

בג"ץ 4541/94
קבוע ליום 21.6.95

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

אליס מילר

על-ידי ב"כ עוה"ד נטע זיו ו/או דנה בריסקמן ו/או אליהו אברם ו/או דנה אלכסנדר ו/או משה כהן ו/או דן יקיר ו/או הדס תגרי ו/או ישראל דורון ו/או יהודה בנדור מהאגודה לזכויות האזרח בישראל, ו/או עוה"ד רחל בנימין ו/או רבקה מלר-אולשיצקי ו/או עירא רדד משדולת הנשים בישראל. המען להמצאת כתבי בית דין: האגודה לזכויות האזרח בישראל, ת.ד. 8273, רח' קרן היסוד 29 ירושלים.
טלפון: 02-243984, פקסימיליה: 02-248910.

העותרת



נגד

1. שד הבסתחון
2. ראש המטה הכללי, צה"ל
3. ראש אכ"א, צה"ל
4. קצינת ח"ן ראשית, צה"ל

כולם על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

עיקרי טיעון מטעם העותרת

העותרת מתכבדת להגיש בזה לבית המשפט את עיקרי טיעונה:

תמצית הטיעון

א. העותרת, שהתגייסה לצה"ל בימים אלו, מבקשת מבית המשפט להורות למשיבים, או מי מהם, לזמן אותה למבדקי התאמה לקורס טיס. במידה והעותרת תעמוד במבדקים אלו ותימצא מתאימה, מבחינת נתונה וכישוריה, להתקבל לקורס מבקשת העותרת מבית המשפט לחייב את המשיבים לאפשר לה לקחת חלק בקורס, ולהתחיל הכשרתה במקצוע הטיס בחיל האוויר הישראלי.

ב. המשיבים מסרבים להיענות לבקשת העותרת בהתבסס על מדיניותם לא לשלב נשים בתפקידי לחימה בכלל, ובטיס בפרט.

עמדת המשיבים נשענת על שני טיעונים עיקריים: האחד - כי ההבדלים הסטטוטוריים המצויים בחוק שירות בטחון [נוסח משולב] התשמ"ו - 1986 בין נשים וגברים בדבר נתוני השירות שלהם, קרי: אורך השירות הסדיר, תקופת שירות המילואים ועילות פטור משירות בטחון, מונעים אימוץ מדיניות שוויונית שתאפשר קבלת בקשת העותרת. השני - גם במידה וניתן להתגבר על הבדלים אלו, העובדה שנשים צפויות במהלך חייהן להיות בהריון וללדת ילדים, ולהיעדר משום כך משירות בטחון, מהווה נימוק נוסף שלא לגייסן לתפקידי לחימה בכלל, ולטיס בפרט, בשל מאפייניו הייחודיים של מקצוע זה.

ג. העותרת טוענת כי יש לדחות נימוקים אלו. מדיניות המשיבים היא פגיעה קשה בעותרת מחמת מינה. רשות המבקשת להצדיק מדיניות המפלה על בסיס מין צריכה לשכנע כי סטייה מעיקרון השוויון היא בלתי נמנעת ומתחייבת מן החוק שמכותו פועלת הרשות, ומן המטרה הפרטיקולרית אותו מבקש החוק להגשים. המשיבים לא עמדו בנטל זה.

ד. לטענת העותרת חוק שירות בטחון איננו מחייב אימוץ מדיניות שאיננה סאפשרת לנשים, המעונינות בכך, להשתלב במקצוע זה. להיפך - החוק מאפשר היענות לבקשתה. את חוק שירות בטחון, על ההסדרים והפקודות השונות המוצאות מכוחו, ניתן וצריך לפרש וליישם באופן המאפשר את גיוסה ובדרך שאינה מונעת את מתן הסעד המבוקש על ידה בעתירה זו.

העותרת טוען כי מכוח חוק שירות בטחון, התקנות שהותקנו על פיו ופקדות הצבא, ניתן למצוא ללא קושי מיוחד את הדרך לגיוסה הן לשירות סדיר והן לשירות מילואים, ולפיכך עיקרון השוויון מחייב את שינוי עמדת המשיבים, ואת דחיית הטענות עליהן מתבססים המשיבים בתשובתם.

ה. הגשמת המטרה הפרטיקולרית של חוק שירות בטחון - גיוס חיילים וחיילות לצורך בניית מערך כוח אדם צבאי למילוי צורכי הצבא - לא תיפגע במידה ותתקבל בקשת העותרת לפתוח בפניה, ובפני נשים אחרות המעונינות בכך, את מקצוע הטיס. מכל מקום, הנטל המוטל על

המשיבים להראות, כי לא ניתן להגשים את המטרה הזו במידה ומדיניות המשיבים תשונה, הוא נטל כבד אותו יש לבסס בראיות ונתונים ברורים ומפורשים.

ו. המשיבים לא פירטו ולא הביאו ראיות של ממש באשר למשמעות, הארגונית והכספית, שתהיה לשילוב נשים בטיס, והעלו בענין זה טענות כלליות בלבד. טענתם כי שילוב נשים בטיס עלול לפגוע ביכולת הצבא להיערך מבחינת תכנון כוח אדם, צריכה פירוט וביסוס. טענתם צריכה להתייחס לדרך ולמידה בה תיגמר פגיעה כזו, בין היתר, תוך השוואת התקופה שבה צפויות נשים להיעדר משירות לעומת היעדרויות בפועל של גברים. פגיעה בעיקרון השוויון מחייבת ביסוס טענות באופן משכנע, ולא די בהעלאת השערות והערכות כלליות בדבר האינטרס העלול להיפגע במידה ויקויים השוויון.

ז. אין למנוע מכלל הנשים את ההזדמנות לשרת את המדינה, כחלק משירותן הצבאי, במקצוע הטיס, בשל החשש להיעדרות משירות בטחון מחמת הריון ולידה.

אמת, הריון ולידה הם מצבים המיוחדים לנשים. על כן צפוי שנשים תיעדרנה בתקופות מסוימות משירות בטחון בשל סיבה זו. אולם התשיבות הרבה שאנו מיחסים להולדת ילדים בחברתנו צריכה להתבטא בנכונות של כלל החברה "לשאת" בתוצאות הטבעיות של הריון ולידה. במילים אחרות, החברה כולה "נהנית" מכך שנולדים ילדים. אין זה מוצדק אפוא שרק נשים תיאלצנה לשאת ב"מחיר החברתי" של קידום אינטרס ציבורי חיוני זה, ואין למנוע מהן הזדמנויות הפתוחות בפני גברים בשל נימוק זה.

ח. העותרת טוענת לאי-חוקיותה של עמדת המשיבים משום היותה גורפת, טוטאלית ונוקשה. המשיבים אינם מוכנים אף לשקול עריכת בדיקה, ניסוי, מדגם או מחקר כלשהם, שמטרתם לבחון את הדרכים שבהן ניתן לשלב נשים במקצוע הטיס, בד בבד עם בחינת ההשלכות וההשפעות בפועל של שילוב כזה. המשיבים דחו וממשיכים לדחות את בקשת העותרת על הסף, והם מבססים את עמדתם על חששות, הערכות והשערות בדבר תוצאות אפשריות של שילוב נשים במקצוע זה. מחד - המשיבים לא הביאו נתונים בדוקים ומפורטים המבססים את טענותיהם באשר למשמעות קבלת נשים למקצוע, ומאידך - הם אינם מוכנים לעשות צעד כלשהו לבחון מחדש את מדיניותם - אף כנסיון הדרגתי ומבוקר - בכדי לבדוק אם ניתן להיענות לבקשה שבעתירה.

ט. בנוקטם עמדה זו מעדיפים המשיבים באופן מוחלט אינטרס אחד ויחיד על פני עיקרון השוויון. העותרת טוענת כי המשיבים יכולים לנקוט מדיניות הפוגעת פחות בשוויון מבלי שייפגעו האינטרס הציבורי והמטרה שלשמה הם פועלים. המשיבים לא הרימו את הנטל ולא הוכיחו כי אינם יכולים לשנות את מדיניות צה"ל בדרך של עריכת נסיון או בדיקה, שבהם ישולבו נשים בקורס טיס במשך תקופה מסוימת, תוך כדי בחינת ההשלכות והתוצאות של מהלך זה. סירובם של המשיבים לפעול בדרך זו אינו כדין, בין היתר בשל היותו פוגע למעלה מן הנדרש בזכות השוויון, בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הסעד המבוקש על ידי העותרת בעתירה זו חורג אפוא מענינה האישי. יחד עם זאת, העותרת איננה מבקשת לחייב את המשיבים לבצע "מהפך" מהיום למחר ולפתוח מייד, ללא היערכות מוקדמת וללא בקרה, תפקידי לחימה בפני נשים החפצות בכך. על המשיבים לקבוע את הדרך הנאותה, את המגזרים המתאימים ואת השיטה היעילה ביותר לביצוע שינוי בכוון זה. בית המשפט הנכבד מתבקש להעמידם על חובתם החוקית לעשות כן, ולקצוב להם לוח זמנים לשם כך.

יא. החברה בישראל, כמו בעולם כולו, עוברת כל העת תהליכים ושינויים להשוואת מעמדה וזכויותיה של האשה בכל תחומי החיים. בהדרגה אנו מסלקים מכשולים ומחסומים המונעים שוויון ושיתוף נשים בתחומי החיים השונים, מכשולים שחלקם הגדול מקורו בדיעות קדומות ותפיסות סטיריאופיות בדבר תפקידים שראוי או שלא ראוי שנשים תמלאנה. תפיסות חברתיות משתנות כל העת, ודברים שנראו בלתי מתקבלים על הדעת אתמול נראים מובנים מאליהם היום.

יב. נבקש להזכיר בהקשר זה את פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי *Bradwell v. Illinois* משנת 1873, בו התייחס בית המשפט לחוק המבחין בין נשים לבין גברים וציין:

The paramount destiny and mission of women are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator. And the rules of general society must be adapted to the general constitution of things, and cannot be based upon exceptional cases. The humane movements of modern society, which have for their object the multiplication of avenues for woman's advancement, and of occupations adapted to her condition and sex, have my heartiest concurrence. But I am not prepared to say that this is one of her fundamental rights and privileges to be admitted into every office and position, including those which require highly special qualifications and demanding special responsibilities.

83 U.S. (16 WALL) 130, 21 L.ED 442 (1873)

בפסק דין זה אישר בית המשפט את החוק של מדינת אילינוי שמנע מנשים לעסוק במקצוע עריכת - דין. כפי שלא יעלה על הדעת לקבל היום עמדה כזו, כך עלינו לשאול ולבדוק את עצמנו כל העת, בכדי לבחון אם עמדותינו מתאימות למציאות משתנה - משתנה בכוון השוויון.

יג. בית משפט זה חזר וציין והדגיש בפסקי דין רבים את מרכזיותו של עיקרון השוויון בין המינים בישראל. מחויבות אמיתית לשוויון משמעה הנכונות לשנות הבחנות מקובלות על בסיס מין, במיוחד באותם תחומים שהם חשובים, רגישים ומרכזיים בחיי החברה והמדינה. ואכן, ענינה של עתירה זו במימוש זכות יסוד של נשים לשיתוף באחד מתחומי החיים המרכזיים במדינתנו - צבא ושירות בטחון. קשה להשלים עם מציאות לפיה בשלהי המאה ה - 20 נמנע מנשים, אשר מעונינות ומסוגלות לכך, להשתלב ולשרת את מדינתן בדרך בה הדבר מתאפשר לגברים. מדינות רבות בעולם מצויות היום בתהליך בו הן בוחנות מחדש ומשנות את מדיניותן בענין זה ממש, ומן הדין שישראל אף היא תעשה כן.

טיעון מפורט

מדיניות צה"ל - פגיעה בעותרת מתמת מינה

1. א. מדיניות צה"ל המאפשרת לגברים בלבד להשתלב במקצוע הטיס פוגעת בעותרת מחמת מינה בצורה ברורה וישירה. מהעותרת נמנעת הזדמנות שירות הפתוחה בפני גברים אך ורק בשל היותה אשה. מעבר לשיבוץ הראשוני במקצוע הטיס נמנע מן העותרת קידום לכל המקצועות במסגרת הצבא, אשר שירות זה הוא תנאי מוקדם והכרחי עבורם. למעשה, המשיבים אינם מכחישים זאת, ומאשרים כי ההזדמנויות הפתוחות בפני נשים בצה"ל פחותות מאלו של גברים, בשל מגבלת השירות הקרבי. בפועל, סגורים תפקידים רבים - לרבות תפקידי קצין חינוך ראשי, קצין בריאות נפש ראשי - בפני נשים משום שצה"ל משבץ בהם קצינים שלהם רקע קרבי.

ב. להבחנות אלו השלכות אף על הזדמנויות תעסוקה בשוק האזרחי. העותרת מבקשת להפנות בהקשר זה לתצהירה של גב' אורית קציר, טייסת בחברת תעופה אמריקאית, הטוענת כי נמנע ממנה להתמודד על תפקיד טייסת בחברת אל-על בשל מדיניות החברה לקבל אך ורק טייסים יוצאי חיל האוויר. חוקיותה של מדיניות חברת אל-על מוטלת אומנם בספק כבד, והיא איננה נושא לדיון כאן, אולם מהווה דוגמא אחת מני רבות לנחיתות ממנה סובלות נשים בשוק האזרחי בשל המחסומים הקיימים לגביהן בשירות הצבאי.

ג. אף מעבר לכך. חוק שירות בטחון הוא הגשמה של מדיניות לאומית הקובעת את מקומו של צה"ל בחיי העם. מתבטא בו הרעיון כי צה"ל הוא צבאו של כל העם, כמאמר דוד בן-גוריון: "מגמת החוק היא להכשיר את העם כולו להיות בשעת הכוונה עם לוחם". ואמנם,

לצד מילוי המטרה הצבאית העיקרית והייחודית של צה"ל, הוא מילא משך שנים ועדיין מהווה סמל ודגם שהוויתו משליכה מעבר להבטים צבאיים מובהקים, ולמעמדו השפעה עמוקה על הצדדים החברתיים והציבוריים של חיינו. אין להתעלם ממרכזיותו של צה"ל במישורים אלו, ולהשלכה שיש למדיניות שבה הבחנה כה ברורה בין תפקידים המיועדים לנשים לבין תפקידים המיועדים לגברים, על מעמדם של נשים בחברה הישראלית.

2. לאורך תצהירו של המצהיר מטעם המשיב שזורה טענה, לפיה ההחלטה שלא לאפשר לעותרת להתגייס לטיס אינה נובעת מהיותה אשה אלא מהחוק: "בקשת העותרת להתנדב לקורס טיס נדחתה למרות נתונה המצוינים והאיכותיים ולא בשל היותה אשה, אלא בעיקר משום שמשך שירותה הצפוי (והדגש מושם על שירות מילואים) אינו תואם את דרישות הסף הצבאיות להכשרתו של איש צוות אוויר" (סעיף 79 לתצהיר התשובה). טענה זו משונה היא, בלשון המעטה. וודאי שהעותרת נדחתה בשל היותה אשה, והשאלה הצריכה להישאל היא אם אותם "נתוני שירות" אליהם מתיחסים המשיבים אכן מונעים את שילובה במקצוע המבוקש על ידה. העובדה שקיים הסדר חוקי המבחין, לעניינים מסוימים, בין נשים לבין גברים (הסדר אליו תתייחס העותרת בהרחבה בהמשך), אינה מוציאה סוגיה זו מתחום הדין על הפליה מחמת מין. יש לבדוק לגבי אותו הסדר אם הוא אכן מחייב הפליה בין המינים באופן המשתקף במדיניות המשיבים.

אי לכך, חלים על ענייננו כל הכללים והמבחנים המשפטיים שקבע בית משפט זה באשר להפליה על בסיס מין, ולאורם תבחן העותרת בהמשך את מדיניות המשיבים.

מרכזיותו של עיקרון השוויון בשיטתנו המשפטית

3. הן החוק בישראל והן פסיקתו של בית משפט נכבד זה קבעו את מרכזיותו של עיקרון השוויון בכלל, ועיקרון השוויון בין המינים בפרט, בשיטתנו המשפטית.

חוק שוויון זכויות האשה, התשי"א - 1951
חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח - 1988
חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשל"ד - 1964
בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית ת"א-יפו פ"ד מב(2) 309
בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' שר הדתות פ"ד מב(2) 221
בג"ץ 87/104 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד מד(4) 749
בג"ץ 94/721 אל-על נ' דנילביץ (טרם פורסם) ע"א 105/92
ה.א.ם. מהנדסים נ' עיריית נצרת פ"ד מז(5) 189
האמנה לביעור כל סוגי ההפליה נגד נשים, שאושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991.

4. עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה עיקרון השוויון לדרגת עיקרון חוקתי על-חוקי בשל הזיקה בין כבוד האדם ועיקרון השוויון, וכל חקיקה עתידית תיבחן בהתאמתה לעיקרון זה על פי הוראותיו של חוק היסוד. העלאת עיקרון השוויון למעמד חוקתי משמעה גם כי יש לבחון מדיניות המופעלת על ידי הרשויות ואשר פוגעת בשוויון על פי אמות מידה

הראויות לזכות יסוד חוקתית. מדיניות המשיבים צריכה אפוא להיבחן לאור ועל רקע העקרונות הקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם (טרם פורסם)
בג"ץ 453-454/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם)
בג"ץ 5688/92 ויכטלבאום נ' שר בטחון פ"ד מז(2) 827, 812
בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי תל אביב (טרם פורסם)
בש"פ 6654/93 בנקין נ' מדינת ישראל פ"ד מח(1) 290, 293
בר"ע 7208/93 וייסגלס נ' וייסגלס (טרם פורסם)
בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם (טרם פורסם, בעמ' 10-11 לתדפיס פסק הדין).
בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)

5. מדיניות צה"ל, הנסמכת על הוראות חוק שירות בטחון, והמוצאת ביטויה בתקנות, הוראות הפיקוד העליון ופקודות מטכ"ל, נתונה לביקורתו של בית משפט נכבד זה. המשיבים - שר הבטחון והרמטכ"ל - חייבים לכבד ולקיים את עיקרון השוויון, והעותרת מבקשת מבית המשפט לבחון את חוקיות מדיניות המשיבים תוך מתן המשקל הראוי לעיקרון יסוד זה במכלול האינטרסים הציבוריים שעל הגשתם מופקדים המשיבים.

חוק שירות בטחון מאפשר היענות לבקשת העותרת

6. העותרת טוענת כי ניתן וצריך לפרש את חוק שירות בטחון בדרך שתאפשר לה להתקבל לקורס טיס, לשרת בשירות חובה, בשירות קבע ובשירות מילואים באותם תנאים, או כמעט באותם תנאים, בהם משרתים גברים.

נקודת המוצא בענין זה צריכה להיות חוק שירות בטחון, והוא בלבד. יש אפוא לבחון אם בחוק קיימת מניעה להסדיר את שירות הנשים, בסדיר ובמילואים, על פי אותם עקרונות של שירות גברים. התקנות, ההוראות והפקודות (הניתנות לשינוי מנהלי) אינן יכולות, לכשעצמן, להוות מניעה שכזו. אלו הותקנו והוצאו, מן הסתם, על בסיס הנחת עבודה שאינה לוקחת בחשבון אפשרות של שילוב נשים במקצוע הטיס. הוראות אלו מבטאות אפוא את המדיניות הקיימת, שהעותרת מבקשת כי תשונה. הן אינן יכולות להוות לכשעצמן הצדקה למדיניות בלתי שוויונית. (ראו לענין זה בג"ץ 454/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, טרם פורסם, בעמ' 36 לתדפיס פסק הדין).

7. בחוק שירות בטחון לא נמצא דבר וחצי דבר באשר לחלוקה בין תפקידי נשים ותפקידי גברים בצבא, ובכלל זה התייחסות להגבלות המוטלות על נשים מלהשתלב במקצועות לחימה. החוק שותק אפוא בענין זה.

יתירה מכך. מהוראות הפיקוד העליון ניתן להסיק, כי קיימת פרוצדורה לפיה נשים יכולות להתקבל למקצוע הטיס. הוראה 2.0701 קובעת, כי נשים רשאיות להתנדב למקצועות סגורים בפניהן, באישור הגורמים הצבאיים המוסמכים. הסירוב להיענות לבקשת העותרת מבוסס

אפוא על מדיניות שאמצו המשיבים, ואיננה נובעת ישירות מן החוק. כך אף מצויין, בסעיפים 30-31 לתצהיר התשובה.

8. חוק שירות בטחון מבחין, לענינים שונים, בין נשים וגברים. אולם השאלה הצריכה להתברר בענינו היא האם החוק מחייב את הפרשנות שנותנים לו המשיבים, המובילה להפליה לרעה של העותרת, והאם ניתן לפרש את החוק וליישמו בדרך שתאפשר שוויון הזדמנויות בין נשים וגברים בשירות בטחון.

9. המשיבים טוענים כי ההבדלים במשך השירות הסדיר של נשים, בחובת שירות המילואים, ובעילות הפטור הקיימות לנשים משירות צבאי, הם המונעים שילוב נשים במקצוע הטיס. העותרת תתיחס לכל אחד ממרכיבים אלו:

א. משך השירות הסדיר: על פי חוק חייבות נשים בשירות טובה של 24 חודשים, ואילו גברים חייבים בשירות של 30 חודשי שירות סדיר ו-6 חודשי שירות סדיר נוסף. אם מבקש הצבא לשלב נשים במקצוע שלו תקופת הכשרה ארוכה, והצבא מעונין להפיק מן החיילת שירות סדיר ארוך מזה המתחייב בחוק, אין כל מניעה כי יתנה את שילובן של הנשים במקצוע בהתחייבות לשירות סדיר נוסף. למעשה, הצבא כבר נוהג כך. מתצהירה של תא"ל עמירה דותן עולה, כי כאשר צה"ל מעונין במיצוי המירבי של השקעתו בנשים העוסקות במקצועות מיוחדים שההכשרה בהם היא ארוכה (כגון פרויקט "תלפיות" המוזכר בסעיף 7 לתצהירה) הוא מחייבן בשירות סדיר נוסף, מעבר לתקופת שירות התובה הקיימת בחוק. על כוחה המחייב של התנדבות/התחייבות לשירות סדיר נוסף עמד בית המשפט לאתרונו בבג"צ 1930/94 נתן נ' שר הבטחון (טרם פורסם), בו אושרה חוקיות הנקיטה בהליך זה לגבי שירות של חיילים שביקשו לשמש כתבים בעיתון במחנה, תפקיד הדורש הכשרה מיוחדת.

ב. שירות מילואים: על פי חוק חייבות נשים בשירות מילואים עד גיל 38. מכאן, שאין הבדל סטטוטורי בין חובת המילואים של נשים וגברים עד גיל זה. נכון הדבר כי בפועל, על פי הוראות הצבא, נשים משוחררות ממילואים בדרך כלל בגיל צעיר יותר (24), אולם שחרור זה נעשה בשיקול דעת רשויות הצבא. כאשר צה"ל זקוק לנשים במילואים במקצועות מסוימים, הוא מחייבן לשרת במילואים עד גיל מאוחר יותר. ראו למשל, סעיף 22 - ג לקובץ זימון לשמ"פ שנה"ע 1995 (מוזכר בסעיף 10 לתצהיר התשובה), הקובע כי במקצועות רפואיים, פארארפואיים ומשפטיים תיקראנה נשים למילואים עד גיל 34. באותה מידה ניתן לחייב נשים במקצועות צוות אוויר בשירות מילואים עד גיל 38.

מגיל 38 ואילך - הגיל בו פטורות נשים משירות מילואים, ניתן לבסס את שירותן על בסיס התנדבות. התנדבות לשירות מילואים נעשית על פי סעיף 17 לחוק שירות בטחון, ודינו של המתנדב כדין חייל מילואים לכל דבר וענין.

המשיבים מעלים בתצהיר התשובה קושי באשר לאופיה של התנדבות זו, לאור סעיף 17(ה) לחוק הקובע: "... אולם מי שהתנדב לשירות מילואים או לתקופת שירות מילואים נוספת ישוחרר לפני תום התקופה הנקובה בהצהרה, אם מסר במועד שנקבע לכך בתקנות הודעה מוקדמת בכתב על רצונו להשתחרר". הקושי קיים, לטענת המשיבים, בשל ההוראה בתקנות שירות בטחון (התנדבות לשירות בטחון) התשל"ד - 1974, לפיה מתנדב לשירות מילואים המבטל את התנדבותו ישוחרר מיד. אולם ההוראה על שחרור מיידי קבועה בתקנות ולא בחוק, וכזו אינה מתחייבת מן החוק. כך, למשל, קיימת הוראה בתקנות לפיה מי שהתנדב לתקופת שירות מילואים נוספת לא ישוחרר באופן מיידי עם הודעה על ביטול ההתנדבות (תקנה 10, שתוקנה אף היא מכוח סעיף 17(ה) לחוק). בדרך דומה ניתן ליתן הוראות מיוחדות בנוגע ל"קשיחות" שירות המילואים ההתנדבותי במקצועות מסוימים. ניתן יהיה לקבוע הסדר לפיו התנדבות לשירות מילואים אחרי גיל 38 תהווה חלק בלתי נפרד מכלל ההתחייבות שתקבלנה על עצמן מראש נשים שתשובצנה במקצוע זה. אין אפוא בהבדל בין תקופת שירות המילואים של נשים לעומת גברים בכדי להוות מחסום המונע שילוב נשים במקצוע הטיס.

ג. פטור מטעמי נישואין, הריון ולידה. טוענים המשיבים כי הפטור משירות בטחון הקיים לנשים מן הטעמים שנמנו לעיל מהווה גורם נוסף המונע שילובן במקצוע הטיס. ראשית יש להבהיר, כי אין מדובר בפיטורים מנדטוריים של האשה אלא באופציה הקיימת בידיה. כך גם עולה בבירור מתקנות שירות בטחון (פטור לאם לילד ולאשה), התש"ן - 1989, הקובעות את הפרוצדורה לפיה אשה יכולה לבקש פטור. שנית, עיון בפקודות מטכ"ל מס' 31.0109 "שחרור חיילות בשירות חובה עקב נישואין או עקב הריון" (המוזכר בסעיף 10 לתצהיר התשובה) מלמד בבירור, כי עילת הפטור הקיימת בחוק איננה עומדת אם החיילת התחייבה מראש כי לא תשוחרר או לא תפוטרו או שהתחייבה להתנדב להמשך שירות. סעיף 1 לפקודה קובע: "חיילת בשירות חובה שנישאה תשוחרר משירות בטחון, אלא אם כן התחייבה לשירות סדיר נוסף, או שהתחייבה שעל אף נישואיה או הריונה לא תשוחרר או תפוטרו." סעיף 2 לפקודה קובע: "חיילת שהרתה תפוטרו משירות בטחון כמפורט בפקודה זו, אלא אם כן התנדבה להמשך שירות מכוח התחייבות קודמת." גם הנחיות הביצוע מלמדות על היכולת להתנות על הפטור: סעיף 6 קובע כי "עם היוודע מועד הנישואין תועבר ההודעה לשליש היחידה, וזה יפעל כך: יבדוק שהחיילת אינה תתומה על כל התחייבות להוסיף ולשרת בשירות סדיר למרות נישואיה..." לגבי חיילת שהרתה קובע סעיף 20 לפקודה: (ג) חיילת הרה תשוחרר משירות סדיר. החיילת תוכל להמשיך להתנדב לשרת בצה"ל". (ד) חיילת שהחליטה להתנדב להמשך שירות סדיר בצה"ל תחתום בנוכחות אחד מן הגורמים... על הצהרת התנדבות להמשך שירות סדיר בצה"ל. (ה) לפני הוצאת אסמכתא לפיטור ופרסום פקודת הפיטור, תבדוק הרשות המוסמכת אם החיילת התומה על התחייבות מוקדמת לשירות קבע, ותחליט אם להפעילה.

עולה מכאן, כי על פי ההוראות הקיימות, התחייבות מוקדמת להמשך שירות סדיר גוברת על הפטור מנישואין, והתחייבות מוקדמת או התנדבות של חיילת (במובן סעיף 17 הנ"ל) תקפה אף אם החיילת הרתה. (למותר לציין כי בפקודות צה"ל לא נמצא הוראות דומות באשר

לשירות מילואים של חיילות, מכיוון שההוראות אינן מביאות בחשבון מצב כזה. אולם כמוסבר לעיל, על פי החוק הדבר אפשרי).

נישואין והריון לא מהווים, אם כן, "מחסום בלתי עביר" בפני המשך שירות, הן סדיר והן מילואים של נשים. נשים יכולות להתחייב ולהתנדב להמשיך בשירות בטחון על אף נישואיהן והריונן, והתחייבות/התנדבות זו תופסת ומחייבת.

10. כפי שציינה העותרת בעתירתה, היא מוכנה ומעוניינת, לצורך שילוב במקצוע המבוקש על ידה, להתחייב לשירות סדיר נוסף (שס"ן), מעבר לשירות החובה הנדרש היום מחיילות. עם סיום שירותה הסדיר תחתום העותרת על התחייבות לשירות קבע, כמקובל לגבי גברים המסיימים את שירותם. במהלך שירות הקבע אין הבחנה נורמטיבית המונעת ממנה, בשל היותה אשה, להמשך שירות דומה לזה של גברים. כמו-כן מתחייבת העותרת לשרת במילואים, במתכונת שבה משרתים אנשי צוות אוויר בחיל, את מלוא התקופה שתידרש לעשות כן. כאמור לעיל, על פי החוק העותרת חייבת בשירות מילואים עד גיל 38, ומעבר לתקופה זו היא מבקשת להתנדב לשירות מילואים, עד הגיל בו משתחררים גברים המשרתים במקצוע זה ממילואים בדרך-כלל.

11. המסקנה העולה מן השילוב של כל האמור לעיל היא, כי קיימת אפשרות, בהתאם למנגנונים הקבועים בחוק שירות בטחון וההוראות המוצאות מכוחו, להסדיר שירות סדיר ומילואים של נשים, בתנאים דומים לאלו של גברים. לשון החוק איננה מחייבת אפוא סטיה מעיקרון השוויון. ניתן ליישם את החוק בדרך המתישבת עם מתן הזדמנות שווה לנשים לשרת בצבא בתפקיד טיס. פרשנות זו אף מגשימה, לטענת העותרת, את המטרה הפרטיקולרית העומדת בבסיס חוק שירות בטחון.

המטרה המיוחדת/פרטיקולרית של חוק שירות בטחון.

12. בפרשנו את חוק שירות בטחון אנו מונחים על ידי מספר עקרונות פרשניים: האחד - כי את החוק יש לפרש על פי התכלית המיוחדת שלו. השני - כי לצד המטרה המיוחדת של החוק ניצבים עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית - ובהם השוויון בין המינים - כחלק מן התכלית החקיקתית האוביקטיבית של החוק. ולבסוף - כי פרשנות החוק והתחקות אחר תכליתו צריכה להיעשות על רקע מציאות משתנה ובהתאם לערכיה של חברה ישראלית מודרנית ודמוקרטית.

13. תכלית החקיקה הינה "המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים אשר דבר החקיקה נועד להגשים". ע"א 105/92 ר.א.ם. נ' עיריית נצרת פ"ד מז (5) בעמ' 198.

חוק שירות בטחון מסדיר את נושא השירות הצבאי של גברים ונשים בישראל. מכוחו מוקנית למשיבים הסמכות לגייס חיילים וחיילות. גיוסם נעשה במטרה לכוון צבא אשר יגן בדרך

הטובה ביותר על מדינת ישראל מפני הסכנות הבטחוניות העומדות בפניה ובכדי שיוכל למלא אחר צרכיה הבטחוניים של המדינה בצורה המירבית. שירות צבאי לשם הגשמת מטרות אלו נעשה אפוא בהתאם לצרכי הצבא, כפי שמציין המצהיר מטעם המשיבים. לטענת העותרת, על המשיב מוטל הנטל להוכיח מדוע צרכי צבא אלו לא יוכלו להתמלא במידה ותשונה המדיניות הגורפת לפיה נשים אינן משולבות במקצוע הטיס.

14. צרכי הצבא מתמלאים, בין היתר, על ידי ניצול מירבי של כוח האדם הטוב, המקצועי, המיומן והמוכשר ביותר העומד לרשות הצבא. מתן הזדמנות לנשים להשתלב במקצוע הטיס משרת מטרה זו. הוא מאפשר לצה"ל לבחור את החיילים הטובים ביותר מבין כלל חיילי השירות, מבלי לוותר מראש על פלח כה גדול מן האוכלוסיה שלפי המדיניות הנוכחית אינו תורם לצבא מכישוריו, ויכולתו איננה מנוצלת במגזרים רבים בצבא. זהו אף המשיבים אינם טוענים כי נשים אינן יכולות להיות טייסות טובות. ההיפך הוא הנכון - מנסיון שהצטבר בצבאות זרים אנו לומדים כי נשים מצליחות במיוחד דווקא בחיל האוויר, ובמקצועות צוות אוויר.

יפים לענין זה הדברים שהובאו בדו"ח הוועדה הנשיאותית לענין שיבוץ נשים בכוחות המזוינים שהוגש לנשיא ארה"ב (מש/3) באשר לאיבוד פוטנציאל ההון האנושי באימוץ מדיניות שאיננה מאפשרת שילוב נשים כטייסות מטוסי קרב (ההמלצה הופיעה בדו"ח כדעת מיעוט, בעמ' 80, אולם אומצה ויושמה בסופו של דבר על ידי צבא ארה"ב, כפי שיובהר להלן):

We support the establishment of gender neutral standards for assignment to combat aviation which would allow placement of individuals into those positions on a best qualified basis. Military effectiveness and readiness is best served by the armed forces' ability to put their most qualified servicemembers into positions where their skills can be best utilized.

15. זאת ועוד. יש להניח כי הגשמת עיקרון השוויון, הלכה למעשה, מונחת בבסיס מטרותיו של חוק שירות בטחון, ויש לתת לעיקרון זה משקל רב בפרשנות ובישום החוק: "...חזקה על כל חוק, שהוא בא להגשים את ערכי היסוד המקובלים של השיטה המשפטית, ולהשתלב בתוכם. בין ערכים אלו, ובתוכם עיקרון השוויון, המכיר בשוויון בין המינים" (בג"צ פורז, הנ"ל בעמ' 329). יש לתת אפוא לחוק שירות בטחון פרשנות המגשימה את עיקרון השוויון, אלא אם כן פרשנות זו איננה אפשרית, מבחינת המטרה הפרטיקולרית של החוק.

ברק, פרשנות במשפט (כרך שני), פרשנות החקיקה, ירושלים, תשנ"ג - 1993, בעמ' 436-433. בג"צ 87/153 שקדיאל נ. שר הדתות פ"ד מב(2) 221.
בג"צ 87/953 פורז נ. ראש עיריית תל אביב יפו פ"ד מב(2) 309.
בג"צ 87/104 נבו נ. בית הדין הארצי לעבודה פ"ד מד(4) 749.
בג"צ 92/5394 הופרט נ. יד ושם רשות הזיכרון לשואה ולגבורה (טרם פורסם).

16. לחוק שירות בטחון יש לתת פרשנות המתאימה את עצמה לרוח הזמן ולשינויים החברתיים והערכיים שהתרחשו במהלך השנים מאז שנחקק:

"אכן, נורמה משפטית משתלבת בסביבתה, משפיעה עליה ומושפעת ממנה. כאשר חל שינוי בסביבתו של החוק - כלומר משתנים הערכים והעקרונות - משתנה גם התכלית (האובייקטיבית) של דבר החקיקה. בפרשנותנו עלינו להגשים אותן תכליות שדבר החקיקה נועד להגשים בחברתנו המודרנית." (ע"א ר.א.מ. הנ"ל, בעמ' 199).

וכן:

" החוק בא להגשים תכליות שצרכי ההווה מחייבים... על רקע זה אך מובן כי פקודות מנדטוריות יתפרשו על פי התכלית שהן נועדו להגשים בחברה הישראלית המודרנית והדמוקרטית, ולא אך על פי התכלית שעמדה נגד עיני הנציב העליון או הערכים והעקרונות שאפפו את הפקודות המנדטוריות בעת חקיקתן... אכן, החוק צריך להתפרש באופן דינמי. המציאות (הפיסית והנורמטיבית) נמצאת בתנועה מתמדת. עמה מצוי גם המשפט." (פס"ד ר.א.מ. הנ"ל בעמ' 199).

בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים פ"ד מז (1) 749

17. א. נשים בתפקידי טיס קרבי אינן הזון פנטסטי ובלתי מתקבל על הדעת בשלהי המאה העשרים. נשים ממלאות היום תפקידים רבים, ובהם תפקידים בעלי סיכון רב, שבעבר לא היינו יכולים להעלות על הדעת שהן תבצענה (בהם, למשל, טייסות בתברות טיסה אזרחיות). חברה מודרנית מאפשרת לאדם לבחור את יעודו, מקצועו, והסיכון שהוא מוכן ליטול על עצמו. חברה דמוקרטית ממעיטה בהתערבות בהחלטות על התפקיד הנכון והראוי שעל אדם למלא בשל השתיכותו לקבוצה מסוימת.

ב. העיקרון, לפיו יש להעניק שוויון הזדמנויות לנשים, ככל תחומי החיים, מבשיל ומתחזק. מעצם טיבו הוא כרוך גם בשינוי עמדות בדבר תפקידים ש"ראויים" או ש"אינם ראויים" לנשים. פרשנות החוק צריכה אפוא לשקף מציאות חברתית מתפתחת ומשתנה בכון זה, ועל בית המשפט להתחשב במגמות אלו בבואו לקבוע מהי התכלית החקיקתית של חוק שירות בטחון, ומה המשקל שיש לתת לשוויון במהלך פרשנות זו. כפי שנאמר על ידי כבוד השופט דורנר בבג"ץ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ (טרם פורסם), נראה כי יש הכרח להתחשב ב"שינויים שהלו בנורמות החברתיות בישראל" (סעיף 1 לפסק דינה של השופטת בעמ' 39 לתדפיס פסק הדין), במתן המשקל הראוי לעיקרון השוויון בין המינים בהקשר זה.

ג. המשפחה בכלל, ותפקידי האמהות שנשים ממלאות במסגרתה, אכן תופסים מקום של כבוד בחברתנו. המגמות הרווחות היום בקביעת מדיניות חברתית בחברה פתוחה נוטות, עם זאת, שלא להגביל את חופש הבחירה של נשים להחליט עבור עצמן אם ובאיזו דרך הן

רוצות לשלב בין משפחה ואמהות לבין מחויבויות אחרות. יש לאפשר לאשה לבחור לעצמה את דרך חיים המתאימה לנטיית לבה ולכישוריה.

ד. המסקנה העולה מהאמור לעיל היא, כי אין לקבוע את תכליתו של חוק שירות בטחון תוך מתן משקל מכריע לערכים שהיו קיימים ערב חקיקתו (והמוצאים את ביטויים, למשל, בסעיף 12 לתצהיר התשובה: "אין להטיל על האשה תפקידים שאינם מתישבים עם האמהות" - מדברי דוד בן-גוריון). יש להפעיל את הסמכויות המוקנות למשיבים מכוח באופן המתאים לרוח הזמן ולערכים שהשתרשו בחברה של ימנו. צה"ל איננו יכול להיות מנותק משינויים אלו בהיותו גורם כל כך מרכזי בחיים הציבוריים בישראל. את החוק המסדיר גיוס לצה"ל יש אפוא לפרש בדרך המאפשרת לנשים בעלות הכישורים המתאימים ואשר מעונינות בכך, להתנדב למקצוע הטיס באופן שוויוני.

ברק, פרשנות במשפט, לעיל, בעמ' 430.
ד"נגצ 3299/93, בג"צ 5688/93 ויכסלבאום נ' שר הבטחון (טרם פורסם) בעמ' 23 לתדפיס פסק הדין.

הריון ולידה אל מול עיקרון השוויון

18. שוויון אין משמעו התעלמות מהבדלים אמיתיים הקיימים בין נשים ובין גברים. ההיפך הוא הנכון. שוויון מהותי משמעו דווקא הכרה בהבדלים אלו והתאמתה של המציאות החברתית והמשפטית לשוני בין אנשים ולצרכים הלגיטימיים שלהם בתקופות שונות בחייהם. אכן, טבע הדברים הוא כי במהלך חייהן נשים צפויות להיות בהריון וללדת ילדים. לטענת העותרת חוסר נכונות לקחת בחשבון מציאות טבעית זו כחלק מתכנון והפעלה של מדיניות חברתית כללית, וסירוב להתאים באופן סביר מדיניות כלשהי לצרכים לגיטימיים אלו, מהווה הפליה.

בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם)
בג"צ 200/83 וואתד נ' שר האוצר פ"ד לח(3) 113, 119.

19. המשיבים טוענים, בהקשר זה, כי אף אם נסיר מדרכנו את בעיית נתוני השירות של נשים (דהיינו - אורך שירות, יתרת שירות, מילואים ופטור משירות בטחון), עדיין עומד בפנינו מכשול נוסף הנובע מחוסר יכולתן לשרת במקצוע הטייס בשל הריון ולידה. נבקש להביא בהקשר זה מדברי המצהיר מטעם המשיב:

"אפילו לא תהיה העותרת זכאית לפטור בשל הריון ולידה...עדיין נושא ההריון והלידה עשוי "לנטרל" אותה במהלך תשע השנים הללו לתקופה משמעותית שהלכה למעשה, תפחית עוד יותר את הזמן בו תוכל לשרת לתועלת הצבא, שהשקיע משאבים בהכשרתה והסתמך על כשירותה המבצעית בתכנון סדר הכוחות של אנשי צוות האויר הנדרשים לשמור על שמי המדינה" (סעיף 45 לתצהיר התשובה).

העותרת טוענת כי יש לדחות נימוק זה של המשיבים.

20. א. על מנת שניתן יהיה לפגוע בשוויון, על הטוען לקיומו של אינטרס נגדי מוטל נטל כבד להוכיח, בראיות של ממש, מבוססות ומפורטות, כי האינטרס הנגדי ייפגע באופן חמור במידה ויקיים עיקרון השוויון. המשיבים לא עשו כן. המשיבים טענו טענות כלליות בלבד, כמובא לעיל, שאין בהן בכדי למלא ולו בקירוב את המבחנים המשפטיים שנקבעו בפסיקה בנוגע לפגיעה בזכות יסוד.

ב. בע"ב 2/84 ניימן נ. יו"ר וועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה- 11, פ"ד לט(2) 225 נקבע: "שיקולים כבדי משקל אינם יכולים להתבסס על השערות שאינן מעוגנות בנתונים בדוקים." בית המשפט קבע כי יש לתבוע מן הרשות שתשתית את עמדתה על "ביסוס עניני", ושאינן להסתפק ב"טענות בעלמא". בע"א 4531/91 נאסר נ. רשמת העמותות (טרם פורסם) הובהר: "משמעותה המעשית של הקביעה כי זכות היסוד תיסוג מפני האינטרס הציבורי המתנגש כאשר יש חשש ברמה של וודאות קרובה להתרחשות התוצאה אותה מבקשים למנוע היא שיש להביא ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות. לא די במסקנה המושתתת על חשדות וספקולציות אלא יש צורך בנתונים בדוקים ומשכנעים."

וכן: בג"צ 581/87 צוקר נ. שר הפנים פ"ד מב(4) 529, 546.

בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים פ"ד מא(2) 1.

בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו פ"ד מב (2) 309

ג. אין בתצהיר מטעם המשיבים נתונים בדוקים, ראיות ברורות או פרטים אחרים מהם ניתן ללמוד על ההסתברות לפגיעה באינטרס הבטחוני ועל מידת הפגיעה הצפויה, אם יתאפשר לנשים שילוב במקצוע הטיס.

אין בתצהיר כל הסבר ופירוט כיצד הגיעו המשיבים למסקנתם בדבר חוסר היכולת "לנצל" את שירות הנשים מטעמי הריון ולידה. אין בתצהיר פירוט בדבר זמן היעדרות צפוי המסתמך, למשל, על חישובים בדבר מספר נשים שיקלטו במקצוע, היעדרות ממוצעת צפויה של כל אחת, השוואתה להיעדרויות אחרות של אנשי צוות אוויר בדרך-כלל, נתונים סטטיסטיים כלליים בדבר דפוסי היעדרות של גברים לעומת נשים בתחומים אחרים (בשל מחלות, תאונות וכד'), וכיוצא באלה נתונים ועובדות שהיינו מצפים למצא כביסוס לטענות מסוג זה. המשיבים לא עמדו אפוא במבחן הראיתי והמשפטי הנדרש לפגיעה בזכות לשוויון.

21. מתצהירו של פרופ' א. אור-נוי (שצירפו נתבקש בבשג"צ 215/95) עולה, כי אם נבחן באופן מדעי את הצפיות להיעדרות נשים מטיס בשל הריון נגיע למסקנה כי בהסתמך על שיקולים רפואיים, ועם לקיחת טווח בטחון רחב, מדובר בהיעדרות של כ- 6 עד 7 חודשים בתקופת ההריון ובזמן שלאחר הלידה. אם ניקח בחשבון כי בממוצע לנשים בישראל יש 2 או 3 ילדים, הרי נוכל לצפות להיעדרות כוללת, על פני תקופה של 20 שנה, של כ- 15 עד 20

חודש. למותר לציין כי מדובר בממוצעים בלבד, וכי יתכן שיהיו מקרים בהן נשים תיעדרנה יותר, או פחות, משירות בטחון. עוד יצויין כי היותה של אשה בהריון משמעה, בהקשר זה, אך ורק היעדרות מטיסה ואין משמעה שאי אפשר לזמנה באופן זמני לשרת במילואים בתפקיד אחר ביתידתה שאינו דורש טיסה פעילה.

22. על מנת להגיע למסקנה כי בשל היעדרות צפויה זו אין כל אפשרות לשלב נשים בטיס צריך, בין היתר, לבחון נתון זה ביחד ובהשוואה לנתוני ההיעדרות הכוללים של טייסים משירות מילואים בתפקידי טיסה פעילה. המשיבים, כאמור, לא עשו כן.

23. בעקבות הליך של בקשה לפרטים נוספים קיבלה העותרת לידיה נתונים בדבר היעדרות של אנשי צוות אוויר במהלך השנים משירות מילואים. הנתונים מתייחסים הן ל"נשירה" משירות מילואים בתפקידי טיסה משך השנים, והן להיעדרות רצופה של אנשי צוות אוויר למספר חודשים משירות מילואים. מכיוון שנתונים אלו חסויים מטעמי בטחון המדינה מצרפת העותרת לעיקרי טיעון אלו מסמך נפרד ובו התייחסות לפרטים אלו.

24. זאת ועוד. החשיבות שבביסוס ההשערות לגבי השפעת הריון ולידה על שירות צבאי מתחזקת אם נבדוק את המסקנות אליהן הגיעו בבדיקת נושא זה בצבא ארה"ב. העותרת מבקשת להפנות, בהקשר זה, למסמכים שצירופם התבקש בבשג"צ 215/95 אשר נוגעים לחיל הים האמריקאי. חשוב להדגיש כי נתונים אלה מתייחסים, בעיקר, לשירות נשים על אוניות המוצבות בלב ים ברתבי העולם, ואשר משרתות בתפקידים שונים בחיל הים. מכאן שהשוואה עם שירות סדיר ומילואים בחיל האוויר הישראלי במתכונת שאנו עוסקים בה בעתירה זו איננה מלאה.

אולם חשוב להדגיש נתון אחד החוזר על עצמו יותר מפעם: הפער בין תפיסות והשערות לגבי הריון ולידה, לבין מציאות ונתונים בפועל. זוהי נקודה מעניינת ומהותית, משום שהיא מדגימה את החשיבות המכרעת שיש לביסוס עמדה בענין שכזה על בדיקה ממשית ותחשיב מפורט של נתונים ועובדות באופן מדויק ומוגדר, להבדיל מהסתמכות על צפיה שדברים יתרחשו בדרך שבה אנו חושבים שהם יקרו. נביא מספר דוגמאות מתוך המסמכים שצירופם התבקש בבשג"צ 215/95:

א. בדו"ח שהוגש בשנת 1990 על קידום נשים בחיל הים: An Update Report on the Progress of Women in the Navy נקבע כבר בתחילתו:

Neither the 1987 nor 1990 Study Groups was able to quantify the impact of pregnancy on readiness. Both studies found that pregnancy was perceived to be a significant issue due to lost time and personnel turnover.
(הדגשה שלי - ג.נ.)

לאחר שבדו"ח מובאות המלצות על המחקר שצריך לבצע, על הנתונים שיש לאסוף, על ההשוואות שיש לערוך, מובאות ההמלצות בסופו והן קובעות כי למרות שנושא ההריון יכול להשפיע ולהקשות בנושא ה"מוכנות" הצבאית, הרי שבשלב זה אין מדובר בבעיה משמעותית לצי האמריקאי.

ב. בדו"ח שהוגש למזכיר המדינה ושעסק בגיוסן של נשים בתקופת מלחמת המפרץ : GAO Report to the Secretary of Defense - Women in the Military, Deployment in the Persian Gulf War נאמר, כי ככלל התגובות על שילוב נשים ביחידות שהוצבו במפרץ היו חיוביות ביותר, ותפקוד הנשים ביחידותיהן היה טוב. בדו"ח נבדקה שאלת היעדרות מחמת הריון וגם כאן התוצאה היתה, כי הריון הוזכר כגורם שכיח שבעטיו נאלצו חיילות להפסיק את שירותן בזמן המלחמה: Pregnancy was cited most often among the main reasons that people did not deploy or had to return early (פרק 5 עמ' 18 לדו"ח ה-GAO למזכיר המדינה). אולם בפועל, כאשר נבדקו המקרים האמיתיים התברר, כי לא היו כמעט מקרים שבהם נשים הפסיקו את שירותן בשל סיבה זו: Group participants generally identified few actual cases of women that did not deploy because of pregnancy. הזה ניתן ללמוד כי התחושה של היעדרות תכופה בגלל הריון לא נתמכת במספרים של ממש, כי בפועל היו מעט מקרים שההריון הביא להיעדרות וכי נשים, באופן כללי, נעדרו פחות מגברים, אם לוקחים בחשבון את מכלול הסיבות להיעדרות מן השירות.

ג. במאמרו: Pregnancy and Mission Accomplishment: Are They Compatible? סוקרות המחברות סדלר ותומס נקודה זו. נציין, כי סדלר ותומס חוקרות את נושא שילוב הנשים בצבא האמריקאי, ותומס עצמה משמשת כמנהלת יחידת המחקר בצי האמריקאי בנושא נשים. המחברות בדקו את שאלת העזיבה של נשים את הצי בשל הריון, ומסקנתן היתה כי למרות שהריון מהווה הסיבה העיקרית לעזיבת נשים את השירות, הרי שמבחינת סך כל העזיבות של חיילים וחיילות את הצי מדובר בהיקף שולי וזניח, כמאמרו:

For the entire navy, however, pregnancy was a minor cause for early separation, ranking seventh and representing only 4% of all premature separations... Thus pregnant women were not responsible for an undue amount of premature separations and are not likely to have a meaningful impact on separation rates within commands (p' 5).

דוגמא נוספת להבדל בין סטיראוטיפ לבין מציאות מצויה בשאלת סך כל היעדרויות של נשים לעומת גברים: למרות הדיעה הרווחת כי נשים נעדרות יותר מגברים העלתה הבדיקה אשר נעשתה בענין זה כי אין הבדל בין מספר ורמת היעדרויות בין נשים וגברים בצי האמריקאי (עמ' 8 למאמר).

25. ניתן להתווכח עד כמה רלבנטים נתונים ומספרים אלו לשאלה הנדונה בעתירה זו, אולם אין זו הנקודה העיקרית. מן המסמכים הללו מבקשת העותרת להסיק שני דברים: האחד - כי יש להתייחס בזהירות ובספקנות להערכות על ה"תקופה המשמעותית" שבה עלולה העותרת להיעדר בשל הריון ולידה. שנית - על הצורך לבסס הערכות ואומדנים עתידיים בענין זה, בין היתר, בהתחשב בנתונים על סך כל ההיעדרויות של אנשי צוות אוויר משירות בטחון ועל רקע מציאות זו. העותרת מפנה שוב בענין זה למסמך המשלים עיקרי טיעון אלו ולאמור שם.

הריון, לידה ושויון

26. טענה מרכזית נוספת הקיימת בפי העותרת היא כי כמדיניות משפטית וחברתית ראויה אין לקבל את עמדת המשיבים, לפיה היעדרות בשל הריון ולידה מהווה מכשול-סף בפני שילוב נשים בטיס. המשמעות של קבלת טענה זו היא אחת: נשים בלבד, ולא החברה בכללותה, נושאות בכל התוצאות וב"מחיר" של הבאת ילדים לעולם.

27. הולדת ילדים הוא אינטרס חשוב ורצוי בחברה. על החברה, והמשיבים בתוכה, לאמץ מדיניות אשר תביע בפועל את ההכרה כי היא רואה בהולדת ילדים אינטרס שהחברה כולה נהנית ממנו, ומשום כך מוכנה להשקיע בו. ברור כי נשים בלבד הן היולדות, אולם אין משמעות הדבר כי רק הנשים, כקבוצה, צריכות לשאת בכל ההשלכות הציבוריות, החברתיות והכלכליות של הולדה. מדיניות לפיה נשים נושאות באופן בלתי פרופוציונלי ב"מחיר" או ב"נטל" הנובע מהריון והולדה היא מדיניות מפלה. התייחס לענין זה בית המשפט העליון בקנדה בדונו במדיניות חברה שלא ביטחה בביטוח רפואי (אובדן כושר השתכרות) נשים בהריון:

Further more, to not view pregnancy in this way goes against one of the purposes of anti-discrimination legislation. This purpose...is the removal of unfair disadvantages which have been imposed on individuals or groups in society. Such unfair disadvantage may result when the costs of an activity from which all of society benefits are placed upon a single group of persons. This is the effect of the Safeway plan. It cannot be disputed that everyone in society benefits from procreation. The Safeway plan, however, places one of the major costs of procreation on one group in society: pregnant women

ובהמשך:

That those who bear children and benefit society as a whole there by should not be economically or socially disadvantaged seems to bespeak the obvious. It is only women who bear children; no man can become pregnant. As I argued earlier, it is unfair to impose all of

the costs of pregnancy upon one half of the population.

בית המשפט דחה את הטענה לפיה ההפליה איננה נובעת מן החוק אלא מ - "הטבע", ולא ראה בהבדלים הביולוגיים הקיימים בין גברים ונשים כהצדקה למדיניות המבחינה ביניהם בענין שנדון בפניו.

(Brooks v. Canada Safeway 59 D.L.R. (1989) (4th) 321, 335, 339,).

28. אף בישראל, בתחום התעסוקה, אומצו עקרונות אלו בין השאר בתפיסה העומדת מאחורי חוק עבודת נשים, תשי"ד - 1954. חוק עבודת נשים מטיל על מעבידים מגבלות בדבר פיטור נשים בהריון, מתוך הכרה כי אין להטיל על שכמן של נשים עובדות את מלוא הנטל והעול הכלכלי של הולדת ילדים.

29. מדיניות לפיה נשים בלבד נושאות, לענין מסוים, בתוצאות ובהשלכות הטבעיות של הריון ולידה היא מדיניות מפלה ובלתי צודקת. על החברה כולה - גברים ונשים, צה"ל וחיל האוויר כולו - לשאת במסגרת הפעילות הכללית שלהם השלכות הנובעות מהיעדרות מחמת הריון ולידה. עליהם לקחת אותם בחשבון כחלק מכלל הנתונים הבסיסיים שבהם מתחשבים בבניית מערך כוח האדם, בתכנון מצבת המילואים, בחישוב היעדרויות צפויות, וזאת כל עוד אין בכל בכדי למנוע מן המשיבים לבצע את תפקידם או לפגוע בצורה חמורה באינטרסים הציבוריים עליהם הם מופקדים. חוסר נכונות מצד המשיבים לעשות כן בנסיבות בהן לא הביאו כל הוכחה לפגיעה צפויה כאמור, משמעה שאנו מטילים על הנשים, ולא על החברה בכללותה, נטל בלתי פרופורציונלי ובלתי ראוי בקידום אינטרס שהחברה כולה מרוויחה ממנו.

30. בימים אלו הגיע לידי העותרת העתק מן ההוראות שהוציא חיל הים האמריקאי בחודש פברואר 1995, המתייחסות למדיניות הצי בנוגע להריון של נשים בחיל. העתק ההוראות מצ"ב לעיקרי טיעון אלו. בבסיסן עומדת התפיסה כי הריון הוא "חלק מהחיים", ועל כן קיימת חובה להתחשב במצב זה בבניית מדיניות החיל. הנחה שניה היא כי אין התנגשות בין הצורך להתאים את מדיניות הצי למצבים של הריון לבין מוכנות מבצעית (operational readiness).

הוראה מספר 3 קובעת, כי תפקידי חיל הים מחייבים רמת מוכנות גבוהה ביותר כדי לבצע את משימותיה האסטרטגיות של האומה...כי נשים הן שותפות מלאות לצי, המכיר בכך כי הריון הוא אירוע טבעי העשוי להתרחש במהלך חייהן של נשות הצי ... על כן התחשבות במציאות זו מחייב אימוץ מדיניות המכיר בחשיבות ההורות לאנשי הצי...., כלשון סעיף 3:

3. Background:

- a. The mission of the DON (Department of Navy) requires the highest level of operational readiness to meet the nation's strategic goals. A full complement

of highly trained personnel is essential to maintaining operational readiness in deployable units.

- b. Women are full participating members of the Navy-Marine Corps Team. DON leadership recognizes that pregnancy is a natural event that can occur in the lives of Navy and Marine Corps servicewomen, and is not a presumption of medical incapacity. Pregnancy could affect a command's operational readiness by temporarily limiting a servicewoman's ability and availability to perform all assigned tasks. Consideration of this reality requires establishment of policies and procedures which accord due regard to the demands of parenting in the service and address career and health issues.

31. לסיכומו של ענין זה מבקשת העותרת לחזור על טענותיה שהוזכרו בסעיפים 20-25 לעיל, בדבר חובתם של המשיבים לתמוך את עמדתם בראיות מפורטות ובנתונים של ממש.

המשיבים לא הראו באיזו דרך עלולים לפגוע הן הבדלי יתרת השירות בין גברים ונשים (אליהם התייחסה העותרת לעיל) והן העדרויות צפויים מטעמי הריון ולידה בהשגת המטרה העומדת בבסיס חוק שירות בטחון. הנתונים, התצהירים הנוספים והמסמכים שהובאו על ידי העותרת מקעקעים ומערערים את עמדתם הכללית של המשיבים כפי שזו הוצגה בתצהיר התשובה. יש בהם בכדי להטיל ספק כבד בעמדה שהוצגה בתצהיר התשובה לפיה: "אין אפשרות להגשים את המטרה הפרטיקולרית הרלוונטית של חוק שירות בטחון, דהיינו: שיבוץ בקורס טיס בהתאם לצרכי הצבא, מבלי לפגוע בעיקרון השוויון" (סעיף 55 לתצהיר).

הפגיעה בעותרת אל מול החשש לפגיעה ב"צרכי הצבא" - האיזון הראוי

32. הפגיעה בעותרת בשל מינה היא ברורה וישירה, והדבר פורט בהרחבה בסעיף 1 לעיקרי טיעון אלו. הלכה פסוקה וכבר מושרשת היא, שעל המבקש לסטות מעיקרון השוויון מוטל נטל כבד להראות כי לא ניתן ליישב בין האינטרסים הנוגדים בדרך שתפגע פחות בשוויון - מחד, ותאפשר השגת האינטרס הנוגד - מאידך. כדברי בית המשפט בפסק דין פורז:

"עם זאת, באיזון אופקי זה, יש להדגיש את חשיבותו המרכזית של עיקרון השוויון. מכאן, שפגיעה בו תתאפשר רק אם אין כל אפשרות להגשים את המטרה הפרטיקולרית העומדת ביסוד חוק ספציפי. אכן, איזון "אופקי" זה נעשה, רק לאחר שמתברר, כי אין כל אפשרות לקיים באופן מלא הן שוויון והן בחירה יעילה לאסיפה בוחרת, וכי נקיטה באמצעים משלימים, שאין בהם פגיעה בשני אלה, לא תועיל. במצב דברים זה יש למצוא הסדרים מטשיים, שיבטיחו עד כמה שאפשר מימוש מהותי - גם אם אינו מלא - של כל אחד מהשיקולים המתנגשים, תוך שמירת העיקר והשוויון על הטפל. במסגרת מימוש זה, כל אחד מהשיקולים מוותר באופן חלקי ויחסי על מלוא התפרסותו, בלא

שיוותר על עצם קיומו. (עמ' 336-337 לפסק הדין. ההדגשה אינה במקור).

33. על המשיבים מוטלת חובה למצוא "הסדרים מעשיים" (או "ויתורים הדדיים נדרשים" כלשון בית המשפט בפסק דין ר.א.מ. בעמ' 204), ולנקוט צעדים שונים ונוספים על אלו שהם רגילים אליהם, בכדי לנסות ליישב בין שני האינטרסים שנטען לגביהם כי הם נוגדים. כיום מעדיפים המשיבים באופן מוחלט ונוקשה את האינטרס "האחר" על פני השוויון. הם אינם מוכנים לצעוד ולו צעד אחד, קטן וזהיר, שאין בו בכדי לסכן או לסכל את מילוי צרכי הצבא - מחד, ולפגוע פחות בשוויון - מאידך.

34. בעתירתה מבקשת העותרת מן המשיבים לפעול באופן הדרגתי, בשלבים, בדרך מבוקרת ותוך קיום פיקוח והערכה, ולפתוח תפקידי טיס בפני נשים כתוכנית או כניסוי רציני ומקצועי, שיתפרש על פני זמן שייקבע על ידי המשיבים. חלק מהיערכות זו מחייב ביצוע פעולות הסברה וחינוך של מפקדים וחיילים, בכדי להתמודד עם השינוי המחוייב מכניסתן של נשים ל"סביבה גברית" לגבי תפיסות והתנהגות במצבים חדשים אלו. מניסוי כזה יהיה צורך להפיק לקחים ומסקנות, מבלי שיהיה בו בכדי לפגוע במעוך התכנוני מבצעי של הצבא.

35. מנסיון שהצטבר בכל רחבי העולם אנו לומדים על התייחסות רצינית לנושא זה, ולמחויבות שלקחו על עצמם צבאות שונים לבדוק כיצד ניתן לשלב נשים במקצועות לחימה בכלל, ובמקצועות לחימה אווירית בפרט. העותרת מבקשת להפנות בענין זה לסקירה בנושא: נשים בתפקידים קרביים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, מתודש אפריל 1994 (ראו בשג"צ 215/95).

מסקירה זו עולה כי במדינות אשר החליטו לאמץ מדיניות שוויונית בגיוס נשים למקצועות לחימה נעשה השינוי באופן הדרגתי ומבוקר ולא בצורה מיידית וגורפת. מדובר בתהליך ארוך, המתפרש לעתים על פני שנים, שמטרתו לקבוע את הדרך לשלב נשים במקצועות שאינם פתוחים בפניהן, בד בבד עם שמירה קפדנית על האינטרסים הבטחוניים החיוניים של המדינה. יצוין, כי במקרים רבים, התפקידים הראשונים שנפתחו בפני נשים היו תפקידי טייס.

36. על האופן בו מתבצע התהליך של שילוב נשים במקצועות חדשים, ובכלל זה תפקידי לחימה, ניתן ללמוד מן הנסיון קנדי. מפסק הדין שניתן על ידי בית הדין הקנדי לזכויות האדם (שצירופו התבקש בבשג"צ 215/95) עולה כי התהליך כלל את השלבים הבאים:

א. 1970 - המלצות וועדה מלכותית שבדקה את מצב הנשים בחיל האוויר, והמליצה על שינוי במדיניות חיל האוויר הקנדי ובכלל זה: שינוי המדיניות המשתררת נשים נשואות ונשים שילדו מן הצבא, ופתיחת מקצועות צבאיים נוספים בפני נשים. בעקבות המלצות אלו נפתחו אלפי מקצועות בפני נשים, שהיו סגורים בפניהן קודם לכן.

ב. מבדקי ה - SWINTER: מבדקים אלו החלו לאחר חקיקת חוק זכויות האדם הקנדי בשנת 1978 שאסר, בין היתר, על הפליה מחמת מין. בין השנים 1979 - 1984 נערכה סדרה של מבדקים לבחינת ההשלכות של שילוב נשים בתפקידים שלא היו פתוחים בפניהן קודם. במהלך המבדקים נבחנו, בין היתר, הבעיות הצפויות בפתירת תפקידים כאלו בפני נשים - ובכלל זה בעיות פיזיות, חברתיות ופסיכולוגיות. מטרת המבדקים הייתה לבחון את ההשפעות וההשלכות הישירות של שילוב נשים על היכולת והמוכנות המבצעית של הצבא, מתוך ההכרה כי עליהם למצוא דרך לשלב בין מחויבות לשוויון - מצד אחד, מבלי לוותר על יכולת צבאית - מבצעית, מצד שני. כך, למשל, כלל חלק אחד של הניסוי הצבת 15 נשים על אחת מאוניות הצי, ובדיקת ההתאמות הנדרשות להצלחת שיבוץ זה.

מבדקים אלו הראו כי נשים השתלבו באופן מלא בתפקידים אליהם הוצבו, זכו להערכת המפקדים והחיילים, וביצעו את תפקידיהן על הצד הטוב ביותר. תוצאות אלו הביאו לפתיחה של תפקידים רבים נוספים בפני נשים. נזכיר עם זאת, כי מלכתחילה לא היתה כל כוונה להתמודד במסגרתם עם שאלת שילוב נשים במקצועות לחימה.

ג. בתודש יולי 1987 הודיע חיל האוויר הקנדי על שינוי מדיניותו, ועל פתיחת תפקידי טיס קרבי בפני נשים. החלטה זו התבססה, בתלקה, על תוצאות מבדקי ה - SWINTER, מהם עלה כי שילוב הנשים במרבית התפקידים עולה יפה. פתיחת תפקידי טיס קרבי בפני נשים לוונה באימוץ מדיניות וכללים לגבי היעדרות מטיסה פעילה בשל הריון ולידה, חינוך ליתר שוויוניות בקרב חיילים גברים, והתאמת ציוד, במידת הנדרש, לנשים.

ד. בין השנים 1987 - 1989 נערכה סדרת מבדקים שנייה (CREW). במסגרת זו נבחנה האפשרות לפתוח תפקידים נוספים, שעד כה היו סגורים בפני נשים ביחידות בצבא וחיל הים (וביניהן צוללות, חי"ר, תותחנים). מבדקים אלו היו המשך ישיר למדיניות ההדרגתית של הסרת המגבלות בפני שילובן המלא בכל המקצועות והתפקידים הצבאיים. מבדקים אלו לא הסתיימו עד תחילת דיוני בית הדין לזכויות האדם הנ"ל.

ה. בשנת 1989 ניתנה החלטת בית הדין הקנדי לזכויות האדם (הפועל מכוח חוק זכויות האדם), בתלונתם של 3 נשים וגבר אחד על הפליה מחמת מין במדיניות הצבא, שלא אפשר שילוב נשים במספר תפקידי לחימה. לאחר דיון משפטי שבו טען הצבא כי ההגבלה נדרשת בשל שיקולי מוכנות והיערכות צבאית (military effectiveness), קיבל בית הדין את התביעה. בית הדין שקל, ודחה, אחת לאחת את טענות הצבא לאור הראיות, העדויות, המסמכים וחוות הדעת המקצועיות שהונחו בפניו. בית הדין קבע כי הצבא לא הוכיח, בדרגת הראייתית הנדרשת, כי האינטרס הצבאי אכן עלול להיפגע במידה ויפתחו תפקידים אלו בפני נשים.

בנוסף לסעדים ספציפיים לגבי המתלוננים - שילוב מידי בתפקידים מהם נדחו - הורה בית הדין לצבא להמשיך בסדרת המבדקים שהוזכרה לעיל, ולהפוך אותם לשלב הראשון

בשילוב מלא של נשים בכל המקצועות שעדיין נותרו סגורים בפניהן. בית הדין הורה לצבא לבצע את השילוב במהירות המירבית, להסיר את המגבלות המונעות בפועל שילוב של נשים בתפקידים אלו, ולקבוע דרך לבצע מעקב אחר יישום החלטתו. כמו כן חייב בית הדין את הצבא להכין תוכנית שבה תיקבע הדרך לשילוב מלא של נשים בכל התפקידים בצבא, תוך 10 שנים. (בית הדין סייג את החלטתו במקרה אחד - שירות נשים בצוללות, בשל בעיית הפרטיות הקיימת בכלי זה.)

תפקידים קרביים - סיכון ושבי

37. בתצהיר התשובה לא העלו המשיבים את הטיעון על הקושי בשיבוץ נשים בתפקידי לחימה (ובכלל זה טיס), בשל הסיכון לחייהן או החשש לנפילה בשבי. באופן מרומז בלבד (בסעיף 34 לתצהיר התשובה), מתיחס המצהיר לענין זה כ"בעייתית", לאור המציאות החברתית הנוהגת בישראל, לפיה הגברים הם שיוצאים לחזית, מסכנים את חייהם, ועלולים ליפול בשבי האוייב. העותרת איננה פותרת עצמה, עם זאת, מהתיחסות קצרה לנושא זה, למרות שאיננו מהווה נימוק לדחיית בקשתה. העלאת הנושא בתצהיר משמעה, מן הסתם, כי נקודה זו מקנת בלב המשיבים, כמו גם אצל רבים הנדרשים לתת דעתם בסוגיה זו.

38. נושא הסיכון שנשים עלולות להיקלע אליו אם תשולבנה בתפקידי לחימה שב ועולה בדיונים בנושא זה, ומעורר אצל חלק מן המתדיינים תחושות ורגשות לא נוחות, שבדרך-כלל קשה לתת להן הסבר מיושב וראציונלי. קשה להסביר מדוע יש אנשים שחשים, כי סיכון חיי גברים פחות חמור מסיכון חיי נשים, וששלמות הגוף של נשים חשובה יותר מזו של גברים. באותה מידה קשה לתת תשובה טובה מדוע קשה יותר לשאת את הרעיון של נפילת נשים בשבי לעומת נפילת גברים בשבי. ההסבר לכך נעוץ, כפי הנראה, בתפקידים החברתיים שאנו מיעדים לנשים ולגברים, ולעמדות בדבר הצורך להגן על נשים יותר מאשר על גברים. שיקולים מסוג זה הם בעייתיים ביותר, בשל היותם מבוססים על סטיריאוטיפים מפלים. אם ניתן להם משקל מכריע אנו עלולים למצא עצמנו מגבילים את זכויות הנשים מתוך כוונה להגן עליהן, אף בעל כורחן.

39. על הסטנדרט הכפול בדאגה לנשים מפני התנכלויות מצד האוייב עמדה מייג'ור רונדה קורנוס, מצבא ארה"ב, אשר נפלה בשבי צבא עיראק במהלך מלחמת המפרץ, בעדותה בפני הוועדה הנשיאותית:

"being raped in downtown D.C. or Peoria, Illinois or somewhere like that is very different than getting raped in a military -- you know, as a POW, just like getting shot. You know, you don't expect that to happen when you walk down the streets of your own home town, but it is an occupational hazard of going to war, and you make the decision whether or not you are going to take that risk when you join the military. And so I really think

that it is a phenomena of our society that we worry about it much more than the people who undergo it"

(מש/ 3, בעמ' 89).

במסקנות ד"ח המיעוט של הוועדה הנשיאותית נקבע, כי שלוש הנשים אשר נפלו בשבי הצבא העיראקי במלחמה זו, שרדו את האירוע כמו גם ארצות הברית כולה. לא היתה שום אינדיקציה כי נפילתן בשבי יצרה לארה"ב סכנה בטחונית גבוהה יותר מאשר נפילת כל חייל אחר. כפי שצויין לעיל, ד"ח המיעוט הנ"ל, שהמליץ על הסרת מגבלת הקרבות לגבי נשים בתפקידי טיס אומץ על ידי צבא ארה"ב, כאשר בחודש אפריל 1993 הסיר שר ההגנה האמריקאי את מגבלת הטיס הקרבי בפני נשים.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והשפעתו על טענות העותרת

40. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו פוגע, כמובן, בתוקפו של חוק שירות בטחון אולם העותרת טוענת כי הוא משפיע על הפרשנות שיש לתת לחוק ולסמכויות המופעלות מכוחו. העותרת טוענת כי הזכות לשוויון נכללת במושג כבוד האדם, ונסמכת על פסקי הדין של בית משפט נכבד זה בהם הובעה דיעה זו.

בג"ץ 92/5394 הופרט נ' יד ושם (טרם פורסם)
בג"ץ 94/453-454 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם)
בג"ץ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ (טרם פורסם)

41. יש לתת לעיקרון השוויון את המשקל הראוי לזכות יסוד חוקתית, בפרשנו את חוק שירות בטחון, ובבחינת דרך הפעלת סמכות המשיבים מכוחו של חוק זה.

בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם (טרם פורסם)
בג"ץ 453-454/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) דברי כבוד השופט מצא בעמ' 32 לתדפיס פסק הדין).
בג"ץ 5688/92 ויכסבאום נ' שר בטחון פ"ד מז(2) 812, 827
בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי תל אביב (טרם פורסם)
בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל פ"ד מח(1) 290, 293
בר"ע 7208/93 וייסגלס נ' וייסגלס (טרם פורסם)
בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)

42. ההגנות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הלוח אף על חיילים המשרתים הצה"ל. סעיף 9 לחוק היסוד קובע:

"אין מגבילים זכויות שלפי חוק יסוד זה של המשרתים בצבא ההגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר וארגוני הבטחון האחרים של המדינה ואין מתנים על זכויות אלה אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות."

סעיף זה מחיל את הזכויות הקבועות בחוק היסוד על חיילים וחיילות בצבא, וקובע, בדומה (אם כי לא באופן זהה) לאמור לגבי ענינים אחרים, כי ניתן להגביל זכויות אלו "לפי חוק", ובמידה שאינה עולה על הנדרש מ"מהותו ואפיו של השירות".

43. סעיף 9 איננו קובע כי ההגבלות על זכויות המשרתים בכוחות הבטחון - לענינו, קביעת מדיניות הפוגעת בשוויון - צריכה להיעשות לתכלית ראויה. יחד עם זאת סבורה העותרת, כי "מהותו ואופיו של השירות" משליך ומלמד על התכלית הראויה שלשמה, ולשמה בלבד, ניתן להגביל זכויות אלו. בנייה ותכנון מערך צבאי כדי שיוכל באופן הטוב ביותר להגן על בטחון המדינה הם מטרות ראויות, שלשמן ניתן באופן עקרוני להגביל זכויות של חיילים וחיילות בצבא. במידה ועמדת המשיבים נסמכת גם על תפקידים שראוי שנשים תמלאנה, לעומת תפקידים שעל גברים למלא בתברה, עמדת העותרת היא כי אלו אינן מטרות ראויות במובן חוק היסוד הנ"ל.

(וראו לענין זה א. בנדור, פגמים בחקיקת חוקי-היסוד, משפט וממשל ב', התשנ"ה 443, בעמ' 449-451).

44. אף אם נסיק כי התכלית שלשמה קבעו המשיבים את מדיניותם הינה תכלית ראויה, יש לבחון אם האמצעים שאומצו וננקטו על ידי המשיבים לצורך השגת מטרה זו הם אמצעים שאינם פוגעים בזכות לשוויון למעלה מן הנדרש. אחד המרכיבים המרכזיים הקבוע בסעיף 8 לחוק היסוד - דרישת המידתיות - קבוע גם בסעיף 9 לחוק. לטענת העותרת, החלת אמת מידה חוקתית זו על המשיבים משמעה, שאם ניתן להשיג, גם אם לא באופן מלא, את עיקרה של המטרה העומדת בבסיס חוק שירות בטחון, תוך פגיעה פחותה בשוויון - מוטלת על המשיבים החובה לעשות כן:

"אכן, הפגיעה בזכות היסוד עולה על הנדרש, אם ניתן להשיג את עיקרי מהותה של המטרה החקיקתית - גם אם לא את מלוא היקפה - תוך שימוש באמצעים הפוגעים במידה מהותית פחות מאלו שהמחוקק ביקש לנקוט כדי להשיג את מלוא מטרתו. הנה כי כן, בקביעת מהותם של האמצעים הראויים יש להתחשב מחד גיסא במהותה של הזכות הנפגעת ומאידך גיסא במטרה הראויה שאותה מבקשים להגשים...כאשר מטרה היא מטרה ראויה - אשר מצידה תורמת להכרה בזכויות אדם - יש לאזן בין הגשמת המטרה לבין זכות האדם, באופן שיישקלו רק אמצעים מתאימים התפורים בקפידה להשגת המטרה, ואף זאת תוך מבט כולל על מידת הפגיעה בזכות האדם המוגנת."

ברק, פרשנות במשפט, כךד שלישי, פרשנות חוקתית, בעמ' 546-7.

45. בענינו, אל מול המטרה של הגנה על בטחון המדינה באמצעות גיוס חיילים וחיילות לצבא - עומד עיקרון השוויון, שעל מרכזיותו וחשיבותו כבר הורחב הדיבור לעיל. בפנינו אפוא התנגשות בין זכות בסיסית ואינטרס רב חשיבות.

46. האם פעלו המשיבים על פי המבחן המשפטי שנזכר לעיל? העותרת טוענת שלא. מחד - הפגיעה בשוויון היא מוחלטת וטוטאלית. המשיבים שוללים מנשים על הסף את ההזדמנות לשרת במקצוע הטיס. מאידך - המשיבים מסרבים לבצע הגמשה והתאמה כלשהי, שלא יהא בה כדי לסכן או לפגוע בדרך משמעותית במטרה של בניית מערך הכוח האווירי של צה"ל - אשר פגיעתה בשוויון פחותה. המשיבים לא הוכיחו מדוע יש למנוע באופן מוחלט מנשים להשתלב במקצוע הטיס ומדוע מדיניות זו הינה חיונית והכרחית להשגת המטרה. הם לא הרימו את הנטל להראות כי אין מנוס מכך, וכי לא ניתן להשיג את המטרה תוך פגיעה פחותה בשוויון. הם לא הראו מדוע אי אפשר להתחיל ניסוי או תוכנית-מודל, לתקופת זמן מוגדרת ובאופן הדרגתי ומבוקר, שבמסגרתם תיבחנה ההשלכות והצעדים הנדרשים לבצע את השינוי במדיניותם.

המשיבים לא עמדו אפוא בדרישות החוקתיות המאפשרות פגיעה בשוויון.

נשים בתפקידי טיס - עבר, הווה ועתיד

47. נשים ביקשו לקחת חלק כטייסות ונשות צוות אוויר, במאמץ המלחמתי לסיוע למדינתן, מאז שהחל השימוש במטוסים בתקופות מלחמה.

48. במלחמת העולם השניה, כתוצאה מלחץ ודרישה מצידן של נשים, הוקמה יחידת הטייסות בחיל האוויר האמריקאי (WASP - Women Airforce Service Pilots). יחידה זו הוקמה כיחידת טיס נפרדת, ובמהלך השנים 1942-1944 השתתפו למעלה מאלף נשים במשימות טיס שונות, ועמדו בהן בהצלחה יתירה:

"Between September 1942 and December 1944 more than a thousand WASPs ferried 12,650 flight and bomber planes all over the United States and Canada, and overseas when needed, towed target for combat pilots to practice their shooting, and instructed hundred of Army Air corps pilots. They flew seven days a week, a total of 60 million miles, and 38 of them lost their lives. As Maj. Gen. Jeanne Holm wrote: "They flew as regularly and as long as male pilots, in the same jobs, and showed no difference in physical, mental or psychological capabilities...their record shows that their accident rate was about the same as men's".

(מתוך: Crossd Currents: Navy Women from WWI to Tailhook, J. Ebbet & M. Hall, (1993), Chapter 13: Women in Aviation, p 243, מצ"ב צילום הפרק לעיקרי טיעון אלו.)

מייד לאחר סיום המלחמה, כפי שקורה לא אחת בנסיבות אלו, פורקה היחידה, ונשים הוחזרו לשמש בתפקידים בהן שימשו לפני המלחמה.

49. במלחמת העולם השנייה הוקמו במסגרת צבא ברית המועצות שלוש יחידות של נשים טייסות - יחידת טייסות קרב, יחידת טייסות מפציצים, ויחידת טיס להפצצות לילות. הנשים השתתפו בקרבות במלחמה נגד הגרמנים, בהצלחה ללא תקדים:

The fighter regiment alone carried out 4419 combat missions and fought 125 air battles that downed thirty eight enemy aircraft and damaged forty-two more. Its pilots were described as "cool, resourceful and fearless". In one battle over the Don River two women flying fighters took on forty two enemy bombers, shot down four and forced the others to turn back without hitting their targets....Few pilots in any armed force can match the combat records of many of these Soviet women".

מתוך: Women in the Military: An Unfinished Revolution, Maj. Gen. Jeanne Holm (1982), פרק 22, מצ"ב לעיקרי טיעון אלו).

50. מספר טייסות ישראליות אף הן זכו לשרת את מדינתן בעבר. נשים השתתפו כטייסות במלחמת השחרור, המפורסמת שבהן זוהרה לביטוב, שנהרגה בטיסה במהלך המלחמה. כפי שתואר בעתירה, ובנספח ע / 6 שצורף לה, עם סיום המלחמה הוחזרו הנשים לתפקידי העורף ונסגרה בפניהן האפשרות להיכנס לקורס טיס. מספר קטן של טייסות השתתפו במלחמת סיני. מאז, למיטב ידיעת העותרת, לא שולבו נשים בתפקידי טיס בחיל האוויר הישראלי.

51. כיום, ישנן לא מעט מדינות שבהן מקצועות הטיס, ובכלל זה טיס קרבי, פתוחים בפני נשים, וביניהן קנדה, אנגליה, ארה"ב ושבדיה. העותרת מפנה בענין זה, לסקירה מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה שהוזכרה לעיל.

פתיחת מקצוע הטיס בפני נשים בצבא ארה"ב היה אף הוא הדרגתי. המלצות הוועדה הנשיאותית, שדנה בשילוב נשים בתפקידי לחימה באופן כללי, היו אומנם לא לאפשר לנשים השתתפות בטיס קרבי. דו"ח הוועדה כלל דעת מעוט (עמ' 80 לדו"ח), התומכת בשילוב כאמור. המלצה זו התקבלה בסופו של דבר, בחודש אפריל 1993, עם הוראתו של שר ההגנה (דאז) לס אספין ליחידות השונות (Army, Navy, Airforce) להסיר את מגבלת הקרבות מעל תפקידי הטיס של נשים. נשים בצבא ארה"ב - צבא פעיל, שהיה ועודנו מעורב במשימות צבאיות ברחבי העולם - מטיסות מטוסי קרב בכל החילות, בהצלחה יתירה.

52. תהליך ארוך, שבמהלכו נפתחו מקצועות צבאיים רבים בפני נשים, עבר וממשיך לעבור על צה"ל. מתוך מגמה לנצל באופן הטוב ביותר את הפוטנציאל האנושי לצרכי הצבא, הוסרו בשנים האחרונות, ביזו אחר זו, מגבלות שמנעו מנשים מלשרת בצבא כמפעילות ארטילרית, מדריכות חי"ר, מדריכות צלילה, מפלסות בהנדסה קרבית, מכונאיות וטכנאיות קשר. צה"ל עצר מגמה זו כאשר התפקיד כרוך בהכשרה לשירות בתפקידי לחימה, ובכלל זה הכשרה כלוחם אווירי.

אין עוד מקום להמשך מדיניות זו, והגיעה העת לשנותה.

53. בעידן בו אנו חיים צריכה מדינת ישראל לפתוח בפני נשים את ההזדמנות להיות שותפות לחובה ולזכות לשרת את מדינתן כטייסות בצה"ל. לא קיימת סיבה טובה למנוע מהן הזדמנות זו, אך ורק בשל היותן נשים.

54. בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לשנות את מדיניותו המונעת, על הסף, מנשים מלהתקבל לקורס טיס.

בית המשפט מתבקש להורות למשיבים לאפשר לעותרת לגשת בהקדם למבדקי התאמה לקורס ולבחון את התאמתה להתקבל אליו על סמך נתוניה האישיים.

בית המשפט מתבקש להורות למשיבים להיערך לפתיחת מקצוע הטיס בפני נשים, ובכלל זה לנקוט צעדים מערכתיים - תכנוניים, לוגיסטיים וחינוכיים - בכדי להבטיח שהשינוי הכרוך בשילוב נשים במקצוע הטיס יעלה יפה.

בית המשפט מתבקש לקצוב למשיבים זמן לביצוע פעולות אלו.

55. הסעד המבוקש בעתירה זו הוא צודק, ראוי ואפשרי - לא בשמים היא.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להפוך את הצו על תנאי בעתירה זו למוחלט, ולחייב את המשיבים בהוצאות העתירה ושכר טרחת עורך דין.

רחל בנימין, עו"ד

ב"כ העותרת

נטע זיל, עו"ד

ב"כ העותרת