

תוכן עניינים

מבוא	3
רקע	4
הזכות החוקתית לשוויון במשפט הישראלי.....	4
"שוויון מגדרי" העדפה מתקנת.....	6
שוויון בין גברים לנשים בצבאות	8
התפתחות מעמדן החוקי של נשים בצה"ל לעומת זה של הגברים בצה"ל.....	8
שילוב נשים בתפקידי לחימה בצה"ל.....	11
הכרת הפסיקה במשפט הישראלי בזכות לשוויון מגדרי בקרב נשים בתפקידי לחימה בצה"ל	13
מן הפסיקה (בג"ץ "אליס מילר").....	13
תפיסות שונות אודות יישום הזכות החוקתית לשוויון נשים בצבא ובתפקידי לחימה	15
משפט משווה – ניתוח השוואתי נשים בצבאות שונים בעולם	17
סיכום מסקנות ודעה אישית	20
ביבליוגרפיה	22

מבוא

כל בני האדם נולדו שווים מבחינת ערכם ומבחינת הזכויות המגיעות להם, לפיכך יש להתייחס לכולם באופן שווה ללא הבדל דת, גזע, מין לאום צבע עור וכדומה. המשפט הישראלי מכיר בזכות לשוויון כזכות יסוד חוקתית בעלת חשיבות עליונה, כך למשל- הפסיקה קובעת כי הזכות לשוויון מהווה: " *מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו*"¹

גם בעניין כלל אי אפליה, הפסיקה קובעת כי מדובר: " *בעיקרון יסוד חוקתי, השלוב והשזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו והמהווה חלק בלתי נפרד מהן*"².

אחד התחומים המהותיים נובע מן הזכות לשוויון הינו תחום העדפה המתקנת לפיה יש לצמצם פערים בחברה, לבטל דעות קדומות וקיפוח של קבוצות מסוימת ולהוביל לחברה דמוקרטית שווה. עבודתי עוסקת בתחום העדפה מתקנת של נשים בחברה הישראלית, תוך בחינת השאלה המשפטית " *כיצד באה לידי ביטוי הזכות החוקתית לשוויון מגדרי בקרב נשים בתפקידי לחימה בצה"ל*"?

על מנת להשיב על שאלת מחקרי אחק את הדיון לפרקים ופרקי המשנה הבאים:

בפרק הראשון לעבודתי אערוך דיון כללית בזכות החוקתית לשוויון, לצורך הדיון אחלק את הפרק לשני פרקי משנה: בפרק הראשון אציג את כיצד מתייחס המשפט הישראלי לזכות החוקתית בשוויון, בפרק המשנה השני אדון בזכות לשוויון המגדרי הנובעת כתוצאה מהעדפה מתקנת.

בפרק השני לעבודתי אדון בשוויון בין גברים ונשים בצבאות, את הדיון בפרק זה אחלק לשני פרקי משנה: בפרק המשנה הראשון אדון בנושא התפתחות מעמדן החוקי של הנשים בצה"ל לעומת מעמדם של הגברים, אציין נקודות זמן מהותיות ואירועים חשובים בהתפתחות זו. בפרק המשנה השני אדרש לסוגיה של שילוב נשים בתפקידי לחימה בצה"ל.

בפרק השלישי לעבודתי- אציג כיצד הפסיקה במשפט הישראלי מכירה בזכות החוקתית לשוויון מגדרי בקרב נשים בתפקידי לחימה, כאשר רוב הדיון יעסוק בפסק דין אליס מילר, שהינו פסק דין מכונן בנושא במשפט הישראלי.

בפרק הרביעי לעבודתי אציג את התפיסות השונות אודות יישם הזכות החוקתית לשוויון נשים בצבא ובתפקידי לחימה.

בפרק החמישי לעבודתי אערוך סקירה משווה מן הדין הזר בארצות הברית ובבריטניה באשר לזכותן של הנשים לשוויון חוקתי בצבאות.

בפרק השישי לעבודתי אערוך סיכום מסקנות ודעה אישית באשר לממצאי עבודתי.

¹ בג"צ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693,698.

² בג"צ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 806,800. (ראה דבריו של שמגר).

רקע

הזכות החוקתית לשוויון במשפט הישראלי

הכרת הזכות החוקתית לשוויון במשפט הישראלי החלה (באופן חלקי) עוד בכתב המנדט על ארץ ישראל,³ הכרה נוספת הובאה לידי ביטוי על ידי עצרת האומות המאוחדות מיום כ"ט בנובמבר 1947, שם נקבע כי מדינת ישראל מחויבת לחוקק חוקה אשר תבטיח בין היתר, את הזכות לשוויון זכויות בין כל בני האדם. גם במעמד הכרזת העצמאות במדינת ישראל, קיבלה הזכות לשוויון הכרה חלקית ונקבע כי במדינת ישראל יש לקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני כלפי כלל אזרחי המדינה ללא הבדל דת, גזע ומין.⁴ בתחילת שנות ה-80 נחקקו חוקים שונים העוסקים בזכות לשוויון והעדפה מתקנת, לרבות חוק שיווי זכויות האישה,⁵ וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אשר משפטנים רבים סבורים כי חוק זה מעניק לזכות השוויון מעמד של זכות חוקתית,⁶ כחלק מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית.⁷ במאמרם של אמנון רובינשטיין וברק מדינה טוענים המלומדים כי החוקים המעגנים את עיקרון השוויון לא זכו למעמד נורמטיבי מועדף, ולכן הכנסת עשויה לסטות מחוקים אלה בחקיקה מאוחרת יותר. יחד עם זאת, עם השנים התגבשה בפסיקה חזקה משפטית כי יש לקיים דברי חקיקה, ולכן יש לקדם ולשמור על עיקרון השוויון, ועל מנת לסתור חזקה זו נדרשת לשון מפורשת.⁸

מקריאה במקורות המשפטיים עולה כי כאשר עסקינן בדיון החוקתי באשר לזכות לשוויון, המשפט הישראלי מבחין בין שוויון פורמאלי לבין שוויון מהותי. עם השנים הפסיקה בשיטת משפטנו העניקה מעמד בכורה לנושא העדפה המתקנת כחלק מן השוויון המהותי.⁹ להלן פירוט:

גישת השוויון הפורמלי - מקורו בליברליזם הקלאסי, לפיו אסור למקבלי ההחלטות להתחשב בכל שיקול זר לרבות: דת, גזע, מין וכדומה. גישה זו מחזקת את חופש הפרט, את חופש הבחירה שלו וקובעת כי התערבות מטעם הריבון צריכה להיות מצומצמת. לפי גישה זו יש לדחות את עיקרון

³ נוסח כתב המנדט,

<https://mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/the%20mandate%20for%20palestine.aspx>

(ראה סעיפים 15,21,18)

⁴ הכרזה על הקמת מדינת ישראל ("הכרזת העצמאות"), ע"ר תש"ח 1.

⁵ ראה חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951.

⁶ ד"ר הלל סומך, "הזכויות הבלתי מנויות- על היקפה של המפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257.

⁷ יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו- ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל, א (תשנ"ג) 323,336-337.

⁸ אמנון רובינשטיין וברק מדינה, "המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל" (מהדורה חמישית, תשנ"ו) כרך א', 276-273.

⁹ ד"ר הלל סומך, תמר ולדמן, ענת יהב, מסמך רקע בנושא: "הזכות החוקתית לשוויון", מוגש לוועדת החוקה, חוק משפט ש הכנסת, י"ט תמוז התשס"ה, בעמ' 7.