

## פסיקה

### על נשים, צבא ושוויון

בעקבות בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח'1

שולמית אלמוג\*

'Rule Forty-two. All persons more than a mile high to leave the court.'  
Everybody looked at Alice.  
'I'm not a mile high', said Alice.  
'You are,' said the King.  
'Nearly two miles high,' added the Queen.  
'Well, I shan't go, at any rate,' said Alice:  
'besides, that's not a regular rule...'

(Lewis Carroll, *Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking Glass*)

א. מבוא. ב. שונות רלוואנטית ועקרון השוויון. ג. הזכות לשוויון מול טעמים תכנוניים. ד. הזכות לשוויון מול טעמים עקרוניים. ה. טעמים עקרוניים במבחן הגדרת השוויון האריסטוטלית. ו. תפיסה פאטרנליסטית מול עקרון השוויון. ז. שוויון בין גברים לנשים בצבא – סיכום ביניים.

א. מבוא

בעת הזו, בה רווחת רטוריקה של שוויון בכל תחומי החיים, נותר הצבא, במידה רבה, אחד המעוזים של דומיננטיות גברית מובהקת. נשים משרתות אומנם בצבאות רבים בעולם, אולם הן רחוקות מעמדות של פיקוד וקבלת החלטות מכריעות, ורק במקרים מעטים מאוד

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי לאבינועם בן זאב, לאריאל בנדור ולחברי מערכת משפט וממשל על הערותיהם המועילות לטיוטת רשימה זו.  
1. טרם פורסם; להלן: עניין מילר.

הן רשאיות להשתלב בתפקידים קרביים. עם זאת החלו להישמע בשנים האחרונות, במדינות רבות בעולם, קולות הקוראים תיגר על מצב דברים זה, ומבקשים, מטעמים שונים, לערער על הדומיננטיות הגברית בתחום הצבאי, לפתוח בפני נשים את כל המקצועות הצבאיים, ללא יוצא מן הכלל, ולאפשר להן מסלולי שירות וקידום זהים לאלו של הגברים.<sup>2</sup> בכמה מדינות נענו דרישות מסוג זה, וכיום ניכרים בהן שינויים משמעותיים בעניין שירות נשים בצבא. כך, למשל, הצבאות הקנדיים, הבלגיים, ההולנדיים והנורווגיים מאפשרים לנשים למלא כל תפקיד צבאי, בהתחשב בהתאמתן האישית.<sup>3</sup> לאחרונה הגיעה המשימה של ליבון היבטים מסוימים השייכים לסוגיית השוויון בצבא אל בית המשפט העליון בישראל. עם גיוסה לצה"ל ביקשה החיילת אליס מילר לעבור מבדקי התאמה לקורס טיס שעורך חיל האוויר. הבקשה נדחתה לאור עמדתם העקרונית של חיל האוויר ורשויות הצבא, על-פיה אין לשבץ נשים במקצועות לחימה. מאחר שטיס מסוג כמקצוע לחימה, גרס חיל האוויר כי אין לאפשר לנשים להתקבל ולהשתתף בקורסים לטיס. מילר עתרה בעניין זה לבג"ץ, אשר החליט ברוב דעות לקבל את עתירתה ולחייב את רשויות הצבא לזמנה למבדקי התאמה לטיס, ולצוות על חיל האוויר לפתוח בניסוי שמטרתו לבחון את הנושא של שילוב נשים בקורס טיס.<sup>4</sup>

משמעות קבלת עתירתה של מילר היא שלילת עמדתם העקרונית האמורה של חיל האוויר ורשויות הצבא והביטחון. ואכן, בעקבות פסקי-הדין הודיע דובר צה"ל, כי מעתה יעברו מועמדות לקורס טיס תהליכי מיון זהים לאלה שעוברים מועמדים לקורס טיס. מסרת רשימה זו היא לבחון מהן השלכות פסקי-הדין בעניין מילר על סוגיית שילובן השוויוני המלא של נשים בצבא. לצורך זה אתייחס לגישות שונות הנוגעות להגדרתן ויישומן של עקרון השוויון, כפי שהן באות לידי ביטוי בפסקי-הדין, ולשאלה, מהן ההשלכות השונות שיש לגישות הללו על סוגיית שילובן השוויוני של נשים בצבא. אמנם הצדדים בעניין מילר (ובעקבותיהם גם השופטים) נמנעו מהתייחסות ישירה לסוגיית שילובן השוויוני והמלא של נשים בצבא ולטעמים העקרוניים (להבדיל מאלה התכנוניים) כנגד שילוב כזה. אך נראה כי המציאות המשתנה באשר למעמדן וזכויותיהן של נשים – בארץ כמו בעולם – מחייבת שלא להתעלם מסוגיה זו, העומדת במרכזו של עקרון השוויון. ואכן, עיון מעמיק בפסקי-הדין מלמד, כי סוגיית השוויון בין נשים לגברים בצבא, במובנה הרחב ועל היבטיה החברתיים והערכיים, עומדת ברקע הנושאים הנידונים בפסקי-הדין, וכי גם התייחסויות העקיפות אליה, המצויות במספר מקומות בפסקי-הדין, ראויות לתשומת לב מיוחדת.

2. בשנים האחרונות ראו אור מספר מחקרים המבקשים לבחון את תפיסות היסוד הרווחות באשר ליחס שבין נשים לצבא, ובמקרים רבים – להעלות ספקות ביחס לתקפותן של התפיסות הללו. ראו, לדוגמא: M. Cooper, A. Auslander Munich, S. Squier (eds.), *Arms and the Woman* (Chapel Hill, 1989); E. Isaksson (ed.), *Women and the Military System* (New York, 1988); K. Muir, *Arms and the Woman* (London, 1992).
3. לסקירת תמונת המצב הבינלאומית בהקשר זה ראו: מויר (לעיל, הערה 2) 5-2.
4. שופטי הרוב היו השופט א' מצא, ט' שטרסברג-כהן וד' דורנר. השופטים י' קדמי וצ' א' טל סברו כי יש לדחות את העתירה.

## ב. שונות רלוואנטית ועקרון השוויון

שלושת שופטי הרוב מציגים בפסקי-הדין שלהם שלוש עמדות שונות באשר להגדרתו ויישומו של עקרון השוויון.

כפי שמציינת השופטת דורנר, ההגדרה אשר נקלטה בפסיקה הישראלית היא הגדרת השוויון האריסטוטלית: שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם.<sup>5</sup> יישומה של הגדרה זו מחייב התייחסות לשאלה, האם השונות היא רלוואנטית לצורך היחס השונה שבו מדובר. למשל – ידוע כי גברים שונים מנשים במספר אופנים. האם לאור השוני הזה יש לקבוע שכר עבודה שונה לגבר ולאשה העובדים בתפקידים זהים? כדי להשיב לשאלה זו, יש לתת את הדעת לרלוואנטיות של השונות. כך, כידוע, ההבדלים הקיימים בין גברים לנשים אינם רלוואנטיים לעניין הזכות לקבל שכר שווה עבור עבודה שווה. לפיכך, שוויון, בהתאם להגדרה האריסטוטלית הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים, על-פי מידת שונותם, ועל-פי הרלוואנטיות של מידת השונות לעניין הנדון. לא כל שונות מצדיקה הבחנה, אלא רק שונות שיש בה עניין לעצם ההבחנה. לכך מכוונים דברי השופט מצא, הקובע כי "הכלל אכן הוא, כי שונות רלוואנטית עשויה להצדיק הבחנה".<sup>6</sup>

השופט מצא מתייחס להוראות החוק המבחינות בין גברים ונשים לעניין השירות הצבאי.<sup>7</sup> אלא שמן ההוראות האלה, שמשמעותן היא הקלה בתנאי השירות של נשים, אין משתמע, לדעת השופט מצא, כי בין גברים לבין נשים מתקיימת שונות "שהינה רלוואנטית לפסילתן המוחלטת של כל החיילות למילויים של תפקידים כאלה ואחרים".<sup>8</sup> עם זאת, הוא מוסיף:

5. אריסטו, אתיקה ניקומכוס, ספר 5 פסקה 1131, תרגם י"ג ליבס (1973); סעיף 6 לפסק-דין של השופטת דורנר.
6. סעיף 13 לפסק-דינו של השופט מצא, המפנה בעניין זה לדברי השופט אגרנט בד"נ 10/69 בורונבסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7, 35, ולדברי השופטת נתניהו בבג"צ 720/82 אליצור איגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז (3) 17, 21, וראו גם בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג (4) 297, 299.
7. חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות ביטחון) מבחין בין נשים וגברים לעניין משך השירות הסדיר (גברים חייבים בשלושים חודשי שירות, ונשים – בעשרים וארבעה חודשי שירות סדיר; סעיפים 15 ו-16 לחוק), חובת השירות במילואים (גברים חייבים בו עד גיל חמישים וארבע, ונשים – עד לגיל שלושים ושמונה; סעיף 29 לחוק), ופטור משירות ביטחון (נוסף לעילות הפטור העומדות גם לגברים וגם לנשים, זכאיות נשים נשואות לפטור משירות מילואים, ונשים הרות ואימהות פטורות גם משירות מילואים; סעיף 39 לחוק).
8. סעיף 14 לפסק-דינו של השופט מצא.

ודוק: אין משמעות הדבר, כי השונות בין המינים לעולם אינה רלוואנטית לעניין התאמתה של חיילת למילוי תפקיד מסוים. גם לדידי, אפשר בהחלט שהיילת תיפסל, בגלל מינה, למילוי תפקידים כאלה ואחרים, אך פסילה מטעם זה הינה מותרת רק מקום בו מינה של המועמדת יוצר שוני אשר הינו רלוואנטי למילוי של התפקיד המסויים.<sup>9</sup>

השופטת דורנר מגיעה אמנם לאותה תוצאה אליה הגיע השופט מצא - קבלת העתירה - אולם היא מעלה ספקות באשר לנכונות ההסתפקות בהגדרת השוויון האריסטוטלית, ומצרפת את קולה למשפטים אשר מתחו ביקורת על הסתפקות בהגדרה זו.<sup>10</sup> לדעתה, ההגדרה מחייבת יחס שונה כאשר השונות היא רלוואנטית, אך אינה כוללת אמות מידה לקביעת הרלוואנטיות, ועל כן השימוש בה עלול לגרום להכשר של הפליה המבוססת על דעות קדומות וסטריאוטיפים.<sup>11</sup> השופטת דורנר מציעה, במקרים שמדובר בהחלטה המבוססת על שיקולי מין (וגם על שיקולי גזע או כל שיקול אחר שיסודו בהשתייכות קבוצתית), לא להסתפק בהגדרה האריסטוטלית, ולעשות שימוש במבחן בעל שני שלבים (המכונה על ידיה "מבחן כפול"): א. יש לבדוק אם שיקול המין הוא רלוואנטי; ב. אם שיקול המין אכן רלוואנטי, יש לבדוק אם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין. משמעותו המעשית של מבחן זה (שארטיב בה בהמשך הדברים),<sup>12</sup> היא הוספת נדבך להגדרה האריסטוטלית. שלב זה - החלק השני במבחן - מחייב להחליט מהי שונות שעקרון השוויון צריך לסגת בפניה, ומהי שונות, שגם אם לדעת רבים היא רלוואנטית, לא צריכה להיות לה השפעה על יישום עקרון השוויון. בעניין הנדון סבורה השופטת דורנר, כי יישומו של מבחנה מחייב כאמור את קבלת העתירה, ומעבר לכך - הגשמת עקרון השוויון מחייבת להתחשב בצרכיהן המיוחדים של נשים המשרתות בצבא. חובתן של הרשויות הצבאיות לקחת בחשבון את הצרכים הללו ולהיערך בהתאם, גם אם כרוך הדבר בהכבדה תקציבית או תכנונית.<sup>13</sup>

9. סעיף 16 לפסקה הרדן.

10. למשל: פי רדאי, "על השוויון", משפטים כד (תשנ"ד) 241, 255, D.L. Rhode, Justice and Gender (Cambridge, Mass., 1989).

11. סעיף 6 לפסקה דינה של השופטת דורנר. לעניין הטעם האחרון, יש לציין כי שימוש נכון במבחן האריסטוטלי אמור לפסול הפליה או יחס שונה המבוססים על דעות קדומות חסרות יסוד, באשר הללו אינן יוצרות שונות רלוואנטית. דומה, על כן, כי גם הביקורת שעניינה הבעייתיות שבמבחן האריסטוטלי וגם המבחן שמציעה השופטת דורנר כדי להתגבר על בעייתיות זו, עניינם גם - ואולי בעיקר - מקרים בהם קיימת שונות רלוואנטית בין גברים לנשים, שונות שאינה מבוססת על דעות קדומות וחסרות יסוד. עוד בעניין זה ראו בסעיף ה להלן.

12. סעיף ה להלן.

13. סעיף 16 לפסקה דינה של השופטת דורנר.

גם השופטת שטרסברג-כהן מתייחסת בפסק-דינה אל הדרך שבה יש לפרש את עקרון השוויון. נראה כי גם היא, כמו השופט מצא, עושה שימוש פרשני בהגדרת השוויון האריסטוטלית, אולם בניגוד לעמדתו של השופט מצא, היא מוצאת כי קיימת שונות רלוואנטית בין גברים ונשים, שונות העומדת ביסוד "הטעמים התכנוניים", ועשויה להכביד על חיל האוויר. עם זאת, מדובר בשונות אשר ראוי להתגבר על הקשיים הנגרמים בעטיה, אם ניתן. בדבריה של השופטת שטרסברג-כהן:

נראה לי איפוא, כי שונות הגורמת לקשיים ענייניים ואמיתיים ביישום ערך השוויון, כגון קשיים פסיים, כלכליים, לוגיסטיים וכיו"ב, היא שונות רלוונטית. אף-על-פי-כן, באותם מקרים בהם היא ניתנת לנטרול במחיר סביר, ראוי לתקנה ולנטרלה על-ימנת להשיג שוויון.<sup>14</sup>

ההחלטה מתי לנטרל את השונות הרלוואנטית ומתי להימנע מכך תיקבע, אליבא דשופטת שטרסברג-כהן, באמצעות עריכת איוון בין הערכים המתנגשים, ויש דמיון מסוים בינו לבין השלב השני במבחן הכפול שמציעה השופטת דורנר, הכרוך אף הוא בעריכת איוון.<sup>15</sup> בעניין מילר, ההתנגשות היא בין ערך בטחון המדינה (אותו מכנה השופטת שטרסברג-כהן "הערך הגבוה") לבין ערך השוויון (אותו היא מכנה "הערך הנמוך"). נוסחת האיוון על-פי עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן זהה לנוסחה שקבע בית-המשפט העליון לצורך הכרעה במקרים של התנגשויות בין חופש הביטוי לבין בטחון המדינה: הנוסחה מחייבת לבדוק אם שמירה על ערך השוויון מביאה לוודאות קרובה לפגיעה ממשית ולנוק ממשית לבטחון המדינה. רק במקרה בו קיימת ודאות קרובה לפגיעה כזו – ייסוג ערך השוויון; ואפילו כאשר קיימת ודאות קרובה לפגיעה ולנוק ממשית לבטחון המדינה – יש לבדוק אם אין קיימים אמצעים חלופיים שיש בהם כדי למנוע את הוודאות הקרובה לסכנה, בלא לפגוע בערך השוויון.<sup>16</sup> לקביעה כי במקרים של הפליית נשים יש לישים מבחן מחמיר של ודאות קרובה לסכנה חמורה, מצטרפת גם השופטת דורנר.<sup>17</sup> דומה כי העמדות השונות שהביעו השופטים, הן לעניין ההגדרה הראויה של עקרון השוויון והן לעניין יישומה ופרשנותה של ההגדרה המקובלת כיום בפסיקה (ההגדרה האריסטוטלית) מובילות למסקנה, כי אין עדיין הסכמה רחבה וכוללת בין כל שופטי בית-המשפט העליון באשר לבסיסו התיאורטי של עקרון השוויון בכלל, והשוויון בין נשים לגברים בפרט. בעניין מילר התלכדו העמדות השונות שהובעו אצל שופטי הרוב לכלל תוצאה אופרטיבית זהה (רשויות הביטחון נצטוו לאפשר למילר לעבור מבדקים לקורס טיס), אולם נראה שבמקרים אחרים יכולים ההבדלים בתפיסת עקרון השוויון בין השופטים

14. סעיף 6 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

15. ראו סעיף ה להלן.

16. סעיף 12 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

17. סעיפים 14 ו-22 לפסק-דינה.

להוביל לתוצאות שונות. כך, למשל, נראה כי בסוגיית שילובן השוויוני של נשים בכל מקצועות הצבא, לרבות מקצועות לחימה, עשויה שיטתה של השופטת דורנר להוביל לתוצאה אחרת משיטותיהם של שופטי הרוב האחרים לצורך ניטרול מהמורות בדרך ליישום מלא של עקרון השוויון, ובעניין זה ארחיב בהמשך הדברים.<sup>18</sup>

### ג. הזכות לשוויון מול טעמים תכנוניים

בשלבם המוקדמים של ההליך המשפטי התייחסו נציגי הצבא, בין היתר, להיבטים ערכיים וחברתיים הקשורים לעמדה שייצגו (למשל: "המקובל... בישראל כי גברים בלבד הם שהיוצאים לחזית, וזאת לאור מידת הסיכון הכרוכה במקצועות לחימה, הסיכוי לחימה מול פני אויב וסכנת הנפילה בשבי").<sup>19</sup> אולם בהמשכו של ההליך הבהירו, כי התנגדותם לעתירה מושתתת אך ורק על "טעמים תכנוניים". עניינם של הטעמים התכנוניים, כעולה מטיעוני המשיבים, הוא ההנחה, כי נשים הזכאיות לפטור משירות ביטחון עקב נישואין, הריון ולידה, לא תשרתנה בשירות סדיר ובמילואים תקופה ארוכה כגברים, ועל כן הכשרתן לטייסות אינה כדאית. כמו כן, גריעתן הזמנית של טייסות מן השירות עקב אילוצים הקשורים למינן (למשל הריון) עשויה לפגוע בתכנון המבצעי וביכולת המבצעית. עוד נטען, כי התאמת המתקנים הצבאיים הקיימים לקליטת נשים כרוכה בשיקולים תקציביים ולוגיסטיים שיש להתחשב בהם.<sup>20</sup>

שופטי המיעוט, השופט קדמי והשופט טל, מקבלים את טענות המשיבים בדבר הטעמים התכנוניים שהגחו אותם בהחלטתם. השופט טל קובע, כי ראוי ורצוי להתחשב גם בשיקול התכנוני וגם בשיקול התקציבי, כפי שפורטו על-ידי המשיבים. השופט קדמי מייחס לשיקולי המשיבים בעניין זה רמת סבירות גבוהה, ואינו מוצא טעם להתערב בהם. מאחר שלדעת שופטי המיעוט מצביעים הטעמים התכנוניים על שונות רלוואנטית בין גברים לנשים, הרי שאין הפליה בגישת חיל האוויר שלא לאפשר לנשים לגשת למבדקי קורס טיס.

לעומתם, שלושת שופטי הרוב דוחים את ההסתמכות על שיקולים תכנוניים, כל אחד מטעמו שלו, ומכוח דחייה זו – מקבלים את העתירה.

18. ראו סעיף ה' להלן.

19. מתצהירו של מפקד חיל האוויר, כפי שציטט בסעיף 9 לפסק-דינו של השופט מצא.

20. לסיכום טיעוני המשיבים בעניין זה ראו סעיף 11 לפסק-דינו של השופט מצא. גם העותרת עצמה ביקשה לתחום את הדיון באופן כזה. היא ביקשה אמנם שלא לקבל עמדה הפוסלת באופן גורף שילוב נשים בתפקידי לחימה, אך היא לא טענה כי יש לבטל לחלוטין את ההגבלות הקיימות על גיוס נשים ליחידות לחמו, והיא אף היתה נכונה להניח, כי בתפקידי לחימה רבים אין אפשרות מעשית לשילובן של נשים (את עמדתה של העותרת מתאר השופט מצא בסעיף 7 לפסק-דינו).

השופט מצא דוחה את ההסתמכות על שיקולים תקציביים, ועומד על חובת החברה להקפיד על הגנת זכויות האדם גם כאשר הדבר כרוך בהוצאות כספיות.<sup>21</sup> באשר לטעמים התכנוניים, שעניינם העיקרי הוא החשש שטייסות לא תוכלנה לשרת תקופה ארוכה ורצופה כטייסים והדבר יפגע ביכולת המבצעית של חיל האוויר – השופט מצא סבור, כי טעמים אלה לוקים בחולשה, בהיותם מושתתים על סכרות והערכות היפותטיות ולא על לקחים או ניסיון.<sup>22</sup>

גם השופטת שטרסברג-כהן סבורה, כי אם יש צורך במשאבים כספיים לצורך שילוב נשים בקורס טיס – על המדינה לספקם,<sup>23</sup> וכי הטעמים התכנוניים האחרים "מושתתים על ספקולציות צופות פני עתיד".<sup>24</sup>

כך גם השופטת דורנר, הסבורה כי הטענות בדבר הפגיעה התכנונית כתוצאה משילוב נשים בקורס טיס אינה מבוססת אלא על סברה בלבד,<sup>25</sup> וכי שיקולים תקציביים (ותכנוניים) אינם יכולים להצדיק בנסיבות עניין זה החלטה הפוגעת בזכות יסוד.<sup>26</sup> לשלושת שופטי הרוב, אם כן, עמדה דומה באשר לנימוקי דחיית הטעמים התכנוניים. שלושתם מסכימים, כי הטעמים הללו מבוססים על הנחות והשערות בלתי מוכחות, וכי הכבדה תקציבית והגדלת עלויות אינן טעמים קבילים בענייננו.

כאמור, עניינם של ההיבטים התכנוניים היה רק אי כדאיות מעשית של שילוב נשים בקורס טיס; שופטי הרוב, שהשתיתו את קבלת העתירה על דחיית הטעמים התכנוניים, מצרים את גבולות פסיקתם לתחום המצומצם שבו עוסקים הטעמים התכנוניים, ואינם מתייחסים לשאלה הרחבה יותר של שוויון מלא בין גברים לנשים בצבא. עם זאת, במספר מקומות בפסקי-הדין צצים ועולים טעמים אחרים, המצויים, לדעתי, כל העת ברקע הדברים – טעמים כנגד שוויון בין נשים לגברים בצבא, אשר ניתן לכנותם "טעמים עקרוניים", ובהם אדון להלן.

#### ד. הזכות לשוויון מול טעמים עקרוניים

טעמי ההתנגדות ה"מסורתיים" לשילוב שוויוני מלא של נשים בצבא אינם דווקא תכנוניים או כלכליים, אלא טעמים שניתן לכנותם עקרוניים. הגם שתיתכן השקה מסוימת בין שני סוגי הטעמים הללו, ניתן לאפיין את הטעמים התכנוניים כטעמים בלתי מהותיים,

21. סעיף 19 לפסק-דינו. השופט מצא מפנה בעניין זה לספרו של א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 528. ראו גם סעיף 22 לפסק-דינו, בו כותב השופט מצא: "הטענה שהכשרתן של נשים לתפקידי טייסות אינה כדאית, חרף היותן בעלות כיסורים מתאימים לכך, היא טענה צורמת".

22. סעיף 21 לפסק-הדין.

23. סעיף 15 לפסק-דינה.

24. סעיף 12 לפסק-דינה.

25. סעיף 21 לפסק-דינה.

26. שם.

טכניים בעיקרם, שאינם נתלים בהשקפות עולם עקרוניות, אלא בשיקולים של יעילות ומעשיות. הטעמים העקרוניים, לעומת זאת, מבוססים על השקפות מוסריות, מסורתיות, חברתיות, תרבותיות, רגשיות וערכיות. אסקור כמה מאותם טעמים עקרוניים.

יש הטוענים, כי גם אם ניתן ללמד אשה את כל הכישורים הצבאיים שניתן ללמד גבר, הרי שאשה מטבעה, להבדיל מגבר, משוללת הן תוקפנות והן יכולת לעמוד בתנאי לחץ.<sup>27</sup> כך, למשל, היא לא תוכל לעשות שימוש בכלי נשק שמטרתם להרוג, ליטול חלק בקרבות פנים אל פנים, או לשהות תקופה ארוכה בתנאי שדה קשים. על כן אין לשלב נשים בתפקידים הכרוכים באלימות או בתנאים קשים במיוחד.<sup>28</sup>

על-פי טענה אחרת, שיתוף נשים יפגום בגיבוש הנוצר בין חיילים, גיבוש הנחשב לחיוני למילוי תפקידיהם הצבאיים, במיוחד בעת קרב. יש הטוענים כי ביחידות צבאיות מעורבות יפנו הגברים, בעת קרב, להגן קודם כל על הנשים שלצדם, דבר שיפגע ברמת תפקודם הצבאי.<sup>29</sup> יש המודאגים מהאפשרות שאמהות תעזובנה תינוקות או ילדים רכים כדי לצאת להילחם.<sup>30</sup> טעם נוסף המושמע לעתים קרובות, במיוחד לעניין שילוב נשים בתפקידים קרביים, נוגע לסכנות הצפויות לאשה על רקע מינה אם תיפול בשבי (אונס או התעללות על רקע מיני) הקשות הרבה יותר מהסכנות הצפויות לגברים שיפלו בשבי, ועל כן אין זה ראוי להעמיד נשים בככנות הללו. ראוי לציין, כי גם בקרב הדוגלים

27. לעניין השקפות מסוג זה ורקען ראו מויר (לעיל, הערה 2) 101-198. מויר כותבת, כי הניסיון שנרכש במלחמת המפרץ מפרץ את הטענות מסוג זה: חיילות אמריקניות עזרו בתנאי המדבר הקשים ממש כמו החיילים, התמודדו עם המתח המתמיד של התקפות טילי הסקאד מבלי להתמוטט פסיכולוגית ומבלי לנטוש את משימותיהן, הוכיחו אומץ בהנהגת חיילים בתוך שדות מוקשים, ותיפקדיהן הגופניים לא נפלו, בשום שלב, מאלה של הגברים (שם, 190-191).

28. טיעונים מסוג זה נשמעים, לעתים, גם נגד שילוב נשים בתפקידים מסוימים במערכות אזרחיות. כך, למשל, בבית-הדין האזורי לעבודה נדון, לא מכבר, סירובה של "אל על" לשבץ נשים בתפקידי ניהול תחנות. בתומר שהוגש לבית-הדין מצויה היתה חוות דעת פסיכולוגית שהוזמנה על-ידי "אל על", בה נאמר כי האקלים הארגוני בסביבת העבודה של מנהל תחנה מאופיין באווירה "גברית", שמצויים בה אלמנטים של כוח פיזי ואלימות לטנטית, וכי קיימת הסתברות שמנהל תחנה יצטרך להתמיד במהלך תפקידו עם תנאי אקלים קשים ומצבים מסוכנים. תנאים אלה, לדעת כותבי חוות הדעת, אינם תנאים אטרקטיביים למרבית העובדות על פי הסטריאוטיפ השורר במקצועות הללו. לזכותה של חברת "אל על" ייאמר, כי זנחה את הטענות בדבר אי התאמתן של נשים לתפקידי ניהול עוד בטרם ניתן פסק-הדין, ואף הסכימה לשלם לתובעות פיצוי כספי בשל עוגמת הנפש שנגרמה להן כתוצאה מאפלייתן. ראו דב"ע 3-208 וורמן ואח' ג' "אל על" נתיבי אויר בישראל בע"מ (טרם פורסם).

29. לניתוח מקורותיה של טענה זו ראו: J.H. Stiehm, "The Effect of Myths about Military Women on the Weaving of War" אצל איזקסון (לעיל, הערה 2) 94-113.

30. מויר (לעיל, הערה 2) 125.



בפמיניזם מצויה אסכולה אנטי-מיליטריסטית, המתנגדת לשילוב שוויוני של נשים בצבא. על-פי אותה אסכולה, שילובן המלא של נשים בצבאות העולם רק יסייע לכווץ של פוליטיקאים גברים לגרור את מדינותיהם ואת העולם למצב של מלחמה, שהוא ביסודו מנוגד לתפיסת העולם הנשית. על כן מוטב לנשים להימנע משיתוף פעולה עם המערכת הצבאית הגברית ומהשתלבות מלאה או חלקית בתוכה.<sup>31</sup>

דומה כי ההשקפות בדבר ההבדלים המולדים בין גברים לנשים לעניין השירות הצבאי נוגעות בתפיסות יסוד הרואות את מבנה האישיות, התפקידים והיכולות הנשיות כשונים מאלה הגבריים. שורשיהן של התפיסות הללו נעוצים עוד בימים הקדומים, בהם הופקד הגבר על השגת מזון והגנה על המשפחה, והאשה – על לידת ילדים והטיפול בהם.<sup>32</sup> את תמצית רוחה של גישה זו מבטאים דבריהם הבאים של קצינים בכירים אמריקניים. אלה דבריו של הגנרל ויליאם ברואוס, המפקד בדימוס של חיל הנחתים האמריקני, שנאמרו בשנת 1982:

War is man's work. Biological convergence on the battlefield would not only be dissatisfying in terms of what women could do, but it would be an enormous psychological distraction for the male who wants to think that he is fighting for that woman somewhere behind... When you get right down to it, you have to protect the manliness of war.<sup>33</sup>

ולהלן דבריו החריפים אף יותר של הגנרל רוברט בארו, אף הוא מפקד בדימוס של חיל הנחתים האמריקני, שנאמרו לאחר מלחמת המפרץ, בשנת 1991:

Combat is... killing or capturing the enemy. It's Killing. And it's done in an environment that is often as difficult as imagine. Extremes of climate. Brutality. Death. Dying. ...

31. ראו "Visions of a Peaceful Future: War and Peace in Feminist Utopias", E. Isaksson, אצל איזקסון (לעיל, הערה 2) 247-259, וכמו כן: מויר (לעיל, הערה 2) 7.
32. לניתוח ביקורתי מקיף של השקפות מסוג זה ראו ג' רפפורט, על הפמיניזם ומתנגדיו (תשנ"ג). ראו גם סעיף 2 לפסק-דינה של השופטת דורגה בעניין מילר (לעיל, הערה 1).
33. הדברים מובאים בספרה של C. Williams, *Gender Differences at Work – Women and Men in Nontraditional Occupations* (Barkley, 1989) 9-10. על דעות דומות ברוחן דווח בעיתונות ברשימה המתארת את הלך הרוחות בחיל האוויר בעקבות הפסיקה בעניין מילר: "הם רוצים [אנשי חיל האוויר – ש"א] קילר ולא מילר" (א' אורן, "אלוהים היא טייס המשנה שלה", הארץ, 8.12.95).

And Women can't do it! Nor should they even be thought of as doing it. The requirements for strength and endurance render them unable to do it. And I may be old-fashioned, but I think the very nature of women disqualifies them from doing it. Women give life. Sustain life. Nurture life. They don't take it.<sup>34</sup>

יש הסוברים, כי לאור הטעמים העקרוניים שהובאו לעיל, כולם או מקצתם, הציבור עצמו (בלי קשר לבחירה כזו או אחרת של הנשים) לא יוכל לקבל, מבחינה רגשית, מצב בו מצויות נשים בסכנה של מוות או פגיעה בקרב, או נפילה בשבי. לעניין זה התייחס מפקד חיל האוויר בתצהיר שהוגש בעניין מילר. הוא תיאר את המציאות הביטחונית הקיימת בישראל, אשר בה הגברים בלבד הם היוצאים לחזית, כמציאות שנוצרה "לאור מידת הסיכון הכרוכה במקצועות לחימה, הסיכויי לחימה מול פני אויב וסכנת הנפילה בשבי".<sup>35</sup> את השאלה הכללית של שילובן של נשים במקצועות לחימה הוא מגדיר כשאלה "חברתית, תרבותית וערכית", אשר לא מערכת הביטחון לבדה ממונה על מתן התשובה לה.<sup>36</sup>

בתצהיר נוסף, שהוגש מטעם העותרת, מעיד המצהיר (קצין ששימש שנים רבות כטייס קרב ואף כמפקד בית הספר לטיסה), כי הוא תומך בשילוב נשים בקורס טיס, אך זאת "בנתון לקושי שהוא רואה לשיתוף נשים במשימות קרביות" (אותו הוא מייחס לבעייתיות הקיימת בהתייחסות הציבור לאפשרות של נפילת נשים בשבי).<sup>37</sup> לטעמים ערכיים וחברתיים כנגד שילוב מלא ושוויוני של נשים בצבא יש, אם כן, הדים ברורים בפסק-הדין בעניין מילר. אולם ההודרשות לשאלה זו מתבקשת, לדעתי, לא רק כמענה לאותם הדים, אלא גם מטעמים אחרים.

ראשית, דומה כי מאחורי הטעמים התכנוניים, המעשיים והכלכליים נגד שוויון נשים בצבא מצויים לעתים קרובות טעמי התנגדות עקרוניים, שאין מעלים אותם מפורשות, אם משום שאינם נשמעים היום "תקינים פוליטית" ואם מסיבות אחרות. כתוצאה מכך קיים חשש, שאפילו אם יוכח כי לא זו בלבד ששילוב שוויוני של נשים בצבא אינו גורע דבר, אלא שהוא אף משתלם מבחינה כלכלית ותכנונית, לא יהיה בכך כדי לסלק את ההתנגדות, בקרב רבים, לשוויון מלא בין גברים לנשים בצבא. כותבת בהקשר זה מויר:

34. הדברים מובאים בספרה של מויר (לעיל, הערה 2) 3-2.

35. הדברים מצוטטים בסעיף 9 לפסק-דינו של השופט מצא בעניין מילר (לעיל, הערה 1).

36. שם.

37. הדברים מובאים שם בסעיף 18 לפסק-דינו של השופט מצא. לבעייתיות זו, כך דומה, מודעים גם בהיל האוויר. העיתונאי אמיר אורן, ברשימה שהוזכרה לעיל (הערה 33), מדווח על דברי קצין בכיר המבקש את הפסיקה בעניין מילר כשל הסיכון שהיא יוצרת לנפילת טייסת בשבי.

Even if the reality of statistics and performance tests show women are a perfectly good investment, there are still the thousands of years of Western military tradition. Beyond supposed statement of practicality - 'it would cost too much to adapt ships' - or 'men and women can't share a tent' - lie moral and social qualms.<sup>38</sup>

אולם מעבר לכך, נראה כי פסילת הטעמים התכנוניים, כשם שעשה בית המשפט העליון בעניין מילר, תביא לכך, כי לא ירהק היום שהרשויות הנוגעות בדבר יצטרכו להתמודד עם כמה מן הטעמים העקרוניים לאי שילוב שוויוני של נשים בצבא. השאלה שאני מבקשת לבחון כעת היא, אלו השלכות יש להגדרת השוויון האריסטוטלי - ולעומתה למבחן הדו־שלבי שהציעה לאמץ השופטת דורנר בעניין מילר - על הרלוואנטיות של הטעמים העקרוניים כבסיס להצדקת אי שילובן השוויוני של נשים בצבא.

#### ה. טעמים עקרוניים במבחן הגדרת השוויון האריסטוטלית

השופט מצא, אשר כזכור קבע כי הטעמים התכנוניים אינם גורמים לשונות רלוואנטית בין גברים לנשים, כותב כי הוא אינו פוסל כלל אפשרות שהיילת תיפסל, בגלל מינה, למילוי תפקידים מסוימים, אם מינה יוצר שוני אשר הינו רלוואנטי למילוי של התפקיד המסוים.<sup>39</sup> דהיינו - גם שופט שפסל הפליית נשים המושתתת על טעמים תכנוניים, עשוי לקבוע, כי אם עסקינן ביחס שונה המושתתת על אחר (או יותר) מהטעמים העקרוניים המקובלים עליו, הרי שאין מדובר בהפליה. אולם מהן אמות המידה עליפיהן יש להבחין בין טעם עקרוני המצדיק יחס שונה לבין טעם עקרוני שאינו מצדיק יחס כזה? האם, למשל, בהבדלים ביולוגיים בין גברים לנשים יש לראות טעם עקרוני היוצר שוני רלוואנטי בין המינים ומצדיק יחס שונה? והאם אנו יודעים להבחין תמיד בין הבדלים ביולוגיים לבין דעות קדומות?

כאן מזדקרת חולשה אפשרית של שימוש בלעדי בהגדרת השוויון האריסטוטלי. תפיסת בני האדם כשונים היא לעתים קרובות תוצאה של שיפוטיות מוקדמים של המציאות, כמו שיפוט ערכי ושיפוט סובייקטיבי שלה. אמנם, מן הבחינה העיונית ניתן היה אולי להתגבר על חולשה זו באמצעות עמידה מדוקדקת על טיבה של כל שונות אשר בה מדובר. כלומר, כאשר מתעוררת שאלה בדבר הרלוואנטיות של שונות מסוימת ראוי להעביר את השונות דרך מסננת שיפוטית צפופה, אשר תבדוק את השונות מנקודות מבט שונות (בין היתר - מדעית ועובדתית), ובתום הבדיקה יוחלט אם מדובר בשונות שמוצדק להכיר בקיומה ולתת לה משמעות מעשית, או מדובר בשונות המושתתת על דעות קדומות או שונות שרקעה ספקולטיבי, אשר אינה מצדיקה יחס שונה. אולם השימוש בהגדרת השוויון

38. מויר (לעיל, הערה 2) 195.

39. סעיף 16 לפסק־הדין.

האריסטוטלי נעשה לעתים ללא אותה בחינה קפדנית של סוגי השונות, ותוך הסתפקות כתחושה אינטואיטיבית באשר לטיבה של השונות. מעצימה את הקושי העובדה, כי לעתים קרובות נכונותן של דעות בדבר שונות בין גברים לנשים אינה ניתנת להוכחה חד-משמעית. אכן, יש רבים – וביניהן אפילו פמיניסטיות – הסוברים כי לנשים מהות מולדת השונה מזו של הגברים (מעבר להבדלים הביולוגיים בין המינים, כמו אלה הקשורים להולדה או לכושר פיזי שונה), המונעת מהן מראש מילוי תפקידים "גבריים" כגון תפקידי לחימה. אולם יש המתנגדים בחריפות להשקפות הללו וטעמיהם עמם, ומכל מקום, ההשקפות השונות בעניין זה אינן בגדר אמיתות מוכחות העומדות מעל לכל ספק, ונדמה לי כי למרביתן ניתן ליחס אופי ספקולטיבי.<sup>40</sup> באשר לטעמים הקשורים לפגיעה ביעילות המערכת הצבאית (כמו הכשלת ה"גיבוש" בין החיילים והתרכזותם בסיוע לנשים הלוחמות לצדם במקום במשימות הקרביות) – דומה שטעמים אלה נגועים באותה ספקולטיביות שאפיינה את הטעמים התכנוניים ששופטי הרוב דחו בעניין מילר (אכן, בין היתר משום היותם ספקולטיביים). ספקולטיביות היא איפיון היאה אף לדעות בדבר אי נכונותו של הציבור לקבל, מטעמים שונים, שוויון מלא של נשים בצבא.<sup>41</sup>

הגדרת השוויון האריסטוטלי, כיוון שאינה מתייחסת לאמות המידה לשונות, היא עמומה דיה כדי לאפשר במקרים מסוימים פגיעה בשוויון בהסתמך על טעמים עקרוניים בעלי אופי ספקולטיבי.<sup>42</sup> באופן כזה עלול העיקרון האריסטוטלי לשרת לעתים מטרה הפוכה למטרה של השגת שוויון, לקבע הפליות ולתת להן לגיטימציה. למשל, מי שמשוכנע בכך שגשים הן רגשניות, קלות דעת ומתקשות לעמוד בתנאי לחץ, בניגוד לגברים, שהם קריירות ושקולים, עשוי גם להיות משוכנע ברלוואנטיות שיש לשוני זה לעניין התאמתן של נשים למשימות ותפקידים שונים.<sup>43</sup> אל סכנה זו מתייחסת השופטת דורנר בדבריה הנאים:

40. ראו רפורט (לעיל, הערה 32) 22-85.

41. בעניין זה קיימות הערכות שונות. ראו, למשל, מחקר שעסק, בין היתר, בנכונות ומוכנות הציבור האמריקני לשילוב שוויוני של נשים בצבא: M. Binkin and J. Bach, *Women and the Military* (Washington, 1977). אחת ממסקנותיהם של החוקרים היתה, כי רק ניסיון מעשי עשוי לספק את התשובות הדרושות בעניין זה ובעניינים אחרים הקשורים לנשים בצבא (שם, 110).

42. מעניין לציין, כי אריסטו עצמו נמנה עם אותם פילוסופים אשר טענו כי דפוסי החשיבה, ההתנהגות והאישיות שונים, מלידה, אצל גברים ונשים, וכי הדבר קבוע ובלתי ניתן לשינוי. ראו Aristotle, *The Politics* (London, 1973). לא מן הנמנע כי אריסטו היה מגיע למסקנה, כי תופעות רבות שכיום מקובל לראותן כהפליה אסורה של נשים, אינן נחשבות להפליה, וזאת בהתאם להשקפת עולמו האמורה בדבר ההבדלים בין גברים לנשים ועל-פי הגדרת השוויון שטבע.

43. קיימות גישות שונות באשר לסיבת היווצרותן של התפיסות הסטראוטיפיות הללו. כך, למשל, ויליאמס, המנתחת בספרה בהעמקה את התפיסות הפופולריות באשר לנשים העוסקות בעיסוקים הנתפסים "גבריים" וגברים העוסקים בעיסוקים הנתפסים כ"נשיים", טוענת כי

בהעדר אמות־מידה כאלה קיימת סכנה – שהתממשה לא אחת – כי אמות־המידה שיוחלו בכל עניין ועניין ישקפו את הסטריאוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור ההפליה מיסודו. בענייננו, האיסור על הפליה נשים לרעה עלול להיות מושם לאל על־ידי קביעה – המבוססת על סטריאוטיפים משפילים מקובלים – כי שונותה של האישה מן הגבר מצדיקה, ואף מחייבת, התייחסות שונה אליה.<sup>44</sup>

כאמור, ייתכנו מקרים בהם, תוך הסתמכות על ההגדרה האריסטוטלית, תוכר שונות שמקורה הוא תחושה אינטואיטיבית או דעות קדומות. כמו כן ייתכנו מקרים בהם לאחר שימוש זהיר וקפדני בהגדרת השוויון האריסטוטלי, תוך הימנעות מוחלטת מהסתמכות על טעמים שרקעם ספקולטיבי, עדיין תהיה המסקנה כי קיימת שונות רלוואנטית בין גברים ונשים. בשני סוגי המקרים, דומה שראוי ליישם את המבחן הדו־שלבי שמציעה השופטת דורנר. מבחן זה עשוי לשמש "זרוז" או "מקדם" של עקרון השוויון, במקרים בהם אין בכוחה של ההגדרה האריסטוטלית לסייע.

נראה כי את שלביו של המבחן הדו־שלבי יש לישם בדרך הבאה: השלב הראשון בוחן את תכליתה של ההבחנה שבה מדובר, והוא מקביל למעשה למבחן האריסטוטלי. בהקשר שלנו – הבחנה בין גברים לנשים – נשאלת בשלב זה השאלה אם קיים שוני רלוואנטי. אם יישום השלב הראשון מסתיים במסקנה כי קיים, בהקשר הגדון, שוני רלוואנטי בין גברים לנשים – מגיעים לשלב השני, בו בוחנים אם ההבחנה שבו מוצדקת. בחינה זו מחייבת עריכת איוון בין כבוד האדם של האשה, גם במונח האישי וגם בהיבט הכלל־חברתי – שעניינו כבוד הנשים ומעמדן בחברה בכלל בישראל לבי אינטרסים מתנגשים. יש לאזן בין כבוד האדם של האשה, העלול להיפגע אם יבחינו בינה לבין גבר – אפילו אם מדובר בהבחנה מבוססת שעברה את השלב הראשון – לבין האינטרס שייפגע אם ינהגו באופן שווה כלפי גברים ונשים, למרות השוני הרלוואנטי שביניהם.

בעניין מילר – ייתכן שהחלטת חיל האוויר שלא לאפשר לנשים לגשת למבדקי קורס טיס היא הבחנה רלוואנטית, לנוכח ההוראות השונות שיש בחוק שירות ביטחון לגבי שירות נשים ושירות גברים. אכן, ייתכן שהחוק עצמו בוסס בזמנו על דעות קדומות פסולות, אך לפי שעה, כל עוד קיימת פיסקת שמירת הדינים בסעיף 10 לחוק־יסוד: כבוד

המחקרים בהקשר זה מוכיחים, כי סטריאוטיפים באשר לעיסוקים מסוימים, שהם "גבריים" או "נשיים" נוצרו לא בשל הבדלי התאמה לעיסוקים הללו באישיותם של גברים ונשים, ואף לא בשל חוסר נכונות של נשים לעסוק בעיסוקים "גבריים", אלא בשל חוסר יכולת מתמשך של גברים לתפוס נשים כשוות להם באמת. ראו ויליאמס (לעיל, הערה 33) 139-143.

44. סעיף 6 לפסק־דינה של השופטת דורנר. על הקושי בקביעת השוני הרלוואנטי עמד גם השופט ברק בבג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1, 14, שם הותיר את השאלות הקשות (כהגדרתו) הנובעות מיישום הגדרת השוויון האריסטוטלית בצריך עיון.

האדם וחירותו, הקביעות שבחוק שירות ביטחון הן בגדר שיקול רלוואנטי מבחינת הצבא, שיקול שיש בו כדי לגרום לפחות לחוסר נוחות מסוים של הצבא, כאשר מדובר בשירות נשים לעומת שירות גברים. אולם ההבחנה בין גברים לנשים אינה עומדת, לשיטתה של השופטת דורנר, בחלקו השני של המבחן. גם אם שיקול המין הוא רלוואנטי בגלל הוראות חוק שירות ביטחון ועלויות חדשות שיוספו עקב גיוסן של הנשים, הרי שההתחשבות בו אינה מוצדקת בנסיבות העניין. הפליית נשים אינה מוצדקת בנסיבות העניין, משום שהיא גורמת לפגיעה בכבודן, פגיעה העולה בחמורתה על אי הנוחות המסוימת שתיגרם לצבא אם יתייחס לנשים בשוויוניות. הפליה לרעה על רקע קבוצתי, בין היתר מחמת מין או גזע, מבהירה השופטת דורנר, מהווה השפלה עמוקה של הקירבן ופגיעה בכבודו. הזכות לכבוד, המעוגנת כיום בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כוללת את איסור הפליית לרעה של נשים.<sup>45</sup> בעניין זה מאמצת השופטת דורנר את הפרשנות לביטוי "הזכות לכבוד" המופיע בסעיפים הללו, פרשנות אותה הציע חיים ה' כהן.<sup>46</sup>

כאשר אין שוני רלוואנטי, למשל כאשר ההבחנה מבוססת על דעות קדומות חסרות יסוד, כי אז יישומה האידיאלי של ההגדרה האריסטוטלית (או של השלב הראשון במבחן הכפול) מחייב לפסול את ההבחנה כבר בשלב הראשון. אולם, כאמור, לא תמיד נערך יישום אידיאלי שכזה, ולעתים מצליחות שונות שאינן רלוואנטיות לצלוח את המבחן האריסטוטלי. גם במקרים כאלה עשוי השלב השני במבחן הכפול לסייע, ולמנוע, באמצעות עריכת האיוון המתחייבת ממנו, תוצאה של חוסר שוויון. לאור האמור, נראה לי כי כדי ליטש בצורה צודקת ככל הניתן את עקרון השוויון, ראוי לאמץ את המבחן הדו-שלבי שמציעה השופטת דורנר בעניין מילר. מבחן כזה יאפשר, בין היתר, התמודדות נאותה עם טעמים עקרוניים נגד שילוב שוויוני של נשים בצבא, והוא עשוי לסייע לדהיתם של טעמים אשר אינם מושתתים על יסודות איתנים, ולקידומו של עקרון השוויון.

## ו. תפיסה פאטרנליסטית מול עקרון השוויון

בסעיף הקודם הזכרתי שורה של טעמים עקרוניים, אשר נטען כי יש בהם כדי להצדיק אי שוויון בין גברים לנשים בכל הקשור לשירות צבאי. יש הסוברים, כי בשל אחד מהטעמים הללו, או בשל יותר מאחד (או אולי בשל כולם במקובץ), יש לנהוג בהתאם לתפיסה פאטרנליסטית. על-פי תפיסה זו, ההגנה על נשים מתבטאת בשלילת אפשרות הבחירה. דהיינו אין לאפשר לנשים לבחור במילוי תפקידי להימה או בקריירות צבאיות דומות לאלו של הגברים, אפילו היו מוכנות לקחת על עצמן את כל הקשיים והסיכונים הכרוכים בכך.

<sup>45</sup> סעיפים 4 ו-14 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

<sup>46</sup> ראו: ח' ה' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט – ספר היובל (תשנ"ד) 32. יצוין עם זאת, כי השופטת דורנר אינה מוכנה לקבוע "כי תכליתו של חוק-היסוד היא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי" (סעיף 4 לפסק-דינה), אך לשיטתה, לענייננו די בכך שתכלית חוק-היסוד, ללא ספק, היא להגן על אדם מפני השפלה (שם).

השקפה כזו עולה מדברים שכתב בדעת המיעוט שלו השופט קדמי, אשר, כלשונו, שמע "מבין השיטין" של הטעמים התכנוניים אשר פרשו הגורמים הביטחוניים המופקדים על הנושא, השקפה שעל-פיה

לא יהיה זה מן הראוי להעמידה [את האשה] בפני הבחירה בין ההתמדה בשירות ובהבטחת הכושר המבצעי, לבין הדרישות שבדאי תציב לעצמה בבוא העת בכל הקשור להקמתה ולטיפוחה של משפחה.<sup>47</sup>

השקפה זו, סבור השופט קדמי, עומדת גם בבסיס ההבחנה בין גברים לנשים בהוראות תוק שירות ביטחון, והוא עצמו אינו סבור כי נס ליתתה.<sup>48</sup> עיקרון פאטרנליסטי אכן עומד ביסודם של דברי חקיקה שונים. למשל, אלה המתייחסים לעובדים,<sup>49</sup> לקטינים ולפסולי דין,<sup>50</sup> במקרים הללו מדובר בקבוצות שאכן ראויות להגנה מיוחדת. כך עובדים – המצויים לרוב בעמדה של חולשה ונחיתות מול מעסיקהם, כך קטינים – שטרם גיבשו יכולת להגיע להכרעות בוגרות ובשלות, וכך פסולי דין – אשר איבדו את היכולת הזאת או שאין ביכולתם לרכוש אותה. אולם לא כך נשים. נראה לי כי לא יהיה זה נכון או מוצדק להחיל עיקרון פאטרנליסטי כולל על כל ציבור הנשים.<sup>51</sup> נשים בגירות מסוגלות וכשירות ליטול אחריות לגורלן, ולהחליט באופן עצמאי בעניינים הנוגעים אליהן. הן אינן זקוקות להגנה מפני החלטותיהן שלהן, או מכל מקום – אינן זקוקות להגנה רבה יותר מגברים הבוחרים בקריירה צבאית. אין הצדקה לשלול מהן מראש את זכות ההחלטה והבחירה בשאלה אם לבחור בקריירה צבאית מבצעית או להימנע מכך. יתרה מכך, כפי שנקבע בעניין מילר, יש לדאוג לכך שהמערכת הצבאית תאפשר לנשים להתקדם בשורותיה, תוך התאמת מבנה המערכת לצורכיהן המיוחדים של הנשים.<sup>52</sup>

עם זאת, ייתכן מצב דברים בחברה העכשווית שיחייב מסקנה, כי במצבים מסויימים צפוי לנשים סיכון גדול יותר או סבל רב יותר מזה הצפוי לגברים. במצבים כאלה, הן

47. סעיף 1(ג) לפסק-דינו של השופט קדמי.

48. שם.

49. למשל סעיף 38 לחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951; סעיף 31 לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963.

50. למשל: סעיפים 3-7 ו-9 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

51. אעיר כי את החוקים הכוללים הוראות אובליגטוריות בדבר הגנה על נשים עובדות בשל תפקודיהן הגופניים המיוחדים (כגון הריון, לידה והנקה) איני רואה כנובעים מתוך עיקרון פאטרנליסטי, אלא כהסדרים הלוקחים בחשבון את צרכיהן המיוחדים של נשים, מתוך מטרה שלא להפלותן לרעה מול גברים בגלל אי התחשבות בצרכים הללו. התכלית העומדת ביסוד החוקים מסוג זה היא השגת שוויון מהותי.

52. ראו סעיף ג' לעיל.

המבחן האריסטוטלי והן השלב הראשון במבחן שמציעה השופטת דורנר יביאו למסקנה, שהתייחסות שונה לגברים ולנשים היא מוצדקת. כך למשל, בהנחה כי נשים אשר תיפולנה בשבי צפויות לחיי שבי קשים יותר מאלה הצפויים לגברים (ואין בכוונתי לקבוע עמדה חד-משמעית בעניין זה), ייתכן כי משמעות הדבר היא, שאין לחייב נשים למלא תפקידים צבאיים העלולים לסכנן בנפילה בשבי, בעוד שגברים ניתן לחייב במילוי תפקידים כאלה. במקרה כזה, יחס שונה לגברים ולנשים יהווה התחשבות מוצדקת בשונות רלוואנטית ולא הפליה.

אולם כיצד יש לנהוג באותן נשים המוכנות, למרות הסכנות האמורות, למלא תפקידים המעמידים אותן בסכנה של נפילה בשבי, ורואות בשלילת אפשרות זו פגיעה בכבודן? בנקודה זו מחייב השלב השני במבחן המוצע על-ידי השופטת דורנר עריכת איוון בין השיקולים השונים בעניין זה. נראה כי מתן חופש בחירה בעניין זה לנשים - כשם שהוא ניתן לגברים המתנדבים למשימות שיש בהן סיכונים מיוחדים - מהווה פיתרון לבעיית הפגיעה בכבוד, ומתיישב עם הזכות לשוויון. הוא גם מתבקש מהחובה ליתן תוקף לאוטונומיה של הרצון הפרטי, שגם היא נובעת מזכותן של נשים לכבוד.<sup>53</sup>

#### ז. שוויון בין נשים לגברים בצבא - סיכום ביניים

עריכת דין, רפואה ופקידות נמנים עם המקצועות שהיו בעבר חסומים לכניסת נשים, מסיבות שונות ומשונות, שביסודן האמונה או התחושה כי נשים אינן מתאימות או מסוגלות לתפקד במקצועות הללו. לאחר שהוסרו המחסומים החלו נשים רבות לעסוק במקצועות שנתפסו בעבר כ"גבריים", ובמידה גדולה של הצלחה.<sup>54</sup> נראה כי תהליך דומה עובר כיום על מקצוע החיילות. בכל מדינה מתרחשים השינויים בקצב ובתזמון שונה, אולם דומה כי את הכיוון הכללי - חתירה מתמדת לשוויון - ניתן אולי לעכב, אך לא להסיטו ממהלכו. בדברים ברוח זו, הצופים פני העתיד, בחרה קייט מויר לסיים ולסכם את מחקרה המקיף והמאלף על נשים וצבא:

53. על הקשר בין מתן תוקף לאוטונומיה של הרצון הפרטי לבין הזכות לכבוד ראו ברק (לעיל), הערה (21) 426.

54. לסקירת השתלבותן המידית של נשים במקצועות שהיו עבורן "מחוץ לתחום" מיד לאחר הסרת המגבלות הפורמליות, ראו ויליאמס (לעיל), הערה (33) 139. כך גם במקצוע הטיס הקרבי. מאז שנת 1993, בה הוסר המחסום האחרון בפני נשים בצבא האמריקני, משרתות בו כעשרים טייסות קרב וכשש נוספות בהכשרה, בנוסף לכמה מאות נשים טייסות המטיסות מטוסי תובלה, תידלוק, הרקולס, כסוקים ובפצצים (מקצועות טיס בהם הוסרו ההגבלות עוד קודם לכן). נתונים אלה נמסרו על-ידי מזכירת חיל האוויר האמריקני, תת-מזכיר לשר ההגנה, שילה וידנל, ברצון עמה שהתפרסם בעיתון הארץ בתאריך 2.6.96.



Women have crossed the sexual barriers preventing them from becoming fire fighters, armed police officers, miners and even prime ministers, so why not front-line soldiers? Apart from the priesthood, the military is the only institution still standing up to the onslaught. Its instincts to resist rest on thousands of years of tradition and deeply held beliefs.

Secretly, it still believes weaker bodies are a sign of weak minds. But coming to the end of the millennium, as a new order begins and old values fade, the belief that anatomy is destiny may fade too.<sup>55</sup>

גם בישראל ניכרים סימני "הסדר החדש" שמזכיר מוכירה בדבריה. כך, לדוגמא, נודע לאחרונה כי עשרות חיילות התנדבו ליטול חלק במסלול הכשרה של לוחמי חיל רגלים, וזה למסלול שעוברים גברים. בסופו תשולבנה כשוטרות לוחמות ביחידות משמר הגבול, ותשובצנה בכל התפקידים הפתוחים כיום בפני גברים.<sup>56</sup> כמובן, גם התוצאה בעניין מילר מהווה צעד משמעותי לקידומו של השוויון בין גברים לנשים בצבא. עם זאת, השגת המטרה של שילוב שוויוני מלא של נשים בצה"ל עודנה רחוקה. יש לקוות כי אליס מילר, אשר לא עלה בידיה, כנראה, בסופו של דבר, להשיג את מטרתה האישית, להשתתף בקורס טיס של חיל האוויר,<sup>57</sup> תמצא עידוד מסוים בתרומה שמאבקה הנחוש ועתירתה לבג"צ תרמו לקיצורה של דרך זו.

55. מויר (לעיל, הערה 2) 197.

56. הארץ, 30.1.96.

57. על-פי דיווחים בעיתונות, הוחלט בחיל האוויר שלא לאפשר למילר לגשת לקורס טיס בשל אי עמידה במבדקים שערך חיל האוויר. ראו: א' גורביץ, "אליס מילר נכשלה במבדקי הטיס", תל-אביב, 5.1.96.

