

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 7622/02

כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופטת ד' ביניש  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

בפני:

העותרים:  
1. דוד זונשיין  
2. קפלן רמי  
3. אורי פיין  
4. רמח שחם  
5. מאור פרסאי  
6. ד"ר אורי טוקר-מימון  
7. אודי אליפנץ  
8. יניב איצקוביץ

נגד

המשיב:  
הפרקליט הצבאי הראשי

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ז בחשון התשס"ג (23.10.2002)

בשם העותרים: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד מיכאל ספרד

עו"ד ענר הלמן; עו"ד יובל רויטמן

בשם המשיב:

### פסק-דין

הנשיא א' ברק:

#### העובדות וההליכים

1. העותרים שבפנינו – שמונה במספר – כולם חיילי מילואים בצה"ל. הם זומנו לשירות מילואים והתייצבו לשירות (למעט עותר מס' 6). משהתברר להם כי שירותם יהיה בשטחים המוחזקים, הודיעו למפקדיהם כי הם מסרבים לשרת במילואים באיזור זה. עותר מס' 6 שידע על שירותו הצפוי בשטחים המוחזקים, הודיע מראש כי לא יתייצב לשירות המילואים. בגין סירובם זה הועמדו העותרים כולם לדין משמעתי בפני קציני שיפוט בעבירות של סירוב לקיים פקודה (עבירה לפי סעיף 12 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955, להלן: החוק) ואי קיום פקודה (עבירה לפי סעיף 123 לחוק). הם נשפטו לתקופות מחבוש שבין 28 ל-35 ימים.

2. בעקבות הרשעתו, פנה עותר מס' 1 לבית משפט זה בעתירה כנגד ההחלטה להעמידו לדין משמעתי בפני קצין שיפוט ולא בפני בי"ד צבאי (בג"ץ 5026/02). בפסק דין מיום 16.7.2002 ניתן תוקף להסכמת הצדדים ולפיה חזר בו העותר מעתירתו ותחת זו יפנה לפרקליט הצבאי הראשי (להלן: המשיב) בבקשה לביטול פסק הדין המשמעתי, כאמור בסעיף 186 לחוק. בהמשך לכך, פנה העותר וכן שישה מן העותרים שבפנינו (למעט עותר מס' 8) למשיב בבקשה כאמור. נימוקי הבקשה היו כי יש לבטל את פסקי הדין המשמעתיים שכן המעשים המיוחסים לעותרים אינם עבירה וזאת משני טעמים: ראשית, עומדת לעותרים הגנת סעיף 125 לחוק שכן השירות בשטחים המוחזקים רצוף

בפעולות בלתי חוקיות וממילא סירוב למלא פקודה בלתי חוקית מהווה הגנה; שנית, הפקודות שניתנו לעותרים פוגעות בזכותם לחופש מצפון ואשר על כן הן בלתי סבירות באופן קיצוני ובטלות.

3. בהחלטתו של המשיב (מיום 3.8.2002) נדחתה בקשת עותרים 1-7 לביטול פסקי הדין המשמעתיים שניתנו נגדם. בהחלטה נקבע כי מעשיהם של עותרים 1-7 הם עבירות מובהקות, כי לא עומדת להם כל טענת הגנה וכי הפקודות עצמן הן סבירות. בהחלטה הודגש כי פעולות הצבא בשטחים המוחזקים הן חוקיות ועומדות בקנה המידה של המשפט הבינלאומי והדין ההומניטרי, כאשר תכליתן של כל הפעולות הננקטות בשטחים המוחזקים הנה שמירה על הסדר והבטחון והגנה על אזרחי ישראל מפני פעולות טרור. עוד נקבע, כי ככל שקיימת הגנה של טעמי מצפון, הרי שזו מתקיימת רק כאשר המדובר בהתנגדות מצפונית כללית לשירות בצבא ולא בסרבנות סלקטיבית הנובעת מנימוקים אידאולוגיים פוליטיים. עוד נקבע, כי ההליך הדיוני בו נקטו העותרים אינו כדין, שכן היה עליהם לתקוף את עצם קריאתם לשירות ("תקיפה ישירה") ולא לנקוט בדרך בה נקטו, קרי, התייצבות לשירות, סירוב פקודה ורק בשלב זה, העלאת טענת הגנה כנגד העמדתם לדין ("תקיפה עקיפה"). מטעמים אלו נדחתה הבקשה. מכאן העתירה שבפנינו.

#### טענות העותרים

4. בעתירתם טענו העותרים כי נפל בהחלטתו של המשיב שלא לבטל את פסקי הדין המשמעתיים נגדם, פגם המצדיק את התערבותו של בית משפט זה ואת ביטול הרשעות העותרים. טענתם של העותרים התבססה על אותם ראשים שבבקשתם לביטול פסקי הדין, כפי שהוגשה למשיב: הראשון, טענה לפיה עומדת לעותרים הגנת סעיף 125 לחוק שכן הכיבוש ופעולות צה"ל בשטחים המוחזקים הם בלתי חוקיים, בניגוד לדין הבינלאומי (המנהגי וההסכמי), לעקרונות היסוד ולחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השני, טענה לפיה העותרים לא עברו עבירה שכן עומדת להם הגנה חוקתית מתחום חופש המצפון שעה שאופיו של השירות בשטחים המוחזקים מחייב את העותרים לבצע פעולות המנוגדות באורח קוטבי לצו מצפונם במונח זה, שהפקודה שניתנה להם היא בלתי סבירה באופן קיצוני. כך, יש להכיר בהגנה חוקתית מטעמי מצפון הגם שהמדובר בסירוב למלא פקודה ספציפית הנוגעת לפעילות ספציפית במקום ספציפי, שכן נוכח הנסיבות המיוחדות המלוות את הסכסוך בין העמים ועוצמת חופש המצפון (והפגיעה בו). העותרים צירפו לעתירתם חוות דעת של פרופ' יוסף רז, פרופ'

דוד הד ופרופ' אלון הראל התומכות בעמדתם – לטענתם – לפיה עומדת לעותרים הגנה חוקתית לסירוב מטעמי מצפון הגם שהמדובר בסרבנות סלקטיבית בעיקרה.

5. המשיב, בתגובתו לעתירה, ביקש כי נדחה את העתירה. אשר לטענתם הראשונה של העותרים נטען, כי השירות בשטחים המוחזקים הוא חוקי לחלוטין ועומד באמות המידה של המשפט הבינלאומי. כך עולה גם מפסיקת בית משפט זה בעתירות שונות. הפעולות שננקטות בשטחים המוחזקים באות לשמור על הסדר הציבורי במסגרת התגוננותה של המדינה מפני גל הטרור האכזרי השוטף אותה. אשר לטענתם השניה של העותרים נטען, כי סרבנותם היא סלקטיבית ולא כללית ואין היא אלא כסות לעמדה אידאולוגית פוליטית. אין המדובר בשאלה מצפונית טהורה. לפיכך, העותרים אינם זכאים לפטור מטעמים סלקטיביים ולצבא אסור כלל לשקול את השיקולים העומדים ביסוד סרבנותם של העותרים היות והמדובר למעשה בשקילתה של אידאולוגיה פוליטית. על כך יש להוסיף את הפגם שנפל בהליך בו נקטו העותרים, שעה שבחרו לתקוף את חוקיות הפקודות ("תקיפה עקיפה") ולא את עצם הגיוס למילואים ("תקיפה ישירה"). אשר על כן, לא נפל פגם בהחלטתו של המשיב ויש לדחות את העתירה. יצויין, כי המשיב צירף לתשובתו חוות דעת של פרופ' אבי שגיא ופרופ' רון שפירא התומכות לטענתו בעמדתו לפיה הגנת חופש המצפון והזכות לסרבנות – ככל שהיא מתקיימת – אינה חלה על העותרים והטענות שעל יסודן מבקשים הם שלא לשרת בצבא.

#### גדר המחלוקת בפנינו

6. בדיון שהתקיים בפנינו ביום 23.10.2002 – ושהצדדים הסכימו לראותו כאילו הוצא בו צו-על-תנאי - צומצמה באופן ניכר חזית הטענות שהעלו העותרים, כמו גם טענות המשיב. העותרים, מצידם, זנחו את הראש הראשון של טענותיהם לפיו הכיבוש עצמו וכן הפעולות הננקטות בשטחים המוחזקים הם בלתי חוקים לכשעצמם ועומדים בניגוד לדין המקומי ולמשפט הבינלאומי. המשיב, מצידו, זנח את טענתו לפיה ההליך אותו נקטו העותרים צריך להביא כשלעצמו לדחיית העתירה. משכך הם פני הדברים, נותרה בפנינו שאלה אחת בלבד ובה נכריע, תוך שאין אנו מביעים עמדה לגבי הטענות האחרות שהועלו בפנינו. עיקרה של שאלה זו הנה חוקיות ההחלטה של שר הביטחון שלא להעניק לעותרים פטור מחובת שירות מילואים בשל טעמים שבסרבנות מצפון סלקטיבית. עמדת העותרים בהקשר זה היא, כי אין להבחין בין סרבנות סלקטיבית לסרבנות מלאה שכן זו גם זו מבוססת על חופש המצפון של הפרט ובמדינה דמוקרטית

יש ליתן ביטוי לחופש זה על דרך של הכרה בפטור משירות במצבים אלה. עמדת המשיב הנה, כי סרבנות סלקטיבית אינה מהווה מימוש מוגן של חופש המצפון ואין להכיר בה במציאות הקיימת בישראל שכן יהא בכך משום וודאות קרובה לפגיעה ממשית בבטחון המדינה. זאת ועוד: אל לו לצבא לשקול שיקולים אלה של סרבנות סלקטיבית המצויים במחלוקת אידיאולוגית פוליטית.

#### המסגרת הנורמטיבית

7. חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן – החוק) פוטר משירות בטחון "יוצא-צבא, אשה, שהוכיחה... כי טעמים שבמצפון... מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון" (סעיף 39(ג) לחוק). ומה דינו של יוצא צבא גבר המבקש פטור משירות צבאי? עניינו שלו נשלט על ידי הוראת סעיף 36 לחוק הקובע:

"סמכות לפטור משירות ולדחות שירות

36. שר הבטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית 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 מסויימת או לחלוטין;

(3) "...".

מקובל על הכל כי פטור משירות צבא בגין טעמים שבמצפון נופל לגדר "מטעמים אחרים" המאפשר פטור משירות סדיר או שירות מילואים (ראו בג"ץ 4062/95 אפשטיין נ' שר הביטחון (לא פורסם); בג"ץ 2700/96 ברנובסקי נ' שר הביטחון (לא פורסם); להלן – פרשת ברנובסקי). עמד על כך השופט מ' חשין בציינו:

"מקובל על שר הביטחון ועל העושים מטעמו כי אותם 'טעמים אחרים' כוללים טעמים של סרבנות מצפון, דהיינו, יוצא צבא יכול שייפטר מחובת שירות סדיר אם סרבן מצפון הוא המתנגד באורח אידיאולוגי-עקרוני למסגרת של שירות צבאי" (בג"ץ 1380/02 בן ארצי נ')

שר הביטחון, פ"ד נו(4) 476, 477; להלן – פרשת בן ארצי).

לביצוע סמכותו של שר הביטחון הוקמה ועדה צבאית מיוחדת לבירור עניינם של סרבני המצפון (ראו פרשת ברנובסקי).

8. אפשרות של פטור משירות צבאי בגין טעמים שבמצפון אינה מיוחדת לימינו שלנו, ואינה מיוחדת לישראל. בצדק ציין השופט מ' אלון כי "הנושא של סרבנות גיוס מטעמי מצפון Conscientious Objection נדון רבות על ידי משפטנים ופילוסופים, והוא עבר התפתחויות רבות ושלבים שונים" (בג"ץ 734/83 שיין נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 393, 401; להלן – פרשת שיין). אכן, בהיסטוריה של החברה האנושית התעוררה שאלת הפטור מטעמים שבמצפון לא אחת. תחילה היו אלה בעיקרם טעמים שבדת. לאחר זמן הם התרחבו לטעמים מצפוניים שאינם בהכרח טעמים דתיים. ביסוד טעמים אלה מונחת החלטה מוסרית רצינית - שאינה מבוססת על טעמים דתיים - באשר לטוב ולרע מנקודת מבטו של הפרט, הרואה עצמו מחוייב לפעול על פיה, באופן שפעולה בניגוד לה תיפגע פגיעה קשה במצפונו (ראו BVerfGE 12, 45, 55). מדינות שונות הגיבו לבעיה זו בדרכים שונות, תוך שרבות מהמדינות הדמוקרטיות המודרניות קבעו הוראות חקוקות מפורשות המכירות בפטור משירות צבאי מטעמי מצפון (לסקירה ראו ל' שלף, קול הכבוד: טרבנות מצפונית מתוך נאמנות אזרחית (1989), וכן A Giuffre (ed), Conscientious Objection in the EC Countries (1992); N. Keijzer, Military Obedience 265 (1978); C. Evans, Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights 170 (2001); להלן - אוונס).

9. הטעמים המצדיקים מתן פטור משירות צבאי בגין טעמים שבמצפון אינם פשוטים. בצדק צוין כי "שאלת פטור של יוצאי צבא מחובת שירות סדיר בשל סרבנות מצפון אינה שאלה קלה כל עיקר" (השופט מ' חשין בפרשת בן ארצי). עניין לנו, בסופו של יום, באיזון עדין בין שיקולים מתחרים (ראו K. Greanawalt, "All or Nothing At All: The Defeat of Selective Conscientious Objection", (1971) Sup. Ct. Rev. 31, 47). מחד גיסא עומד העקרון הגדול של חופש המצפון. "כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון... בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתתת עליהם" (בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449, 454; להלן – פרשת נאמני הר הבית). חופש המצפון יונק חיותו מהכרזת העצמאות. הוא נגזר מאופיה הדמוקרטית של המדינה. הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו (ראו בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282, 286). התחשבות

במצפוננו של הסרבן מתבקשת גם מהכבוד לאישיותו של האדם, ומהצורך לאפשר לו לפתח אותה. היא נגזרת מגישה הומניסטית ומהערך בדבר סובלנות. "המשטר הדמוקרטי מבוסס על סובלנות... זו סובלנות למעשי הזולת ולדעותיו... בחברה פלוראליסטית כשלנו הסובלנות היא הכוח המאחד אותנו והמאפשר לנו חיים משותפים" (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 278. ראו גם ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 481, 464; ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית, פ"ד מז(5) 210, 189; בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 355).

10. מאידך גיסא, עומד השיקול כי אין זה ראוי ואין זה צודק לפטור חלק מהציבור מחובה כללית המוטלת על הכל. בעיקר כך כאשר הגשמתה של חובה זו מעמידה את האדם במבחנו העליון – הקרבת חייו. בוודאי כך, מקום שמתן הפטור עשוי לפגוע בביטחון ועשוי לגרור אחריו גם חוסר הגינות מינהלית והפליה בהפעלתו הלכה למעשה.

11. באיזון בין שיקולים נוגדים אלה, הגיעו רבות מהדמוקרטיות המודרניות, כפי שראינו, למסקנה כי ראוי הוא – בכל הנוגע לפטור משירות צבאי – לתת משקל כבד יותר לשיקולים של מצפון, פיתוח האישיות, הומניזם וסובלנות על פני השיקולים הנוגדים. כתוצאה מכך מוכר ברבות משיטות המשפט המודרניות פטור משירות צבאי לפציפיסטים, אשר מטעמי מצפון מסרבים לשאת נשק וליטול חלק במלחמה. ודוק: איזון זה מניח כי ניתן לקיים את בטחון המדינה בלא לגייס את המבקשים פטור משירות צבאי. דומה שהכל מסכימים, כי במקום שצרכי בטחון הם חריפים, לא יינתן פטור גם לפציפיסט (ראו M. Walzer, Obligations: Essay on Disobedience, War, and Citizenship 138 (1970); להלן - וולצר). "זכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי... זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה, ואין להפכן קרדום לחיסולה" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310). זאת ועוד: אף שהמדינות הדמוקרטיות מכירות בפציזם כעילה לפטור משירות צבאי, רבות מהן מחייבות את הפציפיסט לשרת שירות לאומי, ומטילות עליו סנקציות שונות אם הוא מסרב לכך (ראו אוונס, עמ' 170).

12. על רקע נורמטיבי זה קמה ועולה השאלה הניצבת בפנינו בעתירה זו. שאלה זו נוגעת לאיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים מקום שהפטור מהשירות הצבאי מתבקש

לא משום סירוב לשאת נשק ולהילחם בכל מלחמה, תהא עילתה אשר תהא, אלא מקום שהפטור מהשירות מתבקש משום התנגדות למלחמה (או לפעילות צבאית) פלונית. השאלה הינה, איפוא, מה דינה של הסרבנות הסלקטיבית? מניחים אנו כי הסרבן הסלקטיבי – כמו עמיתו הסרבן ה"מלא" – פועל מטעמים מצפוניים. נקודת המוצא העקרונית הינה, כי סירובו של הסרבן הסלקטיבי לשרת במלחמה פלונית או בפעולה אלמונית מבוסס על טעמים מצפוניים אמיתיים, בדומה לסירובו של הסרבן ה"מלא". כמובן, הנחה עובדתית זו מעוררת בעיות קשות של הוכחה. אך במקום שניתן להתגבר על קשיים אלה – ועקרונית אין סיבה להניח כי דווקא על קושי הוכחתי זה לא ניתן להתגבר – קמה ועומדת השאלה העקרונית בדבר מעמדו של סרבן המצפון הסלקטיבי.

13. שאלה זו אינה מיוחדת לנו. היא התעוררה במדינות דמוקרטיות מודרניות, וניתנו לה תשובות שונות. מרבית המדינות הדמוקרטיות, המכירות בפטור משירות צבאי בגין סרבנות מצפונית "מלאה" אינן מכירות בסרבנות מצפונית סלקטיבית. כך, למשל, חקיקה פדרלית בארצות הברית קובעת פטור משירות צבאי לזה המתנגד להשתתפות "in war in any form" (ראו סעיף 456(j) ל-Military Selective Service Act, 1967). בית המשפט העליון החליט כי הוראה זו – השוללת פטור לסרבן הסלקטיבי – אינה נוגדת את החוקה (ראו *Gillette v. United States* 401 U.S. 437 (1971)). גישה דומה מקובלת בצרפת ובגרמניה. עם זאת, במספר מדינות דמוקרטיות ניתן הפטור גם לסרבן המצפון הסלקטיבי. כך הדבר בהולנד (ראו, Vermeulen, "Conscientious Objection in Dutch Law", in Giuffre, *Op.Cit.* p. 276). גישה דומה מקובלת באוסטרליה. סעיף 61(i) ל-Defence Act 1903 (כפי שתוקן ב-1992) קובע כי פטור משירות צבאי ניתן ל-"persons whose conscientious beliefs do not allow them to participate in a particular war or particular warlike operations". בין שני הקצוות הללו מצויות מספר מדינות (כגון ספרד), אשר טרם נפלה בהן הכרעה בסוגיה זו. מה הדין בישראל?

14. השאלה עלתה בבג"ץ 470/80 אלגזי נ' שר הביטחון (לא פורסם). העותר שירת בצבא, הוא ביקש שלא לשרת בשטחים. עתירתו נדחתה. השופטים מ' בייסקי וש' לוין ציינו בפסק דינם המשותף:

"שום מערכת צבאית אינה יכולה להשלים עם קיומו של עקרון כללי שעל פיו יוכלו חיילים אלה או אחרים להכתיב לה היכן ישרתו, בין מטעמים כלכליים או חברתיים ובין מטעמי מצפון".



הבעיה התעוררה במלוא חריפותה בפרשת שיין. כאן סירב העותר לקיים צו מילואים לשירות בדרום לבנון. הוא טען כי לפי "השקפתו המצפונית, שהיית צה"ל בלבנון אינה חוקית ואינה עולה בקנה אחד עם מושגים יסודיים של הצדקת פעולות לחימה". נפסק כי טענה זו אינה עומדת לו. כותב השופט מ' אלון:

"זוהי סרבנות גיוס, שיסודה בנימוקים אידיאולוגיים-פוליטיים שלא להילחם במקום מסויים, וההכרה בה פוגעת בתקינות ההליך הדמוקרטי של המערכת השלטונית בישראל בקבלת החלטותיה, וגורמת היא לאפליה בתחום הגיוס הצבאי. סרבנות סלקטיבית זו לא תוענק לה הכרה גם באותן מדינות, המכירות בזכות הסרבנות הכללית כגורם לפטור משירות צבאי, וקל וחומר שאין מקום להכרה בסרבנות גיוס סלקטיבית זו במערכת המשפט הישראלית, שאינה מעניקה הכרה לסרבנות גיוס, כזכות, לשחרור גבר יוצא צבא מהשירות הצבאי. וראויה להיאמר הערה אחת נוספת. פרשה גדולה וסבוכה זו של חוק מחד גיסא ומצפון מאידך גיסא, של החובה והצורך לקיים שירות צבאי כדי להגן על ריבונות המדינה ושלוש תושביה מחד גיסא וסירוב לצאת למלחמה מטעמים של מצפון אישי מאידך גיסא, צריך שתהא נדונה לפי הנסיבות המיוחדות של המקום ושל השעה, ואינו דומה מצבה הביטחוני הקשה של מדינת ישראל למצבן הביטחוני של מדינות אחרות, השוכנות לבטח בגבולותיהן. ואף הבדל מהותי זה שיקול גדול ונכבד הוא בבירורה של הסוגיה שלפנינו" (עמ' 402-403).

גישה זו אומצה בפרשה נוספת (בג"ץ 630/89 מכנס נ' הרמטכ"ל (לא פורסם)). בעתירה שלפנינו נתבקשנו לסטות מפסיקה זו, הן משום שהיא היתה מוטעית בשעתה, והן משום שאין היא עולה בקנה אחד עם חופש המצפון הנהנה ממעמד חוקתי מאז חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

15. איננו סבורים כי יש מקום לסטות מהלכותיו של בית משפט זה באשר לסרבנות המצפון הסלקטיבית. כפי שראינו, מתן פטור משירות צבאי בגין סרבנות מצפונית נתון לשיקול דעתו של שר הביטחון. שיקול דעת זה מבוסס על איזון בין שיקולים נוגדים. באיזון זה הגיע שר הביטחון למסקנה כי יש מקום ליתן פטור משירות צבאי במקרה של סרבנות מצפון "מלאה". איזון זה עצמו, אינו מוביל למסקנה כי פטור דומה צריך להינתן במקרה של סרבנות מצפון סלקטיבית. לעניין זה מוכנים אנו להניח – בלא

לפסוק בדבר – כי השיקולים של חופש המצפון, פיתוח האישיות והסובלנות, הנלקחים בחשבון לעניין הפטור משירות צבאי במקרה של סרבנות מצפון מלאה יש לקחתם בחשבון – ולהעניק להם משקל דומה – לעניין הפטור משירות צבאי במקרה של סרבנות מצפון סלקטיבית. הנחה זו אינה מובנת מאליה, אך לצורך העתירה שלפנינו מוכנים אנו להניח אותה. יש עוצמה בטיעון, כי מנקודת מבטו של הפרט הטוען לסרבנות מצפונית – ובהנחה שמאמינים לו כי סרבנותו היא מצפונית ולא פוליטית או חברתית – אין שוני מהותי בין סרבנות מצפונית "מלאה" לבין סרבנות מצפונית סלקטיבית. היטיב להביע זאת העותר מס' 1 אשר במענה לכתב האישום שהוגש נגדו בגין סירובו לשרת שירות מילואים באיזור אמר:

"מבחינתי זה כמו לתת לאדם דתי לאכול אוכל לא כשר".

אם מאמינים לדברים אלה – ולא נטען בפנינו כי הם מסווה לשיקולים שאינם מצפוניים – כי אז לכאורה אין שוני מהותי, מבחינת מצפוננו של הטוען זאת, בין סירוב "מלא" לבין סירוב סלקטיבי. הנה כי כן, מוכנים אנו להניח – כאמור, בלא לפסוק בדבר – כי במאזניים המטאפוריים שלנו, כף המצפון, פיתוח האישיות והסובלנות נוטה לעבר מתן פטור משירות צבאי לא רק לסרבן המצפון ה"מלא", אלא גם לסרבן המצפון הסלקטיבי. מה דינה של הכף האחרת באותם מאזניים מטאפוריים ומהו האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים? היש שוני בין סרבן המצפון ה"מלא" לבין סרבן המצפון הסלקטיבי לעניין ה"אידך גיסא" הזה? תשובתנו היא בחיוב.

16. לדעתנו, 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". החומרה שבמתן פטור מקיום חובה המוטלת על הכל בולטת לעין. תופעת הסרבנות המצפונית הסלקטיבית היא מטבעה רחבה יותר מזו ה"מלאה", והיא מעוררת במלוא העוצמה את תחושת ההפליה בין "דם לדם". אך מעבר לכך: יש לה השלכות על שיקולי הביטחון עצמם, שכן עניין לנו בקבוצה שיש לה נטיה לגדול מעבר לכך, בחברה פלורליסטית כשלנו, ההכרה בסרבנות המצפון הסלקטיבית עשויה לרופף את החישוקים המחזיקים אותנו כעם. אתמול ההתנגדות היתה לשרת בדרום לבנון. היום ההתנגדות היא לשרת ביהודה והשומרון. מחר ההתנגדות תהיה להסרת מאחזים אלו או אחרים באזור. הצבא של העם עשוי להפוך לצבא של עממים

המורכבים מיחידות שונות שלכל אחת מהן תחומים שבהם מותר לה לפעול מצפונית, ותחומים אחרים שבהן נאסר עליה מצפונית מלפעול. בחברה מקוטבת כשלנו, זהו שיקול כבד משקל. זאת ועוד: היכולת להבחין בין הטוען בתום לב לסרבנות מצפונית לבין המתנגד למדיניותה של ממשלה או של כנסת, היא קטנה יותר בסרבנות הסלקטיבית, שכן קו הגבול בין ההתנגדות למדיניות זו או אחרת של המדינה לבין הסירוב המצפוני להגשים מדיניות זו הוא דק, ולעתים דק מדק. גם היכולת לנהל מערכת מינהלית שתפעל ללא הפליה ומשוא פנים היא סבוכה ביותר בסרבנות המצפונית הסלקטיבית (ראו וולצר, עמ' 143). בצדק ציין השופט מרשל (Marshall) בפרשת Gillette כי:

“[T]here is considerable force in the Government's contention that a program of excusing objectors to particular wars may be impossible to conduct with any hope of reaching fair and consistent results” (p. 456).

17. הנה כי כן, סרבנות המצפון הסלקטיבית מחייבת עריכתו של איזון נפרד משלה. אין היא נגזרת מהאיזון הנעשה במקרה של סרבנות מצפון “מלאה”. מהו האיזון המתבקש במקרה של הסרבנות הסלקטיבית? איננו צריכים לנתח סוגיה זו על כל היבטיה. מוכנים אנו להניח – שוב, בלא לפסוק בדבר – כי ניתן לפגוע במצפוננו של הסרבן המצפוני (המלא או הסלקטיבי) רק אם קיימת ודאות קרובה של פגיעה ממשית באינטרס הציבור (השוו פרשת נאמני הר הבית, עמ' 454; בג”ץ 73/53, 87 חברת “קול העם” בע”מ נ’ שר הפנים, פ”ד ז(2) 871, 882; בג”ץ 953/89 אינדור נ’ ראש עיריית ירושלים, פ”ד מה(4) 683, 689-691). גם על בסיס אמת מידה מחמירה זו הננו סבורים כי האיזון שערך שר הביטחון – איזון לפיו אין ליתן בישראל של היום, על מחלקותיה והאירועים בפניהם היא עומדת, פטור משירות צבאי לסרבנות מצפון סלקטיבית – הינו איזון ששר ביטחון סביר הפועל במידתיות רשאי היה לעשות.

מטעמים אלה, דין העתירה להידחות.

ה נ ש י א

השופטת ד' ביניש:

מסכימה אני לפסק דינו של חברי הנשיא ומצטרפת אני לנימוקיו. רואה אני צורך להדגיש כי גם אני סבורה שלעת הזאת כאשר החברה הישראלית מפולגת ומקוטבת ובה קבוצות ויחידים בעלי הכרה מצפונית ואמונה עזה כל אחד בצדקת דרכו, קשה ביותר ההבחנה המתווה את גבולות הלגיטימיות של הסרבנות המצפונית הסלקטיבית לסוגיה.

רבים בקרבנו מבקשים לקבוע את גבולות הציות על פי אמונתם ומצפונם ואף על פי השקפתם הפוליטית. קו הגבול בין סרבנות מצפונית סלקטיבית לבין השקפת עולם מדינית, הוא אכן כלשונו של חברי הנשיא "דק ולעתים דק מדק". חילוקי הדעות המדיניים בחברה הישראלית נוגעים בקצות העצבים הרגישים ביותר של החברה ושל רבים מיחידיה. החברה בישראל מאופיינת במחלוקות אידיאולוגיות עמוקות, בהן גם מחלוקות המבססות עצמן על טעמים מצפוניים ועל טעמים שבאמונה דתית. חילוקי דעות אלה מצויים בדרך כלל בתחום הלגיטימי של חברה דמוקרטית פתוחה ופלוורליסטית. החברה יכולה לעמוד במחלוקות אלה כאשר הן באות לידי ביטוי תוך שימוש בכלים שהחברה הדמוקרטית הנהיגה.

אל מול הטעונונים שבמצפון ובאמונה גם אם כנים הם, עומדים שיקולים הכרוכים בבטחונה ובשלמותה של החברה בישראל. מדינת ישראל מצויה בכל שנותיה במצב של צורך בפעולות לחימה על פי תפיסת הבטחון הלאומי של ממשלותיה לדורותיהן. העותרים עצמם שרתו ביחידות קרביות ונטלו חלק בפעילות צבאית. סירובם לשרת עתה מכוון כנגד שירות בשטחים המוחזקים בידי צה"ל וזאת עקב הצעדים הננקטים שם בתקופת הלחימה בטרור. השאלות המתעוררות עקב המלחמה בטרור הן בלב מחלוקת פוליטית חריפה. מחלוקת זו אם תתנהל בתוך הצבא, עלולה לפגוע בו פגיעה קשה וממשית.

על פי חוק יסוד: הצבא, הצבא נתון למרות הממשלה, ושר הבטחון הוא הממונה מטעמה על הצבא; האחריות לבטחון המדינה היא בידי הממשלה, והשר הוא הפועל מטעמה. על פי חוק שירות בטחון, נתון בידי שר הבטחון שיקול דעת רחב לענין הפטור משירות צבאי, לרבות מטעמי מצפון. לפיכך מצטרפת אני לדעת הנשיא כי ההחלטה ליתן משקל מכריע לצורכי הבטחון נוכח החשש הממשי מפני הפגיעה הצפויה במסגרות הצבאיות, אם תוכר הסרבנות הסלקטיבית, הינה החלטה שעומדת במבחני הביקורת השיפוטית ואינה מקימה עילה להתערבותנו.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של הנשיא ולהערותיה של השופטת ביניש.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, כ"ה בטבת התשס"ג (30.12.2002).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א