

איך הרגה הפוליטיקה את המצפון: עיון בפס"ד מילוא" אביטל שרון ואסף שרון[1]

"אם תיקרה מלחמה ויימצא בתוכנו אדם המתנגד בכל התנאים להשתתפות במלחמה מטעמי מצפון - יש לדעת לשחרר אותו מחובת לחימה, גם אם נעמוד במלחמת חיים ומוות. כי אין לכפות, לדעתי, לעשות דבר נגד מצפוננו ... " [דוד בן-גוריון, 1949]

1הקדמה

בקיץ 2003, סמוך למועד גיוסה, ביקשה צעירה בשם לאורה מילוא להיפטר מחובת הגיוס. במכתב הבקשה, שמוען לוועדה הצבאית לפטור מטעמי מצפון, כתבה כך:

"לא אוכל לשתף פעולה עם צבא הכיבוש של מדינת ישראל... אני מתנגדת לכיבוש... הכיבוש סותר את האידיאולוגיה ההומנית-מוסרית שלי... ממשלת ישראל מנהיגה מדיניות של השפלה יומיומית בשטחים הכבושים אשר מתבטאת בעיקרה בנוכחותם של חיילי צה"ל. לא אקח חלק בגוף אשר מבצע מדיניות פסולה מבחינה מצפונית... לצערי במקום להוות דוגמה לכל העולם למוסריות וצדק, מדינת ישראל בוחרת להניף את הדגל השחור מכל - דגל אשר מוכתם מפעילויות אסורות באופן ברור כלפי פלשתינאים חפים מפשע, ובעיקר מוכתם משליטה יום-יומית באורח חייהם... מבחינת המצפון האישי, צו מצפוני אומר לי בבירור שצה"ל הוא גוף לא מוסרי, ושזו לא הדרך המתאימה לי לתרום למדינת[2]..."

ועדת הפטור מטעמי מצפון (להלן - **ועדת המצפון**) דחתה את בקשתה של מילוא בטענה כי "הועדה לא שוכנעה כי טעמים שבמצפון מונעים ממנה מלשרת בצה"ל. הסיבה הינה הימצאות צה"ל בשטחים". גם ערעורה של מילוא על החלטת הוועדה לא הועיל. נוכח טענותיה כי:

"זהו המצפון שלי - האיסור המוחלט לשרת בצבא כובש אשר בהגנתו על 'מפעל' ההתנחלויות מפר יום יום ושעה שעה את החוק הבינלאומי ואת עשרת הדיברות, מה שאינו תואם את הערכים הבסיסיים שלי,"

השיבה הוועדה שוב באותו נוסח:

"הועדה לא שוכנעה כי טעמים שבמצפון מונעים מהמלשבי"ת מלשרת שירות בטחון."

מחילופי הדברים הללו ניכר כי מוקד הדיון הוא בשאלה מהם "טעמים שבמצפון". הניגוד החריף בין הנימה האישית והטון המוסרי בהם מנוסחים דבריה של מילוא לבין קביעתה הלאקונית של הוועדה כי אין אלו "טעמים שבמצפון" מעלה תהייה לגבי הקריטריונים בהם עושה הוועדה שימוש. מה נדרש על מנת לזכות בפטור מטעמי מצפון בישראל?

בחינת נימוקי הוועדה מלמדת כי מילוא לא זכתה לפטור מטעמי מצפון מכיוון שטעמי הסירוב שלה היו "פוליטיים."

גם בית המשפט העליון, אליו עתרה לאורה מילוא, רואה את תפקיד הוועדה, בין השאר, לקבוע האם אכן מדובר בטעמים שבמצפון או שמא בטעמים בעלי אופי אחר. סיווג זה קשור בתוכנם של הטעמים, ובהערכה אם הם קשורים בטעמי מצפון או בטעמים בעלי גוון אחר, כגון טעמים חברתיים, פוליטיים, או אחרים.

נמצא שההחלטה על מתן הפטור עומדת על סוג הטעמים בהם מנמק אדם את בקשתו, ובפרט מסומן המצפון כעומד בניגוד למה שמבוסס על טעמים "חברתיים" או "פוליטיים". ניגוד זה עולה פעמים רבות בפסקי הדין השונים, אולם לעולם, ככל שאנו יודעים, לא נלווה לו פירוט - עמום וכללי ככל שיהיה - לגבי הקריטריון להבחנה. אילו טעמים מוגדרים "חברתיים או פוליטיים" ע"י רשויות החוק (הוועדה ובית המשפט) לצורך העניין? כמו כן, יש להקשות, מדוע ייגרע חלקם של טעמים שכאלה ביחס לשאלת חופש המצפון? האין עניינים חברתיים ופוליטיים בדיוק סוג הטעמים העשויים להיקשר במצפון?

שאלות אלו מרכזיות לסוגיית סרבנות המצפון בכלל, וזכו להתייחסות רבה וענפה. אנו מבקשים להאיר שאלות אלה מהזווית הייחודית שמייצרת פרשת מילוא, בשל היותה של המבקשת במקרה זה אשה. כמו בשאר מקרי הסירוב הידועים, שני דברים אינם נתונים במחלוקת: ראשית, שסירוב לגיוס, ללא פטור חוקי, מהווה עבירה על חוק שירות ביטחון [3] ושנית, שחופש המצפון מוגן בהגנה חוקתית בישראל [4]. השאלות שעמדו בפני הוועדה ומאוחר יותר בפני בית המשפט הן:

(א) האם בקשתה של מילוא נובעת מטעמי מצפון?

(ב) במידה והיא נובעת מטעמי מצפון, האם אלו טעמי המצפון המזכים בפטור?

בכך משתלב מקרה זה במה שנראה כעין מסורת פסיקתית בעניין סרבנות מצפון ההולכת ומתהווה בישראל בשנים האחרונות. כאשר מופיע סרבן שירות, בוחנת הוועדה הצבאית, ובעקבותיה בתי המשפט, את מעמדו ביחס לשתי הבחנות: אחת, האם הסירוב הנדון הוא מקרה של סירוב מצפוני או שהוא בגדר מרי אזרחי. שנית, בהנחה שמדובר בסירוב מצפוני, נבחנת השאלה האם מדובר בסירוב כללי, שחוסה תחת הגנת חופש המצפון, או בסירוב סלקטיבי, שעל פי הנוהג של הוועדה שזכה לגיבוי בית המשפט, אינו זכאי להגנה. שאלות אלה עולות בפס"ד מילוא ומטופלות באופן דומה, או שמא דומה מדי, לאופן בו הן מטופלות בפס"ד האחרים הנוגעים לסרבנים גברים. הטיפול הזהה, שבדרך כלל אמור להיתפס כמעלה של מערכת משפט, מעניין במיוחד במקרה זה בשל ההבדלים החשובים בין גברים לבין נשים בכל הנוגע לחובת השירות הצבאי. מדינת ישראל היא המדינה היחידה בה חובת הגיוס לשירות צבאי סדיר חלה על נשים כמו על גברים. אולם, כפי שנראה בהמשך, מעמדן ותפקידיהן של נשים בצבא אינם שווים לאלו של גברים. בנוסף, החוק הישראלי מייחד סעיף חוק לפטור נשים משירות צבאי כאשר טעמים שבמצפון מונעים זאת מהן. לאור מעמד חוקי מיוחד זה ולאור שיקולים אחרים שמייחדים נשים בכל הנוגע לשירות הצבאי, ננסה להראות כי הדיון המשפטי כפי שהוא מתנהל במקרים של סרבנים גברים, אינו רלבנטי לגבי נשים.

פס"ד מילוא מעלה שאלות רבות וחשובות בהן לא נדון. לא נדון בשאלות פילוסופיות כלליות לגבי גבולות הציות לחוק, למעט במידה הדרושה על מנת להבהיר את הטענות שבפסה"ד. כמו כן, לא נדון בטיב פעולותיו של צה"ל בשטחים הכבושים, על מידת הלגיטימיות המוסרית והחוקיות של פעולות ספציפיות ושל הכיבוש בכלל. כלומר, לא נדון בצידוקים המוסריים לסירוב לשרת בשטחים הכבושים, דהיינו הסירוב מנקודת מבטו של הסרבן, אלא נתמקד בנקודת המבט של המדינה - כיצד נוהגת וכיצד ראוי שתנהג מדינת ישראל בסרבני המצפון, ובפרט בסרבניות המצפון.

אנו מבקשים לנתח את עיקריו של פסה"ד ולהצביע על מספר כשלים שנפלו בו, מהם כשלים המשותפים ליתר פסקי הדין בנושא סרבנות, ומהם כשלים ייחודיים למקרה זה. הדמיון הרב בין פסקי הדין השונים בעניינם של סרבנים פוטר אותנו מלחזור כאן על חלק גדול מהדיונים שבעקבותיהם והטענות הביקורתיות שהועלו כנגדם. כאמור, ייחודו של פס"ד מילוא הוא בהיותה של העותרת אישה. בהתחשב במעמדן המיוחד של נשים בכל

הנוגע לשירות בטחון בישראל, נסיבות אלה הופכות את מקרה מילואי להזדמנות טובה לבחינת אופן הטיפול של בית המשפט הישראלי בסרבני מצפון.

טענתנו היא, ראשית, כי בית המשפט נכשל בביסוס קביעתו כי מילואי אינה זכאית לפטור מטעמי מצפון היות וסירובה הוא סירוב סלקטיבי. בעניין זה, שעומד במרכז הדיון המשפטי והפסיקה הישראלית בעניינם של סרבני מצפון, העתיק בית המשפט באופן אדוק את הנימוקים והשיקולים שהועלו בפסקי דין קודמים בעניינם של סרבנים גברים. נימוקים אלה, שהינם, כפי שנראה, רוויים בעיות גם במקרה של סרבנים גברים, אינם מן העניין כלל כאשר מדובר באישה, כמו במקרה מילואי. שנית, נראה שבית המשפט פנה לפרשנות בלתי נדרשת ומעוותת של החוק בחסות עקרון השוויון, שנעשה בו במקרה זה שימוש לרעה.

כאמור, בעקבות סירובה של וועדת הפטור מטעמי מצפון להעניק לה פטור משירות, ולאחר דחיית עתירה לוועדת ערר, עתרה לאורה מילואי לבג"ץ בבקשה למתן צו ביניים לעיכוב עונש מאסר שהוטל עליה על ידי שלטונות הצבא. בית המשפט דחה את עתירתה של מילואי. ניתן לחלק את עיקרו של פסק הדין לשני מהלכים:

א. ביסוס הקביעה לפיה סרבני שירות סלקטיביים אינם זכאים לפטור (בעיקר תוך הסתמכות על פסיקת בית המשפט העליון בפרשת זונשיין[5]), והחלטה, בשם ערך השוויון, על גברים ונשים כאחד.

ב. פרוש סעיף 39 לחוק שירות בטחון כך שהמילים "מצפון או הווי משפחתי דתי" יפורשו כמצפון שבהווי משפחתי דתי.

נבחן כל מהלך בנפרד ונצביע על חולשותיהם וכן נצביע על מרכיב משותף לשניהם - השימוש לרעה שעושה בית המשפט בעיקרון השוויון. בסעיף 2 נדון בזיהוי של הסירוב הסלקטיבי כמרי אזרחי שאינו זכאי להגנה מטעמי חופש מצפון ונראה כי פסק הדין אינו נסמך עליו בפסיקתו ואף אינו יכול לסמוך עליו (טענה זו מפורטת יותר בנספח). בסעיף 3 נבחן ונערער על טענותיו של בית המשפט כנגד מתן פטור למילואי הנוגעים לאינטרסים בעלי ערך שנפגעים מסרבנות סלקטיבית פגיעה ניכרת. הטענה שנדחת על ידי בית המשפט ולפיה יש להבחין בין גברים לנשים לעניין פטור מטעמי מצפון בשל ההבדלים בתפקידים שהם נושאים בצבא ובתנאי השירות השונים תיבחן בסעיף 4. נימוקיו של בית המשפט לדחיית טענה זו מתבררים כמבוססים על בלבול בין משאלת לב למציאות (בכל הנוגע לשירות נשים בצה"ל). בסעיף 5 נעבור לדון במהלך השני של פסק הדין - פרשנות סעיף 39 לחוק שירות בטחון. הטענה המבוססת בסעיף זה היא כי הפרשנות בה נוקט בית המשפט אינה נאותה מבחינת כללי הפרשנות המקובלים ואף אינה נאמנה לתכלית החוק באופן מלא. יתר על כן, הפרשנות הננקטת על ידי בית המשפט בשם עקרון השוויון, לא רק שאינה מוצדקת מטעמו, אלא אף מביאה לפגיעה באותו עקרון עצמו. לבסוף, בסעיף 6, אנו מציעים הנהרה פילוסופית-פוליטית להיאחזות בית המשפט בעמדה השוללת פטור מסרבנים שמונעים (בין השאר) מטעמים פוליטיים, על אף הקושי הרב בביסוס עמדה זו.

2. סירוב מצפוני סלקטיבי כמרי אזרחי

כאמור, הטענה העיקרית לשלילת הפטור ממילואי, נשענת על סיווג פעולת הסירוב שלה כסירוב סלקטיבי. ראשית, אם כן, יש לבחון את הטענות כנגד מתן פטור במקרים של סירוב סלקטיבי. סירוב מצפוני כללי לשרת בצבא, פציפיות, מוגדר כהתנגדות לכל מלחמה באשר היא בכל זמן ובכל מקום [6]. סירוב מצפוני סלקטיבי, לעומת זאת, מותנה בקיומם של תנאים מסוימים. הוא אינו שולל כל מלחמה, אלא מתנה את השירות בהתקיימותם של תנאים מסוימים. "התנאי לסרבנות עשוי ללוש צורות שונות - סירוב לשרת באזור מסוים,

בזמן מסוים, או לבצע פעולות מסוימות במסגרת השירות" [7]. מילוא הצהירה כי והיה וצה"ל יצא מהשטחים הכבושים היא תהיה מוכנה לשרת במסגרתו. כלומר, סרבנות מותנית במדיניות מסוימת אותה מיישם הצבא ולכן יש לסווגה כסרבנות סלקטיבית.

מדינת ישראל, כמו רוב מדינות המערב (ביניהן ארה"ב [8]), אינה מעניקה פטור לסרבני מצפון סלקטיביים (אנגליה, גרמניה, דנמרק והולנד [9], לעומת זאת, מעניקות גם להם פטור). עמדה זו נקבעה כבר בפסק-דין שיין בימי מלחמת לבנון [10], וחוזקה ונומקה לאחרונה בפסק דינו של השופט ברק בפרשת זונשיין [11], והיא המנחה את החלטות וועדת המצפון של הצבא. על פני הדברים, עוד לפני שבוחנים את הנימוקים המועלים לטובת ההבחנה, ישנה מוזרות בהגבלת הפטור מטעמי מצפון לסרבנים כלליים בלבד. עולה ממנה כי הסרבן הכללי, שאינו מוכן ליטול חלק בשום אופן ומידה במשימה הביטחונית, זוכה להגנה מידי המדינה ודווקא מי שנושא בנטל הביטחון, ולפעמים אף יותר מהמוצע (כדוגמת קצינים ולוחמים ביחידות קרביות) אינו זוכה להכרה מהמדינה כאשר הוא מסרב למשימה מסוימת. השאלה שניצבת בפנינו, אם כן, היא: מדוע נתפס דווקא הסרבן הסלקטיבי כזכה שאינו זכאי לפטור מידי המדינה? נבקש להראות כי הנימוקים שמעלה בית המשפט בעניין זה בעייתיים באופן כללי, אולם כושלים באופן נחרץ כאשר מדובר בסרבנות המבוצעת על ידי נשים. כשלוון זה מעלה במלוא חריפותה את השאלה מדוע מתעקשים בית המשפט ורשויות הצבא להיאחז בטענה שהסיבה למניעת הפטור היא היות הסירוב סלקטיבי. נפנה, אפוא, לבחינת הנימוקים כנגד סרבנות סלקטיבית.

טענה כללית המועלית דרך קבע כנגד סירוב סלקטיבי, היא שמדובר בפעולה של מרי אזרחי ולא של סרבנות מצפון. טענות עקרוניות שונות הועלו כנגד טענה זו על ידי מחברים שונים, ואנו מצרפים את תרומתנו לדיון זה בנספח. בדברים הבאים נעמוד על זיהוי הסירוב הסלקטיבי כמרי אזרחי רק ביחס לאופן בו הוא מתפקד בפס"ד מילוא.

כזכור, בדחייתה את בקשתה של מילוא ובתשובתה לעתירתה בבג"צ העלתה וועדת המצפון את הטענה שמילוא אינה זכאית לפטור, כיון שבהיות נימוקיה "חברתיים ופוליטיים", אין היא נכנסת כלל לקטגוריה של "סרבנות מצפון" [12]. מפסה"ד לא עולה בבירור האם קיבל בית המשפט את עמדת הוועדה בעניין זה. לפעמים נראה כאילו בית המשפט סבור שדי בהצבעה על קיומם של מניעים מצפוניים כדי לבסס שמדובר במקרה של סירוב מצפוני, אפילו אם נלווים להם טעמים של מרי אזרחי, ולפעמים נראה שאין די בקיומם של טעמים מצפוניים, וסירוב סלקטיבי לעולם יוגדר כמרי אזרחי. מצד אחד, פסה"ד מזהה את טעמי הסירוב של מילוא כטעמים שנעוצים "באידיאולוגיה חברתית פוליטית" וקובע כי "טעמי התנגדות אלה נושאים מאפיינים מובהקים של מרי אזרחי ... אי לכך כנראה שצדקו ועדת הפטור וועדת הערר כשלא שוכנעו כי טעמים שבמצפון אישי הם אלה המניעים אותה לסרב לשרת בצה"ל" [13]. עם זאת, בית המשפט נמנע מלהכריע באופן חד-משמעי ואינו קובע את פסק דינו בהסתמך על טיעון זה. נראה שהימנעות זו נעוצה בעיקרה בעיית המניע הכפול. כמו במקרים קודמים, גם במקרה מילוא בית המשפט מכיר באפשרות שפעולה מסוימת תיעשה משני מניעים שכל אחד מהם די בו כדי להביא לידי ביצוע הפעולה. כך, יתכן שפעולת סירוב נעשית כדי להביא לשינוי פוליטי ובו בזמן גם כדי להימנע מהמעשה שנתפס כפסול. לפיכך אומר בית המשפט:

"אפשר שניתן לומר כי לטעמי הסרבנות האידיאולוגית של העותרת נילוויים גם טעמים שבמצפון ובמוסר אישי המשתלבים בסרבנות הרעיונית, ומכתיבים לה, בבחינת כורח מוסרי אישי, להימנע מלשרת בצבא."

על פניו נראה, אם כן, שבית המשפט אינו נסמך על זיהוי סירובה של מילוא כמרי אזרחי בדחוחו את עתירתה. עם זאת, יש לציין כי התבוננות עמוקה יותר בפסק הדין מלמדת שבית המשפט אינו מסיר טענה זו באופן מוחלט. זיהוי פעולת הסירוב הסלקטיבי כמרי אזרחי יעלה שוב בהמשך, כאשר ייבחן הנימוק המרכזי בפסה"ד - שהסירוב מונע מנימוקים פוליטיים.

כאמור, במקרי הסירוב הבולטים לא נדרש בית המשפט להכריע בעניין זה. אפשרותה הממשית של פעולה ממניע כפול עומדת כל העת ואף הוכרה על ידי בית המשפט, כפי שהיטיב לנסח השופט ברק בפס"ד זונשיין:

"בהנחה שמאמינים לו כי סרבנותו היא מצפונית ולא פוליטית או חברתית - אין שוני מהותי בין סרבנות מצפונית "מלאה" לבין סרבנות מצפונית סלקטיבית" (סע' 15). לא ניכנס לפרטי סוגיית המניע הכפול ממספר טעמים: ראשית, נושא זה נדון ארוכות בספרות הפילוסופית וביחס לסיטואציה של סרבני המצפון הישראליים בפרט [14]. שנית, בתי הדין השונים שדנו בעניינם של סרבני המצפון הישראליים קיבלו, ולו לצורכי הדיון, את ההנחה שאכן מדובר במקרים של כפל טעמים, כך שהגדרת סירוב מצפון חלה על הנאשמים / העותרים [15]. נמצא שבית המשפט מכיר - או לפחות נמנע משלילת האפשרות - שגם במקרה של סרבנות מצפון סלקטיבית ישנה פגיעה בחופש המצפון. ההנחה שבמקרים הנדונים מדובר במצבים שבהם, לצד המניע להביא לשינוי פוליטי מתקיים גם המניע המצפוני כתנאי המספיק להביא לפעולת הסירוב, אכן נראית מתבקשת ביחס למקרים שנדונו בישראל בשנים האחרונות [16]. אם כן, על מנת לבסס את שלילת הפטור, על בית המשפט להראות מדוע במקרה זה הפגיעה בחופש המצפון הינה מוצדקת. במילים אחרות, גם אילו ניתן לבסס את ההבחנה בין סירוב סלקטיבי לבין סירוב כללי, לא נובע מכך שלהבחנה זו יש משקל נורמטיבי כלשהו - לא מבחינתו של הסרבן ולא מבחינת האופן שבו מן הראוי שתנהג בו המדינה. שהרי אם ביסוד ההגנה על חופש המצפון מצוי ערך האוטונומיה והכבוד לאדם כפרט ריבוני בבחירת ערכיו [17], אזי עניין זה חל באותה מידה על הסרבן שעוסק במרי, כל עוד מדובר על סירובו לבצע פעולה אותה הוא תופס כבלתי מוסרית וסירובו מכוון גם להגן עליו מנטילת חלק בפעולה שכזו.

מאחר והוא מכיר במצפון הסלקטיבי כמצפון, על בית המשפט לברר, בפרשת מילוא כמו בזונשיין, האם - בהיותו מצפוני - חוסה הסירוב של מילוא בצל הגנת חופש המצפון [18], או שמא יש בסיס לעמדת הוועדה לפיה בהיותו סלקטיבי אין סירובה זכאי לפטור. כדי לתמוך בעמדת הצבא, על בית המשפט להראות מדוע על אף היותו מצפוני ומתוקף כך זכאי להגנה, אין להעניק פטור לסירוב הסלקטיבי במקרה הנדון. ואמנם עיקרו של פס"ד מילוא עוסק בבחינה והצדקה של ההבחנה בין סרבנות מצפון סלקטיבית לבין סרבנות מצפון כללית. בכך הולך פסה"ד בדרך שהתווה השופט ברק בפס"ד זונשיין בהניחו כי "סירובו של הסרבן הסלקטיבי לשרת במלחמה פלונית או בפעולה אלמונית מבוסס על טעמים מצפוניים אמיתיים, בדומה לסירובו של הסרבן המלא", ועם זאת הוא טוען כי אין להכיר בסרבן המצפון הסלקטיבי לצרכי הפטור. הטענה בהקשר זה היא שהחלטת הוועדה או השר והקריטריונים בהם עשו שימוש (קרי: ההבחנה בין סירוב מצפוני סלקטיבי לכללי) נאותים בהתחשב באיזון האינטרסים שעליהם לבצע. בעיקרו של דבר, מדובר באינטרסים של שימור מוסדות המדינה ותפקודם הדמוקרטי, הגנה על בטחון המדינה וחלוקה שוויונית של נטל זה. מרגע שהוכר הסרבן הסלקטיבי כבעל מצפון הראוי להגנה, הנטל שמונח לפתחו של בית המשפט הוא להראות שהפגיעה באינטרסים אחרים של המדינה חמורה יותר מהפגיעה בזכות היסוד לחופש המצפון. נסקור את הטענות שמעלה בית המשפט ונראה כי אין הוא עומד בנטל - הטענות שמעלה בית המשפט כנגד הסירוב הסלקטיבי אין בהן כדי לבסס פגיעה באותם אינטרסים לאומיים שמוטלים על הכף הנגדית לזו של חופש המצפון.

3. סירוב סלקטיבי על כף המאזניים

פס"ד מילוא נסמך כאמור במידה רבה על התקדים בפס"ד זונשיין כדי להצדיק את ההבחנה העקרונית בין סירוב סלקטיבי לבין סירוב כללי. טעמיו של ברק בפס"ד זונשיין אינם בהירים, והבהרתם מלמדת כי אין הם חסינים בפני ביקורות, כפי שהיטיב להראות חיים גנז [19]. מעניין, על כן, במיוחד לראות כיצד הובנו טעמים אלו על ידי בית המשפט בפס"ד מילוא, לאור הטעמים שממציא פסה"ד להחלת ההבחנה על נשים. על אף אורכם, נצטט את עיקרי הדברים במלואם:

"השיקול העיקרי שבשלו נשללת ההכרה בסרבנות הסלקטיבית כעילה לפטור משירות נשען על ההנחה כי זוהי סרבנות שיסודה, על פי רוב, בטעמים פוליטיים-אידיאולוגיים שאין להכיר בהם בתחומי הצבא,

משהתפיסה ביסוד הקמתו ותיפקודו היא תפיסה ממלכתית רחבה. שילובו של אלמנט פוליטי במדיניות הגיוס לצה"ל עלול לפגוע בתפיסת היסוד של שירות הבטחון. הוא עלול ליצור הפלייה בין אדם לאדם, ולפגוע בסופו בתקינות ההליך הדמוקרטי הבנוי על שוויון בנטל החובות חברתיים.

העמדה לפיה מערכת שלטונית וצבאית אינה יכולה להשלים עם מצב שבו יוצאי צבא יוכלו להכתיב אם ומתי ישרתו בצבא, היכן ישרתו, אלו פעולות יבצעו, לאלו פקודות יאותו להישמע ולאילו יסרבו, יפה במידה שווה ליוצאי צבא גברים ונשים; הסכנה הטמונה בסרבנות הסלקטיבית בפגיעה במורל הלאומי ובערך האחדות המאפיין את הצבא העם אינה שונה בין נשים לגברים. דינם לענין זה אחד".

בדברים אלו מובעות מספר טענות שאינן בעלות גוון אחד כנגד הכרה בסרבנות מצפון סלקטיבית. נבחן את טענות פסה"ד אחת אחת, על פי סדר ההיגיון, ולא בהכרח על פי סדרן בפסק הדין ונבדוק את החלתן על סירוב של נשים. יש לזכור כל העת (מה שבית המשפט, כפי שנראה, אינו מיטיב לעשות) באיזה שלב של הטיעון אנו אווזחים - משימת הטיעון בשלב זה של פסה"ד היא לספק טעמים להבחנה בין סרבנות כללית לסלקטיבית לעניין הגנה בחסות חופש המצפון. באופן ספציפי, על בית המשפט להראות שבאיזון האינטרסים הרלבנטי מעמדה של סרבנות מצפון סלקטיבית גרוע מזה של סרבנות מצפון כללית (שהרי זו האחרונה זוכה להכרה חוקתית לכל הדעות). על כן, הנימוקים היחידים שעשויים להיות מועלים כאן הינם נימוקים שחלים על סרבנות מצפון סלקטיבית, ואינם חלים על סרבנות מצפון כללית. נפנה, אם כן, לבחינת נימוקיו של בית המשפט.

3.1. סרבנות אינה יכולה להתקיים במערכת צבאית

"מערכת שלטונית וצבאית אינה יכולה להשלים עם מצב שבו יוצאי צבא יוכלו להכתיב אם ומתי ישרתו בצבא, היכן ישרתו, אלו פעולות יבצעו, לאלו פקודות יאותו להישמע ולאילו יסרבו".

טענה זו, אילו היתה תקפה, אמנם היה כוחה יפה לאישה כמו לגבר, אולם הטענה גופה אינה עומדת. ראשית, נראה שעצם הטענה יסודה באי-הבנה. מהו אותו מצב שאיתו "מערכת שלטונית וצבאית אינה יכולה להשלים"? לא יתכן שמדובר על עצם האפשרות של אזרחים להימנע מפעולות כלשהן הנוגעות לשירות הצבאי, שהרי זהו יסודו של הסירוב המצפוני, שהוא הביטוי המרכזי והבלתי מעורער של חופש המצפון. קריאתו של פסה"ד בנקודה זו כלשונו משמיעה שאין כאן אלא שלילה גורפת של עצם האפשרות של סירוב מצפוני ביחס לשירות הצבאי. אם "מערכת שלטונית וצבאית אינה יכולה להשלים" עם המיוחס כאן לסרבני המצפון, הרי פירושו של דבר שמערכות אלה אינן יכולות להשלים עם קיומם של סרבני מצפון בכלל. הטענה על פי פשטה אינה יכולה להתיישב עם ההכרה החוקתית בחופש המצפון. לפיכך, נראה כי אין לקרוא את דברי בית המשפט כלשונו. מן ההכרח לפרש את הדברים באופן שאינו מעמיד אותם בסתירה לאפשרות של סירוב מצפוני באשר הוא.

למעשה, טענה זו של בית המשפט מקורה בדברי השופטים בייסקי ולוין בפס"ד אלגזי המצוטטים בפס"ד זונשיין כך:

"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".

דקדוק בלשונו של בית המשפט מעלה כי הבעיה אינה בעצם ההימנעות משירות, אלא ב"קיומו של עקרון כללי" שעל פיו יוכלו חיילים להכתיב את תנאי שירותם. גם כאן ישנן אי-בהירויות רבות. בעיקר לא ברור מהי הבעיה, מה טיבו של עקרון מהסוג המדובר ובמה הוא שונה מעקרונות מוסר, או מעקרונות דתיים,

שעליהם מבוסס סוג הסירוב המוכר כמקרה הדגם של חופש המצפון (פציפיזם לסוגיו). על כל פנים, עמומה ככל שתהיה, ניתן אולי לומר כי את קביעתם של השופטים בייסקי ולוין ניתן לפרש ביתר קלות באופן שלא יעמיד אותה בסתירה חריפה לעצם האפשרות של סירוב מצפוני, היות ומוקד הטענה הוא בקיומו של עקרון על פיו נעשית ההכתבה מצדם של הסרבנים. עם זאת, נראה שלא די בכך כדי להעמיד את הטענה על רגליה. חלקה השני של הטענה אף הוא בעייתי. סרבני המצפון אינם מכתובים לצבא היכן ישרתו ואילו פעולות יבצעו. מהותו של הסירוב המצפוני הוא הימנעות מנטילת חלק בפעולות הנוגדות את הכרתו המוסרית של האדם, ועתירתו של הסרבן היא בקשה להכרה בזכותו להגנה על שלמות הכרתו זו. אין המדובר על ביסוס של מקור סמכות מתחרה לזה הצבאי, כזה שמנפיק פקודות והוראות שמהוות אלטרנטיבה להוראות הצבא, שכפי המשתמע מדברי בית המשפט, הוא הבעיה. שנית, ישנו כשל לוגי בטענת בית המשפט - מהטענה שהמערכת הצבאית לא תוכל להתקיים אם היא תכיר בזכותו של כל חייל או חיילת לסרב לשירות כזה או אחר לא נובע שהיא לא תוכל להתקיים תוך הכרה בסרבנות מסוג אחד - סרבנות מצפון. [20]

בנוסף, אילו היה מן האמת בטענה זו, הרי שהיתה תקפה, וביתר שאת, לגבי סרבן המצפון הכללי. הסרבן הסלקטיבי הלא אינו מתנגד לכל פעולה צבאית, וברגיל התנגדותו מוגבלת לתחום מסוים וצר יחסית של פעולות בהן אינו מוכן ליטול חלק. בעיקרו של דבר, מקבל עליו הסרבן הסלקטיבי את עולו של החוק ואת סמכותו של הצבא במידה רבה יותר מאשר הסרבן הכללי שמוציא עצמו מכלל שירות לחלוטין. אך, כאמור, כאן נדרש בית המשפט לספק טעמים שמבחינים בין שני סוגי הסירוב. ולכן אין בכוחה של טענת ההכתבה - אף אם תובהר די הצורך (משימה שכשלעצמה אינה נראית קלה) - לבסס הבחנה בין סרבנות מצפון כללית וסלקטיבית לעניין איוון האינטרסים הנדון.

3.2 פגיעה במוראל, באחדות או בהליך הדמוקרטי

"הסכנה הטמונה בסרבנות הסלקטיבית בפגיעה במורל הלאומי ובערך האחדות המאפיין את הצבא כצבא העם אינה שונה בין נשים לגברים."

ראשית, לא בוסס קיומה של סכנה שכזו, ובוודאי לא שהיא קיימת במידה המצדיקה פגיעה בחופש המצפון. פסה"ד מהדהד בנקודה זו את דברי השופט ברק בפס"ד זונשיין: "בחברה פלורליסטית כשלנו, ההכרה בסרבנות המצפון הסלקטיבית עשויה לרופף את החיזוקים המחזקים אותנו כעם". ועל כך כבר העיר בצדק גנז: "כי באותה מידה שבה סביר לחשוש כי הכרה בסרבנות מצפונית סלקטיבית תאיץ את התרופפות חיזוקי הסולידריות של החברה הישראלית, סביר גם לקוות שהיא גם תבלום אותה" (גנז, 24). דווקא חברה בעלת ריבוי דעות זקוקה לשוליים נורמטיביים רחבים דיים על מנת להכיל את הניגודים שבקרבה. ברוח זו קובע וולצר כי "רק כל זמן שהלגיטימיות האפשרית של קבוצות התנגדות, בעלות תביעות חלקיות, מוכרת ומוצהרת, יכולה המדינה להיחשב כקבוצה של אזרחים מהסכמה" [21]. ורולס אף רואה בסרבנות גורם בעל פוטנציאל מייצב: "אי-ציות אזרחי לגיטימי המופעל כראוי הוא גורם מייצב במשטר חוקתי ונוטה לחזק בו את הצדק" [22] הניסיון לאלץ סולידריות הדוקה מדי באמצעות כפייה של שיתוף מעשי בפרויקט פוליטי כזה או אחר, עשוי דווקא הוא להיות גורם של פירוד ולאליץ חלק מהחברה לנתק עצמו ממנה.

שנית, מבחינת עצם מעשה הסירוב, אין סיבה להניח שיש סכנה יתרה לשמירה על אחדות העם סרבנות מצפון סלקטיבית על פני זו הכללית. כמו בעניין הקודם (הפגיעה במערכת הצבאית), גם כאן נראה שאם יש לתת משקל לשיקול זה לגבי ההבחנה בין סירוב סלקטיבי לכללי הרי שמשקלו נוטה לצד ההפוך - דווקא בסירוב כללי ניתן לראות איום רב יותר על האחדות והמורל, שהרי הסרבן הכללי מבקש שלא ליטול חלק כלל במשימה הלאומית לה הוא מסרב, בעוד הסרבן הסלקטיבי נשאר בדרך כלל שותף גם אם באופן חלקי. [23]

בהמשך הדברים חוזר פסה"ד לעניין הפגיעה במורל הלאומי ובאחדות:

"הפגיעה באינטרס הציבור העלולה להיגרם מהסרבנות הסלקטיבית ככזו - בין זו של יוצא צבא גבר ובין של אשה יוצאת צבא - איננה מתמצית בהשפעה שיש לכך על מצבת כח האדם של הצבא. היא עלולה להשפיע השפעה מורלית שלילית על הלכידות החברתית בשירות הצבא, ולפגוע בעקרון ההפרדה ההכרחי בין חובת הנשיאה בנטל השירות הצבאי, וחובת הציות לפקודות, לבין הויכוח הפוליטי וניגודי הרעיונות, הדעות והאמונות המאפיינים את החברה הפלורליסטית הישראלית. הפיכת השירות הצבאי לענין התלוי במידת הזדהותו הרעיונית של החיל או החילת עם פעולות הדרג המדיני והצבאי עלולה להביא לשחיקה מסוכנת של ההליך הדמוקרטי, המחייב קבלת מרות הרוב ונשיאה שוויונית בנטל החובות הכלכליות, החברתיות והבטחוניות, שהיא חיונית לקיומן ולתיפקודן התקין של החברה והמדינה."

בקטע זה שוב כרוכות יחד מספר טענות. לגבי הפגיעה באחדות ובמוראל, מסתמנים בקטע שני כיוונים להבנת הטענה: הכיוון הראשון הוא כפגיעה במוטיבציה של הלוחמים באופן שעשוי לפגוע בתפקודו היעיל של הצבא. אולם כפי שאומר וולצר: "האפשרות להיות סרבן מצפון היא-היא המקיימת את האפשרות של קבלת המחויבות להלחם בצבא" [24]. בנוסף, אין שום סיבה להניח שפגיעה כזו צפויה מהכרה בסירוב סלקטיבי יותר משהיא צפויה מהכרה בסירוב כללי וכאשר מדובר בנשים אין היא צפויה כלל, כפי שיפורט בהמשך. הכיוון השני, והמשמעי יותר, הוא כפגיעה בהליך הדמוקרטי [25]. תחת כותרת זו נכרכות שתי טענות: ראשית, נראה שהבעיה היא בפגיעה בעקרון - שטרם נוסח, ואנו מתקשים לראות כיצד יוכל להיות מנוסח אי-פעם - לפיו מן ההכרח שתתקיים הפרדה בין הויכוח הפוליטי לבין חובת השירות בצבא והציות לפקודות. מנוסח הדברים נראה שהם אמורים להתפרש על פי ההמשך - חשיבותו של עקרון ההפרדה בין חובת השירות הצבאי לבין הויכוח הפוליטי נעוצה בחובה לקבל את מרות הרוב כעקרון יסוד של המשטר הדמוקרטי. על סמכותה של הכרעת הרוב במשטר דמוקרטי אמנם אין עוררין, אולם מכך לא נובעת שום טענה כנגד סרבנות מצפון סלקטיבית. כמו הטענות הקודמות, הטענה הנוכחית תקפה לגבי סרבנות כללית לפחות באותה מידה שהיא תקפה לסרבנות מצפון סלקטיבית. גם הפצפיסט, שלכל הדעות זכאי לפטור, מסרב לציית להכרעת הרוב. הטענה כאילו מרגע שאמר הרוב את דברו לא נותר למיעוט אלא לציית, עומדת בניגוד ישיר לעצם הרעיון של זכות לחופש מצפון. אם יש בו ממש, חופש המצפון הוא בדיוק הזכות לחרוג מהכרעת הרוב כאשר אלה פוגעות בהכרתו המוסרית של הפרט. [26]

לפעמים מנוסחת טענה ברוח דומה. כך למשל בפסק דינו של בית הדין הצבאי בעניינם של חמישה סרבני מצפון שסירבו להתגייס מטעמים פוליטיים הועלתה הטענה הבאה: "הכרה בסרבנות סלקטיבית מהווה ... עקיפת התהליך הדמוקרטי והתערבות בלתי-מקובלת בו" [27]. על אף העמימות (לא ברור כיצד ניתן לעקוף משהו ולהתערב בו באותה העת) נראה שכוונת בית הדין לטעון כי, בהיותו מותנה בנסיבות ספציפיות, הסירוב הסלקטיבי מבוסס ברגיל על טעמים פוליטיים, אך בדמוקרטיה ייצוגית מאבקים פוליטיים צריכים להיות מוכרעים בפרלמנט על פי הצבעת רוב המחייבת את המיעוט לציית לה [28]. כל זה טוב ויפה כאשר מדובר על חילוקי דעות רגילים לגבי מדיניות כלשהי. אולם כאשר מדובר בהחלטה שמחייבת את המיעוט לנהוג באופן שאינו רק נוגד את דעתו לגבי הדרך היעילה ביותר להשיג מטרה כלשהי או בשאלה איזו מטרה ראויה יותר, אלא שמחייב את הפרט עצמו לנהוג באופן שנתפס בעיניו כמושחת מוסרית, המצב שונה לחלוטין [29]. בהנחה שבית המשפט אינו מבקש לבטל את ערכו של חופש המצפון, הרי שבמצב כמו זה המתואר - שהוא המצב במקרה של סירוב מצפוני סלקטיבי - חובת הציות להכרעת הרוב שוב אינה יכולה להיות מובנת מאליה, שהרי יש בה פגיעה בזכות יסוד של המיעוט [30]. בנוסף אחר, אפשר לומר, ששלילת ההכרה מסרבן מצפון בטענה שיש לציית להכרעת הרוב פירושה ריקון עקרון חופש המצפון מתוכנו.

שנית, הפגיעה באחדות ובמוראל היא פגיעה בהליך הדמוקרטי, במובן של הפרת עקרון השוויון בנשיאה בנטל החובות. אולם שוב עלולה השאלה: מדוע מהווה סרבנות מצפון סלקטיבית פגיעה ניכרת יותר בשוויון הנשיאה בנטל מאשר סרבנות כללית? הדעת נותנת, שלפחות מבחינת פעולת הסירוב עצמה, דווקא ההיפך הוא הנכון. הסרבן הכללי מניח את ידו מהמשימה הצבאית כולה, בעוד הסרבן הסלקטיבי מוכן לשרת בצבא באותה כמות ותחת אותם סיכונים להם נדרש כל חייל אחר. כפי שהיא מועלית כאן, אם כן, הטענה בדבר הפגיעה בשוויון

אינה יכולה להצדיק את שלילתה של ההכרה בזכותו של הסרבן הסלקטיבי לחופש המצפון לצד ההכרה בזכותו של הסרבן הכללי. (טענת הפגיעה בשוויון תידון בפירוט בהמשך).

נמצא שגם בעזרת מגוון נדיב של פירושים אפשריים לא ניתן להציל את טענת בית המשפט בדבר פגיעה יתרה במורל ובאחדות הטמונה כביכול בסרבנות המצפון הסלקטיבית. בנוסף, לצד טענות כלליות אלה כנגד טענת הפגיעה במוראל, הרי שביחס לנשים היא מוזרה במיוחד. כפי שיפורט בהמשך, בהתחשב באחוזי הגיוס הנמוכים של נשים, תפקידן השולי במערך הלחימה והפיקוד בצה"ל והקלות שבה יכולה אישה להשתחרר משירות, הדיבור על פגיעה במוראל הצבאי בעקבות הענקת פטור לסרבניות מצפון משולל יסוד.

3.3 סירוב סלקטיבי כסירוב פוליטי

הטענה המרכזית נגד סירוב סלקטיבי עומדת על היותו מבוסס על טעמים פוליטיים. כמו בפסקי דין אחרים בעניינים של סרבני שירות בישראל, ההנמקה הפוליטית שסיפקה מילוא למעשיה עולה פעמים רבות בפסק הדין. הפעם - לצד הקשירה של עניין זה בשאלת הגדרת מעשיה כמרי אזרחי (שנדחת לבסוף, לפחות מלשמש בסיס לפסיקה) - מופיעה הנמקה עקרונית. נבקש לקרוא קריאה קפדנית צמודה של דברי פסק הדין כדי לחלץ מדבריו את לוז טענתו. פסה"ד קובע כך:

"השיקול העיקרי שבשלו נשללת ההכרה בסרבנות הסלקטיבית כעילה לפטור משירות נשען על ההנחה כי זוהי סרבנות שיסודה, על פי רוב, בטעמים פוליטיים-אידיאולוגיים שאין להכיר בהם בתחומי הצבא, משהתפיסה ביסוד הקמתו ותיפקודו היא תפיסה ממלכתית רחבה."

אך מדוע "אין להכיר" בטעמים פוליטיים בתחומי הצבא? פסה"ד ממשיך כך:

שילובו של אלמנט פוליטי במדיניות הגיוס לצה"ל עלול לפגוע בתפיסת היסוד של שירות הבטחון."

נתעקש ונקשה שוב - מדוע? מהי אותה תפיסת יסוד וכיצד פוגע בה הסירוב הסלקטיבי? פסק הדין מספק את התשובה הבאה:

"הוא עלול ליצור הפלייה בין אדם לאדם, ולפגוע בסופו בתקינות ההליך הדמוקרטי הבנוי על שוויון בנטל החובות חברתיים."

לעניין ההפליה נשוב מיד. לפני כן נציין כי הפעם מבואר באופן מפורש כי הפגיעה בהליך הדמוקרטי היא הפגיעה בשוויון בנשיאה בנטל. אם כן, מועלית כאן למעשה טענה אחת - סרבנות המצפון הסלקטיבית פסולה בהיותה הפרה של עקרון השוויון והפלייה בין אזרחי המדינה.

לגבי ההפלייה יש לברר לאיזו הפליה טענה זו מכוונת? באם היא מכוונת להפליה בין מילוא לבין נשים אחרות שמצפונן מורה להן שלא לשרת, אזי אין בה ממש, היות שאותו הכלל יחייב מתן פטור מטעמי מצפון גם להן. באם הטענה היא להפליה בינה לבין מי שמצפונה אינו מייסרה בהקשר זה, הרי שאין כאן הפליה. הזכות לחופש המצפון הינה רגישה לתוכן מצפוננו הספציפי של כל פרט, ועל כן היא אמורה להתישם באופן שונה על פרטים שמצפונם שונה. חופש המצפון וחוק שירות בטחון, יחייבו הכרה גם בטעמי מצפון שונים במקום בו הם ימנעו מאישה שירות בצבא.

יתכן וההפליה האמורה נוגעת לסיכויי שפיכת הדם. אמנם בפסק הדין נכתב "הפליה בין אדם לאדם", אולם יתכן שהדברים מכוונים למקורם בפס"ד זונשיין, שם הטענה מנוסחת בלשון הפליה "בין דם לדם". לפי זה

ההפליה האמורה היא בין שירות צבאי במקומות בהם נשקפת סכנת חיים לבין שירות שאין בו סיכון החיים. אך גם הבנה זו אינה מסייעת להבהרת הטיעון בהקשר הנשי. נותרת השאלה, האם הכוונה להפליה בין נשים משרתות לבין נשים שאינן משרתות, או להפליה בין דמן של נשים שעקב מתן הפטור, לא יסכנו את חייהן בשירות צבאי לבין גברים שדמם בסכנה בעת השירות. אם מדובר בהפליה בין דמן של נשים המשרתות בצה"ל לבין דמן של נשים המבקשות פטור מהשירות, נזכיר כי גם בין המשרתות, אחוז הנשים שחיהן בסכנה נמוך מאוד. בצבא ההגנה לישראל, נשים אינן מחויבות בשירות קרבי - אישה הרוצה לשרת שירות קרבי צריכה להתנדב ולעבור מספר מיונים. כך שרוב הנשים אינן נמצאות בסכנת חיים במהלך שירותן הצבאי, וממילא אין הפליה בין מי שמבקשת להסתכן לבין המבקשת פטור מטעמי מצפון סלקטיביים, שמעוניינת להימנע מכך. באם הטענה מכוונת להפליה בין דמם של גברים לבין דמן של נשים, הרי שהפליה זו אינה רגשית למבנה הצבא. חלק מהגברים מופנים לשירות צבאי המסכן את חייהם, על פי הפרופיל הרפואי שלהם ואילו נשים, כאמור, רק מתנדבות לכך. לכן מתן פטור מטעמי מצפון סלקטיביים לנשים, לא הוא שיצור הפליה בין דם הגברים לדם הנשים.

נוכח קריאת פסה"ד דומה שאין מנוס מלחזור שוב ולהזכיר: על הנימוקים המובאים כאן להיות כאלה הנוגעים רק לסירוב מצפוני סלקטיבי ולא כאלה שחלים גם על סירוב מצפוני כללי. אולם הן ההפליה והן הפרת השוויון בנשיאה בנטל החובות החברתיים לא רק שהן רלבנטיות גם לסרבנות כללית, אלא שבמידה והן מתקיימות בכלל בסירוב מצפוני, הן מתקיימות בכללי במידה חמורה יותר מאשר בסלקטיבי. יש לזכור שהסרבן הסלקטיבי נכון לשרת בצבא ואף להסתכן בנפשו, מה שאין כן הסרבן הכללי. אם סירוב מצפון כללי מתאזן אל מול הפגיעה בשוויון, סירוב מצפון סלקטיבי על אחת כמה וכמה. [31]

3.4 מימדי הסירוב

מצאנו ששלושת השיקולים שהועלו על ידי בית המשפט כנגד הכרה בסירובה של מילוא - בהיותו סירוב סלקטיבי - אינם תקפים. אולם דומה כי ישנו שיקול נוסף שעשוי להציל כל אחד מהשיקולים הקודמים - זהו השיקול בדבר מימדי הסירוב הסלקטיבי לעומת הסירוב הכללי המבוסס על ההשערה שטיבעה של סרבנות סלקטיבית לגדול. כך אכן נטען בפס"ד זונשיין, בקטע שמצוטט בפס"ד מילוא:

"תופעת הסרבנות המצפונית הסלקטיבית היא מטבעה רחבה יותר מזו ה"מלאה" ... עניין לנו בקבוצה שיש לה נטיה לגדול. [32]"

אם אכן סרבנות סלקטיבית הינה רחבה יותר, או שיש לה נטיה טבעית לגדול שאינה מאפיינת את סרבנות המצפון הכללית, אזי ניתן לכאורה לבסס את ההבחנה ביניהן מבחינת השיקולים שנדונו. הראינו כי מבחינת עצם פעולת הסירוב, הסירוב הסלקטיבי אינו גרוע מהסירוב הכללי מבחינת הפגיעה באחדות ובמוראל ומבחינת היותו מבוסס על טעמים פוליטיים. אם מתעקשים על ההבחנה בין שני סוגי הסירוב מבחינה זו, הרי שמצבו של הסלקטיבי עדיף על זה של הסירוב הכללי. ההיבט היחיד שמבחינתו ניתן לדבר על איום גדול יותר שנשקף לשוויון מאת סירוב מצפון סלקטיבי מאשר מאת הסירוב הכללי הוא במימדי התופעה. אם נכונה ההשערה שסרבנות מצפון סלקטיבית הינה תופעה רחבה יותר או כזו שמטבעה לגדול, אזי ניתן לייחס לה סכנה רבה יותר לאחדות העם.

טענת ההפליה והפגיעה בשוויון כאשר היא נסמכת על מימדי התופעה, הרי היא בגדר השערה אמפירית, וככזו מן הראוי לבססה על ראיות או תימוכין עובדתיים כלשהם. גם במידה ויימצאו תימוכין שכאלה, או אם יטען הטוען שאין בהם צורך כיון שהדבר ברור מאליו או שהוא ידוע [33], עדיין אין די בכך מהטעמים הבאים. ראשית, כאשר מועלה טיעון מסוג זה, דהינו טיעון המבוסס על תחזית לגבי תוצאות בלתי רצויות של הכרעה כלשהי, יש לשאול מהי מידת הוודאות הנדרשת על מנת שיהיה התוקף הראוי לחשש מפני התוצאות. הנשיא

ברק כתב בפס"ד זונשיין כי: "ניתן לפגוע במצפוננו של הסרבן המצפוני (המלא או הסלקטיבי) רק אם קיימת ודאות קרובה של פגיעה ממשית באינטרס הציבור" (סע' 17, הדגש הוסף). גם אם ניתן לדבר על נטייתה של הסרבנות הסלקטיבית לגדול כהשערה סבירה או כידע כללי, וודאות קרובה בוודאי אין כאן.

שנית, גם אם יובאו ראיות אמפיריות התומכות בהשערה עובדתית זו, יש להראות שתוצאה זו חמורה מהתוצאות הצפויות להיות לדרכי פעולה חלופיות [34]. חשוב לזכור כי בשקלול זה יש לקחת בחשבון גם את מחיר הפגיעה בהכרתו המצפונית של הסרבן, שהוכרה כבר על ידי בית המשפט ככזו. למעשה, יש לבחון את מושג השוויון המתפקד כאן. בית המשפט מסייג את דבריו לשוויון בנשיאה בנטל החובות. אולם כידוע, יישומו של עקרון השוויון מוכרח לקחת בחשבון הבדלים רלבנטיים בין מושאי ההוראה. השוויון בין האזרחים, אינו מתמצא בנשיאה שווה בנטלה של חובה כזו או אחרת, אלא ביחס שווה מאת המדינה המתחשב בהבדלים ביניהם. אדם שיסבול פגיעה ממשית בהכרתו המוסרית כתוצאה מנשיאה בנטל אזרחי כלשהו, אינו שווה לזה שיפיק ממנה הנאה או שתיחסך ממנו אותה פגיעה, פשוט משום שהכרתו המוסרית שונה [35]. לכן, יישום מלא יותר של עקרון השוויון, מחייב התחשבות במצפוננו של הסרבן המצפוני ולא רק בחלוקת הנטל.

שלישית, במידה וישנו טעם לחשוש שהכרה בסרבנות סלקטיבית תגרור ריבוי סירובים שכאלה עד כדי פגיעה בכושר הפעולה של הצבא, ניתן להתמודד איתו גם באופנים אחרים. בפרט, ישנה האפשרות למנוע את סחף הסירוב באמצעות הענקת תמריצים חיוביים למשרתים. למעשה תמריצים כאלו מובנים אל תוך המרקם החברתי בישראל, שבה שירות צבאי זוכה להכרה והערכה ואילו הסירוב זוכה לגינוי גורף. מבנה תמריצים נתון זה מהווה משקל נוסף כנגד החשש לריבוי סירובים גם אם תפטור המדינה את הסרבנים הסלקטיביים מעונש.

אולם גם אילו ניתן היה להתגבר על כשלים טיעוניים אלה, עדיין מזדקר במלוא חומרתו העדר הבסיס הראייתי לחששות העובדתיים המועלים כאן. כפי שהעיר גנז, אין די בכך שסרבנות סלקטיבית הינה תופעה רחבה יותר - בפועל או בפרוטנציה - מהסרבנות הכללית. על מנת להצדיק אי-הכרה בסרבנות מצפון סלקטיבית בשם איזונו של ערך חופש המצפון אל מול שיקולי בטחון המדינה, על בית המשפט להראות שמימדיה הינם לא רק גדולים מאלו של סרבנות מצפון כללית, אלא שהם עולים לכדי פגיעה ממשית בביטחון או במערכת החוק. לשם כך ודאי נדרשים נתונים עובדתיים מלאים יותר מאשר השערות כלליות וידיעות בעלמא. חסרון זה בולט במיוחד על רקע חומרת התחזית וקיצוניות התרחיש שבית המשפט משרטט בניסיון לבטל את העתירה בכוח רושמו הדרמטי של התיאור בלבד:

"הרחבת ההכרה בפטור לנשים מחמת סרבנות סלקטיבית עלול[ה] לפגוע בלכידות הצבא ועלול[ה] להשפיע באורח קשה על המוטיבציה לשרת בצבא עד כדי פגיעה קשה וממשית בדרך התנהלותו ... עלולה להיות לכך השפעה הרסנית גם על המירקם החברתי הכללי מעבר לשורות הצבא, בערעור האיזונים הפנימיים בחברה ...".

בתחילת פסק הדין הוצגה השאלה העומדת על הפרק כשאלת "הגבולות שבתחומם מסוגלת חברה אנושית להכיר בלגיטימיות של אי ציות לחוק מטעמי מצפון אישי, ובה בעת לשמר עצמה מפני אבדון". התוצאה שצפויה להיות להכרה בסירוב הסלקטיבי של מילוא היא לא פחות מאבדון! אין פלא, אם כך, שבית המשפט נזקק לתיאורים מהלכי אימה, כגון החשש שהכרה בסרבנות סלקטיבית תהווה פגיעה במשמעת הפנימית, בדבקות במטרה, וביכולת להגשים משימות צבאיות קשות שנועדו להגן על חיי אדם. היא עלולה לפגוע במעמדה של ההנהגה הלאומית ובכוחה להנהיג את הכח הצבאי; היא עלולה לפגוע בלכידות החברתית ובמוראל החברתי הכללי.

תחזיות אימים שכאלה, מן הראוי כי תהינה מעוגנות לכל הפחות בנתונים עובדתיים המצביעים על ממשיותו של החשש או בתקדימים רלבנטיים [36]. נראה כי בית המשפט, במקרה זה כמו באחרים, אינו נמנע מהבאת ראיות שכאלה בגינו של טעם נשגב כלשהו, אלא מהטעם הפשוט שראיות שכאלה אינן מצויות תחת ידיו

[37]. נראה שהשאלה שיש לשאול בהקשר זה היא, כמה מלחמות צודקות שנמנעו בשל סרבנות מצפון מוכרות בדברי ימי האנושות, וכמה מלחמות בלתי צודקות ואף מושחתות במפגיע התרחשו בשל צייתנות עיוורת? דומה כי התשובות לשאלות אלה ברורות מאליהן. העדרם של תקדימים וראיות לטובת טענתו של בית המשפט מהווה תמיכה ישירה לטענה ההפוכה, קרי לטענה שאין בהכרה בסרבנות מצפון סלקטיבית כדי לסכן את הלכידות החברתית ואת יכולתו של הצבא לפעול באופן אפקטיבי. [38]

עד כאן הצגנו את הבעייתיות של הטיעון לגבי ההפליה והפגיעה בשוויון הכרוכות בהכרה בסרבנות מצפון סלקטיבית בכלל. נדמה שדי בטענות שהוצגו כדי לערער את תוקפו של קו הטיעון הזה מעיקרו. אולם מאחר שאנו עוסקים במקרה שבו הסירוב נעשה על ידי אישה ובשל השוני הממוסד בתפיסת השירות בין נשים לגברים על ידי המדינה והצבא עצמם, יש להוסיף בחינה של קו הטיעון הזה ביחס לנשים. די בסקירה חטופה של תנאי השרות והשחרור של נשים משירות, כדי להראות ששיקולי ההפליה והפגיעה בשוויון אפילו לכאורה, אינם רלבנטיים במקרה זה.

טענת ההפליה והפגיעה בשוויון מבוססת על ההשערה בנוגע לכך שמימדיה של תופעת הסירוב הסלקטיבי שונים באופן ניכר - בפועל או בכוח - מאלו של סרבנות מצפון כללית. לצורך הדיון, נניח שטענה זו נבדקה ואושרה עובדתית ביחס לסירוב מצפוני סלקטיבי של גברים. בהינתן היחס השונה לשירות נשים (שיפורט בהמשך) יש הצדקה לבחון שאלה זו בנפרד לגבי הנשים בצה"ל - האם תופעת סרבנות המצפון הסלקטיבית של נשים גם היא "מטבעה רחבה מזו המלאה"? האם גם לה יש "נטייה לגדול"? נתונים מתנועת "פרופיל חדש" ומהעיתונות מצביעים על כך שעד היום נכלאו שש סרבניות מצפון סלקטיביות בלבד. כמות זו רחוקה מלהשפיע על שיקולי הביטחון. האם יש חשש כי היקף התופעה יגדל באם יינתן פטור לסרבניות מצפון סלקטיביות? לאור הקלות שבה יכולות נשים להשתחרר משירות בצה"ל חשש זה נראה לא פחות ממופרך. בשנת 2002, לדוגמה, התגייסו 63.1% מהנשים בציבור היהודי, שמהוות רק 48.4% מהנשים חייבות הגיוס לפי חוק שירות בטחון [39]. בנוסף, אף בתוך המסגרת הצבאית, הדרך להשתחרר משירות בשטחים הכבושים קלה ביותר - מספיק להגיש בקשה לקל"ב (שירות קרוב לבית) כדי לא לשרת בשטחים (בהנחה שהוריה של המבקשת אינם מתגוררים בשטחים). כדברי גנו, "בטחון המדינה לא עומד בסכנה ממשית כל עוד מספר הסרבנים הסלקטיביים, כעניין שבעובדה, רחוק מכדי לסכן את יכולתו של הצבא לבצע את משימותיו". עד אז, "טיעון זה אינו יכול להוות בסיס מספק להעדיף את שיקולי בטחון המדינה על פני הערך של חופש המצפון" [40]. על אחת כמה וכמה כשמדובר בנשים שכעניין שבעובדה ממוסדת אינן שותפות לעיקר המאמץ המלחמתי. אגב, השופט חשין בדחותו עתירה לקיום דיון נוסף בעניינה של מילוא טען כי: "עניין כעניינה של העותרת - אישה המסרבת לשרת שירות ביטחון מטעמי מצפון "סלקטיביים" - עניין נדיר וחריג הוא עד-מאוד, ותעיד על כך העובדה שזו לנו הפעם הראשונה בה נדרש בית-המשפט לסוגיה זו. המדובר הוא אפוא במקרה ייחודי, נדיר וחריג" [41]. נדירותו וחריגותו של המקרה שימשו את בית המשפט לדחיית עתירתה לדיון נוסף, ועם זאת לא הפריעו לו לדחות את עתירתה המקורית בטענה שזו תופעה שמאימת לגדול עד כדי איום ממשי על יכולת הפעולה של צה"ל.

4. בין נשים לגברים

בהמשך לקטע שצוטט לעיל, מתעמת בית המשפט עם הטענה שיש להבחין בין גברים לנשים לעניין הפטור מטעמי מצפון כיוון שמעמדן של נשים בצבא ותרומתן במסגרת השירות הצבאי שונים מאלו של גברים:

"קשה אף לקבל את הטענה לפיה יש מקום לאבחון בין גבר לאשה לענין היקף הפטור מחמת סרבנות מצפון מאחר שתרומתה הסגולית של האשה לשירות הבטחון קטנה יותר מזו של הגבר, ולפיכך באיזון שבין חופש

המצפון האישי לבין אינטרס הציבור יש להעדיף את הערך הראשון. לכך יש להשיב באלה: ראשית, תרומתן המהותית של נשים לשירות בצה"ל אינה מוטלת בספק... כבר בימיה הראשונים של המדינה נטמעה התפיסה לפיה אין להפלות בין גברים ונשים באשר לזכות ולחובה לשרת בצבא, באופן שיחזק את הצבא בכוח וברוח... מגמה זו הלכה ונתחזקה ברבות הימים, עם השינויים הנורמטיביים שתרמו לחיזוק שילובן של נשים ביחידות לוחמות בצבא."

בקטע זה מספר קביעות:

(א) לנשים תרומה ממשית לשירות הצבאי;

(ב) מראשית המדינה השתרשה התפיסה שאין להפלות בין נשים לבין גברים ביחס לשירות הצבאי;

(ג) בשנים האחרונות עוד התחזקה מגמת השוויון בין נשים לגברים בצבא.

בהמשך הדברים מסיק בית המשפט מקביעות אלה את המסקנה שאין "קשר ישיר בין זהותו המגדרית של המתגייס לבין תרומתו לצבא". זהו בודאי היסק נחפז - מההיסטוריה של תפיסת השירות הצבאי ומשינויים בחקיקה לא ניתן להסיק שאין קשר ישיר בין זהותה המגדרית של החיילת לבין סוג ומידת תרומתה.

תרומתן המהותית של נשים לצבא אכן אינה מוטלת בספק. אולם בכך אין די על מנת לדחות את הטענה שיש הבדל בין נשים לגברים מבחינת התרומה הצבאית. דומה שהעובדות בעניין זה מובהקות - צה"ל בנוי על שירותם של גברים באופן יסודי ביותר מבחינת התפקידים בהם הם מוצבים, משך השירות ומעמדם הפיקודי. יש לפער זה ביטוי נחרץ בכך שאילו אחוז ניכר מהגברים היו משתמטים משירות (או מסרבים) לא היה הצבא יכול לתפקד. דבר זה באופן מובהק אינו נכון לגבי נשים - גם השתמטות (או סירוב) מסיביים של נשים לא תשתק את הצבא. כמעט כל התפקידים הקרביים ורוב מכריע של התפקידים הפיקודיים בצה"ל מאוישים על ידי גברים ולא על ידי נשים [42]. יש לבחון אם כן את שני הנימוקים האחרים שמועלים בפסה"ד הנוגעים לשוויון שבתפיסת שירות הביטחון.

4.1 נשים בשירות הביטחון

ראשית, לטענה ההיסטורית לפיה מאז קום המדינה, התפיסה השלטת היא שוויונית בכל הנוגע לשירות הצבאי של נשים. אכן, נשים השתתפו באופן פעיל בכל ארגוני המחותרת עוד לפני קום מדינת ישראל. בארגון ההגנה (1920-1948) השתתפו נשים רבות וכך גם בפלמ"ח, שהיווה הכוח הלוחם של ארגון ההגנה, אומצה מדיניות מפורשת של שילוב נשים ביחידות קרביות. במלחמת העצמאות נטלו נשים תפקיד קרבי פעיל והיוו יותר מ-15% מסך כל הכוחות. ההסבר שנותנת רדאי [43] לשילובן של נשים ביחידות לוחמות נעוץ בכך שמלחמת העצמאות נתפסה כמלחמת הישרדות שבה שדה הקרב חדר לכל שטחי ההתיישבות היהודית ואשר נוהלה על ידי אוכלוסייה שלא היה לה עדיין צבא ממוסד. נסיבות אלו הצריכו מאמץ מצד כלל האוכלוסייה היהודית, לרבות נשותיה. כשפורק הפלמ"ח והוקם צבא ההגנה לישראל, מוסדו הארגונים הצבאיים, וכחלק מהתהליך, מוסד גם תפקיד האישה בצבא.

בפסק הדין נסמך בית המשפט על דברי הכנסת בדיון על חוק שירות בטחון ובפרט על דברי בן גוריון שייחס חשיבות רבה לשילוב נשים בצבא. אולם הדברים באותו דיון, ואף בפיו של בן גוריון עצמו, לא היו כה חד-משמעיים. בנאום אליו מתייחס בית המשפט מקבל הנאום, ה"כ ארם, כי ישנן סיבות לחוקק הבדלים ביחס לשירות הצבאי בין גברים לבין נשים - הוא רק מצמצם אותן יותר מחבריו, וכך גם בן גוריון עצמו בתגובתו לארם [44]. בן גוריון הצהיר מספר פעמים כי חשיבות האימהות עולה על פני השירות הצבאי. כך הוא אמר

בשנת 1948: "אין אישה פסולה לשום שירות, אין היא משוללת שום זכות, ואין היא פטורה משום חובה, אלא אם כן הדבר פוגע באימהותה" [45]. בדיון על החוק שהביא לייסודו של צה"ל, קבע בן גוריון את עקרונות השתתפותן של נשים בצבא. לטענתו, הביטחון הלאומי לא ניתן להשגה באמצעות כוח צבאי בלבד. נחוץ להקים ולפתח יישובים חדשים המושגים על חקלאות, ודרוש שיעור ילודה גבוה כדי לספק חיילים לעם היהודי [46]. ג'רבי מנתחת את דבריו וטוענת כי התבטאויותיו השונות בנושא מבטאות גישה אמביוולנטית לשילוב נשים במערכת הצבאית. ניכר בהם הפער בין שאיפה לשוויון ברמה האידיאולוגית לבין החלטות לביצוע. [47]

מדברים אלו ואחרים עולה כי, לפחות בחלקה, החברה הישראלית תופסת את תרומתן האזרחית של נשים כ"אחראיות על הילודה ועל הגדלתה הפיסית של האומה" ורק במידה פחותה כשותפות למאמץ הצבאי. [48]

הטענה כנגד הטעון ההיסטורי של "שוויון מימי קום המדינה" חמורה אף יותר. אומנם, רבים החוקרים הסוברים כי נשים קיבלו יחס שונה בצבא עוד מימי קום המדינה כעניין של מדיניות, היות שקובעי המדיניות החזיקו גם בערכים של אימהות, עדיפות החייל הגבר ועוד. אך אפילו נניח כי טענת בית המשפט נכונה, וכבר מימי קום המדינה נטמעה התפיסה לפיה אין להפלות בין גברים לנשים באשר לזכות ולהובה לשרת בצבא, איזה תוקף נורמטיבי ניתן לייחס לטענה זו? האם מחייבת תפיסה היסטורית זו את המדיניות כיום? האם היא מבטלת את הדרישה מבית המשפט לבסס את טיעוניו, כאשר הוא מבטל זכות המוקנית לנשים בחוק, על נימוקים מתאימים? האם תפיסה היסטורית זו משחררת את בית המשפט מהחובה לבחון את מידת השוויון לו זוכות נשים בפועל בצה"ל כיום? נראה כי התשובה לכל השאלות הללו היא שלילית ואין משמעות של ממש למידע ההיסטורי ביחס לעתירתה של מילוא וביחס לשאלה העקרונית שבצידה, הנוגעת למתן פטור משירות צבאי לנשים מטעמי מצפון סלקטיביים.

יש לבחון, אם כן, את החקיקה בנושא שירות ביטחון לנשים. כאן נמצא כי התפיסה שמייחדת את מעמדן של נשים ביחס לשירות הביטחון חלחלה אל תוך החוק ונקבעה בו בכמה אופנים. המרכיב הבולט ביותר לצורך ענייננו הוא הפטורים הייחודיים לנשים שנקבעו בחוק - פטור עקב נישואין, הריון ואמהות [49]. לצד זה, בחוק שירות הביטחון הבדלים נוספים בין שירות גברים לבין שירות נשים: גברים יכולים להיקרא לשירות סדיר עד הגיעם לגיל עשרים ותשע ונשים רק עד גיל עשרים ושש [50]; נשים משוחררות משירות מילואים בגיל צעיר יותר; משך השירות שונה לגברים ולנשים - גברים מחויבים בשלושים ושישה חודשי שירות ואילו נשים מחויבות רק בשירות של עשרים וארבעה חודשים [51]. על גבי כל אלה, רק נשים זכאיות לפטור משירות מטעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי (עניין זה יטופל בפירוט בהמשך).

בנוסף, ישנם הבדלים בשירות עצמו: גברים, כאמור, משובצים לתפקידי לחימה על פי פרופיל צבאי ונשים רק מתנדבות. למותר לציין, כי תפקידי הלחימה קשים יותר פיזית ומסכנים חיים. תפקידי הנשים בצבא הוגבלו בעבר בעיקר לשירותי רווחה, פקידות וסיעוד. אומנם בבג"צ בעניין אליס מילר [52] התחולל מפנה כאשר נקבע שיש לאפשר לנשים להתנדב לקורס טיס וצה"ל פתח בפני נשים מתנדבות יחידות קרביות נוספות. מגמה זו אף חדרה לחוק שירות הביטחון בשנת 2000 כאשר נוספה לו הקביעה כי "לכל יוצא צבא אישה זכות שווה לזכותו של יוצא צבא גבר, למלא תפקיד כלשהו בשירות הצבאי" [53]. גם חוק שיווי זכויות האישה תוקן בהתאם והתווסף לו הסעיף הקובע כי "לכל אישה המועמדת לשירות בכוחות הביטחון, או המשרתת בהם, זכות שווה לזכותו של האיש למלא כל תפקיד, או להיות מוצבת בכל תפקיד" [54]. עם זאת, גם עם תיקון החוק, לא הושווה מעמדן של הנשים בצבא לזה של הגברים. עדיין נשים אינן יכולות לשרת בכל יחידה בצבא ולמלא כל תפקיד, וכן תנאי השירות שלהן ואורכו שונים. ג'רבי מחלקת את המבנה הצבאי לשלושה רכיבים חיוניים וטוענת כי גם כיום נשים אינן נוטלות חלק משמעותי, בשניים מתוכם שהם המערך הקרבי הסדיר ומערך המילואים [55]. בשנים האחרונות הנשים משמעותיות ברכיב החשוב השלישי שהוא המערך הטכנולוגי. ניתן להתרשם שעל אף ההגדרה החוקית של שירות חובה לנשים ועל אף מספרן הרב של החיילות, הן אינן שותפות שוות זכויות וחובות במערך הצבאי. בהתייחסותו של בית המשפט לשינויים שבאו בעקבות פרשת מילר יש בלבול בין שוויון כיעד נורמטיבי לבין היותו מציאות ממשית.

רגישות למגמת השוויון חשובה גם היא בהקשר הנוכחי. בית המשפט טוען כי מגמת השוויון בצה"ל הולכת ומתחזקת וכראיה הוא מציג את בג"צ מילר וסעיפי החוק שתוקנו. אך בית המשפט לא הבחין בכיוון מגמת השוויון. השינויים בחקיקה ובפסיקה שהוזכרו לעיל, קבעו שיש לנהוג כך שינתנו לנשים זכויות שוות לאלו הניתנות לגברים. לא הפסיקה ולא החקיקה כיוונו את דבריהם לשוויון בחובות, ובדין הוא ששוויון חובות ידרש רק בעקבות השוואת הזכויות ולא להיפך. גם כיום, עשר שנים אחרי בג"צ מילר וחמש שנים מאז התיקון בחוק שירות הביטחון, מעמד הנשים בצבא, אינו שווה למעמד של הגברים. הסיבה לכך היא באופן חלקי יישום בלתי מספיק של עיקרון השוואת הזכויות, אך בעיקר בגלל שככל הנראה איש אינו שואף להשוות בחובות. באי מתן פטור מטעמי מצפון לנשים, כפי שקבוע בחוק, רשויות הצבא והמשפט שוללות מנשים זכות המוקנית להן מאת המחוקק, בשם טענת השוויון. מגמת השוויון הקיימת כיום מעניקה לנשים זכויות שוות לגברים. זכויות שלא היו להן עד כה. בפרשת מילוא נעשה מהלך הפוך, בית המשפט לקח מהנשים זכות שניתנה להן בחוק, וזאת בשם השוויון. היות שמגמת השוויון הקיימת כיום בצבא פועלת בכיוון מתן זכויות שוות ולא שלילת זכויות, הרי שטענת השוויון עליה התבסס בית המשפט בפסיקתו רחוקה מלחייב את השימוש שעשה בה.

יש להעיר בהקשר זה על השימוש המגמתי שעושה פסק הדין בשני מקורות עליהם הוא מסתמך. ראשית, בית המשפט מצטט מתוך מאמרה של פרנסיס רדאי את הקטע הבא: "תרומתן המהותית של נשים לשירות בצה"ל אינה מוטלת בספק. השתתפותן של נשים בצבא כימי המדינה". אולם, קריאת דבריה במלואם מלמדת כי מסקנתה של רדאי הפוכה לגמרי מזו שמחלץ מהם פסק הדין: "למן עצמאות המדינה, היה תפקיד הנשים בצבא להיות לעזר לגברים... כדי להשיג שוויון מוחלט, יש צורך בשוויון בגיוס ובשיבוץ חובה בשירות קרבי" [56]. אומנם, טוענת רדאי, השתתפותן של נשים בצבא כימי המדינה, אך לאורך השנים פעלו הרשויות על פי מדיניות שקבעה כי השתתפותן תוגבל בהיקפה ובתפקידים שינתנו להן. מעבר למגמתיות הציטוט בפסק הדין, טענתה של רדאי חשובה כשלעצמה ואף נתמכת על ידי חוקרים אחרים. אגסי מציינת כי: "בצבא ההגנה לישראל אף פעם לא היה שוויון בין המינים וגם בפלמ"ח ובהגנה לא" [57]. ג'רבי מביאה החלטה שהתקבלה במפקדת הפלמ"ח על מתן תוקף לגיוס הנשים תוך הגבלת שיעור השתתפותן ל-10% בלבד מכלל הכוח, כאשר בפועל, נשים היוו אחוז נמוך עוד יותר מהמערך הלווחם [58]. בשנת 1948, לדוגמה, היוו הנשים 2% בלבד מכלל המתגייסים. גם ב"הגנה", שם התקבלה החלטה לפנות חיילות מקו העימות, לא היה שוויון לנשים הלווחמות. כדברי בן גוריון: "על כל חייל בחזית נחוץ מספר רב של חיילים ביחידות מסיעות עורפיות. מאחר שגברים הם לוחמים טובים יותר, נשים יפוננו מן החזית."

שנית, בית המשפט מנסה לחזק את טענתו בעזרת פסק דין שיינברג [59], מבלי להסביר כיצד פסק הדין תומך בעמדתו. אולם מתברר כי פס"ד זה לא רק שאינו מחזק את עמדתו של בית המשפט אלא אף מחליש אותה. מר שיינברג טען בין השאר, כי יש לפסול את חוק שירות ביטחון הואיל ואין הוא מעניק יחס אחיד ליוצאי צבא, גבר ואישה, ובכך הוא מפלה את הגבר לרעה. לטענתו, השקפתו הדתית אינה מרשה לו לשרת בצבא הגנה לישראל, אך בהיותו גבר נמנעה ממנו הזכות להשתחרר משירות בצבא מחמת טעמים שבמצפון או שבהכרה דתית (כניסוחו של החוק דאז), אשר ניתנה מאותו טעם לנשים. בית המשפט, בדחותו את הטענה, מציין כי לדעתו פטור עקב נישואין לנשים בלבד מהווה הפליה צודקת, כיון שתפקידה המיוחד של אישה נשואה בקרב ביתה מצדיק את הוצאתה מתחום תחולתו של החוק ועוד:

"הואיל ואין האישה מסוגלת לשמש בכל תפקידי החייל, וכן מתוך רצון להתחשב בהשקפות של חלק מהאוכלוסייה, לא חייב את האישה בשירות בצבא במידה שווה עם הגבר. כאן מקורה של האבחנה שבסעיף 11(a) [דאז] לחוק שירות בטחון, בדבר שחרור האישה הנשואה שכבר ציינו. ומכאן נובעות גם הקלות אחרות הניתנות לאשה... בכל המקרים האלה אין המחוקק חייב להתייחס באופן מכני, יחס שווה לגבר ולאשה ולהתנכר להבדלים שבין המינים, אלא לאבחנתו יש צידוק בשוני המסיבות...". קביעות אלה בפסק דין שיינברג מחזקות את הטענה כי יש בסיס להבחנה בין גברים לבין נשים בחוק שירות הביטחון וכי היא מוצדקת עקב הבדלים רלוונטיים בין המינים. מדבריו עולה כי לדעת בית המשפט החוק אכן מתייחס באופן שונה

לגברים ולנשים לעניין שירות צבאי, ובדין הוא נוהג כך (מאותה סיבה תמך בית המשפט בפסק דין שיינברג בהשאת הפטור מטעמי מצפון או מטעמים שבהכרה דתית כמיועד לנשים בלבד).

אגב, יש להעיר כי שוויון בין נשים לבין גברים לא קיים במקום רלוונטי נוסף - רק ביחס לנשים קובע החוק שירות לאומי כתחליף לגיוס, גם לנשים דתיות וגם למי שטעמי מצפון מונעים מהן לשרת. גבר שקיבל פטור משירות מטעמי פציפיזם אינו חייב בשירות לאומי. אשה חייבת בשירות כזה. עובדה זו מחזקת את הטענה כי יש לשחרר בנות משירות מטעמי מצפון, גם אם הם סלקטיביים, היות שהן יתרמו למדינה בדרך אחרת. אמנם חוק שירות לאומי לנשים אינו מיושם בשל התנגדות של המפלגות הדתיות, אך בפועל מתקיים שירות לאומי רחב היקף ורב חשיבות לנשים דתיות במסגרות התנדבותיות.

4.2 זכויות יתר לנשים

ישנו כיוון אפשרי שאף שבית המשפט לא הלך בו, ניתן לכאורה לפנות אליו על מנת להפוך את טענת בית המשפט למנומקת יותר. מדובר בטענה הפמיניסטית כנגד מתן יתרון לנשים בנוגע לחובות. אולם דומה כי בחינה של רעיון זה מלמדת כי בסופו של דבר אף בחירה בכיוון זה סופה להיכשל.

ישנה עמדה פמיניסטית הטוענת כי נשים לא זכאיות לדרוש זכויות שוות ללא נשיאה שווה בחובות. לפי עמדה זו, קיומן של הגנות מיוחדות לנשים, מנציחה את הסטריאוטיפים על מצבה הנחות של האישה ומגביל את הזדמנויותיה, ולפיכך הגנות אלה מהוות צורה של אפליה נגד נשים. על בסיס עמדה מסוג זה פסק בית המשפט העליון בארה"ב, במקרים של אפליה על רקע מיני, לטובת מספר רב של תובעים ממין זכר [60]. בפסק דין שעסק בגבר שתקף בהצלחה את חוקיותו של חוק המעניק זכויות לדמי מזונות לנשים ולא לגברים, ביטא השופט ברנאן בתקיפות את התפיסה הזו כתפיסתו של בית המשפט העליון האמריקאי: "יש לגזור בזהירות אפילו חוקים שנועדו בבירור לפצות על תוצאות של אפליה בעבר ולתקנו, שכן יש בהם משום סכנה של חיזוק סטריאוטיפים על 'מקומן היאה' של הנשים ועל הצורך שלהן בהגנה מיוחדת" [61]. לדעת פרופ' רדאי וכן רבים אחרים, אין ביסוס היסטורי לדעה שויתור על זכויות יתר הוא צעד בדרך להשגת כוח או הזדמנויות שוות. "זכויות שוות וחובות שוות לא היו בהכרח כרוכות אלה באלה בהיסטוריה החברתית. לעומת זאת, זכויות יתר וכוח השתלבו תמיד זה בזה. האם יכולים מבקשי השוויון להצדיק את קיומן של זכויות יתרות? עקרונית כן. המשפט וכללים חוקיים יכולים לחנך, אך אין ביכולתם לחולל מהפכה בדפוס החיים הציבוריים כמו גם האינטימיים. הכרה בתפקידן החברתי של נשים ובחובותיהן הלא פורמאליות מצדיקה הענקת זכויות שונות לנשים מאלו המוענקות לגברים." [62]

אילו היה טוען בית המשפט שהוא משתית את פסיקתו על הטענה שיש לשלול מנשים זכויות יתר בשם השוויון, הרי שאז פסיקתו לאי-הכרה בסרבנות מצפון סלקטיבית של נשים היתה מבוססת על תיאוריה קיימת. אך המערכת המשפטית בישראל רחוקה מלאמץ את דעתו של בית המשפט העליון בארה"ב, שהגנה מיוחדת לנשים אינה הוגנת כלפיהן. בית המשפט טען כי הוא פועל בשם מגמת השוויון הקיימת זה כבר בצבא ובפסיקה. הגדרת השוויון אשר נקלטה בפסיקה הישראלית היא הגדרת השוויון האריסטוטלית [63] של נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על פי מידת שונותם [64]. ובמילותיו של בית המשפט בעניינינו: "לקראת שוויון מהותי בין גבר לאשה יוצאי צבא בתחומים הרלבנטיים לענין, תוך התחשבות ראויה ומאוזנת בנתונים מבדילים". ובכן, יש נתונים מבדילים, ולא נראה כי פסק הדין אכן התחשב בהם. אחוזי הגיוס הנמוכים של נשים, תפקידיהן השונים, משך השירות, הפטור משירות מילואים, ובפרט הקלות שבהיפטרות משירות בשטחים ומשירות צבאי בכלל, כל אלה היו צריכים להישקל ולשנות את האיזון שנערך בפרשות קודמות לגבי סרבנות מצפון סלקטיבית של גברים.

5. פרישנות סעיף 39, או איך הרג השוויון את המצפון

עד כה נבחנו הנימוקים שמעלה בית המשפט לעניין אי-החלת הפטור מטעמי חופש המצפון במקרים של סירוב סלקטיבי לגבי נשים וגברים כאחד. מבחינת מסגרת החקיקה, דיון זה מוגבל להיבטי הפטור משירות על פי סעיף 36 לחוק שירות בטחון. אולם בחוק ישנו סעיף נוסף הנוגע לפטור מטעמי מצפון והמתייחס רק לנשים. נציג את שני סעיפי החוק הללו ונערוך השוואה חטופה ביניהם.

36"שר הביטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה 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)

"39.

א.... ()

ב... ()

(ג) יוצא-צבא, אישה, שהוכיחה באופן שנקבע בתקנות לרשות שנקבעה על פיהן, כי טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון, פטורה מחובת אותו שירות."

בין שני הסעיפים מספר הבדלים חשובים:

סעיף 36 אינו מבחין בין יוצא צבא גבר לבין יוצא צבא אישה, בעוד סעיף 39 מתייחס רק לנשים.

פטור משירות צבאי בגין טעמים שבמצפון מוזכר במפורש בסעיף 39, ואילו בסעיף 36 בחרה הפסיקה להכניסו לגדר המילים "טעמים אחרים."

סעיף 36 מסמיך את שר הביטחון להעניק את הפטור, בהתאם לשקול דעתו בכל מקרה ומקרה, לעומתו סעיף 39 מקנה פטור מכוח החוק למי שהוכיחה כי עמדה בתנאיו.

החוק הישראלי הוא החוק היחיד שבו מתקיימת חקיקה דפרציאלית בין גברים לנשים בעניין פטור משירות בטחון.

כיצד נוצר מצב ייחודי זה בישראל? מדינת ישראל היא יחידה בעולם המחייבת נשים להתגייס לשירות צבאי, ועל כן היא גם היחידה הפוטרת נשים מחובת גיוס מטעמי דת או מצפון. במדינות אחרות בהן יש גיוס חובה, פטור מטעמי דת או מצפון חל על גברים. במדינות בהן הגיוס הוא בהתנדבות, ישנם כללים זהים לקבלת פטור לאחר שאדם בחר להתגייס, לגברים ולנשים כאחד. באוגוסט 1949 החלה הכנסת הראשונה לדון בחוק שירות בטחון שיסדיר את הגיוס לצבא. הפטור משירות צבאי לנשים דתיות נוצר כפשרה בין המגמה להנהיג חובת

גיוס כללית לבין התנגדותם של חוגים דתיים לגיוס נשים בכלל. היו אלה כמה מחברי הכנסת הדתיים שעמדו על כך, שבמקום פטור גורף מכוח חברות בקבוצה (הנשים הדתיות), יעמוד החוק על זכותן הכללית של נשים לפטור מטעמי מצפון אן דת [65]. המהלך החלקי להשתתף הפטור על בסיס אוניברסאלי יותר נעשה ביוזמתם, וחוקק על דעת רוב חברי הכנסת. ניסיון מאוחר יותר להוציא את החוק מן הפטור מטעמי מצפון, נדחה. [66]

5.1 פרשנות פסק הדין לסעיף 39 - לשון החוק ותכליתו

כאמור, הנדבך השני בטיעוני בית המשפט לדחיית עתירתה של מילוא הוא פרשנות לסעיף 39 לחוק שירות ביטחון כך ש"טעמי מצפון" אינם מהווים עילה למתן פטור, אלא אם הם "טעמי מצפון שבהווי משפחתי דתי". לאחר שפירש כך, סיווג בית המשפט את בקשתה של מילוא לפטור, כבקשה שתידון על פי סעיף 36 לחוק. האם פרשנות זאת במקומה ומדוע פנה בית המשפט לדרך זו?

סעיף 36 הוא סעיף כללי המתייחס לגברים ולנשים כאחד ומקנה פטורים מטעמים שונים, ואילו סעיף 39 הוא ספציפי לנשים ולטעמים מסוג מסוים: טעמים שבמצפון וטעמים שבהווי משפחתי דתי. לכאורה, שני הסעיפים חלים על מקרים בהם מעורבים טעמים שבמצפון, וכיצד נדע איזה משני הסעיפים להפעיל כאשר עוסקים באישה המבקשת פטור מטעמי מצפון? לאור ההבדלים שהוצגו בין הסעיפים יש להכרעה זו נפקות משמעותית: אם נפעל ע"פ סעיף 39 אזי ישנה חובה להעניק פטור מכוח החוק, אולם אם נפעל ע"פ סעיף 36, מתן הפטור נתון לשיקול דעתו של השר. את הסבך המשפטי הזה קל לפתור באמצעים משפטיים. הבחירה תונחה על ידי הכלל הפסיקטי שקובע כי במקרה של שני סעיפים החלים על אותו נושא, ספציפי וכללי, יש לפעול לפי החוק הספציפי שמיוחד לתחום הנדון. לפי כלל זה, במקרה דנן, של אישה המבקשת פטור מטעמי מצפון, יש להפעיל את סעיף 39 המקנה לה פטור מכוח החוק ולא את סעיף 36 המשאיר את ההחלטה לשיקול דעתו של שר הביטחון, וזאת משום שסעיף 39 ספציפי יותר ומתייחס במפורש לנשים ולטעמי מצפון בעוד סעיף 36 הוא כללי יותר. לכאורה, הפתרון ברור, אך לא כך נהג בית המשפט בפרשת מילוא. בית המשפט בחר לפרש את לשון החוק על פי תכלית החוק. לפי פרשנות זו במילים "טעמים שבמצפון" מתכוון המחוקק לטעמים שבמצפון הקשורים להווי משפחתי דתי. ובמילותיו של בית המשפט:

"פטור מטעמי מצפון" בהקשר המיוחד של הוראה זו קשור קשר הדוק עם טעמים שבהכרה דתית, מסורתית או מינהגית-עדתית, המונעים מאישה מלשרת שירות בטחון באשר הוא שירות בטחון... עולה מכך, כי טעמי פטור שאינם קשורים במישרין לנימוקי מצפון הנעוצים במסורת ומנהגים, הווי משפחתי דתי או הכרה דתית, אין ענינם להוראת הפטור המיוחדת משירות על פי דין על פי סעיף 39 לחוק."

לאחר שפירש כך את סעיף 39, הרי שטעמי המצפון של מילוא - שאינם קשורים להווי משפחתי דתי - יצאו מגדר סעיף זה ונכנסו לגדר סעיף 36 וכזכור, הפטור על פי סעיף 36 נתון לשיקול דעתו של השר. כך נסללה הדרך לדחות את עתירתה ולא להעניק לה את הפטור מטעמי המצפון.

לעניין פרשנות החוק חשוב לציין את קביעתו של ברק כי "יש ליתן למילותיו של דבר החקיקה אותה משמעות שהן יכולות לשאת מבחינה לשונית. האופציה הלשונית הנבחרת על ידי הפרשן צריכה ליפול למתחם המשמעויות המקובלות על דובריה של אותה שפה. אכן, על הפרשן להגשים את תכלית החקיקה, אך הגשמה זו צריכה לעגן עצמה בלשון החקיקה. אין השופט רשאי ליתן למילות החוק משמעות שהן אינן יכולות לשאת." [67]. במקרה זה נראה כי בית המשפט לא עמד בתנאי זה. סעיף 39 מנוסח במפורש עם מילת הקישור "או" בין "טעמים שבמצפון" לבין "טעמים שבהווי משפחתי דתי", והמילה "או" אינה כוללת את המשמעות "ש". בית המשפט התעלם מכללי הפרשנות, כפי שאלו מנוסחים על ידי השופט ברק, ופירש את מילות החוק במשמעות שאין הן יכולות לשאת. כאשר מעמידים את נוסח החוק לצד דברי פסק הדין לא ניתן להכחיש את הדוחק הלשוני בפרשנותו של בית המשפט שהופכת "טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי

משפחתי דתי" ל- טעמים שבמצפון, כלומר טעמים שבהווי משפחתי דתי. נדרשת יצירתיות לשונית יוצאת דופן, על מנת לחלץ מהמונח "או" את המשמעות "כלומר." [68]

מעבר לכשל הפורמאלי ולעיוות הפרשני, פרשנותו של בית המשפט לסעיף 39 אינה מדייקת אף בנוגע לתכלית החוק ככל שזו קשורה לטעמי המחוקק. בית המשפט מסתמך על הרקע ההיסטורי שהביא לחקיקת סעיף 39 כביסוס לפרשנותו וטוען שהפטור משירות צבאי הנתון לאישה על פי סעיף 39 מטעמי מצפון או על רקע הווי משפחתי דתי, נועד ביסודו להכיר ולכבד את מניעותן של נשים מלשרת במסגרת הצבא על רקע תפיסות דת, מנהגים ומסורות עדתיות אליהן הן משתייכות. בטענתו זו הסתמך בית המשפט על האיסור ההלכתי שבגיוס נשים והלחץ הפוליטי שהופעל מצד המפלגות הדתיות בנושא. אולם, עיון בדברי הכנסת מלמד כי התמונה אינה כה חד-משמעית. אומנם, הפטור מטעמים שבהווי דתי נבע מלחץ המפלגות הדתיות ועיקר מטרתו היתה לפטור נשים דתיות (יהודיות ומוסלמיות) מחובת השירות. אבל, כפי שכבר צוין, דווקא חברי הכנסת הדתיים הם אלה שלחצו שהפטור לא יהיה רק לנשים דתיות, אלא גם לנשים אחרות המבקשות פטור מטעמי מצפון. כך אמר חבר הכנסת אונא: "אין אנו רוצים פתרון לשאלה זו על-ידי הכנסת סעיף על אפשרות של שחרור האשה מטעמי הכרה דתית". אלא, לדעתו, יש לכלול "את עניין שחרורה של האשה הדתית מטעמי השקפה אל תוך סעיף כללי הדן בשאלת השחרור מטעמי מצפון" [69]. גם חברת הכנסת כהן, בהצעתה (שנדחתה) להחיל את סעיף הפטור מטעמי דת ומצפון גם על גברים מבינה את החוק כמתייחס ל"טעמים מצפוניים - ולא דוקא דתיים" [70]. ראש הממשלה עצמו אמר בהמשך אותו דיון כי אין החוק נוגע לשאלת הפטור מהשתתפות במלחמה מטעמי מצפון, אולם זאת רק משום שלהבנתו אין החוק עוסק במלחמה אלא בגיוס לשם הכשרה צבאית בכלל. את סרבן המצפון, לדעתו, יש לשחרר אף ממלחמת "חיים ומוות" [71]. בסופו של דבר, לאחר דיונים רבים שהתקיימו בבית המחוקקים בנושא, הוחלט להכניס את שני סוגי הטעמים בנפרד. אין ספק שהמוטיבציה העיקרית לחקיקת סעיף החוק לגבי פטור נשים מטעמי מצפון היתה לפטור נשים דתיות משירות בטחון. אולם, עם זאת, לא ניתן להתעלם מלשון החוק וגם לא מכוונות נוספות שנכרכו בו בבית המחוקקים. במילים אחרות, תכלית החוק במקרה זה אינה כה חד-משמעית ונטולת מורכבות עד שהיא מצדיקה עיקום לשונו המפורשת של החוק.

5.2 פרשנות סעיף 39 - פסקי דין נוספים וערך השוויון

בית המשפט מוסיף ומביא פסקי דין שלכאורה תומכים בעמדתו בפרוש המילים "טעמים שבמצפון", לפיה לא נכללים בהן טעמי מצפון שאינם קשורים להווי משפחתי דתי, ולכן הם מופקעים מגדר הפטור המיוחד שבסעיף 39. לדוגמה, מובא פס"ד הורוביץ שעסק בעתירתה של אישה נשואה שטענה שאינה יכולה לשרת בצבא כיון שעל פי הכרתה עליה להקדיש עצמה לבעלה. בפסיקתו קבע בית המשפט כי:

"הפטור האמור באותו סעיף [39(ג) דהיום] מכוון לנשים אשר עצם ההשתתפות בשירות בטחון היא נגד מצפונן או הכרתן הדתית. הכוונה איננה כלל לפטור נשים אשר מטעמי משפחה הן מתנגדות לשירות הביטחון. למעשה, אין המבקשת מתנגדת לשירות בטחון כלל, אלא טוענת כי, במצבה היא, כלומר, מהיותה נשואה לאיש - מצפונה מדריך אותה ואומר לה כי אין עליה לשרת. אין זו שאלה של מצפון כאן, אלא של נוחיות ועדיפות. לדעתה של המבקשת - כך אנו מבינים את דבריה - חובתה של אשה נשואה לבעלה עדיפה על חובתה לשרת את המולדת. לא למצפון מסוג זה נתכוון המחוקק. אם אמנם נובעת התנגדותה מנימוקים שבקשרי משפחה, רשאית היא לדרוש את פטורה על סמך הסעיף 12 [39(ב) דהיום]. [72]."

בית המשפט מסיק מדברים אלה שגם בפרשת הורוביץ ראה בית המשפט את הוראת הפטור על פי סעיף 39 כנוגעת לטעמים שבאורח חיים דתי בלבד. אולם מפס"ד זה עולה מסקנה שונה. הניגוד המוצג בדברי בית המשפט הוא בין "מצפון" לבין "נוחיות ועדיפות". בית המשפט חזר וטען כי לא ייתן להורוביץ פטור אם בקשתה מסתמכת על טעמי נוחות. משמע, שאילו בקשתה הייתה מסתמכת על טעמי מצפון יתכן שהיה מעניק

לה פטור, בדיוק על סמך הפטור "מטעמי מצפון" הקבוע בחוק. כלומר, בית המשפט מפרש את סעיף 39(ג) כמעניק פטור "מטעמי מצפון" לנשים, בדיוק על פי לשונו. אין להסיק מכך שסעיף 39(ג) אינו עוסק ב"טעמים שבמצפון" כלשהו, אלא להפך - הוא עוסק דווקא בטעמי מצפון, להבדיל מטעמי נוחיות והעדפה אישית.

תקדים נוסף שנזכר בפסה"ד הוא פס"ד שיין שבו נדחתה עתירתו של סרבן שירות בלבנון. אולם במקרה זה דווקא הזכיר בית המשפט את סעיף 39 באופן שמשמע ממנו שאילו היה שיין אישה, היה הסעיף חל לגביו. בדחייתו את טענת בא כוחו של שיין שמגיע לו פטור מטעמי מצפון קובע בית המשפט:

"המחוקק הישראלי מכיר בטעמים שבמצפון כנימוק שבזכות לפטור שבחובת גיוס רק לעניין "יוצא צבא אשה, שהוכיחה באופן שנקבע בתקנות ולשרות שנקבע על פיהן, כי טעמים שבמצפון, או טעמים שבהווי משפחתי דתי מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון, פטורה מחובת אותו שרות". לעניין גבר, לא מצויה זכות לפטור מטעמים שבמצפון... [הדגשים במקור]."

בית המשפט בפרשת הורוביץ הבחין בין גבר לאישה לגבי הכרה בטעמים שבמצפון, ושימר את ההבחנה בין טעמים אלה לבין טעמים שבהווי משפחתי דתי, כלשון החוק. מעניינם ומהקשרם של הדברים משתמע בבירור כי בית המשפט סבור שאילו היה מדובר באישה היתה הטענה רלבנטית. משמע - יש לקרוא את סעיף 39 כלשונו, כמעניק פטור לנשים מטעמים שבמצפון לצד טעמים שבהווי משפחתי דתי.

פרשנותו של בית המשפט בפרשת מילוא לסעיף הפטור מעניינת בהיבט נוסף. היא פוטרת רק את מי שמצפונה עולה בקנה אחד עם דרך החיים של קהילתה ושוללת את הפטור ממי שמצפונה לא מקיים תנאי זה. בכך מעגן בית המשפט את הפטור הקבוע מטעמי מצפון במחויבות או זהות קהילתית. מהלך זה תמוה במיוחד לאור אופיו האינדיבידואליסטי של חופש המצפון המכבד את מצפונו האישי של כל אדם ואת עצמאותו לעצב את אמונותיו וערכיו. אבחנה זו מחזקת את הרושם כי למעשה בפרשנותו של בית המשפט בפס"ד מילוא את החוק יש לא רק הגבלה של ההגנה על המצפון לנשים בלבד, אלא אף שחיקה של עצם רעיון הפטור הזה.

נימוקו העיקרי של בית המשפט להוצאת החוק מידי פשוטו הוא השוויון. במקרה זה מדובר על השוויון בין גברים לבין נשים לעניין הפטור מטעמי מצפון. אולם השוויון קובע רק כי יש להעניק יחס שווה לשני המינים, ואינו קובע מי מהם יש להשוות לאחר. בית המשפט היה יכול להתחשב בעקרון השוויון על ידי השוואת תנאי הפטור של גברים לאלו של נשים ולא להיפך (בפועל אפשרות זו נמנעה על ידי פסיקת בית המשפט בפרשת זונשיין שקדם לפס"ד מילוא). בחירתו של בית המשפט ליישם את השוויון דווקא באופן בו נהג אינה מחויבת ומביעה פעם נוספת את העדפתו לצמצם את ההכרה בסירוב מצפוני על פני הרחבתה. אבל בעיקר יש בכך ניצול לרעה של עקרון השוויון כאשר נעשה בו שימוש לשלול זכות ולא להעניק זכות וזאת במקום שלא מתקיים בו שוויון בתנאים הרלבנטיים. הראינו קודם את הניצול לרעה שעושה בית המשפט בעקרון השוויון כאשר הוא משתמש בו לשלול זכות המוענקת לנשים בחוק. במקרה זה ניצל בית המשפט את עקרון השוויון המיועד בעיקר להשוואת זכויות כדי לאלץ שוויון חובות במקום בו אין שוויון לא בזכויות ולא במעמד. לגבי פרשנות סעיף הפטור (39) נעשה ניצול לרעה מסוג שונה כאשר בית המשפט משנה מלשון החוק כדי לפגוע בזכות שהמחוקק העניק לנשים. זאת תוך התעלמות מהבדלים רלבנטיים (לפחות כאלה שהמחוקק ראה כרלבנטיים) בין גברים לנשים לעניין זה. בהקשר זה יש להזכיר את הערתו של השופט חשין בעתירתה של מילוא לקיום דיון נוסף: "לא נוכל להתעלם מן העובדה שבנושא זה של גיוס לצבא נקבעו בחוק הסדרים מיוחדים לנשים, בשונה מן ההסדר החל על גברים." [73]

יש לציין שפרשנותו של בית המשפט יצרה, או חיזקה, פגיעה נוספת בשוויון. הפקעת מתן הפטור מטעמי מצפון מגדר סעיף 39 המחייב את השר לתיתו, והעברתו לסעיף 36 המשאיר את מתן הפטור לשיקול דעתו של השר, מייצרות אי-שוויון. הכוונה היא לאי-השוויון בין נשים דתיות - שמצפונן הדתי מזכה אותן בפטור, לבין נשים חילוניות - שמצפונן אינו זוכה להכרה חוקית. נשים שההווי המשפחתי שלהן דתי זוכות לפטור מיידי - לאיש אין שיקול דעת באם לפוטרו או לא וההליך שהן עוברות קל ופשוט [74]. מדברי הכנסת עולה,

כי שיוויון זה הוא שעמד לנגד עיניהם של המחוקקים כאשר בחרו להכניס את המילים "טעמי מצפון" לסעיף הפטור של הנשים הדתיות [75]. כעת, כשהפסיקה שינתה את פירוש החוק, פטור מידי זה יינתן אך ורק לנשים בעלות הווי משפחתי דתי, ויישלל מנשים שהווי משפחתן אינו דתי אף אם מצפונן מייסרן. נראה כי בית המשפט לא נתן דעתו על כך שבשם השוויון בין גברים לבין נשים, הוא יוצר אי-שוויון אחר, ויהיה מי שיאמר חמור יותר, בין נשים דתיות לבין נשים שאינן דתיות. אילו לשונו היתה שונה מכפי שהיא, ודומה יותר למה שבית המשפט מדמה למצוא בו, ניתן היה לומר שאי-שוויון זה נקבע בחוק. אולם לשון החוק אינה מחייבת, וכפי שראינו, אך בקושי רב מאפשרת פרשנות שכזו. נמצא שבשם עקרון השוויון מעקם בית המשפט את לשון החוק ובאופן שפוגע בשוויון במימד אחר [76]. למותר לציין, כי בשם אותו השוויון, היה יכול בית המשפט לפסוק פסיקה הפוכה. בשם השוויון בין נשים דתיות לבין נשים חילוניות, יכול היה בית המשפט לטעון כי עליו לפרש את סעיף 39 כך שיהול גם על נשים ללא הווי משפחתי דתי ובכך לקבל את עתירתה של מילוא ולתת פטור לנשים מטעמי מצפון סלקטיביים על סמך סעיף 39 לחוק שירות ביטחון.

6. לסיכום: מי מפחד מפוליטיקה?

ניתוח זהיר של טענות בית המשפט במספר פסקי דין מעלה כי שלילת הפטור מסרבני השירות בשטחים מבוסס על ההשערה שסוג זה של סרבנות מהווה סיכון מיוחד בשל נטייתו לגדול. יתר נימוקיו של בית המשפט אינם עומדים במבחן הביקורת, או שהם קורסים לטענה אמפירית זו. ראינו כי טענה זו אינה מבוססת כראוי גם לגבי סרבנים גברים, אולם במקרה של נשים אינה סבירה כלל. באימוצו את נימוקיהם וטענותיהם של קודמיו, מחדד פס"ד מילוא את הבעייתיות באופן ההתייחסות של בתי המשפט בישראל לנושא סרבנות המצפון. הנימוקים שהתמסדו בבתי המשפט הינם בעייתיים כשלעצמם, כפי שהראו מספר כותבים, אולם יישומם האורתודוקסי, גם כאשר אין הם מתאימים כלל, עשוי ללמד משהו על הדפוס המשפטי שנוצר בעניין זה.

בפס"ד מילוא, כמו בקודמיו (שיין, זונשיין, החמישה) ניתן מקום מרכזי לעובדה שהסירוב מנומק בנימוקים הקשורים להשקפה פוליטית. מרכזיותה של ההבחנה בין סרבנות כללית וסלקטיבית - האפופה קשיים ובעיות - מעוגנת בחשיבות המכרעת שבית המשפט מייחס להנמקה הפוליטית לסירוב. לאורך פסקי הדין השונים חוזרים השופטים ומדגישים את הסכנה שבהכרה הממסדית באי-ציות שיש לו יסוד פוליטי. וקשה שלא לשאול מדוע ירע מעמדו של מצפון חילוני המבוסס על השקפה מוסרית עמוקה כאשר היא נלווית להשקפה מדינית כזו או אחרת? עצם ההבחנה בין המצפוני והפוליטי קשה לביסוס, כפי שאומר וולצר:

"The effort to distinguish "being committed to a political doctrine" from "being committed to a moral (religious) doctrine" is utterly hopeless and futile" (Walzer **Obligations** 133).

עיגונו של טעם כלשהו בהקשר פוליטי אינו מפקיע אותו מכלל היותו טעם מצפוני או דתי במובן הרלבנטי [77]. לכן, קיומם של טעמים פוליטיים לסירוב אינו נוגע לעניין, כמו שהעיר בצדק מלמנט:

"In worrying about whether the objection is political the court is worrying about the wrong question" (Malament, 376-377)

מפסקי הדין השונים עולה כי בית המשפט מכיר בסירוב המצפוני - גם זה הכרוך בעמדה פוליטית - כזכאי להגנה מטעמי חופש המצפון. עם זאת, עמדת בתי המשפט היא שיש בסרבנות מסוג זה פגיעה מיוחדת וקשה באינטרסים לאומיים אחרים. בהקשר זה מזכירים בתי המשפט את האינטרסים של השוויון בנשיאה בנטל,

יעילות הצבא, אחדות העם, והפגיעה ביסודות הדמוקרטיה. הצגנו את הבעייתיות בכל אחת מן הטענות הללו, ונותר לתהות מדוע רואים בהן בתי המשפט טעמים כה חזקים עד כדי הצדקת פגיעה בזכות יסוד חוקתית. מהחזרות המרובות על עניין ההנמקה הפוליטית ומהטון המאיים הנלווה לדברים נראה כי עמדת בתי המשפט מעוגנת בתפיסה לפיה אין המדינה צריכה, ואולי אינה יכולה, להכיר באי-ציות שעל בסיס אי-הסכמה פוליטית, אפילו אם זו נוגעת להכרתו המוסרית העמוקה ביותר של הפרט. בולט הניגוד שבין עמדה זו לבין היחס הסובלני שמגלות המדינה ומערכת המשפט לאי-ציות שביסודו הכרה דתית. מה עשוי להסביר ניגוד זה?

באופן ראשוני ניתן לומר כי סירוב שיסודו דתי אינו נתפס כמאיים על הסדר הפוליטי כיון שהדת נתפסת - בצדק או שלא בצדק - כמופקעת מהתחום הפוליטי. באופן כוללני ומעט גס ניתן לומר כי ביסוד האתוס הליבראלי עומדת (בין השאר) ההבחנה בין התחום הפרטי לבין התחום הציבורי הפוליטי. יישומו של עקרון ה-

lassiez faire

מתאפשר במידה רבה הודות להפקעתם של תחומים רבים ככל האפשר מחסותה של המדינה ומהמרחב הפוליטי והגבלתם לתחום הפרטי. טענה זו כפופה להסתייגויות רבות וחשובות, כמובן, אולם לענייננו מה שחשוב הוא ההשקפה - ויש שיאמרו הפנטזיה - הליבראלית על הדת כמצויה מחוץ לתחום הדיון הפוליטי. משמעותה של עמדה זו היא שעמדות דתיות אינן - או לפחות אינן אמורות - להתחרות במגרש הפוליטי. הסירוב הדתי, לפיכך, אמנם מהווה נקודת חיכוך או התנגשות מעשית בין המדינה לבין הדת, בין ההכרעה הפוליטית לבין ההכרעה הדתית, אולם בתוכנה אין העמדה הדתית שמגבה את הסירוב מהווה איום או אתגר למערכת הפוליטית החילונית. למעשה אין היא מצויה כלל בעימות ישיר עם העמדה הפוליטית שביסוד החלטת המדינה, או, ליתר דיוק, היא מציגה את עצמה ככזו שאינה בעימות ישיר עם הפוליטי. זהו לכל הפחות הסיפור שהמדינה הליברלית מספרת לעצמה. במובן זה אין המדינה משלמת מחיר של ממש בהכרה בפציפיסט שמעצם טבעו משתייך לקבוצה, שלא רק שאינה מאיימת להפוך לרוב, אלא שאינה מציבה אידיאולוגיה המתחרה בזירה הפוליטית.

אולם כוחו של חופש המצפון נעוץ בהכרח להגביל את כוחה של המדינה - גם של המדינה הדמוקרטית המתנהלת על פי הכרעת הרוב. שהרי, כפי שהבחין מיל, העיקרון הדמוקרטי של שלטון עצמי אינו מספיק:

"ביטויים מעין "שלטון עצמי" ו"בעלות העם על עצמו" אינם מתאימים למצב העניינים כמו שהוא באמת. כי נושאי השלטון אינם מזדהים תמיד עם נשואיו, וה"שלטון העצמי" שמדברים עליו אין פירושו שלטון כל אחד על עצמו, אלא שלטון כל השאר על היחיד. ועוד זאת, למעשה אין רצון העם אלא רצונו של אותו חלק מן העם שהוא הרב ביותר במספר או שהוא פעיל ביותר." [78] ...

עובדה זו, המעוגנת בעצם מבנהו של המשטר הדמוקרטי, מציבה את האיום של עריצות הרוב על המיעוט. כדי למנוע עריצות שכזו מוגבל כוחה של המדינה וממילא גם היקף הסמכות של הכרעת הרוב, וזאת על ידי הפקעה של תחומים מסוימים משלטונה (כפי שמתבטא בעיקר ברעיון זכויות האדם). אולם, עליה אמר מיל:

"עריצות זו, אף כי אין היא מסתמכת על-פי-רוב על עונשים קיצוניים כל-כך, אין לעומת זאת אמצעים רבים כל-כך להימלט ממנה, והיא מעמיקה לחדור ביותר לתוך החיים ומשעבדת את עצם הנשמה." [שם, 10].

שיעבוד עצם הנשמה, היינו, שיעבוד עצם הכרתו המוסרית של האדם, לא רק שאינה נמנעת על ידי עקרון השלטון העצמי הדמוקרטי אלא אף עשויה להתעצם בגללו. זאת משום כפיפותו של המיעוט לרוב ובשל המחשבה שלאחר שהופקעו תחומים מסוימים משלטונה של המדינה, לגבי אותם תחומים שלא הופקעו סמכותה מוחלטת. במילים אחרות, המחשבה היא שלאחר שהובטחה פרוצדורת הכרעה הוגנת (בה לכל אזרח ואזרחית השתתפות שווה) ולאחר שהובטחה הגנה על תחומי הפרט (בין השאר, באמצעות הוצאתם מתחום

הדיון הפוליטי), חובת הציות להכרעות הפוליטיות היא מוחלטת. אולם בין אותן הכרעות עשויות להיות כאלה שיש לגביהן אי-הסכמות בחברה. החלטת הרוב במקרים אלה היא שתכריע עבור המדינה כולה, ובמידה והיא מחייבת פעולה כלשהי היא מחייבת את אלה שבדעת המיעוט לנהוג בניגוד לדעתם. כך מאיימת לא רק סכנת עריצות הרוב על המיעוט, אלא אף שלילת האוטונומיה של הפרט הבודד. אל מול איום זה, האילוץ שמציב עקרון חופש המצפון בפני המדינה הוא בהגבלת הכפייה שהיא כופה על הפרט לפעול באופן המנוגד באופן עמוק להכרתו המוסרית ולאוטונומיה שלו לכונן את זהותו ואת חייו. הגבלה זו הופכת לאתגר של ממש כאשר מדובר בהכרה בעמדה שלא זכתה לרוב בויכוח הפוליטי - עמדת אותו מיעוט שעל פי העיקרון הדמוקרטי מחויב לציית להכרעת הרוב. בכך למעשה נוגע חופש המצפון במתח הרגיש - והמוכחש לעיתים קרובות - שבין דמוקרטיה, כפרוצדורת הכרעה בלתי אלימה על פי רוב קולות, לבין ליברליזם, כתפיסה של מוסר-פוליטי המחויבת

לחירויות הפרט ולמימוש האוטונומיה שלו. באופן ספציפי, ישנו מתח בין העיקרון הדמוקרטי של שלטון הרוב לבין העיקרון של אי-התערבות בחיי הפרט ובמיוחד לא לכפות עליו לפעול באופן המנוגד להכרתו. במילים אחרות, האתוס הליברלי ששואף להימנע מכפייה של המדינה על אזרחיה, עומד במתח עם העיקרון הדמוקרטי המבוסס על ציות להכרעת הרוב. מתח זה מגיע לשיאו כאשר מדובר לא רק בהכרעה לגבי חלוקת משאבים כלשהי או בחירה במדיניות מסוימת שאינה מקובלת על המיעוט, אלא על כפייה של הרוב על המיעוט להשתתף באופן פעיל ביישום אותה מדיניות, ובפרט כאשר יישום זה כרוך בנטילת חלק בפעולות שנתפסות על ידו כבלתי מוסריות וכפוגעות באופן עמוק בהכרתו המוסרית. בנקודה זו, נאמנות ממשית לעקרון חופש המצפון דורשת מהמדינה לסגת ולהימנע ככל שניתן מלכפות על הפרט המתנגד ליטול חלק במימוש החלטת הרוב. בהקשר הזה, נראה כי ההכרה בפציפיות אינה עולה בהרבה על תשלום מס-שפתיים כמעט סמלי לחופש המצפון.

נספח: סירוב מצפוני ומרי אזרחי

נציגי המדינה, בפרשת מילוא כמו גם בפרשת זונשיין והחמישה [79], השתמשו בהבחנה בין סירוב סלקטיבי לסירוב כללי בכדי לזהות סירוב סלקטיבי כמרי אזרחי. המהלך לכאורה פשוט: טעמיו של הסרבן הסלקטיבי מותנים בנסיבות ולכן נוטים לגעת בשאלות פוליטיות. קיומו של בסיס פוליטי לסירוב, דיו כדי להגדיר אותו כמעשה של מרי אזרחי. עולה כי סירוב סלקטיבי תמיד יפורש כמרי אזרחי ועל כן, לא יזכה להכרה. אך הדברים אינם כה פשוטים. ראשית, יש להגדיר במדויק את ההבדל בין סירוב סלקטיבי לסירוב כללי. מהאופן הכללי שבו מנוסח ההבדל בדרך כלל, ניתן לדלות שני מאפיינים שונים להבחנה: היקף הסירוב וטעמי הסירוב.

אם סווגה של פעולת סירוב כסלקטיבי עומד על היקף הסירוב, דהינו שסירוב כללי הוא סירוב לכל מלחמה וסלקטיבי הוא סירוב למלחמות מסוג מסוים, הזיהוי שלו עם מרי אזרחי קורס. כך עולה מדוגמאות לסירובים שלכל הדעות הם מצפוניים ועם זאת מוגבלים בהיקפם, כמו עדי ג'הווה הממתינים להילחם במלחמת אחרית הימים. בנוסף, אין שום סיבה להניח שהתנגדות למלחמה או למדיניות מסוימת לא יכולה להיות מכוונת לתכלית מוסרית-אישית.

האפשרות השניה היא להבחין בין סירוב סלקטיבי וכללי על בסיס טעמי הסירוב [80]. סירוב המבוסס על טעמים שנוגדים שירות צבאי או מלחמות בכלל הוא סירוב כללי, ואילו סירוב שמבוסס על טעמים שנוגדים מלחמה או פעילות צבאית מסוימות, בכפוף לתנאים כלשהם, הוא סלקטיבי. נדמה שאופן זה של ניסוח ההבחנה, הוא שביסוד הזיהוי של סירוב סלקטיבי - שמטיבו מעוגן בנסיבות פוליטיות מסוימות - עם מרי אזרחי. סירוב המבוסס על טעמים המותנים בקיומן של נסיבות כלשהן, יהיה, לעיתים קרובות, קשור לנסיבות פוליטיות, ועל כן ניתן לזהות אותו כסירוב פוליטי בשונה מזה המצפוני.

כדי להעריך טענה זו יש לעמוד על ההבחנה שבין סרבנות מצפון לבין מרי אזרחי. היות ועיונו כאן מוגבל לשאלת האופן בו מן הראוי שהמדינה תנהג בסרבן (ובעיקר בסרבנית) מצפון סלקטיבי, נתמקד בהבחנה המשפטית בין מרי אזרחי לסירוב מצפוני ולא בהבחנה המוסרית הנוגעת לתנאים בהם מוצדק סירוב מצפוני והתנאים בהם מוצדק, או נדרש, מרי אזרחי. בבסיס הדיון עומדת ההנחה - שתאומץ כאן לצורך הדיון - שבעוד סירוב מצפוני זכאי להגנה על ידי המדינה, אין המדינה צריכה, ואולי אף אינה יכולה, להגן על מרי אזרחי [81]. אולם מהי בדיוק ההבחנה בין השניים? כפי שעולה מדברי וועדת הפטור שצוטטו לעיל וממספר פסקי דין [82], רשויות החוק מבססות את ההבחנה על מניעי הסירוב. לפי זה, סירוב המונע מטעמים פוליטיים או חברתיים הינו מרי, ואילו סירוב המונע מטעמי מצפון אישי הינו סירוב מצפוני. כך גם בפס"ד מילוא, מרי אזרחי מוגדר כ"אי-ציות שמניעיו אידיאולוגיים פוליטיים בעיקרם", ואילו סרבנות מצפונית היא כזו ש"מניעה אישיים ומיוחדים לפרט". מהם טעמים אישיים - זאת לא ניתן לדלות מדברי בית המשפט. כמו כן לא ברור מדוע להגביל מצפון לטעמים מסוג זה, יהיו אשר יהיו. בנוסף, כפי שמעירים בצדק ספרד ופז-פוקס בעקבות מלמנט [83], התיאוריה של מלחמות צודקת ובלתי צודקות, שהיא ברגיל בבסיס הסירוב הסלקטיבי, מקורה במסגרת של הגות דתית (אגוסטינוס, אקווינס, פרנסיסקו דה-ויטוריה, הוגו גרוטיוס, פרנסיסקו סוארוז) והיא טעונה במטען תיאולוגי כבד, כך שסירוב המבוסס עליה הינו מקרה פרדיגמטי של סרבנות מצפון.

בנוסף, דומה כי ישנה בעיה מובהקת יותר בביסוס ההבחנה בין שני סוגי האי-ציות על הבחנה במניעים. המונח "מניעים" מובן לפעמים כמתייחס לטעמים שבבסיס השיפוט המוסרי לפיו הפעולה פסולה, ולפעמים כנוגע למטרת הסירוב או תכליתו. כפי שעולה מהציטוט לעיל, בית המשפט משתמש לפעמים במונחים "טעמים" ו"נימוקים" כשווי משמעות ל"מניעים" באופן ממנו משתמע לעיתים שהמוקד הוא בהנחות שמבססות את השיפוט לגבי ערכה המוסרי של הפעולה. לעומת זאת, בהמשך הדברים ההבחנה מועמדת על הבדל בתכלית אי-הציות: מרי אזרחי מכונן "להביא לשינוי חוק, מדיניות או סדר חברתי", בעוד "תכלית הסירוב המצפוני אינה שינוי סדרי עולם אלא שמירה על טוהר אמונתו ושלמותו המוסרית של הפרט". מה מבחין, אם כן, בין מרי אזרחי לסרבנות מצפון?

הספרות הענפה בנושא מציאה מגוון של מאפיינים להבחנה בין שני סוגי הסירוב. אולם יש להבחין מאפיינים המשמשים כקריטריונים להבחנה לבין אלה המשמשים לכל היותר כמאפיינים טיפוסיים של כל אחד מסוגי הסירוב, אך לא כקריטריון להבחנה. לדוגמה: בנות בדרך כלל לובשות שמלות ועונדות סרטים בשיער, בעוד בנים לובשים מכנסיים ומספרים את שיערם קצר. עם זאת, ברור כי אף אחד ממאפיינים אלה - גם אילו היו אמיתיים לגבי כל הבנים והבנות שבעולם - אינם מגדירים את המושגים "בן" ו"בת", ולא ניתן לבסס עליהם את ההבחנה ביניהם. הוא הדין במאפיינים הבאים של שני סוגי הסירוב: מרי אזרחי נעשה על פי רוב בפומבי ואילו סרבנות מצפון נעשית בתחום הפרטי, מרי אזרחי כרוך בהפגנת נכונות לשאת בעונש בעוד סרבנות מצפונית מלווה בבקשת הכרה ופטור, למרי אזרחי נלווה ניסיון לשכנע אחרים ואילו סרבנות מצפון אינה כרוכה בדרך כלל בניסיון כזה. כל אלה עשויים להיות מאפיינים טיפוסיים של כל אחד מסוגי הסירוב, אולם גם לדעת המציעים אותם [84], אין הם עשויים לבסס את ההבחנה ולו באופן ראשוני. מסקירת הספרות הפילוסופית דומה שישנו הבדל אחד שיכול לבסס את ההבחנה: אי-ציות שמונע מרצון להביא לשינוי בחוק מסוים או במדיניות מסוימת של הממשלה הינו מרי, ואילו סירוב המיועד להגן על ניקיון כפיו ושלמותו המוסרית של הסרבן היא סירוב מצפוני.

רולס מבין מרי אזרחי כאופן פניה

("mode of address")

של אזרח לקהילתו, כאמצעי שכנוע והשפעה על המדיניות הפוליטית של המדינה. הסרבן הנוטל חלק במרי אזרחי פונה אל עקרונות הצדק המקובלים על קהילתו ומנסה לשכנע את הרוב שחוק או מדיניות שזכו לתמיכתם אינם מתיישבים עם אותם עקרונות. סירוב מצפוני, לדעת רולס, אינו פונה אל קהילתו של הסרבן, אלא הוא התבצרות הסרבן בעצמו כדי להימנע מפעולה לה הוא מתנגד מצפונית. לפיכך הוא מגדיר סירוב

מצפוני כאי-ציות לחוק או הוראה הנוגדים את מצפוננו של הסרבן שטעמיו אינם בהכרח פוליטיים (הטעמים יכולים למשל להיות דתיים). מרי אזרחי מוגדר אצל רולס כאי-ציות המונע מטעמים פוליטיים ושמתרתו להביא לשינוי חוק או מדיניות. עם זאת, לא נעלם מעינינו, מצד אחד הבסיס המצפוני של מרי אזרחי:

"Yet civil disobedience is giving voice to conscientious and deeply held convictions"
(366),

ומצד שני האפשרות של סירוב מצפוני שטעמיו כרוכים בעמדות פוליטיות:

"Conscientious refusal may, however, be grounded on political principles. One may decline to go along with a law thinking that it is so unjust that complying with it is simply out of the question" (369).

בסיס ההבחנה, אם כן, על פי רולס אינו בטעמי השיפוט המוסרי (אם יש בהם הנחות פוליטיות או אחרות), אלא באופי הסירוב ותכליתו. במילים אחרות, מה שיקבע האם פעולה מסוימת של אי-ציות היא מקרה של מרי אזרחי או של סירוב מצפוני אינם הטעמים שבגינם קובע הסרבן שהפעולה הנדרשת ממנו אינה מוסרית, אלא מגמת האי-ציות. סירוב שמכוון לשנות חוק או מדיניות באמצעות פניה אזרחית לקהילה הינו מרי אזרחי, ואילו אי-ציות שתכליתו להימנע מפעולה שנוגדת את תפיסותיו היסודיות של הסרבן הינה סירוב מצפוני. יוסף רז מגדיר גם הוא את ההבדל בין שני סוגי הסירוב על בסיס תכלית אי-הציות [85], וכן דוד הד שמבין את המונח "מניעים פוליטיים" כ"רצון להביא לשינוי חוק. [86]"

נמצא, אם כן, שבבואו להכריע בשאלת מעמדו של סירובה של לאורה מילוא, על בית המשפט לפנות לא לצידוקים המוסריים שהיא מספקת לעמדתה לגבי מוסריות הכיבוש, אלא לתכלית סירובה - האם מגמתה לשנות חוק או מדיניות כלשהם, או האם מגמתה להימנע מנטילת חלק בפעולות שנוגדות באופן עמוק את עמדותיה ותפיסת עולמה. אולם בית המשפט תומך בעמדת ועדת המצפון שיש לסווג את סירובה של מילוא כמרי ולא כסירוב מצפוני בהסתמך על העובדה ש"טעמי סרבנותה של לאורה נעוצים באידיאולוגיה חברתית-פוליטית... ולא על בסיס תכלית סירובה [87]. כפי שאמור להיות ברור בשלב זה, טענה זו אינה נאותה. הלא בהחלט יתכן שמילוא היתה סבורה (לפחות בעת הסירוב) כי, על אף שלדעתה על ישראל לסיים את הכיבוש בשטחים, אין סיכוי סביר שסירובה יתרום ולו במשהו להשגת תכלית זו. במקרה כזה בוודאי יש לסירובה טעמים הכרוכים בהשקפה פוליטית, אולם תכלית הסירוב אינה שינוי המדיניות הפוליטית. האם התנגדות למלחמה כלשהי שטעמיה פוליטיים (או גם פוליטיים) חייבת להיות מכוונת לשינוי פוליטי? מדוע תישלל האפשרות של התנגדות למלחמה שטעמיה פוליטיים והיא מביאה לאי-ציות שתכליתו הגנה על מצפוננו של הסרבן? סירוב להשתתף במלחמה ספציפית לא רק שיכול להיות מיועד להגנה על מצפוננו ושלמותו המוסרית של הסרבן, אלא אף מן הטבע שזו תכליתו. מסתבר שעם ההקפדה על הגדרות המושגים המרכזיים, הזיהוי של סירוב סלקטיבי כמרי אזרחי קורס.

זאת ועוד - יש לזכור כי מלכתחילה התבסס הזיהוי של שתי הקטגוריות על ההשערה שסירוב סלקטיבי הוא בדרך כלל כזה שמונע ממניעים פוליטיים [88]. אולם היות ומדובר בהשערה כללית לגבי רוב המקרים, גם אם היא נכונה לא ניתן להתבסס על השערה זו לשלילת הפטור בשום מקרה פרטי. על בית המשפט להיווכח לגבי כל מקרה המובא בפניו שאכן הוא משתייך לקבוצת הרוב.

למעשה, במקרה מילוא, כמו בשאר המקרים הבולטים של סרבני שירות בשטחים, ללא ספק הוצגו טעמים פוליטיים לסירוב. אולם אין להכחיש כי תכלית הסירוב, ולו באופן חלקי, היא להימנע מליטול חלק בפרויקט שנוגד באופן עמוק את מצפונה של העותרת. ניתן, כמובן, לייחס למילוא גם מוטיבציה לשנות את מדיניות ישראל בשטחים הכבושים, אולם לא ניתן לבטל את המוטיבציה המצפונית של סירובה.

מאפיין מובהק נוסף שמבחין בין סרבנות מצפון לבין מרי אזרחי ושנובע מהקריטריון המוצע, נוגע ליחסם לחוקים אחרים, חוץ מהחוק לו הסרבן מתנגד. סרבנות מצפון נועדה להגן על הפרט מפני השתתפות במעשים שהוא רואה כבלתי מוסריים. לפיכך יוגבל הסירוב המצפוני רק לאותו חוק, או לאותה מדיניות, שהסרבן תופס כבלתי לגיטימיים.

מרי אזרחי, כאמור, הוא פעולה פוליטית שמכוונת לשינוי חוק או מדיניות. השינוי אמור להתרחש בעקבות ההשפעה שתהיה לאי-הציות לחוק על דעת הקהל ומקבלי החלטות. אולם יתכן ובתנאים מסוימים הפרה של הוראות וחוקים אחרים עשויה לתרום אף היא לשינוי בדעת הקהל או בהחלטות הממשלה. במקרה כזה עשוי הסרבן העוסק במרי אזרחי להפר חוקים אלו, על אף שכשלעצמם אין הם מגוינים בעיניו [89]. בעת שדברים אלה נכתבים עסוקים אזרחים רבים בישראל במאבק כנגד החלטת הממשלה על הנסיגה מרצועת עזה. רבים מהם מקווים לשנות החלטה זו באמצעות סירוב ליטול חלק בפינוי. לצידם ישנם רבים שאינם מסתפקים באי-ציות לחוק שנתפס בעיניהם כבלתי לגיטימי, אלא פונים להפרות של חוקים אחרים שכשלעצמם נתפסים אף בעיניהם כלגיטימיים [90]. כך, למשל, רבים ממתנגדי הפינוי חוסמים כבישים או פוגעים ברכוש ציבורי. על פי הקריטריון הנוכחי, פעולות אלה מגדירות את מאבקם של מתנגדי הפינוי הללו כמרי אזרחי, ולא כסרבנות מצפון. את סירובה של מילוא, לעומת זאת, יש לסווג על פי אפיון זה, כסירוב מצפוני ולא כמרי אזרחי. סירובה מתייחס לחוק הנוגע לעצם המדיניות אותה היא תופסת כמושחתת מבחינה מוסרית ואינה חורגת לחוקים אחרים. מסתבר, אם כך, כי על פי שני המאפיינים המוצלחים ביותר לביסוס ההבחנה בין מרי אזרחי לבין סרבנות מצפון, סירובה של מילוא הוא מהסוג האחרון.

[1] תודתנו לדוד אנוך, חיים גנז, אלון הראל ויופי תירוש על הערותיהם המועילות.

[2] בג"צ 2383/04 מילוא נ' שר הביטחון, תק-על 2004(3) 1172.

[3] חוק שירות בטחון [נוסח משולב], ה'תשמ"ו-1986.

[4] חופש המצפון אמנם אינו נזכר במפורש בחוקי היסוד אולם, כפי שכתב השופט ברק, "אינני סבור כי ניתן לומר כי העדרו של הסדר חוקתי לעניין זכות פלונית מהווה חסר בטקסט החוקתי", "מזכות המסגרת ניתן להסיק זכויות פרטיקולאריות 'ללא שם' ... כך למשל חופש הביטוי, ההפגנה והאסיפה וחופש המצפון והדת ... הן נגזרות מזכויות המסגרת של האדם לכבוד וחירות ... חוק היסוד מתייחס לעקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" ואכן חופש המצפון מוזכר בהכרזת העצמאות. (אהרון ברק **פרשנות במשפט**, (1994) בעמ' 139 ובעמ' 358).

בנוסף, מדינת ישראל מחויבת להגנה על חופש המצפון מהיותה חתומה על מספר אמנות המבטיחות חופש מצפון לאזרחיהן. סעיף 18 באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR) משנת 1966, אותה אישרה ישראל בשנת 1993, מבטיח זכותו של כל אדם לחופש המחשבה, המצפון והדת. לפי הפרשנות הרשמית לסעיף זה, שנתקבלה על-ידי ועדת זכויות האדם של האו"ם, סירוב מצפוני לשירות צבאי הוא ביטוי לגיטימי של זכות אדם בסיסית זו

(Human Rights Committee General Comment No. 22 concerning Article 18 of the ICCPR, 1993).

כך גם ההתחייבות שלקחה על עצמה ישראל בהסכם בינה לבין לוותיקון, לפיו עליה להבטיח חופש מצפון לכל אזרחיה

(Fundamental Agreement between the Holy See and the State of Israel ,Article I)

סטנדרטים וחוקים בינלאומיים אחרים בנושא מופיעים בסדרה של אמנות בינלאומיות בעניין זכויות האדם. הכולט שבהם: סעיף 18 ל"הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" משנת 1948, שישראל מחויבת אליה כחברה באו"ם.

[5] בג"צ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נז(1) 726.

[6] לפעמים בית המשפט מגדיר סרבנות כללית כהתנגדות לכל שימוש באלימות. כך בבג"צ 1026/02 מלנקי נ' שר הביטחון, מבוססת הטענה שסירובו הוא סלקטיבי, בין השאר, על העובדה ש"אין הוא מסתייג משימוש בכוח לשם הגנה עצמית". הגדרה זו מביאה לאבסורד את רעיון הסירוב המצפוני - וכך סרבנים המופיעים בפני הוועדה נשאלים לפעמים כיצד היו נוהגים אילו היה בן משפחתם מותקף עד כדי סכנת חיים ובכוחם להצילו על ידי שימוש באלימות. אולם, כפי שהבהיר בית המשפט העליון בארה"ב בפס"ד

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

שהפך כמעט למקור הקאנוני להבחנה בין סירוב כללי וסלקטיבי, הסירוב הכללי הוא סירוב לכל מלחמה ולא לכל שימוש באלימות. יש לציין כי כך גם השופט ברק בזונשיין מגדיר סלקטיבי כמקרה שבו "הפטור 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."

[7] בג"צ 734/83 שיין נ' שר הבטחון, פ"ד לח(3) 393.

[8] J. W. Chambers II "Conscientious Objectors and the American State from Colonial Times to the Present", in **The New Conscientious Objection - From Sacred to Secular Resistance** (New York, by C. C. Moskos & J. W. Chambers II, eds.1993) 24; D. Malament "Selective Conscientious Objection and Gillette Decision" **Philosophy and Public Affairs** (1972) 363; K. Greenawalt "All or Nothing at all: The defeat Of Selective Conscientious Objection" **Sup. Ct. Rev.** (1971) 31.

[9] Chambers, Ibid; B. P. Vermeulen "Conscientious Objection in Dutch Law" in **Conscientious Objection in The EC Countries** (Millano, 1992) 259.

[10] שיין, לעיל הערה 6.

[11] זונשיין, לעיל הערה 4, בעמ' 737.

[12] כך הוצגה עמדת הוועדה בפני בהמ"ש: "אין לסווג את התנגדות העותרת לשרת בצבא כהתנגדות מחמת מצפון, אלא כהתנגדות ששורשיה בנימוקים חברתיים ורצון לתרום מכישוריה האישיים למסגרות חוק-צבאיות".

[13] ראה סע' 10 בפסק הדין. נקודה זו עשויה להיראות שולית, אולם למעשה היא בעלת חשיבות. על אף ההתנסחויות הסותרות, נראה שלמעשה בית המשפט אינו מקבל טיעון זה של המדינה. בית המשפט היה יכול לפטור עצמו בקלות אילו היה מכריע כנגד סרבני השירות בשטחים באמצעות זיהוי של סירוב סלקטיבי כמרי אזרחי, אולם אין הוא נוהג כך. בית המשפט נמנע באופן עקבי מלאמץ טיעון זה - על אף שהוא נזכר בפסקי הדין - ורואה עצמו מחויב להתמודד עם סירוב מצפוני סלקטיבי כסרבנות מצפון (כפי שמפורט בהמשך).

פירושו של דבר שבהמ"ש פוסק כוועדה אך לא מטעמיה. לכך ישנה חשיבות רבה - המשמעות המעשית של עמדה זו היא כעין הנחיה לוועדה שלא להסתפק בהגדרתו של סרבן המופיע בפניה כמבצע פעולה של מרי אזרחי. בכדי לדחות בקשה להכרה בסירוב מצפוני חובתה של הוועדה היא, לצד קביעה זו, לשלול את קיומם של מניעים מצפוניים בנוסף למניעי המרי.

[14] John Rawls **A Theory of Justice** (1971) 363-371;

יוסף רז "הזכות למרי אזרחי" **גבול הציות** 53 (1985) חיים גנז "ימין ושמאל: אי-ציות אידיאולוגי בישראל" **אלפיים** 9 (2004) 27

A. Harel "Unconscionable Objection to Conscientious Objection: Notes on Sagi and Shapira" **Israel Law Review** 36 (2002) 219; D. Enoch "Some Arguments Against Conscientious Objection and Civil Disobedience Refuted" **Israel Law Review** 36 (2002) 236-238.

[15] זונשיין, לעיל הערה 4; מילוא, לעיל הערה 1; מט/03/151, מט/03/174, מט/03/205, מט/03/222, מט/03/243 **התובע הצבאי נ' מטר**, להלן "החמישה".

[16] אנוך, לעיל הערה 13, מעלה את האפשרות "שכמעט כל מקרה מעניין הוא מקרה גבול (או שהוא מקרה של אי-ציות אזרחי וסירוב מצפוני כאחד), ולכן שההבחנה בין סירוב מצפוני לבין אי-ציות אזרחי אינה מועילה כמעט בשום מקרה מעניין, ועל כן אינה מועילה כלל". דומה שעיקר הבלבול והספקנות שהועלתה בעניין זה נעוצה בחוות דעת מגושמת שהוגשה לבית הדין בתיק זונשיין ע"י הפרופ' שגיא ושפירא, אשר זכתה לביקורת רבה בגיליון **Israel Law Review** משנת 2002 שהוקדש לנושא, ראה בעיקר גנז, הראל ואנוך, לעיל הערה 13;

A. Paz-Fuchs and M. Sfarid "The Fallacies of Objections to Selective Conscientious Objection" **Israel Law Review** 36 (2002) 132.

[17] J. Raz **The Authority of Law** (Oxford, 1979) 280-282.

[18] יש לציין כאן כי אף סרבנות המצפון הכללית אינה זוכה ליחס סובלני מידי וועדת המצפון של הצבא ומידי בתי המשפט. (לפירוט ראה גנז, לעיל הערה 13 בעמ' 31).

[19] גנז, שם.

[20] דוורקין מעלה טענה דומה:

"Society 'cannot endure' if it tolerates all disobedience; it does not follow, however, nor is there evidence, that it will collapse if it tolerates some" (R. Dworkin **Taking Rights Seriously** (Cambridge, 1989) 208).

[21] מיכאל וולצר "החובה לא לציית" **גבול הציות** 47 (1985)

[22] ג'ון רולס "ההצדקה של אי-ציות אזרחי" **אי ציות ודמוקרטיה** 159 (1998) וראה גם ליאון שלף קול הכבוד - סרבנות מצפונית מתוך נאמנות אזרחית. 31-32 (1989)

[23] הערה אחרונה זו אינה רלבנטית לגבי מילוא כיון שביקשה להפטר משירות בכלל, אבל היא מראה שמעמדה מבחינת האיום על האחדות אינו עולה על זה של הסרבן הכללי, וזו הנקודה שעל בית המשפט לבסס כאן. כמו כן, ההערה רלבנטית לגבי מקרים אחרים של סרבנים בישראל דוגמת זונשיין וחבריו, הנכונים לשרת בצבא כל עוד משימתם אינה כוללת שירות בשטחים הכבושים, שביחס אליהם העלה ברק את הטענה במקורה. כמו כן, בנקודה זו רלבנטית שאלת היקף התופעה, בה נדון בהמשך.

[24] וולצר, לעיל הערה 20.

[25] טענה זו עולה לראשונה בפס"ד שיין לעיל הערה 6. שם נטען שהכרה בסרבנות סלקטיבית "פוגעת בהליך הדמוקרטי" ללא כל פירוט לגבי תפיסת הדמוקרטיה שבית המשפט מניח או לגבי הפגיעה בה מדובר.

[26] דוד אנוך "על פסק הדין של בית הדין הצבאי בעניין חמשת הסרבנים" **משפט וממשל**, 701 (2005) 8 710.

[27] החמישה, לעיל הערה 14 בפרק ד' ח' 3.

[28] ראה דברי השופטת בייניש בפס"ד זונשיין לעיל הערה 4. מעניין לציין שבאותו פס"ד בסע' 16 לדברי השופט ברק, הוא אינו מעלה טיעון זה, אלא רק את הטענה שיש קושי להבחין בין התנגדות למדיניות לבין הסירוב המצפוני לאותה מדיניות כיון שההבדל ביניהן בסירוב סלקטיבי הוא "דק ולעיתים דק מן הדק". כנגד טענה זו ראה מלמט, לעיל הערה 7 בעמ' 378-380; גנז, לעיל הערה 13; פז-פוקס וספרד, לעיל הערה 15 בעמ' 138-139; אנוך, לעיל הערה 25.

[29] שופט בית המשפט העליון האמריקאי, סטון, עמד על הבחנה זו בדעת המיעוט שלו בפס"ד

Minersville v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940) 601

(פסק הדין נהפך ע"י בית המשפט העליון כעבור שלוש שנים בעת שסטון כבר היה נשיאו). מדובר היה בעתירה של הורים שהשתייכו לכת עדי ג'הווה כנגד החלטת מועצת החינוך באזורם המחייבת את כל התלמידים להישבע אמונים לדגל האמריקאי. השופט סטון הבחין בכך שלא מדובר רק בהגבלת חופש הדת של אותם תלמידים, אלא ב"כפיתם של ילדים אלה לבטא סנטימנט שעל פי פרשנותם אין הם שותפים לו, ושמפר את האמונות הדתיות העמוקות ביותר שלהם."

[30] לדחייה מפורטת יותר של הטענות מדמוקרטיה ראה גנז, לעיל הערה 13 בעמ' 21-16; אנוך, לעיל הערה 25; פז-פוקס וספרד, לעיל הערה 15 בעמ' 123-121.

[31] תוקפה של טענה זו במקרה מילוא מוגבל כיון שהיא ביקשה פטור כללי משירות.

[32] זונשיין, לעיל הערה 4

[33] כך טוען בית הדין בעניינם של חמשת סרבני השירות שהדבר הוא בידיעה שיפוטית. ראה דבריו הנחרצים של אנוך, לעיל הערה 25, בהקשר זה.

[34] גנז, לעיל הערה 13.

[35] אנוך, לעיל הערה 25, בעמ' 14, מוסיף על טענה זו את הטענה בדבר חומרת התוצאות של יחס מחמיר כלפי סרבנים.

[36] בטענות ההגנה בפרשת החמישה העלה עו"ד דב חנין טענה דומה.

[37] Micahel Walzer **Obligations - Essays on Disobedience War and Citizenship**
(London, 4th ed., 1970) 137-138

משער הפוך מבית המשפט - שהכרה בסירוב מצפוני לא תפגע בתפקודו היעיל של הצבא. וראה גם שם, בעמ' 17 הע' 18.

[38] טענות דומות מועלות על ידי פז-פוקס וספרד, לעיל הערה 15, בעמ' 126-129 ואנוך, לעיל הערה 25, בעמ' 15. לבעייתיות הכללית שבטיעונים מסוג זה - טיעון מתוצאות - ראה אנוך, בעמ' 712-716.

[39] מעריב. (25/12/2003)

[40] גנז, לעיל הערה 13 בעמ' 23.

[41] דנג"צ 7802/04 מילוא נ' שר הבטחון, תק-על 2004 (4) 719.

[42] נשים אמנם משרתות מראשית דרכו של צה"ל בתפקידים תומכי לחימה בעלי חשיבות, ובשנים האחרונות אף כלוחמות ומדריכות לחימה. אולם אין להכחיש כי עדיין ראשו ורובו של כוח הלחימה הצבאי מבוסס על גברים.

[43] פראנסיס רדאי "הצבא-פמיניזם ואזרחות" פלילים 191 (2001) 9

[44] ד"כ 2 (1949) 1624-1625.

[45] דוד בן-גוריון הארץ (09/1967) על פי ט' רוזין מה זה בכלל פמיניזם. 349 (2000) ? ושוב ב- 1967: "אישה יהודית שאינה (מביאה לעולם לפחות ארבעה ילדים ... מועלת בשליחות היהודית". וראה נ' ברקוביץ' "אשת חיל מי ימצא? נשים ואזרחות בישראל" סוציולוגיה ישראלית ב(1) 1999, על התפיסה הרווחת שקיבלה ביטוי רב במחוקק ש"האמהות ... היא החובה המרכזית וזכות היתר של האישה היהודייה" (עמ' 295 והפניות רבות שם בהמשך). בניתוח חוק שירות בטחון ודברי הכנסת בהקשרו מדברת ברקוביץ' על "התפקיד הדואלי של האישה היהודייה בחברה המתהווית. דואליות זו מובילה לשני האופנים של שילובה במדינת-הלאום - דרך תפקיד האמהות ודרך השתתפותה במפעלים לאומיים אחרים. אך באותם מקרים שבהם השניים נראים סותרים יש להעדיף את הראשון על השני" (עמ' 306).

[46] דפנה יזרעאלי "מגדור בשירות הצבאי בצה"ל" תיאוריה וביקורת. 90 (1999) 14

[47] א' ג'רבי המחיר הכפול. מעמד האישה בחברה הישראלית ושירות נשים בצה"ל. 71 (1996)

[48] רדאי, לעיל הערה 42, בעמ' 196.

[49] חוק שירות בטחון, לעיל הערה 2, ס' 39(א).

[50] שם, סע' 13.

[51] שם, סע' 15-16.

- [52] בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94.
- [53] חוק שירות בטחון, לעיל הערה 2, תיקון מס' 11.
- [54] חוק שיווי זכויות האישה, התש"א-1951, תיקון מס' 2.
- [55] ג'רבי, לעיל הערה 46, בעמ' 74.
- [56] רדאי, לעיל הערה 42, בעמ' 214.
- [57] י' בובר-אגסי "מעמד האישה בישראל" נשים במלכוד - על מצב האישה בישראל. 227 (1982)
- [58] ג'רבי, לעיל הערה 46, בעמ' 69.
- [59] בג"צ 5/51 שיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(2) 87-88.
- [60] Weinberger v. Weisenfeld, 420 US 636 (1975); Alifano v. Goldfarb, 430 US 199 (1975); Orr v. Orr US 99 S. Ct. 1102 (1979); Wengler v. Druggists, US 64 L Ed. 2d 107 (1980).
- [61] שם. Orr,
- [62] פראנסיס רדאי "נשים במשפט הישראלי" נשים במלכוד - על מצב האישה בישראל. (1982)
- [63] ש' אלמוג "על נשים, צבא ושוויון" משפט וממשל. 3 (1996) 631
- [64] אריסטו אתיקה מהדורת ניקומכוס ספר 5, ג', תרגום י-ג' ליבס. (1973)
- [65] ראה בהמשך, וכן ראה גדי אלגזי "להקשיב לקול הסירוב" משפטי הסרבנים. 14-15 (2004)
- [66] ד"כ 11 (1960) 1559, 1569.
- [67] ברק, לעיל הערה 3, כרך ב' עמ' 81.
- [68] גם השופט חשין בדנג"ץ מילוא, לעיל הערה 40, מודה כי "מסקנה זו קשתה עליי. ..."
- [69] ד"כ 2, לעיל הערה 43, בעמ' 1522-1523. וראה גם דבריו של השר מימון, שם, בעמ' 1556.
- [70] ד"כ 22 (1971) 1519.
- [71] שם, בעמ' 1626.
- [72] בג"צ 269/51 הורוביץ נ' אלוף מזא"ה, פד"י ה 1656.
- [73] דנג"ץ מילוא, לעיל הערה 40.

[74] ההליך לשם קבלת הפטור לנשים קבוע בחוק והוסדר בתקנות. נשים המבקשות פטור מטעמי דת יפנו לפוקד, בלשכת גיוס או ברבנות העירונית, שם יגישו בקשה בעל פה או בכתב, עד שלושים יום לפני מועד גיוסן (תקנות שירות בטחון, פטור נשים משירות בטחון מטעמים שבהכרה דתית, ה'תשל"ח-1978). לעומת זאת, את הבקשה לפטור מטעמי מצפון יש להגיש בכתב, לפני מועד ההתייצבות לצו הראשון. המבקשת צריכה לחתום על תצהיר המעיד על כך שהיא דוברת אמת ולהמליץ על שני עדים, שיעידו על כנותה ועל מצפונה. את העדים תצטרך להביא עימה כאשר תתייצב מול הוועדה (תקנות שירות בטחון, פטור נשים משירות בטחון מטעמים שבמצפון או שבהווי משפחתי דתי, ה'תשל"ח-1978). לכאורה, ההליך ברור ונגיש, אולם קיומו של הליך מעין זה אפוף סודיות: הוא אינו מופיע בעלוני הגיוס ונשים שהתקשרו ללשכת גיוס על מנת לברר את פרטי ההליך דיווחו על תשובות מתחמקות ואף על הכחשת קיומו. "ועדת המצפון" מזכה סרבניות צעירות בטיפול שרירותי ובלתי עקבי. לפעמים הראיון איתן קצר וסתמי, ולפעמים הוא משפיל במכוון וכולל מרכיב של הפחדה. נערות בנות 17 נאלצות להתייצב לבדן, ללא תמיכה או ייעוץ משפטי, מול ועדה המורכבת מגברים מבוגרים בלבד, לעיתים במדים. נערות לא מעטות אינן מודעות לזכותן לערער על החלטת הוועדה ולעיון בפרוטוקול. תנועת "פרופיל חדש", שאספה עדויות מנשים רבות שעברו את ההליך, מדווחת כי לוועדה נטייה לא לפטור נשים שמגישות בקשה ראשונה, אבל כן לפטור את מי שטורחת ומגישה ערר (ש' וורנר "תנועת הסירוב בישראל" **הרובה השבור** 58. (05/2003).

[75] חברי הכנסת הדתיים דאגו להשתית את הפטור על בסיס רחב יותר. ראה דברי זה"כ אונא לעיל.

[76] חשוב לציין כי אי-השוויון אינו מתמצה בשנות השירות הצבאי עצמן. השירות נוגס מתקופה שנשים וגברים כאחד מעצבים את עתידם המקצועי. לגבי נשים, תקופה זו קצרה במיוחד ומגיע בדרך כלל למיצוי בשלב הטרומ אימהי. התוצאה עשויה להיות פיגור מצטבר של האישה החילונית בקידומה המקצועי הן ביחס לגברים שמנצלים את שנות השירות הצבאי לרכישת מקצוע ויוקרה והן ביחס לנשים דתיות שיכולות להתחיל את לימודיהן האקדמיים מוקדם יותר (ראה ג'רבי, לעיל הערה 46, בעמ' 103).

[77] זו למעשה טענת בית המשפט האמריקאי ב-

United States v. Seeger, 380 US 176 (1965).

ראה מלמנט, לעיל הערה 7, בעמ' 375.

[78] ג'. ס. מיל **על החירות** (הוצאת מגנס, 1946) 8-9.

[79] זונשיין, לעיל הערה 4, החמישה, לעיל הערה 14.

[80] ראה

B. Medina "Political Disobedience In The IDF: The Scope Of The Legal Right Of Soldiers To Be Excused From Taking Part In Military Activities In The Occupied Territories" **Israel Law Review** 36(3) (2002) 89.

[81] רז, לעיל הערה 13, בעמ' 62-63, שם טוען רז שבמדינה ליבראלית אין זכות למרי אזרחי.

[82] שיין, לעיל הערה 6; זונשיין, לעיל הערה 4; החמישה, לעיל הערה 14.

[83] פז-פוקס וספרד לעיל הערה 15; מלמנט לעיל הערה 7.

[84] דוד הד "סירוב - פוליטי או מצפוני" **על דמוקרטיה וציות**; 88-89 (1990) שלף, לעיל הערה 21, בעמ' 84-85; וולצר, לעיל הערה 20; רוז, לעיל הערה 13 בעמ' 52; רולס, לעיל הערה 13.

[85] רוז, לעיל הערה 13.

[86] הד, לעיל הערה 83.

[87] להקשר המלא של הציטוט ראה מילוא, לעיל הערה 1.

[88] ניתן אף לערער על עצם ההשערה. כך הד שמחבר בין שתי ההבחנות באופן הפוך - דווקא הסלקטיביות של הסירוב מעידה לדעתו ל היותו מצפוני ולא פוליטי, לעומת זאת "סירוב גלובאלי הוא מטיבו ביטוי למחאה פוליטית" (הד, לעיל הערה 83, בעמ' 94).

[89] הד, שם, בעמ' 89; רוז אומר כך: "סרבנות מצפון קיימת רק במקרים שבהם הטענה כי החוק עצמו (או לפחות היבטים מסוימים שלו) הוא רק, משמשת כמניע להפרתו" לעיל הערה 13, בעמ' 53.

[90] רולס ורוז, לעיל הערה 13; הד, לעיל הערה 83.