

בעניין :

1. יואב הס
2. יעקב אושמן
3. פרופ' אבנר איתי
4. נעמי אטלינגר
5. טלי אילן
6. יהודית אלקנה
7. אבישי ארליך
8. חיים ארליך
9. חנה ארליך
10. עדה בילו
11. טלי ביתן
12. אמיתי בן-אבא
13. אורי בן-אסא
14. דפנה בנאי
15. אסנת בן-שחר
16. חנה בר"ג
17. שאול ברדוש
18. אברהם גברילביץ
19. עמוס גבירץ
20. חנה גוטליב
21. בלהה גולן
22. דליה גימפל
23. סנאית גיסיס
24. ליאורה גלט ברקוביץ
25. תמי גרוס
26. חיה דן
27. חוה הלוי
28. נבו הס
29. נח הרשקוביץ
30. גיא הירשפלד
31. יובל הלפרין
32. עפרה וולף
33. פיליס ויסברג
34. אליאן ויצמן
35. עופר זאבי
36. קורין זאבי
37. ענת זהר
38. ד"ר מרדכי זלדון
39. נירית חביב
40. חגית חוף
41. רחל חיות
42. שרה טולידאנו
43. ערן טורבינר
44. שרה כרמלי
45. ליליאנה (לילי) טראובמן

46. רחל ליבוביץ
47. חנה לויטן
48. מיכאל זאב לוינ
49. אליאב לילטי
50. דליה לין
51. עמי לין
52. אניטה קרין לינדנר
53. טניה ליפשיץ-עזז
54. ראובן מושקוביץ
55. טל מטלון
56. ד"ר ענת מטר
57. נעמי מלכה
58. דינה מנוחין
59. ד"ר ישי מנוחין
60. יעקב מנור-מסרנו
61. בתיה מקובר
62. איגור מרקמן
63. לסלי מרקס
64. גילה ניימן
65. עופר ניימן
66. אירית סגולי
67. נפתלי ספיר
68. שושנה לונדון ספיר
69. ניבה ענבר
70. אוריה עמית
71. נילי פישר
72. מיכל פישר
73. רנה פלסר
74. מינה פריידקין
75. עוזי פריידקין
76. סיני פתר
77. גנה קדמן
78. אביבה קונפרטי
79. אלדד קיש
80. אנלין קיש
81. איתן קלינסקי
82. ראובן קמינר
83. אילנה רדאו
84. רונית רובינסון
85. עמי רון
86. הגר רונן
87. יורם שורק
88. אנה שידלו
89. חנה שטיין
90. אסנת שלום
91. עידית שלזינגר
92. יעל שמואלביץ
93. נעה שנדר
94. צביה שפירא

95. תנועת יש גבול

96. עו"ד איתי מק

באמצעות עו"ד איתי מק
מרחה יפו 97, מרכז כלל, משרד 745, ירושלים
טל': 02-5877766 פקס: 02-5877744

העותרים/ות

- נגד -

1. שר הביטחון, מר אביגדור ליברמן

2. הרמטכ"ל, גדי איזנקוט

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
מרחה סלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466591/0 פקס: 02-6467011

המשיבים מס' 1-2

עתירה לצווים על תנאי

מוגשת בזה עתירה לכבי' ביהמ"ש בה הוא מתבקש להוציא מלפניו צווים על תנאי המכוונים אל המשיבים ומורים להם להתייצב וליתן טעם:

- א. מדוע לא ישוו את ההליך לקבלת פטור משירות צבאי בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים, הקבוע בסעיף 36 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, להליך הפטור המקל לנשים מטעמי "הכרה דתית", הקבוע בסעיף 40 לחוק זה.
- ב. מדוע לא יבטלו את חובת ההתייצבות הגורפת של מבקשי ומבקשות פטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים, בפני "הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון".

פתח דבר

1. בפתח עתירה זו, יובהר כי אין בכוונת העותרים במסגרת העתירה לפתוח דיון מחודש ברבדיה המושגיים של סוגיית הפטור מטעמי מצפון, או את אמות-המידה הקיימות, כפי שעוצבו בהלכה הפסוקה, ובפרט את האבחנה שאושרה בפסיקה בין סרבנות מצפון מלאה לבין סרבנות מצפון סלקטיבית.
2. עתירה זו עוסקת בפגיעה החריפה בזכות לשוויון בין קבוצות של מבקשי ומבקשות פטור משירות צבאי בשל חופש המצפון. למרות שבמדינה דמוקרטית המצפון של המבקשים פטור מטעמים לא דתיים, אינו אמור להיות חשוב ומכובד פחות מהמצפון של נשים דתיות, נקבעו בעניינם שני תהליכים השונים באופן קיצוני זה מזה לקבלת הפטור. קיימים פערים קיצוניים בין ההליך המקל לקבלת פטור בשל חופש המצפון מטעמים דתיים של נשים, לבין ההליך לקבלת פטור בשל חופש המצפון מטעמים שאינם דתיים (למשל, דמוקרטיים או הומניסטיים).

3. בעקבות הסכמים קואליציוניים עם המפלגות הדתיות, בעניין נשים המבקשות פטור משירות מטעמי "הכרה דתית", התנאי היחיד הקבוע בסעיף 40 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 (להלן: "חוק שירות ביטחון"), הינו הגשת תצהיר לאקוני בכתב ובו הצהרה בדבר אורח החיים הדתי שמקיימת המועמדת לשירות צבאי. לעומת זאת, נשים וגברים המבקשים פטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים, מופלים ונדרשים לעבור ב"ועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון", ואף רובם עוברים תקופות כליאה באורך משתנה, עד שנתיים.
4. בוודאי שהכוח הקואליציוני של המפלגות הדתיות לעומת הכוח הפוליטי המצומצם ביותר בכנסת של סרבני וסרבניות המצפון שלא מטעמים דתיים, אינו יכול להצדיק הפליה בין הקבוצות.
5. בהעדר כל שוני מהותי וענייני בין המצפון האידיאולוגי הדמוקרטי וההומניסטי לבין המצפון האידיאולוגי-דתי, ההפליה יוצרת תחושות קשות בקרב סרבני וסרבניות המצפון שלא מטעמים דתיים, כי חופש המצפון שלהם בטל בשישים לעומת חופש המצפון של הנשים הדתיות, וכי המדינה רואה בהם כ"חשודים המידיים" הדורשים טיפול מיוחד.
6. העותרים יטענו כי ההפליה בענייננו, פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם, יש בה מן ההשפלה והביזוי, והיא מהווה פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם הנבחנת על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
7. לאור האמור לעיל, עתירה זו דורשת מהמשיב מס' 1 להפעיל בעניין מבקשי ומבקשות הפטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים, הליך הזהה להליך לקבלת הפטור הקבוע בהוראת סעיף 40 לחוק שירות ביטחון. כך שרק במקרים שבהם ישנו חשד קונקרטי וראיות ממשיות הסותרות את בקשתם לפטור, יהיה ניתן לנקוט בבירור נוסף. בהתאם, תבוטל חובת ההתייצבות הגורפת בפני "הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון". זאת כפי שנהוג כיום לגבי מבקשות הפטור הדתיות.

ואלה נימוקי העתירה:

א. הצדדים

8. תנועת "יש גבול" היא תנועה פוליטית, שפועלת בכל דרך אפשרית משנת 1982, כדי לאפשר לפרטים להימנע מלקחת חלק בשירות בכוחות הביטחון העומד בניגוד למצפונם. התנועה עושה כל מאמץ כדי למנוע גלישה לתחומם של פשעי מלחמה. כמו-כן, התנועה מלווה סרבני וסרבניות מצפון במאבקם הציבורי והמשפטי למימוש זכויות האדם הבסיסיות ביותר שלהם.
9. העותרים/ות הנסך/ אזרחיות/ות מדינת ישראל וחלקם/ן פעילי זכויות אדם ואזרח ו/או פעילים חברתיים ו/או פעילים פוליטיים ו/או שירתו בצה"ל ו/או ילדיהם/ן ו/או נכדיהם/ן אמורים להתגייס לשירות סדיר או מילואים.
10. המשיב מס' 1, הינו הגורם הממונה על ביצוע חוק שירות בטחון, ועל מתן פטור משירות צבאי, בהתאם להוראות חוק זה.

11. המשיב מס' 2, הינו העומד בראש צה"ל וגורם מכריע בקביעת מדיניות הגיוס לצה"ל.

ב. רקע כללי על סמכות המשיב מס' 1 להעניק פטור משירות צבאי והפערים הקיצוניים בין המסלולים השונים לקבלתו

12. הוראות סעיפים 39(ג) ו-40 לחוק שירות בטחון, מקנות למשיב מס' 1 סמכויות לפטור משירות נשים בשל חופש המצפון על רקע זיקה דתית, מטעמים הנעוצים במסורת ומנהגים, והווי משפחתי דתי. סעיף 39(ג) מעניק פטור לאישה "שהוכיחה באופן שנקבע בתקנות לרשות שנקבעה על פיהן, כי טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון", וסעיף 40 מעניק פטור לאישה מטעמים של "הכרה דתית" אישית.

13. לפי כב' הש' א. פרוקצ'יה בבג"צ 2383/04 לאורה מילוא נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 9.8.04), הפטורים הקבועים בסעיפים 39(ג) ו-40 לחוק: "נועדו בעיקרם לבטא סובלנות חברתית כלפי קבוצות דתיות ועדות מסורתיות אשר על פי מערכת הערכים שלהן קיימת שונות בסיסית בין גבר לאשה, ועל פיהם, מעמדה של אשה באשר היא אשה אינו מתיישב עם שירות בצבא. המייחד פטורים אלה הוא, אפוא, ראשית, בהתייחסותם לאשה באשר היא אשה. שנית, מקורם הוא בתפיסות מוסר, דת ודפוסי מנהגים הנוהגים בעדות שונות. שלישית, תפיסות אלה מונעות מהאשה שירות צבאי, באשר הוא שירות צבאי" (פסקה 13 לפסק הדין).

14. על-פי פרשנות כב' ביהמ"ש, סעיף 39(ג) לחוק שירות בטחון מעניק הגנה לחופש המצפון של נשים מעצם השתייכותן לקבוצה מסוימת – מגדרית, דתית, עדתית ו/או מסורתית. הנשים המבקשות פטור משירות מכוח סעיף 39(ג) לחוק שירות בטחון, נדרשות להתייבב בפני "הוועדה לפטור מטעמים שבמצפון או שבהווי משפחתי דתי", אשר פועלת מכוח חוק שירות בטחון ותקנות שירות בטחון (פטור נשים משירות בטחון מטעמים שבמצפון או שבהווי משפחתי דתי), תשל"ח-1978.

15. בעוד שסעיף 39(ג) מסתפק בהשתייכות המבקשת פטור לקבוצה דתית, עדתית ו/או מסורתית, אך לא דורש כי המבקשת בעצמה תקיים אורח חיים דתי, הפטור הקבוע בסעיף 40 כן דורש כי המבקשת תקיים בעצמה אורח חיים דתי. סעיף 40 לחוק שירות בטחון, מקנה לשר הביטחון סמכות להעניק פטור משירות לנשים מעצם היותן באופן אישי דתיות ומקיימות אורח חיים דתי.

16. התנאי היחיד הקבוע בסעיף 40 לקבלת הפטור מ"טעמים שבהכרה דתית" הינו הגשת תצהיר בכתב, ובו הצהרה בדבר אורח החיים הדתי שמקיימת המועמדת לשירות צבאי. ההסדרים לגבי אופן הגשת התצהיר נקבעו בתקנות שירות בטחון (פטור נשים משירות בטחון מטעמים שבהכרה דתית), תשל"ח-1978. בהתאם לתקנה 3, יש לערוך את התצהיר לפי הטופס שבתוספת, אשר כולל הצהרה לאקונית וכללית כדלקמן:

לאחר שהוזהרתי כי עליי להצהיר את האמת, וכי אהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, אני מצהירה בזה לאמור:

1. טעמים שבהכרה דתית מונעים אותי מלשרת בשירות בטחון.

2. אני שומרת על כשרות, בבית ומחוצה לו.

3. אינני נוסעת בשבת.

4. תצהיר זה הוגש לצורך הוכחה כי אני זכאית לפטור מחובת שירות בטחון לפי סעיף 40 לחוק שירות ביטחון (נוסח משולב), התשמ"ו-1986.

5. אני מצהירה כי זהו שמי, זהו מעני וכל האמור בתצהירי זה אמת.

17. בפסה"ד בבג"צ 739/15 מאי כליפה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 15.10.15), אישרה כב' השי' ע. ברון את מדיניות המשיבים, לפיה, כאשר מתעורר בקרב רשויות הגיוס חשד לאי התאמה בין האמור בתצהיר הפטור לבין המציאות, המצהירה מזומנת לבירור – ובין היתר היא נשאלת שאלות הבודקות בקיאות מצידה בענייני הדת (פסקה 12 לפסד דינה):

ואמנם, כבר הוברר כי לפי חוק שירות ביטחון, האמור בתצהיר הוא שמקים את עילת הפטור מטעמים שבהכרה דתית – ואולם אין לקבל את העמדה שלפיה עצם הגשת התצהיר מעקרת לחלוטין את שיקול הדעת הנתון לרשויות הגיוס במתן הפטור. שיקול דעת בכל זאת קיים, גם אם היקפו מצומצם יחסית בהשוואה לפטורים אחרים לפי חוק שירות ביטחון. העיקר לענייננו הוא שכאשר נקבע בחוק שירות ביטחון כי קבלת הפטור מטעמים שבהכרה דתית מותנית בהגשת תצהיר כמפורט בסעיף 40(א) שם, חזקה היא כי המדובר בתצהיר אמת בלבד, וכי אין מטרתו של החוק ליתן יד לתצהיר שקר... נמצא אפוא כי התצהיר אינו עניין טכני או פרוצדוראלי גרידא, אלא שהגשתו היא העילה להענקת הפטור מטעמים שבהכרה דתית – בהיותו כלי המשמש להוכחת התקיימותם של התנאים המנויים בסעיף 40(א) לחוק ועומדים ביסוד בקשת הפטור. משכך, כאשר ברור כי התצהיר כוזב – אין לפטור את המועמדת לגיוס מחובת השירות.

18. פטור משירות צבאי בגין חופש מצפון מטעמים לא דתיים נופל לגדר המושג "טעמים אחרים" ברישא לסעיף 36 לחוק שירות בטחון, אשר מסמיך את המשיב מס' 1, במקרים מתאימים, לפטור יוצא צבא משירות סדיר או מילואים על יסוד טעמי מצפון שאינם דתיים (ראו בג"צ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 30.12.02)). יצוין כי בפסה"ד בבג"צ 2383/04 לאורה מילוא הנ"ל, נקבע שסעיף 36 גם חל על נשים אשר מבקשות פטור מטעמי מצפון לא דתיים, זאת אף שעד אז, ככל הידוע הצבא נהג לדון בעניינין של כל הנשים המבקשות פטור מטעמי מצפון, לפי סעיף 39(ג) לחוק (ראו נויה רימלט, "על מצפון מגדר ושוויון: גלגוליה של סרבנות-המצפון הנשית בין חוק שירות ביטחון לבג"ץ לאורה מילוא", עיוני משפט, כט(2), 449-494, (ספטמבר 2006)).

הרקע להסדר המקל לקבלת פטור לנשים מטעמי "הכרה דתית"

19. בפסק הדין שניתן בבג"צ 739/15 מאי כליפה הנ"ל, הסבירה כב' השי' ע. ברון כיצד נוצר ההבדל הפרוצדורלי העצום לקבלת הפטור מהטעמים השונים:

יבואר כי עד לשנת 1978, ההסדר לקבלת פטור מטעמים שבהכרה דתית היה דומה להסדר הנוהג כיום ביחס לפטור מטעמים שבמצפון או הווי משפחתי דתי. קרי: על מבקשת הפטור היה להתייצב בפני ועדת פטור,

ולשכנע את חברי הוועדה כי קיימים טעמים המצדיקים את שחרורה משירות צבאי. רק בתיקון 13 לחוק שירות ביטחון נקבע לראשונה כי הפטור יינתן על סמך הצהרה בלבד, שלפיה קיימים טעמים שבהכרה דתית המונעים מהמועמדת לגיוס לשרת בצה"ל; ובד בבד נקבעה גם סנקציה בגין מתן תצהיר שקר, שלפיה הרשעה בעבירה של מסירת ידיעה כוזבת לצורך קבלת פטור משירות תביא לבטלותו של הפטור מעיקרו. מדיוני הכנסת בנושא תיקון החוק עולה כי תיקון זה היה תולדה של הסכמים קואליציוניים עם המפלגות הדתיות; וכן כי מטרת התיקון היתה מצד אחד לפשט את הליך קבלת הפטור מטעמים שבהכרה דתית, ומצד שני לקבוע קריטריונים ברורים לזכאות לפטור וסנקציה בגין מתן תצהיר שקר (ראו: דברי הכנסת כרך 83 עמ' 3584-3585 (הישיבה המאה שלושים ושש של הכנסת התשיעית, 19.7.1978)). ואמנם, התקנות קובעות מסלול קצר ופשוט לקבלת פטור מטעמי הכרה דתית: עילת הפטור מצויה בתצהיר המוגש לרשויות הגיוס, בעוד מועד לפני הגיוס וכקבוע בתקנות, שנערך בפני שופט או דיין בבית דין רבני, ובו מצהירה מבקשת הפטור כי היא אינה נוסעת בשבת; כי היא שומרת על כשרות בבית ומחוצה לו; וכי טעמים שבהכרה דתית מונעים ממנה לשרת בצה"ל. הנה כי כן, בניגוד לפטורים אחרים לפי חוק שירות ביטחון, הפטור מטעמים שבהכרה דתית אינו נתון לשיקול דעתה של ועדת פטור כלשהי, אלא מותנה לכאורה אך ורק במילוי הפרוצדורה שבתקנות בדבר הגשת תצהיר (פסקה 11 לפסה"ד).

20. בעת הבאת תיקון 13 לחוק שירות ביטחון לקריאה ראשונה בכנסת, ציין המשיב מס' 1 דאז, מר עזר ויצמן, בהתייחס לחששות שעלו בדיון בנוגע לניצולו של ההסדר המקל למבקשות פטור מטעמי "הכרה דתית", כי: "בדומה להצהרות אחרות אשר אזורח חייב למסור לרשויות השלטון, מניח גם חוק זה שאזורח כזה הינו בחזקת דובר אמת ומי שנשבע על אמיתות הצהרתו בבית הדין יש לקבל הצהרה כזו ולנהוג על פיה. אינני מתעלם מכך שיהיו מקרים שבהם ינסו מועמדות לשירות ביטחון להערים על רשויות הצבא ולמסור הצהרות כוזבות. מערכת הביטחון מתכוונת לדאוג לכך שתיערכנה בדיקות מדגמיות לאחר מעשה לשם בחינת ההצהרות." (דברי הכנסת כרך 82 עמ' 2137 (הישיבה התשעים ושש של הכנסת התשיעית, 21.3.1978)).

"הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון"

21. כמתואר, בעוד שבעקבות הסכמים קואליציוניים עם המפלגות הדתיות, נשים המבקשות פטור משירות מטעמי "הכרה דתית", נדרשות רק להגיש תצהיר כללי ולאקוני, הרי שנשים וגברים המבקשים פטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים, נחשבים כ"חשודים המידיים", מופלים ונדרשים לעבור ב"הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון", ואף רובם עוברים תקופות כליאה באורך משתנה, עד שנתיים.

22. מדובר בוועדה שהוקמה בשנת 1995, שתפקידה להמליץ לגורם המוסמך (המשיב מס' 1 ומי שהואצלה לו סמכותו) האם לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 36 לחוק שירות ביטחון, המאפשר ליתן פטור מטעמים שונים ובכלל זה "טעמים אחרים", שפורשו ככוללים טעמים שבמצפון.

23. "הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון" אינה פועלת על-פי קריטריונים ברורים, אלא רק על-פי העמדה העקרונית של המשיב מס' 1 שגם אושרה בפסיקת כב' ביהמ"ש, המבחינה בין "סרבנות מלאה" לבין "סרבנות סלקטיבית" לשרת בצבא. מאחר שאין למונחים אלה הגדרות חד-משמעיות, וההבחנה ביניהם נתונה במחלוקת פילוסופית ופרקטית מתמדת, הוועדה "מחפשת במיקרוסקופ" פגמים בתפיסת העולם ובאורח החיים של מבקשי ומבקשות הפטור מטעמים לא דתיים. בהעדר קריטריונים ברורים, החלטות הוועדה שרירותיות וניכר בהן חוסר עקביות.

24. מן הסתם, לוועדה יש קושי אינהרנטי במילוי תפקידה מאחר שאין זו מלאכה קלה לקבוע האם שירות בצבא נוגד את מצפונו של פלוני. יפים דבריו של כב' הש' מ. חשין בבג"צ 1380/02 **יונתן בן ארצי נ' שר הבטחון** (פורסם בנבו, 25.9.02)(עמ' 478 שם): **"סרבנות מצפון הינה עניין סובייקטיבי טהור – עניין שבלב – וידענו זה מכבר כי רק האלוהים יראה ללב בעוד אשר האדם יראה אך לעיניים. אכן, מלאכת הסקת מסקנה כי פלוני מבקש פטור משירות סדיר באשר שירות בצבא נוגד את מצפונו, אין היא מלאכה קלה כלל ועיקר. דומים הדברים במובן מסוים לקביעתה של ערכאת דיון כי מאמינה היא לעד פלוני וכי אין היא מאמינה לעד פלמוני. אכן, מסקנה כי פלוני סרבן מצפון הוא – או כי אין הוא סרבן מצפון – אין היא אך שאלה של אמון. שאלה היא של הבנת חומר ראיות המוצג לפני הוועדה"**.

25. יפים גם דבריה של כב' הש' אסתר חיות, בתיק בג"צ 5587/09 **ראובן שבילי נ' שר הבטחון** (פורסם בנבו, 28.7.2010)(פסקה 6 לפסק דינה), בעניין המורכבות והקושי בברור מהות סרבנות המצפון של אדם: **"אכן, נוכח האסכולות והתפישות השונות הקיימות בעולם לגבי פציפיזם אין להוציא מכלל אפשרות כי הסרבנות הכללית המקימה עילה לפטור מן השירות הצבאי, תהא סרבנות שאינה מונעת בהכרח על-ידי פציפיזם הממוקם בקצה הסקאלה של מופעי הסרבנות"**.

26. כך למשל, ביום 25.8.2016 קיבלה סרבנית המצפון עמרי ברנס, פטור משירות צבאי מטעמי מצפון כפציפיסטית. זאת לאחר שוועדת המצפון הראשונה שראיינה אותה דחתה את בקשתה, מה שהוביל לסירובה ולכליאתה לתקופות ממושכות. האם השתנה משהו בתפיסת העולם ובאורח החיים של עמרי ברנס בחלוף הזמן בין וועדת המצפון הראשונה לשנייה? כמובן שלא.

27. אף אם נניח שניתן להציב גבול משפטי ברור בין "סרבנות חלקית" ל"סרבנות מלאה", הרי שמדובר בחלוקה תאורטית שאינה מוחלטת מבחינת מעמדה המוסרי של ההתנגדות. כך למשל, במקרה שבו "סרבן חלקי" אינו מוכן לאחוז בנשק כדי לדכא עם אחר ולשלוט בשטחים שלו, אך כן יהיה מוכן להגן עם נשק בידו על עצם קיומה של המדינה שהוא אזרח בה, או מוכן לאחוז בנשק כדי למנוע רצח עם – הדבר מעיד כי הגושפנקא המשפטית שניתנה לעמדת המשיב מס' 1, לפטור סרבן מוחלט הפוסל כל שירות צבאי, ולא לפטור סרבן חלקי המאמין ששירות בצבא בנסיבות כיום נוגד את מצפונו, הינה אישור לא לעמדה "מדעית".

ג. מיצוי הליכים

28. העותרים פנו למשיבים ביום 6.10.2016, וביקשו מהם להורות על ביטול חובת ההתייצבות בפני ה"וועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון", וכי מעתה והלאה הליך קבלת הפטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים, יהיה לזה הקבוע בהוראת סעיף 40 לחוק שירות ביטחון ויכלול הגשת תצהיר בלבד.
29. ביום 9.10.2016 נמסר כי הפנייה הועברה לטיפול המשנה ליועמ"ש לממשלה (ייעוץ), עו"ד דינה זילבר. כמו-כן, ביום 10.10.2016 נמסר מלשכת המשיב מס' 2 כי הפנייה בבדיקה.
30. ביום 6.12.2016 נשלחה תזכורת לעו"ד זילבר, בה צוין כי: " אין מדובר בעניין תיאורטי, אלא בחופש המצפון והחירות של נשים וגברים צעירים. בין היתר, בימים אלה יש שתי סרבניות מצפון, תמר אלון ותמר זאבי, אשר נגזרו עליהן עונשי מאסר. זאת בשעה שנשים דתיות ממשיכות לקבל פטור משירות רק באמצעות הגשת תצהיר לאקוני".
31. ביום 26.1.2017 נשלח לב"כ העותרים מכתב מרב סרן נועה הרפז-יוז, ראש מדור כנסת ממשל וציבור בלשכת הרמטכ"ל, אשר דחתה את דרישת העותרים בנימוק כי: "אופן קבלת הפטור מטעמי הכרה דתית אישית הוא פרי איזון שערך המחוקק בין שיקולים שונים לעניין זה, ואשר אינו זהה בהכרח לאיזון אותו עורכות רשויות הצבא בנוגע לבקשות פטור משירות ביטחון מטעמי מצפון".
32. כמתואר, הנימוק במכתבה של רב סרן הרפז-יוז אינו נכון – המחוקק לא עשה שום איזון בין שיקולים ענייניים שונים, אלא מדובר בתוצר של הסכמים קואליציוניים עם המפלגות הדתיות בלבד.
- מצ"ב התכתובת הנ"ל ומסומנת בהתאמה "א"- "ב"

ו. הטענות המשפטיות

חופש המצפון

33. זה מכבר נקבע בפסיקה כי "כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון... בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתתת עליהם" (בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים (פורסם בנבו, 18.5.1984), בעמ' 454).
34. יפים דבריו של כב' הנשיא (בדימוס) הש' א. ברק בבג"צ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 30.12.2002):

חופש המצפון יונק חיותו מהכרזת העצמאות. הוא נגזר מאופייה הדמוקרטי של המדינה. הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו (ראו בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, בעמ' 286). התחשבות במצפונו של הסרבן מתבקשת גם מהכבוד לאישיותו של האדם ומהצורך לאפשר לו לפתח אותה. היא נגזרת מגישה הומניסטית ומהערך בדבר סובלנות. "המשטר הדמוקרטי מבוסס על

סובלנות... זו סובלנות למעשי הזולת ולדעותיו... בחברה פלוראליסטית כשלנו הסובלנות היא הכוח המאחד אותנו והמאפשר לנו חיים משותפים" (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, בעמ' 276-277. ראו גם: ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, בעמ' 481; ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, בעמ' 210; בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, בעמ' 355).

ההליך שקבע המשיב מס' 1 למתן פטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים פוגע בזכויות לשוויון וכבוד האדם

35. כידוע, עקרון השוויון הוא מעקרונותיה הבסיסיים ביותר של מדינת ישראל, אשר זכה למעמד בכורה כעקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית עוד מראשית דרכה, בהיותו "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (ראו בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693).
36. על מרכזיותו ומעמדו של עקרון השוויון עמד בימ"ש נכבד זה בשורה ארוכה של פסקי דין (ראו למשל: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.2006); בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה (פורסם בנבו, 11.8.1998); בג"ץ 6298/07 יהודה רסלר, רס"ן בדימוס נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012)).
37. על-פי "מודל הביניים" שהתקבל בפסיקה, הזכות לשוויון הוכרה כזכות יסוד הנגזרת מעקרון כבוד האדם המעוגן בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ככל שהיא קשורה בכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (ראו בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך פרופ' יולי תמיר (פורסם בנבו, 31.8.2010)).
38. הזכות לשוויון טומנת בחובה כ"תמונת ראיי" את האיסור בהפליה (בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, (פורסם בנבו, 15.6.2008)). ההפליה משמעותה "יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשוויים" (בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507-508 (1989)).
39. על רשויות השלטון חל איסור להפלות בין קבוצות אשר לא ניתן להצביע בעניינן על שוני רלוונטי המצדיק את ההבחנה. השלב הראשון בבחינה אם הרשויות מקיימות שוויון מהותי, עניינו בזיהוי גבולות קבוצת השוויון בשים לב בד"כ ל"תכלית החוק, מהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות המיוחדות של המקרה" (ראו עמ' 363 לפסה"ד בבג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 7.10.1999)).
40. בענייננו, קבוצת השוויון כוללת הן את המבקשות פטור מטעמי "הכרה דתית", והן את המבקשים והמבקשות פטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים.
41. בעוד שסעיף 39(ג) לחוק שירות בטחון מסתפק בהשתייכות המבקשת פטור לקבוצה דתית, עדתית ו/או מסורתית, אך לא דורש כי המבקשת בעצמה תקיים אורח חיים דתי, הרי

שהפטור הקבוע בסעיף 40 מקנה למשיב מס' 1 סמכות להעניק פטור משירות לנשים רק מעצם היותן באופן אישי דתיות ומקיימות אורח חיים דתי.

42. לכן, ההליך הקבוע לקבלת פטור בסעיף 40, אשר עוסק בתפיסת העולם ואורח החיים האישיים של המבקשות, הוא הרלוונטי בענייננו להשוואה להליך קבלת הפטור בשל חופש המצפון האישי מטעמים אידאולוגיים, דמוקרטיים ו/או הומניסטיים לא דתיים (עתירה זו אינה עוסקת במקרה של מבקשי ומבקשות פטור רק בשל הווי משפחתי של סרבנות לשרת בשטחים הכבושים, אלא בעניין של מבקשי ומבקשות פטור מאחר ששירות בצבא סותר את המצפון האישי שלהם).

43. כאמור, נקבע בפסיקה כי **"סרבנות מצפון הינה עניין סובייקטיבי טהור – עניין שבלב"** (בג"צ 1380/02 יונתן בן ארצי הנ"ל). העותרים סבורים כי הדבר נכון הן לגבי הנשים המבקשות פטור מטעמי "הכרה דתית" והן לגבי גברים ונשים המבקשים פטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים.

44. אין צל של ספק, כי ההליך המקל שנקבע בסעיף 40 לצורך קבלת פטור לנשים מטעמי "הכרה דתית", הוא גם הראוי והמתאים לגבי מבקשי ומבקשות פטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים – באופן דומה לסרבני וסרבניות המצפון מטעמים לא דתיים, כך גם המצפון של הנשים הדתיות ואורח חייהן הדתי מגוונים, מתפרסים על פני ספקטרום רחב ולא באופן דיכוטומי, וכן, שנויים במחלוקת בין הקבוצות הדתיות השונות בישראל ובתוך הקבוצות הדתיות עצמן. למשל, שאלות הכשרות (השגחה רגילה, מהדרין ובד"צ), אופן שמירת השבת עם התקדמות הטכנולוגיה, צניעות, יחסי אישות ועוד, עוסקות בסוגיות הלכתיות, חברתיות וקהילתיות מורכבות ביותר. למעלה מכך, העובדה כי אישה מתנהגת ונראית לכאורה כלפי חוץ כדתייה, אינה אומרת דבר לגבי אמונתה הדתית הפנימית, שהיא **"עניין סובייקטיבי טהור – עניין שבלב"**.

45. העובדה שהנשים מתבקשות להצהיר כי **"אינני נוסעת בשבת"**, כלומר אינן מחללות שבת בפרהסיא, ולא להצהיר במפורש כי הן שומרות שבת בתוך ביתן ובאופן פרטי, מדברת בעד עצמה.

46. ככל שהייתה מוקמת ועדה הדומה ל"ועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון" גם בעניין בקשות לפטור מטעמי "הכרה דתית", הרי שהוועדה הייתה צריכה לתת פטור רק לנשים המקיימות את מלוא המצוות החלות עליהן, אשר מעולם לא היו להן שאלות וספקות אמוניות.

47. האם יעלה על הדעת כי ועדה של משרד הביטחון הייתה טוענת שאישה דתייה אינה דתייה באמת, מאחר שהיא פועלת ממניעים אגוצנטריים (למשל, מקווה שקיום המצוות יביא לה צדק, בריאות והצלחה אישיים), או כי אכפת לה מה הסביבה אומרת עליה? כמובן שלא, אך כך נימקה בין היתר "הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון" את סירובה לתת פטור משירות ליונתן בן ארצי (ראו פסקה 4 לפסה"ד בבג"צ 3238/04 יונתן בן ארצי נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 1.6.05)).

48. בנסיבות אלה, אין זה פלא כי המפלגות הדתיות פעלו לשינוי הפרוצדורה לפטור משירות, כך שיידרש מהנשים הדתיות רק להגיש תצהיר כללי ולאקוני – ניתן להניח שהדבר נועד כדי

למנוע דחייה של בקשות רבות בשל "דתיות סלקטיבית", ולמנוע את ההתמודדות עם הקושי בקביעת הגדרה אחת מלאה וחד-משמעית מה היא "אישה דתייה".

49. בהעדר כל שוני מהותי וענייני בין המצפון האידיאולוגי הדמוקרטי וההומניסטי לבין המצפון האידיאולוגי-דתי, ההפליה יוצרת תחושות קשות בקרב סרבני וסרבניות המצפון שלא מטעמים דתיים, כי חופש המצפון שלהם בטל בשישים לעומת חופש המצפון של הנשים הדתיות, וכי המדינה רואה בהם כ"חשודים המידיים" הדורשים טיפול מיוחד. לכן, ההפליה בענייננו, פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם, יש בה מן ההשפלה והביזוי, והיא מהווה פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם הנבחנת על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ההליך שקבע המשיב מס' 1 למתן פטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים פוגע שלא כדין בזכות לשוויון וכבוד האדם של המבקשים והמבקשות

50. הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון הוקמה בשנת 1995, כלומר, לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

51. אף שאין מדובר בוועדה סטטוטורית, ויש לה רק תפקיד מיעץ, סרבני וסרבניות המצפון מטעמים לא דתיים מחויבים באופן גורף להתייצב בפניה.

52. סעיף 36 לחוק שרות ביטחון, מנוסח באופן כללי בלבד ואינו קובע את הפרוצדורה למתן המשיב מס' 1 פטור מכוחו: "שר הבטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים".

53. הנה כי כן, להבדיל מהפרוצדורה לקבלת פטור המפורטת בסעיפים 39(ג) ו-40 לחוק שירות הביטחון ובתקנות הרלוונטיות, חובת ההתייצבות הגורפת של מבקשי ומבקשות פטור בשל חופש המצפון מטעמים לא דתיים בפני "הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון", אינה מפורטת במפורש בהוראת סעיף 36 לחוק שירות ביטחון או בתקנות כלשהן.

54. העותרים יטענו כי הפגיעה המתוארת בזכויות האדם לא נעשתה בחוק או לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו. לנוכח הפגיעה החריפה בזכויות החוקתיות לשוויון ולכבוד האדם, אין די בהסמכה הכללית שקיבל המשיב מס' 1 לתת פטור, אשר קבועה בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון, וככל שרצה בכך, היה עליו להסדיר בחקיקה מפורשת את חובת ההתייצבות הגורפת בפני "הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון".

55. ככל שייקבע כי די בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון, כדי להסמיק את המשיב מס' 1 לחייב באופן גורף התייצבות בפני "הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון", הרי שהדבר לא נועד לתכלית ראויה – אין מחלוקת כי ההפליה בין הקבוצות נוצרה בשל הסכמים קואליציוניים עם המפלגות הדתיות. כאמור, בוודאי שהכוח הקואליציוני של המפלגות הדתיות לעומת הכוח הפוליטי המצומצם ביותר בכנסת של סרבני וסרבניות המצפון שלא מטעמים דתיים, אינו יכול להצדיק הפליה בין הקבוצות. אין תכלית הגיונית ולגיטימית

כלשהי לפערים הקיצוניים בין ההליך המקל לקבלת פטור בשל חופש המצפון מטעמים דתיים של נשים, לבין ההליך לקבלת פטור בשל חופש המצפון מטעמים שאינם דתיים.

56. ככל שייקבע כי די בסעיף 36 לחוק שרות ביטחון כדי להסמיך את המשיב מס' 1, וכי ההליך המחמיר נעשה לתכלית ראויה, העותרים יטענו שהוא אינו עומד במבחני המידתיות: בהנחה שהמשיב מס' 1 אינו מעוניין ליתן פטור לא מוצדק משרות לאזרח או אזרחית כלשהם, ובפרט לא למבקשות פטור מטעמי "הכרה דתית", הרי שהנימוקים להסדר המקל והפשוט שנקבע לגבי פטור מטעמי "הכרה דתית" תקפים גם לגבי המבקשים והמבקשות פטור שלא מטעמים דתיים. מכאן שלא קיים קשר רציונלי בין חובת ההתייצבות הגורפת בפני "הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון" של המבקשים והמבקשות פטור מטעמים לא דתיים, לבין הגשמת המטרה (בהנחה כי המטרה היא מניעת מתן פטור לא מוצדק); ברור כי ההסדר המקל שנקבע לגבי פטור מטעמי "הכרה דתית" אשר מסתפק בהגשת תצהיר לאקוני בלבד, הוא גם האמצעי שפגיעתו פחותה בחופש המצפון של המבקשים והמבקשות מטעמים לא דתיים; והתועלת בהליך המחמיר לקבלת פטור לגבי סרבני וסרבניות המצפון מטעמים לא דתיים, קטנה לאין שיעור מהפגיעה בזכויות לשוויון וכבוד האדם, והתחושות הקשות שנגרמות להם ולבני משפחותיהם – המשיב מס' 1 דאז הודה בכך בעצמו, בעצם תיקון 13 לחוק שירות ביטחון.

חוסר סבירות קיצוני

57. על המשיב מס' 1 לפעול במסגרת מתחם הסבירות. חוסר הסבירות מתבטא באי שקילת כל השיקולים הרלוונטיים ו/או מתן משקל מוטעה לשיקולים השונים (ראו בג"צ 935/89 גנור נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 514; ובג"צ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים, לז (3) 29); על-פי הפסיקה, השאלה אינה מה היה מחליט ביהמ"ש בנסיבות דומות, אלא אם החלטת המינהל עומדת בפני הביקורת, בהיותה החלטה שרשות מינהלית סבירה יכולה הייתה לקבל. אם ההחלטה עומדת במבחן הסבירות – במובן זה שהיא מהווה אחת ההחלטות הסבירות שניתן היה לקבל באותן נסיבות – לא יתערב בכך ביהמ"ש (ראה בג"צ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 11.7.96)).

58. על-פני הדברים, נראה כי התנהלות המשיב מס' 1 אינה נובעת משיקולים ענייניים, אלא מתוך שיקולים קואליציוניים ופוליטיים שבוודאי אינם יכולים להצדיק את ההפליה הקשה שמתוארת בעתירה זו.

59. לאור כל האמור לעיל, ביהמ"ש הנכבד מתבקש להורות למשיבים כמבוקש בעתירה זו, ולחייבם בהוצאות המשפט של העותרים.

איתי מק, עו"ד

ב"כ העותרים

והעותר מס' 96