



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2619/17

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים: יואב הס ואח'

נגד

המשיבים: 1. שר הביטחון מר אביגדור ליברמן
2. הרמטכ"ל

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: י"ג בתמוז התשע"ח (26.6.2018)

בשם העותרים: עו"ד איתי מק

בשם המשיבים: עו"ד נטע אורן

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם יש פסול בכך ששר הביטחון ורשויות הצבא נמנעים מלהחיל על מי שמבקשים לקבל פטור משירות צבאי מטעמים של סרבנות מצפון מנגנון של הגשת תצהיר שישמש בסיס למתן הפטור כפי שנעשה בעניינן של נשים המבקשות פטור משירות מטעמים דתיים? זוהי, בעיקרו של דבר, השאלה שהוצגה על-ידי העותרים בעתירה דנן.

2. נקודת המוצא לדיון, כפי שהסכימו כל הצדדים, מצויה בהסדרים המעוגנים בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות ביטחון או

החוק), ובעקרונות הבסיסיים הנוגעים להענקת פטור משירות בצבא מטעמי מצפון, כפי שאלה הותוו בחוק עצמו ובפסיקתו של בית משפט זה.

3. מלכתחילה, ההסדרים החוקיים המפורשים הנוגעים להענקת פטור משירות מטעמי דת או מצפון התייחסו לנשים בלבד – כפי שהדברים עוגנו בחוק שירות ביטחון בנוסחו המקורי (חוק שירות בטחון, התש"ט-1949). כיום, חוק שירות ביטחון מאפשר מתן פטור לנשים מחמת מצבן המשפחתי או לנשים שטעמים שבמצפון או בהווי המשפחתי הדתי מונעים מהן לשרת (סעיף 39 לחוק), וכן "פטור מחמת הכרה דתית" הניתן אף הוא לנשים (סעיף 40 לחוק). בצד זאת, פטור מטעמי מצפון אחרים אינו מעוגן במפורש בחוק שירות ביטחון, אולם זה שנים שרשויות הצבא נוהגות לתת למי שהוכרו כ"סרבני מצפון מלאים" (להבדיל מסרבנים "סלקטיביים"), וזאת במסגרת סמכותו הכללית של שר הביטחון להעניק פטור משירות "מטעמים אחרים", הקבועה בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון (ראו למשל: בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נז(1) 726 (2002)).

4. כאמור בפתח הדברים, העתירה נסבה על הסוגיה של אופן הוכחת הזכאות לפטור. בהקשר זה נבדלים הסדרי הפטור השונים, על רקע מנגנונים שונים הקבועים בחוק שירות ביטחון. כך, הענקתו של פטור לנשים מטעמים של הכרה דתית לפי סעיף 40 לחוק מבוססת על הגשת תצהיר הכולל שלושה מרכיבים: קיומה של הכרה דתית המונעת שירות בצבא; שמירה על כשרות בבית ומחוצה לו; והימנעות מנסיעה בשבת. התצהיר מוגש לערכאה שיפוטית – שופט או דיין בבית דין רבני.

5. הענקת הפטור במתכונת זו, שאינה כוללת מרכיב של בדיקה וחקירה, היא למעשה תולדה של הסכמה פוליטית שהובילה לתיקונו של חוק שירות ביטחון. האמת ניתנת להיאמר שנושא זה ידע במהלך השנים עליות ומורדות. על-פי נוסחו המקורי של חוק שירות ביטחון הענקת הפטור מטעמים דתיים לנשים הייתה מבוססת על הצהרה בלבד. הסדר זה שונה כבר בשנת 1952 באופן שחייב הוכחתם של הטעמים הדתיים בפני ועדה (חוק שירות בטחון (תיקון), התשי"ב-1952). בשנת 1978 החוק שונה פעם נוספת באופן שחזר למתכונת של פטור המבוסס על תצהיר (חוק שירות בטחון (תיקון מס' 13), התשל"ח-1978).

6. לעומת זאת, הפטור הניתן לנשים מטעמי מצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי לפי סעיף 39(ג) לחוק שירות ביטחון ותקנות שירות ביטחון (פטור נשים משירות בטחון מטעמים שבמצפון או שבהווי משפחתי דתי), התשל"ח-1978, קובע מנגנון של

התייצבות בפני ועדות פטור (ראו גם: בג"ץ 2383/04 מילוא נ' שר הביטחון, פ"ד נט(1) 166, 177-178 (2005)). גם בקשות פטור מטעמים מצפוניים אחרים לפי סעיף 36 לחוק כפופות למנגנון דומה של התייצבות בפני ועדה (ראו למשל: בג"ץ 1026/02 מלנקי נ' שר הביטחון, פ"ד נט(3) 56 (2004)).

7. בעתירה דנן העותרים מלינים על כך שרק נשים דתיות זוכות לקבל פטור על בסיס הגשת תצהיר, בעוד סרבני מצפון אחרים – נשים וגברים – נדרשים להתייצב בפני ועדה המציגה להם שאלות ובוחרת את עניינם. לטענתם, יש בכך משום הפליה אסורה של סרבני המצפון ביחס לנשים המבקשות פטור מטעמי הכרה דתית. העותרים הדגישו כי הם אינם תוקפים את ההסדרים הקבועים בחוק שירות ביטחון, ובהתאם לכך ציינו כמשיבים בעתירה את שר הביטחון והרמטכ"ל בלבד, ולא את הכנסת. בלשונם, הם עותרים לכך ששר הביטחון "יפעיל בעניין מבקשי ומבקשות הפטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים הליך הזהה להליך לקבלת הפטור הקבוע בהוראת סעיף 40 לחוק שירות ביטחון, כך שרק במקרים שבהם ישנו חשד קונקרטי וראיות ממשיות הסותרות את בקשתם לפטור, יהיה ניתן לנקוט בבירור נוסף".

8. מנגד, המשיבים טוענים כי יש לדחות את העתירה. הם מדגישים כי השונות בהסדרי הפטור נגזרת במישרין מן ההוראות השונות שנקבעו בחוק שירות ביטחון, וכי אין מקום לתקיפת ההבדלים האמורים במסגרת עתירה המכוונת כלפי הגורם המינהלי הפועל בהתאם לדין.

9. דין העתירה להידחות. כפי ששיקפנו לעותרים כבר במהלך הדיון – ההבחנה בין ההליך של הענקת פטור לנשים מחמת הכרה דתית לבין ההליך של הענקת פטור למי שמבקשים שלא לשרת בצבא מטעמים מצפוניים – מעוגנת בחוק שירות ביטחון. כמתואר לעיל, יש להבחנה זו היסטוריה מפורטת המלמדת על שינויי גישות בכנסת בנושא זה אף בכל הנוגע לעניינן של נשים דתיות. לכאורה, הענקת פטור על בסיס בדיקה לגוף הדברים נראית ראויה. אולם, המחוקק ביקש לסטות מכך בכל הנוגע להענקת פטור לנשים דתיות מטעמיו וקבע במפורש את ההסדרים החלים על הענקת פטור זה על בסיס הגשת תצהיר בלבד. אם כן, החוק עצמו הוא זה שהגדיר את הקבוצות שבפנינו – סרבני המצפון באופן כללי, מצד אחד, ונשים דתיות, מצד אחר – ככאלה שאינן שייכות לאותה קבוצת שוויון. לא למותר לציין כי לפי סעיף 36 לחוק שירות ביטחון הענקת הפטורים על-פיו טעונה הפעלת שיקול דעת על-ידי שר הביטחון (אשר "רשאי" להעניקם), ואילו הפטור לנשים דתיות העומדות בתנאיו של סעיף 40

לחוק ניתן כעניין של זכות. כך, שוב, על-פי ההסדר החקיקתי. רשויות הצבא נוהגות אפוא בהתאם להסדר זה, ואין להלין עליהן על כך.

10. שמענו ברוב קשב את טענותיהם של העותרים. בשים לב למתכונת שבה הוגשה העתירה איננו נוקטים כל עמדה לגופה של ההבחנה בין פטור הניתן מטעמים דתיים לנשים לבין פטור הניתן מטעמים מצפוניים אחרים. בעיקרו של דבר, כאשר ההסדר שבחוק הוא שמשמש נקודת מוצא לעתירה אף מבחינת העותרים עצמם – דומה שזוהי גם נקודת הסיום שלה בעת הזו. ההסדרים המינהליים לגבי בדיקת העמידה בתנאי הפטור משקפים את ההסדר החקיקתי, וכך הם אף צריכים לעשות. ציינו זאת בפני העותרים גם במהלך הדיון, כאשר הצענו להם לחזור מן העתירה, אך הם בחרו שלא לעשות כן.

11. סוף דבר: העתירה נדחית. אין צו להוצאות.

ניתן היום, ט"ו בתמוז התשע"ח (28.6.2018).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת