

המבקשת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר
ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או
עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או פאטמה
אלעג'ו ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון
אברהם-ויס ו/או סוניה בולוס ו/או לימור
יהודה ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 03-5608185, פקס: 03-5608165

בעניין:

העותרים:

1. לאורה מילוא

ע"י ב"כ עוה"ד סמדר בן-נתן ו/או גבי לסקי
ו/או דר' נטע זיו
מרחוב הסוללים 3, תל-אביב 67897
טל: 03-5619666 פקס: 03-5618818

2. דניאל שבתאי מילוא

מר' ----

נגד

המשיבים:

1. שר הביטחון

2. ועדת הפטור מטעמי מצפון לפי סעי' 39 לחוק שירות בטחון
3. ועדת הערר לפי סעיף 39 לחוק שירות בטחון (נוסח משולב), התשמ"ו-1986

כולם ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

בקשה להצטרף כ"ידידת בית המשפט"

מוגשת בזה בקשה לצירוף המבקשת כ"ידידת בית המשפט" במסגרת הדיון בבקשה לדיון נוסף, ואם תתקבל - במסגרת הדיון הנוסף לגופו.

1. במסגרת הדיון הנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לבחון את ההלכה החדשה, שנקבעה בפסק הדין נשוא העתירה, ולפיה, "הפטור מטעמי מצפון, הניתן לאשה מכוח..." סעיף 39(ג) לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: "החוק") "נועד" אך ורק כדי "להגן על מעמדן של נשים בעדות מסורתיות אשר על פי תפיסת בני העדה שירותן בצבא אינו מתיישב עם שמירה על כבודן וצניעותן" (סעיף 13 לפסק הדין); ואילו זכותה של אשה, שטעמי המצפון, שמונעים אותה לשרת בשירות ביטחון, "יסודם באידיאולוגיה חברתית מדינית, או אף בהשקפות מוסר אישיות שאינן קשורות לדת ולמנהגים עדתיים" אינה נובעת מסעיף 39(ג) הנ"ל אלא מותנית בכך שהמשיב 1 יאות להפעיל את "סמכות הפטור הכללית מכח סעיף 36 לחוק" (סעיף 13 לפסק הדין).

2. המבקשת, האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא עמותה רשומה, הפעולת מזה למעלה משלושים שנים לקידום זכויות האדם והאזרח בישראל באמצעות חינוך, הסברה, התכתבות עם גורמי ממשל והתדיינות משפטית. במהלך השנים ניהלה המבקשת התדיינות רבות לקידום חופש הדת והמצפון במדינה במישורים שונים, וביניהם: שוויון בין זרמים ביהדות (בג"צ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (3) 377); שיקולים זרים במתן תעודות כשרות (בג"צ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד (2) 673); רישום שם ותאריך לועזיים על גבי מצבות (ע"א 294/91 חברה קדישא גחשא"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464); מינוי אישה למועצה דתית (בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221); מינוי בני זרמים שונים למועצה דתית (בג"צ 699/89 הופמן נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד מח (1) 678); זכות תלמידה מוסלמית לחבוש כיסוי ראש בבית הספר (בג"צ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח (5) 199); ורישום גיור רפורמי במרשם האוכלוסין (בג"צ 1031/93 פטרון נ' שר הפנים, פ"ד מט (4) 661); בג"צ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד מג (2) 723).

3. המבקשת פועלת לקידום חופש הדת והמצפון גם בהקשר של השירות הצבאי, ובין היתר יזמה התדיינות משפטיות למען הספקת מזון כשר למהדרין לחייל (בג"צ 6478/01 אגודת והאגודה לזכויות האזרח נ' צה"ל); נגד ענישה חוזרת ואכזרית של סרבן, שנקרא באופן חוזר ורצוף לשירות מילואים בלבנון (בג"צ 734/83 שיינ' נ' שר הבטחון, פ"ד לח (3) 393); ולמען הכרה בזכות לסרבנות מצפון ומתן פטור לסרבן מצפון פציפיסט (1763/03 בוימל נ' שר הביטחון). בנוסף לכך מנהלת המבקשת מעקב שוטף ותכתובת ענפה עם גורמים שונים במערכת הביטחון, במטרה להגן על זכותם של סרבני וסרבניות מצפון לפטור משירות - בין שטעמי המצפון קשורים לדת ובין שהם קשורים להשקפת עולם מוסרית (נשים דתיות, חברי קהילת עדי יהוה, פציפיסטים ופציפיסטים ועוד). אגב כך רכשה

המבקשת מומחיות וידע בכל הנוגע לדינים, המסדירים את זכויותיהם של סרבני מצפון, ולאופן שבו מטפלת מערכת הביטחון בבקשותיהם.

4. כפי שיפורט להלן, פסק הדין נשוא העתירה לדיון נוסף קובע הלכה חדשה וקשה, שעתידה לפגוע פגיעה קשה בזכות היסוד לחופש דת ומצפון, ובזכויותיהן של הנשים, שטעמים שבמצפון, שאינם נובעים מאמונה דתית, מונעים מהן לשרת בשירות ביטחון: עד כה, בהתאם לפשט ולדרש של החוק, נבחנו בקשותיהן, בצוותא חדא עם בקשותיהן של נשים, המנועות מלשרת מטעמי מצפון דתיים. אלו כמו אלו נהנו מזכות היסוד, הקבועה עלי חוק לפטור משירות, ככל שעלה בידן לשכנע, כי טעמיהן כנים ואמיתיים. עתה בא פסק הדין ושלל את הזכות לפטור מנשים שטעמי מצפון, שאינם דתיים, מונעים מהן מלשרת, והמיר אותה בחסד, הנתון לשיקול דעתו של שר הביטחון. פסק הדין שולל את ההכרה, שהיתה נהוגה מזה עשרות בשנים, להלכה ולמעשה, בערכם השווה של הטעמים השונים - דתיים ואשר אינם דתיים - העומדים ביסודה של סרבנות המצפון.

5. ההלכה החדשה והקשה היא, בכל הכבוד, פרי טעות מהותית ובולטת, שנפלה בפסק הדין ובדרך פרשנותו של הדין. יתר על כן, ההלכה החדשה נקבעה אגב מתן מענה לשאלה משפטית, שהועלתה ביוזמת בית המשפט בשלב כתיבת פסק הדין, מבלי שניתנה לצדדים (או לנפגעים בכוח) הזדמנות נאותה להתייחס אליה.

6. בהסתמך על מומחיותה וניסיונה תטען המבקשת ותסביר, כי ראוי שההלכה הקשה, שנקבעה בפסק הדין, תבוטל, וכי בשלב ראשון - שיתקיים דיון נוסף בעניינה. די בכל אחד מהטעמים שנמנו לעיל - הפגיעה בזכות יסוד, הטעות המהותית שנפלה בפסק הדין, וקביעת הלכה חדשה בלא הליך הוגן - כדי להקים עילה לקיום דיון נוסף בהלכה החדשה, החשובה והקשה הזו.

7. לאור ההלכה שנפסקה בעניין כוזלי (מ"ח 7929/96 כוזלי נ' מ"י, פ"ד נג (1) 529) מתאים המקרה הנדון לצרוף המבקשת כ"ידידת בית המשפט". המבקשת משמשת לא אחת כ"עותרת ציבורית" **"בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית הקשורים לשלטון החוק במובנו הרחב ולעניינים בעלי אופי חוקתי"** (בג"צ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז (2) 62, 69). במקרים כגון זה שלפנינו, מקום שבו קיים **"עניין בעל משמעות כללית ומיוחדת, החורגת מעבר למקרה הפרטי שמדובר בו"**, יכול והמבקשת תורשה לבקש מבג"צ סעד אפילו אם הנפגע הישיר לא ביקש זאת (שם, שם).

בעניין שורץ (ע"פ 111/99 שורץ נ' מ"י, פ"ד נד(2) 241, 252) הוכר עניינה של הסניגוריה הציבורית ב"שאלה בעלת חשיבות כללית... הנוגעת לציבור רחב" של נאשמים. בדומה לזה במקרה דנן, יש למבקשת, שכאמור מטפלת במקרים רבים ומגוונים של סרבנות מצפון, עניין בסוגייה הכללית, הנוגעת לציבור רחב של נשים, שטעמי מצפון מונעים מהן לשרת בשירות צבאי. כמו שם כך גם כאן - הדיון הנוסף המבוקש **"אינו מתמקד בעיקרו בעובדות הקונקרטיות של המקרה, אלא בשאלה עקרונית"**, הנוגעת להלכה החדשה שנפסקה, ועניינה של המבקשת בדיון ובתוצאותיו, רחב בהיקפו אף מעניינים של העותרים. בהתחשב במומחיותה ובניסיונה של המבקשת צרופה גם **"עשוי לתרום להעמקת הדיון ולהבהרתו"** (שם, שם).

8. לא זה מכבר נקבע, כי "אין מניעה משפטית פרוצדורלית" "להתיר הצטרפות כצד לדיון נוסף מקום שהמבקשת לא הייתה בו צד להליכים הקודמים" (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק בע"מ, פ"ד נו (6) 922, 925). בניגוד למקרים אחרים (ראו למשל, דנ"א 6407/02 עדוצי זהב נ' tele event, החלטה מיום 7.8.2002), שבהם נמנע צירוף מבקש, כיוון שלא היה בפיו הסבר מדוע עמד מנגד בעת שהתקיימו ההליכים הקודמים, הרי שכאמור לעיל, ההלכה החדשה, נשוא העתירה לדיון נוסף, נקבעה בלא שהתקיים דיון כלשהו בשאלות המשפטיות העומדות בבסיסה. הדיון בהליך הקודם נסוב על שאלות משפטיות אחרות לגמרי, שאינן נוגעות לזכותן של כלל סרבניות המצפון ולפיכך לא ראתה המבקשת צורך להתייצב ולבקש להצטרף לדיון.

פסק הדין נשוא העתירה

9. פסק הדין מתחיל בסעיף 39(ג) לחוק: סעיף זה מוזכה בפטור משירות צבאי "אשה, שהוכיחה... כי טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון". כפי שעולה מפסק הדין, היו הצדדים תמימי דעים, כי סעיף 39(ג) הנ"ל הוא שחולש על עניינה של העותרת, כמו גם על עניינן של כל סרבניות המצפון באשר הן. המחלוקת בין הצדדים התמקדה בשאלה כיצד יש ליישם את סעיף 39(ג) הנ"ל במקרה של סרבנית "סלקטיבית" דוגמת העותרת: האם רשאית ועדת הפטור, הפועלת לפי סעיף 39(ג), לדחות בקשה לפטור של סרבנית מצפון "סלקטיבית" או שמא אין בסמכותה לסרב מרגע שהגיע למסקנה, כי אמנם טעמים שבמצפון - מכל סוג שהוא - עומדים ביסוד סירובה.

10. אלא שפסק הדין אינו מכריע במחלוקת שהעלו הצדדים. תחת זאת עובר הדיון להתמקד בסעיף 36 לחוק - אותו סעיף, המסמיך את שר הביטחון ליתן פטור משירות מטעמים שונים, ואשר מכוחו דן השר, בין היתר, בבקשות שמגישים "יוצאי צבא" גברים לקבלת פטור משירות מטעמי מצפון: בהפעילו את שיקול דעתו לפי סעיף זה, רשאי השר להבחין - ואף מבחין בפועל - בין סרבנות מצפון כללית לבין סרבנות שירות סלקטיבית (פ"סקה 11 לפס"ד). מכאן ממשיך פסק הדין וקובע, כי "ערך השוויון המהותי מצדיק, אפוא, התייחסות שוויונית בין גבר לאשה בהפעלת סמכות שר הבטחון על פי סעיף 36 לחוק לפטור יוצא צבא משירות בשל טעמי מצפון" (פ"סקה 12 לפס"ד).

11. עתה, לאחר שנקבע, כי סעיף 36 לחוק, הוא הסעיף הרלוונטי לבחינת בקשותיהן של סרבניות מצפון, עובר הדיון להתמקד בשאלה, המתבקשת לנוכח הקביעה הקודמת: מה תכלית הפטור "מטעמים שבמצפון", המעוגן בסעיף 39(ג) לחוק (פ"סקה 13 לפס"ד). על רקע סקירת ההיסטוריה החקיקתית נקבע, כי סעיף 39(ג), "נועד[ו] בעיקר[ם] לבטא סובלנות חברתית כלפי קבוצות דתיות ועדות מסורתיות אשר על פי מערכת הערכים שלהן... מעמדה של אשה באשר היא אשה אינו מתיישב עם שירות בצבא" (פ"סקה 13).

ההלכה החדשה ונפקותה

12. פסק הדין קובע אפוא הלכה חדשה ולפיה:

עניינן של נשים, המבקשות פטור מטעמי מצפון "שיסודם באידיאולוגיה... או אף בהשקפת מוסר אישית, שאינן קשורות לדת ולמנהגים עדתיים" (פיסקה 14 לפסה"ד), יידון על פי סעיף 36 לחוק ולא לפי סעיף 39(ג) כפי שנעשה עד כה.

13. אין מדובר רק בחידוש הלכתי, אלא במהפכה של ממש בזכויותיהן של סרבניות מצפון "חילוניות", שבמשך עשרות בשנים טופלו בקשותיהן לפטור מטעמי מצפון על פי סעיף 39(ג). תחולתו של סעיף זה על כל אישה, ש"טעמים שבמצפון... מונעים ממנה לשרת" (כלשון הסעיף), היתה מקובלת הן על מערכת הביטחון והיא גם עוגנה היטב בהלכה הפסוקה (ראו למשל: בג"צ 734/83 שייין נ' שר הביטחון, לח (3) 393, 401; בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441, 501; בג"צ 7622/02 זונשיין נ' הפצ"ר, פ"ד נו (1) 726, 732).

14. ההלכה החדשה משנה את מצבן המשפטי של נשים, המבקשות פטור משירות מטעמי מצפון: אם עד עתה היה שחרור עניין של זכות חרותה בחוק, הרי שלפי ההלכה החדשה, "שחרור מטעמים שבמצפון הוא עניין של שיקול דעת" (ראו למשל, בג"צ 4062/95 אפשטיין נ' שר הביטחון, פדאור 95 (1) 590, פיסקה 2: "לעניין פטורים משירות הביטחון מבחין החוק בין נשים המסרבות לשרת בצה"ל מטעמים שבמצפון (סעיף 39(ג) לחוק) לבין גברים שלעניינם שחרור מטעמים שבמצפון הוא עניין של שיקול דעת בגדר סעיף 36 הנ"ל").

לא עוד זכות, כי אם פריבילגיה, שהענקתה מותנית ב"מדיניות", שתקבע מעת לעת: "מדיניות הפטור של הרשות המוסמכת נכון לעת זו מכירה באפשרות לפטור אדם משירות מטעמי סרבנות מצפון כללית" בלבד, וגם היא אינה אלא "מדיניות בת-שינוי, הקשורה קשר בל-ינתק בנסיבות ובצרכי השעה" (פיסקה 11 לפסה"ד). יתר על כן, גם במקום שבו השתכנע שר הביטחון, כי טעמי מצפון הם שעומדים ביסוד הבקשה לפטור, עדיין, בהסתמך על שיקול הדעת הרחב, שמקנה לו סעיף 36, הוא נוטה לסרב ליתן פטור, ודורש שהמבקש יתגייס וישרת כחייל ללא מאפיינים צבאיים (ראה למשל העתירות והתגובות בבג"צ 8797/00 הילר נ' שר הביטחון; ובבג"צ 1026/02 מילנקי נ' שר הביטחון; וכן: Amnesty International, (1999) *The Price of Principles: Imprisonment of Conscientious Objectors*, p. 7 (<http://web.amnesty.org/library/index/ENGMDE150491999>).

15. מהבדל מהותי זה נגזרים הבדלים נוספים. סעיף 39(ג) לחוק חייב את שר הביטחון להתקין תקנות, ואלו קבעו ערובות פרוצדורליות שונות להבטחת הזכות המהותית (תקנות שירות בטחון (פטור נשים משירות בטחון מטעמים שבמצפון או שבהווי משפחתי דתי), תשל"ח-1978). לעומת זאת, שעה שמדובר בסעיף 36 לחוק, לא רק הזכות המהותית נתונה לשיקול דעת, אלא גם האופן שבו תתברר הבקשה לפטור: הוועדה שהקים שר הביטחון לבדיקת בקשות של גברים לפטור מטעמי מצפון רשאית לפעול במתחם רחב של סבירות. בהתאם לזאת נקבע, למשל, כי הוועדה "אינה ועדה סטטוטורית אלא

ועדה מייעצת, ולא נמצא כי בהרכבה חייבים שישבו בהכרח אנשים, שאינם אנשי צבא (בג"צ 1380/02 בן ארצי נ' שר הביטחון, פ"ד נו (4) 476, 479). עד לא מכבר מבקשים, שעניינם נדון בפני אותה וועדה מייעצת, אפילו לא הורשו להיות מיוצגים על ידי עורך דין, וזכות הייצוג כובדה רק לאחר המלצה של בית המשפט (בג"צ 6065/01 בן ארצי נ' שר הביטחון, החלטה מיום 17.10.2001). בדומה לזה, מי שבקשתה לפטור נדחתה על ידי הוועדה, הפועלת בהתאם לסעיף 39(ג), זכאית להגיש ערר על ההחלטה, ואילו דחיית בקשה לפטור על פי סעיף 36 מהווה סוף פסוק.

הצורך בדיון נוסף

16. אכן לא די בקביעת הלכה חדשה כדי שבית המשפט יאות לקיים דיון נוסף. אלא שבמקרה שלפנינו נקבעה הלכה, שמתקיימים בה אותם "סוגי נימוקים" "מהותיים ומשמעותיים", "המעלים את הסוגיה לרמת קשיות, חשיבות או חידוש, המצדיקים דיון מחודש ואולי שינוי הלכה בעקבותיו", "כגון שנפלה בפסק הדין טעות מהותית, שהוא פוגע בעקרונות היסוד של השיטה או בתפיסת הצדק של החברה, שהוא מביא לתוצאה שלא ניתן לחיות עימה, [1] שחלו שינויים משמעותיים במציאות או בחוק, אותם אין ההלכה משקפת (דנ"א 2485/95 אפרופים בע"מ נ' מ"י, תק-על 95(2), 1446, 1448).

17. לעיל כבר ראינו, כי פסק הדין קבע חדשה ומהפכנית, שגם אם אינה סותרת "הלכה" קודמת, עדיין מנוגדת היא לאופן שבו פורש ויושם הדין במשך עשרות שנים, הן על ידי בית המשפט העליון והן על ידי שתי זרועות השלטון האחרות. קל וחומר שאין מדובר "בהתפתחות טבעית - ואף מועילה - של פסיקתו הקודמת של בית המשפט" (דנ"פ 4274/94 לורנס נ' מ"י, פדאור 94 (3) 122). למעשה עומדת ההלכה החדשה בניגוד גמור ל"התפתחות טבעית" של פסיקת בית המשפט העליון: היא סותרת את חופש המצפון ואת החובה לנהוג בכבוד ובשוויון כלפי כל אמונה באשר היא; היא נולדה בניגוד גמור לכל כללי הפרשנות, שפותחו במהלך השנים בפסיקת בית המשפט; היא נקבעה תוך פגיעה בעקרון ההליך ההוגן ובניגוד גמור להקפדה, שבה נוהג בית המשפט הנכבד בעקרון זה.

18. **הלכה חדשה וחשובה: השלכה לעתיד ופגיעה ברבות** - לעיל כבר ראינו, כי פסק הדין קבע הלכה חשובה, שעתידיה לשנות את האופן שבו נהגה מערכת הביטחון בזכויותיהן של סרבניות מצפון. אכן, "לא האינטרס האישי של המתדיין הטוען כי נפגע, אלא ההלכה העשויה להשפיע על אינטרסים של רבים אחרים - היא הקובעת" (ד"נ 4/57 ברלינרבלאו נ' שר הבטחון, פ"ד יב 25, 27). ובענייננו - ההלכה החדשה אינה משפיעה רק על עניינה של העותרת, וגם אינה מצומצמת רק לעניינן של סרבניות מצפון "סלקטיביות", אלא על כל אשה ואשה, שטעמים שבמצפון מונעים אותה מלשרת בשירות ביטחון.

19. **הלכה חדשה וחשובה: התנגשות ערכים חוקתיים וזכויות יסוד** - פסק הדין קובע, כי עקרון השוויון מחייב לשלול, ולמצער לצמצם, את זכות היסוד לסירוב מצפוני, שממנה נהנו סרבניות מצפון מאז ומתמיד. יתר על כן, משמעותו המעשית של פסק הדין היא, כי עקרון השוויון המגדרי

מחייב להפלות לרעה נשים, המחזיקות בטעמי מצפון "שאינם קשורים לדת ולמסורת", לעומת נשים שמבקשות פטור מטעמי מצפון "שיסודם במסורת, דת, אורחות חיים ומנהגים עדתיים המיוחדים לאשה באשר היא אשה" (פיסקה 15 לפסה"ד).

אפשר שהבסיס לעמדה זו נעוץ בכך, שבבואו לדון בזכות החוקית לקבלת פטור מטעמי מצפון "מוסריים", קושר פסק הדין בין זכות זו לבין "סוגיית אי הציות לחוק" (ראו פיסקה 9 לפסה"ד), בעוד שפטור מטעמי דתיים אינו נקשר בפסק הדין לסוגייה זו. ואכן, הקשר ל"אי הציות לחוק" אינו הכרחי - מרגע שניתן פטור חוקי נעלמת מאליה שאלת הציות לחוק, ועד כמה שהוא קיים - אין הוא מיוחד לטעמי מצפון "מוסריים", להבדיל מאלה ה"דתיים".

כך או כך - בסופו של דבר מוביל עקרון השוויון למסקנה, כי הזכות לפטור מטעמי מצפון מצומצמת ל"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" (פיסקה 13). הנה כי כן, פסק הדין קובע הלכה חדשה, המשנה את האיזון בין זכויות יסוד חוקתיות - בין נגזרות שונות של הזכות לכבוד. בכך נעוצות החשיבות והקשיות, המחייבות קיומו של דיון נוסף.

20. הלכה קשה: פגיעה בחופש המצפון - כפי שראינו לעיל, ההלכה החדשה פוגעת בזכות היסוד לחופש המצפון ומצמצמת קשות את גדרי הזכות לפטור משירות, המוקנית בחוק, למי שטעמים שבמצפון מונעים ממנה לשרת בצבא - לא עוד זכות חוקית מפורשת, אלא אפשרות לקבלת פטור "מטעמים אחרים" לפי שיקול דעתו של שר הביטחון. עניין לנו, אפוא, בפגיעה בזכות יסוד חוקתית, היונקת חיותה "מהכרזת העצמאות... מאופייה הדמוקרטי של המדינה" (בג"ץ 3261/93 תנינג'ן שר המשפטים, פ"ד מז (3) 282, 286); פגיעה ב"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). פגיעה מעין זו באחד מ"עקרונות היסוד של השיטה" הוכרה זה מכבר כנימוק, המעלה את הסוגייה ל"רמת קשיות, חשיבות או חידוש המצדיקים דיון מחודש ואולי שינוי הלכה" (עניין אפרופים הנ"ל - ראו סעיף 16 לעיל).

21. הלכה קשה: מצפון "דתי" מול מצפון "אחר" - סעיף 39(ג) קובע זכות לפטור משירות צבאי מחמת "טעמים שבמצפון או" מ"טעמים שבהווי משפחתי דתי". בהתאם ללשון הסעיף נהגו רשויות הצבא ביחס ובכבוד שווה לשני סוגי הטעמים. ההלכה החדשה קובעת, כי נוהג זה בטעות יסודו, וכי טעמי מצפון, הקשורים בדת או במסורת, ראויים לכבוד ולהתחשבות גדולים יותר (ולמצער - להתייחסות שונה), מאשר ראויים להם טעמי מצפון, "שיסודם באידיאולוגיה חברתית מדינית, או אף בהשקפות מוסר אישיות, שאינן קשורות לדת ולמנהגים עדתיים" (פיסקה 14). זאת משום ש"כך מתחייב מההכרה בצו המצפון, פרי צווי המסורת והמנהגים, שלרוב אינו מכיר בפשרות, תנאים או סייגים" (פיסקה 13).

אין בפסק הדין כל הסבר, במה נשגבת נחישותו ונאמנותו של המצפון "המסורתי"-עדיתי- זה ש"אינו מכיר בפשרות" - מנחישותו ונאמנותו של המצפון ה"מוסרי"-אידיאולוגי. ולא בכדי, אבחנה מעין זו אינה עולה בקנה אחד עם "עקרונות היסוד של השיטה"; היא מנוגדת ל"תפיסת

הצדק של החברה" ומביאה לתוצאה "שלא ניתן לחיות עימה" - וכל אלו, כזכור, הם "נימוקים... המצדיקים דיון מחודש ואולי שינוי הלכה בעקבותיו" (דנ"א אפרופים הנ"ל).

22. **הלכה קשה: השגת שוויון על ידי פגיעה בקבוצה המקופחת** - ההלכה החדשה נקבעה תוך שימוש בעקרון השוויון ככלי פרשני, ולפי הלך המחשבה הבא: לאור הצמצום שבו נהג המחוקק, שעה "שהסדיר" (או למיצער איפער באמצעות הניסוח ה"פתוח" של סעיף 36 לחוק) את זכותם של גברים לפטור מטעמי מצפון, מן הראוי שנשים לא ייהנו מחופש מצפון גדול יותר, דוגמת ההסדר "הנדיב" שבסעיף 39. מכאן שיש להצר את הזכויות, שמהן נהנו הנשים עד כה.

אכן שימוש פרשני בזכות לשוויון עשוי לא פעם להיות ראוי ומועיל. אך במקרה דנן, שימוש פרשני מעין זה הוא שגוי, משום שהוא מעקם את לשון החוק (ולעניין זה די אם נפנה לדבריו של הנשיא ברק, ולפיהם, לאור לשונו של סעיף 39 "אין מקום לטעון טענת הפליה שלא כדין בין גברים לנשים. השוני בין שני אלה קבוע בחוק, וכל הפליה שבו אינה נתונה לביקורת שיפוטית", בג"צ 4156/95 נתן נ' שר הביטחון, פדאור), וחשוב מכך - משום שאין בו כדי לקדם שוויון של ממש: השאיפה לשוויון ראוי שתוגשם על דרך הרחבת חופש המצפון של גברים ולא על דרך של פגיעה בחופש המצפון של נשים. כך, למשל, שימוש ראוי בזכות לשוויון ככלי פרשני, צריך היה להוביל למסקנה, כי "ועדת המצפון", הפועלת לפי סעיף 36 (זו "של הגברים"), צריכה לנהוג בהתאם לכל הכללים, שבהם מחוייבות ועדות הפטור מטעמים שבמצפון או בהווי משפחתי דתי, הפועלות לפי סעיף 39(ג).

יתר על כן, שוויון בין המינים אינו עניין פורמלי ומתמטי והוא קשור קשר בל ינתק לזכות לכבוד (ראו: בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 131). בהקשר המגדרי, בשים לב לכך שעקרון השוויון מטרתו לתקן "עיוות חברתי", שפגע ועודנו פוגע בקבוצת הנשים, יש להיזהר במיוחד מ"תיקון" אי-השוויון על דרך פגיעה בקבוצה המקופחת דווקא.

23. **הלכה קשה: פגיעה בזכויות יסוד בלא הליך הוגן** - ההלכה החדשה נקבעה אגב הכרעה בשאלה משפטית, שהועלתה ביוזמת בית המשפט בשלב כתיבת פסק הדין, ושלבולות הדין (ולנפגעות בכוח נוספות) לא ניתנה הזדמנות להתייחס אליה. הלכה כה חשובה ומשמעותית, שנולדה בהליך חסר שכוזה, היא בהכרח "הלכה קשה". הכלל הוא, ש"בהליך אדוורסרי אין בית המשפט פוסק אלא במחלוקות שמעוררים בפניו הצדדים" (דנ"א 7052/00 משרד האוצר נ' אנג'ל, פדאור 01 (1) 192; ע"פ 143/73 מ"י נ' זיידל, פ"ד כח (2) 19, 22). הגם שבית המשפט אינו "מנוע מלהיזקק לקונסטרוקציה משפטית, שלא הועלתה בטיעוני הצדדים, הרי ברור שיש להתייחס לכך כאל צעד חריג, שביית המשפט יבחר בו רק במקרים מיוחדים, כאשר דרישות הצדק מחייבות זאת" (ע"א 536/89 פ"ב בע"מ נ' לויטין, פ"ד מו (3) 617, 625; ע"א 4839/92 ג'נן נ' כץ, פ"ד מח (4) 749, 760, 764). ואפילו במקרה חריג מעין זה - לכל הפחות יאפשר בית המשפט לצדדים להתייחס לקונסטרוקציה המשפטית שהגה ולא ישלים את החסר ב"בדיקת ההוראות והתקנות הרלוואנטיות... כאשר אין לדעת בוודאות, שמא יכלו באי-כוח הצדדים להאיר חיקוקים אלה באור אחר" (ר"ע 199/87 קראוס נ' כלל, מב (1) 4, 15).

זהו מנהגו של בית המשפט הנכבד. ככל שבמהלך דיוניו מתעוררת שאלה משפטית חדשה, שלצדדים לא ניתנה הזדמנות להתייחס אליה, נוקט בית המשפט באחת משתי האפשרויות: נמנע מלהכריע בשאלה החדשה (ראו למשל - דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, פ"ד נו (6) 385, 430): "משלא נשמעו טיעונים

לגבי שאלת תחולתם של דיני החוזים בענייננו ... לא ארצה לנקוט עמדה לגביה בהליך שלפנינו; "ד"ן 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו (3) 714, 701: "בעלי הדין בערעור נתבקשו להגביל טיעוניהם לעניין זה לבדו, והם גם לא חרגו ממנו, ופשיטא, שאין אנו רשאים במסגרת של דיון נוסף להחליט מיוזמתנו בטענה שלא נטענה לפנינו." ולחלופין, מעכב את הדיון ומאפשר לצדדים להתייחס אליה (ראו למשל: דנג"צ 9411/00 ארקו בע"מ נ' ראש עיריית ראש"ל"צ, פדאור 03 (3) 528).

הזכות למשפט הוגן, המעוגנת בזכות החוקתית לכבוד ולחירות (ראו למשל: בג"צ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועמ"ש, פ"ד נא(2) 757, 782), ומראית פני הצדק מחייבות לתת לצדדים ולנפגעים בכוח נוספים את יומם בבית המשפט, ולקיים דיון נוסף בהלכה החדשה.

24. הלכה קשה: טעות מהותית ובולטת - לא פעם מנה בית המשפט הנכבד, בין הנימוקים המצדיקים קיומו של דיון נוסף, את הטעם "שנפלה בפסק הדין טעות מהותית" (דנ"א 2485/95 אפרופים בע"מ נ' מ"י, תק-על 95(2), 1446, 1448; דנ"פ 6599/00 חאג'-יחיא נ' מ"י פדאור 00 (3) 205, פסקה 5; דנ"פ 7978/00 בדווי נ' מ"י, פדאור 00 (7) 867, פסקה 5; דנ"פ 6890/00 פלוני נ' מ"י, פדאור 00 (4) 335, פסקה 6; דנג"צ 7220/02 סגל נ' ביה"ד הארצי לעבודה פדאור 03 (2) 540, עמ' 1).

טעות מהותית ובולטת על פני הפסק נזכרת כעילה עצמאית לבקשה כמו זו דנן, קל וחומר, שהיא מצדיקה קיומו של דיון נוסף שעה שהיא חוברת לטעמים, שכבר נמנו לעיל. כמובן שאין בדעתנו לפרט ולהסביר את כל הטעויות המהותיות, שהובילו להלכה הקשה והשגויה - את זאת נעשה לאחר שייפתחו שערי הטרקלין לפנינו" ונגיע, כך נקווה, לדיון הנוסף גופו. אך יחד עם זאת, על מנת שנוכל לבסס את נימוק ה"טעות המהותית", המצדיק היענות לבקשה, נעלה להלן בקצרה מספר נקודות בעניין זה.

24.1. בהסבירו מדוע יש לצמצם את תחולת הפטור מטעמי מצפון, לפי סעיף 39(ג), אך רק לטעמי מצפון הקשורים "לדת ולמנהגים עדתיים", אומר בית המשפט הנכבד: "כך נובע גם מאופי הסירוב אשר מאחר שאינו בעל מימד פוליטי-אידיאולוגי, ההכרה בו אינה גוררת את אותם סיכונים לתיפקודו התקין של הצבא העלולים לנבוע מהכרה בסרבנות הסלקטיבית כעילה לפטור" (פיסקה 14). על פניו נראה, כי בכך נפלה בפסק הדין שגגה: בתחילת הדרך נשאלה השאלה האם סעיף 39(ג) לחוק מחייב הכרה בעותרת, שהיא סרבנית "סלקטיבית", כמי שזכאית לפטור משירות. והנה, בסופו של דבר נקבע, כי סעיף 39(ג) לחוק אינו חל על העותרת (ועל כל סרבנית מצפון "חילונית" אחרת) בשל... החשש מתוצאות שיהיו ל"הכרה בסרבנות הסלקטיבית כעילה לפטור".

24.2. פסק הדין בוחן את כל אחד מסעיפי החוק בנפרד ומתעלם מן המכלול. הוא פותח בקביעה, שלפיה סעיף 36 הוא שמסדיר את הפטור לסרבניות המצפון, בהסתמך על כך, שפרשנות זו נסבלת לאור לשונו הכללית של הסעיף ("טעמים אחרים") (ונסבלת גם על ידי המשיבים: "מקובל על שר הביטחון ועל העושים מטעמו כי אותם טעמים אחרים כוללים טעמים של סרבנות מצפון" (בג"צ 1380/02 בן ארצי נ' שר הביטחון, פ"ד נו (4) 476, 477 - ההדגשה נוספה). רק לאחר שנקבע, כי סעיף 36 הוא שחל על פטור מטעמים שבמצפון, שאינם דתיים או עדתיים, חוזר הדיון לסעיף 39. כיוון שכבר נקבע, כי סעיף 39 אינו חל על סרבניות המצפון, נבדקת משמעותו החדשה,

וממילא נמצא, כי הוא חל אך ורק על בנות עדות דתיות ומסורתיות. כך הפך סעיף הסל השיורי ("טעמים אחרים") להסדר הרלוונטי, ואילו הסעיף המיוחד - זה, הנוקב במפורש ב"טעמים שבמצפון" כעילה לפטור - הפך להיות סעיף שיורי ולמעשה רוקן מתוכן.

24.3. טעות מהותית נפלה גם בבדיקת ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 39(ג) ואיתור התכלית הסובייקטיבית של מנסחיו. הצעת החוק המקורית כללה פטור לנשים אך ורק מטעמים של "הכרה הדתית". היו אלה המחוקקים, שהוסיפו כטעם נוסף לפטור - גם "טעמים שבמצפון", וזאת מתוך כוונה מפורשת שבמקום פטור סקטוריאלי (לנשים דתיות בלבד) תעוגן בחוק זכותן של כל הנשים לפטור משירות מטעמי דת ומצפון (ראו: דברי הכנסת, כרך ב', עמ' 1522 (1.9.1949); מאזכר ב: גדי אלגזי, "תולדות הסירוב", בתוך: משפטי הסרבנים, (בבל, 2004); וכן ה"ח תש"ט 188). יתר על כן, מסתבר שמאוחר יותר היתה גם הצעת חוק, שכשלה, ושביקשה להוציא את "טעמי המצפון" מהסעיף ולהותיר בו רק את הטעמים "הדתיים" (דברי הכנסת, כרך יא, עמ' 1559, 1569; מתוך, אלגזי, שם). גם טעות, המתגלית רק למי שחוזר למקורות החקיקה, תחשב ל"טעות מהותית", הגם, שלכאורה היא אינה "גלויה על פני הפסק" (השוו: בג"צ 525/84 חטיב נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מ (1) 673, 694).

25. העותרים הודיעו כי הם מסכימים לבקשה. ב"כ המשיבים הודיע, שיגיב לבקשה בתוך 10 ימים.

31 באוגוסט, 2004

דן יקיר, עו"ד

ב"כ המבקשת