

הצעת חוק זכויות למשרתים בשירות צבאי או לאומי, התשס"ט-2009 – האם עולה בקנה

אחד עם העקרונות החוקתיים?

בשנת 2009 הועלו מספר הצעות חוק שמטרתן להילחם בתופעת "ההשתמטות" ולעודד תרומה למדינה בשירות צבאי או לאומי.¹ רשימה זו תתמקד באחת מהצעות החוק שהוגשו, והיא הצעת החוק הפרטית של חברי הכנסת דוד רותם ורוברט אילטוב,² המנסה לקדם את המטרות לעיל על ידי מתן הטבות וזכויות אזרחיות למשרתים בשירות צבאי או לאומי.³ תחילה אציג את הרקע הנוגע לשימוש בקריטריון של שירות (צבאי או לאומי) כשיקול רלוונטי למתן זכויות או הטבות, לאחר מכן אתייחס לחדשנותה של הצעת החוק לעיל, ואעמוד על הקשיים החוקתיים שהיא טומנת בחובה.

החוק לקליטת חיילים משוחררים איננו מהווה "הסדר שלילי", וניתן לקבוע הטבות נוספות ליוצאי צבא במסגרתם של חוקים אחרים. כך אף נקבע במפורש בתיקון לחוק קליטת חיילים משוחררים בשנת 2008,⁴ וכך גם נקבע בפסיקה עובר לתיקון זה.⁵ עוד נקבע בפסיקה כי מדיניות הבאה להיטיב כלכלית עם המשרתים בצבא ובשירות לאומי איננה מהווה תמיד מדיניות מפלה, אלא היא יכולה להיחשב להבחנה מותרת, והשאלה האם השימוש בקריטריון של שירות צבאי או לאומי הוא מפלה תיבחן לפי ההקשר ותכלית ההסדר הספציפי שבו מדובר.⁶

זאת ועוד, כדי למנוע שימוש בקריטריון השירות הצבאי או הלאומי במטרה להפלות באופן סמוי בין יהודים לבין ערבים, נפסק כי יש להבטיח שהשימוש בו כשיקול למתן ההטבה הוא מוצדק בנסיבות העניין ותואם את תכליתו של החוק.⁷

¹ ראו למשל: הצעת חוק השירות האזרחי, התשס"ט-2009, ה"ח 113; הצעת חוק איסור מימון מופעי תרבות וספורט בהשתתפות משתמטים, התשס"ט-2009, ה"ח 1214; הצעת חוק מתן הטבות לחיילי מילואים, התשס"ט-2009; הצעת חוק הנחה מארנונה לסטודנטים אשר שרתו בצבא הגנה לישראל או בשירות לאומי, התשס"ט-2009, ה"ח 1532.

² הצעת חוק זכויות למשרתים בשירות צבאי או לאומי, התשס"ט-2009, ה"ח 1566 (להלן: הצעת החוק).
³ יצוין כי הצעת החוק הונחה לראשונה על השולחן הכנסת ב-1.4.2009 - הצעת חוק זכויות למשרתים בשירות צבאי או לאומי, התשס"ט-2009, ה"ח 1 (להלן: הצעת החוק הראשונית), והעניקה זכויות והטבות משמעותיות יותר מאשר במתכונתה המעודכנת (והנוכחית) של החוק כפי שהוגשה ב-27.7.2009; אתייחס להבדל בין שני נוסחי הצעות אלו בהמשך הרשימה.

⁴ סעיף 19ג לחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994, שהוסף בחוק קליטת חיילים משוחררים (תיקון מס' 7), התשס"ח-2008, ח"כ 2159.

⁵ בג"ץ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מו(1) 53, פסקה 5 לפסק דינו של השופט מלץ (1991); ראו גם בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון, פסקה 5 לפסק דינו של השופט ברק (פורסם בנבו, 13.12.2006).

⁶ שם, פסקה 9 לפסק דינו של השופט ברק.

⁷ שם, פסקאות 6 ו-10 לפסק דינו של השופט ברק.

בפרשת **נעאמנה**,⁸ נידונה השאלה האם מוסד להשכלה גבוהה רשאי לכלול קריטריון הנוגע לשירות צבאי או לאומי במסגרת הקריטריונים הקובעים את הזכאות למעונות לסטודנטים. שופט בית המשפט המחוזי, רון סוקול, הכיר במצבו הכלכלי של המועמד כשיקול רלוונטי בקביעת זכאות למעונות, אך קבע כי יש לפסול את השימוש בקריטריון הצבאי לעניין זה, מכיוון שהעובדה שמועמד שרת בצבא לא בהכרח מלמדת על מצבו הכלכלי. כלומר, לא ניתן להניח תמיד כי מצבו הכלכלי של מי ששרת בהכרח נחות ביחס למצבו של מי שלא שרת, אלא יש לבחון באופן אינדיבידואלי את מצבו הכלכלי של כל פונה ופונה.⁹

ומנגד, בעניין אחר, בפרשת **בשורה**, הוגשה עתירה לבג"ץ כנגד התחשבות בקריטריון השירות הצבאי או הלאומי במסגרת קביעת כללי הזכאות להלוואות למחוסרי דיור. העותרים טענו כי קריטריון זה מפלה בתוצאתו את אזרחי ישראל הערבים שאינם משרתים בצבא, היינו רובם המוחלט של האזרחים הערבים,¹⁰ בכך שייאלצו להסתפק בהלוואה בסכום נמוך יותר משאר הזכאים. במקרה זה דחה בית המשפט את העתירה,¹¹ וקבע כי קיים קשר ענייני בין תכליתו הסוציאלית של חוק הלוואות לדיור לבין השיקול של השירות הצבאי או הלאומי: במסגרת גובה ההטבה הכלכלית למחוסרי דיור נלקחים בחשבון קריטריונים שונים הקשורים למצבו הכלכלי של המבקש, כגון מצבו המשפחתי, וכך גם קריטריון השירות הוא רלוונטי, מכיוון שהמשרתים לא יכולים לעבוד לפרנסתם במהלך שירותם.¹²

בהתבסס, בין השאר, על פסק דין זה, הורה שופט בית המשפט העליון, אשר גרוניס, לעכב את ביצועו של פסק הדין בעניין **נעאמנה**.¹³ בסופו של דבר, לא חלה התפתחות פסיקתית בפרשה זו ובחלוף שנה נקבע בתיקון לחוק קליטת חיילים משוחררים¹⁴ כי מוסדות להשכלה גבוהה יהיו רשאים להתחשב בשירות הצבאי בקביעת הזכאות לדיור במעונות או להטבות כלכליות אחרות.¹⁵

⁸ ה"פ (מחוזי חי') 217/05 **נעאמנה נ' אוניברסיטת חיפה** (פורסם בנבו, 17.8.2006) (להלן: עניין **נעאמנה**).

⁹ שם, פסקה 31 לפסק דינו של השופט סוקול.

¹⁰ המדיניות היא שחלק מקהילות בני המיעוט הערבי (מוסלמים, נוצרים ובדווים) לא נקראים כלל לשירות סדיר, מטעמים ביטחוניים, הומניטריים ואידאולוגיים. לסקירת ההתפתחויות של מדיניות זו ראו: ליאב אורגד "המיעוט הערבי בישראל וחובת שירות ביטחון" **המשפט** יא 381 (2007).

¹¹ עניין **בשורה**, לעיל ה"ש 5, פסקה 9 לפסק דינו של השופט ברק.

¹² שם, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ברק; בעקבות פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף, אשר נדחתה על-ידי נשיאת בית המשפט העליון, השופטת דורית בייניש, בנימוק שאין בפסק הדין חידוש הלכתי עקרוני המצדיק דיון נוסף. ראו: דנג"ץ 1241/07 **בשורה נ' שר הבינוי והשיכון**, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת בייניש (פורסם בנבו, 25.4.2007) (להלן: דנג"ץ **בשורה**).

¹³ ע"א 8695/06 **אוניברסיטת חיפה נ' נעאמנה** (פורסם בנבו, 10.4.2007).

¹⁴ סעיף 19ב לחוק קליטת חיילים משוחררים, לעיל ה"ש 4.

¹⁵ ראו דברי ההסבר להצעת חוק זכויות למשרתים בשירות צבאי או לאומי, התשס"ט-2009, ה"ח 211, 216. ההפניה מדברי ההסבר עולה כי הרקע להצעה זו הן החלטות בתי-המשפט בפרשות **נעאמנה** ו**בשורה**.

יש לתת את הדעת לכך כי בשתי פרשות אלו, הערכאות השיפוטיות נתנו את החלטותיהן על סמך ההנחה כי השיקול שהנחה את מי שהשתמש בקריטריון השירות צבאי לצורך מתן ההטבה או הזכות הוא השיקול הכלכלי,¹⁶ ועל סמך הנחה זו בחן בית המשפט את חוקתיות השימוש בו.

יצוין כי השופט סוקול בפרשת **נעאמנה** השאיר בצריך עיון את השאלה האם ניתן להצדיק את השימוש בקריטריון צבאי כמבוסס על שיקול ערכי, קרי, עידוד תרומה מסוג זה למדינה ולציבור.¹⁷ זאת ועוד, אף על פי שבפרשת **בשארה** המדינה ביססה את מתן הטבה גם על מטרה סוציאלית-כלכלית וגם על מטרה ערכית,¹⁸ הרי שהשופט ברק, במסגרת החלטתו בפרשה, כלל לא התייחס בנימוקיו למטרה הערכית.

מכאן, ניכרת חדשנותה של הצעת חוק זכויות למשרתים בשירות צבאי או לאומי בכך **שהיא מבוססת על שיקול ערכי**. מצוין בה במפורש כי הענקת סל הזכויות השונות למשרתים היא במטרה להכיר בחשיבות השירות הצבאי והלאומי של אזרחי המדינה, וכן להכיר תודה למשרתים אשר תרמו למדינה מזמנם וממרחם בשירותם הצבאי או הלאומי.¹⁹ עוד יצוין כי בעבר פרופ' קרצ'מר הטיל ספק (אך מבלי לפתח דיון רחב), בטיעון המצדיק מתן קיצבת ילדים מוגדלת על בסיס שירות צבאי המבוסס על שאיפתה של המדינה להכיר תודה למי שמילא את "חובתו הפטריוטית".²⁰

נקודת המוצא של הדיון ברשימה זו היא כי מדובר בתכלית ראויה. בחינת השאלה האם תכליתו של חוק היא ראויה נעשית בשני מישורים - תוכן התכלית ומידת הצורך בהגשמתה.²¹ בדברי ההסבר להצעת החוק נטען כי עצם קיומה של מדינת ישראל מבוסס על האזרחים המשרתים בשירות צבאי או לאומי וכי ההטבות מוענקות "כדי למנוע השתמטות מקיום חובות וכדי להראות את הערכת המדינה לאזרחיה הנאמנים המשרתים אותה". לאור זאת, נדמה כי ניתן לומר שמבחינת תוכן התכלית, הצעת החוק נועדה לשרת מטרה חברתית כללית.²²

¹⁶ עניין **נעאמנה**, לעיל ה"ש 8, פסקה 26 לפסק דינו של השופט סוקול.

¹⁷ שם, פסקה 27 לפסק דינו של השופט סוקול.

¹⁸ עניין **בשארה**, לעיל ה"ש 5, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ברק.

¹⁹ סעיף 1 להצעת החוק, לעיל ה"ש 2.

²⁰ דוד קרצ'מר "שירות צבאי כקריטריון להטבות כלכליות" **זכויות האדם והאזרח בישראל** ג' 196, 198 (1992).

²¹ בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, פסקה 64 לפסק דינו של השופט ברק (1997).

²² ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, פסקה 91 לפסק דינו של השופט ברק (1995).

באשר למישור השני, יש לבחון האם הצורך בהגשמתה הוא חיוני לערכיהן של החברה והמדינה. בחינת מידת הצורך בהגשמתה תלויה במהותה של הזכות הנפגעת.²³ כאמור, כאן נראה כי החשש הוא לפגיעה בשוויון בין מי ששרת בצבא לבין מי שלא שרת.²⁴ השוויון הוא מערכי היסוד של המדינה,²⁵ ולכן ייתכן שיידרש להראות כי הפגיעה בו נועדה לשם הגשמת מטרה חיונית או "צורך חברתי לוחץ".²⁶ נדמה כי ניתן לומר כי מטרה חיונית כזו עומדת ברקע להצעת החוק, בעיקר לאור העובדה כי בשנים האחרונות חלה עלייה חדה במספר הלא-מתגייסים.²⁷

מכל מקום, אין די בקיומה של תכלית ראויה העומדת בבסיסה של הצעת החוק כדי לצלוח את הבחינה החוקתית, אלא יש להגשימה באמצעים ראויים לאורם של שלושת מבחני המידתיות.²⁸

ניתן לומר כי מבחן המשנה הראשון הבוחן את הקשר הרציונלי בין המטרה לאמצעי מתקיים - מתן הטבות משמעותיות מן הסוג שקבוע בהצעת החוק יתרום במידה סבירה להשגת התכלית.²⁹ עם זאת, עולה ספק באשר לקיומו של מבחן המשנה השני, בחירת האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר מבין האמצעים שביכולתם להשיג את התכלית. ניתן לחשוב על אמצעים חלופיים שעשויים לתרום לקידום התכלית ללא פגיעה, או תוך פגיעה פחותה בשוויון.³⁰ אולם, ניכר כי מבחן המשנה השלישי הוא אשר מציב את המשוכה הגבוהה ביותר בפני הצעת החוק. לפי מבחן זה, יש לשמור על יחס ראוי בין התועלת שתצמח מהשגת התכלית הראויה לבין הנזק שייגרם מהפגיעה החוקתית בעקבות השגתה.³¹ כלומר, לפי

²³ עניין **חורב**, לעיל ה"ש 21, פסקה 64 לפסק דינו של השופט ברק.

²⁴ יצוין כי לפי סעיף 6 להצעת החוק, לעיל ה"ש 2, ייהנה מממן ההטבות גם מי ששוחרר משירות צבאי עקב מחלה לפני הגיוס או בגין מחלה שלקה בזמן השירות וכתוצאה ממנו ולא נתקבל לשירות צבאי כמתנדב או לשירות לאומי.

²⁵ בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, נ"ד(1) 258, פסקה 21 לפסק דינו של השופט ברק (2000).

²⁶ עניין **חורב**, לעיל ה"ש 21, פסקה 64 לפסק דינו של השופט ברק.

²⁷ לפי דברי ראש אגף כוח אדם בצה"ל, 25.8% מהגברים ו-44% מהנשים לא התגייסו לצה"ל בשנת 2008 וראו ראש אכ"א בצה"ל, האלוף אבי זמיר: מספר הלא-מתגייסים גדל, שירות החובה לא יקוצר **הארץ online** 1.3.2009, www.haaretz.com/hasite/spages/1067771.html.

²⁸ בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פסקה 57 לפסק דינו של השופט ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006). נראה כי בית המשפט נוטה להתמקד יותר במבחני המידתיות מאשר במבחן התכלית הראויה - ראו גם דליה דורנר "מידתיות" **ספר ברנזון** כרך שני 281, 282 (אהרון ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
²⁹ שם, בעמ' 289.

³⁰ למשל, על ידי תכניות חינוך מיוחדות בבתי הספר, ע"י הגדלת סכום המענק שניתן ליוצאי צבא או שירות לאומי וקבלתו של חוק הקובע כי חובת שירות לאומי במקרה של קלת פטור מן השירות הצבאי.

³¹ בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, פסקה 29 לפסק דינו של השופט ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006).

מבחן זה יש להקפיד שהיחס בין האמצעי למטרה יהיה מידתי.³² אף על פי שניתן לשער כי יש ביכולתו של חוק זה להצליח בקידום מטרותיו, עולה ספק האם היחס איננו חורג מן המידה הראויה נוכח אפשרותה של הפגיעה הקשה בזכות לשוויון על בסיס לאום

ראשית, נדמה כי הפגיעה הקשה הצפויה בזכות לשוויון נובעת מכך שהזכאות לקבלת הזכויות איננה מותנית בקיומו של פרק זמן מקסימלי אשר חלף בין סיום השירות הצבאי לבין מתן ההטבה. ואולם, אחת מאמות המידה לבחינת סבירותה ומידתיותה של ההטבה עשוי להיות קיומו של פרק זמן כזה,³³ שכן בחלוף הזמן ייתכן ויצטברו גורמים אחרים, שאינם קשורים לשירות הצבאי, אשר ישפיעו על מצבו הכלכלי של מבקש ההטבה. ולכן, לעניות דעתי, אף על פי שתכליתה של הצעת החוק איננה סוציאלית (כמו בחוק הלוואות לדיוור), עדיין יהיה קשה להיתלות בתכלית הערכית על מנת להצדיק הטבות ליוצאי שירות לאומי או צבאי ללא כל התחשבות בפרק הזמן שחלף מאז סיימו את שירותם. אם מגישי הצעת החוק סברו כי הצורך להכיר תודה למשרתים קיים במלוא עוצמתו ללא תלות בפרק הזמן שחלף מאז סיימו את שירותם, הרי שטמון בכך קושי משמעותי וחשש ל'מדרון חלקלק' של מתן הטבות מרובות מדי, ללא התחשבות מספקת בפגיעה אפשרית במי שאינם משרתים, וזאת חרף העובדה שבסופו של דבר, תקציבה של המדינה ומשאביה הם מוגבלים. אף אם כוונתם של מגישי הצעת החוק הייתה להביע את הערכת התודה דווקא בתקופה הסמוכה לסיום השירות, אזי נדמה כי יש לקבוע מהו משך אותה תקופה.

טיעון נוסף שבא לתמוך בהגבלה של התקופה לפיה ניתן יהיה לממש את ההטבות הוא הקונסיסטנטיות בחקיקה. כאמור, חוק קליטת חיילים משוחררים לא מונע את האפשרות להוסיף ולקבוע הטבות נוספות בחוקים אחרים לאלה ששרתו שירות צבאי או לאומי, אולם קשה לי להבין כיצד ייתכן שההטבות הקבועות בחוק חיילים משוחררים ניתנות למימוש באופן מוגבל לתקופה הסמוכה לאחר סיום השירות הסדיר,³⁴ בעוד שהצעת חוק זו, שבסופו של דבר נועדה אף היא להיטיב עם המשרתים, לא קובעת שום הגבלה בזמן. לדעתי, הצעת החוק איננה יכולה לעמוד לבדה, אלא היא מהווה חלק ממערך החקיקה הכולל שנוגע לזכויות והטבות ליוצאי שירות צבאי או לאומי, ועל כן, אף אם בבסיסה מונחת מטרה שונה, יש לשאוף כי היא תשתלב במערך זה תוך שמירה על הרמוניה חקיקתית.

³² בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פסקה 75 לפסק דינו של השופט ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006). (להלן: עניין עדאלה - איחוד המשפחות).

³³ דנג"ץ בשארה, לעיל ה"ש 12, פס' 6 לפסק דינה של השופטת בייניש.

³⁴ סעיף 19 לחוק קליטת חיילים משוחררים.

כעת אעבור לבחינתם של הסעיפים העיקריים בהצעת החוק המסדירים ומפרטים את הזכויות עצמן. סעיף 3 להצעת החוק קובע כי מי שסיימו שירות צבאי או לאומי לתקופה של שנתיים לפחות יהיו זכאים לפטור מתשלום שכר הלימוד עד גובה שכר לימוד שנתי של עד 8,800 ש"ח משכר לימוד של 3 שנות לימוד (הצעת החוק במתכונתה הראשונה קבעה כי ההנחה תהיה בגובה של 50% משכר הלימוד השנתי במוסד להשכלה גבוהה עבור כל שנת שירות). בפרשת **בשארה**, במסגרת בחינת הנורמה המנהלית, אחד מנימוקיו של בית המשפט העליון לאי-פסילת השימוש בקריטריון השירות הצבאי במסגרת כללי הזכאות להלוואות למחוסרי דיור, היה נעוץ בכך שההפרש בין ההטבה שניתנת למי ששרת בצבא לבין ההטבה שניתנת למי שלא שרת איננו בלתי סביר. כאן מדובר בחקיקה ראשית, ולכן, באופן דומה יש לבדוק האם הפגיעה היא מידתית. ניתן להטיל ספק בנוגע לגובה ההנחה בתשלום שכר לימוד שצוין לעיל, והאם הוא לא עולה כדי פגיעה בלתי מידתית במי שלא ייהנו מהטבה זו, ובמקרים מסוימים אפילו עד כדי הפחתה משמעותית בסיכוייהם להשתלב בלימודים במוסד להשכלה גבוהה נוכח המספר המוגבל של המתקבלים הקיימים מלכתחילה.

ניתן אף להטיל ספק בנוגע למידתיות ההצעה להקצות בכל מרכז למקרקעין לפחות 25% מכמות המגרשים רק למי ששרתו שירות צבאי או שירות לאומי,³⁵ לאור העובדה שמדובר במשאב שהוא מאוד מוגבל וכן בהתחשב בכך ששירות צבאי או לאומי יהיה הנתון היחיד שנלקח בחשבון ולא שיקול אחד ממכלול רחב של שיקולים.

יצוין כי מספר הטבות אשר ניתנו במתכונתה הראשונה של הצעת החוק אינן מופיעות עוד כלל במתכונתה הנוכחית, ולטעמי, הורדתן אכן הייתה הכרחית מבחינה חוקתית. כך למשל, נקבע כי לציון ממוצע הבגרות או ציון הפסיכומטרי (או שילוב שלהם) של מי ששרת בשירות צבאי או לאומי יוספו חמש נקודות בגין כל שנת שירות.³⁶ אולם, דומני כי קשה להבין כיצד המטרה הערכית הייתה יכולה להצדיק תוספת מסוג זה. הצלחה במבחני הבגרות ובפסיכומטרי נובעת ממידת השקעתו וכישוריו הלימודיים האישיים ובינה לבין הערכה למשרתים בצבא אין ולא כלום. בעוד שנדמה כי ניתן להביע את ההערכה למשרתים במתן הטבות כלכליות מסוימות בעיניים "הבוערים" ליוצאי צבא ושירות לאומי כגון השכלה גבוהה ודיור, הרי שתוספת **נקודות** (ולא בדרך של הטבות כלכליות) הניתנת באופן אוטומטי, מדגימה בעיניי את סכנת המדרון החלקלק של מתן הטבות אינסופי, במיוחד כאשר המדינה

³⁵ סעיף 4(ג) להצעת החוק, לעיל ה"ש 2.

³⁶ סעיף 3(ג) להצעת החוק הראשונית, לעיל ה"ש 2.

איננה צריכה לפתוח את ארנקה. אם אף נקבל את ההרחבה של מתן הזכויות באופן הזה, ספק האם הוספה של חמש נקודות, אשר מעלה את הציון באופן משמעותי, היא מידתית.

כך גם ניתן היה לתהות בנוגע למתן עדיפות בחלוקת מגורים במעונות לסטודנטים למי ששרתו בשירות צבאי או לאומי. אמנם נקבע במתכונת הראשונית של הצעת החוק כי מוסד להשכלה גבוהה רשאי ליתן משקל לקריטריון השירות הצבאי במסגרת קביעת כללי הזכאות לדיור במעונות,³⁷ אך ספק האם תוספת של 10% בניקוד הסופי בגין כל שנת שירות היא מידתית.³⁸

כמו-כן, סעיף שהופיע בהצעת החוק במתכונתה הראשונה נתן עדיפות בקבלה לעבודה למסיימי צבא או שירות לאומי במכרזים לצורך העסקה במשרדי הממשלה או בשירותה וקבע כי בכל מכרז שתוציא המדינה יוקצו חלק מן המשרות למשרתי שירות צבאי או לאומי.³⁹ ראשית, קשה ליישב סעיף זה עם ההלכה לפיה הדרישה לשירות צבאי או לאומי מהווה אפליה עקיפה אסורה מטעמי לאום ודת, כאשר דרישה זו איננה רלוונטית לסוג העבודה וזאת על-פי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.⁴⁰ יתרה מזאת, סעיף זה היה עלול לכרסם בתכליתו של דבר-חקיקה אחר אשר קובע כי יינתן ייצוג הולם בקרב העובדים בשירות המדינה לבני האוכלוסיות שמקבלות פטור משירות צבאי, כגון האוכלוסיה הערבית,⁴¹ ובכך היה עלול להביא לתוצאה מפלה תוך הפרת חובתה של המדינה לנהוג כלפי אזרחיה באופן שיוויוני בעת מתן זכויות.⁴² אף אם ניתן היה לטעון כי תכלית הצעת החוק להיאבק בתופעת ההשתמטות ולהכיר תודה למשרתים גוברת על התכלית בהגשמת השוויון לעניין זה, הרי שלא נקבעה כל מגבלה (למשל, קביעת כמות המשרות שיוקצו למשרתים מתוך סך כל המשרות), ולכן ספק האם סעיף זה היה עומד במבחני המידתיות.

קושי דומה עלה בנוגע להצעה ליתן עדיפות למי ששרת שירות צבאי או לאומי במכרז מינהל מקרקעי ישראל בהקצאת מקרקעין לצרכי בניה או רכישת יחידת מגורים, שהתבטא במתן תוספת של 10% בניקוד המזכה לקבלת המקרקעין בגין כל שנת שירות.⁴³ הצעה זו הייתה

³⁷ סעיף 19ב לחוק קליטת חיילים משוחררים.

³⁸ סעיף 3(ב) להצעת החוק הראשונית, לעיל ה"ש 2.

³⁹ סעיף 5 שם.

⁴⁰ ת"פ (עבודה ת"א) 1038/99 **מדינת ישראל נ' תפקיד פלוס בע"מ**, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת וירט-ליבנה (פורסם בנבו, 12.6.2003).

⁴¹ ס' 15א(א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התש"ט-1959.

⁴² יצוין כי די בהוכחת תוצאה מפלה ואין צורך להוכיח כוונה להפלות. ראו עניין **עדאלה** - איחוד המשפחות, לעיל ה"ש 32, פסקה 51 לפסק דינו של השופט ברק.
⁴³ ס' 4(ב) להצעת החוק, לעיל ה"ש 2.

עלולה להביא לתוצאה מפלה שתביא להפרת החובה החוקית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין.⁴⁴

לסיכום, ניתן לומר כי התכלית להיטיב עם התורמים למדינה בשירות צבאי או לאומי לצד המאבק בתופעת "ההשתמטות" מהווה תכלית ראויה. אולם, בד בבד יש לשמור על מהותה הדמוקרטית של המדינה ולהיזהר פן ישמש הרצון להשיג מטרה זו כלי בידי המחוקק לאפליה סמויה, וזאת בעיקר על-ידי שמירה על עיקרון המידתיות וקביעת פרק זמן סביר שבמהלכו ניתן לממש את ההטבות, אף אם הצעת החוק מצביעה על מטרה ערכית העומדת בבסיסה. דומני כי הצעת החוק במתכונתה הנוכחית עולה בקנה אחד עם העקרונות החוקתיים בצורה טובה יותר מאשר במתכונתה הראשונית, אך עדיין איננה נקיה לחלוטין מספקות.

צליל וינשטיין.

⁴⁴ פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 25.