

סמינר במשפט חוקתי

מהי השפעת חופש המצפון על סרבנות סלקטיבית?

מנחה: ד"ר הוסטובסקי ברנדס תמר

מגיש: סבג מאור

ת.ז.: 200616290

תוכן עניינים

1.	הקדמה.....	עמודים 3-4
2.	מהו חופש המצפון.....	עמודים 5-8
2.1	רקע.....	עמוד 5
2.2	התפתחות חופש המצפון.....	עמודים 5-8
3.	חופש המצפון במשפט משווה.....	עמודים 9-12
3.1	אירופה וארה"ב.....	עמודים 9-11
3.2	משפט עברי.....	עמודים 11-12
4.	השפעת עקרון חופש המצפון על סוגיית הסרבנות.....	עמודים 13-23
4.1	המסגרת הנורמטיבית.....	עמודים 13-14
4.2	מהם טעמי מצפון?.....	עמודים 14-15
4.3	השוואה בין חופש המצפון וחופש הדת.....	עמוד 15
4.4	אבחנה בין סוגי סרבנות המצפון.....	עמודים 15-18
4.5	ועדת המצפון ותפקידה.....	עמודים 18-19
4.6	המצב המשפטי בישראל באשר לסרבנים הסלקטיביים.....	עמודים 19-20
4.7	השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על סרבנות מצפון סלקטיבית.....	עמודים 20-22
4.8	הצעות חוק בנוגע לסרבנות הסלקטיבית.....	עמודים 22-23
5.	סרבנות מצפון במשפט משווה.....	עמודים 24-28
5.1	אירופה וארה"ב.....	עמודים 24-26
5.2	משפט עברי.....	עמודים 26-28
6.	הטלת ספק בגישה הנהוגה בסוגיית הסרבנות הסלקטיבית.....	עמודים 29-30
7.	פטור נשים משירות צבאי.....	עמודים 31-32
8.	סיכום ומסקנות.....	עמודים 33-34
9.	ביבליוגרפיה.....	עמודים 35-38

1. הקדמה

כאשר נתבקשתי לכתוב עבודה סמינריונית, ניסיתי למצוא נושא אשר מעסיק את כלל הציבור הישראלי, ואותי בפרט, ולא להסתפק בנושא משפטי גרידא. נושא חופש המצפון והשפעתו על תופעת הסרבנות הוא נושא אשר מלווה את מדינתנו מאז הקמתה וככל הנראה גם בעתיד הנראה לעין. היום הרלבנטיות שלו גדולה מתמיד, לאור תופעות הקריאה לסרבנות מכל עברי הקשת הציבורית-פוליטית.

בפן האישי מדובר בנושא אשר מעסיק אותי מאז שירותי הצבאי, שם נתקלתי בחברים לפלוגה שבחרו לסרב פקודה בשם חופש המצפון, ועל כך נענשו בעונשי מחבוס ארוכים, ומאז אני משתדל לעקוב אחרי התופעה דרך אמצעי התקשורת, ושמה אני על ההזדמנות לעסוק בנושא מהפן המשפטי אשר הפך למוטיב מרכזי בחיי.

לכאורה, לא ברור מהו מקורה של תופעת הסרבנות, שהרי ישאל השואל, מדוע במדינה מתוקנת יש צורך לעסוק ברצונות הפרט, כש"טובת הכלל" מרחפת מעל כולם? אלא נסביר לאותו שואל, כי דווקא מכיוון שאנו חיים במדינה מתוקנת עלינו לנסות ולכבד, במידת האפשר ומבלי לפגוע בטובת הכלל, את רצון הפרט, וכחלק מכיבוד זה, עלינו כחברה להכיר בזכות של הפרט לסרב לפעול בניגוד למצפונו¹.

בנוסף, הממסד הצבאי, שלא כמו הממסד האזרחי, אינו מבוסס על מקורות כוח דמוקרטיים. המפקד לא נבחר לתפקידו על ידי חייליו בבחירות דמוקרטיות, ולכן הסמכות שלו לא יכולה להתבסס על אמון החיילים, אלא על מערכת של כללים נוקשים בכל הנוגע לחובתו של החייל לציית להוראות המפקד. המערכת אמורה להקנות למפקד סמכויות של ענישה שתכליתן להרתיע את החייל מפני הפרת ההוראות שלו. מכאן שהסירוב למלא פקודה צבאית מסכנת את עצם קיומו של הצבא. ראש הממשלה, בנימין נתניהו אמר לאחרונה כי: "צה"ל קיים על בסיס הרעיון של היררכיה בפקוד. אם אתה רוצה לבטל את צה"ל – תקדם את הסרבנות"².

במסגרת העבודה אנסה לבחון את השפעת עקרון חופש המצפון על הסרבנות בכלל, והסרבנות הסלקטיבית בפרט. העבודה תנסה להקיף מספר מישורים בנושא, ביניהם בחינת עקרון חופש המצפון, מהי הסרבנות ומה מעמדה בדגש על הסרבנות הסלקטיבית, מה יחס המשפט העברי לנושא ומהו המצב המשפטי בעולם בנוגע לסוגיה.

¹ ישי מנוחין "ציות, סרבנות – בין הצדקה לחובה" על דמוקרטיה וציות (הוצאת "ישי גבול", 1990).

² "ראש הממשלה נתניהו: הסרבנות תגרום להתמוטטות המדינה" הארץ, 17 בנובמבר 2009.

עבודה זו מחולקת לשלושה חלקים עיקריים:

החלק הראשון של העבודה יעסוק בעקרון חופש המצפון כעקרון-על חוקתי, תוך כך אנסה לבחון את מעמדו בפסיקה ובחקיקה הישראלית, לעומת המצב בעולם ולאור המשפט העברי.

בחלק השני והמרכזי, אנסה לבחון את מעמד והתפתחות סוגיית הסרבנות הסלקטיבית וה'מלאה' במשפט הישראלי, לאור התפתחויות בחברה הישראלית בעשורים האחרונים, ולאור המצב המשפטי בעולם, וכן את דעת המשפט העברי בסוגיית הסרבנות הסלקטיבית.

החלק השלישי יעסוק בסוגיית הפטור של נשים מגיוס, וביסוסו תוך השפעת חופש המצפון ופסיקת בתי המשפט לאור ההתפתחות שחלה בסוגיית הסרבנות הסלקטיבית.

חשוב לי לציין כי, נקודת המוצא של עבודה זו היא כי לכל אדם תפיסה והשקפה שונה לגבי תופעת הסרבנות וחופש המצפון, ומידת השפעתו על מעשינו, ובכלל משמעותו בחיינו. כשם שפרצופיהם שונים³, כך דעותיהם ביחס לסוגיית הסרבנות שונים, ולכן, אנסה במסגרת העבודה להישאר "ניטרלי" כמה שאפשר.

בנוסף, כאן המקום לומר כי, נושא הסרבנות וחופש המצפון יכול "להוליד" לעשרות מחוזות מכלל ענפי המשפט, ובכללם חופש הדת, חופש מדת, נושא גיוס החרדים וכו', אולם קצרה יריעתי מלהכיל כל אלו, ולכן אשתדל לעסוק בתחומים שהגדרתי לעצמי מראש.

אסיים עם משפט של יוסף רז, אשר מהווה לעניות דעתי, את התשתית בכלל לעיסוק בסרבנות כי "החוק אינו צריך לכפות על אדם מעשים המנוגדים להשקפתו המוסרית (גם אם היא מוטעית)"⁴.

סבג מאור

³ בבלי, ברכות נח, עמוד ב'.

⁴ JOSEF RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (Oxford UP, 1986)

2. מהו חופש המצפון?

2.1 רקע

עיקר עבודה זו יעסוק בזכות הסרבנות⁵, בדגש על סרבנות סלקטיבית, אשר הינה נגזרת של העיקרון הידוע - חופש מצפון, אולם מן הראוי להקדים ולעסוק מעט באותו חופש מצפון אשר "זוהה במשך דורות רבים עם זכותו של הפרט לסרב לעשות מעשים הנוגדים את צו מצפונם"⁶, ובכלל חשוב לציין כי חופש המצפון אינו מוגבל למחשבה בלבד, אלא הכרה בחופש המצפון הינה הכרה גם בזכות למעשים או למחדלים מסוימים, שבהעדר הזכות לחופש המצפון, היו נחשבים לבלתי חוקיים⁷ וכבר קבע בית המשפט העליון כי חופש המצפון כולל את הזכות להגשים את כלל צווי המצפון⁸. סוגיית חופש המצפון נדונה כבר לפני אלפי שנים בדיאלוג המפורסם⁹ שבין סוקראטס לבין תלמידו קריטון, שם סוקראטס אומר כי חובתו המוסרית של כל אזרח היא לא לפגוע בקיומה של במדינה, שכן מדינה שכל אזרחיה מפרים את כל חוקיה אינה יכולה עוד להתקיים.

השאלה העיקרית בשנים האחרונות בנוגע לחופש המצפון היא האם חופש המצפון הוכר כזכות חוקתית או שמא מעמדו אינו כמו של שאר הזכויות החוקתיות בישראל? שהרי אם תוכר הזכות לחופש מצפון כזכות חוקתית הרי שהמחוקק יחויב לחוקק בהתאם לעקרון זה, וכאשר לא יעשה זאת, הרי שבית המשפט העליון יוכל בנקל לקבוע כי חקיקה אשר סותרת עקרון חוקתי זה תבוטל, דבר אשר בית המשפט העליון עושה במשורה, אולם אינו נרתע לעשות כן במצבים הזועקים חמס¹⁰.

2.2 התפתחות חופש המצפון

עוד בטרם ניגש לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המהווה כיום המקור הנורמטיבי לחופש המצפון, כבר בשנת 1922 בדבר במלך במועצה¹¹ ישנה התייחסות לסוגיית חופש המצפון: "כל האנשים בישראל ייהנו מחופש המצפון המוחלט ויוכלו לקיים את צורות פולחנם באין מפריע ובלבד שהסדר הציבורי והמוסר יהיו נשמרים"¹², ובהמשך בהכרזת העצמאות נאמר כי "מדינת

⁵ כאן המקום להבחין בין הסרבנות, נושא העבודה, לבין "פקודה בלתי חוקית בעליל" שלגביה ידועה ההלכה המשפטית מפרשת כפר קאסם, שלפיה פקודה בלתי חוקית, שחייל חייב שלא להישמע לה, היא כזאת ש"מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל הפקודה הנתונה ככתובת אזהרה האומר 'אסור' לא אי חוקיות פורמלית נסתרת או נסתרת למחצה, לא אי חוקיות המתגלה לעיני חכמי משפט חשובה כאן, אלא: הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי חוקיות ודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה" (מתוך ביד"צ מר/3/57 תובע צבאי נ' מלינקי, פ"מ יז).

⁶ אליעזר וינבר זכויות האדם והאזרח בישראל כרך ב' עמוד 333 (רות גביוון וחגי שנידור עורכים, 1991).

⁷ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א' (מהדורה חמישית, 1996).

⁸ ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועמ"ש, פ"ד ה, 481 (להלן: "עניין יוסיפוף").

⁹ כתבי אפלטון קריטון כרך א' עמוד 239-254 (תרגם יהודה ליבס, הוצאת שוקן, ירושלים ותל אביב, תשט"ו).

¹⁰ בג"צ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית נ' ממשלת ישראל, נט(2), 14.

¹¹ דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947.

¹² דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 עד 1947, סעיף 83.

ישראל...תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות"¹³. ההכרה של בית המשפט העליון בחופש המצפון כאחת מזכויות היסוד הבסיסיות לא איחרה לבוא ובשנת 1950 קובע השופט **לנדוי** כי הזכות לחופש המצפון והפולחן "היא אחת מחירויות הפרט המובטחות בכל משטר דמוקרטי נאור"¹⁴, ומאוחר יותר קובע הנשיא **ברק** בפסק הדין בעניין **נאמני הר הבית** כי:

"כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון והאמונה, הדת והפולחן...הרי הוא מובטח, על כן, לכל אדם בישראל בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתת עליהם"¹⁵.

עוד בטרם חקיקת חוקי היסוד מצא לנכון בית המשפט לבסס את מעמדה של הזכות לחופש המצפון על סמך הכרזת העצמאות, למרות שהוא עצמו זה שקבע כבר כי אין להכרזה מעמד חוקתי, דברים אשר נאמרו בפסק דין **זיו**, אשר קבע כי ההכרזה על הקמת המדינה "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם"¹⁶, אלא רק ביטוי לחזון העם, לפיכך, לא היה בהכרזה כדי להוות מקור חוקי לקיומה של זכות לסרבנות מצפון. אולם, לאחר חקיקת חוקי היסוד אומר הנשיא **ברק** בפסק הדין בעניין **מנינג**¹⁷ כי את עקרון חופש המצפון אנו מסיקים כזכות הנובעת ממספר מקורות שונים ביניהם הכרזת העצמאות, מהאופי הדמוקרטי של מדינה וכן מעקרון כבוד האדם וחירותו.

זכויות רבות אשר לא נכללו ב**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** פורשו כחלק מחוק היסוד, וקיבלו מעמד על חוקתי בהיותן חלק מעקרון כבוד האדם, הדוגמא הידועה הינה חופש הביטוי¹⁸.

לגבי חופש המצפון נאמרו התבטאויות משפטיות ואקדמיות לפיהן הוא נכלל כבר ב"כבוד האדם", המופיע ב**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, למשל דברי הנשיא **ברק** בפסק הדין בעניין **זונשיין** כי "על בעל הסמכות ליתן את המשקל הראוי לחופש המצפון, הנגזר מכבוד האדם"¹⁹, וכן בספרו אומר הנשיא **ברק** כי "...פרשנותו של כבוד האדם על רקע תכליתו הכללית מחייב מסקנה זו. בגזירת חופש הדת, הפולחן, המצפון והאמונה מכבוד האדם ניתן ביטוי לפסקת עקרונות היסוד..."²⁰. אולם בניגוד לברק, השופט **אור** השאיר את הסוגיה כבדת משקל זו "בצריך עיון", ולא הכריע בה²¹. כלומר נראה כי הזכות לחופש מצפון טרם הוכרה כזכות חוקתית גרידא, ויש מגוון דעות בנושא.

¹³ עיתון רשמי 1, תש"ח (15.01.1948).

¹⁴ עניין יוסיפוף, לעיל ה"ש 8, עמוד 486.

¹⁵ בג"צ 292/83 **נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים**, פ"ד לח(2), 449, 454.

¹⁶ בג"צ 10/48 **זיו נ' גוברניק**, פ"ד א, 85.

¹⁷ בג"צ 3261/93 **רוברט סטיבן מנינג נ' שר המשפטים, פרופ' דוד ליבאי**, מז(3), 282.

¹⁸ רעא 2687/92 **דוד גבע נ' חברת וולט דיסני**, מח (1), 251.

¹⁹ בג"צ 7622/02 **דוד זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד נו(1), 726 (להלן: "עניין זונשיין").

²⁰ אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך ג: פרשנות חוקתית (1994).

²¹ בג"צ 6168/92 **האגודה ההומניסטית חילונית בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא(4), 289, 303.

כחיזוק לטענה כי אין תמימות דעים בסוגיית מעמדו של חופש המצפון, ניתן לראות כי החל משנת הקמת המדינה וכלה בימינו אנו הוצעו מגוון הצעות חוק בנוגע לחופש המצפון, אולם אף אחת מהן טרם התקבלה על ידי הכנסת כחוק מחוקי ישראל. אציין שתי דוגמאות להמחשת העניין, ההצעה הראשונה הינה של **ה"כ יהודה פינחס כהן משנת 1948** אשר ציין בסעיף 15 להצעתו כי "חופש המצפון יישמר. כל אדם יהיה בן חורין לעבוד את האלוקים כדתו וכמנהגיה תוך שמירה על הסדר ועל המוסר הציבורי"²², וישנה **הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2005** אשר קובעת בסעיף 8 להצעתם כי "לכל אדם חופש האמונה והמצפון"²³. כמעט כל הצעות החוקה בישראל הכירו במפורש בחופש המצפון. אותה זכות ניתנה לכל אדם, ובלי יוצא מן הכלל מתייחסות לכל, ואינן מעניקות את הזכות לאזרחים או לתושבים בלבד.

אולם הזכות לחופש מצפון, בהנחה והיא זכות חוקתית, ככל זכות הינה זכות יחסית²⁴. השופט **ברנזון** קובע בעניין **רוגוז'ינסקי**²⁵ כי העיקרון הכללי של חופש המצפון הקבוע בהצהרת העצמאות ובדבר המלך במועצה ייסוגו לאחר מכן חקיקה מפורשת של הכנסת.

בעניין **רוגוז'ינסקי** הנ"ל דובר על כך כי השיפוט בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל מסור לשיפוטם של בתי הדין הרבניים, שבו ידון על פי דין התורה אשר יועדף על פני עקרון חופש המצפון²⁶. בנוסף, בית המשפט העליון מצא לנכון לאזן את הזכות לחופש מצפון אל מול זכויות של אחרים או אינטרסים ציבוריים, כדוגמת פסק הדין בעניין **עיריית בית לחם**, שם אמר בית המשפט העליון כי "...חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן מוגבל ומסווג כדי הדרוש וההכרחי לשם שמירה על ביטחון הציבור והסדר הציבורי..."²⁷.

כפועל יוצא של כל האמור לעיל, ניתן לומר כי חופש המצפון, היא אכן זכות חוקתית, ועל סמך כך תבוסס שאר העבודה. חיזוק לדברים אלו ניתן למצוא בדברי בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **גורפינקל**:

"מדינתנו מבטיחה לכל אזרחיה את חופש המצפון...הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו..."²⁸.

²² הצעת החוקה של יהודה פינחס כהן (תש"ח-1948).

²³ טיוטת הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005).

²⁴ בג"צ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, נא (4), 367.

²⁵ ע"א 450/70 **אילן רוגוז'ינסקי נ' מד"י**, כו"י (1), 129 (להלן: "עניין רוגוז'ינסקי").

²⁶ שם, עמוד 135.

²⁷ בג"צ 1890/03 **עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון ואח'**, נט(4), 736.

²⁸ בג"צ 80/62 **גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים**, פד"י יז 2048, 2063.

עיקר ההתייחסויות של בית המשפט העליון לסוגיית חופש המצפון נסובו סביב בקשות לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון²⁹, כאשר לעיתים קיימת התנגשות של חופש המצפון אל מול חוק המחייב אדם לעשות פעולה או להימנע מעשיית פעולה הנוגעת לשירות הצבאי. כאשר פרט בחברה מבקש לציית לצו מצפוני וציות שכזה עומד בניגוד לחוק או בניגוד לאינטרס ציבורי ולהחלטות הממשל, אזי תתעורר השאלה בנוגע לחופש המצפון. בהמשך עבודה זו נעסוק באותה התנגשות.

כפי שהקדמנו ואמרנו עיקר עבודה זו עוסק בהשפעת חופש המצפון על הסרבנות הסלקטיבית, אך בטרם ניגש ונדון בסוגיה זו אציין כי חופש המצפון כעקרון-על חוקתי נוגע ונדון בהקשרים שונים, ומשפיע במגוון תחומים.

ישנן מספר רב של דוגמאות בהם חופש המצפון נוטל חלק מהותי בדיון, לדוגמא **סעיף 318 לחוק העונשין**³⁰, הקובע כי לא ניתן לחייב רופא נשים לבצע הפסקת הריון יזומה לאישה, אם הדבר נוגד את מצפונה או את שיקול דעתו המקצועי. דוגמא אחרת ניתן למצוא **בסעיף 5 לחוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים ובטול שבועה)**³¹, הקובע כי אין לכפות על עד שבועה, אם הדבר נוגד את מצפונה או את דתו. אנו נעסוק בסוגיית העימות שבין חופש המצפון עם זכויות ועקרונות אחרים, העוסקים בבקשות לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון, הקשורים לתפיסת הצבא כגוף המבוסס על ציות והתפיסה שישנה חובת גיוס כללית, והפטורים מוענקים לבודדים חריגים ולא ככלל.

בהיסטוריה של החברה האנושית התעוררה שאלת הפטור מטעמים שבמצפון לא אחת. בתחילה היו אלה בעיקרם טעמים שבדת, כפי שנראה בהמשך בהתייחס למצב המשפטי שנהג בארה"ב. לאחר זמן הם התרחבו לטעמים מצפוניים שאינם בהכרח טעמים דתיים - ביסוד טעמים אלה מונחת החלטה מוסרית רצינית - שאינה מבוססת על טעמים דתיים - באשר למונחים של טוב ורע מנקודת מבטו של הפרט, הרואה עצמו מחויב לפעול על פיה של אותה החלטה, באופן שפעולה בניגוד לה תפגע פגיעה קשה במצפונה. מדינות שונות הגיבו לבעיה זו בדרכים שונות, תוך שרבות מהמדינות הדמוקרטיות המודרניות קבעו הוראות חקוקות מפורשות המכירות בפטור משירות צבאי מטעמי מצפון.

²⁹ כבדרך אגב ניתן לציין כי סוגיית סרבנות המצפון אף נדונה בהקשר של נקיטת הליכים משמעתיים כנגד עורכי דין, ונקבע כי "הסירוב לשרת בשטחים אינו קשור לעיסוק המקצועי של עורך הדין" (על"ע 1734/00 הועד המחוזי נ' שפטל (לא פורסם, 01.01.2002)).

³⁰ סעיף 318 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977.

³¹ סעיף 5 לחוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים ובטול שבועה), תש"ס - 1980.

3. חופש המצפון במשפט משווה

3.1 אירופה וארה"ב

חופש המצפון הוא זכות אדם מוכרת בתפיסות המוסר הפילוסופיות כמו גם במשפט הבינלאומי, החל מההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (האו"ם, 1948)³² אשר כוללת זכות לחופש מצפון בצמוד לזכויות לחופש המחשבה והדת. בהכרזה זו נקבע כי זכות זו כוללת, בין היתר את החרות להביע את האמונות בציבור או באופן פרטי. בהמשך נכתבה האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966)³³ אשר חוזרת על זכות זו בסעיף 18(3), ומוסיפה פסקת הגבלה מצומצמת, התואמת את זו של אמנת הזכויות האירופית בדבר זכויות אדם (1950)³⁴ (להלן: "אמנת רומא") המתייחסת לחופש הדת והאמונה, ומאפשרת להגביל רק בנסיבות מצומצמות, אולם נוסח זה מגביל במידת מה את חופש הדת ולא מתייחס לחופש המצפון. ישראל אישרה אמנה זו בשנת 1991, ומאז מחויבת להוראותיה.

סעיף 9 לאמנת רומא מעניקה לנו את ההגדרה המקובלת לחרות המצפון והדת:

"9(1). everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion, this right includes freedom to change his religion or belief and freedom..³⁵

ננסה לסקור את המצב המשפטי בנוגע לזכות לחופש מצפון בארה"ב, בגרמניה וכן במשפט העברי, כרקע לסוגיית השפעת חופש המצפון בישראל על סרבנות סלקטיבית, אשר תידון בהמשך.

בחוקת ארה"ב אין אזכור מפורש לחופש המצפון. בית המשפט העליון של ארה"ב הכיר בחופש המצפון (במשולב עם חופש הדת) כנגזרת של התיקון הראשון לחוקת ארה"ב, שבו נקבעו חופש הביטוי וחופש הדת:

First Amendment

"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof³⁶..."

UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS (Adopted by UN General Assembly Resolution 217A (III))³²

INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (Adopted by UN General Assembly Resolution 2200A (XXI))³³

UNITED NATIONS TREATY SERIES (No.2889, vol.213, p.222)³⁴

שם, סעיף 9.³⁵

U.S CONST. amend. I, 1³⁶

בית המשפט קבע כי האיסור על המדינה לפגוע בחופש הדת מגביל גם את יכולתה של המדינה לפגוע בחופש המצפון.³⁷

הסעיף הראשון של מגילת הזכויות האמריקנית מבטיח את חופש הדת, ונועד להתגבר על התופעה של כפיית דתית³⁸. כחלק ממאבק זה התמודד בית המשפט העליון של ארה"ב עם תופעת חופש המצפון שבא לידי ביטוי בגילויים דתיים במסגרות צבאיות אשר התמרדו כנגד האחידות בצבא האמריקאי. לדוגמא ניתן לציין את פסק הדין בעניין גולדמן (GOLDMAN)³⁹ אשר חויב למרות היותו יהודי שומר תורה ומצוות, להוריד את הכיפה שלראשו, כאשר בית המשפט העדיף את המשמעת הצבאית על פני חופש הדת של הרב היהודי⁴⁰.

מאז מלחמת העולם השנייה רשם בית המשפט העליון האמריקאי שורה של הישגים בתחום זכויות האדם, בדגש על הזכות לחופש מצפון, כאשר באותה תקופה כיהן כשופט ראשי - השופט וורן (WARREN), אולם אין ספק כי בשלושים השנים האחרונות לא גילה בית המשפט את אותו הרצון להושיט יד לעוצרים הנאבקים על זכויותיהם⁴¹. לעניין סוגיית הסרבנות, אשר תידון בהרחבה בהמשך, זכות זו מוכרת בארה"ב הדמוקרטית - CONSCIENTIOUS OBJECTION - אך ורק לפטור משירות צבאי באופן מלא בטיעון של התנגדות מצפונית לאלימות, לעומת המצב בישראל, שייבחן בהרחבה גם הוא בהמשך, אשר כולל פטור גורף שכזה לבנות בלבד.

בגרמניה⁴², לעומת זאת חוק היסוד הגרמני מעגן במפורש את חופש המצפון, יחד עם חופש הדת והאמונה. הספרות הגרמנית מציינת כי קשה להגדיר מהי ההגדרה של חופש המצפון המעוגן בסעיף בחוקה הגרמנית המכיר בחופש המצפון. ניתן לומר כי המצפון נתפס על ידי הפרט כפקודה חיונית שלא ניתן להפרה, לחופש המצפון אין פסקת הגבלה ועל כן ניתן לסייגו רק במקרים בהם יש התנגשות עם אינטרסים חוקתיים אחרים. חופש המצפון זוכה להתייחסות רבה בספרות ובפסיקה בנוגע לסירוב לשירות צבאי מטעמי מצפון.

³⁷ Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)

³⁸ J. WITTE JR., THE THEOLGY AND POLITICS OF THE FIRST AMENDMENT RELIGION CLAUSES: A BICENTENNIAL ESSAY, 40 EMORY LAW JOURNAL (1991)

³⁹ Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986)

⁴⁰ L. SHELEFF, RABBI CAPTAIN GOLDMAN'S YARMULKE, FREEDOM OF RELIGION AND CONSCIENCE AND CIVIL (MILITARY) DISOBEDIENCE, 17 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS (1987)

⁴¹ ליאון שלף "שני דגמים להבטחות זכויות האדם - דגם אמריקני מול דגם ישראלי אפשרי" מחקרי משפט טז, עמודים 105-139, תשס"א-2001.

⁴² מבוסס על SABINE MICHALOWSKI, LORNA WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW (1999)

בית המשפט הגרמני ניסה להגדיר מה מוגן בגדר חופש המצפון בפסק דין שעסק בסרבנות מצפונית:

"conscience in its colloquial meaning and therefore also in the meaning of art...A decision based on conscience is – as follows from its nature – always made in the light of specific situation in which it is psychologically inevitable to make a decision...Every serious moral decision that is orientated to the categories of "good" and "bad" and that the individual psychologically experiences in a given situation as so binding and absolutely imperative that he could not contravene it without coming into a serious moral dilemma, is therefore a decision of **conscience**".

סעיף 4(3) **לחוקה הגרמנית** מכיר בזכות לסרבנות מצפון בכל הנוגע לשירות צבאי נושא נשק, ובמקום מחויב הסרבן לעשות שירות לאומי, ועל מנת לזהות סרבנים, בגרמניה פיתחו פתרון יצירתי, אך שנוי במחלוקת - בית המשפט הגרמני קבע כי השירות הלאומי יהיה ארוך יותר מהשירות הצבאי, כך שאם מדובר בסרבן אמיתי, הוא יהיה מוכן להקריב מזמנו על מנת שלא לפגוע בצו מצפונו. חשוב לציין כי הזכות לחופש מצפון מופיעה בחוקות ובאמנות בינלאומיות נוספות כדוגמת קנדה, ברזיל, קרואטיה ושאר מדינות נוספות.

3.2 משפט העברי

האזכור של חופש המצפון במשפט העברי מופיעים בדברי שופט בית המשפט העליון מנחם אלון בפסק הדין בעניין **שיין**⁴³. מבחינה עקרונית התייחס המשפט העברי לנושא חופש המצפון כחלק מהדין בסוגיית חובת השירות הצבאי. בתחילה נידונה הסוגיה בחומש **דברים**⁴⁴, שם התורה מונה עילות שונות לפטור משירות צבאי, בפסוקים ה-ז התורה פוטרת מטעמים כלכליים ומשפחתיים, "מי האיש אשר בנה בית ולא חנכו, ילך וישב לביתו, פן ימות במלחמה ואיש אחר יחנכו. ומיהו האיש אשר נטע כרם ולא חללו, ולך וישב לביתו..ומי האיש אשר ארש אישה ולא לקחה, ילך וישב לביתו..", ובפסוק ח' עוסקת התורה בפטור מחובת שירות מטעמי מצפון - "מי האיש הירא ורך הלבב, ילך וישב לביתו, ולא ימס את לבב אחיו כלבבו". רבי עקיבא מסביר במשנה במסכת **סוטה** מיהו אותו איש "ירא ורך לבב", "שאינו יכול לעמוד בקשיי המלחמה ולראות חרב שלופה"⁴⁵, כלומר מדובר באדם המפחד ממוראות המלחמה. ישנו פירוש נוסף ב**תוספתא** המיוחס גם הוא לרבי עקיבא, לפיו ה"ירא" הוא זה שהפחד גובר עליו, ו"רך הלבב" הוא זה שאינו חת ממוראות המלחמה, אך רחמן ומרחם על האחרים, ואף על האויב, ובמידה שאינו מסוגל להילחם בהם, וגדול החשש שימס את לב אחיו כלבבו⁴⁶. ישנו פירוש נוסף המובא באותה משנה במסכת

⁴³ בג"צ 734/83 **יעקב שיין נ' שר הביטחון**, פ"ד לח(3), 393 (להלן: "עניין שיין").

⁴⁴ דברים, פרק כ, פסוק א' ואילך.

⁴⁵ משנה, מסכת סוטה ח, ה.

⁴⁶ תוספתא, סוטה פרק ז, הלכה כד.

סוטה בשם רבי יוסף הגלילי כי "הירא ורך הלבב, זה המתירא מן העבירות שבידו", ובעקבות כך המצפון שלו עלול להביאו לחוסר החלטיות ולהשפיע על אחרים שלבבם ימס כלבבו.

ניתן לומר, שהראייה של חכמי המשנה היא אינה דאגה למצפונם האישי של הלוחמים אלא ראייה רחבה כי שירותם של אלו עשוי להשפיע לרעה על המורל והנכונות של חבריהם. המשנה במסכת **סוטה** ממשיכה⁴⁷ ואומרת כי במצבי חירום נעלם שיקול הדעת ואין ליתן פטור אף במצבים בהם ראוי היה לעשות כן בימות שלום⁴⁸.

⁴⁷ מסכת סוטה, לעיל ה"ש 45.

⁴⁸ ניתן להשוות זאת לדברי הנשיא ברק בפסק דין זונשיין, לעיל ה"ש 19, עמוד 734, המתייחס לפטור מטעמי מצפון ככפוף לשיקול דעת שר הביטחון, ובהתאם לצרכי המשק והצבא, "דומה שהכול מסכימים, כי במקום שצרכי הביטחון הם חריפים, לא יינתן פטור גם לפציפיסט". (למרות שבהמשך העבודה נראה כי לפציפיסט יש "סיכוי" טוב יותר לפטור עצמו משירות צבאי, אולם זה בימות שלום בלבד, על פי דברי ברק).

4. השפעת עקרון חופש המצפון על סוגיית הסרבנות

4.1 המסגרת הנורמטיבית

חוק יסוד: הצבא הוא החוק המרכז את החיובים הנוגעים לשירות הצבאי, חוק זה התקבל על ידי הכנסת על רקע מלחמת יום הכיפורים ודברים שנכתבו בדו"ח ועדת החקירה בעניין מלחמת יום הכיפורים⁴⁹ (ועדה הידועה בשם 'ועדת אגרנט'). ועדת אגרנט מתחה ביקורת על המצב המשפטי שנהג בנוגע לסמכויות בענייני ביטחון המדינה בין הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל. **בחוק יסוד: הצבא**, הכנסת מתמודדת עם משאלתה של ועדת אגרנט להסדרת סמכויות בתחום הביטחון⁵⁰.

סעיף 4 לחוק יסוד: הצבא קובע כי החובה לשרת בצבא והגיוס יהיו כפי שנקבע בכוח או מכוחו:

"חובת שירות וגיוס

4. החובה לשרת בצבא והגיוס לצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו"⁵¹.

על סמך **סעיף 4 לחוק יסוד: הצבא**, **חוק שירות ביטחון [נוסח משולב]**, התשמ"ו - 1986 (להלן: "**חוק שירות ביטחון**") עוסק בסירוב להתגייס לצבא, אשר נחקק ב-1986 כתחליף ל**חוק שירות ביטחון [נוסח משולב]**, תשי"ט - 1959 ו**חוק השיפוט הצבאי**, התשט"ו - 1955 (להלן: "**חוק השיפוט הצבאי**"), העוסק בסירוב לקיים פקודה צבאית. חוק השיפוט הצבאי הוא גלגול של חוקת השיפוט - תש"ח. חוקת השיפוט איפשרה לשופטים להקל בעונשם של חיילים בגין מעשים שעשו או שנמנעו מלעשות אם עשו זאת מטעמי מצפון⁵². ישנם שני סעיפים בחוק השיפוט הצבאי המשמשים את הערכאות השונות בהחלטותיהם לגבי מסרבי פקודה:

"סירוב לקיים פקודה

122. חייל שבמזיד לא קיים פקודה שניתנה לו מאת מפקד תוך מילוי תפקידו או שסירב לקיימה בין בדיבור ובין בהתנהגות, דינו - מאסר שלוש שנים, עבר את העבירה תוך פעולה קרבית של יחידתו, דינו - מאסר חמש עשרה שנה"⁵³.

"העדר מן השירות שלא ברשות

94. חייל שנעדר משירותו בצבא, או מהמקום שהוא חייב כדין להימצא בו אותה שעה, דינו - מאסר שלוש שנים, אלא אם הוכח כי היה לו היתר או הצדק סביר אחר לכך"⁵⁴.

⁴⁹ דין וחשבון ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים (תשל"ה), עמודים 25-26 (להלן: "דו"ח אגרנט").

⁵⁰ שם, עמוד 146.

⁵¹ בהצעת החוק 1197, א' באב תשל"ה, 9.7.1975, סעיף זה מופיע כסעיף 5 בזאת הלשון: "הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא ההגנה לישראל, תיקבע בחוק או מכוחו".

⁵² חוק השיפוט הצבאי, סעיף 76.

⁵³ חוק השיפוט הצבאי, סעיף 122. הצעות חוק 1241, כ"ח בניסן תשל"ו, 28.4.1976.

⁵⁴ סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי הוא התשתית למעצר חיילים אשר מסרבים להתייצב לשירות.

חוק השיפוט הצבאי יוצר הבחנה כפולה - בין "סירוב לקיים פקודה" ל"אי קיום פקודה", ובין מצבים שבהם סירוב או אי קיום של פקודה נעשים "תוך מילוי תפקיד", "תוך פעולה קרבית" או "נוכח אויב". עבירת הסירוב למלא פקודה נוכח אויב היא החמורה ביותר, ודינה מאסר של חמש עשרה שנים, העבירה הקלה יותר היא אי קיום פקודה תוך מילוי תפקיד, שדינה מאסר של שנתיים.

מבחינה פורמאלית ניתן למצוא התייחסות אחת לפטור משירות צבאי בחוק שירות ביטחון, אולם כפי שנתייחס לזה בהמשך, מדובר בפטור המיועד לנשים (סעיף 39ג) לחוק שירות ביטחון), ובהתייחס לשירות גברים בצבא ישנו הפתרון המופיע בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון, אשר מהווה מסגרת נורמטיבית לעיסוק בסרבנות מצפונית:

"סמכות לפטור משירות ולדחות שירות

36. שר הביטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות מילואים של צבא ההגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הביטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים-

- (1) לפטור יוצא צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו,
- (2) לפטור יוצא צבא מחובת שירות מילואים לתקופה מסוימת או לחלוטין,
- (3)⁵⁵.

מקובל על הכול כי פטור משירות צבא בגין טעמים שבמצפון נופל לגדר "מטעמים אחרים" כאמור בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון⁵⁶. בהתייחס לסעיף החוק אמר חה"כ אהרונוביץ, יו"ר ועדת החוץ והביטחון את הדברים הבאים: "תיתכן הימנעות גברים משירות ביטחון במדינת ישראל לרגל טעמי מצפון טהור, אך במקרים נדירים. מקרים כאלה זקוקים לחקירה מדוקדקת וחופף אותם סעיף 36 של החוק"⁵⁷. כלומר, שתפיסת המחוקק היא לאפשר את הפטור משירות צבאי בגין טעמי מצפון, אך נקודת המוצא שלו היא שמדובר במקרים נדירים, וכחריגים לכלל.

4.2 מהם טעמי מצפון?

מדובר בעקרונות הנורמטיביים העמוקים המוטבעים בכל אדם באשר הוא משחר ילדותו. הם אותם עקרונות המעצבים את אישיותו, וכל פעולה כנגד אותם עקרונות גוררת את תחושת הבושה העצמית על מעשה הבגידה בעצמו, עד כדי שיאמר כי "לא יכול להסתכל על עצמו בראי"⁵⁸. ניתן להשוות הדבר ליהודי דתי שנכפה עליו לחלל שבת, מה שמטריד אותו הוא אינו הכאב למצפון או

⁵⁵ סעיף 36 לחוק שירות ביטחון.

⁵⁶ עניין זונשיין, לעיל ה"ש 19, עמוד 732.

⁵⁷ ד"כ 2, 1626 (תש"ט).

⁵⁸ דני סטטמן "הרהורים ביקורתיים על הפטור משירות צבאי מטעמי מצפון" עיוני משפט ל"א חוברת 3 (עופר גרוסקופף עורך, תשס"ח-תשס"ט).

ליושרה האישית, אלא הפגיעה בקדושת השבת, אשר מוגדרת בעיניו כתכלית הכול. דוגמא זו ממחישה את הדמיון הרב שבין פטור מטעמי מצפון לבין הפטור מטעמי דת.

4.3 השוואה בין חופש המצפון וחופש הדת

הפעילות הטעונה התחשבות מכוח חופש המצפון והדת מוגדרת קודם כל על ידי יחסו ועמדתו הפנימיים והסובייקטיביים של המאמין כלפיה. זו פעילות היוצרת ומסמלת עבורו את הקשר עם הערך המוחלט לגביו ואינה מכוונת כלפי חברים אחרים בחברה או להשגת תוצאות-לוואי פרט לאותו ערך סמלי, ולכן נראה כי אין כל הבדל בין צו מצפוני לצו דתי. אמת המידה היחידה תהיה הערך ליחיד ומדתו כלפיה. הכוונה אינה ליחס זמני וחולף, אלא לתחושה נפשית יציבה וקבועה שהמאמין צופה בביטחון כי תמשך ללוות אותו במשך כל חייו, גם כאשר הוא ער לתוצאות האפשריות של בחירתו. ההשתייכות למסגרת מכל סוג שהוא - פילוסופית, מצפונית או דתית - אינה רלבנטית להגדרת הפעילות אף שעשויה להיות לה חשיבות ראייתית⁵⁹, ניתן להסיק כי יש חפיפה בין חרות המצפון לחרות הדת.

אולם, ההכרה הדתית מיוסדת מטיבה על ערכים חיוביים לחברה התואמים את ערכיה, וטענה זו משמשת כמה מהטענות להעדפת ה"מצפון הדתי" על פני ה"מצפון האישית"⁶⁰, ומשום כך ערכו של ה"מצפון האישית" פחות מערך הציווי הדתי למאמין.

כפועל יוצא, נקודת המבט של הפציפיסט (כפי שנראה בהמשך, מסרב האחרון באופן מלא, לשרת בצבא), היא לא שאסור לשרת בצבא משום שזה מנוגד לעקרונות כלשהם, אלא משום שזה פוגע במצפונו האישית, המקביל לצו מצפון דתי מבחינתו.

המדינה, לעומת זאת, אינה מכירה בעקרונות שעומדים בבסיס הבקשה לפטור, או, מכל מקום, אינה מקבלת את פרשנותו של מקבל הפטור לעקרונות אלה. למרות זאת, היא מוכנה להיענות לעתים לבקשת הפטור, מתוך כבוד ליחיד, ועל בסיס ההנחה שהמדינה יכולה לספוג כמות מסוימת של פטורים בלא שהדבר יפגע ביכולתה לממש את המדיניות שהחליטה עליה. אולם ככל מקרה אחר של "ספיגה", המדינה מגבילה עצמה ביחס לכמות המתגייסים הכללית.

הערכים שהפציפיסט מחויב להם - התנגדות לאלימות, כבוד לכל אדם, יישוב סכסוכים בדרכי שלום - הם בדיוק מסוג הערכים שהיינו רוצים לעודד בחברה, גם אם אנו מתנגדים לפירוש שהפציפיסט נותן להם הלכה למעשה. אף על פי כן, רשויות הצבא סבורות שבמצב המשפטי ובמצב החברתי הנוכחי אין אותם סרבני מצפון זכאים לפטור מלא משירות צבאי.

⁵⁹ כפי שנראה בהמשך, היחס כלפי סרבני מצפון שונה מאוד מהיחס הזוכים לו המבקשים לפטור עצמם משירות צבאי מטעמי דת.

⁶⁰ PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS (London, 1965); BASIL MITCHELL, LAW MORALITY AND RELIGION IN A SECULAR SOCIETY, (London, 1967)

נראה כי **חוק שירות ביטחון** מעניק פטור מטעמי מצפון לנשים מנוסח כאילו ומדובר בפטור הניתן באופן אוטומאטי (סוגיה אשר אליה נתייחס ביתר שאת בהמשך), ולגבי גברים, החוק מאפשר⁶¹ שיקול דעת של שר הביטחון במסגרתו הוא רשאי לפטור אדם מטעמי מצפון. אכן ברבות השנים נעשה שימוש בסמכויות השר במספר מקרים על מנת לדחות שירות של סרבני שירות מטעמי מצפון. אחד מן המקרים המפורסמים הוא **אמנון זכרוני**, שהיה סרבן מצפוני שהודיע לשלטונות צה"ל על סירובו להישבע שבועת אמונים, והציע לחילופין לשרת כאזרח. הוא פתח בשביתת רעב בחודש יוני בשנת 1954, ואחרי 24 ימים בהם שהה בבתי סוהר ובבית חולים צבאי, הוחלט להקל עימו, ורק לאחר התערבות ראש הממשלה דאז משה שרת, הוחלט להקל עימו והוא שירת כמתרגם ועורך עיתונים בצה"ל⁶².

על רקע הצורך לשמור על עקרון שלטון החוק, הסדר הציבורי וההבנה כי אין זה צודק לפטור חלק מהציבור מחובה כללית המוטלת על הכול, בעיקר כאשר כך הגשמתה של חובה זו מעמידה את האדם בסכנת חיים לעיתים מחד, והרצון ליתן לפרט חופש פעולות לפי מצפון מתוך הבנה כי המצפון הוא המגלם את כבוד ואישיות של הפרט, אשר נגזר מהאופי הדמוקרטי של המדינה, הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו, התחשבות במצפון הסרבן מתבקשת גם מהכבוד לאישיותו, ומהצורך לאפשר לו לפתח אותה, היא נגזרת מגישה הומניסטית ומהערך בדבר סובלנות, בית המשפט קבע אבחנה בין סרבן מצפון מלא (או בשמו הידוע 'פציפיסט'), המוגדר על ידי **מנחם הופנונג** כ"הפרת החוק בנימוק שהמפר מנוע מבחינה מוסרית לציית לחוק, אם בשל אופיו הכללי של החוק ואם בגלל החלתו של אותו חוק על מקרים מסוימים שמן הראוי שלא יחול עליהם"⁶³ לבין סרבן מצפון סלקטיבי המוגדר כ"אדם שאינו דוגל עקרונית באי-אלימות, אלא מטעמים שונים, בדרך כלל אידיאולוגיים, מסרב לפעול בנסיבות מסוימות, כנגד קבוצות שונות או באמצעים שונים". בספרו **הופנונג** אומר כי "סרבנות מצפון הבנויה על הימנעות מאלימות בכלל, וסרבנות סלקטיבית של בני אדם אשר, מטעמים שונים, בדרך כלל אידיאולוגיים, מסרבים לפעול במסגרת הצבאית אלא אם יתקיימו תנאים מסוימים המוגדרים על ידיהם..."⁶⁴.

ההבחנה אינה טכנית אלא מהותית - סרבן מצפון פציפיסט הינו אדם שאינו מסוגל לשאת כלי נשק, לשאת מדים או לפעול כל פעולה צבאית שהיא, ואפילו לקחת חלק במצעד צבאי. אדם שכזה יזכה לתמיכה רחבה, ומדינות רבות הכירו בקושי זה כעילה המאפשרת להימנע משירות צבאי, לדוגמא, ישנו חוק יסוד גרמני המכיל סעיף נפרד הקובע כי אין לכפות על אדם שירות צבאי הכולל שימוש בנשק כנגד מצפון⁶⁵.

⁶¹ סעיף 36 לחוק שירות ביטחון - "מטעמים אחרים".

⁶² זאב שיף ואיתן הבר **לקסיקון לביטחון ישראל** עמוד 194 (מהדורה שנייה, תשל"ו).

⁶³ מנחם הופנונג **ישראל בטחון המדינה מול שלטון החוק** (הוצאת נבו, 1991).

⁶⁴ שם.

⁶⁵ נתייחס למצב המשפטי בגרמניה בהמשך.

לרוב, אין מדובר בויתור על שירות כל שהוא, אלא בהמרת השירות הצבאי בשירות אזרחי או לאומי כלשהוא, לטובת המדינה בדרכים אחרות. לעומת הסרבן הסלקטיבי אשר אינו מתנגד לשימוש בכוח צבאי, אלא רצונו הוא להימנע מתחום מוגדר של פעילות⁶⁶. המבחן להבחנה בין סוגי הסרבנות הוא האם אופי הסירוב הינו אי יכולתו של הפרט על פי תפיסתו להשתתף ולקחת חלק בפעילות צבאית כל שהיא, כולל פעילות המוגדרת כ'לא לוחמתית', כגון אי רצון לקחת חלק בתורנות מטבח, מצעדי צה"ל וכו', או האם הסרבנות היא ספציפית ומכוונת כנגד פעילות זו או אחרת, כגון סירוב לשרת בשטחים כבושים, לקחת חלק בפינוי יהודים וכו'. לרוב בתי המשפט יעניקו עדיפות לפציפיסט מתוך הבנה של שיקולי עלות/תועלת מצרפיים כי אין לכפות שירות צבאי על הפרט, לעומת סרבנות סלקטיבית אותה בית המשפט מזהה כמהווה סכנה למשטר, וזאת בשל האופי האידיאולוגי-פוליטי של הסרבנות.

פרופ' **גביזון** מסבירה בספרה כי "כאשר אדם בוחר בסירוב חלקי אין הגנה טובה בגין הפרת החוק או הפקודה, ולכן אין הוא זכאי לדרוש כי לא יוטל עליו עונש"⁶⁷, לעומת סרבן מצפון 'מלא' שמתקבל בהבנה על ידי רשויות הצבא, וכבר אמר בית המשפט בפסק הדין בעניינו של **זונשיין** אשר עסק בקבוצת חיילי מילואים אשר סירבו לקחת חלק פעיל כאשר נודע להם כי שירותם יהיה בשטחים הנמצאים בגבולות 1967, והודיעו למפקדיהם על סירובם לקחת בשירות שכזה, ושם אומר הנשיא **ברק** כי:

"לא הרי סירוב לשרת בצבא מטעמים של המצפון ה'מלא' כהרי סירוב לשרת בצבא מטעמים של מצפון סלקטיבי. אכן, משקלה של הכף הנוטה כנגד הכרה בסרבנות המצפון היא כבדה הרבה יותר בסרבנות המצפון הסלקטיבית מאשר בסרבנות המצפון ה'מלאה'... מעבר לכך יש לה השלכות על שיקולי הביטחון עצמם, שכן עניין לנו בקבוצה שיש לה נטייה לגדול... היום ההתנגדות היא לשרת ביהודה והשומרון, מחר ההתנגדות תהיה להסרת מאחזים אלו או אחרים באזור"⁶⁸.

הנשיא **ברק** מוסיף בעניין **זונשיין** לעניין הסכנות בסרבנות המצפון הסלקטיבית "יש לה השלכות על שיקולי ביטחון עצמם, שכן עניין לנו בקבוצה שיש לה נטייה לגדול. מעבר לכך, בחברה פלורליסטית כשלנו, ההכרה בסרבנות המצפון הסלקטיבית עשויה לרופף את החישוקים המחזיקים אותנו כעם"⁶⁹, או כפי שאמר ד"ר **אריק כרמון**: "בחברה ישראלית נטולת הקונצנזוס ומרובת הפנים אין אנו יכולים להרשות לעצמנו מעשים של אי ציות, ויהיו אלה צודקים ככל שיהיו. יתרה מזאת עלינו להילחם במעשים כאלה"⁷⁰.

למרות ש**ברק** מניח כבסיס לכתיבת פסק דינו כי סרבנות המצפון לכל שירות צבאי, ראויה בדרך כלל להוות בסיס למתן פטור, אולם סרבנות סלקטיבית הנסבה על התנגדות למשימות צבאיות

⁶⁶ בג"צ 5587/09 **ראובן שבילי נ' שר הביטחון** (לא פורסם, 28.7.10) (להלן: "עניין **ראובן שבילי**")

⁶⁷ רות גביזון **זכויות אדם בישראל** עמוד 55 (תשנ"ד).

⁶⁸ עניין **זונשיין**, לעיל ה"ש 19, עמוד 737.

⁶⁹ שם.

⁷⁰ **שולחן עגול בנושא: אי ציות ודמוקרטיה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 3 בפברואר 1999, י"ז בשבט תשנ"ט).

ולמלחמות מסוימות בטענה שהן לא צודקות, היא מקרה אחר, מקרה שבו לא ראוי להעניק את הפטור, בוודאי לא בישראל על מאפייניה הספציפיים.⁷¹

פסק הדין בעניינו של **זונשיין**⁷² הוא המשך של מסמך הנקרא "מכתב הסרבנים" אשר נכתב בשנת 2002, עוד בטרם נידון העניין בבית המשפט העליון בשבתו כבג"צ, החליט הפרקליט הצבאי הראשי שלא לבטל את הדין המשמעתי שבו נידונו אותם סרבנים, ומתוך החלטתו⁷³ ניתן ללמוד כי טענות הסרבנים "נולדו" רק לאחר שקיבלו את הפקודה להתייצב באזורים, על כן היה עליהם קודם לפנות אל שר הביטחון בבקשה לפטור, מיד לאחר קבלת הצווים, ולא היו רשאים הם לבצע עבירות ורק לאחר מכן לטעון כי מן הדין לפוטרו מן השירות הצבאי באזורים בשל טעמי מצפון. בדומה גם על אישה על פי דעת הפצ"ר⁷⁴ מוטלת החובה להגיש את בקשתה להימנע משירות ביטחון עקב טעמים שבמצפון לא יאוחר מהיום שנקבע להתייצבותה הראשונה לרישום.⁷⁵

4.5 ועדת המצפון ותפקידה

בטרם ניגש לדיון בהשפעת **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** על הסרבנות, נסביר בקצרה על "ועדת המצפון" - אותה ועדה אשר בוחנת בקשות חיילים להשתחרר משירות בצה"ל מטעמי מצפון.

לפני מספר חודשים ניתן פסק הדין בעניינו של **ראובן שבילי**⁷⁶, אשר דן גם כן בסוגיית סרבנות המצפון, השופטת **פרוקצ'ה** קובעת מה תפקיד ועדת המצפון, וקובעת כי שיקול הדעת בהתערבות בהחלטת הוועדה מצומצם הוא:

"בשוקלה את שאלת הפעלת סמכות הפטור משירות בטחון מטעמי מצפון ביחס למבקש פטור, על ועדת הפטור לבחון שני היבטים: האחד - האם סרבנות המצפון הנטענת על ידי המבקש היא כנה ואמיתית, או שמא היא כסות למניעים שיסודם אינו בסרבנות מצפון אלא בטעמים אחרים, השני - האם טעמי הסרבנות לגופם הם מסוג הטעמים המצדיקים מתן פטור משירות בטחון מטעמי מצפון. שיקול-הדעת הנתון לרשות המוסמכת בהפעלת סמכות מתן הפטור הוא רחב, ולפיכך התערבות שיפוטית בשיקול-דעת זה היא נדירה, ושמורה אך למצבים בהם ארעה חריגה קיצונית מכללי המשפט הציבורי, ובכלל זה, מדרישת הסבירות המנהלית"⁷⁷.

⁷¹ חיים גנז **מריכארד ואגנר עד זכות השיבה - ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות** עמ' 161-132 (אלי שאלתיאל עורך, 2006)

⁷² עניין זונשיין, לעיל ה"ש 19.

⁷³ "סרבנות השירות בשטחים - החלטת הפרקליט הצבאי הראשי" **משפט וצבא** 16 (התשס"ג).

⁷⁴ שם.

⁷⁵ סעיף 39(ג) לחוק שירות ביטחון; תקנה 5 לתקנות שירות ביטחון (פטור נשים משירות ביטחון עקב טעמים שבמצפון או שבהווי משפחתי דתלי), התשל"ח-1978.

⁷⁶ עניין ראובן שבילי, לעיל ה"ש 66.

⁷⁷ שם, עמוד 12.

הוועדה פועלת מכוח **סעיף 36 לחוק שירות ביטחון**, היא דנה בבקשות מיועדים לשירות ביטחון ומייעצת למפקד מיט"ב או לסגנו. על פי פרסום של דובר צה"ל מדצמבר 2009 הוועדה דחתה על הסף בקשות של 60 חיילים, חיילות ומועמדים לשירות ביטחון⁷⁸. בראש הוועדה יושב ראש מינהל גיוס או סגנו, וחברים בה נציגים מבסיס קליטה ומיון (בקו"ם), ממחלקת מדעי התנהגות (ממד"ה) של הצבא, מהפרקליטות הצבאית, ובעקבות פסק הדין בעניינו של **יונתן בן-ארצי**⁷⁹, יושב בוועדה גם נציג אזרחי.

4.6 המצב המשפטי בישראל באשר לסרבנים הסלקטיביים

המצב המשפטי ביחס לסרבנים סלקטיביים עבר מספר תנודות החל מהקמת המדינה ועד ימינו אנו, ולחופש המצפון ישנה השפעה בסוגיה. בראשית ימיה של המדינה, שלטונות הצבא נהגו לענות לבקשות אישיות וכנות של יוצאי צבא שלא לשרת בשטחים, כנראה כחלק מההבחנה שנעשתה בין סרבנות המצפון לבין אי ציות אזרחי, ולכן החברה הישראלית גילתה יותר סובלנות כלפי סרבנות המצפון⁸⁰, אולם בתחילת שנת 1980 שונתה גישה זו לאחר שהסירוב החל לגלות אופי מאורגן⁸¹.

הבחנה חשובה שיש לעשות היא בין סרבנות מצפון לבין אותו אי ציות אזרחי, אשר הוא הפרה של חוקים באמצעים לא-אלימים שמטרתם ליצור לחץ פוליטי על השלטון כדי שישנה את מדיניותו⁸², ומאיים על החברה יותר מסרבנות מצפון. הפרות שכאלו עלולות לבוא לידי ביטוי גם באי-חובת הגיוס המעוגנת בחוק, וגם בהפרה של חובות מחוץ לצבא, כגון אי-תשלום מס. מנגד, סרבנות המצפון מבקשת להשיג יעד מצומצם יותר. סרבן המצפון אינו מבקש לשנות מדיניות, אלא רק להימנע מפעולה המנוגדת למצפון ולערכים הבסיסיים שהוא מאמין בהם⁸³.

הסנונית הראשונה מבית המשפט העליון בסוגיית הסרבנות, יצאה בפסק הדין בעניינו **אלגזי**, אשר סירב לשרת בשטחים, והביע עמדה זו לפני ולאחר הגיוס, ובגין הסירוב נידון למאסר, ובעתירתו טען כי נעשתה הפליה בינו לבין חיילים אחרים, אשר הותר להם שלא לשרת בשטחים. המדינה הודיעה לבית המשפט כי בעבר ניתנו התחייבויות לסרבני שירות סלקטיביים שלא יאולצו לשרת אלא בתחום הקו הירוק, אך השלטונות שינו גישתם בעקבות התרחבות התופעה, אשר הפכה למחאה קבוצתית מאורגנת בתוככי צה"ל. בית המשפט דחה עת עתירת אלגזי, ובדחייתו אומר **השופט חיים כהן** כי:

"קיים הבדל עקרוני בין הטיפול האינדיבידואלי בבקשותיו ובמשאלותיו של חייל פלוני, לבין קביעת נהלים שיחולו, מאז תחילתם ואילך, על כל בקשה מסוג מסוים. אם בעבר

⁷⁸ הודעת דובר צה"ל 13.12.09, חח"מ 10857.

⁷⁹ בג"צ 3238/04 **יונתן בן-ארצי נ' שר הביטחון ואח'**, (לא פורסם, 01.06.05) (להלן: "עניין **יונתן בן-ארצי**").

⁸⁰ עו"ד ירון אונגר **גבולות הציות והסרבנות לפקודה הצבאית** (הכנסת - מרכז המחקר והמידע).

⁸¹ האיסור בדבר התארגנות חיילים מעוגן בפקודת מטכ"ל 8.0105 - פעילות ציבורית של אנשי צבא, התבטאויות פומביות וקשר עם עיתונאים ועם הציבור ועם הדרג הממלכתי הבכיר. סעיף 11 לפקודה קובע כי "חייל לא יהיה חבר בארגון חיילים ולא ייטול חלק בפעילות להקמתו, לקיומו או לניהולו של ארגון כזה".

⁸² אבי שגיא ורון שפירא "אי ציות אזרחי וסרבנות מצפונית" **אלפיים** 27 (תשס"ד, 2004).

⁸³ גדעון דורון "סרבנות מצפונית כווסת של מדיניות" **בעיות בינלאומיות** כ"ח 53 (תשמ"ט, 1989).

זכו חיילים אינדוידואליים לאוזן קשבת לדרישותיהם המצפוניות, אין בכך כדי למנוע בעד השלטונות לקבוע כללים שיחולו מכאן ולהבא על כל בקשות מסוג זה.. כל עוד 'צרכי הצבא' בשירותו של חייל אינדיבידואלי אינם נשקלים, אלא מתבצעת ההוראה הכללית שאין משחררים איש מן השירות מטעמי מצפון. יהא אשר יהא על 'צרכי הצבא' - ההפליה אינה קיימת, ובית משפט זה לא יתערב"⁸⁴.

בית המשפט ממחיש את שינוי התפיסה ואת ההבנה שמדובר בתופעה הצוברת אופי מאורגן, ולכן יש צורך בלמנוע את הסרבנות הסלקטיבית. כלומר, בתי המשפט החל משנות השמונים מתאימים עצמם להלך הרוח שבשלטונות הצבא, ומכיוון שהסרבנות הסלקטיבית הופכת תדירה יותר - יש צורך למגרה, ולכן בית המשפט העליון מבהיר דעתו בסוגיה על ידי התנגדות לכל סרבנות סלקטיבית שהיא.

בהמשך נצרך בית המשפט להתמודד עם סוגיות דומות כדון סוגיית השירות בלבנון, ופסיקתו עקבית בסוגיה. בפסק הדין בעניין **שיין**, אומר השופט **אלון** כי "אין להעלות על הדעת, שצה"ל - או כל מערכת צבאית שהיא - יכולים להשלים עם תופעה של סירוב לציית לפקודות חוקיות בדבר מקום השירות..."⁸⁵. הסוגיה נדונה שוב בעניין **מכנס**⁸⁶, בה דובר על איש מילואים, במקצועו עורך דין, אשר הלך בפני רשויות הצבא על מדיניות חדשה שבה נוקט הצבא, אשר על פי טענותיו מתבטאת במעבר החייל ליחידה אחרת, כאשר החייל מסרב לשרת. גם עתירה זו נדחתה, ובפסק הדין שניתן על ידי הנשיא **שמגר**, נמצא ציטוט של תשובת לשכת הרמטכ"ל לעותר, ולאחר מכן ציטוט מתוך פסק הדין בעניין **שיין**, ולסיים אומר הנשיא **שמגר** כי "דברים אלה מקובלים עלי במלואם, ואינני רואה להוסיף עליהם".

4.7 השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על סרבנות מצפון סלקטיבית

אחרי כינונו של **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** הגיע לפתחו של בית המשפט העליון עניינו של **אפשטיין**⁸⁷, אשר דחה גיוסו מפעם לפעם, עד אשר בדצמבר 1994 ביקש לראשונה לפטור עצמו משירות ביטחון מטעמי מצפון, כחלק מהכרה שהגיע אליה כי עליו לא לשרת באף צבא שהוא, כולל צה"ל. ועדה המצפון דחתה את בקשתו, לאחר שקבעה כי אפשטיין למעשה אינו פציפיסט אלא משיקולים אישיים אינו מעוניין לשרת בצה"ל. הרכב בית המשפט העליון בראשות השופט **לוי** דחה את עתירת אפשטיין, תוך הסתמכות על שני טעמים עיקריים, הראשון הינו הטעם הפרוצדוראלי, כי חוק שירות ביטחון נהנה משמירת הדינים מכוח **סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, ולכן לא תישמע הטענה כי החלטת הצבא מכוח חוק שירות ביטחון פוגעות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנוסף, קובע בית המשפט כחלק נימוק מהותי כי גם אם היינו מעמידים את ההחלטה נשוא העתירה בפני מבחני פסקת ההגבלה אזי היינו מוצאים כי הפגיעה הינה מידתית וחוקתית, ובלשונו של השופט **לוי**:

⁸⁴ בג"צ 470/80 אלגזי נ' שר הביטחון ואח' (לא פורסם).

⁸⁵ עניין שיין, לעיל ה"ש 43, עמוד 399.

⁸⁶ בג"צ 630/89 מכנס נ' הרמטכ"ל ואח' (לא פורסם, 31.12.89) (להלן: "עניין מכנס").

⁸⁷ בג"צ 4062/95 אלכסנדר אפשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד מא, 794 (להלן: "עניין אפשטיין").

”אכן אין ספק בדבר שיש. בכפיית השירות הצבאי על האזרח משום פגיעה בחירותו האישית, אך פגיעה זו יציר החוק היא, גם לו יכולנו לבדוק את חוקיות החוק לפי המבחנים הכלולים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (דבר שאין אנו יכולים לעשות לאור הוראות סעיף 10 לחוק), שומה היה עלינו להעמיד כנגד הזכויות הנזכרות בחוק זה גם ערכים אחרים, כאמור בסעיף 8 (פסקת ההגבלה)”⁸⁸.

נראה כי גם אם מנקודת המבט של הסרבן הסלקטיבי, אין הבדל בין מידת הפגיעה בחירותו המצפונית של הסרבן ה'מלא' לסרבן הסלקטיבי כאשר נכפה עליו שירות צבאי. הרי שההבדל בין סוגי הסרבנות, ובהתאם האיזון השונה המוכרע בין השניים, הינו תוצאה של הסכנות החברתיות החמורות יותר הטמונות בהכרה בסרבנות הסלקטיבית מאשר הסכנות הטמונות בהכרה בסרבנות במלאה.

כמסקנה אופרטיבית ניתן לומר כי קיימת הכרה מסוימת במשפט הישראלי בזכות שלא לשרת בצבא מטעמים פציפיסטיים וזאת לאור השפעת עקרון חופש המצפון, ויש בידי רשויות הצבא, אם שוכנעו כי טעמים אלו הם העומדים ביסוד הבקשה, לפטור את אותו מבקש משירות צבאי, מתוקף סמכותם הטבועה בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון. אולם, לא ניתן להעריך באיזו מידה בית המשפט העליון יהיה נכון להתערב בהחלטות הרשויות הביטחוניות שלא לפטור אדם משירות צבאי, גם כאשר הטעמים יהיו על פי הבנת רשויות הביטחון - טעמים פציפיסטיים.

בפסק הדין הנ"ל בעניין אפשטיין מציין בית המשפט העליון כי היה בוחן את שיקול דעתן של רשויות הצבא אילו היה מדובר בסירוב רשויות הצבא ליתן פטור לכל מי שמחזיק בהשקפת עולם פציפיסטית מובהקת. עם זאת מקרה כזה טרם הגיע לפתחו של בית המשפט העליון. נכון להיום רשויות הצבא נותנות משקל נאה לבקשות שלא לשרת מטעמים פציפיסטיים של ממש, ובחרים לאזן בין ערכים מתחרים - חובת השירות ובטחון המדינה אל מול הפגיעה בחירות האישית של המתגייס וזכויותיו, וכבר נקבע כי שר הביטחון רשאי שלא לפטור "במקום שצורכי הביטחון הם חריפים"⁸⁹.

גם לאחר חקיקת חוקי היסוד, ולמרות התגברות הפסיקה בעד זכויות הפרט⁹⁰, בית המשפט העליון ממשיך בגישתו, אשר התבססה בשנות השמונים, ומסרב להכיר בכל סוג שהוא של סרבנות סלקטיבית, אולם מנגד, בסרבנות מצפון 'מלאה' - בית המשפט מכיר, ובוחר להקל במקרים שכאלו.

פסק דין יונתן בן ארצי⁹¹ ממחיש את הבעייתיות במתן פטור - בן ארצי נכנס בשערי ועדת המצפון מספר פעמים במשך חמש שנים בטרם הגיע בפני בג"צ ב-2004. טענתו אשר הובאה על ידי הוריו

⁸⁸ עניין אפשטיין, לעיל ה"ש 87, עמוד 2.

⁸⁹ עניין זונשיין, לעיל ה"ש 19, עמוד 734.

⁹⁰ בג"צ 2481/93 יוסף דין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז משטרת לירושלים, מח(2), 456.

⁹¹ עניין יונתן בן ארצי, לעיל ה"ש 79.

היא כי מדובר בנער בעל השקפת עולם פציפיסטית עמוקה כבר מגיל צעיר, ולכן יש לשחררו מכל מסגרת צבאית שהיא, בנוסף טען בן ארצי כי על פי גישת פלר - חייל שיודע סובייקטיבית שהפקודה היא לא כדיון, עליו לסרב לה. בית המשפט אומר לטענה זו שהטענה הזו לא "נראית לנו, בכל הכבוד. הוא עומד בסתירה חזיתית לרעיון העומד בבסיס הסעיף, בחינה סובייקטיבית של הפקודה תביא לאנרכיה בצבא וחומר וודאות שהוראה זו מבקשת לסלק"⁹². בית המשפט ממשיך וקובע כי מדובר בבחור אשר לא רק טעמים שבמצפון עומדים ביסוד התנהגותו (אלא טעמים הקשורים למשפחתו), אולם גם אם היו רק טעמי שבמצפון, זה לא היה כדי לחייב את המערכת הצבאית לשחררו⁹³, "ובמתח שבין רצונו של אדם לבין כיבוד צורכי החברה וחוקיה, חייב אדם, לעיתים, לכוף ראשו בפני הכלל ובפני חוקי המדינה", בסופו של הליך, בית המשפט מציע לבן ארצי שירות חלופי המבטא את הכרת הצבא בכבודו של בן ארצי, בחופש מצפון ובערכיו, אולם בן ארצי מסרב לבחור באפשרות החלופית, ולכן לא נותר לבית המשפט אלא להרשיעו.

דבריו של הנשיא **שמגר** בפסק הדין בעניין **מכנס** מסכמים בצורה ראויה את סוגיית האיזון בין חופש המצפון הפרטי, לבין אינטרס הציבור:

"נדמה כי סרבנות המצפון הסלקטיבית מחייבת עריכת איזון נפרד משלה. היא לא תיגזר מהאיזון הנעשה במקרה של סרבנות מצפון 'מלאה'. לגבי השאלה מהו האיזון הראוי והמתבקש במקרה של סרבנות סלקטיבית, לא ידועה התשובה, אולם ניתן להניח כי ניתן לפגע במצפון של הסרבן המצפוני (ה'מלא' או ה'סלקטיבי') רק אם קיימת וודאות קרובה של פגיעה ממשית באינטרס הציבורי"⁹⁴.

4.8 הצעות חוק בנוגע לסרבנות סלקטיבית

בכנסות ה-16⁹⁵ וב-17⁹⁶ הונחו הצעות שונות מטעם חברי כנסת שונים למתן פטור מוסדר בחוק לגברים ונשים, משירות צבאי מטעמי מצפון. ההצעות דומות במבניהם. ההצעה האחרונה שהובאה להצעה בכנסת הנוכחית היא של חברי הכנסת מוחמד ברכה, חנא סוייד, דב חנין ועפו אגבריה, ההצעה קובעת בזה הלשון:

⁹² עניין יונתן בן ארצי, לעיל ה"ש 79.

⁹³ עניין שיין, לעיל ה"ש 43.

⁹⁴ עניין מכנס, לעיל ה"ש 86, עמוד 2.

⁹⁵ הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון – פטור מטעמי מצפון), התשס"ג-2003, ה"ח פ/1101/17, וכן פ/225/17.

⁹⁶ הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון – פטור מטעמי מצפון), התשס"ו-2006, ה"ח פ/22/17.

"הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון - פטור מטעמי מצפון), התשס"ט - 2009

40א. מועמד לשירות ביטחון שהצהיר בכתב לפי סעיף 15 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971, בפני שופט, כי טעמים שבמצפון מונעים אותו מלשרת בשירות ביטחון, יהיה פטור משירות ביטחון לאחר שימסור את התצהיר, באופן ובמועד שיקבעו בתקנות, לפקד שהוסמך לכך"⁹⁷.

בדברי ההסבר מסבירים חברי הכנסת כי, השכל הישר את השלטונות שלא לכפות על אזרח כלשהו מעשה הנוגד את ערכיו הבסיסיים ביותר, וכי כפייה שכזו מפרה את העיקרון החוזי-וולונטרי שבהתקשרות האזרח לשלטון והופכת התקשרות זו לשרירותית. בנוסף, יש חשיבות משנה לקיומה של מערכת חוקתית המגנה על הפלורליזם הערכי ועל חופש המצפון והבחירה של כל אזרח.

5. סרבנות מצפון במשפט משווה

5.1 אירופה וארה"ב

מעניין להשוות את היחס בישראל לסרבני מצפון סלקטיביים לעומת היחס אליהם במדינות אחרות. סרבנות מצפון זכתה להכרה רחבה ביותר במדינות אירופה, גופים שונים כמו מועצת אירופה והפרלמנט האירופי קיבלו החלטות התומכות בהכרה בסרבנות מצפון כזכות מוכרת, כדוגמת האמנה האירופית שהייתה הראשונה במשפט הבינלאומי שהכירה בסרבנות מצפון.

⁹⁷ הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון – פטור מטעמי מצפון), התשס"ט-2009, ה"ח פ/438/18

אחת הדוגמאות הברורות יותר היא חוקת גרמניה אשר נכתבה לאור ניסיון העבר של הגרמנים עם המשטר הנאצי. החוקה מציינת באותיות קידוש לבנה כי אף אדם לא יחויב כנגד צו מצפונו להעניק שירות מלחמתי הכרוך בשימוש בנשק⁹⁸:

"Article 4[freedom of faith, conscience, and creed]

...

(3) No person shall be compelled against his conscience to render military service involving the use of arms. Details shall be regulated by a federal law"⁹⁹.

בארה"ב המצב מעט שונה, בעבר, הפציפיזם בארה"ב היה מעוגן ברובו בתפיסות דתיות, בעיקר נוצריות, והדרך להוכיח את הטענה שפלוני פציפיסט הייתה להביא ראיות להשתייכותו הדתית. הזיקה ההדוקה בין פציפיזם לבין סוגים מסוימים של תפיסות דתיות מסבירה את העובדה שהפטר שניתן במשפט האמריקאי ב-1967 לפציפיסטים הוגבל באופן שאינו משתמע לשני פנים לפציפיזם על בסיס דתי בלבד¹⁰⁰.

הפסיקה האמריקאית הרחיבה אומנם את המונח "דתי" כדי לכלול בו כל מחויבות עמוקה לתפיסת עולם¹⁰¹, אבל מבחינה היסטורית ברור שבפני המחוקק עמדו סרבני המצפון של מלחמת העולם הראשונה והשנייה, שכמעט כולם פעלו ממניעים דתיים-נוצריים. לאחר מלחמת וייטנאם הוצגו נתוני הגיוס אשר עמדו בשנים 1963-1973 על מעל 9,000 גברים אשר הועמדו לדין בגין סירובם לשרת בצבא ארה"ב, חלקם שרפו את תעודותיהם וחלק אחר עזב את הארץ בתקופת המלחמה.

בארצות הברית קיים חוק שירות ביטחון המאפשר להפעיל גיוס חובה בשעת חירום (שימוש אחרון נעשה בו במלחמת וייטנאם), החוק כולל פסקה הדנה בפטר מטעמי מצפון:

"Nothing contained in this title shall be construed to require any person to be subject to combatant training and service in the armed forces of the united states who, by reason of religious training and belief, is conscientiously opposed to participation in war in any form..."¹⁰².

⁹⁸ מבוסס על GERMAN CONSTITUTIONAL LAW, לעיל ה"ש 42.

⁹⁹ שם.

¹⁰⁰ Walsh v. United States, 398 U.S 333 (1970)

¹⁰¹ שם.

¹⁰² THE MILITARY SELECTIVE SERVICE ACT (50 U.S.C App. 451 et seq.)

כלומר, שמטעמי טובת הכלל, הורו בתי המשפט להתיר חקיקה המגבילה את קיום הדת או מטילה חיוב שיש בו עבירה על איסור דתי. מטעם זה הצדיק בית המשפט העליון בארה"ב חוק בדבר חובת שירות צבאי החל גם על מאמינים בדת האוסרת עשיית מלחמה ולקיחת חלק בה¹⁰³.

לטענת סרבני המצפון בארצות הברית, ברי שהנימוק שביסוד הפטור הוא למנוע מהמאמין את הברירה הבלתי אפשרית בין צו מצפוני לצו הרשות.

"Absent special status would be put to a hard choice between contravening imperatives of religion and conscience or suffering penalties"¹⁰⁴.

מנקודת ראות זו אין הבדל אם הצו העליון, לו נענה הסרבן הוא צו האל או צו המצפון. שכן, מבחינה לא דתית, גם אם צו הדת מבוסס אך ורק על אמונתו של המאמין ומבחינה זו הוא סובייקטיבי לחלוטין, ובפסק הדין בעניינו של אל"מ דאונר אומר השופט מרשל (Marshall) כי:

"The exemption for those who oppose 'participation in war in any form' applies to those who oppose participating in all war and not to those who object to participation in a particular war only; even if the latter objection is religious in character"¹⁰⁵.

כיום, נעשית הבחנה בין הסרבנות המצפונית המלאה, אשר תתקבל כדוגמת המקרה בעניין אל"ם דאונר¹⁰⁶, לבין סירוב למעשה ספציפי, אשר תידחה כדוגמת פסק הדין בעניינו של קפטיין נויד, אשר ביקש לשרת בצבא ארצות הברית, אך ביקש להימנע מפעילות הקשורה במלחמת וייטנאם, אשר לדעתו הייתה לא צודקת, באישור הרשעתו של קפטיין נויד מבחין בית המשפט הצבאי לערעורים בין שני סוגי הסרבנות:

"The 'universal pacifist' may, in fact, agree with the justice and morality of the government position in a particular confrontation or cause, but his conscience still prevents him from bearing arms in support of the country and its causes. His claim for exemption is single definitive, not multiple and myriad; and it is irrelevant to all causes and confrontations. On the other hand, the bases of exemption claimed by the selective objector are inseparable from the daily decisions of constituted authority"¹⁰⁷.

¹⁰³ Hamilton V. Regents of the university of California, 293 U.S 245 (1934)

¹⁰⁴ STEPHEN BOYAN, DEFINING RELIGION IN OPERATIONAL AND INSTITUTIONAL TERMS (u.pa. l.rev)

¹⁰⁵ United States v. Downer, 2 Cir., 135 F.2d 521 (להלן: "Downer")

¹⁰⁶ שם.

¹⁰⁷ United States v. Kauten, 2 Cir., 133 F.2d 703 (1943)

החלטות בתי המשפט בארצות הברית היו עקביים וחזרו פעם אחר פעם על האבחנה בין סרבנות סלקטיבית אשר הינה אסורה, לבין סרבנות מצפון 'מלאה', סרבנות אשר הוכרה¹⁰⁸.

5.2 משפט עברי

בניגוד לנהוג ברחבי העולם המודרני ביחס לסרבני מצפון מכל סוג שהוא, המשפט העברי נוקט בגישה שונה. נקדים ונאמר כי ההלכה קובעת כדבר שבקונצנזוס כי "דינא דמלכותא דינא", כלומר דין המלכות הוא דין, וחייב אדם לשמור ולקיים את דיני המלכות, בין חוקים הקשורים למס הכנסה ולמכס, ובין חוקים הנוגעים לתקנת הציבור כחוקי התנועה וכדומה. לדעת רוב הפוסקים, המעלים מס או גונב את המכס עובר באיסור תורה, מאחר ודין המלכות אוסר על עבירות אלו.

שאלה מרכזית ישנה, על איזו מלכות נאמר הכלל "דינא דמלכותא דינא", לדעת הר"ן והרשב"א¹⁰⁹ לא נאמר כלל זה אלא מלכות של גויים בחוץ לארץ. אולם דעת רוב הראשונים ובתוכם הרמב"ם¹¹⁰ חולקים על פירוש זה וסוברים כי אין שום הבדל בין ארץ ישראל לחוץ לארץ, ובכל מקום שיש מלכות או ממשלה, דיניה וחוקיה מחייבים. ואכן נפסק להלכה על פי רוב הפוסקים, שגם בארץ ישראל חל הכלל של "דינא דמלכותא דינא", וכך פסק השולחן ערוך¹¹¹.

אולם, הסייג המשמעותי ביותר שעומד בפני דין המלכות הוא, שכל דין או חוק הנוגד את חוקי התורה, אין לו תוקף מחייב. ומכן יוצא כי, כאשר המלכות קובעת שיש צורך במסירת שטחים לדוגמא, דבר הנוגד את דברי התורה, שהרי על פי רוב הפוסקים האיסור לסגת מחבלי ארץ ישראל חמור מאוד מכיוון שישנו חילול ה', וממילא אדם צריך למסור נפשו בבחינת "ייהרג ואל יעבור". כלומר, כאשר אדם נדרש לבחור בין דין המלכות שלה הוא כפוף לבין חוקי התורה - חוקי התורה גוברים. ומה תהיה התועלת בסירוב כאשר ברור שהדבר לא יציל את ארץ ישראל? נשיב כי גם כאשר אין בכוחנו למונע את הציבור מלחטוא, כל אחד ואחד מאיתנו מצווה לשמור על טוהר חייו וניקיון כפיו. גם במקום שבו כולם גנבים, על היחיד מוטלת המצווה שלא לגנוב. מדובר בעקרון הנלמד ממצוות "הוכח תוכיח את עמיתך ולא תשא עליו חטא"¹¹², גם כאשר אין סיכוי שהחוטא ישמע את התוכחה, לכל הפחות צריך להביע עמדה, כי מעשה זה הוא חטא ואסור לעשותו וקל וחומר שאסור להשתתף בביצועו של החטא¹¹³.

מנגד, מציג הנצי"ב מוולוז'ין¹¹⁴ הסבר לפיו יהושע הוסמך להמית את כל מי שימרה את פיו (אף שלא היה לו מעמד של מלך), משום שהפרת פקודתו של מפקד מחלישה את רוחו, כלומר, שעל מנת להתמודד עם חלישות הרוח, מותר לצאת כנגד הסרבנות, אף במחיר הרג אחים, ובכל זאת

¹⁰⁸ Gillette v. United States, 401 U.S. 437 (1971) (להלן: "Gillette").

¹⁰⁹ מובא בפירושה למסכת נדרים כח, א'.

¹¹⁰ הרמב"ם, הלכות מלכים ג, ט'.

¹¹¹ שולחן ערוך, חושן משפט שסט, ו'.

¹¹² ויקרא יט, יז'.

¹¹³ רמ"א אורח חיים תרח, ב', ומשנה ברורה ובאורח החיים שם.

¹¹⁴ העמק שאלה פרשת ואתחנן, שאילתא קמב.

המשפט העברי מצדיק נסיבות המובילות לסרבנות, כפי שהזכרנו – כאשר הדבר נוגד את דברי התורה במפורש.

שאלה נוספת ישנה בסוגיה זו והיא, האם עדיף שחיילים יודיעו מראש ובפומבי שלא יסייעו בנסיגה, או שדי בכך שבפועל לא יסייעו לעבירה, אבל עדיף שלא יודיעו על כך מראש?

יש הסוברים כי ההודעה הפומבית על סירוב עלולה לפגוע בצבא, שכן הצבא נשען על נורמת הציות לפקודות, וסרבנות פומבית עלולה לפגוע בלכידותו, ורק אם יגיע אותו חייל לסיטואציה של ניגוד בין דין תורה לבין חוקי הצבא, יפנה למפקדו ויסביר לו, כי על פי אמונתו, אין הוא יכול להשתתף בדבר עבירה חמור שכזה.

מקור נוסף לסרבנות מצפונית הוא פרשת אוריה החתי. אוריה, שהיה מגיבורי דוד, נקרא לשוב משדה הקרב וללכת לביתו. אוריה שב, אך לא חזר לביתו אלא נשאר ב"פתח בית המלך". מששאל אותו דוד מדוע הוא לא ממלא את פקודתו, אוריה השיב: "הארון וישראל ויהודה יושבים בסוכות ואדוני יואב ובדי אדוני על פני השדה חונים, ואני אבוא אל ביתי לאכול ולשתות ולשכב עם אשתי?"¹¹⁵. חז"ל קבעו¹¹⁶ שבשל תשובה זו נחשב אוריה למורד במלכות שדינו מוות, אולם הדעות נחלקו השאלה במה התבטאה מרידתו. יש הסוברים שמרידתו הייתה בעצם סירובו ללכת לביתו לפי פקודת המלך¹¹⁷. אוריה בעצם טוען לבעיה מצפונית, הוא לא מסוגל לצאת משדה הקרב אל ביתו, בשעה שחבריו נמצאים בשדה הקרב, ולפי הפרשנות כי דבר המך מחייבו – הרי שסירובו המצפוני נתפס כלא לגיטימי.

ב-2005 בזמן פינוי יישובי גוש קטיף והשומרון, הייתה דעת הרב אברהם שפירא זצ"ל עם דעת רבנים נוספים, כי רצוי שהחיילים יודיעו על סירוב לקחת חלק בפינוי ברבים ובהקדם האפשרי, וזאת מפני הטעם הנ"ל של מצוות התוכחה, ומפני הסיכוי שהודעת חיילים רבים בצירוף פעילות ציבורית אולי יגרמו לביטול הגירוש והנסיגה.

כלומר, המשפט העברי סבור כי על דרך הכלל יש לקבל את דין המלכות המקומי, ואדם העובר על אותו דין – יש הסוברים כי עובר על איסור מן התורה, אולם כאשר דין המלכות מתנגש עם דין ההלכה היהודית, הרי שהאחרון גובר, ויש להתנגד לביצוע פעולות הסותרות את דין ההלכה היהודית.

אפשר לומר כי המשפט העברי חוזר שלב אחד קודם לבחינת סוגיית המצפון האישי, וכי אחרי שקובעים שמקבלים את "דין המלכות המקומית" – אין מקום להתיר שום סוג של סרבנות.

¹¹⁵ שמואל ב' יא, יא'.

¹¹⁶ תלמוד בבלי שבת, עמוד נו, עמוד א'.

¹¹⁷ תוספות שבת עמוד נו, עמוד א', ד"ה "דאמר לי ואדוני יואב".

6. הטלת ספק בגישה הנהוגה בסוגיית הסרבנות הסלקטיבית

כסיכום ביניים ניתן לומר שהספקנו לראות כי היחס של בתי המשפט ושל המחוקק מתחלק לשניים: כלפי סרבני מצפון פציפיסטיים ישנו יחס מקל יותר, וועדת המצפון נאותה להתחשב, אולם כלפי סרבנים סלקטיביים היחס אחר, ובתי המשפט השונים פועלים למיגור תופעה זו על ידי שימוש בטענות שכבר הזכרנו, שעיקרם הוא כי הסרבנות הסלקטיבית יכולה למוטט את הצבא מבפנים.

אולם פסק הדין בעניינם של "חמשת הסרבנים" מינואר 2004 מעורר קושי כלשהוא, ביחס לאותה סרבנות סלקטיבית. פסק הדין עוסק בחמישה סרבני גיוס שהודיעו מספר פעמים כי אינם מוכנים לשרת בצבא שמשימתו העיקרית היא דיכוי העם הפלסטיני בשטחים שנכבשו ב-1967. בית הדין הצבאי המחוזי גזר עליהם עונש של שנת מאסר בפועל. בפסק הדין קובע בית הדין כי "מובן הוא, כי הכרה בסרבנות סלקטיבית מהווה בגדר עקיפת התהליך הדמוקרטי והתערבות בלתי מקובלת

בו¹¹⁸. פרופ' דוד אנוך במאמרו¹¹⁹ מסביר כי גם אם במעשה הסירוב עצמו יש משום פגיעה בהליך הדמוקרטי, עדיין לא נובעת מכאן מסקנה ברורה לעניין התגובה הראויה של המדינה למעשה הסירוב. יכול להיות ובית הדין הניח כי הפגיעה בהליך הדמוקרטי די בה כדי להפוך את הסירוב לבלתי מוצדק, ולכן יש להעניש את הסרבנים, אבל זה בעצם מכוון לכך שיש להעניש על כל מעשה בלתי מוצדק. הסבר נוסף, וסביר יותר הוא כי, מתן פטור לחמישה אלו ולאחרים כמותם יגדיל את מספר הנוהגים כמותם, דבר אשר יביא בעקיפין לפגיעה בהליכים דמוקרטיים. וכאן מתעורר הקושי בהשוואה עם סרבני מצפון פציפיסטיים, שהרי גם האחרונים מסרבים לשרת בצבא ולציית להכרעות דמוקרטיות מטעמים עקרוניים¹²⁰. אבל אותם פציפיסטים נהנים מפטור. לכן, לא ברור כיצד הטיעון שעליו הסתמך בית הדין מצדיק את היחס השונה של המדינה כלפי הפציפיסטים וכלפי החמישה ושכמותם. בנוסף, בית הדין מצדיק החלטתו בקביעה כי קשה להבחין בין סרבן "אמיתי" לבין מי שמתחזה לסרבן מצפון, ולכן מן הראוי לשיטת בית הדין לפגוע בזכות החמישה לחופש מצפון. פרופ' אנוך סובר כי:

"בכפות המאזניים זכות חוקתית מחד גיסא, ומאידך גיסא הוספת עוד כמה אנשים - המתחזים לסרבני מצפון - למעגל הגדול ממליא של מי שאינם משרתים בצבא מטעמים כאלה או אחרים. כדי שהמאזניים ייטו לכיוון קיפוח הזכות החוקתית, היה צריך להראות שמדובר במספר גדול במיוחד של מתחזים פוטנציאליים, ובסיכוי גדול גבוה במיוחד שאמנם יבחרו כל אלה להתחזות"¹²¹.

פרופ' אנוך מציע כי בסרבנות הסלקטיבית יש דבר מה המאיים על שלטונות הצבא, יותר ממה שהיא מאוימת על ידי הסרבנות הפציפיסטית. חיזוק לדברים אלו ניתן למצוא ביחס הנוקשה של שלטונות הצבא כלפי חמשת הסרבנים, לעומת היחס שננקט כלפי אותם שחתמו באותה תקופה על הצהרת סירוב, ובחרו שלא לשרת בצבא, נידונו למאסרים ולבסוף שוחררו מחוסר התאמה לשירות צבאי, כלומר, מדובר בפגיעה בגאווה הצבא כגוף, המביא לחומרה ביחס לסרבנים.

פסק דין נוסף שלגביו מוטל ספק, הוא פסק הדין בעניינו של **זונשיין**¹²², פסק הדין המקיף ביותר בנוגע לסוגיית הסרבנות הסלקטיבית לעומת ה'מלאה'. פסק הדין שניתן על ידי הנשיא **ברק** המסתמך על פסק דין של השופט **טורגוד מרשל** (Thurgood Marshall) במקרה **ג'ילט** (Gillette)¹²³. בספרו טוען הפרופ' **חיים גנז** כי גם אם הסרבנות הסלקטיבית "רחבה" יותר מהסרבנות ה'מלאה', הרי שטענה זו לא יכולה להוות בסיס מספיק להעדיף את שיקולי ביטחון

¹¹⁸ פרק רביעי, סעיף ח(3) להכרעת הדין.

¹¹⁹ אנוך דוד "על פסק הדין של בית הדין הצבאי בעניין חמשת הסרבנים - בעקבות התובע הצבאי נ' מטר ואח'", **משפט וממשל** 8 (2005).

¹²⁰ AMIR PAZ-FUCHS AND MICHAEL SFARD, THE FALLACIES OF OBJECTIONS TO SELECTIVE: CONSCIENTIOUS OBJECTION, 36 (Isr. L. rev. 2002).

¹²¹ ראה לעיל ה"ש מספר 119. דומים דברי פרופ' אנוך הנ"ל לדברי חיים גנז "ימין ושמאל: אי ציות אידיאולוגי בישראל", **אלפיים** 27 (תשס"ד).

¹²² עניין זונשיין, לעיל ה"ש 19.

¹²³ עניין Gillette, לעיל ה"ש 108.

המדינה על פני הערך של חופש המצפון. ביטחון המדינה אינו עומד בסכנה ממשית כל עוד כמות הסרבנים הסלקטיביים - כעניין של עובדה - רחוקה מלהיות קרובה כלל לסיכון יכולתו של צה"ל לבצע משימותיו. בנוסף, הקושי שבהבחנה בין סרבן מצפון לבין מי שמבקש באמצעות הסרבנות להשיג מטרה פוליטית - גם היא לא מספיקה לאי-מתן הפטור לסרבנים סלקטיביים, ומערכות המשפט והצבא צריכות ליצור מנגנון שיאפשר לאנשים הטוענים כי הם סרבני מצפון להוכיח כי הפרו את החוק על מנת להגן על מצפונם ולא כדי להביא לשינוי החוק, או לכל מטרה אחרת. יתרה מזאת, הנשיא **ברק** טוען כי הכרה בסרבנות סלקטיבית "תרופף את החישובים המחזיקים אותנו כעם"¹²⁴, אבל הוא לא מבסס את החשש שהכרה בסרבנות מצפונית סלקטיבית תאיץ את תהליך התרופפות החישובים.

7. פטור נשים משירות צבאי

ישנה סוגיה נוספת הקשורה לעניינו ומושפעת גם כן מחקיקת חוקי היסוד, והיא פטור משירות צבאי המוענק לנשים. המסגרת הנורמטיבית המעניקה אוטומאטי פטור לנשים הינה **סעיף 39(ג) לחוק שירות ביטחון**:

"פטור משירות על פי דין

39. (א) אם לילד ואשה הרה יהיו פטורות מחובת שירות ביטחון משהודיעו על כך.

(ב) אשה נשואה פטורה מחובת שירות סדיר.

(ג)..."¹²⁵.

¹²⁴ פרשת זונשיין, לעיל ה"ש 19 עמוד 737.

¹²⁵ סעיף 39(ג) לחוק שירות ביטחון.

הפער החקיקתי שבין הדין החל על נשים לבין הדין החל על גברים לפי חוק שירות ביטחון, גרם לכך שהועלו טענות כנגד העדר השוויון, גם בטרם חקיקת **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** וגם לאחריו. בפסק הדין בעניין **שטיינברג** אשר ניתן מספר שנים לאחר הקמת המדינה, ממחיש את חוסר ההבחנה שבין סוגי הפטור הכלולים ב**סעיף 36 לחוק שירות ביטחון**, ואומר השופט **זוסמן** כי הפטור המיוחד המוענק לנשים - מוצדק הוא, כיוון ש"תפקידה המיוחד של אישה נשואה בקרב ביתה מצדיק את הוצאתה מתחום תחולתו של החוק"¹²⁶. אולם הפטור הניתן לאישה נשואה הוא פטור מוחלט מפאת מצבה המשפחתי של האישה ואין לו כל קשר לשאלות של מצפון או של השקפה דתית¹²⁷.

לצד הפטור שאולי מעורר קושי מבחינה פמיניסטית, זכו הנשים גם לפטור מסוג אחר - על בסיס חופש המצפון, ואשר מעניק לנשים את האפשרות והחופש להכריע ולהחליט בשאלת גיוסן לצבא בהתאם לעמדתן המצפונית¹²⁸. אולם לאחר קריאות נשנות מצד נשים ובעיקר מצד גברים¹²⁹ לשוויון פורמאלי באמצעות החלת ההסדר הנשי על גברים, ובית המשפט העליון מבטל הסדר קיים זה לטובת הסדר המושתת על אמות-מידה מקובלות של שוויון שעניין מתן יחס דומה לנשים ולגברים.

פסק הדין בעניינה של **ליאורה מילוא**, הוא השלב האחרון בסאגת פטור הנשים, שבה נדרש בית המשפט העליון לעותרת אשר ביקשה לפטור עצמה משירות צבאי מטעמי מצפון נוכח התנגדותה למדיניות צה"ל בשטחים, אומר בית המשפט לגבי פטור נשים משירות צבאי כי:

"העמדה לפיה מערכת שלטונית וצבאית אינה יכולה להשלים עם מצב שבו יוצאי צבא יוכלו להכתיב אם ומתי ישרתו בצבא, היכן ישרתו, אלו פעולות יבצעו...יפה במידה שווה ליוצאי צבא גברים ונשים, הסכנה הטמונה בסרבנות סלקטיבית..אינה שונה בין נשים לגברים, דינם לעניין זה אחד"¹³⁰.

ובמקום אחר אומרת השופטת **פרוקצ'ה** בהתייחס ל**סעיף 39 לחוק שירות ביטחון** כי "הפטור לאישה מכוח הדין על פי **סעיף 39** מתאפיין בהיותו מיוחד לאישה באשר היא אישה. עניינו בטעמים הקשורים במסורת, מנהגים, אמונות ואורחות חיים דתיים ועדתיים..עניינו של פטור מיוחד זה הוא אפוא, בטעמי מצפון בעלי תוכן מסוים ומוגדר"¹³¹.

¹²⁶ ע"פ 5/51 חיים בן יוסף שטיינברג נ' היועמ"ש, פ"ד ה, 1061.

¹²⁷ מנחם הופנונג **ישראל - ביטחון המדינה מול שלטון החוק**, שער שלישי: אומה במדים, פרק ראשון: שירות ביטחון - החוק ויישומו ביחס לקבוצות ולפרטים (תשס"א, 2001).

¹²⁸ נויה רוימלט, "על מצפון, מגדר ושוויון: גלגוליה של סרבנות - המצפון הנשית בין חוק שירות ביטחון לבג"ץ לאורה מילוא", **עיוני משפט כט** (2006).

¹²⁹ מטי' 151/03, 174/03, 205/03, 222/03, 243/03 **התובע הצבאי נ' חגי מטר, מתן קמינר, שמרי צמרת, אדם מאור, נעם בהט** (לא פורסם). **משפטי הסרבנים** (דב חנין, מיכאל ספרד ושרון רוטברד עורכים, תשס"ד, 2004).

¹³⁰ בג"ץ 2383/04 **ליאורה מילוא נ' שר הביטחון**, דינים עליון, סח 769 (להלן: "עניין ליאורה מילוא").

¹³¹ שם.

משמעות פסק דין זה הוא כי נשים המבקשות פטור מטעמי מצפון שאינם קשורים לאמונה דתית או להשתייכות עדתית ייאלצו לבקש זאת במסגרת **סעיף 36 לחוק שירות ביטחון**, המסדיר את סרבנות המצפון של גברים, ויקבלו את הפטור על פי שיקול דעתו של שר הביטחון¹³². בפועל, בעקבות פסק הדין בעניין **ליאורה מילוא** הביא לביטולה הלכה למעשה של זכות היתר הנשית, ו- "ועדת המצפון"¹³³ החלה גם כן לדון בבקשות פטורים של נשים¹³⁴.

8. מסקנות וסיכום

בתחילת כתיבת העבודה שיערתי כי, התנודות בעולם המשפט ביחס לסרבנות הינן קטנות יחסית, לאור העובדה שמדובר בתופעה אשר מוכרת בישראל ובעולם כבר עשרות בשנים, אולם עם קריאת החומרים השונים ובכללם ספרי מחקר, פסקי דין ומאמרים שונים, גיליתי כי השפעת חקיקת חוקי היסוד לא "פסחה" על תחום זה של המשפט, וכי השפעת חוקי היסוד, ובראשם עקרון חופש המצפון ניכרים גם בתחום הסרבנות, וראינו כי כיום בתי המשפט ו"ועדת המצפון" של צה"ל ומשרד הביטחון לא מקלים ראש עם תופעת הסרבנות הסלקטיבית (דבר שאותו אפשרו בעבר) לאור תופעות הסרבנות המאורגנת. אולם, אותה ועדה ובתי המשפט ובתי הדין מכירים בסרבנות ה'מלאה', אשר מומרת לעיתים בשירות לאומי, ובכל זאת נשים המעוניינות לפטור עצמן משירות צבאי מטעמי מצפון, יצטרכו לפנות לאותה "ועדת מצפון" (זאת בעקבות פס"ד בעניינה של ליאורה

¹³² בקשת העותרת ליאורה מילוא, לדיון נוסף בבג"צ – נדחתה.

¹³³ בעמוד 18 לעבודה זו ישנו הסבר לגבי "ועדת המצפון".

¹³⁴ מתוך ספרה של נויה רוימלט, לעיל ה"ש 128.

מילוא¹³⁵). ראינו גם כי, שיטות המשפט באירופה ובארה"ב גם כן מתמודדות עם תופעת הסרבנות בצורות שונות, החל מגרמניה המחייבת שירות לאומי ארוך יותר, ועד ארה"ב אשר נוהגת בדומה לנהוג בישראל ואינה מקלה עם הסרבנות הסלקטיבית. ניתן לראות כי, תופעת הסרבנות הסלקטיבית נתקלת ביד קשה מצד שלטונות צה"ל ומשרד הביטחון כחלק מגישה אשר לא מנסה לאבחן בין הסירובים השונים, אלא על מנת לא לאפשר לסכר לפרוץ, שוללים מכל וכל את הסרבנות הסלקטיבית. המשפט העברי מציע גישה שונה וניתן לומר כי רוב הפוסקים סוברים כי הקביעה של "דינא דמלכותא - דינא" מספיק על מנת שלא לאפשר שום סוג של סרבנות.

לסיום ראינו הטלת ספק ביחס לקביעת בתי המשפט בסוגיית הסרבנות הסלקטיבית. דעות המתנגדים אומרת כי לא ברור הצורך בהתנגדות כל כך נחרצת כנגד סרבנות סלקטיבית אשר לא בטוח ותאיים על יסודות הדמוקרטיה וכן על ביטחון המדינה.

ניתן להסיק כי ביחס לסרבנות 'מלאה', יחס בתי המשפט ושלטונות הצבא סלחניים ומאפשרים פטור משירות צבאי, בהוכחת טעמי מצפון ראויים, לעומת זאת ביחס לסרבנות הסלקטיבית היחס הוחמר למרות הביקורת, ותופעות שכאלו נתקלות בסירוב לשיתוף פעולה גורף, ונקבע כי שר הביטחון לא מוסמך לפטור מחובת שירות מטעמים אלו¹³⁶, ולעניין זה אין הבחנה בין נשים לגברים¹³⁷.

בישראל של 2011 של קריאות לסרבנות מכל עברי הקשת הציבורית-פוליטית, החל מרבנים הקוראים לסרב לפינוי יהודים, וכלה בקבוצות הקוראות לסרב לשרת בשטחים הנמצאים בגבולות ב-1967. וטוב עושים בתי המשפט ושלטונות הצבא, אשר לא מבחינים בין הסוגים השונים, ועל מנת לשמור על הצבא כגוף לא-פוליטי, דואגים לשלול כל סוג של סרבנות סלקטיבית, ומאפשרים סרבנות 'מלאה' מטעמי מצפון.

לעניות דעתי, שלטונות צה"ל צריכים לנהוג בדומה למצב בגרמניה ולחייב בשירות לאומי¹³⁸, את אותם המסרבים לשרת בצבא, ואולי לשקול לחייבם בתקופה ארוכה יותר משירות צבאי רגיל¹³⁹.

בנוסף, יש לשקול לעגן את הפטור המוענק לנשים באופן אוטומאטי, ולבחון עיגון ההליך המפנה נשים המעוניינות בפטור לעבור דרך "ועדת המצפון" בחוק שירות ביטחון.

יתרה מזאת, טוב יעשו המחקקים אם יסדירו את עקרון חופש המצפון כחלק מחוקי ישראל, ולא ישאירו זאת להחלטת בית המשפט העליון, אשר טרם גיבש דעה סופית בסוגיה זו, וזאת כחלק

¹³⁵ עניין ליאורה מילוא, לעיל ה"ש 130.

¹³⁶ עניין שיין, לעיל ה"ש 43 ועניין זונשיין, לעיל ה"ש 19.

¹³⁷ עניין ליאורה מילוא, לעיל ה"ש 135.

¹³⁸ כיום מונחת על שולחן הכנסת הצעוה"כ ציפי חוטובלי לחיוב אנשים שקיבלו פטור משירות – בשירות לאומי. הצעת חוק שירות אזרחי, התש"ע-2010, ה"ח פ/2177/18.

¹³⁹ ע"פ דברי דני סטטמן, לעיל ה"ש 58, אנשים המציעים ל"ועדת המצפון" לשרת בשירות לאומי, זוכים לאמפתיה מצד הועדה, ולאפשרות לשחררם משירות צבאי.

מהליך רחב מכתובת חוקה רשמית לישראל, אשר תכיר בזכויות נוספות אשר בית המשפט העליון נצרך להסיק מתוך עקרון "כבוד האדם" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כאן המקום להודות לד"ר הוסטובסקי ברנדס על עזרתה והכוונתה.

אסיים בדברי הפרופ' ידידיה שטרן כי "הסרבנות תהפוך אותנו לרכבת של חרוזים-חרוזים שאיננה מחוברת. יכולת ההישרדות של רכבת כזו, כל קרון בודד הוא קטר, בלי אחידות ובלי לכידות, יכולת הישרדות על פי הטבע, מאוד נמוכה"¹⁴⁰.

כולי תקווה ותפילה, שתופעת הסרבנות הסלקטיבית תיעצר במהרה, ולא תגרום להרס פנימי של צה"ל, וכן כי הפטור משירות צבאי יינקט רק כאשר הצורך מתעורר.

סבג מאור

9. ביבליוגרפיה

חקיקה ישראלית:

דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 עד 1947.

חוק היסוד: הצבא.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוק העונשין, התשל"ז – 1977.

חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו – 1986.

חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955.

חוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים ובטול שבועה), תש"ס – 1980.

¹⁴⁰ פרוטוקול משיבת הכנסת מספר 152 הוועדה המשותפת של ועדת החינוך, התרבות והספורט וועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-18, (01.02.10).

עתון רשמי 1, תשי"ח (15.1.1948), עמוד 1.

ד"כ 2, 1626 (תשי"ט)

הצעות חוק:

הצעת החוקה של יהודה פינחס כהן (תשי"ח-1948).

טיוטת הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005).

הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון - פטור מטעמי מצפון), התשס"ג-2003, ה"ח פ/1101/17.

הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון - פטור מטעמי מצפון), התשס"ג-2003, ה"ח פ/225/17.

הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון - פטור מטעמי מצפון), התשס"ו-2006, ה"ח פ/22/17.

הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון - פטור מטעמי מצפון), התשס"ט-2009, ה"ח פ/438/18.

פסקי דין בישראל:

ע"פ 112/50 גד בן יצחק יוסיפוף נ' היועמ"ש, פ"ד ה(1), 481.

ע"פ 5/51 חיים בן יוסף שטיינברג נ' היועמ"ש, פ"ד ה, 1061.

ע"פ 450/70 אילן רוגוז'ינסקי נ' מד"י, כו(1), 129.

רע"א 2687/92 דוד גבע נ' חברת וולט דיסני, מח(1), 251.

בג"צ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2), 449.

בג"צ 10/48 צבי זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל אביב (יהושע גוברניק) ואח', פ"ד א(1), 85.

בג"צ 3261/93 רוברט סטיבן מנינג נ' שר המשפטים, פרופ' דוד ליבאי, מז(3), 282.

בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, נא(4), 367.

בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון ואח', נט(4), 736.

בג"צ 7622/02 דוד זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(1), 726.

בג"צ 6168/92 האגודה ההומניסטית חילונית בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(4), 289.

בג"צ 734/83 יעקב שיין נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3), 393.

בג"צ 470/80 אלגזי נ' שר הביטחון ואח' (לא פורסם).

בג"צ 630/89 מכנס נ' הרמטכ"ל ואח' (לא פורסם, 31.12.1989).

בג"צ 4062/95 אלכסנדר אפשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד מא, 794.

בג"צ 2383/04 ליאורה מילוא נ' שר הביטחון, דינים עליון, סח 769.

בג"צ 3238/04 יונתן בן-ארצי נ' שר הביטחון ואח', (לא פורסם, 01.06.2005).

בג"צ 2700/96 ברנובסקי סרגיי נ' שר הביטחון, (לא פורסם).

בג"צ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית נ' ממשלת ישראל, נט(2), 14.

בג"צ 80/62 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פד"י יז 2048, 2063.

בג"צ 5587/09 ראובן שבילי נ' שר הביטחון (לא פורסם, 28.7.10).

בג"צ 2481/93 יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז משטרת לירושלים, מח(2), 456.

ביד"צ מר/3/57 תובע צבאי נ' מלינקי, פ"מ יז.

מקורות מן המשפט העברי:

דברים כ.
ויקרא יט, יז.
משנה, מסכת סוטה ח, ה.
תוספתא, סוטה פרק ז, הלכה כד.
פירוש למסכת נדרים כח, א.
שולחן ערוך, חושן משפט שסט, ו.
רמ"א אורח חיים תרח, ב.
העמק שאלה פרשת ואתחנן, שאלתא קמב.
בבלי, ברכות נח, עמוד ב'.
שמואל ב' יא, יא'.
בבלי, שבת נו, עמוד א'.
תוספות, בבלי, שבת עמוד נו, עמוד א', ד"ה "דאמר לי ואדוני יואב".
הרמב"ם, הלכות מלכים ג, ט'.

ספרים:

אליעזר וינרב **זכויות האדם והאזרח בישראל** כרך ב', (רות גביוון וחגי שנידור עורכים, 1991).
אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך א' (מהדורה חמישית, 1996).
אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך ג: פרשנות חוקתית (1994).
כתבי אפלטון **קריטון** כרך א', (תרגום י"ג ליבס, הוצאת שוקן, ירושלים ותל אביב, תשט"ו).
זאב שיף ואיתן חבר **לקסיקון לביטחון ישראל**, (מהדורה שנייה, תשל"ו).
מנחם הופנונג **ישראל בטחון המדינה מול שלטון החוק** (הוצאת נבו, 1991).
רות גביוון **זכויות אדם בישראל** (תשנ"ד).
נורמות ואתיקה במשפט הצבאי - מבחר פסקי דין אלוף ישי בר (2002-2007).
גבול הציות תנועת "יש גבול" (עורכים ישי ודינה מנוחין, דצמבר 1985).
חיים גנז **ציות וסירוב-אנרכיזם פילוסופי וסרבנות פוליטית** (הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1996).
חיים גנז **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות** (הוצאת עם עובד עורך אלי שאלתיאל, 2006).
דפנה ברק-ארז **צבא חברה ומשפט** (הוצאת רמות, אוניברסיטת תל אביב, עורך אשר מעוז, 2002).
מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור **חוק יסוד: הצבא** (בעריכת יצחק זמיר, הוצאת האוניברסיטה העברית בירושלים, 2000).
גיא ישראל זיידמן **הזכות לשרת בצה"ל** (הוצאת פרלשטיין גינוסר, אפריל 1996).

AMIR PAZ-FUCHS AND MICHAEL SFARD, THE FALLACIES OF OBJECTIONS TO SELECTIVE:
CONSCIENTIOUS OBJECTION, 36 (Isr. L. rev. 2002).

L. SHELEFF, RABBI CAPTAIN GOLDMAN'S YARMULKE, FREEDOM OF RELIGION AND CONSCIENCE AND CIVIL (MILITARY) DISOBEDIENCE, 17 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS (1987).

מאמרים וקטעי עיתונות:

- חני אופק-גנדלר "התארגנות חיילים – האם בשלה העת לתמורה בישראל?" **משפט וצבא** יט (התשס"ז).
- דוד אנוך "על פסק הדין של בית הדין הצבאי בעניין חמשת הסרבנים, בעקבות התובע הצבאי מ' מטר ואח"י" **משפט וממשל** ח' (תשס"ה, 2005).
- דוד אנוך "עוד על הפטור משירות צבאי מטעמי מצפון: תגובה לדני סטטמן" **עיוני משפט** ל"א חוברת 3 (עופר גרוסקופף עורך, תשס"ח-תשס"ט).
- דני סטטמן "הרהורים ביקורתיים על הפטור משירות צבאי מטעמי מצפון" **עיוני משפט** ל"א חוברת 3 (עופר גרוסקופף עורך, תשס"ח-תשס"ט).
- עו"ד ירון אונגר **גבולות הציות והסרבנות לפקודה הצבאית** (הכנסת-מרכז המחקר והמידע).
- נויה רוימלט "על מצפון, מגדר ושוויון: גלגוליה של סרבנות-המצפון הנשית בין חוק שירות ביטחון לבג"ץ לאורה מילוא" **עיוני משפט** כט (2006).
- דין וחשבון ועדת החקירה – **מלחמת יום הכיפורים** (תשל"ה).
- שולחן עגול בנושא: **אי ציות ודמוקרטיה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 3 בפברואר 1999, י"ז בשבט תשנ"ט).
- "סרבנות השירות בשטחים - החלטת הפרקליט הצבאי הראשי" **משפט וצבא** 16 (התשס"ג).
- זיו בורר "ברור וגלוי? כיצד יזהה חייל פקודה בלתי חוקית בעליל" **משפט וצבא** 17 (תשס"ד, 2004).
- פרוטוקול משיבת הוועדה המשותפת של ועדת החינוך, התרבות והספורט וועדת החוץ והביטחון שהתקיימה ביום שני י"ז בשבט, התש"ע (1.02.2010) בשעה 12:30 (פר' 152), הכנסת ה-18, מושב שני.
- אביעד הכהן "על חובת השוויון בשירות הצבאי" **פרשת במדבר** גיליון 74, משרד המשפטים המחלקה למשפט עברי (תשס"ב).
- אבי שגיא ורון שפירא "אי ציות אזרחי וסרבנות מצפונית" **אלפיים** 27 (תשס"ד, 2004).
- מנחם פינקלשטיין "המשפט בתקופת לחימה" **משפט וצבא** 16 (תשס"ב, 2002).
- דפנה ברק ארז "על טייסות וסרבנות מצפון: מאבק אחד או מאבקים שונים?" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** (הפקולטה למשפטים ת"א, מאתר נבו).
- צבי ברנזון "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל" **עיוני משפט** ג (תשל"ג).
- הלל סומא "הזכויות הבלתי מנויות על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח (תשנ"ח).
- ליאון שלף "שני דגמים להבטחות זכויות האדם - דגם אמריקני מול דגם ישראלי אפשרי" **מחקרי משפט** טז, עמודים 105-139, תשס"א-2001.
- ישי מנוחין "ציות, סרבנות – בין הצדקה לחובה" **על דמוקרטיה וציות** (הוצאת "יש גבול", 1990).
- "ראש הממשלה נתניהו: הסרבנות תגרום להתמוטטות המדינה", **הארץ**, 17 בנובמבר 2009.

חוקים ואמנות זרים:

UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS (Adopted by UN General Assembly Resolution 217A (III)).

INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (Adopted by UN General Assembly Resolution 2200A (XXI)).

UNITED NATIONS TREATY SERIES (No.2889, vol.213, p.222).

U.S CONST. amend. I, 1.

THE MILITARY SELECTIVE SERVICE ACT (50 U.S.C App. 451 et seq.).

Walsh v. United States, 398 US 333 (1970).

United States v. Downer, 2 Cir., 135 F.2d 521.

United States v. Kauten, 2 Cir., 133 F.2d 703 (1943).

Palko v. Connecticut, 302 U.S 319 (1937).

Hamilton V. Regents of the university of California, 293 U.S 245 (1934).

Gillette v. United States, 401 U.S. 437 (1971).

Goldman v. Weinberger, 475 U.S 503 (1986).

ספרים ומאמרים זרים:

JOSEF RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (Oxford UP, 1986).

SABINE MICHALOWSKI, LORNA WOODS ,GERMAN CONSTITUTIONAL LAW (1999).

PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS (London, 1965).

BASIL MITCHELL, LAW MORALITY AND RELIGION IN A SECULAR SOCIETY (London, 1967).

STEPHEN BOYAN, DEFINING RELIGION IN OPERATIONAL AND INSTITUTIONAL TERMS (u.pa. l.rev).

J. WITTE JR, THE THEOLGY AND POLITICS OF THE FIRST AMENDMENT RELIGION CLAUSES: A BICENTENNIAL ESSAY, 40 EMORY LAW JOURNAL (1991).