

העותר:

דרור בוימל

ע"י ב"כ עו"ד אבנר פינצ'וק ו/או שרון אברהם-ויס ו/או
דן יקיר ו/או רחל בנימין ו/או הדס תגרי ו/או
עאוני בנא ו/או מיכל פינצ'וק ו/או נטע עמר ו/או
לילה מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או
נעה שטיין ו/או סוניה בולוס

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154

טל' 5608185 - 03 ; פקס : 5608165 - 03

נגד

המשיבים:

1. שר הביטחון

רח' קפלן, הקריה, תל-אביב 61909

2. ראש המטה הכללי

רח' קפלן, הקריה, תל-אביב 61909

3. הפרקליט הצבאי הראשי

רח' דוד אלעזר 6, הקריה, תל-אביב

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי המופנה למשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יפטרו את העותר מחובת השירות הצבאי, ולחלופין, מדוע לא ימנעו מלהעמיד את העותר לדין בשל סירובו המצפוני להתגייס לצבא.

בקשה לצו ביניים ולחלופין לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים להימנע מלדרוש מהעותר להתייצב בבסיס צבאי ולהימנע מהעמדתו לדין בשל סירובו לשרת בצבא עד לגמר הדין בעתירה.

צו מצפוני של העותר אוסר עליו לשרת בצה"ל. המשיבים סרבו לבקשתו של המבקש להמיר את שירותו הצבאי בשירות אזרחי שלא במסגרת הצבא והורו על ענישתו החוזרת והנשנית עד שתשבר רוחו ותקרה דבקתו באמונתו. ביום 19.2.2003 סיים העותר לרצות תקופת מאסר שישית לאחר תקופת כליאה מצטברת של 168 ימים. עם שחרורו מהכלא נדרש העותר להתייצב ביום 20.2.2003 בשעה 11:00 בבקו"מ. כיוון שתלאות המאסר עדיין לא העבירוהו על אמונתו הפציפיסטית, עלול העותר להישלח לתקופת מאסר נוספת.

כפי שיוסבר בפירוט להלן, ההחלטה להעמיד את העותר לדין שוב ושוב, ולהענישו בעונש מאסר ארוך ומתמשך בגין סירובו המצפוני, נגועה בפגמים וליקויים חוקתיים ומינהלתיים, המחייבים את ביטולה. בראש וראשונה עולה מהתנהגות המשיבים כוונה ברורה להחמיר במיוחד עם העותר אך ורק בשל טעמי המצפון שבבסיס סירובו. בכך פוגעים המשיבים פגיעה אנושה לא רק בעותר, בחופש המצפון שלו ובכבודו, אלא בערכי יסוד חוקתיים ובראשם - חירות האדם, זכותו לכבוד, חופש המצפון, חירות האמונה והביטוי והזכות לשוויון.

לאור זאת, יהיה זה מן הדין ומן הצדק למנוע את התמשכות הפגיעה בעותר ובערכי היסוד.

לחלופין ומאותם טעמים, מתבקש בית המשפט לקיים דיון דחוף בעתירה ולקצר בכך ככל האפשר את הפגיעה בזכויות היסוד של העותר ואת השלכותיה הקשות של פגיעה זו על חירותו.

מבוא

עניינה של עתירה זו הוא בכליאתו החוזרת והמתמשכת של העותר - פציפיסט, המסרב ליטול חלק בכל פעילות של ארגון צבאי לרבות צה"ל. מנגד הביע העותר את נכונותו ואת רצונו להרים תרומה לחברה, מחוץ לצבא, היינו בשירות אזרחי שלא ינגוד את צו מצפוניו.

המשיבים פוטרם מדי שנה בשנה רבבות "יוצאי צבא", החייבים בשירות על פי חוק שירות ביטחון. טעמיהם של כל אותם סרבנים הזוכים לפטור שונים ומשונים: חלקם תולים את מניעיהם בטעמי אמונה ומצפון דתיים. רבים אחרים מסרבים לשרת בשל

רצונם להקדיש את מרצם וזמנם למען רווחתם וקידומם האישיים או בשל סירובם להכפיף עצמם למסגרת ההיררכית הנוקשה של הצבא. גם הדרכים שבהם נפטרים הסרבנים האחרים מחובת השירות הצבאי שונות ומגוונות. סרבנים רבים נהנים מפטורים מוסדיים המעוגנים בחקיקה, בתקנות ובנהלים פנימיים של המשיבים. אחרים מוצאים מפלט באפיקי "סרבנות אפורה" המוכרים למשיבים - במיוחד על דרך של הצגה, לעיתים - כנה יותר ובדרך כלל - כנה פחות, של בעיות נפשיות. סרבנים אחרים זוכים לפטור לאחר שהם עומדים בפני ועדת "אי התאמה" שהנהיגו המשיבים. בתי הכלא הצבאיים מלאים בסרבנים שונים ומשונים, שלאחר תקופת כליאה קצרה יחסית, משיגים את הפטור המיוחל.

והנה, דווקא במקרה של העותר, שטעמי מצפון כנים מונעים ממנו לשרת בצבא, מקשיחים המשיבים את ליבם. תחילה דחו המשיבים את בקשת העותר לפטור, ועתה הם מעמידים אותו לדין ומענישים אותו פעם אחר פעם עד שיתרצה וימרה את צו מצפונם. היחס המיוחד שלו "זוכה" העותר מקורו בכך שהוא "מתעקש" לבסס את סירובו על אמונתו ועל צו מצפונם.

מדיניות האכיפה החריגה, שבה נוקטים המשיבים בנושא סרבנות המצפון, כפי שהיא מתבטאת בעניינו של העותר, מלמדת על קיומה של גישה מפלה ומתנכלת שמטרתה לפגוע באמונתם של סרבני המצפון ולרמוס את כבודם. מדיניות זו מנוגדת לחובה המוטלת על רשויות המדינה לכבד את חירות האמונה והמצפון, והיא מפלה ובלתי סבירה באורח קיצוני. מכאן העתירה.

הרקע העובדתי

העותר וצו מצפונם

1. העותר, יליד 25.11.1983, גדל והתחנך בישוב יובלים שבגליל.
2. במהלך המלחמה הממושכת בלבנון נחשף העותר לדילמות הקשות שהתעוררו בביתו על רקע שירותו של אחיו הבוגר בלבנון.
3. ההכרה כי לא יוכל לשרת בצבא, אשר, לשיטתו, הוא מנגנון מאורגן של אלימות שמטרתו מלחמה, התגבשה אצל העותר באופן הדרגתי בשנות בגרותו. העותר מאמין בלב שלם שהצבא הוא גוף מיותר, שאחראי למלחמות ולהרג. לאמונתו, מלחמות הן בלתי מוצדקות וניתנות למניעה. מבחינתו של העותר, כפייתו לשרת בארגון צבאי שקול לכפיית אדם דתי לאכול מזון לא כשר. משכך מסרב העותר לשרת בצה"ל, והוא מבקש בחפץ לב לתרום לחברה על ידי שירות אזרחי.

4. החלטתו של העותר להעמיד עצמו כנגד המערכת הצבאית מתוך השקפת עולם פציפיסטית אינה ארעית או חולפת - זוהי החלטה שנתגבשה במשך מספר שנים. החלטה זו גררה עמה ניתוק חברתי מסביבתו הקרובה, ואף עוינות מצד חבריו לכיתה. עם זאת, העותר שלם עם הדרך בה בחר.

5. העותר מוצא דרך לבטא את אמונותיו באופן מעשי על ידי חברות ופעילות במספר ארגונים. העותר חבר ופעיל מזה כמה שנים בתנועת "יש גבול" ובתנועת "פרופיל חדש", התומכות בסרבני מצפון.

6. העותר, תלמיד מצטיין, קיבל לקראת מועד גיוסו לצה"ל זימון להבחן לשירות בפרוייקט חמ"ן "תלפיות" - פרויקט דגל של צה"ל, שלבוגריו מובטחת השכלה גבוהה, וקריירה צבאית יוקרתית. אלא שאמונתו הפציפיסטית האיתנה מנעה ממנו לבחור באפשרות קוסמת זו.

7. ביום 30.7.2001 פנה העותר אל שר הביטחון דאז, ח"כ בנימין בן אליעזר, בבקשה שיפטור אותו מן השירות הצבאי על יסוד אמונתו הפציפיסטית. "שירות צבאי נוגד את מצפוני... אני מנוע מצפונית לפעול לפי חוקי המדינה, גם אם היא דמוקרטית, אם הם מנוגדים לערכיי, אותם משקפת נאמנה ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם... מחובתי המצפונית לסרב להתגייס לצבא באשר הוא צבא מכיוון שצבא תכליתו להשתמש באלימות במטרה לתת לאדם אחד ביטחון על ידי קיפוח זכויותיו של אדם אחר 'לחיים, לחירות, ולביטחון אישי' המפורטות בסעיף ג' בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם לעיל. אני לא יכול לחיות במצפון שקט נפשי כאשר בטחוני מובטח על ידי שלילת בטחונו של אחר, מה גם, שאלימות תמיד תגרור אלימות וקיפוח זכויות תמיד יגרור התנגדות". העותר חתם את מכתבו במילים אלה: "ברצוני להבהיר כי בעוד איני יכול ואינני מוכן להתגייס לצבא... אני בהחלט מוכן לעשות כל שירות למען האנושות, היינו שירות אזרחי שלא ינגוד את מצפוני".

העתק מכתבו של העותר מצ"ב ומסומן ע/1.

8. העותר זומן להתייצב בפני ועדת מצפון בצה"ל ביום 17.7.02. לקראת הדיון בוועדה נפגש העותר, לבקשתו, עם מספר אנשי אקדמיה, אשר שוחחו עמו באריכות על עמדותיו והשקפת עולמו. את חוות דעתם העביר העותר לוועדת המצפון:

א. ד"ר מיכאל גרוס מן החוג למדעי המדינה בפקולטה למדעי החברה באוניברסיטת חיפה, קובע כי העותר אינו מן הסרבנים שאינם מתנגדים לשירות צבאי באופן כללי, אלא כצעד פוליטי לשכנע אחרים ולגרום לשינוי מדיניות. העותר משתייך לקבוצת "סרבנים מסוג אחר, אלו אשר מתנגדים לשירות צבאי בכלל, מתנגדים לשאת נשק ולהרוג אחרים מטעמי מצפון אישיים עמוקים ביותר... במקרה כזה, המדינה ונציגיה אינם יכולים לנסות 'לשכנע' את הסרבן, היות ואין בסיס משותף לדיון. במקרה כזה המדינה יכולה רק לגלות סבלנות, מתוך הנחה שמספר קטן, באופן יחסי, של אנשים אלו, לא יכול לפגוע במדינה ואף מעניק לה הזדמנות לכבד דעות לא קונבנציונליות ולגלות נדיבות לב".

ב. ד"ר נעמה כרמי, מומחית לפילוסופיה של המוסר, קובעת כי עמדתו של העותר, על פי ההבחנות הפילוסופיות המקובלות, היא "סרבנות מצפון כוללת וישירה: סירוב לקחת חלק בכל פעולה

צבאית שהיא, וסירוב לציית לאותו צו או חוק הפוגע במצפון ישירות". ד"ר כרמי מסכמת את חוות דעתה: "אני סבורה שיש לכבד את זכותו לחופש המצפון ולגלות את הסובלנות הדרושה למימוש זכות זו, על ידי שחרורו המלא משירות צבאי".

ג. פרופ' רות לין מן הפקולטה לחינוך באוניברסיטת חיפה, מציינת: "אני חייבת לדווח כי התרשמתי מנחישותו של דרור שלא ליטול חלק בפעילויות מלחמתיות וכן בשירות צבאי כולל... הוא אינו שולל את האפשרות ליטול חלק בשירות המדינה שאינו צבאי. החלטתו להעמיד עצמו כנגד המערכת מתוך מבט פציפיסטי - אינה רגעית או חולפת...".

העתיקי חוות הדעת המלאות מצ"ב ומסומנים 2/ע, 3/ע ו-4/ע.

9. אל הוועדה הועברה גם חוות דעתו של ד"ר אורי דיוויס, מן המכון ללימודי המזרח התיכון והאיסלאם באוניברסיטת דורהם בבריטניה. ד"ר דיוויס הכיר את העותר בישראל, שעה ששימש כחונכו לצורך כתיבת עבודת גמר במסגרת בחינות הבגרות. ד"ר דיוויס מעיד כי העותר לא מיהר לגבש את עמדותיו ואמונותיו ועשה זאת לאחר שקילה ומחשבה מרובים. העותר, כך לפי ד"ר דיוויס, הוא בחור צעיר מחונך, אינטליגנט, פתוח וביקורתי. הוא אינו שש ללכת לכלא אך אינו יכול להתפשר על מצפונו גם במחיר הכליאה.

העתק מכתבו של ד"ר דיוויס מצ"ב ומסומן 5/ע.

10. ביום 17.7.02 התייצב העותר בפני ועדת מצפון במשרדי אגף כח אדם בצה"ל, בקריה בתל-אביב. העותר נשאל מדוע הוא חושב שלא צריך לגייסו, ולכך השיב, שהצבא הוא גוף מיותר, שאחראי למלחמות ולהרג, והוא אינו מוכן לקחת חלק בכך. העותר נשאל מספר פעמים מה יעשה אם יאלץ להגן על עצמו ועל בני משפחתו והשיב שהוא אינו מתנגד להגנה עצמית, אך אין הדבר דומה לאלימות מאורגנת שמוצאת את ביטויה בצבא. הוא נשאל מה יקרה אם לא תתקבל בקשתו, והשיב שישב בכלא, ויעשה כל מה שיצטרך. האם זהו הפתרון בעיניך, נשאל על ידי הוועדה. זהו הפתרון בעיניכם, השיב. העותר הבהיר כי יש לו תוכניות חלופיות לשירות אזרחי במקום שירות בצבא. בפני הוועדה העידו גם אמו של העותר, גב' עתליה בוימל, וד"ר אורי דיוויס. גב' בוימל סיפרה על הנסיבות המשפחתיות שהובילו, בין היתר, לגיבוש עמדותיו של העותר. היא הוסיפה וסיפרה על המחיר החברתי הקשה ששילם העותר בגין דעותיו. ד"ר דיוויס העיד על אופיו הנבון והשקול של העותר ועל אמונתו המלאה בצדקת דרכו. פרוטוקול השאלות והתשובות הוקלד על ידי קלדנית מטעם הוועדה והוא נמסר לעותר, בנוסח גולמי וללא הגהות, עם סיום הדיון.

העתיקי שני עמודי הפרוטוקול שנמסרו לעותר מצ"ב ומסומנים 6/ע.

11. הוועדה החליטה לדחות את בקשתו של העותר לפטור מטעמי מצפון (ההודעה על דבר דחיית הבקשה הועברה לבא כוחו דאז של העותר אך אינו מצוי בידי העותר).

12. ביום 12.8.02 התייצב העותר בלשכת הגיוס. הוא סרב ללבוש מדים ולשרת בצבא ונידון למאסר. מאז שוחרר ונכלא עוד חמש פעמים בגין סירובו לשרת. עד כה נשפט שש פעמים ונידון במצטבר ל-

168 ימי מחבוש, אותם הוא מרצה בבתי הכלא הצבאיים, כלא 4 וכלא 6, ובמעצר פיקודי במחנה ג'למה.

13. ביום 4.11.02, לאחר שנידון לתקופת מאסרו השניה, בשל סירובו מטעמי מצפון להתגייס לצה"ל, פנתה חברת הכנסת פרופ' נעמי חזן לשר הביטחון, שאול מופז, במכתב, בו עמדה בהרחבה על עמדותיו ואמונותיו של העותר, וביקשה מן השר לשקול מחדש ההחלטה לא לפטור את העותר משירות, ובכך למנוע ממנו עוגמת נפש מיותרת ומצה"ל עיסוק מיותר ומזיק באדם שאינו יכול לשרת בצה"ל. ח"כ חזן ציינה את אורח חייו הטבעוני של העותר והסבל הרב שנגרם לו, משום שרשויות הכלא אינן מסוגלות לספק לו את מזונו.

העתק מכתבה של ח"כ חזן מצ"ב ומסומן ע/7.

14. ביום 3.12.02 השיבה גב' רות בר, עוזרת שר הבטחון, למכתבה של ח"כ חזן. גב' בר מצטטת את תשובת צה"ל בעניינו של העותר: "הוועדה שדנה בבקשתו החליטה לדחות את בקשתו וכי צו הגיוס בתוקף... הוועדה לא השתכנעה כי טעמים שבמצפון מונעים ממנו לשרת שירות ביטחון. המלש"ב [מועמד לשירות ביטחון, א' פ'] הביע הסתייגותו משימוש באלימות מאורגנת, להבדיל משימוש לשם הגנה עצמית. המלש"ב ציין מפורשות כי אילו היה הוא, משפחתו ואף חבריו מותקפים, היה נוקט בצעדים אקטיביים ואף באלימות לשם הגנה על חייהם. מדבריו השתמע כי התנגדותו היא לשירות בכפייה".

העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/8

15. מכתבה של גב' בר הועבר לח"כ תמר גוז'נסקי. ח"כ גוז'נסקי כתבה לגב' בר ביום 6.1.03: "דרור כלוא בסך כולל כארבעה חודשים והוא עוד ישוב לכלא בשל אמונתו ונחישותו על הטעמים הפציפיסטיים לסירובו לשרת בצה"ל. בטוחני שאין הצבא מעוניין באסיר עולם מסוג זה ובטוחני שאמונתו לא תשבור אותו רוחנית. לכן הסכנה היא שמצבו הפיזי ידרדר וילך".

העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/9

16. ביום 27.1.03 השיבה גב' בר לח"כ גוז'נסקי, כי הוועדה הדנה בבקשות מטעמי מצפון מקבלת את החלטותיה על סמך התרשמותם האישית של חברי הוועדה מן המיועד לשירות ביטחון (או החייל) המופיע בפניה, תוך איזון בין כלל השיקולים הנוגעים לעניין, ובהם טענותיו של המבקש, צרכי כוח האדם של צה"ל ויוצא באלה שיקולים רלוונטיים.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/10

17. ביום 9.2.2003 פנתה האגודה לזכויות האזרח בישראל אל המשיב 1 בדרישה לחדול מן הענישה החריגה של העותר ולפטור אותו מחובת השירות הצבאי.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/11

18. ביום 19.2.03 סיים העותר את תקופת מאסרו השישית. עם שחרורו מהכלא נדרש העותר להתייצב ביום 20.2.2003 בשעה 11:00 בבקו"מ. כיוון שתלאות המאסר עדיין לא העבירוהו על אמונתו הפציפיסטית, עלול העותר להישלח לתקופת מאסר נוספת. כעת הוא צפוי לעמוד שוב לדין בגין סירובו מטעמי מצפון לשרת בצה"ל, ולהישלח בפעם השביעית לתקופת מאסר.

פטורים מצה"ל - המצב החוקי והמצב בפועל

19. להלכה ולמעשה, פוטר צה"ל מדי שנה בשנה אלפים רבים של מועמדים לשירות בטחון בטעמים מטעמים שונים. ההסדרים השונים מאפשרים שחרורן מצה"ל של נשים מטעמי מצפון, מתן פטור לתלמידי ישיבות שתורתם אמונתם, שחרור עולים חדשים זה מקרוב באו, מתן פטור למי שיש חשש כי לא יסתגל לשירות בצה"ל, הימנעות מגיוס של מי שמטעמים נפשיים אינו כשיר לשירות ושחרור באמצעות ועדות "אי התאמה". לצורך מתן הפטורים מכונסים גורמי מקצוע ויעוץ שונים, המחליטים מכוחם של קריטריונים קבועים ומוסדרים. ועם זאת, מבחינה של נתוני השחרור והפטור בשנים האחרונות נמצאנו למדים כי המשיבים פוטרים משירות רבים מאוד, ואינם עושים כל מאמץ לאכוף את הוראות חוק שירות הביטחון על המשתמטים ומי שמסרו נתונים כוזבים. נציגי המשיבים אף הצהירו לא אחת, כי הם אינם חפצים לכפות שירות ביטחון על תלמידי ישיבות סרבנים, ולהילחם בהם באמצעות עונשי מאסר. רק בתחום אחד - פטור לגברים מטעמי מצפון - מסרב המשיב לקבוע קריטריונים לשחרור, ומותיר בידי מפקדיו לקבוע על פי ערכיהם ושיקול דעתם מי יהא זכאי לפטור מטעמי מצפון. בהעדר קריטריונים והכשרה ראויה מקמצים המפקדים במתן פטור (כ- 90 אחוזים מן המבקשים נענים בשלילה), והמשיבים מקפידים לנהל מלחמת חורמה, באמצעות עונשי מאסר חוזרים ונשנים, במי שממשיך וממאן לשרת מטעמי מצפון.

הסדרים המאפשרים פטור משירות ביטחון

20. **פטור לנשים** - סעיף 39(ג) לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: "החוק" או "חוק שירות ביטחון") קובע פטור גורף לנשים בלבד: **"יוצא צבא, אשה, שהוכיחה באופן שנקבע בתקנות לרשות שנקבעה על פיהן, כי טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי מונעים אותה מלשרת בשירות ביטחון פטורה מחובת אותו שירות"**. פטור נוסף לנשים קבוע בסעיף 40 לחוק. בהתאם לסעיף זה מיועדת לשירות ביטחון שהצהירה בפני שופט או דיין כי טעמים שבהכרה דתית מונעים ממנה מלשרת בשירות ביטחון; היא שומרת על כשרות והיא אינה נוסעת בשבת - תהיה פטורה לאחר שמסרה את התצהיר.

21. **פטור לגברים** - סעיף 36 לחוק שירות הביטחון המקור החוקי היחיד לפטור לגברים: **"שר הביטחון רשאי בצו, אם ראה לנכון 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 שרות סדיר... (2) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות מילואים..."; (2) לפטור יוצא צבא מחובת שירות מילואים לתקופה מסויימת או לחלוטין;..."

22. **פטור למי שתורתו אומנותו** - מכח סעיף 36 לחוק הוקנה עד לאחרונה הפטור הגורף למי שתורתו אומנותו. בעקבות פסיקת בית משפט נכבד זה בבג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, מונתה ועדת טל ובעקבות המלצותיה הוסדר בחוק הפטור משירות למי שתורתו אומנותו. אגב כך נדחו כל הצעות לסייג את הפטור, לחייב את מקבליו לבצע שירות צבאי או לאומי כלשהו - **חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002**. על פי החוק הפטור ניתן לכל מי שמבקש ללמוד תורה ללא מכסה וסייגים. הפטור של בחורי הישיבה ניתן בעצם על בסיס מוסדי - אישור רבנים ראשי תת-הקהילה החרדית שאליה משתייך הסרבן, ולא על בסיס בחינה וחקירה של אמונתו.

23. **פטור מסיבות בריאות** - סעיף 5(ג)1 לחוק שירות ביטחון מאפשר לצבא לתת פטור מסיבות בריאותיות. על פי החוק, מלש"ב חייב להתייצב בפני ועדה רפואית, לשם בדיקת כושרו הרפואי. ועדה זו יכולה לקבוע כי המלש"ב הינו בלתי כשיר לשירות או אינו כשיר ארעית, בשל סיבות בריאותיות.

24. **פטור בשל אי התאמה** - פטור משירות ניתן גם בשל אי התאמה. נהלי ועדות ההתאמה לשירות חוגרים בשירות חובה קבועים בהוראות קבע אכ"א, ק-07-01-30, שפורסמו באוקטובר 1998. סעיף 19(א)1 להוראות קובע כי חייל יובא בפני הוועדה אם נתקיים בו אחד מאלה: ... (ב) החייל צבר תשעים ימי תב"ן (תקופה בלתי נמנית - בדרך כלל, תקופה בה נעדר החייל מן השירות שלא ברשות או תקופה בא ריצה עונש מאסר או מעצר - ש' א' ו') שלילי לפחות.

העתק ההוראות מצ"ב ומסומן ע/12

25. **פטור לעולים חדשים** - עולים חדשים נהנים אף הם מפטור בנסיבות מסוימות. ההסדר פורט בישיבתה של הוועדה המיוחדת בכנסת להצעת חוק שירות הביטחון. על פי הסדר זה אורך השירות של העולה החדש מורכב משלושה פרמטרים: גיל ההגעה לארץ; המצב המשפחתי שלו; הפרופיל הרפואי שלו. כך למשל, מי שעלה בין גיל 18 ל-19 והוא רווק, משרת 30 חודשי שירות. אם הוא נשוי - 18 חודש, ואם הוא נשוי עם ילדים - שירות מקוצר המכונה "שירות שלב ב'". לגבי מי שעלה בגיל 20 ו-21 - אורך השירות מקוצר לשנתיים, אם הוא לא נשוי, אם הוא נשוי - רק שנה, ואם הוא נשוי עם ילדים הוא משרת שלב ב'. מי שעלה בגיל 22-23 - משרת רק חצי שנה אם הוא רווק, ואם הוא נשוי - שלושה חודשים. בגיל 24 ו-25, רק בעלי פרופיל גבוה נקראים לשירות בן שלושה חודשים, אם הם רווקים, לחודשיים אם הם נשואים, וכל השאר לא נקראים לשירות.

ר' פרוטוקולים של הוועדה המיוחדת להצעת חוק שירות הביטחון:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/tal/2000-07-26.html>

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/tal/2000-08-07.html>

ולהבדיל - פטור מטעמי מצפון

ועדה לסרבנות מצפון, המיועדת לגברים, הוקמה בצה"ל בשנת 1995. ועדת הפטור לגברים מטעמי מצפון הינה ועדה צבאית פנימית, שאינה סטטוטורית, אשר מטרתה לבחון האם בקשת הפטור מטעמי מצפון היא כנה ואינה משמשת מסווה להתחמקות משירות צבאי. שלא כמו במקרה של נשים, מעמדה של הוועדה, הרכבה ונהלי עבודתה אינם מעוגנים בתקנות. אין הנחייה פורמלית המגבילה את מועד הגשת הבקשה. בקשתו של מלש"ב לפטור מטעמי מצפון, אינה מטופלת אלא לאחר שהמלש"ב עובר בדיקות רפואיות ומבחנים אחרים הבודקים את התאמתו לשירות צבאי. חברי הוועדה באים מתוך מערך הביטחון (למעט פסיכולוג אזורי). מפקד הבקו"ם היא יו"ר הוועדה ובין היתר חברים בה פסיכולוג ונציג הפצ"ר. בשונה מהנהלה הקבוע בדין לגבי ועדת מצפון של נשים, אין במקרה של פונים גברים זכות ערעור על החלטת הוועדה.

מדיניות מתן הפטורים והאכיפה בצה"ל

26. כפי שמציין ישראל זיידמן בספרו: "...בינתיים מגיעה הרוויה במספר המגוייסיים לכך שהתופעה מעיקה על צה"ל. העדר מדיניות ברורה מביאה לגיוס יתר ולאבטלה סמויה בין חיילי החובה, או לחליפין ליד קלה של ממיינים במתן פטורים מגיוס, ובעצם למדיניות בלתי רשמית של גיוס סלקטיווי" ישראל זיידמן הזכות לשרת בצה"ל (פרלשטיין גינוסר, ת"א, 1996) 57.

27. בדומה לזה, בענין מנסוביץ (בג"צ 2171/93 מנסוביץ נ' שר הביטחון, פ"ד מז(3) 862, 864) הודיעו המשיבים לבית המשפט, כי: "צה"ל הגיע למסקנה, כי משלב מסויים ואילך הגידול בכוח אדם פוגע ביעילותו, מעודד אבטלה סמויה, וגורם לבטלה מזיקה. גם מבחינה כספית הביאו עודפי כוח אדם לבזבוז וכך ארע שעודף כוח האדם לא זו בלבד שלא תרם לצבא, אלא הביא לבזבוז וחוסר יעילות".

28. ב"תקציר השבוע שהיה הכנסת" המופיע באתר הכנסת נמצא דיווח על ישיבה שערכה ועדת החוץ והביטחון של הכנסת ביום 29.1.2002 (פרוטוקולים של ועדה זו אינם פומביים ולפיכך נאלץ העותר להסתפק בתקציר):

"לא צבא העם. ראש אכ"א האלוף גיל רגב, סקר את מערך שירות החובה בצה"ל. הוא מסר כי כ- 40% מהגברים בגיל הגיוס אינם מתגייסים או נושרים במהלך השירות. רובם ככולם גם לא משרתים במילואים. כ- 10% מחיילי הגיוס הם תלמידי ישיבות שמקבלים את הפטור בשל "תורתם אומנותם". כ- 10% אינם מתגייסים בשל סיבות נפשיות. יתר הפטורים נובעים מליקויי בריאות גופנית, אי התאמה, נתונים אישיים נמוכים, בעיות במשפחה או שהם בחו"ל עם הוריהם".

29. מטבע הדברים - מרבית הנתונים הרלוונטיים בענין גיוס לשירות סדיר והפטור ממנו, מצויים בידי המשיבים. כיוון שהמדובר במערכת הביטחון, לא מתפרסמים פרטים ונתונים רבים היכולים להאיר סוגייה זו. חרף זאת, עלה בידי העותר ללקט נתונים, המלמדים על מדיניות הגיוס והשחרור שנוקטים המשיבים הלכה למעשה.

פטור לנשים

30. העיגון החקיקתי של זכות הסירוב המצפוני לנשים כולל הפנייה להסדרים משניים. על הטוענת לפטור להוכיח כי טעמים שבמצפון מונעים ממנה לשרת "בדרך שנקבעה בתקנות לרשות שנקבעה על פיהן". בהתאם לזאת התקין שר הביטחון את **תקנות שירות ביטחון (פטור נשים משירות בטחון מטעמים שבמצפון או שבהווי משפחתי דתי)**, התשל"ח-1978. על פי התקנות כוננו "ועדת פטור", ו"ועדת ערר" שאנשיהם ממונים על ידי שר הביטחון. ועדה זו אינה מאויישת באנשי צבא בלבד. בין היתר חבר בוועדה גם רב, לאור העובדה שהוועדה אינה דנה רק בפטור "מטעמי מצפון" אלא גם "מטעמים שבהווי משפחתי דתי". על פי עמדת מערכת הביטחון, כיוון שהפטור לנשים הוא "אוטומטי" (בכפוף להוכחת כנות הטענות) הרי שתקנות הפטור משירות לנשים עוסקות רק בפרוצדורות להוכחת כנות טענותיה של מבקשת הפטור.

מכתב עו"ד ענר הלמן, סגן לפרקליטת המדינה, אל עו"ד יוסי וולפסון, מיום 23.5.2001. מצ"ב ומסומן ע/13.

31. הוועדה רשאית לזמן לעדות את המצהירות. כאשר הוועדה נוטה לדחות את הבקשה היא מחוייבת לזמן את הפונה ולערוך שימוע. דיוני הוועדה ודברי העדים והפונה מתועדים בפרוטוקול. אם החליטה הוועדה לדחות את הבקשה - זכאית הפונה להגיש ערר בפני ועדת ערר.

32. לפי נתוני מינהל הגיוס, שיעורן של הנשים שקיבלו פטור משירות ביטחון בשנת 2001 היה 37.8% (בשנת 1996 היה שיעור זה 35.9%, ובשנת 1998 - 36.8%). הסיבות העיקריות למתן הפטור היו: 27.4% - מטעמים של הכרה דתית; 4.2% - בשל נתוני איכות נמוכים (סף גיוס); 3% בשל שהייה בחו"ל; 2% - מסיבות רפואיות; 1.1% - נשואות. **מספרן של הנשים שאינן מגויסות לצה"ל מטעמים של הכרה דתית נמצא בעלייה מתמשכת זה מספר שנים**. להערכת מינהל הגיוס, יגיע שיעורן של הנשים שלא יתגייסו מסיבה זאת בשנת 2004 לכ- 31%.

33. לפי הוראות מינהל הגיוס, אם קיים חשש שמלש"בית, אשר מסרה תצהיר לפי סעיף 40 לחוק שירות ביטחון, אינה מקיימת את אחד התנאים או יותר שעליהם הצהירה, יש להעביר למינהל הגיוס את התיק האישי שלה וכן כל חומר רלוונטי נוסף. מינהל הגיוס רשאי להורות על פתיחה בחקירה. החקירה נערכת על ידי חברת חקירות אזרחית, ששכר משרד הביטחון. מינהל הגיוס הסביר, כי חקירה נפתחת בעניינה של מלש"בית אשר התנהגותה או סימן חיצוני כלשהו מעוררים לגביה חשד. בבדיקת מבקר המדינה בשנת 2002 נמצא כי המעקב של מינהל הגיוס אחר הטיפול של משטרת ישראל בתלונות שהגיש לה נגד מלש"ביות היה לקוי, ולא היה בידיו מידע על תוצאות טיפולה בתלונות. מינהל הגיוס הסביר, כי כיוון שהתקציב לחקירות מצומצם, הוא ביקש מלשכות הגיוס להעביר אליו את התיקים האישיים של מלש"ביות שלגביהן עלה חשד, בצורה מדגמית בלבד. משרד מבקר המדינה העיר, כי ראוי שיהיו בידי מינהל הגיוס נתונים על כל המקרים שבהם קיים חשד לתצהירים כוזבים, כדי שיהא בידיו להחליט מה הם המקרים הראויים לחקירה על ידי חברת החקירות האזרחית, ועל היקף החקירות שיבוצעו. לפי נתוני מינהל הגיוס, בשנים 1997-2001 הוא הגיש למשטרת ישראל 34 תלונות כנגד המלש"ביות, שהחקירה בעניינן העלתה, כי

הגישו הצהרה כוזבת. לפי המידע שהיה בידיו, לא הוגש כתב אישום ולו נגד אחת ממלש"ביות אלה. בביקורת של משרד מבקר המדינה התברר, כי מינהל הגיוס לא ניהל מעקב שוטף ושיטתי אחר הטיפול של משטרת ישראל בתלונות אלה (ר' דוח מבקר המדינה 53 א' לשנת 2002 (להלן: דוח מבקר המדינה 53 א') - עמ' 116 ואילך).

הנה כי כן עולה כי האכיפה בענין נשים המבקשות פטור הינה לקויה.

פטור לתלמידי ישיבות

34. מספרם של דחויי השירות עולה מידי שנה הן במספרים מוחלטים והן באחוזים משנתון הגיוס, עד שהגיע כיום להיקף של 9.2% ויותר משנתון הגיוס לשנת 1998. **בקבוצה המצטברת של דחויי השירות מכל השנים, מצויים כיום (ברוטו) כשלושים אלף איש** (בני שנתונים שונים ובני גילים שונים). מספרם, ברוטו, של דחויי השירות ש"תורתם אומנותם" בשנתון הגיוס לשנת 1998, עומד על סך של 3,500 איש. לאחר ניכוי העתידים להתגייס ונפסלי פרופיל, מדובר בסך כולל של 2,600 איש לערך, שהם 6.2% לערך משנתון הגיוס. על פי תחזיות צה"ל, אם ימשך הגידול במספר המצטרפים להסדר במתכונתו הנוכחית, עשוי מספר השהים בהסדר להגיע בתוך פרק זמן של כעשר עד חמש עשרה שנים להיקף העולה על 60,000 איש, ומספר המצטרפים יגיע להיקף של 15% מתוך שנתון הגיוס (ר' דו"ח ועדת טל: <http://www.knesset.gov.il/docs/heb/tal.htm>).

35. זאת ועוד. מדו"ח הוועדה עולה כי בהיבט הביטחוני, ברמת הצורך הצבאי הראשוני בתוספת כוח אדם בשירות סדיר למשימות להן אין כיום ביכולת הצבא להקצות כוח אדם, מצאה הוועדה כי **איוסם של תלמידי הישיבות לשירות צבאי סדיר איננו פוגע פגיעה משמעותית וישירה בצרכי הצבא.**

36. כאמור, פטור לתלמידי ישיבות נקבע לא מכבר לפי אותו סעיף בחוק שבו ניתן הפטור המצפוני. הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת ביקרה בעבר בחריפות את הפיקוח על הסדר פטור זה: "א) הוועדה רואה בחומרה את הליקויים שהתגלו בפיקוח של מינהל הגיוס על קיום ההסדר לדחיית גיוסם של תלמידי ישיבות; (ב) הוועדה התרשמה, כי אי-ההקפדה על ביצוע כל התנאים לדחיית הגיוס של תלמידי ישיבות והעדר אכיפה מספקת, **מבטאים יחס של סלחנות, המושפע מן העובדה, שצה"ל השלים עם אי-גיוסם של בני הישיבות, ולמעשה ויתר על שירותם**; (ג) הוועדה סבורה, כי לנוכח צורכי הביטחון הקיומיים של מדינת ישראל ולנוכח הנטל הכבד שבו נושאים אזרחי המדינה בתחום השירות הצבאי, אין הצדקה למצב שבו עשרות אלפי אזרחים יקבלו דחייה ממושכת, שמשמעותה המעשית, ברוב המקרים, הוא פטור משירות ביטחון".

ר': דוח מבקר המדינה מס' 48 לשנת 1997, עמ' 987 ואילך.

37. ראש אגף כוח אדם, בהופעתו בפני ועדת טל, שעסקה במתן פטור למי שתורתו אומנותו, הצהיר, שצה"ל אינו מעוניין באוכלוסיה שלמה שהשירות נכפה עליה. עם עמדה זו הסכימו, למעשה,

מרבית האישים שהופיעו בפני הוועדה. לא ניתן לכפות שירות על אוכלוסייה שלמה, המצהירה שהיא מוכנה למלא את בתי הסוהר ובלבד שלא יכפה עליה השירות.

38. מרבית האנשים שהופיעו בפני הוועדה הביעו את דעתם, כי כל פתרון שיש בו משום חיוב של בני ישיבות לשרת בצה"ל חייב להיות פרי של הידברות והסכמה. אין אפשרות מעשית, כך אמרו, לגייס ציבור שלם בכפיה. צה"ל הציג בפני הוועדה את נכונותו להקים מסגרות שירות ההולמות את צרכיהם המיוחדים של תלמידי הישיבות, כך שיתאפשר שירותם תוך שמירה על מצוות הדת ועל אורח חייהם היחודי, בבחינת, כפי שהתבטא ראש אגף כוח אדם בהופעתו בפני הוועדה, "תפירת חליפה לפי מידה" (ר': דו"ח ועדת טל).

39. חבר ועדת טל, עו"ד יהושע שופמן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ציין: "לטענה זו, שהיא טענה ברמה המעשית יותר משהיא טענה במישור הערכי, יש משקל רב. משקל זה הופך למכריע, כיוון שזו גם העמדה החד-משמעית של צה"ל. צה"ל מעוניין בגיוס בני הציבור החרדי, ומוכן לעשות מאמצים גדולים על מנת להקל על שירותם, הן מבחינת תנאי השירות והן מבחינת אורכו ומסלוליו, עד כדי תפירת "חליפה לפי מידה", כלשונו של ראש אכ"א. אך אין הוא מעוניין בשירות של ציבור זה, אם אין הוא תולדה של הידברות והסכמה. צה"ל לא יראה ברכה, כך הבנו, בשירותם של צעירי הציבור החרדי אשר יגיעו לשירות רק לאחר שימוש באמצעי כפיה ואכיפה". (ר': תוספת א' לדו"ח ועדת טל).

40. הנה כי כן עולה כי ככלל לצה"ל אין אינטרס לכפות שירות על מי שתורתו אומנותו או על נשים המצהירות על טעמי מצפון המונעות מהן לשרת. יתר על כן, המשיבים אינם מוצאים טעם בגיוס אוכלוסיות אלו בכפייה מחמת מוטיבציה נמוכה. לבסוף, המשיבים אינם נוקטים בפעולות של ממש גם מקום שבו עולה חשד מבוסס לפיו הושג הפטור במרמה.

פטור מטעמים רפואיים

41. מהנתונים המפורטים בדו"ח מבקר המדינה עולה, כי קיימת מגמה רצופה של מתן פטורים. כך למשל, בשנת 2001 מינה צה"ל, ועדה הכוללת נציג מחלקת בריאות הנפש, שתפקידה להגיש המלצות להרחבת היקף המתגייסים והמשרתים. הוועדה עוסקת בגיבוש דרכים לחיזוק ערך השירות בצבא לצורך הגברת המוטיבציה של הפרט ובשיפור איכות הטיפול בפרט. ר' דוח מבקר המדינה 53 א', עמ' 116 ואילך.

42. שיעור הפטור בקרב גברים עולה בהתמדה. בשנת 2001 לא התגייסו כ- 5%-4.5% מטעמי פרופיל רפואי נמוך, שכולל פרופיל נפשי, או פרופיל גופני, מה שקרוי פרופיל 21, או פרופיל 24. בשנת 2005 צפוי כי שיעור זה יעמוד על 6.2%.

ר': החוזה בין צה"ל לחברה הישראלית - שירות החובה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002) עמ' 61.

43. אצל הנשים נוקטים הרופאים בוועדות הרפואיות במדיניות מחמירה של מתן סעיפי ליקוי והורדת הפרופיל הרפואי אם אובחן או הוצהר דבר קיומו של ממצא רפואי המשפיע עליו, על פי הנחיות ספר הפרופילים, ללא כל בירור רפואי נוסף.
44. למבקר המדינה מסר צה"ל, כי "התחושה שחלק ניכר מהמקרים נובעים ממוטיבציה נמוכה לשרת בצה"ל ולא בגלל הפרעות נפשיות, אינו מלמד על קיום פתרון פשוט לכאורה של הפעלת מרות מצד הממסד כלפי המלש"ב".
- ר': דוח מבקר המדינה 53 א', עמ' 116 ואלך.
45. האלוף גיל רגב, ראש אגף כח אדם בצה"ל, מציין בדבריו, במליאת הפתיחה של יום העיון שנערך במכון הישראלי לדמוקרטיה ביום 25.12.01: "המצב הרפואי משקף בעצם סוג של נכונות - או אי נכונות לשירות. הפתיחות והרגישות שאנחנו מגלים היום כלפי בעיות בתחום הפרט, הקושי שלנו להתמודד עם זכויות הפרט, מביאים לכך שמי שלא רוצים לשרת, מצא לו אפיק מאוד נוח להימלט... **הצבא מניח שהבעיות 'הנפשיות' מבטאות למעשה אי נכונות ואי רצון יותר מאשר מצוקה נפשית**". (החוזה בין צה"ל לחברה הישראלית - שירות החובה, עמ' 62).
46. הנה כי כן עולה כי ראשי הצבא מודים כי יתכן כי פטור רפואי הינו אצטלה לחוסר מוטיבציה או לסיבות אחרות, ויחד עם זאת מוכנים להשלים עם התופעה ולאפשר מתן פטורים בענין זה.

פטור לעולים חדשים

47. מדו"ח ועדת טל עולה, כי העלות הכספית של השירות בצה"ל היא שיקול נכבד במדיניות משרד הביטחון, ומטעם זה אין צה"ל מגייס עולים חדשים מגיל 22 ומעלה (כאשר הנימוק הרשמי לכך, כמובן, הוא הרצון להקל על התערותם בארץ). בידי הוועדה לא היו נתונים מספריים מפורטים בדבר היקפם של העולים החדשים המשותררים משירות, "אך ברור כי מספרם מגיע לרבות רבות". ח"כ יצחק כהן, ציטט בישיבת הוועדה כי שרת הקליטה יולי תמיר שציינה שישנם אלפי עולים שמתחננים לצה"ל לגייס אותם ולא מגייסים אותם (ראו: דו"ח ועדת טל, בסמוך לאחר טקסט לה"ש 33; וכן: דברי סגן ראש אכא, תא"ל און רגוניס, מפרוטוקול ישיבת ועדת העליה והקליטה של הכנסת מיום 6.10.1999).

פטורים ואי אכיפה - בני מהגרים מישראל

48. גם לגבי מיועדים לשירות ביטחון, שעזבו את הארץ עם הוריהם בהיותם נערים, מקלים המשיבים. בישיבת ועדת העליה והקליטה של הכנסת מיום 6.10.2002 הסבירו סגן ראש אכא וראש מנהל הגיוס (לשעבר), כי המגמה היא להקל מאוד עם מלש"בים אלה. בין היתר הועלה הגיל הקובע לענין חובת השירות הצבאי - הגיל שבו עזב המלש"ב את הארץ - מ-15 ל-17. ראש מנהל הגיוס ציין: "אנחנו רואים מקרים של מדינות שלא מוותרות. אנחנו מוותרים. אנחנו מקלים הרבה יותר

ממדינות שיש להן פחות בעיות בטחון מאשר לנו יש". ואילו סגן ראש אכ"א תיאר את מדיניות האכיפה והענישה הליברלית שנוהג הצבא עם אוכלסייה זו: "בסופו של דבר, הכמות של אלה שעומדים בפני בית הדין ונכנסים לכלא, שואפת לאפס. מדובר במקרים בודדים. מרביתם יודעים את האמת ומכירים את המדיניות שלנו. אין שום בעיה בדבר הזה".

ענישה ושחרור של עריקים

49. לאלה שלא עלה בידם לנצל את שלל הפטורים המוצעים, הלכה ולמעשה, על ידי המשיבים, ועדיין אינם רוצים לשרת בצבא או בשירות אזרחי כלשהו, כפי שביקש העותר, עומדת הדרך של סרבנות גלויה. בדרך כלל בוחרים סרבנים שאינם סרבני מצפון שלא להתייצב לשירות. גם בענין זה, באין נתונים פומביים, נאלץ העותר להניח ראשית ראייה בלבד לענין מדיניות המשיבים. בהתאם לדברים שאמר סגן ראש אכ"א תא"ל רגוניס ובוועדת העליה והקליטה של הכנסת, למעלה מ-15% מחיילי השירות הסדיר נכלאים בכלא, רובם בשל עריקות מן הצבא. 41% מקרב החיילים העולים נכלאים במהלך חצי השנה הראשונה לשירותם. כשנשאל תא"ל רגוניס מה תקופת הכליאה בגין אי התייצבות לשירות ותקופת עריקות משמעותית ("משתמט מגיוס במשך תקופה"), השיב כי במקרים מעין אלה ייגזר עונש של ארבעה וחצי חודשי מאסר במקרה "שבית הדין החמיר". לא נמסרו נתונים לגבי שיעור העריקים המשתחררים באמצעות "ועדת אי התאמה" לאחר ריצוי העונש (או לפניו - כפי שקורה לא אחת). יחד עם זאת, כפי שראינו לעיל, על פי הוראות קבע אכ"א, ק-07-01-30, אחד המקרים שבו נוהג הצבא לשחרר חיילים משירות סדיר, הוא מקרה שבו צבר החייל במהלך שנת שירותו הראשונה 90 ימי תב"ן (תב"ן, כאמור לעיל, משמעו תקופת נפקדות, עריקות וריצוי עונש מאסר או מעצר). תופעת שחרור חיילים בגין "אי התאמה" נזכרה גם בסקירת ישיבת ועדת חוץ וביטחון של הכנסת (ראו סעיף 28 לעיל).

ולהבדיל - מדיניות מתן הפטור מטעמי מצפון

מדיניות כללית בנוגע ליחידים

50. כאמור, עניינם של סרבני המצפון, המבקשים להופיע בפני ועדת הפטור, מטופל שלא על פי כללים אחידים וברורים ובאופן המנוגד להיגיון שהוביל להקמת הוועדה. כך למשל, נוהגים המשיבים להקשות על דרכם של חיילים, ששירותם נדחה מטעמים שונים מיד לאחר שהתגייסו, אל ועדת הפטור. כל קצין מיון, קצין מדור או בעל תפקיד אחר מוסמך (או מסמך את עצמו) להחליט על דחיית הבקשה לדיון בפני ועדת הפטור ועושה זאת על פי "שיקול דעתו" ומיטב הבנתו. יתר על כן, כל אותם בעלי תפקידים שהחליטו במקרים שטופלו על ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל, שלא להפנות את החיילים לוועדת הפטור, שקלו שיקולים שמקומם בוועדת הפטור עצמה.

51. יצויין כי מבקשי הפטור, שמטבע הדברים אינם מכירים את נוהלי הצבא, אינם מקבלים מידע על קיומה של ועדת הפטור ועל האופן שבו יוכלו להגיע אליה. הם אינם מוזמנים לכתוב פנייה רשמית בכתב או למלא טופס.

52. ועדת הפטור מטעמי מצפון מורכבת מאנשי צבא בכירים (בשירות סדיר או מילואים). לא ידוע מה הכשרתם של חברי הוועדה, מה השכלתם וכיצד נקבעת התאמתם למלא את תפקידם. כפי שעולה ממכתבה הנ"ל של עוזרת שר הביטחון (מכתב מיום 27.1.2003 אל ח"כ גוז'נסקי) שוקלת הוועדה בין היתר את התרשמותה מן המבקש, את צרכי כוח האדם של הצבא ו... "יוצא באלה שיקולים רלוונטיים". מהם אותם שיקולים רלוונטיים? למשיבים פתרוניים.

53. בדרך כלל דוחה ועדת הפטור מטעמי מצפון את הבקשות המופנות אליה. מנתונים שקיבלה האגודה לזכויות האזרח בישראל מדובר צה"ל בעקבות בקשתה למידע עולים הנתונים הבאים:

בשנת 1998 הוגשו לוועדה 15 פניות של מלש"בים מתוכן סורבו 14 ורק בקשה אחת התקבלה גם היא "באופן חלקי" בלבד (לא פורט מה משמעות הביטוי "התקבלה באופן חלקי");

בשנת 1999 הוגשו לוועדה 12 פניות של מלש"בים, מתוכן סורבו 9 (בקשה אחת בלבד התקבלה; שתי בקשות התקבלו באופן חלקי);

בשנת 2000 הוגשו לוועדה 26 פניות של מלש"בים מתוכן סורבו 24.

בסך הכל סורבו במהלך שלוש השנים הנ"ל סורבו 47 מתוך 53 בקשות שהוגשו על ידי מיועדים לשירות ביטחון.

מכתב דובר צה"ל מיום 22.11.2001, מצ"ב ומסומן ע/14

54. העותרת פנתה אל דובר צה"ל בבקשה לקבל מידע אודות נתונים דומים לגבי השנים 2001 ו- 2002 ואולם עד היום טרם נענתה.

55. אפילו במקום שבו משתכנעת הוועדה, כי לפני עומד סרבן מצפון, אין המשיבים ממהרים לפטור את החייל משירות ביטחון, והם פותחים עמו במעין "משא ומתן" על מנת שיתגייס לצבא חרף צו מצפון, הגם שבתנאים שיאפשרו לו - לשיטתם של המשיבים ולשיטתם בלבד - לעשות זאת (לענין זה ראו למשל, תוכן ההתדיינות בעניין - בג"צ 8797/00 ובג"צ 1026/02 התלויים ועומדים בפני בית המשפט הנכבד).

מדיניות לגבי חברי קבוצות

56. מלבד הפטור הניתן לתלמידי ישיבה על פי שיוך מוסדי (השתייכות לקהילה החרדית) מעניקים המשיבים פטור מטעמי מצפון גם לחברי קהילת "עדי יהווה". בשנים 1968-1973 קיבלו ששה מחברי הקהילה פטור משירות צבאי. לאחר מלחמת יום הכיפורים, עם השינוי במדיניות הגיוס הכללית בוטל הפטור. חברי הקבוצה סורבו לשרת בצבא והועמדו לדין צבאי. רובם נשפטו בפני

קציני שיפוט שדנו אותם לתקופות מעצר של 35 ימים. כיון שהמשיכו לעמוד בסירובם לשרת גם לאחר תום תקופת מעצרם, הועמדו לדין שוב ושוב. לאחר שכעשרה מחברי הקבוצה ישבו בכלא זמן ממושך יחסית, החליט שר הביטחון לשחררם ולבדוק את שאלת גיוסם (מנחם הופנונג ישראל - בטחון המדינה מול שלטון החוק 1948-1991 (נבו, תשנ"א) 251).

57. לאחרונה פנו אל האגודה לזכויות האזרח בישראל שני חברים בקהילת "עדי יהווה". במקרה אחד היה מדובר בחייל עתודאי שהחל להשתתף בפעילות הקהילה אך עדיין לא סיים את תקופת החניכה שדרושה לצורך קבלתו כחבר. פונה אחר, היה חבר לשעבר בקהילה ושירותו נדחה בעבר למספר תקופות של שנה. בשלב מסויים הופסקה חברותו של החייל בקהילה בשל עניינים שבינו לבניה ואולם הוא נותר בהכרתו הדתית והמצפונית המונעת ממנו לשרת בצבא. בשני המקרים סורבה בקשתם של החיילים לעמוד בפני ועדת הפטור. הם נשפטו ונכלאו ולאחר מכן שוחררו מהצבא בעילה של אי-התאמה.

מכתבי האגודה לזכויות האזרח בישראל בעניין הפניות האמורות מצורפים לעתירה ומסומנים ע/15, ע/16, ו-ע/17 בהתאמה.

58. בבירורים שערכה האגודה לזכויות האזרח בישראל עם גורמים בבסיס הקליטה והמיון העלו, כי העובדה שהמבקשים אינם חברים באופן רשמי בקהילה מונעת מהם מלהופיע בפני הוועדה. מכאן, שבהעדר אינדיקציה מוסדית יקשה על סרבן המצפון אפילו להגיע לוועדה, לא כל שכן לקבל את הפטור המבוקש.

סיכום: מדיניות הגיוס והשחרור של המשיבים

59. הנה כי כן, כיום מגייסים המשיבים לשירות סדיר רק כ- 60% מכלל המיועדים לשירות בטחון. בפני המסרבים לשרת סלולות דרכים מדרכים שונות, חלקן מוכרות ולגיטימיות וחלקן לאו, כדי להשיג את מבוקשם. 40% נפטרים מן השירות וממשיכים בשיגרת חייהם מבלי שיידרשו להרים תרומה כלשהי לחברה ולמדינה. לעומת זאת, סרבני מצפון דוגמת העותר, המבקשים אך להמיר את שירות הביטחון בשירות אזרחי חלופי, נתקלים בדרך חתחתים שרק מעטים צולחים אותה.

60. לאחרונה פורסם, כי העלייה בנשירה מן השירות ובמספר העריקים הביאה את קברניטי מערכת הביטחון ל"חשיבה שונה" בכל הנוגע לחובת השירות הצבאי (ראה למשל, דברי ראש אכ"א כפי שצוטטו בעיתון "הארץ" מיום 12.11.2002). "בתי הכלא מלאים עד אפס מקום" (שם) מכדי שהצבא יתמיד במאבקו בעריקים, ואולם מסתבר שהם אינם צרים מלהכיל את מתי מעט אסירי המצפון, דוגמת העותר, הנידונים פעם אחר פעם לתקופות מאסר ממושכות.

העתק הכתבה מעיתון "הארץ" מיום 12.11.2002 מצ"ב ומסומן ע/18.

חופש המצפון והזכות לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון

61. "כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון... בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתתת עליהם" (בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449, 454).

"חופש המצפון יונק חיותו מהכרזת העצמאות. הוא נגזר מאופיה הדמוקרטי של המדינה. הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו. 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 7622/02 זונשיין נ' שר הביטחון (טרם פורסם) פסקה 8 לפסק הדין, האסמכתאות הושמטו).

62. הזכות לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון מהווה חלק מהזכות לחופש המצפון. זכות זו הוכרה בשורה של אמנות בינלאומיות ורב-לאומיות

Universal Declaration of Human Rights, Article 18

International Covenant on Civil and Political Rights, Article 18

Article 9 of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

Article 3 of the American Declaration of the Rights and Duties of Man (religion).

Article 8 of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

וכן:

Article 10(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

" The right to conscientious objection is recognised, in accordance with the national laws governing the exercise of this right. "

63. מקובל על הכל כי פטור משירות צבא בגין טעמים שבמצפון נופל לגדר "מטעמים אחרים", המאפשר פטור משירות סדיר או שירות מילואים (ראו בג"ץ 4062/95 אפשטיין נ' שר הביטחון, תקדין עליון 95(2) 479; בג"ץ 2700/96 ברנובסקי נ' שר הביטחון, תקדין עליון 96(2) 76; בג"ץ 1380/02 בן ארצי נ' שר הביטחון, פ"ד נו(4) 476, 477).

64. זכותו של אדם לקבל פטור בשל אמונתו המצפונית, לאחר שזו הוכחה, הינה מוחלטת.

65. לחלופין, גם אם יטען הטוען, כי מדובר בזכות יחסית, הרי שיש לאזנה עם מכלול השיקולים. החובה לכבד את הזכות לסירוב מצפוני לשירות צבאי הועצמה בעקבות עיגון זכויות היסוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עתה מונחות על אחת מכפות המאזניים היקרות שבזכויות היסוד:

כבוד האדם, חירותו, וחופש האמונה והמצפון. רק שעה שאינטרסים כבדי משקל מונחים על כף המאזניים השניה, ורק כאשר קיימת סכנה קרובה לוודאי לפגיעה בהם, ניתן יהיה לפגוע בזכויות היסוד ואף זאת אך ורק במידה ההכרחית. כך, למשל, בענין זונשיין נאמר, כי נגד שיקולים שלעיל עומדים שיקולים אחרים, ובראשם צרכי הצבא וערך השוויון: "איזון זה מניח כי ניתן לקיים את בטחון המדינה בלא לגייס את המבקשים פטור משירות צבאי". (פיסקה 11).

66. כך הוא בענייננו. לעיל ראינו, כי המשיבים פוטרם מידי שנה רבבות מיועדים לשירות ביטחון בעילות שונות. לא זאת אף זאת, שחלק נכבד מאותם פטורים ניתנים בלא עילה חוקית והעדר טעם מוסרי, אלא אך ורק בשל כך, שהמשיבים מאפשרים להם לנשור מן השירות בדרכים מדרכים שונות. כך, למשל, כפי שהראנו לעיל מקלים המשיבים על אלה המשתחררים באמצעות הוועדות הרפואיות. חלקם היחסי של סרבני המצפון בכלל, ושל סרבני המצפון הכלליים בפרט, לעומת כלל הנפטרים מחובת השירות בטל בשישים. מכאן שככל שצורכי הצבא היו מחייבים את הגדלתו של מערך חיילי הסדיר, היו המשיבים פועלים לספקם על דרך של פעולה נמרצת לצמצום הנשירה לגווניה ולאווך דווקא במגזר המזערי של סרבני המצפון.

67. הוא הדין לעניין שיקולי השוויון והצדק: בשים לב לנתונים הכמותיים ברור, כי לא כפיית סרבני המצפון תפתור את בעיית השוויון. יתר על כן, במקרה דנן, נכוונותו של העותר לשרת בשירות אזרחי כחלופה לשירות הצבאי משמעו, כי העותר לא יעשה לביתו שעה שאחרים יאלצו לתרום את זמנם ומרצם למען הכלל. בכך יקהה עוקצו של המתח, הנוצר בין הרצון לכבד את צו מצפוננו של העותר לבין שיקולי השוויון והצדק (לענין זה ראו: יצחק קוגלר "סרבנות מצפון כהגנה במשפט הפלילי" חירות המצפון והדת (ספרית הפועלים, תש"ן) 207, 250).

המשיבים פוגעים בחופש האמונה והמצפון

68. העותר הוא פציפיסט. אמונתו וצו מצפוננו מונעים ממנו לשרת בצבא.

69. העובדה שועדת המצפון סירבה לפטור אותו מטעמי מצפון אינה מאיינת באחת את כל טעמי המצפון המונעים מהעותר לשרת.

70. עונש המאסר הכבד שבו נשא העותר עד כה מלמד, כי אפילו היתה מסקנת ועדת הפטור, לפיה אין העותר זכאי לפטור מטעמי מצפון, נסמכת על אדנים איתנים, ולא היא, הרי שכיום מחייבות הנסיבות החדשות את בחינתן מחדש. הדברים שהציג העותר בפני ועדת הפטור בנוגע לאמונתו ולצו מצפוננו נתמכים עתה גם בדבקות שהוא מגלה בהם, על אף מאסרו הממושך, וחרף קיומן של דרכים חלופיות, שהיו מאפשרות לו להשתחרר בקלות יחסית כמפורט להלן. ודוק: לו טעמים תועלתנים היו עומדים לנגד העותר, שעה שביקש פטור מטעמי מצפון, חזקה עליו שהיה מבין זה מכבר, כי לנוכח תקופת מאסרו המתמשכת - שכרו יוצא בהפסדו.

71. לעניין זה ניתן ללמוד אנלוגיה מדבריו של בית משפט הנכבד, שדן לאחרונה בבקשה להפחתת ערובה, שהוטלה על המבקש בבש"פ 807/03 רביזה נ' מדינת ישראל (החלטה מיום 10.2.2003). מן העובדה שהמבקש נותר במעצר למד השופט, כי אין ביכולתו להמציא את הערובה, שאותה נדרש להמציא כתנאי לשחרורו:

"מצאתי את עצמי תוהה, אם יתכן שמי שיכולתו כה רבה ישלים עם מעצרו הנמשך למעלה מ- 6 חודשים, אף שהיה יכול לקנות את חירותו זה מכבר בסכום שלכאורה הוא אינו אמור להתקשות לגייסו".

72. בעוד שרבים, המבקשים לפטור עצמם מעולו של שירות כלשהו, מצליחים לעשות זאת בקלות יחסית, ממוצה הדין בחומרה יתרה עם פציפיסטים דוגמת העותר, המבקשים להישמע לצו מצפונם ולהמיר את שירותם הצבאי בשירות אזרחי חלופי. כפי שראינו לעיל, העלייה בנשירה מן השירות ובמספר העריקים הביאו את קברניטי מערכת הביטחון ל"חשיבה שונה" בכל הנוגע לחובת השירות הצבאי. "בתי הכלא מלאים עד אפס מקום" (ראו סעיף 61 לעתירה זו) מכדי שהצבא יתמיד במאבקו בעריקים ובמשתמטים, ואולם מסתבר שהם אינם צרים מלהכיל את העותר, הנידון פעם אחר פעם לתקופות מאסר ממושכות.

73. יכול היה העותר לפטור את עצמו משירות צבאי או מעולו של שירות אחר כלשהו, באותן דרכים שמשמשות ביעילות לא מבוטלת את כל אלה המשתחררים מן השירות בשל סיבות "רפואיות", "נפשיות", בשל "אי התאמה" או בעקבות סירוב לבצע פקודות. לו כך היה נוהג, היה יושב זה מכבר ספון בביתו ופטור מעולו של שירות כלשהו לטובת החברה. אלא שהעותר "חטא" בחטא המצפון, וזה, מטבעו, זר למשיבים. כך, במקום שמדינת ישראל תתברך בזיו העלומים ובתרומה שביכולתו לתרום במסגרת של שירות חלופי, היא דוחקת אותו לשוליה המוקצים ועונשת אותו בחומרה יתרה.

74. לשיטתה של ועדת הפטור מטעמי מצפון, נכונותו של העותר להתגונן מהתקפה אלימה ישירה, להבדיל מנטילת חלק במערך מאורגן של אלימות - צבא, שוללת ממנו את הזכות להימנות על יחידי הסגולה, שעברו את שבט ביקורתה. בכך גילתה הוועדה, המורכבת, כפי שפורט, מאנשי צבא, חוסר הבנה לגבי יסודות האמונה הפציפיסטית.

75. לעניין זה אין כל רלוונטיות לכך שועדת הפטור הצבאית לא הכירה בעותר כסרבן מצפון. אדרבא, אפילו היה מקום להניח, כי אין הוא זכאי לפטור, כגרסת הוועדה, עדיין, "עוונתי" הקשה מנשוא אינו נעוץ בעצם סרבנותו אלא בביטוי שהוא נותן לאמונתו הפציפיסטית. היחס המיוחד שלו הוא זוכה מקורו בכך שהוא "מתעקש" לבסס את סירובו על אמונתו ועל צו מצפונו.

76. רק בשל כך "זוכה" העותר לתגובתם הקשה של המשיבים, תגובה, אשר אינה עומדת בשום יחס, לאופן שבו נוהגים המשיבים במלש"בים אחרים, המשתחררים מסיבות ובדרכים שונות. מהנתונים שהובאו לעיל עולה כי על אף שהמשיבים פוטרים כ- 40% מכלל המלש"בים ביד רחבה, הרי שרק שבעניינם של סרבני המצפון הפטור ניתן במשורה ורק כ- 10% מהבקשות לפטור בשל טעמי מצפון מתקבלות. כמו כן עולה, כי על אף שבקרב כלל המלש"בים מדיניות האכיפה הינה סלחנית, הרי שבענייניו של העותר מדיניות האכיפה הינה הדוקה והעותר נכלא שוב שוב.

שיקול דעתם של המשיבים באכיפת החוק

77. "אכיפת חובת הגיוס החוקית" משמעה בענייננו, הן שלילת זכותו של העותר לפטור מטעמי מצפון, והן העמדתו לדין וענישתו החוזרות ונשנות.

78. להלן נראה, כי החלטות המשיבים בעניינו של העותר לוקות בפגמים חוקתיים ומינהליים חמורים, פוגעות ללא הצדקה בחופש המצפון, בזכות היסוד לשוויון ובזכות להליך הוגן, והן חורגות ממתחם הסבירות.

העמדה לדין

79. אכן, משנקבע מעשה אסור כעבירה פלילית, הרי עניין הציבור הוא בהגשת אישום נגד החשוד בביצועו. עם זאת שיקולים שונים עשויים להכריע את הכף לטובת המסקנה, כי בנסיבותיו של מקרה נתון, עניין הציבור הוא שלא יוגש אישום פלילי. לעתים הגשת אישום פלילי, הבאה להגן על ערכים ואינטרסים שהמשפט הפלילי מבקש להגן עליהם, עשויה לפגוע בערכים ובאינטרסים אחרים שלחברה יש בהם עניין, כגון חופש הביטוי או כמו בענייננו - חופש המצפון. אליבא דשופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועמ"ש, פ"ד מד(2) 485, 511: **"בנסיבות אלה, עשוי האינטרס החברתי הכללי להפחית ממשקלו של העניין הציבורי שבהעמדה לדין"**.

80. אין די בכך שהנורמה העונשית עומדת במבחן המידתיות. גם השימוש בה חייב לעמוד במבחן זה, ויהיו מקרים שהפגיעה בנחקר או בנאשם עולה בהם על התועלת החברתית שבהעמדה לדין, והיא לכן 'מעל הנדרש'. אם אין נוהגים במשורה בהפעלת הדין העונשי עלולים לחטוא באותה גישה של דבקות יתר בדין שהביאה לחורבן הבית" (מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים ה (תשנ"ז) 173, 184).

81. מכל הנאמר לעיל עולה כי על מערכת אכיפת החוק, לגלות סובלנות כלפי סרבני מצפון על דרך של הימנעות מהגשת כתבי אישום ;

Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (Cambridge 1978), 206

שיקולי ענישה

82. העותר נשפט עד כה ל- 168 ימים. בהתאם לחוק השיפוט הצבאי, חייל שנשפט לתקופת מאסר מעל 90 יום זוכה ברגיל לניכוי שליש מתקופת מאסרו בגין התנהגותו הטובה. משמעות הדבר היא, שלו היה העותר נשפט מלכתחילה לתקופת מאסר אחת בת 8 חודשי מאסר היה הלכה למעשה מרצה את העונש שריצה עד כה. **אמור מעתה, כי יש לראות את העותר כמי שנשפט עד כה וריצה עונש של 8 חודשי מאסר**. כפי שראינו לעיל, עונש זה גבוה בהרבה מהעונשים שמוטלים על עריקים שאף אינם טורחים להתייצב לשירות.

83. בנסיבות העניין, כליאתו החוזרת ונשנית והמתמשכת של העותר, אשר סופה - מי ישורנו, מהווה ענישה אכזרית ושרירותית שאינה עומדת ביחס מידתי לעבירה המיוחסת לו.

84. בהחליטם להעניש את העותר שוב ושוב לתקופת מאסר ממושכת, מתעלמים המשיבים משיקולי צדק שצריכים לשמש כל מי שמופקד על מדיניות הענישה הפלילית.

85. מעבר לכך, האכיפה החריגה, שבה נוקטת מערכת הביטחון כלפי העותר בהיותו סרבן מצפון, מעלה חשש בדבר קיומה של גישה נקמנית ומתנכלת שמטרתה לפגוע באמונתו הפציפיסטית. אכן, העותר

נשפט ונאסר בהתאם לסמכויות שהוקנו לרשויות הצבא. אלא שעקרון שלטון החוק אינו משמיע רק את עקרון החוקיות אלא "מוסיף הוא ומשמיע צורך בהפעלת החוק באורח שוויוני וללא הפלייה" (עי"פ 3520/91 תורג'מן נ' מ"י, פ"ד מז (1) 441, 456).

86. "הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה, ואמונה כי הם מקבלים החלטותיהם מתוך שוויון. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו, קשה היא למשטר הדמוקרטי" (בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 512).

87. גם אם ייאמר, כי מניעיו המצפוניים של העותר אינם מונעים את התגבשות העבירה (הנחה שהעותר כופר בה), עדיין יש במניעיו המצפוניים להקל במדיניות הענישה הננקטת נגדו: מן הדין להקל בדין לאור "המניע שהניע את העושה לבצע את העבירה או המטרה שלשמה עשה, כשהם לעצמם חיוביים" (ש"ז פלר, מרדכי קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק העונשין" עיוני משפט יד (1984) 127, סעיף 165(א)(3)).

88. גם אם ייאמר, כי אין במניעתו המצפונית של העותר כדי לשמש סייג לאחריותו הפלילית (הנחה שהעותר כופר בה), עדיין יש במניעה זו כדי להקל במדיניות הענישה הננקטת כנגדו, באשר סירובו להמרות את צו מצפונו מציב אותו במצב החורג במידה מועטה בלבד מתחום הסבירות, הנדרש לשם תחולת הסייג לאחריותו הפלילית (דו"ח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, (ירושלים, התשנ"ח), סעיף 6(ג)(1) להצעת הוועדה).

89. מן הדין להקל בעונשו של העותר לאור "עמדתו הכנה ... במהלך החקירה והמשפט בכל הנוגע לעשיית העבירה..." (שם, סעיף 7 להצעת הוועדה).

הפלייה

90. זה מכבר קבע בית המשפט הנכבד, כי "אכיפה סלקטיבית בלתי-שוויונית של חוק לא תסכון ולא תעמוד. והנפגע יזכה בסעד" (בג"ץ 53/96 תשלובת ח' אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב (2) 1, 10).

91. "טענה של אכיפה בדרגתית היא טענה של פגיעה בשוויון. כל רשות מינהלית חייבת לנהוג בשוויון. כך גם תובע במשפט פלילי... וכך כל רשות אחרת הפועלת לאכיפת החוק בדרכים אחרות" (זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג (3) 289, 307; וראו: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485, 512).

92. שני פנים לאפליה, שנוקטים המשיבים כלפי העותר במדיניות אכיפת החוק: אפליה באכיפת חוק שירות בטחון ואפליה במדיניות הענישה.

93. במקרים של פטורים על בסיס קהילתי, כמו במקרה של העדה החרדית ושל קהילת עדי יהוה, מסתפקים המשיבים בעצם השתייכותו של הפרט לקהילה, ואינם בודקים את עומק אמונתו ומידת דבקותו של כל אחד ואחד באותה קהילה.

94. "ניתן לטעון, כי... על אף שבית המשפט העליון הכיר בכך שהטעמים הדתיים יכולים להצדיק מתן הקלות לענין שירות ביטחון, בכפוף לצרכי הביטחון, הרי שבכך לא די, שכן הסמכות להעניק את

ההקלה היא רק צידו האחד של המטבע, וצידו השני הוא החובה להעניק הקלה דומה לכל מי שאוהז בידו נימוקים דומים מהותית. המסקנה הנגזרת מטיעון זה היא, כי בהעדר טעם ראוי להבחנה, כל הסדר שייקבע לענין תלמידי הישיבה שתורתם אומנותם עשוי לחייב לאפשר גם לאחרים, אם ישנם כאלה, בעלי טעמים הדומים מהותית לטעמי ההקלה הניתנת לתלמידי הישיבה שתורתם אומנותם ליהנות ממנו או מהסדר דומה לו" (דו"ח ועדת טל, טקסט לה"ש 62).

95. כפי שעולה מאופן הפטור למי שתורתו אומנותו ומהנסיון שהצטבר לאחרונה עם קהילת עדי יהוה, כפי שפורט לעיל, עולה כי מתן הפטור מותנה במידה מסוימת בחברותו של המבקש במוסד. אין להתנות את הכבוד לאמונתו ולמצפונו של אדם בקיומם של מוסדות חברתיים וקהילתיים. קיומן של העדה החרדית או של קהילת עדי יהוה או מיסודה של הדת במדינת ישראל אינם יכולים להוות שיקול רלוונטי למידת הכבוד וההתחשבות שבה יזכו הפרטים בשל אמונתם. אמונה ומצפון הם אמונה ומצפון של היחיד. העדפתם של אלו שאמונתם היא גם נחלתה של עדה או קהילה מהווה הפלייה פסולה.

96. ההסדרים המוסדיים שקבעו המשיבים ביחס לבעלי אמונה חילונית דוגמת העותר, דרכי החקירה והדרישה שהנהיגו לגביהם, לא כל שכן, מדיניות הדיכוי והאכיפה שהם נוקטים נגדם.

97. ההפליה שנוקטים המשיבים נגד העותר בהיותו סרבן מצפון (ולשיטתם, כיוון שבאופן פורמלי סרבו להכיר בטעמי המצפון שלו - אך בשל הסתמכותו על טעמי מצפון) מצדיקה הקלה משמעותית במדיניות האכיפה בכלל ובמדיניות הענישה המיושמת בעניינו.

98. "עקרון שלטון החוק משמיע את עקרון החוקיות, ומוסיף הוא ומשמיע צורך בהפעלת החוק באורח שוויוני וללא הפלייה, בהתאם לכללים ידועים וקבועים מראש, ללא שרירות וללא מיקריות. הפעלת החוק באורח מיקרי - שלא על דרך מדיניות קבועה, ברורה ומבוקרת מראש - משמיעה שרירות, ושרירות הינה אויבת שלטון החוק" (ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1), 441, 448).

מטעם זה סבר כב' השופט חשין באותו ענין, כי יש להקל בעונשה של המערערת (וראו: אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, 1996) 234).

99. ואם מדיניות אכיפה מקרית ושרירותית משליכה על מדיניות הענישה, קל וחומר שבנקיטת מדיניות הענישה בענייננו יש להביא בחשבון את מדיניות האכיפה הסלקטיבית המכוונת ואת החומרה היתרה שבה נוקטים המשיבים כלפי סרבנות המצפון דווקא.

100. אכן, בענין תורג'מן נאמרו הדברים שלעיל מפי כב' השופט חשין, שהיה באותו ענין בדעת מיעוט. ואולם, גם המשנה הנשיא (כתוארו אז) השופט אלון שכתב את דעת הרוב, הסתמך על כך שמדיניות האכיפה האקראית מקורה בחוסר משאבים של משטרת ישראל (עמ' 448). כאמור, לא זה המצב דנן: המשיבים אסרו מלחמה על סרבנות המצפון דווקא, שעה שהם מאפשרים לרבבות סרבנים שאינם סרבני מצפון להשתחרר בקלות מחובת השירות הצבאי.

101. גם לאחר פסק הדין בענין תורג'מן קבע בית משפט נכבד זה, כי "אכיפה שרירותית, בלתי שוויונית ומפלה" צריכה "למצער" להוות שיקול בעת גזירת העונש (בג"צ 4169/93 ילן נ' מדינת ישראל, תק-על 2354 (2)94, סעיף 7 לפסק הדין). ראו גם ענין זקן, לעיל; רע"א 1367/95 ע"פ 2350/95 פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 28, 43).

חוסר סבירות קיצונית: ענישה חוזרת ומתמשכת בגין סרבנות המצפון

102. כליאתו החוזרת והנמשכת של העותר חורגת ממתחם הסבירות, באשר היא מציבה את העותר בדרך ללא מוצא. דבקותו של העותר באמונתו ובצו מצפונו מזה וניסיונם העיקש של המשיבים לכפות עליו להתכחש לאמונתו מזה, יוצרים מעגל שוטה, שיביא לכליאה אינסופית של העותר. לפי הגיונם של המשיבים הם רשאים להמשיך לשפוט ולכלוא את העותר בשיטת "הדלת המסתובבת" כל זמן שחל עליו חוק שירות ביטחון, היינו עד לגיל 52. אפילו ייאמר, כי העותר ראוי לעונש בשל סירובו להפוך לחייל, עדיין לא יהא זה סביר להענישו בעונשי כליאה, המצטברים לתקופות מאסר שנקבעו לפשעים חמורים בהרבה.

103. כליאתו החוזרת והנמשכת של העותר אינה סבירה גם משיקולים תועלתניים. אחד משיקולי הענישה המרכזיים הוא הרצון למנוע את עושה העבירה לחזור על ביצועה בעתיד. במקרהו של סרבן מצפון דוגמת העותר, זהו ניסיון לכפות עליו "להמיר את דתו" ולהמרות את צו מצפונו. ניסיון החיים בכלל, וניסיון המשיבים בפרט, מלמד, כי בעניינים כגון דא נדון ניסיון זה לכישלון. במרבית המקרים גוברים צו המצפון ורוח האדם על הלחץ שמפעיל הרוב באמצעות הדין שיצר. ואפילו באותם מקרים שבהם ייקוב הדין את רוח האדם - עוד ניצחון כזה ואבדנו: מה תועלת יפיקו המשיבים ממי ששברו את רוחו? כוחו של המשפט הפלילי הוא כוח "שלילי" - אוסר וחוסם, אך אין בו כוח מנרמל - אפשר שהדין הפלילי יכול לשבור את רוח האדם ואת רצונו, אך אין בו כדי לטעת בו מוטיבציה לבצע באורח יומיומי את אשר אוסר עליו צו מצפונו. זהו בדיוק השיקול, שמנחה את המשיבים שעה שהם משחררים סרבני שירות שאינם סרבני מצפון, כמפורט לעיל.

104. שיקולי התועלת מעצימים את חוסר הסבירות הקיצונית, שמאפיינת את פעולות האכיפה שנוקטים המשיבים נגד העותר, בשים לב לכך, שהמדינה והחברה ייצאו נשכרים אם תענה בקשתו להמיר את שירותו הצבאי בשירות אזרחי.

105. כליאתו החוזרת והנמשכת של העותר והחומרה החריגה, שבה נוהגים המשיבים דווקא נגד סרבן מצפון כמותו, לא באו רק לשבור את רוחו וכבודו של העותר, אלא כוונתם להילחם ולדכא את חופש המצפון עצמו. גם מטעם זה לוקות פעולות האכיפה של המשיבים בחוסר סבירות קיצונית.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.

היום, 20 בפברואר 2003.

שרון אברהם-ויס, ע"ד

אבנר פינצ'וק, ע"ד

ב"כ העותר