

## האם מדיניות ה"לא נשאל, אל תספר" תעבור בחינת בג"צ<sup>1</sup>?

מגיש: אריאל הולנדר

---

<sup>1</sup> . חשוב להבין שישנם כמה הבדלים בין צבא ארה"ב לצבא ישראל ולכן אין אנו מנסים לערוך השוואה או ניסיון להחיל את מבחני בג"צ בארה"ב. ניסיונו הוא לראות כיצד המשפט הישראלי היה מצליח להתמודד עם מדיניות זו לאור הטענות הרלוונטיות למדינת ישראל.

## תוכן עניינים

3	..... חלק ראשון- מבוא
4	..... חלק שני - התמודדות בתי המשפט בארה"ב עם המדיניות "לא נשאל, אל תספר"
6	..... חלק שלישי- התמודדות בתי המשפט בישראל עם המדיניות לו הייתה נהוגה בארץ
11	..... חלק רביעי- סיכום
12	..... ביבליוגרפיה

## חלק ראשון- מבוא

מדיניות "לא נשאל, אל תספר" (להלן- המדיניות), התקבלה בקונגרס האמריקאי כפשרה בין התומכים בגיוס להט"בים לבין המתנגדים, ומיושמת הלכה למעשה החל מתקופת כהונתו של הנשיא קלינטון בשנת 1993.<sup>2</sup> בעבר, לפני שמדיניות זו אומצה, חל איסור מוחלט על שירותם של להט"בים (מכאן, כל התייחסות להומוסקסואלים הינה התייחסות גם ללסביות, ביסקסואלים ולטרנסג'נדרים) בצבא ארה"ב. בטרם גיוסם, נדרשו להצהיר כי אינם הומוסקסואלים וכי יודעים שהסתרת מידע זה, הינה עילה לגירוש מהצבא. חשוב להבין כי מדיניות זו מחד גיסא, אוסרת על הפגנת נטייה מינית ועל חשיפה של מערכות יחסים הומוסקסואליות במהלך תקופת השירות בכוחות הביטחון של ארה"ב ומאידך גיסא, אוסרת על מפקדים לשאול ולתחקר אדם על נטייתו המינית כל עוד הוא מסתיר אותה. בפועל, כאשר נודע על חייל הומוסקסואל או חיילת לסבית הם משוחררים מהצבא באופן מיידי ללא אפשרות ערעור.

למרות קבלת המדיניות, נראה כי בפועל דבר לא השתנה – חיילים עדיין נאלצים לשמור על נטייתם המינית בסוד ממפקדיהם וחבריהם לשירות. מעבר לכך, מדיניות זו מונעת הגשת תלונה כנגד חיילים מתעללים מכיוון שזו תחשוף את נטייתו המינית של המתלונן ובכך תפתח את מסלולו הישיר לעבר האזרחות. המקרה הבולט ביותר לתופעה זו היה המקרה של בארי וינצ'ל (Barry Winchell) אשר סבל מאלימות על רקע נטייתו המינית מצד חיילים ביחידתו אך נמנע מלהתלונן מחשש שהתלונה תביא לסילוקו מהצבא מכוח מדיניות "אל תשאל, לא נספר". האלימות החמירה במהלך ממספר חודשים עד שבארי נרצח בשנתו ע"י קלווין גלובר- אחד מחיילי היחידה בעידודו של ג'סטין פישר- שותפו לחדר של בארי שהיה בעצמו, ככל הנראה, בעל נטיות הומוסקסואליות. פישר וגלובר הועמדו לדין בביהמ"ש הצבאי, אך הצבא לא ייחס למקרה את החשיבות הראויה וקבע שמדובר בתוצאה של "ריב בין חיילים".<sup>3</sup>

מנתונים עולה כי במהלך שבע עשרה השנים מאז אומצה מדיניות זו, הודחו מהצבא למעלה משלוש עשרה אלף חיילים.<sup>4</sup>

## **מטרת המחקר**

בעבודת מחקר זו, נבחן תחילה כיצד מתמודדים עם סוגיה זו בתי המשפט השונים בארה"ב, ולבסוף ננסה לבחון כיצד היה בג"צ מתמודד עם סוגיה זו לו צה"ל היה מאמץ מדיניות זו וכנגד מדיניות זו הוגשה עתירה מכיוון שנוגדת לחוקי היסוד? (בארץ בוטלו חוקי המטכ"ל שנגעו לשירותם של הומוסקסואלים בשנת 1988 ובכל הפכה ישראל לאחת המדינות הליברליות ביותר בכל הנוגע לשירותם של להט"בים בשירותי בטחון).

עבודה זו מתבססת על מבחני בג"צ באשר לפגיעה בחוקי היסוד ובוחנת את המדיניות הנהוגה בארה"ב בראי המשטר המעין חוקתי בארץ.

<sup>2</sup> לאחרונה התקבלה החלטה בקרב הקונגרס לבטל מדיניות זו. בפועל החלטה זו מדיניות ממשיכה לפעול עד להערכות הצבא האמריקאי.

<sup>3</sup> Thomas Hackett, *The Execution Of Private Barry Winchell: The Real Story Behind The "Don't Ask Don't Tell" Murder*. Rolling Stone (2 March 2000), available at

<http://web.archive.org/web/20060213230320/www.davidclemens.com/gaymilitary/rolstobarry.htm>

<sup>4</sup> Conduct Unbecoming: THE NINTE ANNUAL REPORT ON "Don't Ask, Don't Tell Don't Pursue, Don't Harass", web. [www.sldn.org/pages/about-dadt](http://www.sldn.org/pages/about-dadt)

## חלק שני - התמודדות בתי המשפט בארה"ב עם המדיניות "לא נשאל, אל תספר"

לאורך השנים, המדיניות "לא נשאל, אל תספר" הייתה מוקד להתקפה חוקתית על סמך 3 תיקונים: תיקון 5<sup>5</sup> ותיקון 14<sup>6</sup> לחוקת ארה"ב במסגרת הליך הוגן והגנה שווה, ותיקון 1 לחוקה<sup>7</sup> במסגרת חופש הביטוי. פרק זה מציג את התמודדות ביהמ"ש עם התקפה זו באמצעות מספר פסקי דין בולטים בתחום.

ניתן לראות שביהמ"ש בבואו לבחון פגיעה בזכות חוקתית צריך לבחון תחילה האם הזכות שנפגעה הינה זכות יסוד. במידה וייקבע כי הזכות שנפגעה היא אכן זכות יסוד, על ביהמ"ש להפעיל את מבחן ה- "strict scrutiny": זהו המבחן המחמיר ביותר שבדוק האם הפגיעה בזכות נועדה לקדם אינטרס ספציפי של המדינה בצורה משמעותית והאם הפגיעה בזכות הכרחית לצורך קידום אינטרס זה. אך אם ביהמ"ש מצא כי הזכות שנפגעה איננה זכות יסוד, עליו להפעיל את המבחן המקל ביותר- מבחן "הבסיס הרציונאלי" שבדוק האם הפגיעה בזכות קשורה בצורה רציונאלית לקידום אינטרס ספציפי של המדינה.

בין שני מבחני קיצון אלו נמצא מבחן ביניים- "intermediate scrutiny" אשר מתאים לבדיקת המדיניות לדעתו של סטיב פוגלסנג במאמרו<sup>8</sup> שכן מבחן נוקשה כמו ה-"strict scrutiny" אינו מתאים כאשר מדובר במוסד שנועד להגן על הציבור כולו, כמו הצבא. בנוסף, זהו המבחן הרווח בפסיקת ביהמ"ש (על כך בהמשך).

באופן כללי, ניתן לראות חוקים שונים המפלים הומוסקסואלים כמו החוק של מדינת טקסס שאסר על קיום "יחסי סדום"<sup>9</sup>, כאשר ההגדרה של יחסי סדום יוחסה רק ליחסים בין בני זוג מאותו מין. פס"ד לורנס נ' טקסס<sup>10</sup> סימן את השינוי בתפיסה וקבע כי תיקון 14<sup>11</sup> מעגן את הזכות להליך הוגן מכוחה אדם בוגר רשאי לקיים יחסי מין בהסכמה ובפרטיות ביתו גם אם מדובר ביחסים הומוסקסואליים. יש לציין כי דעת המיעוט סברה כי אין זה הגיוני שלא הופעל אף מבחן לבחינת הפגיעה בזכות, והמבחן אותו היה להפעיל הוא מבחן הביניים.

פס"ד לורנס נשמע מרחיק לכת ולכאורה היה ניתן לצפות שההכרעה בפס"ד לורנס תביא גם להכרעה בדיון החוקתי בנוגע למדיניות, אבל בפועל פסה"ד היה עמום ולא היה ניתן להבין ממנו האם מדובר בזכות יסוד או לא שכן שופטי הרוב לא הפעילו מבחן ברור והסתפקו בבחינה "רציונאלית ומסורתית" לפיה לנוכח חופש המחשבה, האמונה והביטוי עולה כי זכותו של אדם לנהל גם את חייו המיניים לפי רצונו. בנוסף, האיסורים על יחסי מין בין זוגות שאינם נשואים ושלא למטרות ילודה בוטלו וכך אין טעם להגביל את יחסי המין לבני זוג ממין שונה בלבד.

בפועל, ניתן לראות שברוב פסקי הדין ביהמ"ש לא אימץ את הגישה של פס"ד לורנס אלא נקט בגישת הביניים. גישה זו ניתן לראות בפס"ד הולמס<sup>12</sup>: עתירה מכוח הפרה של חופש הביטוי שמעוגן בתיקון ה-13<sup>13</sup> שכן

<sup>5</sup> U.S. CONST. amend. V

<sup>6</sup> U.S. CONST. amend. XIV (להלן- amend. XIV).

<sup>7</sup> U.S. CONST. amend. I (להלן- amend. I)

<sup>8</sup> Steven J. Fugelsang, Note, *Reconciling Lawrence v. Texas With "Don't Ask, Don't Tell"*:

*The Value of the Cook v. Gates Intermediate-Deferential Approach*, 20 Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 237 (2010)

(להלן- המאמר של פוגלסנג)

<sup>9</sup> The applicable state law is Tex. Penal Code Ann. § 21.06(a) (2003).

<sup>10</sup> Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

<sup>11</sup> amend. XIV

<sup>12</sup> Holmes v. California National Guard, 124 F.3d 1126 (1998)

<sup>13</sup> amend. I

העותרים טענו שהם הודחו מהצבא בשל הצהרתם על היותם הומוסקסואלים ולא על יחסים הומוסקסואלים, כלומר המדיניות אוסרת על התבטאות ולכן פוגעת בחופש הביטוי. ביהמ"ש דחה את העתירה בטענה כי ביהמ"ש מחויב לכבד את שיקול דעתו של הצבא בכל הנוגע לאינטרסים של הצבא. כמו כן, יש להניח כי אדם נוהג בהתאם לנטייתו המינית ולכן אדם המצהיר על היותו הומוסקסואל מוחזק כמי שיבצע יחסים הומוסקסואלים.

פס"ד נוסף שמבטא גישה זו הוא פס"ד קוק<sup>14</sup>. כמו פס"ד הולמס, גם פס"ד קוק מכיר בחשיבותם של צרכי הצבא. המטרה של הצבא היא להוריד את הדינאמיקה המינית ולצורך כך יש הפרדה בין גברים לבין נשים כך שמבחינה טכנית גיוס הומוסקסואלים ידרוש הפרדה בין מגורים של הטרנסקסואלים לבין מגורים של הומוסקסואלים. העובדה שהצבא לא מחיל מדיניות זו על עובדים חיצוניים שאינם מתגוררים בבסיסים צבאיים מחזקת טענה זו.

סטיב פוגלסנג טען במאמרו<sup>15</sup> שמגמת אי-ההתערבות של ביהמ"ש בהחלטות הצבא נובעת הן מכבוד הדדי, הן מעיקרון הפרדת הרשויות והן מהעובדה כי שופטים אזרחיים לא מודעים לכל האספקטים הרלוונטיים לגבי ענייני הצבא.

באותו מאמר ניתן לראות כי פוגלסנג מביא נימוקים לטובת המדיניות, ביניהם העובדה שבשל היותו של השירות הצבאי בארה"ב התנדבותי יש לאנשים בחירה האם להתגייס או לא ושירות של הומוסקסואלים בצבא עלול להרתיע אנשים מלהתגייס. בנוסף, הצבא מחויב להגן על פרטיותם של המשרתים בו שכן תנאי המחייב בבסיס צבאי שונים מהתנאים באזרחות ומעט הפרטיות שמתאפשרת חייבת להישמר. השמירה על הפרטיות היא הסיבה להפרדת המגורים והמקלחות של הגברים והנשים, נטען שלהכריח גבר הטרנסקסואל לחלוק חדר מגורים עם גבר הומוסקסואל היא כמו להכריח אותו לחלוק אותו עם אישה. כמו כן, ניתן לראות שלאורך ההיסטוריה הצבא הבחין בין אוכלוסיות שונות, למשל הגיוס הסלקטיבי של גברים בין הגילאים 21-30 במלחמת העולם הראשונה (ובמלחמות נוספות) או סירוב לגייס נשים לתפקידי לחימה. לדעתו, יש לכבד את הזכות של הצבא להפלות בין אוכלוסיות כשהדבר נחוץ לצרכי הצבא שכן הצבא הוא "חברה מיוחדת" השונה מהחברה האזרחית.

לעומת התמיכה של פוגלסנג במדיניות, ניתן לראות באקדמיה גם דעות שמתנגדות לה. כך למשל גוסטבו אוליביירה<sup>16</sup> מתנגד למדיניות, אך לדעתו אין זה מתפקידו של ביהמ"ש לבטלה אלא זהו תפקיד ששמור לקונגרס וזאת מכמה סיבות: לקונגרס יש סמכות להסדיר את המשמעת בכוחות המזוינים, אם הנשיא- הוא המפקד העליון והקונגרס מסכימים על המדיניות קשה לסתור אותה, הקונגרס ערך שימועים בנוגע למדיניות לפני שקיבל אותה ובנוסף גם הצבא תומך במדיניות.

<sup>14</sup> Gates v. Cook, 376 F.3d 323 (5th Cir. 2004)

<sup>15</sup> המאמר של פוגלסנג.

<sup>16</sup> Gustavo Oliveira, Note, *Cook v. Gates and Witt v. Department of the Air Force: Judicial Deference and the Future of Don't Ask Don't Tell*, 64 U. Miami L. Rev. 397 (2009).

## חלק שלישי- התמודדות בתי המשפט בישראל עם המדיניות לו הייתה נהוגה בארץ

בפרק זה נבחן מציאות תיאורטית, בה הממשל בישראל מחליט לאחר ביטול האיסור האוסר על הומואים להתגייס לצבא, לייבא את "המדיניות" בארה"ב וכיצד בית המשפט העליון הישראלי מתמודד עם עתירה מסוג זה לאור חוקי היסוד ולאור מגמת הפסיקה בשנים האחרונות.

ביסוד עתירה מסוג זה, ניצבת השאלה האם מדיניות כזאת שתינקט ע"י צה"ל, שלא לגייס חיילים המצהירים על זהותם המינית, דינה להיפסל מחמת היותה נגועה בהפליה פסולה על רקע נטייתם המינית של המיועדים לשירות בטחון או החיילים. טענת העותרים במקרה זה, תהיה כי דחיית מועמדותם לשירות או סילוקם מהצבא על רקע נטייה מינית, מפלה אותם ביחס לחיילים הטרוסקסואלים. עקרון השוויון, הוא הצד השני של מטבע ההפליה והמשפט בכל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו. כלומר, לצורך המטרה הנדונה יש להתייחס ביחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש שהם רלוונטיים לאותה מטרה. רק במקרה שההבדל הוא רלוונטי למטרה הנדונה, אז אולי, תהיה ההבחנה מותרת. כל זאת בלבד, שההבדלים מצדיקים זאת.<sup>17</sup> הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד ואין מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את האחד על פני האחר, חייבת להיות ישירה וקונקרטית. עצם קיומו של שוני בין בני אדם אינו מצדיק הבחנה ביניהם.<sup>18</sup> במקרה שלנו, יצטרך לשאול את עצמו בית המשפט האם ישנן תכונות מיוחדות אצל הטרוסקסואלים שאין אצל הומוסקסואלים ולכן האחרונים אינם כשירים לשירות צבאי? ניתן לראות מקור היסטורי המספר לנו על קבוצת לוחמים בשם "החבורה המקודשת של תבאי"<sup>19</sup>. קבוצת לוחמים זו, הייתה מורכבת מ-150 זוגות הומוסקסואלים לוחמים והייתה קבוצת לחימה מן האליטה בצבא תבאי במאה הרביעית לפני הספירה. מסופר כי בזכות לחימתה האמיצה, תבאי עלתה לגדולתה. מקור כוחה היה הרכבה המיוחד, שכן הרכב זה הגדיל את הנכונות של הגברים הלוחמים למות למען אהוביהם ולא להביך עצמך מולם בשדה הקרב. אפלטון חידד את סיבת הצלחתה של החבורה וטען כי אהוב לא ייטוש או יאכזב את חברו בעת צרה. הוא אף טען כי אם נבנה מדינה או צבא המורכב מאוהבים ונאהבים, נקבל את השלטון הטוב ביותר. מקור זה מוכיח כי בעבר כן שירתו חיילים הומוסקסואלים ואף בהצלחה. אך נחזור לענינו. הנשיא ברק בספרו אומר כי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התעלה מעמדו הנורמטיבי של עקרון השוויון.<sup>20</sup> כמו כן, נאמר על עקרון השוויון "כי הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו"<sup>21</sup>. בדיונים שהיו על המדיניות בארה"ב עלו גם טענות וטעמים לוגיסטיים ותקציביים. כספים אלו יוכלו לשמש את הצבא למען בטחון המדינה ולכן יש לתת לצבא להחליט מה לעשות עם כספים אלו. טענות דומות ראינו גם בפסיקה הישראלית בפרשת מילר. השופט מצא אמר בפרשה זו כי משקלם היחסי של שיקולים אלה, בגיבוש החלטות שלטוניות, נמדד ונקבע תוך איזון בינם לבין שיקולים נוספים. כאשר אנו מדברים על עתירה למימוש זכויות יסוד, משקלם של שיקולים אלה לא יכול להיות גדול. כפי שגם השופט ברק ציין בספרו: הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית.<sup>22</sup> ראש הכוחות המזוינים בארה"ב טען כי שילובם של הומוסקסואלים בצבא ארה"ב יעלה כסף רב

<sup>17</sup> ד"נ 10/69 בורונבסקי נ' רבנים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כה(1) 35,7 (1971).

<sup>18</sup> בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 100,94 (1995) (להלן- "פס"ד מילר").

<sup>19</sup> אמיר אור "על ההומוסקסואליות ביוון העתיקה, מגנימדס ועד אפלטון: היבטים סוציאליים ופסיכולוגיים באתוס הפדראסטי היווני", זמנים עמוד 42 (1992).

<sup>20</sup> אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ב - פרשנות חוקתית, עמודים 435-436 (נבו, תשנ"ג).

<sup>21</sup> בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693, 698 (1969).

<sup>22</sup> אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ג - פרשנות חוקתית, עמוד 528 (נבו, תשנ"ג).

מכיוון שבין השאר ידרשו לבנות מגורים נפרדים לאותם חיילים ומכאן טענת העלות. כך, קבע גם השופט טל ואמר כי אילו עמד לרשות צה"ל תקציב בלתי מוגבל, ניתן היה לקבוע שיש לשלם את המחיר בעבור ערך השוויון. אך מכיוון שהמציאות היא שתקציב הביטחון הוא סופי ומוגבל, במסגרת התקציב על הוצאה אדירה למען ערך השוויון בהכרח באה על חשבון צרכים חיוניים אחרים של בטחון. בטחון החיים הוא גם ערך מערכי היסוד ובתור שכזה בכוחו לגבור על ערך השוויון.<sup>23</sup> ייצא מדבריו של השופט טל שמכיוון שתקציב הביטחון של צה"ל הוא מוגבל, תתאפשר פגיעה בערך השוויון ועל כן המדיניות המפלה חיילים חד מיניים תוכל להתקיים. הלכה פסוקה היא שבית המשפט לא שם את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת. דבר זה נכון עוד יותר כאשר מדובר בפיקוחו של בית המשפט על החלטות מקצועיות-תכנוניות של שלטונות הצבא.<sup>24</sup> למרות האמור, השופט מצא בפרשת מילר<sup>25</sup> קבע כי במקום בו ישנה מדיניות המפרה זכות יסוד, עולה לה עילה ראויה להתערבות בית המשפט. לכן, פגיעה בשוויון, מחמת הפליה על רקע העדפה מינית, לפי דבריו של השופט מצא, תהיה מקרה המצדיק והמחייב התערבות שיפוטית. עוד הרחיב ואמר כי מבחנו האמיתי של שוויון הוא בהגשמתו, הלכה למעשה, כנורמה חברתית תוצאתית. חיוב נורמטיבי זה, חל גם על צה"ל. במיוחד בגלל שלצה"ל ישנה השפעה גדולה על אורחות חייו, צה"ל לא יכול להישאר מחוץ לתמונה. השופט קדמי לעומת זאת, טען באותו מקרה כי מקובלת עליו חזקה, כי מקבלי ההחלטות מקיימים את כל הבדיקות המתחייבות ושוקלים את השיקולים הרלוונטיים, תוך גילוי מלוא האחריות המתחייבת מתפקידם ומן הסמכויות שהוענקו להם. לכן, יוצא מדבריו אלה של השופט קדמי, שהוא לא היה בודק את אותה החלטה של הצבא אלא אם כן היה משוכנע כי מדובר בחוסר סבירות קיצוני, בשירות או בחוסר תום לב<sup>26</sup>. השופט קדמי דיבר על מצב בו שולבו בנות בשירות הצבאי אך נחסם דרכן לתפקידים מסוימים. האם ניתן להבחין מקרה זה מהמקרה בו אנו דנים? לעניות דעתי, במקרה זה יתקשה גם השופט קדמי להגיד שמקובלת עליו החזקה שמקבלי ההחלטות עשו את כל הבדיקות. במקרה שלנו, חיילים הומוסקסואלים מודרים באופן מוחלט משירות צבאי ולא מתפקידים ספציפיים שאולי היינו אומרים שמסיבות אלו או אחרות לא יכולים לשרת בהם. השופט שטרסברג כהן מסווגת את ההפליה לשני סוגים: שונות רלוונטית שאינה יוצרת הפליה ושונות בלתי רלוונטית היוצרת כזו.<sup>27</sup> אומרת השופטת שטרסברג-כהן כי הבחנה שרירותית על רקע שונות בשל גזע, דת ומין וכיוצא בזה, הינה הפליה פסולה. מתי הבחנה תהיה מותרת? כאשר לתפקיד מסוים דרוש אדם בעל כישורים מסוימים או השכלה אקדמית אז לא תהיה זו הפליה אם לא יקבלו אנשים נטולי השכלה אקדמית או בעלי הכישורים הנדרשים. מה יהיה הדין כאשר הכישורים שווים אלא קיימת שונות אך השונות היא אומנם רלוונטית אך ניתנת וראויה לנטרול כדי להשיג שוויון? לעיתים נדרוש השקעת משאבים על מנת לנטרל את אותה שונות ולתקנה כדי להשיג שוויון הזדמנויות. כך יהיה הדין למשל, כאשר אדם בכיסא גלגלים ירצה לעבוד במוסד ציבורי אך המוסד יהיה ללא גישה לבעלי צרכים מיוחדים. על אותו מוסד יהיה לנטרל את השונות באמצעות התקנת מעלית או כל אמצעי אחר, כך שאותו נכה יוכל להגיע לאותו משרד<sup>28</sup>. גם המחוקק עצמו מצא לנכון לתקן את אותה שונות על ממת להשיג שוויון. המחוקק גילה ערנות לצורך במניעת הפליה כתוצאה משונות בין בני אדם, אלא שנתונים חיצוניים יוצרים הבחנה ביניהם ומביאים להעדפת קבוצה אחת על פני רעותה או אדם אחד על

<sup>23</sup> פס"ד מילר, לעיל ה"ש 18, ע"מ 127.

<sup>24</sup> בג"צ 734/83 שיין נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3), 399,393 (1984).

<sup>25</sup> פס"ד מילר, לעיל ה"ש 18, ע"מ 116.

<sup>26</sup> שם, ע"מ 117.

<sup>27</sup> בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 776,749 (1994) (להלן- פס"ד אל על).

<sup>28</sup> פס"ד מילר, לעיל ה"ש 18, ע"מ 120.

פני אחר, בשל הבדלים בעלי השלכות כלכליות, תקציביות ומבחינת היערכות. כך ניתן למצוא את: חוק שוויון הזדמנויות בעובדה<sup>29</sup>, חוק זכויות החולה<sup>30</sup> וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים<sup>31</sup>. בהקשר של התנגשות בין שלום הציבור וחופש הביטוי ברק אומר בספרו<sup>32</sup> כי נוסחת האיזון בין התנגשות בין שלום הציבור לבין חופש הביטוי היא שתיים: האחת, מידת הפגיעה הצפויה בשלום הציבור שיש בה כדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי. השנייה, מידת ההסתברות כי פגיעה בשלום הציבור תתרחש אם חופש הביטוי לא יוגבל. חופש הביטוי נסוג מפני שלום הציבור רק אם הפגיעה בשלום הציבור היא קשה, רצינית וחמורה, ורק אם קיימת ודאות קרובה כי מתן חופש הביטוי יביא לפגיעה זו. דברים אלה יפים לענייננו בשני מובנים. האחד, בעתירות דומות בארה"ב נטען כי מדיניות זו, פוגעת בחופש הדיבור של אותם חיילים הומוסקסואלים. המדיניות קובעת כאמור, כי לא משנה אם אתה מקיים יחסים חד מיניים או לא, אלא האם אתה עלול לקיים יחסים כאלו או לא. המדיניות בעצם אוסרת על אדם לדבר על נטייתו המינית מכיוון שדיבור זה, יוביל להוצאת החייל מהמסלול הצבאי. לכן, גם בעתירה שלנו, מעבר לפגיעה בשוויון ישנה פגיעה בחופש הביטוי. יוצא מכך, שלפי ברק, רק במקרים בהם הפגיעה בשלום הציבור היא כה חמורה, יגבר על חופש הביטוי. שנית, ניתן להשוות לענייננו את הערך הגבוה – צרכי הצבא והביטחון מול הערך הנמוך יותר – השוויון. רק אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית ולנזק ממשי לביטחון המדינה נאפשר פגיעה בערך השוויון. כאשר השלטון רוצה לשלול או לצמצם כדין זכות יסוד של אדם עליו לבחור מבין שלל האמצעים שניתן לנקוט בהם כדי לשמור על בטחון הציבור, באותו אמצעי מגביל הפוגע במידה הפחותה בזכות היסוד<sup>33</sup>. האם הוצאת כל החיילים ההומוסקסואלים מהצבא או אי קבלתם לצבא כלל היא האמצעי המגביל הפוגע במידה הפחותה? נראה כי לאותה תוצאה נגיע גם לפי כלל המידתיות. לפי עקרון זה, כאשר נפגעת זכות יסוד יש לדרוש שהפגיעה תהיה במידה הראויה שאינה עולה על הנדרש. דרישה זו משקפת את היחס הראוי בין האמצעי לבין המטרה<sup>34</sup>. אומנם ערך השוויון אינו מופיע בחוק יסוד כבוד האדם<sup>35</sup> אומרת השופטת דורנר כי לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על אדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך לפרש את חוק הזכות לכבוד מבלי לומר שהשפלתו של אדם לא תחשב לפוגעת בזכותו. ביסודה של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, אומרת השופטת דורנר, עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא בזה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה נמנה היא נחותה<sup>36</sup>. כפי שראינו לעיל, בארצות-הברית, בהיעדר הוראה בחוקה בעניין זה, אמות המידה לבחינת חוקתיות הפגיעה בזכויות האדם התגבשו בפסיקה. אמות מידה אלה אינן מבחינות בצורה חדה בין תכלית הנורמה הפוגעת בזכות יסוד לבין מידתיות הפגיעה. הפסיקה האמריקנית פיתחה דוקטרינה של רמות בדיקה (levels of scrutiny) המבוססת על בחינת חשיבותם של הערכים החברתיים העומדים ביסודה של הזכות. רמת הבדיקה הקלה ביותר מבחינת המגבלות שהיא מטילה על הרשויות חלה על פעולות (לרבות חוקים) הפוגעות בזכויות כלכליות. רמת הבדיקה של פעולות כאלה היא מינימאלית

<sup>29</sup> חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח – 1988.

<sup>30</sup> חוק זכויות החולה, התשנ"ו – 1996.

<sup>31</sup> חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א – 2000.

<sup>32</sup> אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ב - פרשנות חוקתית עמוד 693 (נבו, תשנ"ג).

<sup>33</sup> בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2)412,393(1984).

<sup>34</sup> בג"צ 987/84 יורונט קווי זהב(1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5), 422,412(1994).

<sup>35</sup> חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>36</sup> פס"ד מילר, לעיל ה"ש 18, ע"מ 132.



(minimal scrutiny). על פיה, הפגיעה בזכות תימצא מוצדקת אם הפגיעה דרושה באופן סביר להגשמת אינטרס לגיטימי של המדינה. רמת הבדיקה המחמירה ביותר חלה על פעולות הפוגעות בזכויות יסוד בעלות מעמד בכורה (fundamental rights), כגון חופש הביטוי, חופש התנועה והזכות לבחור. אמת מידה זו חלה אף לעניין בחינת חוקיותן של פעולות המבוססות על סיווג החשוד כמפלה (suspect classification). בבדיקת החוקתיות של פעולות כאלה נדרשת בדיקה קפדנית (strict scrutiny), המטילה על הרשות נטל שכנוע – מהותי וראייתי-כבד להצדקת הפגיעה בזכות. רק אינטרס ציבורי חיוני, שלא ניתן להשיגו באמצעים מפלים פחות, עשוי להצדיק פגיעה כזו.<sup>37</sup> הפליה על בסיס נטייה מינית היא הפליה המבוססת על שיוך קבוצתי "חשוד" ולכן על ביהמ"ש להפעיל את מבחן "המיון החשוד" ולבחון את הנורמה בצורה קפדנית.<sup>38</sup>

במשפט הישראלי, **היסוד הראשון**, המשקף את עקרון החוקיות, אומרת השופטת דורנר, קובע כי הפגיעה חייבת להיות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת. חקיקה הפוגעת בזכות יסוד של אדם, יש לפרש באופן מצמצם.<sup>39</sup> סמכות להפלות חיילים הומוסקסואלים תהיה חייבת להיות במפורשת בחוק, ואין דיי בהוראה כללית המעניקה לרשות שיקול דעת. שכן, ההנחה היא, כי על הרשות להפעיל את סמכויותיה תוך כיבוד זכויות היסוד של האדם- ובתוכם האיסור על הפליה בגין נטייה מינית לרעה – אלא אם כן ניתנה לא סמכות מפורשת שלא לעשות כן. **היסוד השני** דורש כי הפגיעה תהלוּם את ערכיה של מדינת ישראל. ניתן להניח כי הכוונה לערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>40</sup> לכן, ייתכן ויהיו שיטענו כי הדרת רגלם של חיילים הומוסקסואלים משירות צבאי תואמת את צביונה היהודי של המדינה מכיוון שהתורה אוסרת על משכב זכר. לדעתי, לטענה שכזאת אין מקום להישמע וזאת מכיוון שהתורה אוסרת גם על חילול שבת. לכן, בקשה לפגוע דווקא בחיילים הומוסקסואלים ולא בכלל החיילים העוברים על איסורי תורה, תהיה נגועה בהומופוביה קשה – אך אין זה דיוננו. **היסוד השלישי** בפסקת ההגבלה דורש כי הפגיעה בזכות תהיה לתכלית ראויה. מהי אותה תכלית ראויה? כאשר אנו מדברים על תכלית ראויה של חוק אנו בוחנים האם תכליתו משרתת מטרה ציבורית שלשם הגשתה עשויה להיות הצדקה לפגיעה בזכות יסוד. לעניין של החלטה מנהלית יש לבחון, האם תכליתה היא במסגרת התכליות הכלליות והפרטיקולאריות של החוק המסמיך.<sup>41</sup> על פי מבחן זה, לא תעשה הבחנה בין חייל הטרנסקסואלי לחייל הומוסקסואלי, אם הנטייה המינית אינה רלוונטית להגשמתה של תכלית החוק. לעומת זאת, אם הנטייה המינית היא רלוונטית להגשמתה של תכלית החוק, לא תהיה הבחנה זו, משום הפליה.<sup>42</sup> אומר הנשיא ברק כי ניתן להצדיק פגיעה בשוויון מטעמים של תכלית ראויה, אך טעמים אלו צריכים להיות כבדי משקל ורלוונטיים לעניין.<sup>43</sup> לכן, לעניין העתירה שלנו, יטענו כי התכלית היא הגנת המדינה ואותה פגיעה בשוויון נועדה לצורך הפניית המשאבים לתועלת הצבא. על כן, יטענו כי פגיעה בשוויון במקרה זה, תהיה מוצדקת. **היסוד הרביעי** הוא הדרישה כי מידת הפגיעה בזכות לא תעלה על הנדרש. עקרון זה מתבטא בהתאמת האמצעי למטרה, בנקיטת אמצעי של פגיעה בזכות יסוד רק כמוצא אחרון ובהיעדר אמצעי סביר אחר, ובנקיטת אמצעי של פגיעה בזכות יסוד רק מקום שבו מידת חשיבותה של מטרת הפגיעה וחומרת הנזק שייגרם אם התכלית לא תוגשם מצדיקות זאת. בהקשר זה ניתן לטעון, כי מכיוון והטענה של תומכי המדיניות

<sup>37</sup> Korematsu v. U.S, 323 U.S. 214 (1944)

<sup>38</sup> ע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים** (לא פורסם, 14.09.2010) (להלן- פס"ד הבית הפתוח).

<sup>39</sup> ע"א 732/74 **הוצאת עיתון הארץ בע"מ נגד חברת החשמל לישראל**, פ"ד לא(2) 281,295 (1977).

<sup>40</sup> אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך ג - פרשנות חוקתית עמוד 157 (נבו, תשנ"ג).

<sup>41</sup> פס"ד מילר, לעיל ה"ש 18, ע"מ 140.

<sup>42</sup> פס"ד אל על, לעיל ה"ש 27, ע"מ 782-783.

<sup>43</sup> שם, ע"מ 764.

בארה"ב הייתה העלות היקרה של שיכון החיילים החד מיניים במגורים משלהם, לא ניתן יהיה לעשות הבחנה שכזאת בין החיילים שאינם משרתים בבסיסים סגורים. על כן, גם אם מדיניות זו תקבל את אישור בג"צ אין היא תוכל לעמוד בעניין שירותם של המשרתים בבסיסים פתוחים. הזכות לכבוד – שבה מעוגן האיסור על הפליה לרעה על רקע נטייה מינית היא מן החשובות שבזכויות היסוד של האדם. בבסיסה של הזכות עומדים אף אינטרסים חברתיים חשובים<sup>44</sup>. נראה כי עיקר הדיון יהיה אודות יסוד זה. גם אם נגיד שהמדינה רשאית להפלות בין חיילים, האם יכולה להפלות בצורה מוחלטת? קרי, אם המדינה אומרת שלא מגייסת חיילים חד מיניים לצבא מכיוון שישנה עלות גבוהה לשכן אותם בנפרד, האם זה יהיה תקף גם ליחידות לא קרביות? לסיכום, בנושא טעון מסוג זה, לא ניתן לדעת מה יפסוק בג"צ ואין לכך תשובה חד משמעית אלא הדבר תלוי בהרכב בית המשפט וברוח הציבורית בנושא. מעבר לכך, גם אם נטען כי חלה על הדין שמירת דינים מכוח החוק הצבאי, פס"ד צמח<sup>45</sup> מטיל חובה על הרשות לחוקק או לקבוע נורמות בהתאם לחוק היסוד.

---

<sup>44</sup> בג"צ 104/87 נעמי נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 760,749 (1990).

<sup>45</sup> בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נו 981, 990 (1997).

## חלק רביעי- סיכום

המשפט בישראל בעניינה של הקהילה הגאה וחבריה משקף את השינויים והתמורות שחלו במרוצת השנים בחברה הישראלית. קיימת הסכמה רחבה כי אין להצר צעדיהם של חברי הקהילה הגאה או להפלותם לרעה. עמדה זו באה לידי ביטוי הן בפסיקה והן בחקיקה האוסרת על הפלייה על בסיס נטייה מינית. בשנת 1988 תיקנה הכנסת את חוק העונשין וביטלה את האיסור הפלילי על יחסי מין בין גברים<sup>46</sup>. בשנת 1977 בג"צ פסק כנגד החלטת שר החינוך למנוע שידור תכנית שהוקדשה לבני נוער המשתייכים לקהילה הגאה<sup>47</sup>. בשנת 1998 חוקקה הכנסת את החוק למניעת הטרדה מינית, המגדיר "הטרדה מינית", בין היתר, כ"התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית"<sup>48</sup>. בשנת 2000 בג"צ פסק בעניין ברנר-קדיש וקבע כי על משרד הפנים לרשום אישה לסביבת שאימצה בארה"ב את בנה של שותפתה לחיים, כאימו השנייה ולהוסיף את שמו בתעודת הזהות שלה<sup>49</sup>. באותה שנה, פסל ביהמ"ש את החלטת ביה"ד הרבני הגדול לאסור על אישה גרושה להפגיש את בנותיה עם שותפתה לחיים<sup>50</sup>. בשנת 2002 תיקנה הכנסת את חוק חובת המכרזים והוסיפה איסור על הפליה מחמת נטייה מינית במסגרת מכרז<sup>51</sup>. בשנת 2005 פס"ד בעניין ירוס- חקק קבע, בדעת רוב, כי זוגיות חד מינית לא שוללת כשירות מבן זוג לאמץ את ילדי בן זוגו<sup>52</sup>. בשנת 2006 ניתן פס"ד בעניין בן ארי אשר הורה לפקיד הרישום במרשם האוכלוסין לרשום זוג חד מיני שערך מחוץ לישראל טקס נישואין אזרחי המוכר באותה מדינה כזוג נשוי<sup>53</sup>.

לא למותר לציין כי היחס לחברי הקהילה הגאה הוא אחד המדדים להיותה של מדינת ישראל מדינה ליברלית-דמוקרטית. על רקע הוראות הדין שנקבעו ע"י המחוקק הישראלי ועל רקע הפסיקה שעסקה בעניינם של חברי הקהילה הגאה, קבע השופט עמית כי כבר אין מדובר ב"איים" של זכויות, אלא בתפיסה חוקתית כוללת של הזכות שלא להיות מופלה מחמת נטייה מינית<sup>54</sup>.

לסיכומו של עניין, נראה כי מדיניות זו לא הייתה שורדת את מבחני בג"צ וזאת לאור מגמת הפסיקה. יתר על כן, לאור מגמת החקיקה בארץ, לא יהיה זה מוגזם להגיד שחקיקה או מדיניות שכזאת לא הייתה מתקבלת.

<sup>46</sup> חוק העונשין (תיקון מספר 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62.

<sup>47</sup> בבג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים לסביות וביסקסואלים בישראל נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822 (1997).

<sup>48</sup> סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 1661.

<sup>49</sup> בבג"ץ 1779/99 ניקול ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000).

<sup>50</sup> בבג"ץ 293/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(3) 318 (2000).

<sup>51</sup> חוק חובת המכרזים (תיקון מס' 12), התשס"ב-2002, ס"ח 1824.

<sup>52</sup> ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005).

<sup>53</sup> בבג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (לא פורסם, 21.11.2006).

<sup>54</sup> פס"ד הבית הפתוח, לעיל ה"ש 38.

## ביבליוגרפיה

### חקיקה ישראלית

- חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח – 1988.
- חוק זכויות החולה, התשנ"ו – 1996.
- חוק איסור הפלייה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.
- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- חוק העונשין (תיקון מספר 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62.
- סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 1661.
- חוק חובת המכרזים (תיקון מס' 12), התשס"ב-2002, ס"ח 1824.
- ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005).

### פסיקה ישראלית

- ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' רבנים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כה(1) 35,7 (1971).
- בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 100,94 (1995).
- בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693 (1969).
- בג"צ 734/83 שיין נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 399 (1984).
- בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).
- בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984).
- בג"צ 987/84 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994).
- עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (לא פורסם, 14.09.2010).
- ע"א 732/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נגד חברת החשמל לישראל, פ"ד לא(2) 295 (1977).
- בג"צ 104/87 נעמי נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990).
- בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נו 981 (1997).
- בבג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים לסביות וביסקסואלים בישראל נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822 (1997).
- בבג"ץ 1779/99 ניקול ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000).
- בג"ץ 293/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(3) 318 (2000).
- בבג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (לא פורסם, 21.11.2006).

### מאמרים וספרות ישראלית

- אמיר אור "על ההומוסקסואליות ביוון העתיקה, מגנימס ועד אפלטון: היבטים סוציאליים ופסיכולוגיים באתוס הפדראסטי היווני", זמנים עמוד 42 (1992).

- אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ב - פרשנות חוקתית עמודים 435-436 (נבו, תשנ"ג).
- אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ג - פרשנות חוקתית עמוד 528 (נבו, תשנ"ג).

#### חקיקה זרה

- U.S. CONST. amends I, V, XIV
- The applicable state law is Tex. Penal Code Ann. § 21.06(a) (2003)

#### פסיקה זרה

- Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)
- Holmes v. California National Guard, 124 F.3d 1126 (1998)
- Gates v. Cook, 376 F.3d 323 (5th Cir. 2004)
- Korematsu v. U.S., 323 U.S. 214 (1944)

#### מאמרים וספרות זרים

- Thomas Hackett, *The Execution Of Private Barry Winchell: The Real Story Behind The "Don't Ask Don't Tell" Murder*. Rolling Stone (2 March 2000), available at
- Conduct Unbecoming: THE NINTE ANNUAL REPORT ON "Don't Ask, Don't Tell Don't Pursue, Don't Harass"
- Steven J. Fugelsang, *Reconciling Lawrence v. Texas With "Don't Ask, Don't Tell": The Value of the Cook v. Gates Intermediate-Deferential Approach*, 20 Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 237 (2010)
- Gustavo Oliveira, *Cook v. Gates and Witt v. Department of the Air Force: Judicial Deference and the Future of Don't Ask Don't Tell*, 64 U. Miami L. Rev. 397 (2009)