, כך ניתן לטעון, בטיבו המיוחד של הפטור המצפוני המתייחס לנשים ובהיבט ה"זכות" הייחודי הגלום בו בהשוואה לטעמי הפטור האחרים. להבהרתה של השתלשלות היסטורית זו יש חשיבות מרובה לא רק משום שהיא מלמדת על אופן גיבושו של סעיף המצפון הנשי, אלא גם משום שהיא מסייעת, כפי שיתברר בהמשך, לזרות אור ביקורתי על הפרשנות ההיסטורית והנורמטיבית שבחר בית המשפט העליון לצקת לסעיף זה רק לאחרונה בעניין לאורה מילוא.

26 בשנת 1978, כחלק מהסכם הקואליציוני בין ממשלת בגין הראשונה לבין המפלגות החרדיות, גובשה הצעת תיקון לחוק, הידועה כתיקון מס' 13 לחוק. במקור, וכאשר הובאה ההצעה לאישור הכנסת בקריאה ראשונה, נקבע בה כי סעיף הפטור שכלל זה לצד זה את טעמי המצפון וטעמי ההכרה הדתית יימחק, וכי במקומו יחוקק סעיף אחר שיכלול רק טעמים של הכרה דתית או טעמים של הווי משפחתי דתי. ראו סעיפים 1 ו-2 להצעת חוק שירות בטחון, תשל"ח-1978, ה"ח 1326.

27 ד"כ 82 (תשל"ח) 2380. חברי הכנסת אחרים השמיעו מחאה דומה, ויש ביניהם אף שקראו להרחבת הפטור מטעמי מצפון ולהחלתו על גברים על-מנת למנוע הפליה פסולה בין נשים לבין גברים.

כך או כך, בשלב זה חשוב לזכור כי הסדר משפטי זה – שגובש לראשונה בשנת 1949 וזכה באישור מתודש בסוף שנות השבעים, ואשר במסגרתו נהנו נשים מתחולתו הנפרדת של סעיף פטור בענייני מצפון – הוא שאפשר במהלך השנים את שהורון מהצבא של כל אותן סרבניות-מצפון. שני וורנר ושותפותיה למכתב השמיניסטיים זכו אפוא בפטור משירות ביטחון לאחר שהצביעו על התנגדותן המוסרית וההומניסטית לכיבוש הצבאי ולפעולות צה"ל בשטחי הגדה המערבית ועזה, המונעת אותן מלשרת בצבא. לעומתן, הגברים סרבני השירות, שנאחזו בטעמי מצפון דומים, קיבלו יחס שונה בתכלית. כאמור, החוק קובע באופן כללי כי שר הביטחון רשאי לפטור "יוצא-צבא" משירות סדיר או מחובת מילואים גם "מטעמים אחרים". המונח "טעמים אחרים" פורש על-ידי בית-המשפט ככזה שיכול לכלול גם טעמים שבמצפון.<sup>28</sup> עם זאת, בשל העובדה שלשון הסעיף מכפיפה בכל מקרה את מתן הפטורים השונים לשיקול-דעתו של השר, נקבע בהקשר זה כי בכל מקרה סוגיית הסירוב המצפוני לשרת בצבא, ככל שזו נוגעת בגברים, "צריך שתהא גדונה לפי הגסיבות המיוחדות של המקום ושל השעה".<sup>29</sup> יתרה מזו, במהלך השנים התגבשה בהקשר זה הבחנה בין "סרבנות-מצפון מלאה או כללית" (ספיציפוז), המבוססת על התנגדות עקרונית לכל שימוש בכוח, לבין "סרבנות-מצפון סלקטיבית" – זו שנוגעת בסירוב לשרת בצבא בשל טעמים ספיציפיים שעניינם התנגדות לפעולות מסוימות של צה"ל, כגון הפעילות הצבאית בלבנון או הכיבוש הצבאי של שטחי יהודה, שומרון ועזה.<sup>30</sup> בהקשר זה נקבע כי בסרבנות-המצפון הכללית ראוי להתחשב לצורך מתן פטור משירות צבאי לגברים, במסגרת שיקול-הדעת המוקנה לשר הביטחון מכוח החוק, אולם סרבנות סלקטיבית אינה יוצרת זכאות דומה לפטור.<sup>31</sup> לאחר חקיקתו של חוק-ייסוד: כבוד האדם וחירותו נעשה גיסיון לתקוף את תוקמיותה של הבחנה זו, אולם בית-המשפט

28 פרשנות זו קיבלה לראשונה ביטוי מפורש בפסק-הדין בבג"צ 734/83 יעקב שיין נ' שר הבטחון, פ"ד להנ"ל (3) (להלן: בג"צ שיין), שם קבע השופט אלון כי "לעניין יוצא צבא גבר, לא מצויה זכות לפטור מטעמים שבמצפון... אך נראה כי טעמים שבמצפון יכול שימשו כאחד הנימוקים, המאפשרים לגורמים המוסמכים להתחשב בהם, לפי שיקול דעתם, לפטור מחובת השירות הצבאי (סעיף 28 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב]).... כשטעמים שבמצפון לא הוזכרו במפורש אלא יכול שיהיו כלולים ב'טעמים אחרים'". שם, בע' 401-402.

29 שם, בע' 403.

30 שם, בע' 402. הבחנה זו אומצה מאוחר יותר על-ידי רשויות הצבא ונהפכה להלק ממדיניותו הרשמית של צה"ל. ראו בג"צ 4062/95 אפשטיין נ' שר הבטחון, תק"על 195 (2) 479; בג"צ 1380/02 בן ארצי נ' שר הבטחון, פ"ד נו(4) 476.

31 בבג"צ שיין, לעיל הערה 28, הסביר השופט אלון כי בשל העובדה שביסודה של הסרבנות הסלקטיבית עומדים נימוקים פוליטיים של התנגדות לפעילות צבאית מסוימת, "ההכרה בה פוגעת בתקינות ההליך הדמוקרטי של המערכת השלטונית בישראל בקבלת החלטותיה". כמו-כן נקבע שם כי סרבנות זו "גורמת גם לאפליה בתחום הגיוס הצבאי". שם, בע' 402-403.

העליון קבע בהקשר זה כי אין מקום לסטות מהלכותיו הקודמות באשר לאי־ההכרה בסרבנות־המצפון הסלקטיבית כטעם אפשרי לפטור משירות צבאי ביחס לגברים.<sup>32</sup> ביחס לנשים, לעומת זאת, הפרקטיקה המקובלת לאורך השנים הייתה להעניק פטור מטעמי מצפון הן למי שהצהירו על פציפיוס מוחלט והן למי שהצהירו על טעמי מצפון סלקטיביים הנוגעים רק במדיניות הצבא בשטחים, מבלי שמישהו יטען לקיומה של הבחנה דומה בין "סרבנות סלקטיבית" לבין "סרבנות כללית" בגדרו של הפטור מטעמי מצפון המוקנה לנשים.

התוצאה הייתה, אם כן, שעד לא מזמן זערתו רשויות הצבא לרוב הנשים שביקשו פטור משירות צבאי, בין מטעמי מצפון סלקטיביים ובין מטעמים פציפיסטיים כלליים. אצל הגברים, לעומת זאת, נדחו רוב הבקשות,<sup>33</sup> ואלה שעמדו על סירובם לשרת בצבא נשפטו לפני בית־דין צבאי על סירוב למלא פקודה ונשלחו לכלא. לנשים סרבניות־מצפון התאפשר אם כן במשך שנים רבות לממש את זכותן היסודית לחופש מצפון באופן רחב ומקיף יותר בהשוואה לגברים.

עובדה זו מעניינת וראויה לציון שכן היא מערערת תזכנות פמיניסטיות ליברליות מסורתיות ביחס לטיבם של הסדרים משפטיים נפרדים לנשים ולגברים. הסדרים מן הסוג הזה, חשוב לזכור, היו עד לפני כמה עשרות שנים מחוץ נפוץ בכל שיטת משפט ליברלית, אולם רובם המכריע בוטלו לאחר שהשיח המשפטי הכיר בכך שברוב המקרים ההסדר

32 כג"צ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד (נז) 726 (להלן: עניין זונשיין).

33 על־פי נתוני הצבא מן השנים 2000–2003, ועדת המצפון הצבאית שדנה במתן פטור מטעמי מצפון לגברים קיבלה בשנים אלה 178 פניות, אולם העניקה בפועל פטור רק ל־5 מועמדים לשירות ביטחון וכן ל־9 אנשי מילואים. לעומת זאת, הוועדה שדנה בעניינן של נשים העניקה פטור ל־273 מבין 367 הנשים שפנו אליה. ראו "הפטרוליס של ועדת המצפון" הארץ 5.3.2004. בהקשר זה חשוב לציין כי הצבא אינו מפרסם נתונים אלה באופן קבוע, אלא רק משחרר טדי פעם מידע חלקי בתגובה על פנייה כזו או אחרת. דפנה ברק־ארז מביאה, במאמר שעומד להתפרסם, נתונים נוספים שנמסרו לה על־ידי הפרקליטות הצבאית ביחס לשיעורם הגבוה של הפטורים מטעמי מצפון שהוענקו לנשים בשנים האחרונות. מנתונים אלה עולה כי בשנים 2001–2004 אושרו יותר מ־80% מן הבקשות שהגישו נשים בהקשר זה. כסך־הכל הוגשו בשנים אלה 587 בקשות לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון, ו־475 מהן נענו בחיוב. ראו ד' ברק־ארז "על טייסות וסרבניות מצפון: מאבק אחד או מאבקים שונים?" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם (דפנה ברק־ארז ואח' עורכות, צפוי להתפרסם). נתונים רלוונטיים נוספים שפרסם הצבא לאחרונה מגלים שבשנת 2005 כ־32.1% מכלל הבנות המועמדות לשירות ביטחון לא התגייסו לצה"ל בשל טעמי דת, וכי כ־10% נוספים קיבלו פטור בשל טעמים אחרים, ביניהם טעמי מצפון. חנן גרינברג "דאגה כזה־לי: הבנות ממעטות להתגייס" YNET 24.7.2005. [URL: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3117323,00.html>]

הנפרד לנשים היה בפועל הסדר מקפח שהנציח את עמדת הנחיתות של נשים.<sup>34</sup> כאמור, העיון ההיסטורי בנסיבות הקיקתו של חוק שירות ביטחון מגלה עובדה מפתיעה הפוכה: מתוך מציאות של אי-שוויון מגדרי נולד הסדר משפטי שבמסגרתו זכו נשים בזכות משמעותית – הזכות לממש את חופש המצפון שלהן. זאת ועוד, נראה כי אופן מימושה של זכות זו על-ידי הנשים הסרבניות אפשר בפועל לנשים אלה לתעל את קולן המצפוני לאפיקים חדשים ולהוסיף לו רבדים חדשים של חוקה והשפעה, החורגים מהיקף פרישתה המקובל של הזכות לסרבנות-מצפון.

## 2. הזכות לחופש מצפון נשי כפרקטיקה של חתרנות מגדרית

חלק מסרבניות-המצפון החליטו, לאתר שזכו בפטור משירות צבאי, להמיר שירות זה בעשייה חברתית במסגרת של שירות לאומי, אף שלא היו תייבות על-פי דין לעשות זאת. במקום שירות צבאי התנדבו אפוא נשים אלה לפעילות אזרחית מגוונת, שבמרכזה תרומה חברתית בעלת משמעות וערך שונים מאלה של השירות הצבאי הטיפוסי. על-מנת לעמוד על מלוא משמעותו של מהלך זה, חשוב להבין תחילה את טיבו ומהותו של השירות הלאומי, שאליו הוסטה פעילותן המצפונית של חלק מסרבניות-המצפון.

השירות הלאומי במדינת-ישראל מהווה עד היום מסגרת התנדבותית בלבד, למרות נסיונות שנעשו בעבר למסד שירות זה כחובה חלופית לשירות הצבאי.<sup>35</sup> עם זאת,

34 להצגה בהירה של העמדה הפמיניסטית הליברלית התומכת במיגורו של כל הסדר משפטי נפרד לנשים, ולהבהרת הרציונל העומד ביסודה של עמדה זו, ראו: W.W. Williams "The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts and Feminism" *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender* (Oxford, K.T. Bartlett & R. Kennedy eds., 1991) 15

35 בשנת 1953, על רקע המחלוקת הציבורית באשר לאי-גיוסן של נשים דתיות לשירות ביטחון, חוקקה הכנסת את חוק שירות לאומי, תשי"ג-1953. ככלל, חוק זה מחייב נשים ששחררו מחובת שירות ביטחון לשרת שירות חלופי לשירות הצבאי (שירות לאומי). החוק קובע כי אישה הפטורה משירות צבאי תהיה חייבת בשירות לאומי של עשרים וארבעה חודשים בעבודה חקלאית או בהכשרה חקלאית; בעבודה למען צה"ל או בעבודה אחרת למען בשחון המדינה; במתנה עולים, במעברה או במוסד לחינוך, לסעד או לטיפול רפואי; או בכל מוסד אחר שנקבע לעניין זה – והכל תוך הבטחת האפשרות לשמור על אורת חיים דתי. אולם עקב הסתייגותו של המחנה הדתי מהמתכונת של שירות לאומי כשירות-חובה, ומכיוון ששר העבודה והרווחה לא התקין בפועל תקנות ליישום החוק אף שהוסמך לכך בחוק, לא הופעל חוק השירות הלאומי כלל. ביולי 1979 תוקן החוק בכנסת, ונקבע כי הפעלתו לא תחל אלא לאחר שתחליט על כך הממשלה. החלטה זו טרם התקבלה, ולפיכך נותר חוק זה עד היום בבחינת אות מתה בספר החוקים. ראו מסמך רקע בנושא: שירות לאומי לבני מיעוטים (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, מרס 2003) [URL: <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m00519.doc>].



הפרקטיקה של שירות לאומי-אזרחי, שהחלה להתגבש במהלך שנות השישים כיוזמה פרטית של בנות דתיות ואשר לא נהנתה מחסות מדינתית כלל, נחפכה במהלך השנים לפרקטיקה הנהנית מהכרה של המדינה ומתמיכתה בשני הקשרים חשובים. ראשית, כבר בראשית שנות השבעים החלו משרדי הממשלה השונים לסייע לכנות השירות הלאומי בהשתלבות במסגרות ציבוריות שבחן יכלו להתנדב.<sup>36</sup> שנית, החל בסוף שנות השבעים נעשו תיקוני חקיקה שונים שנועדו להשוות את מעמדן של מתנדבות השירות הלאומי למעמדם של יוצאי-צבא. רפורמות חקיקתיות אלה קיבלו תאוצה משמעותית במהלך שנות התשעים, וכיום ההתנדבות לשירות הלאומי מזכה במלוא ההטבות הכלכליות שיוצאי-צבא נהנים מהן.<sup>37</sup> התוצאה היא אפוא שהשירות הלאומי מהווה עד היום מסגרת התנדבותית

36 בשנת 1971 יזמו שרים מהמפלגה הדתית-הלאומית ניסיון להפעיל שירות לאומי במסגרת התנדבותית ממוסדת. בעקבות יוזמה זאת קיבלה הממשלה החלטת שעניינה מתן אפשרות של שירות לאומי בהתנדבות לנשים הפטורות משירות ביטחון מטעמי דת ומצפון במסגרות שיסדירו משרדי ממשלה שונים. המשרדים שאליהם התייחסה החלטתה המקורית היו משרד התינוך והתרבות, משרד הבריאות ומשרד הרווחה (או משרד הסעד). שם, כיום נעשה שילובם של מתנדבי השירות הלאומי (בנות ובנים כאחד) במסגרות התנדבות באמצעות שישה גופים ועמותות: היחידה העירונית לשירות לאומי בעיריית ירושלים, בת עמי, האגודה להתנדבות בעם, בית גשר, ש"ל - העמותה לשירות לאומי אזרחי חלופי ולהלן: עמותת ש"ל, ועמותת שלומית. עמותות וגופים אלה משמשים מתווכים בין המתנדבים לבין ארגונים וגופים ציבוריים המבקשים לקלוט את מתנדבי השירות הלאומי, והם נתונים בפיקוחה ובבקרתה של היחידה לבקרה ולפיקוח על השירות הלאומי הפועלת במסגרת משרד העבודה והרווחה. מידע מפורט על יחידה זו ועל העמותות והגופים שהיא מפקחת עליהם ניתן למצוא באתר האינטרנט של משרד הרווחה [URL: <http://www.molsa.gov.il/cagilamikzoit/shirutleumi>]. כהקשר זה השוב לציין שארבעת הגופים הראשונים פועלים בעיקר בתחום של שירות לאומי של בנות דתיות, ואילו שני הגופים האחרונים (עמותת ש"ל ועמותת שלומית) מסייעים לכלל המתנדבים לשירות הלאומי, ובכלל זה נשים חילוניות, סרבניות-מצפון ולאחרונה גם גברים מעטים. ראו גם להלן הערה 39.

37 שינוי החקיקה הראשון התרחש בפברואר 1977, כאשר תוקן חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב]. תשכ"ח-1968. במסגרת תיקון זה הוכר מעמדן של מתנדבות השירות הלאומי בכל הקשור לזכויות הניתנות על-ידי המוסד לביטוח לאומי. בכך הושווה מעמדן של מתנדבות השירות הלאומי למעמדם של חיילים בשירות סדיר. בשנים האחרונות, ובמיוחד מאז נחקק החוק לקליטת חיילים משוחררים, תשנ"ד-1994, ניכרת מגמה להשוות את זכויותיהם של הבוגרות והבוגרים של השירות הלאומי לזכויותיהם של הבוגרות והבוגרים של השירות הצבאי. זכויות אלה מעוגנות כיום בחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994, בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, בתקנון שירות המדינה (התקשי"ר), בהנחיות הפנימיות של משרדי הממשלה השונים ובחוק שירות לאומי (תנאי שירות למתנדב בשירות לאומי), תשנ"ח-1998. ראו מסמך רקע בנושא: שירות לאומי לבני מיעוטים, לעיל הערה 35.



המוסדרת באמצעות מערך חלקי של חקיקה, שנועד להבטיח כי מי שבוחרים להתנדב לשירות לאומי יזכו במערך הטבות כלכליות דומות לאלה של מי שמשרתים בצבא. במהותו מהווה השירות הלאומי שירות חברתי אורחי שבמרכזו עשייה חינוכית או תרומה חברתית אחרת לקהילה ולפרט.<sup>38</sup>

על רקע הדברים הללו נראה כי להצטרפותן של סרבניות-המצפון למעגל המתנדבים בשירות הלאומי הנהנים מחסות מדינית ומהכרה ציבורית הייתה חשיבות סמלית לא-מבוטלת, ללא קשר למספרן היחסי בקרב כלל מתנדבי השירות הלאומי.<sup>39</sup> ראשית, בהקשר

38 בהתאם לאמור בתקנות הביטוח הלאומי (בנות בשירות לאומי בהתנדבות), תשס"ב-2002, השירות הלאומי מוגדר כ"שירות לתועלת הציבור בתחום הביטחון למעט בצבא הגנה לישראל, בתחום בשתון הפנים, החינוך, התרבות, קליטת העליה, הכריאות, הרווחה החברתית, הפיתוח הקהילתי, ההתיישבות, איכות הסביבה, ובתחום אחר שאישור השר לעניין תקנות אלו". פירוט רב יותר של התחומים והמסגרות של השירות הלאומי מצוי באתר שמפעילה היחידה לפיקוח ובקרה על השירות הלאומי הפועלת במשרד העבודה והרווחה [URL: <http://www.molsa.gov.il/cagilamikzoit/shirutleumi>].

39 אין נתונים מדויקים לגבי מספרן המדויק של סרבניות-המצפון שהמירו את שירותן הצבאי בשירות לאומי. ביהודה לפיקוח ובקרה על השירות הלאומי במשרד העבודה והרווחה אין עוסקים כלל באיסוף ובתיעוד של עילות הפטור של המתנדבים לשירות הלאומי. אי-אפשר להגיע למידע זה גם דרך שתי העמותות העוסקות בשיבוץ של סרבניות-המצפון בשירות לאומי – עמותת ש"ל ועמותת שלומית. מעמותת ש"ל נמסר לנו כי הם אינם מבררים כלל את עילות הפטור שבגינן שוחררו הפונים אליהם. מעמותת שלומית, לעומת זאת, נמסר לנו שעילות הפטור מתועדות אומנם בתיקיהם האישיים של המתנדבים, אולם בשל מגבלות כוח-אדם הם אינם יכולים לאסוף נתונים אלה ולמסור לנו תמונה כוללת בהקשר זה. מנכ"לית העמותה העריכה בשיחה טלפונית כי בשנים 2005-2006 הופנו לשירות לאומי במסגרת שלומית כעשרים סרבניות-המצפון (ריאיון טלפוני עם חיה שמואל, מנכ"לית עמותת שלומית (26.2.2006)). עם זאת, חשוב לזכור כי במהלך שנת 2004 החליטה עמותת שלומית להפסיק להעניק שירות לסרבניות-המצפון שביקשו להתנדב במסגרת ארגונים הפעילים בתחום הסיוע לפלשתינים. לטענת מנכ"לית העמותה, כפי שפורסמה אז בעיתונות, השינוי נבע מכך שלעמותה החלו להגיע יותר ויותר משוחררות עם פטור מוועדת המצפון שהציבו דרישה ספציפית לשירות לאומי שבמסגרתו יוכלו "לעזור לפלשתינים". ראו לי גלילי "הסרבניות שרוצות שירות לאומי נתקלות בסירוב", לעיל הערה 4. ריאיון הטלפוני עימה אישרה מנכ"לית העמותה כי מדיניות זו נמשכת. בנוסבות אלה אפשר להניח כי רוב סרבניות-המצפון פונות כיום לשירות לאומי באמצעות עמותת ש"ל, ולא במסגרת שלומית, ולפיכך מספר הסרבניות שהתנדבו במסגרת שלומית בשנה האחרונה אין בו כדי להעיד על מלוא היקפה המספרי של התופעה. עם זאת, ברור ככל מקרה כי מדובר במספר קטן יחסית של מתנדבות על רקע מספרם הכולל של מתנדבי השירות הלאומי, שעמד בשנת 2005 על כעשרת אלפים (ריאיון טלפוני עם מלביאל דהן, מנהל היחידה לפיקוח ובקרה על השירות הלאומי, משרד הרווחה (26.9.2005)).

זה חשוב לזכור כי במדינת ישראל, אשר העמידה במרכזה את הצבא ואת הצבאיות וכוננה חלק נכבד ממערך הזכויות האזרחיות בהשפעת תפיסה מיליטריסטית זו וכחלק ממנה, נהפך השירות הצבאי הלכה למעשה לכרטיס הכניסה לאזרחות שווה במדינת ישראל.<sup>40</sup> אלה שהודרו מן השירות הצבאי נהפכו מכוהן של תפיסות אלה, שגובו במערך חקיקתי מקיף, לאזרחים מדרגה שנייה.<sup>41</sup> התגבשותו ההדרגתית של השירות הלאומי כפרקטיקה הזוכה בהכרה ובהערכה ציבורית דומות לאלה של השירות הצבאי, ולו באופן חלקי, יצרה, כך ניתן לטעון, סדק בחיבור ההדוק שבין הצבא לבין המעמד האזרחי במדינת ישראל. בתחילה נשא אומנם השירות הלאומי אופי מגודר מובהק, שכן הוא נוצר ואיש כאמור במקור על ידי נשים דתיות שלא התגייסו לצה"ל בשל מגבלות דתיות. אולם התלכדות שנות התשעים רבו הקריאות להרחבתה של מסגרת השירות הלאומי ולפתיחתה גם לפני קבוצות אחרות באוכלוסייה. תחילה הורחבה המסגרת לקבוצות נוספות של נשים,<sup>42</sup> ולאחרונה בעשה ניסיון זמני להרחיבה גם ביחס לקבוצה קטנה של גברים.<sup>43</sup> מבחינה זו הצטרפותן של המשותרות מטעמי מצפון אל מעגל המשרתים בשירות לאומי

40 לדין כללי באופייה המיליטריסטי של התורה הישראלית ובהשלכותיו ראו א' בן-אליעזר דרך הכוונת - היווצרותו של המיליטריזם הישראלי 1936-1956 (תשנ"ו) *The Military and Militarism in Israeli Society* (Albany, E. Lomsky-Feder & E. Ben-Ari eds., 1999).

41 לדין חשוב ומעניין באופן שבו המיליטריזם הישראלי מוין ומצדיק את הפלייתם לרעה של אזרחיה הערבים של מדינת ישראל ראו חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי" פלילים ט (תשס"א) 53.

42 הצטרפותן של נשים יהודיות חילוניות וערביות אל מעגל המשרתים בשירות הלאומי התאפשרה בראשית שנות התשעים, עם הקמתה של עמותת שלומית, אשר שמה לה למטרה לסלול את הדרך לשירות לאומי לכל אלה שאינם משרתים בצה"ל, תהא סיבתם אשר תהא. (ריאיון טלפוני עם חיה שמואל, לעיל הערה 39).

43 בשנת 1996 הוגשה עתירה לבג"צ שביקשה לאפשר לבנים להשתלב בשירות לאומי. העתירה נמחקה כתוצאה מהסכמה שהושגה במהלך הדיונים כי תוקם ועדה בראשות מנכ"ל משרד העבודה והרווחה, יגאל בן-שלום, אשר תבחן את סוגיית השירות האזרחי הכללי בישראל. ראו החלטה בבג"צ 9173/96 אייל דניאל נ' מנכ"ל המוסד לביטוח לאומי [URL: <http://elyon1.court.gov.il/files/96/730/091/d15/96091730.d15.htm>]. הוועדה אכן ישבה על המדוכה והמליצה, בין היתר, לשנות את הגדרת השירות הלאומי שבחוק הביטוח הלאומי כך שתחול על כל אדם; לקבוע כי השירות הלאומי יהיה על בסיס התנדבותי בלבד; לקבוע כי השירות הלאומי יהיה פתוח לפני מי שהתייצבו לשירות צבאי וצה"ל קבע כי לא יגויסו, וכן לפני מי שלא נקראו לשירות צבאי כלל; ולקבוע גורם ממשלתי, במשרד העבודה והרווחה, שיתאם את פעולותיהם של משרדי הממשלה בנוגע להפעלת השירות הלאומי בהתנדבות. בעקבות המלצות הוועדה החליטה הממשלה בחודש יוני 2000 על הפעלת תוכנית ניסוי (pilot) לשירות אזרחי של מאתיים וחמישים גברים בשנה, שתהיה חלק מתוכנית כוללת לבחינת הנושא. ראו מסמך רקע

הייתה חלק מתהליך רחב יותר שבמסגרתו הפרקטיקה של המרת השירות הצבאי בעשייה חברתית אזרחית נעשתה מגוונת יותר מבחינת מיהות הקבוצות הנושלות בה חלק. תהליך הרחבתה של מסגרת השירות הלאומי והחלתה על קבוצות נוספות, ובכלל זה על סרבניות המצפון, תרם אם כן, כך ניתן לטעון, להעמקת הלגיטימיות של עצם המהלך של המרת השירות הצבאי בשירות חברתי, וחיוק אנג כך את מעמדו של הנתיב החברתי ככרטיס כניסה חלופי לאזרחות שווה במדינת ישראל.

סרבניות המצפון מילאו תפקיד משמעותי בהקשר זה לא רק בשל תרומתן להגדלת היקפו ומידת גיוונו של תהליך זה, אלא בעיקר בשל הפרופיל האידיאולוגי הטובחן שהביאו עימן אל תוך השירות הלאומי. סרבניות המצפון, חשוב לזכור, נמנעו מן השירות הצבאי מתוך בחירה שביסודה התנגדות ערכית עקרונית גורפת לצבא כמוסד או התנגדות למדיניות אלימה מסוימת של הצבא שאינה מתיישבת לטעמן עם ערכי יסוד כאלה או אחרים.<sup>44</sup> דובר אפוא בסירוב לשרת בצבא שנסמך על מצע אידיאולוגי שביסודו שלילה

בנושא: שירות לאומי לבני מיעוטים, לעיל הערה 35. תוכנית זו אושרה על ידי הכנסת בחוק שירות לאומי בהתנדבות (תוכנית ניסיונית לבנים) (הוראת שעה), תשס"א-2001. מכוונו של חוק זה הופעלה התוכנית הניסיונית לתקופה של חמש שנים, עד ליום 31 באוגוסט 2006. כיום תלויה ועומדת הצעת חוק ממשלתית להפיכת השירות הלאומי להתנדבותי של בנים להסדר קבע, בדומה לשירות הלאומי של בנות. ראו הצעת חוק שירות לאומי בהתנדבות לבנים (תיקוני חקיקה), התשס"ו-2006, הי"ח הממשלה 250, בע" 529 (פורסם ביום 3 ביולי 2006). בשנים שבהן הורחב השירות הלאומי גם ביחס לבנים, נקלטו אלה בשירות באמצעות העמותות הכלליות שלומית ושל. לדבריה של מנכ"לית עמותת שלומית, עמותה זו עסקה בשנים 2005-2006 בהשמתם של 2,300 מתנדבות ומתנדבים במסגרות שונות של שירות לאומי. קבוצה זו כללה 125 בנים ערבים ויהודים, ומספרם של המתנדבים מקרב המיעוט הערבי (בנות ובנים כאחד) עמד על 120. נכון לספטמבר 2005 שירתו בשירות הלאומי כ-300 בנים בסך-הכל (ריאיון טלפוני עם מלכיאל דהן, לעיל הערה 39).

44 על-מנת לעמוד על מימד אידיאולוגי-נורמטיבי זה הטמון בסירוב הנשי חשוב לבחון את האופן שבו הבהירו והגדירו סרבניות המצפון שונות את הרציונל שעמד ביסוד סירובן. ארגון "פרופיל חדש", הפועל לאזרוח החברה הישראלית, הקים בתקופה האחרונה פרויקט המתעד את עדויותיהן האישיות של סרבניות המצפון שונות. דניה ועקנין, מן החותמות על מכתב השמיניסטים, כתבה במסגרת פרויקט תיעוד זה: "אינני זוכרת את הנקודה המדויקת בה התלסתי שאני לא מוכנה לקחת חלק פעיל בצבא... אנשים קראו לזה 'פציפיזם'... אני יודעת... שאני לא מקבלת את האיין ברירה, שאני לא יכולה להיות חלק מצבא, שאני לא יכולה לכבוש... כל מערכת הערכים שגיבשתי לעצמי מתנגשים באופן כה ברור עם שירות בצה"ל." טל מטלון, אף היא מן החותמות על מכתב השמיניסטים, שהמירה את השירות הצבאי בשירות לאומי בארגון הפמיניסטי "אשה לאשה", כתבה על הופעתה לפני ועדת המצפון, שהעניקה לה פטור משירות צבאי: "אני מתיישבת מולם והם שואלים אותי בשביל מה אני פה... אני פה כי אני פציפיסטית ואני מתנגדת לכל סוג של אלימות ולכן אני לא יכולה להיות חלק מארגון אלים." מורן פרחן כתבה גם

מלאה או תלקית של הערכים שהצבא מבוסס עליהם, ובמרכזם האלימות והשימוש בכוח. בכך נבדלו סרבניות המצפון ממתגדבות אחרות בשירות הלאומי, ששחרורן מן הצבא התבסס על טעמי נבצרות אובייקטיביים, כגון טעמים רפואיים, או על טעמים דתיים סובייקטיביים, שבמרכזם תפיסות פטריארכליות ביחס למהותן השונה של נשים בחברה. לעובדה שהמחוקק הישראלי הכיר בלגיטימיות של הסירוב המצפוני של נשים לשרת בצבא, ואף העניק להן מעמד הדומה לזה של יוצאיי צבא כאשר המירו את השירות הצבאי בשירות חברתי, הייתה אפוא השיבות נורמטיבית סמלית מיוחדת בהקשר זה, בהשוואה לקבוצות אחרות של נשים או גברים שפנו לשירות הלאומי. ביחס לסרבניות המצפון ניתן לומר שהחסות המשפטית תיזקה את המימד הרדיקלי שבמעשה הסרבנות הנשי, בכך שהעניקה בעקיפין הכשר למצע האידיאולוגי העומד בבסיסו של סירוב נשי זה, קרי, התנגדות לצבא או להיבטים מסוימים שלו. במילים אחרות, הגיבוי האידיאולוגי העקיף מצידה של מערכת המשפט העצים את ההתירה של הסרבנות הנשית תחת מרכזיותו של הצבא בחברה הישראלית, והרים תרומה להעצמת הלגיטימיות של הנתבי החברתי, בהשוואה לנתבי הצבאי, כבסיס לאזרחות שווה במדינת ישראל, ולהדגשת הצורך והצידוק שבפתיחתו של נתבי זה באופן מלא גם לפני קבוצות אחרות.<sup>45</sup>

יתרה מזו, על פניו נראה כי להצבת הנתבי החברתי כחלופה אידיאולוגית לגיטימית לנתבי הצבאי הייתה גם משמעות מיוחדת מפרספקטיבה פמיניסטית, בשל יחסיה הגומלין

היא! "היום, אני פטורה משירות צבאי, והשה הקלה כמות לא השתי כבר הרבה זמן. את העתיד שלי אני רוצה לקבוע בעצמי ואת התרומה שלי למדינה אני אחליט איך אני אעשה, ואני בהחלט אעשה... אני חושבת שסרבנות היא הדבר התידי שיציל את המדינה הזאת מהמצב שאנחנו נמצאים בו היום." נועה לוי, סרבנית מצפון נוספת, כתבה: "בגיל 19 החלטתי שאני פציפיסטית ושאינני רוצה להתגייס... להיות חלק מהמערכת הזו, זה בשבילי כמו לירות בערבים. ואני בחיים לא אירה באנשים, או גם לא אלבש מדים." שני וורנר, חברה פעילה בתנועת "פרופיל חדש" שהייתה מן היוזמות של פרויקט התייעוד של סרבנות המצפון הנשית, הוסיפה גם היא את הפרספקטיבה האישית שלה: "כשסיפרתי לאמא שלי שאני מסרבת להתגייס כיוון שאני פמיניסטית, היא אמרה לי: אם את פמיניסטית, לכו להיות טייסת קרב! התגובה שלה לא הפתיעה אותי, אבל מאוד הציקה לי. א/נשים נוטים לראות בפמיניזם ניסיון להוכיח שיגם אנתנו יכולות, ולא מודעים/ות למסר שחשוב לי: פמיניזם הוא מאבק בדיכוי, כל דיכוי. בשם המאבק הזה אני מסרבת." לעיון בפרויקט התייעוד במלואו ראו את האתר של "פרופיל חדש" [URL: <http://www.newprofile.org/showdata.asp?pid=145>].

45 בשנים האחרונות העלו חברי הכנסת אהדים הצעות חוק פרטיות שעניינן שירות אורחי כחובה או בהתנדבות לכלל אורחי המדינה. שלוש הצעות החוק המרכזיות בהקשר זה היו: הצעת החוק של חבר הכנסת רפאל איתן - הצעת חוק שירות לאומי (בני מיעוטים), התשמ"ה-1985; הצעת החוק של חבר הכנסת אמנון רובינשטיין - הצעת חוק שירות לאומי וקהילתי בהתנדבות, התשנ"ז-1996; והצעת החוק של חבר הכנסת יוסי כ"ץ - הצעת חוק שירות אורחי, התשס"ב-2002. ראו מסמך רקע בנושא: שירות לאומי לבני מיעוטים, לעיל הערה 35.

המורכבים שבין מרכזיותו של הצבא בהווה הישראלית לבין מעמדן הנחות של הנשים בישראל. השיח הפמיניסטי הביקורתי, חשוב לזכור, זיהה זה כבר את הספרה הצבאית כספרה שמעמידה במרכז את הגבר ואת הגבריות, ואשר מקיימת ומנציחה את אי-השוויון המגדרי בחברה. הצבא נתפס – חברתית, תרבותית והיסטורית – כארגון גברי הנשען על הגדרות דיכוטומיות היררכיות של נשיות וגבריות.<sup>46</sup> יש הטוענים כי גם נסיונות מן העת האחרונה לעודד אינטגרציה משמעותית יותר של נשים במערך הצבאי, דוגמת אלה שהוליד בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון,<sup>47</sup> אינם משנים באופן ממשי את הווייתו ה"גברית" של הצבא או את הערכים ה"גבריים" שהוא מבוסס עליהם ומנציח אותם. השתלבותן של נשים בתפקידי לחימה בצבא, למשל, אינה חותרת לפיכך תחת ההיררכייה הגברית הטבועה במוסד זה, אלא תורמת דווקא להגעתה הלכה למעשה.<sup>48</sup> שוויון מגדרי אמיתי יושג אפוא, לפי קו טיעון זה, באמצעות דה־מיליטריזציה של החברה הישראלית וחיזוק הווייתה האזרחית, נוסף על הנסיונות להשיג שוויון מגדרי פורמלי בתוך הצבא או כתחליף להם.<sup>49</sup> מבחינה זו השירות האזרחי של סרבניות-המצפון היותן צעד אחד בכיוון זה. הוא אפשר לקבוצה מסוימת של נשים לא רק לבטא התנגדות מצפונית למערך הצבאי ולסרב להצטרף לשורותיו, אלא במקביל, ונוסף על כך, להציג דפוס שונה בתכלית של עשייה חברתית. מפרספקטיבה פמיניסטית הייתה זו אפוא התנהלות נשית שקראה תיגר על מרכזיותו של הצבא בהווה הישראלית, ואגב כך הציבה דגם הפוך מההתנהלות הפמיניסטית המסורתית – דוגמת זו שבאה לידי ביטוי בעניין

46 ראו: A. Scales "Militarism, Male Dominance and Law: Feminist Jurisprudence as Oxymoron" 12 *Harv. Women's L. J.* (1989) 25; K. Abrams "Gender in the Military: Androcentrism and Institutional Reform" 56 *Law & Contemp. Probs.* (1993) 217; L.J. Peach "Women at War: The Ethics of Women in Combat" 15 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* (1994) 199

47 פ"ד מט(4) 94 (להלן: עניין אליס מילר).

48 ראו ד' יורעאלי "מגדור בשירות הצבאי בצה"ל" תיאוריה וביקורת 14 (1999) 85; א' ששון-לוי "חתרנות בתוך דיכוי: כינון והיות מגדריות של היילות בתפקידים 'גבריים'" תשמע קולי (י' עצמון עורכת, 2001) 277. לדיון עכשווי בהיקפה ובמשמעותה של תופעת ההטרדה המינית בצבא, ובהשפעתה על מעמדן של נשים במוסד זה, ראו גם נ' רימלט "על מין, מיניות וכבוד: התוק למניעת הטרדה מינית בראי התיאוריה הפמיניסטית והמציאות המשפטית" משפטים לה (תשס"ה) 601.

49 להצגת העמדה הפמיניסטית הקוראת לדה־מיליטריזציה של החברה הישראלית ראו: R. Mazali "And What About the Girls? What a Culture of War Genders Out of View" 6 *Nashim* (2003) 39-50; דיאנה דולב "בעד ביטול שירות חובה בכלל ושל נשים בפרט" (הרצאה כפרלמנט נשים שהתפרסמה באתר פרופיל חדש, ראו: <http://www.newprofile.org/showdata.asp?pid=871&language=he>). להצגה של עמדת-ביניים אשר דנה ומכירה ביתרונותיו של השירות הצבאי לנשים, אך גם בחסרונותיו, ראו פ' רדאי "הצבא – פמיניזם ואזרחות" פלילים ט (תשס"א) 185.

אליס מילר - שבמסגרתה הניסיון לקעקע את המבנה הגברי של הצבא נסמך על פרקטיקות אינטגרטיביות שבמרכזן התביעה להביא לידי שילובן השוויוני של נשים בצבא.<sup>50</sup> לצד המאבק לשוויון מבפנים, מיסדה אם כן סרבנות-המצפון הנשית, הלכה למעשה, נתיב שונה של מאבק מבהוץ, שבמרכזו התירה תחת מעמדו של הצבא בחברה וערעור מרכזיותו וחשיבותו של השירות הצבאי בהכניית המעמד האזרחי במדינת-ישראל. חשוב לציין כי מיסודו של מאבק זה כמאבק בעל משמעות פמיניסטית מובנת התרחש אף שלא כל סרבנות-המצפון הגדירו את מאבקן במונחים פמיניסטיים.<sup>51</sup> בניגוד למאבקה של אליס מילר, שתוכנן וגובש מראש כמאבק פמיניסטי, כאן - במאבק סביב סרבנות-המצפון הנשית - פרקטיקת ההתנהלות שהתפתחה בפועל היא שצבעה את המאבק בגוון פמיניסטי, ללא קשר למוטיבציה ולכוונות המקוריות של אלה שנטלו בו חלק.

עם זאת, מצב-דברים זה שבו נהנו נשים מזכות-יסוד בעלת מאפיינים חתרניים מובהקים לא היה נקי מקושי. כפי שהליגה שני וורנר במכתבה, המבנה המשפטי המיוחד שהקנה לסרבנות-המצפון זכות ממשית ורחבה יותר לחופש מצפון בהשוואה לגברים, ואשר אפשר להן להמיר את השירות הצבאי בשירות חברתי, חתר, מן הצד האחר, תחת המחאה הנשית שעמדה ביסוד מעשה הסרבנות ואשר ביקשה להישמע ולהיראות במרחב הציבורי כחלק ממעשה הסרבנות ובמסגרתו. למעשה, מתברר שאכיפתה ומימושה של הזכות הנשית הייחודית לא הצליחו להשתחרר לגמרי מן ההקשר המגדרי הפטריארכלי שבמסגרתו נולדה זכות זו. עובדה זו מאירה היבט חשוב נוסף בפועלו של הסדר המצפון הנפרד לנשים, וחושפת את תוצאותיו המורכבות יותר בכל הנוגע להשפעה שהייתה לו על יכולתם של נשים וגברים סרבנים להשמיע ולבטא קול מחאה כחלק ממעשה הסרבנות שלהם ובמסגרתו.

### ג. סרבנות-המצפון הנשית בין "קול" ומשפט

הכתיבה הפמיניסטית עוסקת רבות בנושא של מגדר ו"קול", תוך התמקדות בדרכים ובאופן שבהם הקול הנשי מושק, מופחת או מסולק מן השית הציבורי. המונח "קול" משמש בהקשר זה מטפורה לצרכים של נשים, לנסיון-תייהן או לערכים הנתפסים כנשיים, והטענה היא כי השתקתו של הקול הנשי מכוננת את השיח הנורמטיבי ואת המרחב הציבורי כמרחב גברי.<sup>52</sup> המשפט זוכה בהקשר זה בהתמקדות מיוחדת על בסיס התפיסה

50 לדיון מפורט ברקע למאבקה של אליס מילר, בדצינול הפמיניסטי שהזין אותו ובמשמעות ובהשלכות שהיו לפטיקה בעניינה, ראו רדאי, שם; ברק-ארו, לעיל הערה 33.

51 להצגת עמדתן המצפונית של חלק מהסרבניות ראו לעיל הערה 44.

52 את אותה הדוגמאות הבולטות לשימוש במטפורת הקול בכתיבה הפמיניסטית ניתן למצוא בעבודתה המחקרית של קרול גיליגן. ספרה הראשון השתמש במונח "קול" לתיאור שני דפוסים של מחשבה ושני אופנים של תפיסה אתית ומוסרית, תוך ניסיון לחשוף כיצד תפיסות מוסריות מקובלות מבוססות ומשקפות במידה רבה קול אחד (הקול הגברי)

הביקורתית המייחסת למשפט ולהליך המשפטי גם משמעויות פוליטיות של הכרה, מחד גיסא, ודה-לגיטימציה, מאידך גיסא.<sup>53</sup> יתרה מזו, בשל מרכזיותו של המושג "קול" בהגדרת המצע הפמיניסטי, הפמיניזם המשפטי נוטה לתפוס ולהציג מאבקים משפטיים פמיניסטיים כמיועדים להביא לידי השמעת קולה של האישה בספרה הציבורית, כנגד מסורת ארוכה של דתיקתו החוצה וסגירתו במרחב הפרטי. דהיינו, הדרתן של נשים מן הספרה הציבורית מוצגת ומפורשת בהקשר זה כבעלת מימד פיזי ומימד נורמטיבי בעת ובעונה אחת. אין מדובר רק בעצם דתיקתן של נשים מן המרחב הציבורי, אלא גם – ובעיקר – בהשתקתן של מצע נורמטיבי שבמרכזו ערכים וצרכים נשיים.

על רקע הדברים הללו דומה שצריך לבחון את הטענה שעלתה במכתבה של שני וורנר ביחס להשתקתה והעלמתה של תופעת הסרבנות הנשית. כאמור, האופן שבו נוסח חוק שירות ביטחון ופורש בכל הנוגע ליכולתם של גברים ליהנות מפטור משירות צבאי מטעמי מצפון הביא לידי הגבלה משמעותית של הזכות לחופש מצפון בצד הגברי. הגבלה זו הסיטה את הטיפול המשפטי בסוגיה אל המרחב הפלילי, שכן אלה מבין הסרבנים הגברים שהתמידו בסירובם, גם לאחר שהוכפפו להליכי משמעת, הועמדו לדין צבאי בגין סירוב למלא פקודת.<sup>54</sup> הליך ההפללה הזה, אף שפגע ברמה האישית באפשרות מימושה של הזכות לחופש מצפון, העצים את משמעותו הפוליטית של מעשה הסרבנות הגברי, שכן הוא חיזק את יכולתם של הסרבנים לבסא ולהשמיץ במרחב הציבורי את משנתם המצפונית והאידיאולוגית, שעמדה ביסוד המעשה והזינה אותו. במילים אחרות, המשפט הפלילי שנערך להם, שבו התבקשו הסרבנים להשיב על אישום של סירוב להתגייס לצה"ל ולהתגונן מפניו, סיפק לגברים הסרבנים כמה משפטית לפרישה והצגה של עמדתם המצפונית בסוגיית השירות הצבאי.

הדוגמה הבולטת לכך הוא משפטם של חמשת הסרבנים הסלקטיביים<sup>55</sup> וכן משפטו של

ומתעלמות מקיומו של הקול האחר – הקול הנשי. ראו ק' גיליגן בקול שונה (תשנ"ו). גם קתריין מקינזון, אחת המבקרות הבולטות של גיליגן, עושה שימוש רב במונח "קול", אולם בעוד גיליגן מתמקדת בחשיפת תכניו הפוויטיביים של הקול הנשי, מקינזון עוסקת בעיקר בויחוי ובהארה של המנגנונים הגורמים לדתיקתו של קול זה מן הספרה הציבורית ולהשתקתו. ראו: C.A. MacKinnon *Only Words* (Massachusetts, 1993). לכתיבה פמיניסטית נוספת בסוגיות אלה ראו: L. Irigaray "When Our Lips Speak Together" 6 *Signs* (1980) 69; *Women's Ways of Knowing: The Development of Self, Voice and Mind* (New York, M.F. Belenky, B.M. Clinchy, N.R. Goldberger & J.M. Tarule eds., 1986).

53 לריון מרתק בסוגיות של קול, מגדר וההליך המשפטי בהקשר הישראלי ראו לי' בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג (תש"ס) 421.

54 באופן ספציפי מדובר בעברה של סירוב למלא פקודה לפי סעיף 122 רישא לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171.

55 מט' 151/03, 174/03, 205/03, 222/03, 243/03 התובע הצבאי נ' הגי מטר, מתן קמינר, שמרי צמרת, אדם מאור, נעם בהט (לא פורסם) (להלן: עניין מטר ואח'). משפטיהם של



יונתן בן-ארצי.<sup>56</sup> משפטים אלה נתפסו על-ידי הנאשמים כמשפטים פוליטיים, ולפיכך פרישת האידיאולוגיה הפוליטית העקרונית המנחה אותם נהפכה לנדבך מרכזי בהגנתם.<sup>57</sup> בנסיבות אלה הקפיד כל אחד מן הנאשמים להעיד באריכות ובאופן אישי על הסיבות, המניעים והרקע האישי והאידיאולוגי שעמדו ביסוד מעשה הסרבנות, ובית-הדין הצבאי לא רק שנתן במה לעדויות מפורטות אלה, אלא אף הביא פירוט שלהן בהכרעת-הדין, אשר בסופו של דבר הרשיעה את הסרבנים בסירוב למלא פקודה.<sup>58</sup> בחסות המשפט ובמסגרתו זכה אם כן קול המחאה הגברי להשמיע ולהישמע,<sup>59</sup> והדברים עוררו הדים והשפיעו על הדיון האקדמי ועל השיח הציבורי בכללותו בסוגיית הסרבנות.<sup>60</sup> באופן דומה תרם גם

- חמשת סרבני המצפון התנהלו במאוחד, והכרעת-הדין המרשיעה המשותפת גיתנה ביום 16.12.2003. גזר-הדין ניתן ביום 4.1.2004. לתיעוד מפורט של עמדתו המצפונית של כל אחד מחמשת הסרבנים, כפי שבאה לידי ביטוי בעדויותיהם האישיות במהלך משפטם, ראו משפטי הסרבנים (דב הנין, מיכאל ספרד ושרון רוטברד עורכים, 2004) 39-128.
- 56 מט' 129/03 התובע הצבאי נ' יונתן בן ארצי (לא פורסם). יונתן בן-ארצי עמד לדין לאחר שוועדת המצפון סירבה להכיר בו כפציפיסט, ואילו הוא התמיד בסירובו להתגייס לצבא. הכרעת-הדין בעניין בן-ארצי ניתנה ביום 12.11.2003, וגזר-הדין ניתן ביום 21.4.2004. לתיעוד עמדתו המצפונית של בן-ארצי, כפי שנפרשה בחקירתו הראשית על-ידי סגורו במהלך משפטו, ראו משפטי הסרבנים, שם, בע' 243-255.
- 57 בספר משפטי הסרבנים כתב עו"ד דב חנין, סגורם של חמשת סרבני-המצפון הסלקטיביים, את הדברים הבאים: "משפט הסרבנים היה פוליטי, אבל הוא היה גם משפט. ההקשר הפוליטי יצר את המשפט הזה, הכתיב את אופיו ובמידה רבה גם את תוצאותיו... עברנו, קביעת קו ההגנה הייתה שאלת יסוד. הגנה משפטית מתנהלת בתוך שדה של עובדות נתונות... ועובדות היסוד של העניין כאן היו אלה: החמישה הינם סרבני מצפון. הם סרבני כיבוש מטעמי מצפון... ולכן לתמישה היה חשוב להסביר בגלוי את הטעם לסירובם. היה להם חשוב להציג, מעל במת בית הדין, את עמדתם המצפונית, אותה עמדה שבגינה הם היו מוכנים לשלם את המחיר הכבד. קו ההגנה צריך היה לאפשר לתמישה להביא את דברם - לחייב משפטית את בית הדין לשמוע את הדברים, נוקבים וקשים ככל שיהיו." ראו ד' חנין "מדריך מקוצר למשתמש" משפטי הסרבנים, שם, בע' 162.
- 58 בית-הדין הקדיש את כל חלקה הראשון של הכרעת-הדין להצגת השקפות-העולם של הנאשמים, תוך שהוא מפרט ופורש בהרחבה את משנתו המצפונית של כל אחד מן הנאשמים, כפי שבאה לידי ביטוי בעדויותיהם המפורטות לפני בית-הדין. ראו הסעיפים הראשונים להכרעת-הדין בעניין מטר ואח', לעיל הערה 55.
- 59 על מרכזיותו של המושג "קול" במאבקם של סרבני-המצפון הגברים, ועל החשיבות שהם עצמם ייחסו להשמעתו במרחב הציבורי, ניתן ללמוד מן האופן שבו חזרו הללו והדגישו היבט זה כחלק בלתי-נפרד ממאבקם. כך, למשל, את דברי המבוא שכתב גרי אלגזי לספר משפטי הסרבנים הוא הכתיר בכותרת "להקשיב לקול הסירוב". אלגזי, לעיל הערה 2.
- 60 הכתיבה האקדמית בסוגיית הסרבנות הגברית החלה בעקבות ההליכים המשפטיים



שלב ההרשעה והענישה הפלילית במשפטם של הסרבנים הגברים להאדרת מעשה הסרבנות הגברי ומשמעותו מבחינה ציבורית ופוליטית. הן בהכרעת-הדין והן בגזר-הדין הכביר בית-הדין מילים על הסכנה הטמונה במעשיהם של הסרבנים מבחינת האיום על הסדר הציבורי, על כוחו של הצבא למלא את תפקידו ועוד.<sup>61</sup> גם השמתם מאחורי סורג וברית האדירה מעשה סרבנות זה, שכן היא זימנה לסרבנים הגברים אפשרות להפגין בפומבי התנגדות ואומץ-לב. יתרה מזו, ניתן להוסיף ולטעון כי משמעותו של מפגן פומבי זה בראייה ציבורית, וחשיבותו העקרונית מבחינתם האישית של הסרבנים, שאבו את תוקפן ממערך גורמטיבי בעל השיה מגדרית מובהקת, שבמרכזו מושגים צבאיים-גבריים מובהקים, כגון "כוח", "אומץ" ו"גבורה".<sup>62</sup> כך, למשל, גראה כי לא בכרי בחרה אחת מתנועות הסרבנות הגבריות לכנות את עצמה "אומץ לסרב". בדרך זו המונח "אומץ", המייצג תכונה "גברית" שהצבא מטפח ונבנה עליה, גויס לשיח הסירוב על-ידי הסרבנים הגברים עצמם, תוך שנכונותם לשלם את מחיר הסירוב, גם בצורה של ישיבה בכלא, מאירה את יסוד האומץ הגלום במעשה ומדגישה בהיבט את חשיבותו. בנסיבות אלה נראה כי ההחלטה המשפטית לפגוע בחירותם של הסרבנים על-ידי גזירת עונש מאסר לא רק שתרמה להרואיזציה של המתאה הגברית מנקודת-ראות ציבורית, אלא אף העצימה

שהתנהלו בעניינו של סרבן-המצפון הסלקטיבי גדי אלגזי בראשית שנות השמונים: בג"צ 470/80 גדי אלגזי נ' שר הכטחון (לא פורסם). ראו: Y. Shachar "The Elgazy Trials – Selective Conscientious Objection in Israel" *12 Israel Year Book on Human Rights* (1982) 214. ראו גם ל' שלף קול הכבוד – סרבנות מצפונית מתוך נאמנות אזרחית (1989) 95–151. בעקבות הכרעת בג"צ בעניין זונשיק, לעיל הערה 32, הוקדש כרך שלם של כתבי-העת *Israel Law Review* להכרעה זו ולשאלת ההבחנה בין סרבנות-מצפון אוניוורסלית לבין סרבנות-מצפון סלקטיבית, כפי שהיא נאכפת ביחס לגברים. ראו: *36 Isr. L. Rev.* (2002). משפטיהם של יונתן בן-ארצי ושל חמשת סרבני-המצפון הסלקטיביים, לעיל הערות 55 ו-56, תועדו בספר מיוחד שהוקדש להם, הכולל קטעים מעדויותיהם של הנאשמים, מסיכומיהן של התביעה וההגנה, וכן מפסקי-הדין הרלוונטיים. ראו משפטי הסרבנים, לעיל הערה 55. לכתובה אקדמית נוספת העוסקת במאבק המצפוני הגברי ראו זיים גנו "ימין ושמאל: אי ציות אידיאולוגי בישראל" אלפיים (תשס"ד) 9; דוד אנוך "על פסק הדין של בית הדין הצבאי בעניין חמשת הסרבנים בעקבות התובע הצבאי ג' מסר ואח" משפט וממשל ה (תשס"ה) 701.

61 כך, למשל, נכתב בגזר-הדין: "...במקרה שכזה, כשמעשה העבירה נועד לסחוף אחריו את הרבים להפרת חוק המוני, שיקול הרתעת הרבים הוא שיקול לגיטימי בהטלת עונש על העברין. אכן, אחד הטעמים לכך שהופש המצפון לא היווה מגן מפני הרשעה פלילית של הנאשמים בעבירה היה החשש, שהרבים ינהו אחרי מעשיהם של הנאשמים ובכך ייגרם נזק כל יסוער לצבא ולמדינה." ראו משפטי הסרבנים, לעיל הערה 55, בע' 326.

62 לדיון מפורט באופן שבו הצבא והצבאיות מעמידים במרכזם את הגבר ואת הגבריות, מבחינת מערך המושגים והתפיסות הגורמטיביות שהם מבטאים ומנציחים, ראו את המקורות המצוינים לעיל בהערות 48–49.

וחיוקה בעת ובעונה אחת את תפיסתם העצמית של הסרבנים, שכן היא אפשרה להם להפגין בפומבי את גבורתם ואת אומץ-ליבם – תכונות שהן חלק בלתי-נפרד מזהות גברית ותנאי הכרחי לכינונה.

כל הדברים הללו – ההפלה, הגמה המשפטית והמפגן הפומבי של גבורה – לא עמדו לנשים הסרבניות באופן מסורתי. הללו הודרו להלוטין מן הפרקטיקות המשפטיות האלה, והדרה זו השתיקה והעלימה את מאבקן המצפוני, והבנתה אותו במונחים של שוליות וחוסר חשיבות. על כך, כאמור, הלינה שני וורנר במכתבה הפומבי מלפני כשלוש שנים. בשנים אלה, חשוב לזכור, סירבו מאות נשים להתגייס לצבא מטעמים אידיאולוגיים שונים ומתוך ניסיון להביע בכך מתאה ערכית, לעיתים דומה לזו של הגברים אך לעיתים גם שונה. יתרה מזו, כפי שצוין לעיל, בניגוד לגברים שנשלחו לכלא, סרבניות-המצפון, לפחות בחלקן, התנדבו לשירות לאומי-חברתי במקום השירות הצבאי, והקדישו את עצמן לפעילות בקהילה, לסייע לקבוצות חלשות ולקידום האינטרס הציבורי בהקשרים שונים. בעצם המעשה הזה של המרת השירות הצבאי בשירות אזרחי, שבמרכזו עשייה חברתית, הן חתרו הלכה למעשה תחת הצבא והערכים ה"גבריים" שהוא מבטא ואוכף. כנסיבות אלה יש לתהות מדוע תרגום מחאתן לעבודה חברתית מן הסוג הזה לא זכה – בחסות המבנה המשפטי הקיים – בכל הכרה ציבורית.

תשובה אפשרית לכך יכולה להיסמך על הטענה שתרומה חברתית זו לא הייתה כרוכה בעימות כוחני-גברי עם המדינה. סרבניות-המצפון לא נאלצו להיאבק כאמור על שחרורן מטעמי מצפון. הן זכו בו ללא קושי רב, בין היתר בשל החשיבות המועטה המיוחסת לשירותן הצבאי של נשים בהשוואה לזו של גברים. גם העובדה שהעשייה החברתית של הנשים במסגרת השירות הלאומי לא הייתה כרוכה בהפגת תכונות וערכים "גבריים" כגון אומץ-לב, שבמרכזו הנכונות להקרבת הגוף או החיים, אלא לכל-היותר בתכונות נשיות כגון חמלה, דאגה לזולת ואכפתיות, יכולה להוסיף נדבך נוסף להסבר. הרי תכונות וערכים נשיים אחרונים אלה אינם כאלה שהשיה המשפטי הצבאי מטפת או מייחס להן חשיבות כלשהי, ודומה שהשפעתו של שיח זה, מבחינת התיררכיית המגדרית הערכית שהוא מבטא ואוכף, חורגת מן השיח הצבאי ומשליכה על השיח הציבורי והמשפטי כולו.<sup>63</sup>

ביטוי מוחשי לדברים הללו ניתן למצוא בפסק-הדין בעניין חמשת סרבניות-המצפון הסלקטיביים. כאשר ביקשו חמשת הסרבנים שיתאפשר להם להמיר את השירות הצבאי בשירות לאומי, ציין בית-הדין הצבאי כי אפשרות זו אינה ניתנת למימוש על-פי החוק, אולם הוסיף וקבע כי בכל מקרה שירות אזרחי אינו חלופה ראויה לשירות צבאי, שכן "שירות צבאי הוא בעל מאפיינים מיוחדים וטמונות בו סכנות מיוחדות" [ההדגשה שלי – נ' רי].<sup>64</sup> האפשרות שיסוד התרומה לחברה הגלום בשירות אזרחי יכול להשתוות לתרומה שיש בשירות צבאי, ובכך לבסס חלופה אפשרית לשירות הצבאי, נדחתה אפוא על הסף.

63 ראו: Mazali, *supra* note 49.

64 עניין מטר ואח', לעיל הערה 55, סעיף 2.5. להכרעת-הדין, ראו גם משפטי הסרבנים, לעיל הערה 55, בע' 219.

השמתם של הסרבנים הגברים מאחורי סורג ובריה הוצגה בניסיונות אלה כמענה הציבורי והמשפטי ההולם היחיד למעשה הסרבנות, אף שבית-הדין חווה וקבע כי השתכנע שהסרבנים נחושים בכל מקרה להתמיד בסירובם. ענישתם החמורה של הסרבנים לא נועדה אם כן להניעם להרהר מחדש בסירובם. הסירוב כשלב זה היה "מעשה עשוי" גמור ומחלט. הכליאה נועדה לבטא ולאשש תפיסה היררכית מובהקת ביחס למרכזיותו, חשיבותו וייחודו של השירות הצבאי בהשוואה לכל עשייה אורחית-הברתית אחרת. תפיסה זו שלחה בדיעבד מסר מבטל ומפחית ביחס למשמעותה של העשייה ההתנדבותית של כל אותן נשים סרבניות. יתרה מזו, ההכרה במימד הנודרמטיבי הגלום בתפיסה מבטלת זו של השירות הלאומי יכולה לתרום רובד נוסף להסבר מדוע עשייה נשית זו לא היוותה מקור לעניין או לדיון ציבורי בהשוואה לעשייתם של גברים שניהלו עימות כוחני עם רשויות הצבא והוכפפו לפרקטיקות של ענישה בבית-הכלא הצבאי.

בניגוד לסרבנות הגברית, הסרבנות הנשית התקיימה אפוא באופן גלוי רק ברמה האישית – נשים ספציפיות זכו בפטור משירות צבאי לאחר שהצליחו לשכנע את רשויות הצבא כי טעמים שבמצפון מונעים אותן מלשרת שירות צבאי. המימד הציבורי והפוליטי של הסרבנות הנשית נהפך בחסות מבנה זה לבלתי-נראה לחלוטין, תוך השתקת קול המצפון הנשי כקול מובחן בספרה הציבורית.<sup>65</sup> בשיח הציבורי והמשפטי בישראל הומשגה אפוא סרבנות-המצפון כתופעה "גברית", הן מבחינת מיהות הדמויות המזוהות עימה והן מבחינת הערכים שהיא מבטאת ומייצגת. הבניה מוטת-מגדר זו של תופעת סרבנות-המצפון העלימה לא רק את סרבניות-המצפון הישראליות כקבוצה רלוונטית לדיון בסרבנות-המצפון, אלא גם את ההקשר הפמיניסטי-הנשי הרחב יותר שבמסגרתו חשוב להבין ולנתח תפיסות אידיאולוגיות שבמרכזן פציפיזם והתנגדות לאלמות, וכן את האתגר הנורמטיבי התחריגי שהן מציבות לשיח המיליטריסטי הנוהג.

בהקשר זה חשוב לזכור כי החיבור בין פמיניזם לבין התנגדות למיליטריזם הוא חיבור רב-שנים הן ברמה התיאורטית והן ברמה הארגונית.<sup>66</sup> בבסיס החיבור הזה עומדות שתי

65 נראה כי את הביטוי המובהק ביותר להעלמתה של סרבנות-המצפון הנשית כתופעה חברתית מובחנת ובעלת משמעות ניתן למצוא בפרשת לאורה מילוא. באחד מגלגוליה המשפטיים של פרשה זו, כאשר נדרש בית-המשפט לבקשתה של לאורה מילוא לקיים דיון נוסף בעניינה, אמר השופט השני את הדברים הבאים: "עניין כעניינה של העותרת – אישה המסרבת לשרת שירות ביטחון מטעמי מצפון 'סלקטיביים' – עניין נדיר וחריג הוא עד-מאור, ותעיד על כך העובדה שזו לנו הפעם הראשונה בה נדרש בית-המשפט לסוגיה זו. המדובר הוא אפוא במקרה ייחודי, נדיר וחריג. וכפי שהסברנו במקום אחר: 'מקרה שכזה – שהוא כה ייחודי ונדיר – לא יהיה זה יעיל לשונם ולדון בו דיון נוסף'." ראו דג"צ 7802/04 לאורה מילוא נ' שר הבטחון (ניתן ביום 7.11.2004 – טרם פורסם), פסקה 10 לפסק-הדין. אמירה זו של השופט השני לא רק שאינה משקפת נכוחה את המציאות מבחינת תיאור היקפה של תופעת סרבנות-המצפון בקרב נשים, אלא גם גותנת ביטוי עמוק וממשי ליחס המדיר והמפחית של המשפט כלפי "קול" המצפון הנשי.

66 כבר בראשיתה של המאה העשרים היו אלה ארגונים פמיניסטיים שהציבו את העקרונות

טענות מרכזיות הניוונות משני זרמים פמיניסטיים תיאורטיים שונים. מצד אחד, הפמיניזם התרבותי מספק רציונל של שונות ערכית ופסיכולוגית של נשים, שביסודה ערכים כגון דאגה לזולת, אמפתיה, אתיקה של קשר וכיוצא בהם, המהווים את הבסיס האידיאולוגי שממנו צומחת ההתנגדות הנשית לאלים ולשימוש בכוח ככלי לפתרון סכסוכים.<sup>67</sup> לעומתו, הפמיניזם הרדיקלי מזהה את הספרה הצבאית כחוליה משמעותית במערך חברתי ומשפטי "גברי" רחב יותר שבמסגרתו מונצחים ונאכפים הכפפתן ושעבודן של נשים לגברים. מיגור הצבא והצבאיות הוא אפוא צעד הכרחי מכוחה של תפיסה זו לצורך קידום מעמדן של נשים בחברה.<sup>68</sup> אם כן, ברמה העקרונית השיח הפמיניסטי תורם נדבך חשוב לעיסוק בסרבנות-מצפון ובהתנגדות לצבא ולצבאיות. המשנתו של הדיון הישראלי בסרבנות-מצפון במונחים "גבריים" כלכד הדירה והעליטה נדבך מהותי זה, ובכך היוקה וקיבעה – במסגרתו של שיח הסרבנות – את אותו מערך נורמטיבי היררכי שהדיון הפמיניסטי מגסה לקעקע ולמגר. הייתה זו אפוא הדרה והשתקה לא רק של ציבור נשים מסוים, אלא גם של מצע תיאורטי-נורמטיבי שנשים אלה קידמו הלכה למעשה, גם אם לא תמיד במודע.

של התנגדות לאלים, שלום וצדק במרכז המצע שלהם, הן כעקרונות המבטאים תפיסת-עולם מהותית והן ככאלה שצריכים להכתיב ולאפיין את אופי התנהלותם של ארגוני נשים. תחילה הנחו עקרונות אלה את מאבקם של חלק מארגוני הנשים במדינות אירופה השונות להשגת זכות הצבעה לנשים, ומאוחר יותר עמדו עקרונות אלה בבסיס טקסטים אידיאולוגיים ופעולות מחאה נגד מלחמת-העולם הראשונה ומלחמת-העולם השנייה. ראו: R.J. Evans *Comrades and Sisters – Feminism, Socialism and* (Great Britain & New York, 1987). אחד הטקסטים הפמיניסטיים הידועים העוסקים בקשר שבין נשים, נשיות והתנגדות למלחמה הוא ספרה של וירג'יניה וולף שנכתב בשנת 1938, ערב מלחמת-העולם השנייה, שבו הוצג הפמיניזם כמענה לפשיזם ולמיליטריזם הגבריים. ראו וירג'יניה וולף שלוש גיניאות (1985). ביטוי ישראלי עכשווי לתפיסות אלה ניתן למצוא בפעילותו של ארגון "פרופיל חדש", המשלב אידיאולוגיה פמיניסטית פציפיסטית עם פעילות ארגונית המנסה לקדם אידיאולוגיה זו ולתת לה ביטוי בספרה הציבורית בישראל. רק לאתרונה ניסתה סרבנית-המצפון עידן חלילי לקדם הכרה צבאית וציבורית בקשר שבין פציפיזם לבין פמיניזם, כאשר ביקשה פטור מצפוני משירות צבאי על בסיס הטענה כי השקפת-עולמה הפמיניסטית מונעת אותה מלשרת במוסד גברי דוגמת הצבא, אשר מדכא ומקפח נשים. בקשתה של עידן חלילי סורבה בתחילה, והיא נידונה לתקופת מאסר של ארבעה-עשר יום. בסופו של דבר, בדצמבר 2005, לאחר שהתאפשר לה להופיע לפני ועדת המצפון, הוזלט לא להכיר בפמיניזם כעילה לפטור מצפוני, אלא לשתרר משירות צבאי בנימוק של "איי-התאמה". ראו עידן חלילי "גאה בחוסר התאמתו לצבא" (פורסם באתר פרופיל חדש <http://www.newprofile.org/showdata.asp?pid=1024&language=he>).

67 להצגה של העמדה הפמיניסטית התרבותית כמצע אנטי-מיליטריסטי ראו, למשל: S. Ruddick *Maternal Thinking – Toward a Politics of Peace* (New York, 1989)

68 להצגה של העמדה הרדיקלית בהקשר זה ראו: Scales, *supra* note 46.

על רקע הדברים הללו באה אם כן קריאתה של שני וורנר להכרה פומבית בצעם מעשה הסרכנות הנשי וכמשמעותו הנפרדת. עם זאת, שני וורנר לא הייתה היתידה שקראה לשינוי; גם מן הצד הגברי נשמעה תביעה לשינוי. אולם בעוד עיקרה של התביעה הנשית היה למתן קול והכרה, עיקרה של התביעה הגברית היה לשוויון משפטי פורמלי באמצעות החלת ההסדר הנשי על גברים. עובדה זו היא שהניעה את השלב האחרון בגלגוליו של הסדר המצפון המיוחד לנשים – השלב שבו פינה הסדר זה את מקומו לטובת הסדר המושתת על אמות-מידה מקובלות של שוויון שעניינן מתן יחס דומה לנשים ולגברים.

#### ד. על מצפון נשי, מצפון גברי ושוויון מגדרי בראי פרשת לאורה מילוא

##### 1. פתח-דבר

את התביעה להכפפתו של הסדר המצפון הצבאי לעקרונות השוויון בין המינים השמיצו כאמור ראשונים, בקול צלול, המשת הסרבנים הסלקטיביים. טענתם הייתה כי כשם שהצבא נוהג לפטור משירות צבאי נשים סרבניות המבססות את בקשת הפטור שלהן על טעמי סרבנות סלקטיביים שעניינם התנגדות לכיבוש הצבאי בשטחים, כך יש להעניק פטור דומה גם לגברים.<sup>69</sup> הצבא הגיב על טענה זו באופן מעניין. במקום להודות בהחלטה של מדיניות שונה על גברים ועל נשים, הגדרת מנוסחם השונה של סעיף המצפון הנשי וסעיף המצפון הגברי, בחר הצבא להיתלות בטענת הטעות. בהקשר זה נטען כי אם סרבניות מטומות קיבלו במשך השנים פטור משירות צבאי לאחר שהשמיצו טעמים של

69 טענה זו הועלתה לראשונה כטענה מקדמית מפי בא-כוחם של המשת הסרבנים, יחד עם טענות מקדמיות אחרות שנועדו כל-כולן להביא לידי ביטולם של כתבי-האישום נגד הנאשמים כבר בשלב ההוא. טענת ההפליה שהעלה הסנגור התבססה על צניינה של סרבנית-מצפון סלקטיבית, הרס גולדמן, שבקשת הפטור שהגישה בזמנו לוועדת השחרורים הוגשה כראיה לבית-הדין. גולדמן נימקה את התנגדותה לשירות צבאי בטעמים שעניינם התנגדות לכיבוש הצבאי בשטחים, וזכתה בפטור משירות צבאי. בנסיבות אלה טען הסנגור כי משעה שצה"ל מסווג את ההתנגדות לכיבוש בצד הנשי כ"טעם מצפון", ומתייחס אליה כמו אל התנגדות פציפיסטית כללית לשירות צבאי, הוא אינו יכול לא לנהוג באופן דומה גם לגבי הצד הגברי, ולא להכיר שם בסרבנות סלקטיבית כסרבנות-מצפון הראויה להכרה. ראו מסמך הטענות המקדמיות של ההגנה, בע' 7 (העתק מהמסמכים מצוי בידי המחברת). סנגורו של יונתן בן-ארצי נאחז בטענת ההפליה על בסיס מין מכיוון שונה במעט. טענתו הייתה כי בעוד אתו השחרור של בנות הטוענות לפציפיזם גבוהים ביותר, הנתון המקביל ביחס לגברים מגלה כי רוב בקשותיהם של הפציפיסטים נדחות. ראו נאום הסיכום של ההגנה המצוטט במשפטי הסרבנים, לעיל הערה 55, בע' 325-327.

סרבנות סלקטיבית, אין זאת אלא שנפלה שגגה אצל רשויות הצבא, ולכן מכאן ואילך הבטיח הצבא להקפיד להחיל על נשים הכתנה דומה לזו שהוא מחיל על גברים.<sup>70</sup> מאותו רגע אכן החל הצבא להחיל בפועל על נשים מדיניות דומה לזו שהוחלה במשך השנים על גברים. דהיינו, הצבא החל לסרב לבקשות של נשים לפטור מטעמי מצפון שהתבססו על נימוקים של סרבנות סלקטיבית. כך סורבה, למשל, בקשתה לפטור של לאורה מילוא, שביקשה פטור משירות צבאי בשל התנגדותה לכיבוש הצבאי בשטחים.<sup>71</sup> אם כן, אף ששני וורגרו והברותיה ממתוורים קודמים זכו בפטור כאשר השמיצו נימוקים מצפוניים סלקטיביים דומים, בקשתה של לאורה מילוא לפטור נדחתה, ולאחר שזו התמידה בסירובה להתגייס, היא נשלחה למאסר.

מהלך זה של שינוי מדיניות מצידו של הצבא הביא את הסוגיה לפתחו של בית-המשפט העליון. לאחר שבקשתה לפטור סורבה, החליטה לאורה מילוא לעתור לבית-המשפט הגבוה לצדק בניסיון להסיג את הגלגל לאחור. בעתירתה טענה מילוא כי אין מקום להעניק יחס דומה לנשים ולגברים בכל הנוגע לסרבנות סלקטיבית, שכן ביחס לנשים התוק מכיר במפורש בזכותן לחופש מצפון ובזכותן לפטור משירות צבאי בהתבסס על זכות זו. לעומת זאת, ביחס לגברים, כך נטען, אין כלל הכרה חקוקה מפורשת בזכות לחופש מצפון כמקימה פטור עצמאי משירות צבאי. מדובר כאמור בהסדר כללי, אשר אינו מתייחס כלל לטעמי מצפון באופן מפורש כעילה ספציפית למתן פטור, אלא שואב את

70 בהחלטה, שדחתה את כל טענותיה המקדמיות של התגנה בתיק, התייחס בית-הדין גם לטענת ההפליה שהעלו הסרבנים וקבע: "בכל הנוגע לטענת ההפליה, קיבלנו את הסבריו של התובע, כי ההפליה לטובה של שתי המלש"ביות [=מועמדות לשירות בטחוני] גולדמן ושנהב נבעה משגגה של בעלי תפקידים במערך הגיוס ולא ממדיניות מכוונת... משהובטח, כי ההנחיות ירועגנו אצל כלל גורמי הגיוס וכי המדיניות, כפי שהוצגה על ידי התובע, היא זו הנקוטה ולא מדיניות מפלה כלשהי, נחה הדעה, כי אין מקום לתקן עיוות ע"י גרימת עיוות נוסף, וכי אין מקום כאן 'לחנך' את הרשות רק בשל שגגה תמת לב של מי מפקידיה". ראו החלטת-ביניים בעניין מטר ואחי, לעיל הערה 55, בע' 18 (לא פורסם, העתק מההחלטה מצוי בידי המחברת).

71 לקראת תאריך גיוסה המיועד, שנקבע ליום 30.9.2003, שלחה מילוא מכתב לוועדת הפטור שבצבא, שבו ביקשה פטור משירות ביטחון והסבירה: "לא אוכל לשתף פעולה עם צבא הכיבוש של מדינת ישראל... אני מתנגדת לכיבוש, אני מתנגדת אליו לא משום שהוא פוגע בנו באופן ישיר, אלא בעיקר מסיבה אידיאולוגית. הכיבוש סותר את האידיאולוגיה ההומנית-מוסרית שלי... מטשלת ישראל מנהיגה מדיניות של השפלה יומיומית בשטחים הכבושים אשר מתבטאת בעיקרה בנוכחותם של חיילי צה"ל. לא אקח חלק בגוף אשר מצצע מדיניות פסולה מבחינה מצפונית... מבחינת המצפון האישי, צו מצפוני אומר לי בבירור שצה"ל הוא גוף לא מוסרי, ושזו לא הדרך המתאימה לי לתרום למדינת... אני לא מתכוונת להרים ידיים בקלות - זו המדינה שליו זכותי הדמוקרטית היא לעצב אותה לפי הערכים שלי, שאמורים להיות גם ערכי היהדות בכלל...". לעיל הערה 6, בע' 171.

תוקפו מן המונח "טעמים אחרים", ומעניק שיקול-דעת רחב לשר הביטחון אם להיענות לבקשת הפטור אם לאו. לפיכך, המשיכה וטענה מילוא, אף אם החליט השר כי ביחס לגברים אין מקום להתחשבות בסרבנות סלקטיבית, ביחס לנשים החוק מחייב התחשבות והכרה הן בסרבנות כללית, שעניינה פציפיות, והן בסרבנות סלקטיבית, שבה הסירוב לשרת בצבא נובע מטעמים ספציפיים של התנגדות לשליטה הצבאית בשטחי הגדה ובעזה.<sup>72</sup> לאורה מילוא ביקשה אם כן מבית-המשפט להגן על ההסדר המשפטי הנפרד שייחד המחוקק למצפון הנשי – להבדיל מן המצפון הגברי – ולאוכפו כלשונו.

## 2. השלב הראשון: יחס דומה לדומים

בית-המשפט העליון נדרש אפוא במסגרת עתירתה של לאורה מילוא לדון בפעם הראשונה במשמעותם של הסדרי המצפון השונים שהחוק מחיל על נשים ועל גברים, ובפרשנותם הראויה. לבית-המשפט העליון, כך מתברר, לא היה צל של ספק ביחס לתוצאה הראויה. בית-המשפט לא רק שדחה את עתירתה של לאורה מילוא, אלא שהוא ביטל בפועל את הוכות הייחודית שהוענקה לנשים לפטור משירות מטעמים של הופש מצפון, והחיל על נשים את ההסדר הצר והדוקני שחל עד אז רק על גברים. ביטול זה נעשה, חשוב לציין, גם בהסתמך על גימוקים של שוויון בין המינים. השופטת פרוקצ'יה, שכתבה את פסק-הדין העיקרי, חילקה את דיונה בהקשר זה לשני שלבים. בשלב הראשון היא בחנה את הוראותיו של סעיף 36 לחוק – הסעיף שהובן ופורש על-ידי כל הצדדים לעתירה, ובכלל זה המדינה, כעוסק באופן בלעדי בסרבנות-מצפון של גברים.<sup>73</sup> השופטת פרוקצ'יה, לעומת זאת, יצקה לו פרשנות אחרת. היא קבעה כי סמכותו של שר הביטחון לפי סעיף זה אינה מבחינה בין גבר לאישה, שכן היא חלה על כל "יוצא-צבא" כהגדרתו בחוק, והגדרה זו חלה על גבר ועל אישה כאחד. מכאן הסיקה אפוא השופטת לא רק שהסעיף חל על נשים ועל גברים כאחד, אלא מקל וחומר שגם ההבחנה שנוצקה לתוכו בין פציפיות לסרבנות סלקטיבית חלה על שני המינים גם-יחד.<sup>74</sup> תוצאה זו התחייבה לטעמה של השופטת גם מטעמים של שוויון בין המינים. השופטת סברה שהחלת מגנן הפטור ה"גברי" – המצומצם יותר בענייני מצפון – גם על נשים מתחייבת, כראש ובראשונה, על רקע זה שבכל הנוגע לענייני מצפון אין כל הבדל רלוונטי בין נשים לבין גברים. כמו-כן

72 ראו עתירה למתן צו על-יתנאי וצו-ביניים בענין לאורה מילוא (העתק מהעתירה מצוי בירי המחברת).

73 ראו הודעה מטעם פרקליטות המדינה בענין לאורה מילוא (העתק מההודעה מצוי בירי המחברת).

74 באופן ספציפי סיכמה השופטת וקבעה: "ערך השוויון המהותי מצדיק אפוא התייחסות שוויונית אל גבר ואל אישה בהפעלת סמכותו של שר הביטחון על פי סעיף 36 לחוק לפטור יוצא-צבא משירות בשל טעמי מצפון. כך הוא באשר להחלת הפטור על סרבנות מצפון כללית, וכך הוא באשר לאי החלת הפטור על סרבנות סלקטיבית." לעיל הערה 6, בע' 185.



נקבע שהחלה משותפת זו של החוק מבטאת גם הכרה בתרומתן השווה של נשים לשירות הביטחון, שהרי מי שמהווה חוליה חיונית במערך הצבאי הוא גם מי שאי-אפשר לוותר בקלות על שירותו הצבאי. דהיינו, הכפפתן של הנשים לאותן הגבלות בעניין מימוש זכותן לחופש המצפון כמו אלה המוטלות על גברים פורשה על-ידי השופטת לא כפגיעה, אלא כמקדמת הלכה למעשה עקרונית של שוויון מהותי בין המינים, שכן היא נותנת בין היתר ביטוי לעמדה שתורמתן של נשים לשירות הביטחון שווה לזו של גברים.<sup>75</sup>

### 3. השלב השני: יחס שונה לשונים

לאחר שהסיקה מטעמים של דמיון ושוויון כי מקומו של הדיון בסרבנות המצפון הנשית מצוי בסעיף 36 לצידו של הדיון בסרבנות המצפון הגברית, עברה השופטת לדון בפרשנותו של סעיף 39 לחוק, אשר מעגן את הסדרי הפטור המיוחדים לנשים. ביחס לסעיף זה הנחו אותה, על-דרך ההיפוך, טעמים של שונות מגדרית. בהקשר זה נקבע כי בניגוד לסעיף 36, העוסק בעניינים שבהם אין כל הבחנה רלוונטית בין המינים לעניין פטור משירות צבאי, סעיף 39 לחוק נועד להסדיר אותם עניינים שבהם באה לידי ביטוי שונותן של נשים מגברים, ומכאן ההצדקה לקיומו של סעיף זה כסעיף נפרד לענייני פטור נשים בלבד. מכיוון שכך, הבהירה השופטת, הביטוי המפורש "טעמי מצפון" המעוגן בסעיף זה אינו מתייחס לזכות לחופש מצפון במשמעותה הכללית, כפי שהיא מעוגנת בסעיף 36, אלא לטעמים מסוג שונה לגמרי אשר קשורים לשונותן הרלוונטית של נשים ונגזרים ממנה:

"בעוד סמכות הפטור הכללית על פי סעיף 36 לחוק עוסקת במצבים של סרבנות מלאה או סלקטיבית מטעמים המשותפים לגבר ולאשה בלא הבדל, המתאפיינים ביסודות איריאולוגיים, פוליטיים, חברתיים, או טעמים שבמחויבות מוסרית אישית, הפטור לאישה מכוח הדיון על פי סעיף 39 מתאפיין בהיותו מיוחד לאישה באשר היא אישה."<sup>76</sup>

מהו אם כן סוג העניינים אשר "מיוחד לאישה באשר היא אישה" ונכלל בגדר המונח "טעמי המצפון" הנוכח בסעיף 39(ג) לחוק? בהקשר זה קבעה השופטת כי מדובר "בטעמים הקשורים במסורת, במנהגים, באמונות ובאורחות חיים דתיים וערתיים. הוא נובע מההכרה בדבר הצורך להבין תפיסות דתיות ומסורתיות של קהילות שונות בציבור הישראלי בהתייחסותן למעמד האישה בעדה ובמשפחה ולכבדן. עניינו של פטור מיוחד זה הוא אפוא בטעמי מצפון בעלי תוכן מסוים ומוגדר."<sup>77</sup>

מהלך פרשני זה, שבמסגרתו עוגנה הזכות הכללית לחופש המצפון רק בגדרו של סעיף 36 לחוק, ואילו סעיף 39(ג) יוחד לטעמי מצפון הנגזרים מענייני דת ומסורת בלבד,

75 שם, בע' 184.

76 שם, בע' 189.

77 שם, שם.



הביא לידי כך שהמונח "טעמי מצפון" המופיע בסעיף 39(ג) לחוק רוקן הלכה למעשה מכל תוכן עצמאי, תוך שהשופטת משווה בכך בין משמעותו של ביטוי זה לבין הביטוי "טעמים שבהווי משפחתי דתי", המופיע גם הוא באותו סעיף, והמונח "טעמים שבהכרה דתית", אשר מופיע בסעיף 40 לחוק ומשלים את מסגרת הפטור הדתית המיוחדת לנשים. מסקנה זו, חשוב לציין, התחייבה לטעמה של השופטת הן מההיסטוריה החקיקתית של הסעיף והן על רקע עקרונות של פרשנות תכליתית הנגזרים ממהותו השונה ומתכליתו המיוחדת של סעיף הפטור הנשי. דהיינו, את ההבחנה שיצרה בין ענייני הדומות המגדרית, וביניהם תופש המצפון, הנשלטים על-ידי סעיף 36, לבין ענייני השונות המגדרית, וביניהם המגבלות הדתיות והמסורתיות על שירותן של נשים בצבא, הנכנסים בגדרו של סעיף 39, הצדיקה השופטת לא רק לנוכח כוונתו המקורית של המחוקק, אלא גם כהבחנה המשרתת תכלית ראויה מפרספקטיבה ערכית עכשווית, שביסודה הצורך והצידוק שבהגנה על מנהגים ומסורת דתיים. זאת ועוד, הגדרתו של תופש המצפון כעניין של דומות מגדרית וסיווגם של ענייני דת ומסורת כעניינים של שונות מגדרית סייעו בהצדקת התוצאה כולה על-פי פרמטרים של שוויון. בשם השוויון והדומות המגדרית נשללה מכל הנשים הזכות העצמאית והרחבה לפטור משירות צבאי בשל טעמי מצפון, כפי שזו נאכפה עד אז כזכות נשית ייחודית במסגרת סעיף 39(ג) לחוק. מעתה ואילך הוכפפו סרבנות המצפון לאותו הסדר מצמצם שהוחל כל השנים רק על גברים מכוח סעיף 36 לחוק, שבמסגרתו מתן הפטור מטעמי מצפון אינו מהווה כאמור זכות מוקנית, אלא הוא בעיקרו מעשה של חסד הנתון לשיקול-דעתו של שר הביטחון. בכל עת ניתן לבטלו, ובוודאי ניתן להכתיף בגדרו בין פציפיזם לבין התנגדות מצפונית ספציפית לכיבוש. לעומת זאת, בשם השונות המגדרית זכה סעיף 39 להצדקה גורפת כסעיף מיוחד לנשים, שאינו חשוף לתביעתו של עקרון השוויון מכיוון שהוא עוסק בעניינים הנוגעים במהותה המיוחדת של האישה, כפי שזו נגזרת מתפיסות של עדות דתיות ומסורתיות כאלה או אחרות.

הגמקה זו, שאליה הצטרפו כהסכמה וללא כל ערעור שני שופטי ההרכב האחרים, היא מפתיעה וראויה לביקורת לא רק בשל ההסתמכות המוסעית על ההיסטוריה החקיקתית של החוק, אלא בעיקר בשל הרובד הנורמטיבי העמוק יותר שממנו היא שואבת ואשר אותו היא מבטאת.

#### 4. "השונות הנשית" – בין פטריארכליות לרבי-תרבותיות

בכל הנוגע להיסטוריה החקיקתית של החוק, דומה שהדיון בחלקו הראשון של מאמר זה מבהיר בצורה ברורה כי הוספתם של "טעמי המצפון" לסעיף הפטור הנשי בשלב שבו הוספו, ולאחר שכבר עוגנו בו הטעמים הדתיים, ביטאה בתחלט כוונה של המחוקק להעניק לנשים זכות רחבה לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון התורגת במהותה ובהיקפה מן הזכות לפטור מטעמי דת ומסורת. אומנם, נראה שהמחוקק לא הוטרד בשעתו מסוגיות הקשורות לזכויות-היסוד של נשים בחברה, אלא ניסה בעיקר לתת מענה לתביעותיו של המחנה הדתי-הלאומי, שנציגיו ביקשו במקור קסדר פטור רחב וניטרלי ככל האפשר, ולא קסדר פטור מגזרי. ברם, עובדה זו אינה גורעת מכך שהמטרה הייתה כאמור להרחיב את

עילות הפטור הספציפיות לנשים מטעמים של דת ומסורת, ולהעמיד לצידן טעם פטור גוסף ורחב יותר שאינו נושא גוון דתי. זאת ועוד, העובדה שבסוף שנות השבעים נכשל ניסיון למחוק את הביטוי "טעמי מצפון" מן החוק, בשל כך שהברייה הכנסת באותה עת האירו והבהירו את משמעותו המיוחדת של פטור זה בהשוואה לפטור הדתי, רק מחזקת את הטענה ביחס לצורך ביציקת פרשנות מובחנת לפטור הנשי מטעמי מצפון. העובדה שבית המשפט בחר להיאחז בהיסטוריה החקיקתית של החוק בנימוק גוסף התומך בפרשנות שבוחר לצקת לסעיפי הפטור בחוק היא אפוא בעייתית, שכן בפועל ההיסטוריה החקיקתית של החוק אינה מספקת כל תימוכין לאפיק פרשנות זה. עם זאת, נראה כאמור כי עיקר הקושי בהקשר זה אינו המשגה הטכני בפירוש ההיסטוריה החקיקתית של החוק, אלא הכסות הנורמטיבית שבה נעספה פרשנות זו ותפיסת השוויון המגדרי שהגיעה מהלך פרשני זה מלכתחילה.

את פרשנותו המחודשת של סעיף 99(ג) לחוק ושל הפטורים המעוגנים בו השיחה כאמור השופטת פרוקצ'יה על טעמים של "שונות נשית" אשר מצדיקים ומבססים לדעתה את קיומם של הפטורים משירות צבאי בשל טעמי דת ומסורת כפטורים נשיים ייחודיים. על פניו, חשוב לזכור, לא הצריכה עתירתה של לאורה מילוא כל התעסקות עם ענייני הפטור הדתי לנשים, שכן עתירה זו עסקה באופן ישיר ומפורש רק בסעיף המצפון הנשי. עם זאת, מהלך הפרשנות המקיף שהובילה השופטת פרוקצ'יה במסגרת פסקה הדין, כמו גם גיוסו של עקרון השוויון להצדקת התוצאה, הובילו אותה בסופו של דבר גם לסעיף הפטור הדתי. השופטת הייתה חייבת להצדיק בהקשר זה מדוע למרות לשונו המפורשת של סעיף 99(ג), הכוללת התייחסות ל"טעמי מצפון" כטעם פטור נפרד מן הטעם הדתי, בפועל יש לקרוא את הסעיף כמקשה אחת שעניינה פטור מטעמי דת ומסורת, ולהותיר את הזכות הכללית לחופש מצפון – הנשית והגברית כאחד – במסגרת הוראותיו של סעיף 36 בלבד. כך נהפך אפוא הדיון ברציונל העומד ביסוד הפטור הדתי הנשי לנדבך בלתי-נפרד מפסקי-הדין בעניין לאורה מילוא. ביחס לפטור מיוחד זה הסבירה השופטת כי הוא נועד "לבטא סובלנות חברתית כלפי קבוצות דתיות ועדות מסורתיות אשר על פי מערכת הערכים שלהן קיימת שונות בסיסית בין גבר לאישה, ועל-פיהם, מעמדה של אישה באשר היא אישה אינו מתיישב עם שירות בצבא".<sup>78</sup> משמע, המטרה העומדת ביסודו של פטור זה היא "להכיר במגיעותן של נשים מלשרת במסגרת הצבא על רקע תפיסות דת, מנהגים ומסורות עדתיות שאליהן הן משתייכות ולכבדה".<sup>79</sup> על מסקנה זו חזרה השופטת שוב ושוב לאורך פסקי-הדין בנוסחים שונים, המתאפיינים לא רק בהעדר כל פרספקטיבה ביקורתית ביחס לטיבן של התפיסות המגדריות המיונות ה"סדרים אלה, אלא גם בנימה חיובית שמלווה את הגיתוח בהקשר זה ואשר מציגה ה"סדרים אלה כתוצר לגיטימי של שיח ליברלי של זכויות. זאת, מבלי להעבירם תחת שבט ביקורתו של עקרון השוויון, כפי שעשתה השופטת כאשר ביטלה הלכה למעשה את הפטור המיוחד מטעמי מצפון שממנו נהנו נשים עד אז במסגרתו של סעיף זה. כמילים אחרות, פסקי-הדין הציגו את העיקרון של

78 שם, בע' 188.

79 שם, בע' 186.

פטור משירות צבאי לנשים בשל טעמי דת ומסורת כעניין טבעי שנגזר משונות רלוונטית כלשהי בין המינים, ואשר מצוי לפיכך מחוץ להיקף פרישתו של עקרון השוויון, אשר הוגדר כבר קודם לכן שכל עניינו הוא מתן יחס דומה לדומים. זאת ועוד, מרגע שהבסיס הנורמטיבי לפטור הוגדר במונחים של "שונות רלוונטית" בין המינים, נהפך חוסר יכולתן של נשים מעדות ומקבוצות דתיות מסוימות לשרת בצבא לעניין של "מניעות", הנגזרת באופן טבעי והכרחי מתפיסה דתית או מסורת עדתית כזו או אחרת. בלשונו של פסק-הדין נוקה אם כן הסדר הפטור המיוחד לנשים בענייני דת ומסורת מכל הקשר או משמעות פוליטיים, תוך שהלשון הנקייה הזו מעלימה את התפיסות הפטריארכליות והמוסרניות ביחס לנשים אשר היוו את ההסדר הזה וממשיכות להווינו ולתת לו הקשר.

זאת ועוד, פסק-הדין המשיג את הסוגיה כולה במונחים של זכויות, באופן ספציפי נקבע בהקשר זה כי הפטור משירות צבאי מטעמי מצפון המעוגן בסעיף 39 "נועד להגן על מעמדן של נשים בעדות מסורתיות אשר על פי תפיסת בני העדה, שידותן בצבא אינו מתיישב עם שמירה על כבודן וצניעותן..." [ההדגשות שלי - ג' ר'],<sup>80</sup> וכן שמטרתו של הפטור בהקשר זה היא "לבטא סובלנות חברתית כלפי קבוצות דתיות ועדות מסורתיות אשר על-פי מערכת הערכים שלהן קיימת שונות בסיסית בין גבר לאישה" [ההדגשה שלי - ג' ר'].<sup>81</sup> בתמצית, הפטור לנשים מטעמי דת ומסורת הוצג על-ידי השופטת כנובע "מההכרה בדבר הצורך להבין תפיסות דתיות ומסורתיות של קהילות שונות בציבור הישראלי בהתייחסותן למעמד האישה בעדה ובמשפחה ולכבודן" [ההדגשות שלי - ג' ר'].<sup>82</sup> בגינת זה נעטף אפוא הפטור לנשים מטעמי דת ומסורת בכסות נורמטיבית חיובית. הוא זכה בהכשר, באישוש ובתיקוף לא רק בשל כך שהוא נגזר באופן טבעי משונות כלשהי בין נשים לגברים, אלא גם בשל כך שהוא מהווה מנגנון משפטי מוצדק שנועד להגן על מעמדן של נשים, לכבד את מניעותן הטבועה מלשרת בצבא, ולבטא סובלנות כלפי עמדותיהן של קהילות דתיות ועדות מסורתיות מסוימות בכל הנוגע ליחסן לנשים. העובדה שהחוק מצא לנכון לפטור נשים משירות צבאי בשל טעמי דת ומסורת נהפכה אם כן על-פי ניתוח זה למהלך משפטי נורמטיבי ראוי גם מפרספקטיבה ערכית עכשווית.

תוצאה זו מטרידה מכיוון שהיא מעלימה את ההקשר הנורמטיבי המורכב יותר שבמסגרתו היה ראוי לבחון את הפטור מטעמי דת משעה שהחליט בית-המשפט להידרש גם לפרשנותו של פטור זה, ומשעה שעקרון השוויון בין המינים גויס גם הוא להכשרתו של מהלך פרשני זה.

סוגיית ההתחשבות במנהגיהן ובצורכיהן של קבוצות מיעוט בחברה ליברלית, והאופן שבו המשפט צריך להכיר במגוונים אלה ולהגן עליהם, אינה סוגיה חדשה או טריוויאלית בשיח המשפטי העכשווי. הדיון בסוגיה זו התפתח בשני העשורים האחרונים במסגרת הכתיבה העוסקת בשאלות של רב-תרבותיות, והשאלה המרכזית העומדת במרכזו של דיון

80 שם, שם.

81 שם, בע' 186.

82 שם, בע' 189.

וה היא אם ראוי להכיר בקיומן של זכויות קבוצתיות, כגון הזכות לתרבות, על-מנת להגן על תרבויות של קבוצות מיעוט הנמצאות בסכנת הכחדה בשל השתלטותה של תרבות הרוב. הוגים ליברלים שונים הצביעו בהקשר זה על הרציונל והצידוק להכרה במערך של זכויות ביחס לקבוצות מיעוט, כגון הזכות לשפה, הזכות לייצוג פוליטי, הזכות לקרקע וכולי, מתוך הנחה שמתן הגנה תרבותית כזו לקבוצות כאלה הינו הכרחי על-מנת להגן על החברות של בני קבוצות המיעוט בקהילה התרבותית שאליה הם הפציים להשתייך, ולשמר אותה.<sup>83</sup> השופטת פרוקצ'יה נסמכה על עמדה זו, כך גראה, כאשר ניתחה ופירשה את סעיף הפטור הנשי מטעמי דת ומסורת, שכן המשגת הסוגיה במונחים של זכויות, והצגתה כפרקטיקה חשובה ולגיטימית שבמרכזה הגנה על קבוצות מיעוט, מזכירות במידה רבה את הדיון הרב-תרבותי, ונראה כי היא שואבת ממנו גם אם מבלי להכירו בשם. אולם אי-אפשר להתעלם מכך שהעמדה הרב-תרבותית מעוררת בשנים האחרונות ביקורת לא-פשוטה מן הכיוון הפמיניסטי. בהקשר זה נסען כי ברוב המקרים קיימת התנגשות בין פמיניזם לבין מתן זכויות מיוחדות לקבוצות מיעוט, והתנגשות זו מתקיימת גם כאשר נעשה ניסיון להצדיק זכויות תרבותיות במונחים ליברליים.<sup>84</sup> המתח שבין פמיניזם לרב-תרבותיות נעלם מעיניהם של רוב מקדמיה של התפיסה הרב-תרבותית, בעיקר בשל כך שהעיסוק הרב-תרבותי נוטה להתייחס לקבוצת המיעוט במונחים מוגוליתיים, ולהתעלם מפערים ביחסי הכוחות המתקיימים בין קבוצות שונות בתוך קבוצת המיעוט עצמה.<sup>85</sup> עיסוק זה נוטה להתעלם מההיררכייה המגדרית המתקיימת בתוך קבוצות אלה,

83 הניסיון המקיף ביותר לצסוק כשאלות אלה באופן שיטתי נעשה בעבודתו של ויל קימליקה, ראו, למשל: W. Kymlicka *Liberalism, Community and Culture* (New York, 1989); W. Kymlicka *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (New York, 1995). הרב-תרבותיות הליברלית של קימליקה מבוססת על הטענה כי החברות בקהילה תרבותית, עם שפה והיסטוריה משלה, מהווה תנאי הכרחי לפיתוח כבוד והערכה עצמית אצל כל אדם, וליצירת הקשר תרבותי תומך המאפשר לבני-האדם לגבש את היכולת להגיע להכרעות אוטונומיות ובעלות משמעות בכל תחומי החיים. בתמצית, תרבות, לפי עמדה זו, מספקת את הבסיס לחירות במובן של גישות לאפשרויות בחירה, ויוצרת הקשר של משמעות ותוכן סביב בחירות אלה.

84 ראו: S.M. Okin "Is Multiculturalism Bad for Women?" *Is Multiculturalism Bad for Women* (Princeton, J. Cohen, M. Howard & M.C. Nussbaum eds., 1999) 7; S.M. Okin "Feminism and Multiculturalism: Some Tensions" 108 *Ethics* (1998) 661.

85 L. Green "Internal Minorities and Their Rights" *The Rights of Minority Cultures* (New York, W. Kymlicka ed., 1995) 256; A. Shachar *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights* (Cambridge, 2001); G. Stopler "Countenancing the Oppression of Women: How Liberals Tolerate Religious and Cultural Practices that Discriminate Against Women" 12 *Colum. J. Gender & L.* (2003) 154.

ובפרט מן האופן שבו המעמד, הכוח היחסי והתפקיד החברתי של יחידים בקבוצת המיעוט נגזרים ומושפעים מזהותם המגדרית. כתוצאה מכך האופן שבו מתן זכויות תרבותיות מיוחדות לקבוצות מיעוט תורם להפלייתן לדעה של נשים ומנציח אותה הוא מימד שנעלם לרוב מן העין בדיון הרב-תרבותי.<sup>86</sup> הכרה במעמדן הנהות של נשים בתוך קבוצות תרבותיות שונות ובתפקיד החברתי השולי המיועד להן חייבת אפוא לעורר בנו ספק ביחס למידת ההגנה התרבותית שראוי לספק לתרבויות כאלה. למעשה, ברוב המקרים נגלה כי מתן זכויות תרבותיות מיוחדות בהקשרים כאלה מקדם את האינטרסים של גברים, ולא של נשים.<sup>87</sup> במצב-דברים זה הטענה היא כי הגנה גורפת על תרבות כזו אינה ניתנת להצדקה במושגים ליברליים.<sup>88</sup>

אם כן, הכתיבה הפמיניסטית מספקת לנו כלים ביקורתיים לבחינת הסדרים משפטיים כגון הסדר הפטור לנשים דתיות שעוגן בחוק. גם מי שאינה סקבלת את העמדה הפמיניסטית, ואשר תומכת באופן גורף במתן הגנה משפטית לפרקטיקות תרבותיות-דתיות מן הסוג הזה, צריכה לכל-הפחות להכיר את הטענות האפשריות נגד היבטיו הנורמטיביים הבעייתיים של הסדר זה מבחינה מגדרית, ולהתמודד עם הביקורת. העובדה שהשופטת פרוקצ'יה עטפה את הפטור הדתי ברטוריקה פוזיטיבית בלבד – תוך אימוץ נטול סייגים של העמדה הרב-תרבותית הקלסית והצגתו של הפטור ככזה שכל עניינו הוא הכרה בזכויותיהן של נשים והגנה על מעמדן בקבוצת המיעוט הדתית שאליה הן

86 מבקריה של העמדה הרב-תרבותית הצביעו בהקשר זה במיוחד על שלוש הדתות המרכזיות – יהדות, נצרות ואסלאם – אשר מתבססות על פרקטיקות רבות שעניינן שליטה של גברים בנשים, תוך הצדקתה של שליטה זו במהותן השונה הגמותה של נשים, כגון היותן רגשניות יותר על המידה, בלתי-ראויות לאמון, בעלות מיניות מסוכנת וכיוצא בזה. ראו: Okin, *supra* note 84.

87 לדיון ביקורתי מפורט יותר ביחס לרילמות המגדריות שמעוררת ההגנה המשפטית הרב-תרבותית על פרקטיקות דתיות בהקשר הישראלי, ראו ג' רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג (תשס"ג) 99.

88 בהקשר זה חשוב לציין כי הכתיבה הפמיניסטית בסוגיות אלה היא מגוונת ואינה מציגה עמדה אחת ויחידה. יש בין הכותבות, דוגמת אוקין, הטוענות לקיומו של מתח בלתי-ניתן לגישור בין העיקרון של הגנה רב-תרבותית לבין פמיניזם (ראו: Okin, *supra* note 84), אך יש המציגות עמדת-ביניים שבמרכזה הטענה כי כאשר מדובר בנשים המשתייכות לקבוצת מיעוט דתית או תרבותית, יש להכיר במשמעות ובחשיבות שנשים אלה עצמן מייחסות להשתייכותן הקבוצתית. לכן המשימה של גישור בין פמיניזם לרב-תרבותיות היא מורכבת יותר, ויש להכיר במסגרתה בעובדה שהגנה רב-תרבותית גם מגינה על נדבכים חשובים בזהותן העצמית ובאמונתן של נשים שונות. ראו, למשל: M. Sunder "Cultural Dissent" 54 *Stan. L. Rev.* (2001-2002) 495; B. Honig "My Culture Made Me Do It" *Is Multiculturalism Bad for Women* (Princeton, J. Cohen, M. Howard & M.C. Nussbaum eds., 1999) 35; R. Post "Between Norms and Choices", *ibid*, at p. 65; B. Parekh "A Varied Moral World", *ibid*, at p. 69.

משתייכות – ראוייה לפיכך לביקורת. מסקנה זו מתחזקת במיוחד לנוכח העובדה כי מה שהניע מלכתחילה את מהלך הפרשנות המחודש של סעיפי הפטור השונים הייתה דבקתו המוצהרת של בית המשפט בקידום עקרון השוויון בין המינים, ורצונו להוביל לתוצאה משפטית שתתיישב באופן ראוי יותר עם עיקרון זה. הכשרתו הגורפת של סעיף הפטור הדתי אינה מתיישבת אפוא עם הצהרות השוויון המגדרי שפסקהדין מתעסף בהן, ומגלה כי בפועל תפיסת השוויון שבה אחז בית המשפט הייתה מוגבלת בהיקפה ובמשמעותה, שכן היא לא נתנה בידיו כלים לבחון את פועלו ומשמעותו של סעיף הפטור הדתי על-פי פרמטרים מורכבים יותר של שוויון מהותי.

עובדה זו מעניינת במיוחד, שכן מתברר כי דווקא מחוקקי התוק בשנת 1949 גילו מודעות רבה יותר להיבטי אי-השוויון המגדרי שסעיף הפטור הדתי מבטא ואוכף. הם עשו זאת, אגב, הרבה לפני שהסוגיה של זכויות מיעוטים ורבות-תרבותיות עלתה באופן רשמי על סדר-היום הליברלי. למשל, חברי-הכנסת מיקוניס מהמפלגה הקומוניסטית עמד על משמעותו העמוקה של הדיון בשאלת הפטור לגשים מטעמי דת ומסורת, והסביר:

“בשאלת גיוס הנשים טוענים אלה לקדושת המסורת; אולם לא כל מסורת טובה היא. החוקת האשה בהרמון-כלא הרי זה המשך העבדות. במדינת ישראל לא ייתכן שהאשה תחיה בתנאים של עבדות וקיפוח, בתנאים של משטר פטריארכלי, בתנאים של ימי הביניים – בין במשפחה הערבית ובין במשפחה היהודית. צריך רק להציץ למשפטי הרבנות, כדי לראות את חיי הגיהנום של האשה, הבאים כתוצאה של זיקה למסורת הזאת.”<sup>89</sup>

לחברי-הכנסת מיקוניס הצטרפו גם כמה חברות-כנסת מן הסייעות החילוניות, אשר ניסו להאיר את העובדה שהתביעה למתן פטור לנשים מטעמי דת ומסורת באה מצידם של גברים דתיים ומסורתיים, מבלי שקולן של נשים דתיות יישמע בדיון זה כלל.<sup>90</sup> עדה פישמן מימון ממפא"י הסבירה בהקשר זה: “...אלה מסייעת אגודת ישראל, הדורשים לאסור גיוס נשים לעבודה ואימונים כאחד, אסרו על הנשים אף לעמוד ברשימת המועמדים שלהם לכנסת ישראל; הם שללו זאת מגשיהם, ואילו ליהנות מקולותיהן בבחירות התירו לעצמם... אתם החרדים לדבר אלוהים, מודים יום ליום לקב"ה על 'שלא עשני אשה', אם כן

<sup>89</sup> לעיל הערה 15, בע' 1531.

<sup>90</sup> “הייתי רוצה להתווכח כאן עם חברות הכנסת מהסיעה הדתית. כשתברה כזאת תדבר – היא תדבר בשם עצמה, בשם אלה העומדות מאחוריה, והיא מביאה את טענותיהן,” הכריזה חברת-הכנסת שמחוגית, והוסיפה: “אולי אחד הדברים הבולטים והפוגעים בנו – חברות הכנסת – היא העובדה, שחברה מן החוית הדתית אינה יושבת כאן. איש לא יזכיר לנו שאותן הנשים המרובות, העובדות ועמלות כמונו, מגללות ילדים ובנות את הארץ, ועושות את כל הנדרש מהן – אין להן מה לומר, או שאינן זכאיות לכך. הייתה סתירה בין ההכרזה ‘אני יכול להגן’ ובין העובדה שאין נשים דתיות בספסליכם. עובדה זאת אומרת, שהאשה הדתית לא הגיעה לאותה מידת ההערכה, המחייבת את הסיעה הדתית שתהא לה נציגות של נשים.” שם, בע' 1450.

מה לכם ולנו? למה זה אתם מתערבים בעניינינו... מרשה אני עצמי לומר בשם כל נשי ישראל, שאין אנו מכירות בזכות מישתו לומר לאשה, מכאן עד כאן מותר לך, מכאן ואילך - אנו אוסרים עליך.<sup>91</sup>

למרות דברים נוקבים אלה, התביעה הנשית למתן קול עצמאי לנשים דתיות ומסורתיות במסגרת הדיון בשאלת שירותן הצבאי נותרה ללא מענה של ממש מצידם של נציגי הממסד הדתי. שר הדתות מימון טען בירענות, "דיברתי עם נשים צעירות מגיל הגיוס והן מתנגדות לכך",<sup>92</sup> ואילו חברי-הכנסת ורהפטיג סיכם וקבע: "אנחנו הפועל המזרחי רצינו, שהפועלת הדתית תהיה מיוצגת בכנסת - אך לא הצלחנו, ולכן מצווים אנחנו לומר בשמן, שהן מתנגדות לגיוס, מפני שמוטל עליהן תפקיד נעלה יותר."<sup>93</sup>

חשוב לציין כי עמדה אחידה זו של התנגדות לגיוס נשים שהציגו נציגי המפלגות הדתיות לא שיקפה באופן אמיתי את המחלוקת שהתקיימו בפועל בקרב הציבור הדתי, לפחות בתוך המחנה הציוני-הדתי, ביחס לסוגיה זו. נשים דתיות ממחנה זה, כך מתברר, השתתפו באופן פעיל בקרבות מלחמת העצמאות, ומשעלתה שאלת גיוסה של האישה הדתית במסגרת חוק שירות ביטחון, נחלק המחנה הדתי בעמדתו בסוגיה זו. חלק מחברי "הפועל המזרחי", כמו גם אנשי הקיבוץ הדתי, צידדו בשילובן של נשים דתיות בצבא בשל מכלול טעמים, ביניהם גם טעמים הקשורים למעמד האישה ולצורך בהחלת חובות שוות על חילונים ודתיים. בסופו של דבר השתתקו קולות האופוזיציה הללו, וגם אלה שצידדו בגיוסן של נשים דתיות קיבלו עליהם את עמדתם המתנגדת של מנהיגי המחנה הדתי.<sup>94</sup> בוויכוח על מעמדה של האישה הדתית גברה אפוא המסורת על קולותיהם של דורשי השינוי בתוך המחנה הדתי-הלאומי, ועובדה זו ניכרה היטב במיהות הדוברים הדתיים ובמהות העמדות שהשמיעו בעת הדיון בכנסת.

הנה כי כן, לעיגונו המקורי של הפטור לנשים מטעמים של דת בחוק שירות ביטחון התלווה ויכוח נוקב על שאלת מעמדה של האישה בישראל - ויכוח המוכר במידה רבה את המחלוקת העכשווית בין הפמיניזם לבין מצדדי הרב-תרבותיות. לא מעטים מבין חברי-הכנסת היו צרים כבר אז לכך שפטור זה גיוון מתפיסות שמרניות ובחלקן פוגעניות ביחס לנשים ומנצית אותן, ולפיכך ערערו על מידת הלגיטימיות המשפטית שלו. כאשר דיברו חברי-הכנסת הדתיים על הצורך להגן על "כבוד האישה וצניעותה", גיסו חלק מחברי-הכנסת להאיר ולהבהיר עד כמה מושגים אלה משקפים פרספקטיבה פטריארכלית ביחס למהותה הראויה של האישה, עד כמה הם משמשים בפועל כלי להדרת רגליהן של

91 שם, בע' 1560.

92 שם, בע' 1556.

93 שם, בע' 1559.

94 לסקירה מפורטת של התרחשויות אלה ראו: L. Rosenberg-Friedman "Religious Women Fighters in Israel's War of Independence: A New Gender Perception, or a Passing Episode?" 6 *Nashim* (2003) 119 מ' אונא בדרכים נפרדות - המפלגות הדתיות בישראל: בחינת דרכן ערב הקמת המדינה ובכנסת הראשונה והשנייה (תשמ"ד) 256-280.



נשים מהספרה הציבורית, ועד כמה כוזב הניסיון להציג את עניין הפטור הדתי כאילו כל מהותו והרציונל העומד בבסיסו הם כיבוד זכויותיה והאינטרסים של האישה הדתית והמסורתית.

למרות הדברים הללו, להדיו של הוויכוח הנורמטיבי החשוב שהתנהל בכנסת בשנת 1949 אין כל זכר בפסק-הדין בעניין לאורה מילוא. פסק-הדין סוקר אומנם את עמדתם של חברי-הכנסת הדתיים השונים שהתנגדו לשירות נשים בצבא, אולם אינו מזכיר, ולו ברמז, כי היו גם חברי-כנסת שתפסו פטור זה כמבטא פגיעה קשה במעמדה של האישה בישראל. עובדה זו ראויה לביקורת לנוכח הצגתו הגורפת של הפטור בפסק-הדין כמיועד לספק הגנה לנשים ולשמור על מעמדן.

התוצאה היא, אם כן, שעקרון השוויון המגדרי שימש את בית-המשפט רק כדי לשלול מנשים את הזכות הייחודית לתופש מצפון. כאשר הגיע, לעומת זאת, תורו של הפטור הנשי הדתי, גרם קולו הביקורתי של השוויון, וסעיף זה, שהדיון בו התעורר מלכתחילה בשל הכנסתו של עקרון השוויון למסגרת הניתוח של הפטורים הנשיים הייחודיים, זכה בחיזוק ובהצדקה מבלי שיועלה בהקשר זה ספק ופקפוק כלשהם ביחס להשפעתו של סעיף זה על מעמדן השוויוני של נשים בישראל. עם זאת, כאשר מנסים לרדת לפשרה של תוצאה זו, נראה כי היא אינה מפתיעה בהכרח לנוכח תוכנה של תפיסת השוויון שבה הצטייד בית-המשפט מלכתחילה כאשר נדרש לעתירתה של לאורה מילוא.

## 5. פרשת לאורה מילוא בין שוויון פורמלי לשוויון מהותי

עתירתה של לאורה מילוא, חשוב להודות, הביאה לפני בית-המשפט מצב משפטי בהחלט לא-שוויוני. לנשים ניתנה זכות שנשללה מגברים. עם זאת, על פניו נראה כי תיקונו של מצב זה באמצעות עקרון השוויון לא היה חייב להוביל בהכרח לכך שהזכות העודפת תישלל מנשים. היה אפשר בהחלט להכריז כי תיקונו של אי-השוויון יכול לבוא לידי ביטוי גם באמצעות הרחבת הסדר הפטור הנשי מסעמי מצפון והחלתו גם על גברים. פקודת הפרשנות, בצירוף עקרונות הפרשנות הנגזרים מחוק-יסודי כבוד האדם וחירותו, ככל שהם מקרינים גם על חקיקה שקדמה לחוק-היסודי,<sup>95</sup> יכלו לשמש בסיס פורמלי להרחבה כזו של הסדר הפטור הנשי בענייני מצפון. לחלופין היה בית-המשפט יכול להצהיר כי זה הסדר השוויון הרצוי (החלת הסדר הפטור הנשי גם על גברים), ולהחזיר את הכדור למגרשו של המחוקק על-מנת שיידרש לסוגיה זו. למסקנה זו, חשוב לציין, היה בית-המשפט יכול להגיע גם אם רצה לשמר את התבונה בין סרבנות-מצפון סלקטיבית לבין סרבנות-מצפון פציפיסטית כללית ולהחילה גם על נשים, שיש להם בנוגע להכרה בפציפיותם לבדו יצר החוק הבחנה בין נשים לבין גברים, בקובעו כי נשים ייהנו בהקשר זה מזכות שכדין לפטור משירות צבאי, ואילו גברים יוכפפו להסדר המותנה בשיקול-דעתו של שר הביטחון. בית-המשפט היה יכול אם כן להגדיר את השוויון על-פי אמת-המידה הנשית, ולהעניק עם זאת לנשים ולגברים כאחד את מן הדין רק

95 ראו, למשל, בש"פ 537/95 עימאר גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 355.



לסרבנות מצפון כללית. אולם בית המשפט העליון לא שקל כלל את האפשרות לבחון ולהעריך את סוגיית השוויון לא על פי אמת המידה הגברית. לשלושת השופטים לא היה ספק כי החלתו של עקרון השוויון צריכה להביא לידי השוויית מצבן של הנשים למצבם של הגברים. האפשרות ההפוכה לא אוזכרה כלל, ונראה שלא הייתה חלק מתפיסת השוויון העקרונית של בית המשפט. כאשר חושבים על כך לעומק, נראה כי ניתן לטעון שעובדה זו מבטאת ומשקפת תפיסה תיאורטית עקרונית המאפיינת את הדיון בשוויון על בסיס מין מראשית דרכו: שוויון מגדרי במשפט הוא התאמת מצבה ומעמדה של האישה למצבו של הגבר, והסטנדרט הגברי הוא שקובע ומשרטט את גדרה של הוכות לשוויון ואת היקפה הראוי.<sup>96</sup>

עובדה זו ניכרת ומתבררת כאשר בוחנים אותה בראייה היסטורית משפטית. אז מתברר כי ההתרחשות המשפטית האחרונה בסוגיית הסרבנות והשוויית הסרבנות הנשית לגברית על פי אמת המידה הגברית אינה מפתיעה או יוצאת דופן. למעשה, ניתוח של מאבקים משפטיים ספציפיים לשוויון על בסיס מין, בארץ ובעולם, מגלה שהמשפט ובתי המשפט קשובים לתביעות שבמרכזן טענות של הפליה על בסיס מין בעיקר בשני סוגים של מקרים. הסוג האחד הוא כאשר מה שנשים מבקשות בפועל מבית המשפט ומן המשפט הוא שיאפשרו להן להיות כמו גברים. דוגמה לכך ניתן למצוא בעניין אליס מילר,<sup>97</sup> ובכל תהליך המיליטריזציה של גשים שהתרחש בעקבותיו.<sup>98</sup> הנכונות הנלהבת של בית המשפט העליון לפתוח את קורס הטיס לפני אליס מילר, ונכונותו של המחוקק להסדיר בחקיקה את שילובן של נשים בתפקידים קרביים בצבא, נבעו, כך ניתן לטעון, מתפיסת השוויון החד-צדדית שזה כמו זה שבויים בה. גופים אלה מבינים את התביעה לשוויון ומכירים בה רק כאשר מודל ההשוואה והנורמה הקובעת הם גבריים, וכאשר השוויון משמש כלי להחלת נורמה זו באופן גורף גם על נשים. הברעת הדיון בעניין אליס מילר, אגב, מוזכרת בפסקי הדיון בעניין לאורה מילוא לא רק כביסוי ממשי להתקדמות שחלה באכיפתו של עקרון השוויון המגדרי, אלא גם כתומכת בכירור בהכפפתן של סרבניות המצפון ליהס משפטי דומה לזה שעמיתיהן הגברים מוכפפים לו.<sup>99</sup>

סוג המקרים האחר שבו בתי המשפט מסיים אוזן קשבת לטענות בדבר הפליה מגדרית

96 זו תמצית טענתה של קתרין מקינון בנוגע לשיח השוויון החוקתי על בסיס מין שהתפתח בארצות הברית: C.A. MacKinnon "Difference and Dominance: On Sex Discrimination" *Feminist Legal Theory Foundations* (Philadelphia, D.K. Weisberg ed., 1993) 276.

97 לעיל הערה 47.

98 במסגרת זו עוגן תחילה במסגרת סעיף 6ד(א) לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, העיקרון שלפיו "לכל אישה המועמדת לשירות בכוחות הבטחון, או המשרתת בהם, זכות שוות לזכותו של האיש למלא כל תפקיד, או להיות מוצבת בכל תפקיד...". הוראה דומה הוספה גם בסעיף 16א לחוק שירות ביטחון. וכן בתקנות שירות ביטחון (קביעת תפקידים לשירות נשים בהתנדבות), תשס"א-2001.

99 לעיל הערה 6, בע' 183.

הוא כאשר גברים הם אלה המלינים על הפליה ומבקשים לתקן את המצב לטובתם. כך, בחינה ביקורתית של המאבק שהתחולל בארצות-הברית החל בראשית שנות השבעים על ההכרה בשוויון על בסיס מין כעיקרון חוקתי מגלה עובדה מעניינת: מעין בפסקי-הדין המרכזיים של בית-המשפט העליון האמריקאי מן התקופה הרלוונטית עולה כי בניגוד לתפיסה המקובלת שנשים הן שהובילו בתקופה זו את המאבק לשוויון, בפועל חלק ניכר מפסקי-הדין שביססו את מעמדו החוקתי של עקרון השוויון בין המינים ניתנו דווקא במענה לתביעות שהגישו גברים שטענו להפלייתם לרעה במסגרת המצב הקיים.<sup>100</sup> גם אצלנו, ביחס לסוגיית סרבנות-המצפון, התברר כאמור כי התביעה הגברית לשוויון היא שהניעה את הרפורמה השיפוטית שהוביל בית-המשפט בסופו של דבר בעניין לאורה מילוא. כזכור, טענת ההפליה הועלתה במקור על-ידי תומכת סרבנות-המצפון הסלקטיביים. הללו ביקשו אומנם שהאפשרות של פטור מהמת טעמי מצפון סלקטיביים, כמו-גם האפשרות להמיר את השירות הצבאי בשירות לאומי חברתי, יהיו מפורשות ונגישות לגביהם בדיוק כמו לגבי נשים, אלא שהצבא מיהר לתרגם את טענתם לכוון המחייבת שתשלל מנשים הזכות לפטור מטעמים של סרבנות סלקטיבית, ובית-המשפט העליון לא רק שאימץ בתדווה פרשנות זו של עקרון השוויון, אלא אף הביאה לידי מיצוי מוחלט על-ידי מחיקתו הלכה למעשה של טעם המצפון מתוך סעיף הפטור הנשי, מבלי לשקול כלל פרשנות חלופית לעקרון השוויון.

בהקשר זה חשוב לציין שהשיח הפמיניסטי הישראלי נוטל תפקיד פעיל בתהליך זה, שבו עקרון השוויון בין המינים מומשג ונאכף מתוך הסתה גברית מובהקת. המאבק המשפטי שהשיח הפמיניסטי מנהל בזירה המשפטית לקידום השוויון בין המינים נוטה לאמץ את הסטנדרט הגברי כבסיס וכצידוק לתביעה לשוויון, בעיקר בשל טעמים מעשיים שבבסיסם ההנחה כי זו תביעת השוויון שתהא מובנת, נהירה ונוחה לאכיפה מבחינתו של השיח השיפוטי.<sup>101</sup> החל בבג"צ 153/87 לאה שקדיאל נ' השר לענייני דתות<sup>102</sup> ועד לעניין אליס מילר, נוסחה תמיד התביעה הפמיניסטית לשוויון כמנוחים של השוואת היחס המשפטי כלפי האישה אל היחס המשפטי הנהוג כלפי הגבר, ובהקשר זה צעד הפמיניזם המשפטי הישראלי במידה רבה בעקבות הפמיניזם האמריקאי.<sup>103</sup> גם בעניין לאורה מילוא

100 לניתוח מעניין של פסיקה זו ראו: D. Cole "Strategies of Difference: Litigating for Women's Rights in a Man's World" 2 *Law & Ineq.* (1984) 33.

101 מי שמזוהה יותר מכל עם הרציונל המעשי הזה של החשיבה הפמיניסטית היא ונדי ויליאמס (Wendy Williams). מפעילות הגל השני של הפמיניזם האמריקאי, תפיסה זו הוזנה וכיוונה את המאבק הנשי לשוויון בשנות השבעים והשמנים בארצות-הברית, אשר ויליאמס עצמה נטלה בו חלק כצורכת-דין וכפעילה פמיניסטית. במסגרת זו קראה ויליאמס לנשים להביא לפני בתי-המשפט רק עניינים שבהם הן מבקשות להיות מוכפפות לגורמה הגברית השלטת וליהנות מכוחה מזכות או מהטבה שנשללו סתם עד כה. ראו: Williams, *supra* note 34.

102 פ"ד מב(2) 221. שקדיאל עתרה לבית-המשפט בבקשה לקבל זכות שווה לזו של הגברים לכהן במועצה הדתית של ירוחם.

103 לדין ביקורתי במגמות אלה המאפיינות את התנהלותו של המאבק הפמיניסטי לשוויון

לא ניסתה העותרת לקרוא תיגר על תפיסת-יסוד זו של שוויון, ולהתמודד באופן אחר עם יסוד אי-השוויון הגלום בהסדר הפטור המיוחד לנשים המעוגן בתוק, אשר עליו ביססה את תביעתה להכרה רחבה בתופש המצפון שלה. במקום זאת ביססה מילוא את בקשתה שבית-המשפט יאפשר לה ליהנות מפטור רחב יותר משירות צבאי על העובדה הפשוטה שהסדר המשפטי הקיים מעניק בהקשר זה זכות-יתר לנשים בהשוואה לגברים.<sup>104</sup> לאחר שנים שבהן ביקש השיח הפמיניסטי מבית-המשפט לבטל כל הבחנה משפטית בין נשים וגברים ולהשוות את מצבה של האישה למצבו של הגבר, אין פלא שתביעה זו נתפסה על-ידי בית-המשפט כאנטי-פמיניסטית וכמתרת תחת עקרון השוויון בין המינים. אילו הייתה מילוא מכירה בעתירתה בהיבט אי-השוויון הגלום בהסדר הקיים, אולם מאירה את האופן שבו אמת-המידה הנשית – ולא רק זו הגברית – יכולה לשמש בסיס לתיקונו של מצב זה ולהשחתתו על עקרונות של שוויון בין המינים, אזי הייתה מונחת בגלוי לפני בית-המשפט אפשרות אחרת, שהייתה לכל-הפחות מאתגרת את תפיסת השוויון השיפוטי. בפועל זה לא קרה. עתירתה של מילוא לא הכירה בגלוי במימד אי-השוויון הגלום בהסדר המשפטי שבו ביקשה להיאחו, וממילא גם לא ניסתה להתמודד עם משמעותו של אי-שוויון זה ולהתוות את הדרך הנאותה לתת לו מענה בעידן שבו המשפט מחויב במוצח לקידום של עקרונות של שוויון בין המינים.<sup>105</sup>

בארצות-הברית ובישראל, ראו: N. Rimalt "When a Feminist Struggle Becomes a Symbol of the Agenda as a Whole: The Example of Women in the Military" 6 *Nashim* (2003) 148; ג' רימלט "הפמיניזם המשפטי בישראל – מניין ולאן? הרהורים על שונות, כבוד ושוויון בין המינים בעקבות ספרה של אורית קמיר 'פמיניזם, זכויות ומשפט' עיוני משפט כו (תשס"ד) 857.

104 ראו סעיפים 26–31 בעתירה למתן צו על-תנאי וצו-ביניים בעניין לאורה מילוא, לעיל הערה 72.

105 גם בבקשה לדיון נוסף חזרה מילוא על עיקרי טענותיה בבקשה המקורית, שלפיהן זכות-יתר של האישה בהקשר של קבלת פטור מצפוני נובעת פשוט מן העובדה של עליה הסדר משפטי מיוחד ושונה. מילוא הוסיפה וטענה בהקשר זה כי יחס שונה זה כלפי האישה מאפיין את כל מערך החקיקה הבטחנית, ולכן אינו מפתיע או יוצא-דופן. כאן, כמו שם, נמנעה אם כן מילוא מלהתמודד באופן ישיר עם היבט זה של אי-שוויון או מלאתגר את תפיסת השוויון של בית-המשפט. באופן ספציפי נכתב בעתירתה של מילוא לדיון נוסף: "בית המשפט הנהיג פרשנות, לכאורה שוויונית, בין גברים ונשים, המתעלמת מן המכלול החקיקתי בחוק שירות בטחון, המבחין לכל אורכו הבהנה יסודית בין גברים לנשים. פסק הדין קבע דין אחד לגברים ולנשים בכל הקשור לפטור מטעמי מצפון, בעוד שמילות החוק המפורשות הבחינו לעניין זה בין המינים." בהמשך הוסיפו מילוא ובאות-כוחה: "יהיו אשר יהיו השקפותינו על מצב הדברים הרצוי מבחינת השוויון בין המינים בצבא, לא עלינו ולא על בית המשפט המלאכה לגמור בעניין זה, המחוקק הוא שקבע הוראות אלו, וטעונה על בית המשפט לכבדן, כל עוד לא שוננו על ידי המתקן" [ההדגשה שלי – ג' ר.]. ראו סעיף 9 וסעיף 92 בעתירה לקיום דיון נוסף

התוצאה היא, אפוא, שמתוך תפיסה אידיאולוגית מסוימת ביחס למהותו של עקרון השוויון בין המינים, שגם השיח הפמיניסטי נותן לה יד במידה כזו או אחרת, הנורמה הגברית היא שזוכה בהכרה ובהנצחה במסגרת הליך אכיפתו של עיקרון זה וכחלק ממנו.<sup>106</sup> בעניין לאורדה מילוא הייתה זו אם כן אמת-מידה גברית מזוהקת שהכתיבה לא רק את היקפה הראוי של זכותן לחופש מצפון של נשים, אלא גם את טיבם ותוכנם של ההסדרים המשפטיים הנפרדים שמוצדק ליתר להן.

### ה. סיכום

סיפורו של סעיף הפטור המיוחד לנשים בענייני מצפון משתרע על-פני ציר של זמן שתחילתו בדיונים הפרלמנטריים על חוק שירות ביטחון בשנת 1949, וסופו, נכון לרגע זה, הוא בפסיקת בית-המשפט הגבוה לצדק בעניין לאורה מילוא. מה משמעותו של סיפור זה, על גלגוליו המשפטיים השונים, ואילו תובנות חשוב לגזור ממנו בפרספקטיבה רחבה יותר שעניינה ההשקה בין הסדר משפטי כזה או אחר לבין שאלות של מגדר, שוויון וצדק? במאמר זה ניסיתי להצביע על שלושה היבטים מרכזיים שראויים לתשומת-לב רבה יותר במסגרת זו. ההיבט הראשון נגע בשורשיו ההיסטוריים של סעיף הפטור הנשי בענייני מצפון. בהקשר זה ניסיתי להצביע על כך שהעיון ההיסטורי מספק לנו הזדמנות חשובה ומעניינת לעמוד מקרוב על האופן שבו התגבשו בזמנו הסדרים משפטיים נפרדים לנשים. הסדרים מן הסוג הזה נתפסים בדרך-כלל כמכשול בדרך של נשים לשוויון בשל השפעתם הפוגענית והמקפחת על מעמדן בחברה, אולם בהקשרו של הפטור הנשי בענייני מצפון התבררה עובדה מפתיעה הפוכה. מתוך מציאות של אי-שוויון מגדרי נולד הסדר משפטי שכמסגרתו זכו נשים בזכות משמעותית – הזכות לממש את חופש המצפון שלהן. זכות זו אפשרה לנשים לא מעטות, בעיקר בשנים האחרונות, לנהוג לפי צו מצפונן ולהימנע משירות צבאי בנסיבות שנתפסו בעיניהן כסותרות את האידיאולוגיה המצפונית שהן מחזיקות בה. מבלי שהתכוון, יצר אפוא המחוקק הישראלי מבנה משפטי יוצא-דופן שבמסגרתו הכפתן של נשים ליחס שונה לא שימשה מסווה לקיפות, אלא היוותה בבירור

בדג"צ 7802/04 לאורדה מילוא נ' שר הבטחון (טרם פורסם) (העתק מהעתירה מצוי בירי המתברת).

106 קריאת-התיגר היחידה על ההטיה הגברית של תפיסת השוויון שהחיל בית-המשפט בעניין לאורה מילוא נשמעה מצידה של האגודה לזכויות האזרח, אשר ביקשה להצטרף כירידת בית-המשפט לדיון גוסף, וטענה בהקשר זה כי "השאיפה לשוויון ראוי שתוגשם על דרך הרחבת חופש המצפון של גברים ולא על דרך של פגיעה בחופש המצפון של נשים". ראו בקשת האגודה לזכויות האזרח להצטרף כירידת בית-המשפט בדג"צ 7802/04 לאורדה מילוא נ' שר הבטחון (טרם פורסם) [http://www.acri.org.il/hebrew-acri/] URL: http://www.acri.org.il/hebrew-acri/]. טענה זו לא זכתה עם זאת בכל התייחסות שכן הבקשה לדיון גוסף נדחתה.

זכות. יתרה מזו, בהקשר זה התברר כי אופן מימושה של זכות זו בפועל על-ידי הנשים הסרבניות, והפרקטיקה של המרת השירות הצבאי בשירות אורחי, העניקו לזכות נשית זו מימד חתרני מגדרי לא-מבוטל.

עם זאת, זכותן הייחודית של נשים לחופש מצפון נהפכה, כפי שהראיתי, גם למכשלה בדרכן של סרבניות-המצפון, שהפצו להפוך את מעשה הסרבנות שלהן ממעשה אישי למעשה ציבורי. בהקשר זה התברר כי הציבוריות וההכרה הנלווית לה נשללו מהנשים הסרבניות, והדיון הפומבי בסרבנות-המצפון נבנה והומשג במונחים גבריים – הן מבחינת מיהות הדמויות המזוהות עם תופעה זו והן מבחינת הערכים שהיא מבטאת ומייצגת. סיפורה של הזכות לחופש מצפון שהוענקה לנשים נחשף אפוא במסגרת מאמר זה כסיפור מורכב יותר, שבו לצד הכרה יוצאת-דופן בזכות-יתר, המבנה המשפטי הפטריארכלי שבמסגרתו נולד הסדר המצפון ונאכף הביא לידי הדרתו של קול המצפון הנשי מן הספרה הציבורית.

בנסיבות אלה היה חשוב ומעניין במיוחד לבחון את גלגולו האחרון של סעיף המצפון הנשי, ברמות הפרשנות שנוצקה לו בעניין לאורה מילוא. שלב אחרון זה נולד והוגע בשם התביעה לשוויון על בסיס מין. לפיכך השאלה שניסיתי לבחון היא כיצד ובאיזה אופן שינתה הכפפתה של הזכות הנשית הייחודית לאמות-מידה של שוויון את טיבה ומשמעותה של זכות זו, ולאילו תוצאות הוביל מהלך השוויון מבחינתן של סרבניות-המצפון בפרט ונשים בכלל. בהקשר זה התברר כי בגלגולו השוויוני, סעיף המצפון הנשי הוא סעיף מטריד המעורר דילמות לא-פשוטות. יסוד הזכות שהיה גלום בסעיף זה נמחק הלכה למעשה, וזכותן של נשים לחופש מצפון הוכפפה בשם השוויון להוראותיו של סעיף אחר, שהטיל עליה הגבלות משמעותיות בהשוואה להיקף פרישתה המקורי של הזכות. במסגרתו של סעיף הפטור המיוחד לנשים נותר רק הפטור מטעמי דת ומסורת, אשר מלכתחילה היה שנוי במחלוקת לנוכח התפיסות המגדריות שהזינו אותו, ועיקרון משפטי זה זכה עתה בהצדקה ערכית ובלגיטימציה מהודשת כתוצר נוסף של רטוריקת השוויון שבה נעטפה התוצאה כולה. השוויון המגדרי שפסק-הדין בעניין לאורה מילוא מתהדר בו התגלה אפוא בפועל כתפיסת שוויון צרה, אשר מציבה לבגד עיניה את אמת-המידה הגברית כבסיס לתביעה לשוויון, ואינה מצוידת בכלים הביקורתיים הדרושים על-מנת לשרטט את קו הגבול הראוי בין פרקטיקות משפטיות המתיישבות עם עיקרון של שוויון מגדרי מהותי לבין פרקטיקות אחרות המפרות עיקרון זה.

התוצאה היא אפוא שהרפורמה המשפטית שחולל פסק-הדין הובילה מבחינות רבות דווקא לפגיעה בנשים בהשוואה למצבן קודם לכן, ומסקנה זו מחזירה אותי למכתב של שני וורנר שבו נפתח מאמר זה. אין ספק שהמצב שבו רק הסרבנות הגברית זכתה בדיון ובהכרה בשיח הציבורי היה מצב מתסכל מבחינתן של סרבניות-המצפון, והוא ללא ספק גרע ממשמעותה ומתוקפה של הזכות שהוקנתה להן. עם זאת, בניגוד לטענתה של שני, הראה מאמר זה כי קול המצפון הנשי, גם אם הודר מן הספרה הציבורית, לא היה נטול משמעות והשפעה כפי שהיה נדמה, ולמעשה הזכות הרחבה לחופש מצפון שממנה נהנו נשים במשך שנים רבות אפשרה להן לתעל את קולן המצפוני לאפיקים חדשים ולהוסיף לו רבדים משמעותיים של תוקף והשפעה. פסק-הדין בעניין לאורה מילוא סתם לגמרי את הגולל על אפיק עשייה נשי זה. אומנם, באופן פורמלי, הכפפתן של נשים להסדר המצפון

המצומצם שהוחל עד אז רק על גברים העניקה להן אותה במה ציבורית למחאה כמו זו של הגברים, שהרי מעתה ואילך נפתח גם לפניו הנתיב הגברי של מאבק כוחני עם המדינה, העמרה לדין פלילי וישיבה בכלא בגין סירוב למלא פקודה. אולם גיבושה של אפשרות זו כנתיב חלופי לנשים במקום ועל-חשבון הנתיב החברתי חזקה בעצם, כך ניתן לטעון, את ההסיה הגברית של שיח הסרבנות כולו; מעתה ישתתפו גם נשים – ולא רק גברים – בהנצחתו של שיח מגררי היררכי זה. מבחינה זו אין לבלבל בין המובן הפיזי הצר של "קול" שהוענק לנשים על-ידי פסק-הדין בעניין לאורה מילוא לבין המובן הנורמטיבי הרחב אשר נשלל מהן.

פרשת גלגוליו של סעיף המצפון הנשי מלמדת אפוא כי השאלה מהו שוויון מגדרי וכיצד ראוי לקדמו באמצעות המשפט אינה שאלה כה פשוטה. בפועל נראה כי פרשה משפטית זו, שתחילתה בהסדר משפטי נפרד לנשים וסופה במיגורו של הסדר זה בשמו של עקרון השוויון המגדרי, מלמדת יותר מכל כי כאשר אפשרות הבחירה מצומצמת הלכה למעשה לבחירה בין ה"נשי" ל"גברי", ובהעדר מרחב אמיתי של שוויון מגדרי, צדיף כנראה בסופו של דבר לדבוק באפיק הנשי. יתרה מזו, ניתן להוסיף ולטעון כי במצב-דברים כזה רק הבחירה באפיק הנשי יכולה לסלול בסופו של דבר את הדרך לשוויון המיוחל, שכן עצם ביסוסו של ה"נשי" כערך ראוי ומוכר במרחב הציבורי, לצידו של ה"גברי", הינו השלב ההכרחי הראשון לצורך כינונה של הספרה הציבורית על עקרונות של שוויון מגדרי מהותי.

---

## תקצירים באנגלית



---