

“סרבנות סלקטיבית” ושאלת הפטור משירות צבאי

הערת פסיקה להחלטה בעניין שבילי

דני סטטמן*

בפרשת **שבילי** השתמש בית-המשפט העליון במושג “סרבנות סלקטיבית” לגבי מועמד לשירות ביטחון שהסכים לשרת במשטרה אך סירב לשרת בצבא. בית-המשפט קבע כי בהתאם למדיניותו בעבר, אין הוא יכול להתיר סרבנות כזאת, ולכן עליו לדחות את בקשת הפטור של המועמד. המאמר דן באופן ביקורתי בעמדה זו, ודוחה את יישומו של המושג “סרבנות סלקטיבית” למקרה הנדון. הסדר שבו חיילים בעלי נטיות פציפיסטיות משרתים במשטרה (או במסגרות לא-צבאיות אחרות) אינו בעייתי משום בחינה; אדרבה, הוא מאזן כהלכה בין הערך של כיבוד המצפון לבין הערך של שירות הוגן ושווה למדינה.

מבוא. א. סרבנות סלקטיבית. ב. ההחלטה בעניין שבילי – סוג חדש של סרבנות סלקטיבית? ג. סיכום – “שבילי הראשון”, “שבילי השני” והמדיניות הראויה כלפי “מצפוניסטים”.

מבוא

בית-המשפט העליון קבע כמה פעמים בעבר שרק פציפיסטים, המתנגדים באופן עקרוני לשירות צבא, יכולים לחסות בצל ההגנה שהמדינה מעניקה לחופש המצפון ולקבל פטור משירות צבאי. לעומת זאת, מועמדים לשירות ביטחון (מלשׁ-בים) או חיילים (בעיקר חיילי מילואים) שמתנגדים באופן עמוק למדיניות מסוימת שהצבא מיישם אינם זכאים לפטור כזה. עמדת הראשונים מאופיינת בפי בית-המשפט כ”סרבנות מלאה”, בעוד עמדת האחרונים מאופיינת כ”סרבנות סלקטיבית”.

* המחבר מלמד בחוג לפילוסופיה באוניברסיטת חיפה. תודה לדוד אנוך, לאילן סבן ולחברי מערכת משפט וממשל על הערות מועילות לטיוטות קודמות.

לאחרונה, בעניין שבילי,¹ נדרש שוב בית-המשפט להבחנה זו. ברם, הפירוש שהוא מציע לה נראה לי בעייתי, וכך גם ההשלכות הנובעות מכך לגבי הזכות להתחשבות מצד המדינה באלה שמצפונם מקשה עליהם לשרת בצבא. במאמר קצר זה אנסה להסביר מדוע. אפתח בהצגה של שני סוגי הסרבנות הסלקטיבית שבהם דן בית-המשפט בעבר. לאחר-מכן אציג את ההחלטה בעניין שבילי ואסביר מדוע היא מוטעית. לסיכום אסביר את ההבדל בין עמדתו של בית-המשפט לבין ההצעה שהעליתי במקום אחר לגבי היחס לפציפיסטים.

א. סרבנות סלקטיבית

לפני שאציג את האופן שבו פירש בית-המשפט את המושג "סרבנות סלקטיבית" בעבר, לפני פרשת שבילי, ברצוני להביע אי-נחת מהשימוש הרווח במושג "סרבנות" כדי לאפיין מלש"בים המבקשים פטור מגיוס על בסיס הדרישה לכיבוד מצפונם, שהרי בשעה שהם מבקשים פטור זה, אין כל פקודה שהם מסרבים לה. מבחינה זו הם אינם "סרבנים" יותר מאשר בנות דתיות המבקשות פטור על-סמך "טעמים שבהווי משפחתי דתי",² מלש"בים המבקשים פטור בשל בעיות בריאות וכך הלאה. נכון שאם תידחה בקשת ה"מצפוניסטים" לפטור, הם עשויים לסרב להוראה להתייצב לשירות צבאי, אבל דברים אלה נכונים גם לגבי מלש"בים אחרים: אם תידחה בקשתן של בנות דתיות לקבל פטור, הן עשויות בהחלט לסרב להתייצב לגיוס, ולמרות זאת אינן מאפיין את קבוצת הבנות הדתיות המבקשות פטור מגיוס כ"סרבניות". מבקשי פטור משירות צבאי תומכים את בקשתם בעילות שונות, וזו המעניינת אותנו כאן היא כבוד למצפון. לכן הכינוי המתאים לקבוצה הנדונה אינו "סרבנים", אלא "מבקשי פטור על יסוד כבוד למצפונם". לעומת זאת, המושג "סרבנות" מתאים בדרך-כלל למקרים של חיילים המקבלים הוראה ומסרבים למלאה על בסיס טעמים שבמצפון, דוגמת המקרים שנדונו בעניין זונשיין³ ובעניין בוטביה.⁴ אין מדובר בעניין לשוני גרידא: סרבנות היא כמעט בהגדרה לא-לגיטימית, ולכן אם מצמידים לקבוצה את הכינוי הזה, יוצרים מראש דעה קדומה נגדה, מה שאין כן במקרה של שימוש במונח "בקשה לפטור", באשר בבקשה זו כשלעצמה אין שום דבר לא-לגיטימי. מכל מקום, הואיל ובשיח הציבורי והמשפטי השתגר המושג "סרבנות" כדי לאפיין הן מלש"בים והן חיילים התומכים את יתדותיהם בטענות של פגיעה במצפון, אשתמש בו גם אני כאן.

1 בג"ץ 5587/09 שבילי נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 28.7.2010).

2 ס' 39 לחוק שירות ביטחון, התשמ"ו-1986.

3 בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נז(1) 726 (2002).

4 רע"פ 5716/08 התובע הצבאי הראשי נ' בוטביה (פורסם בנבו, 14.1.2009).

מהי אפוא סרבנות סלקטיבית, ומדוע, לדעת בית-המשפט, אין היא מזכה את בעליה בפטור המבוקש משירות צבאי? לדברי השופטת חיות בעניין שבילי, סרבנות זו מאפיינת את אלה המבקשים "לא ליטול חלק בזמן נתון ובמקום נתון בביצוע המדיניות של השלטון על-ידי המערכת הצבאית, בשל כך שהיא סותרת את תפישת העולם הפוליטית-אידיאולוגית שלהם".⁵ אין מדובר באזרחים המתנגדים לכל שימוש באלימות כדרך לפתרון קונפליקטים, וגם לא בכאלה שמתנגדים באופן ספציפי יותר לשימוש בצבאות כדי לפתור סכסוכים ברמה הבין-לאומית. מדובר באזרחים המתירים שימוש באלימות הן ברמה האישית והן ברמה המדינתית, אלא שהם אינם מוכנים ליטול בה חלק משום שהם סבורים כי היא משמשת לרע, כלומר, שבנסיבות היסטוריות נתונות המדינה משתמשת בצבא בצורה פסולה. פסלות זו עשויה לנבוע מהמטרות הפסולות של השימוש בצבא – למשל, יציאה למלחמה לא-צודקת – או מן האופן הפסול של השימוש בו, רוצה לומר, נקיטת דרכי לחימה בלתי-מוסריות. במונחיה של תורת המלחמה הצודקת, הסרבנים עשויים לחשוב שהמדינה נכשלת ברמה של צדקת המלחמה (jus ad bellum) או ברמה של צדקת הלחימה (jus in bello).

לאחר ההגדרה שלעיל, השופטת חיות מונה את המקרים העיקריים של סרבנות סלקטיבית שבהם דן בית-המשפט בעבר, ביניהם עניין שייך,⁶ עניין זונשיין,⁷ עניין מילוא⁸ ועניין מלנקי.⁹ ברם, לדעתי חשוב להבחין כאן בין שני סוגי מקרים: סוג אחד עוסק במלש"בים או בחיילים המבקשים פטור מלא משירות צבאי, על בסיס התנגדותם העמוקה למדיניות שהצבא מיישם; והסוג האחר עוסק במלש"בים או בחיילים המבקשים פטור, על בסיס כיבוד המצפון, רק מאותן פעילויות צבאיות שנוגדות באופן ישיר את מצפונם. בהקשר הישראלי רוב המקרים של סרבנות סלקטיבית (אם כי לא כולם, כפי שנראה להלן) מבוססים על התנגדות לשליטה הישראלית בשטחים שנכבשו בשנת 1967. סרבנים מהסוג הראשון מבקשים פטור מלא משירות צבאי על בסיס הטענה כי בגלל התנגדותם לכיבוש אין הם יכולים כלל (כלומר, הדבר מנוגד למצפונם) לשרת בצבא ששימור הכיבוש ותחזוקתו הם משימה מרכזית שלו. סרבנים מהסוג השני אינם מבקשים פטור משירות צבא באופן כללי, אלא רק מהשתתפות במשימות שמטרתן המשך הכיבוש. עניין מילוא הוא דוגמה לסוג הראשון: טענתה של מילוא הייתה כי "נוכח התנגדותה למדיניות צה"ל בשטחים, העומדת בסתירה לאידיאולוגיה ההומנית-מוסרית שלה", היא זכאית לפטור מלא משירות צבא.¹⁰

5 עניין שבילי, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת חיות.

6 בג"ץ 734/83 שייך נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 393, 395 (1984).

7 לעיל ה"ש 3.

8 בג"ץ 2383/04 מילוא נ' שר הביטחון, פ"ד נט(1) 166, 170 (2004).

9 בג"ץ 1026/02 מלנקי נ' שר הביטחון, פ"ד נט(3) 56, 62 (2004).

10 עניין מילוא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 170.

עניין זונשיין הוא דוגמה לסוג השני: טענתם של זונשיין וחבריו הייתה שיש לבטל את פסקי-הדין נגדם על סירוב הפקודה לשרת בשטחים (במסגרת מילואים), שכן פקודה זו נגדה את זכותם לחופש המצפון, כמי שמתנגדים באופן אידיאולוגי לכיבוש. הם לא טענו שכל פקודה שתופנה אליהם (למשל, לשרת בגבול הצפון) תנגוד זכות זו.¹¹ בקטגוריה זו ניתן למצוא גם את עניין שיין, שעסק בחייל אשר נקרא לשירות מילואים, אך משראה כי עליו לשרת בדרום לבנון, סירב לעשות זאת, משום שלטענתו שהיית צה"ל שם הייתה בלתי-חוקית ולא עלתה בקנה אחד עם מושגי-היסוד של לחימה צודקת. כך גם עניין אלגזי, שבו נדון מקרה של חייל אשר לאחר הטייוונות שלו סירב שבע פעמים לשרת בגדה המערבית.¹² ככל הידוע לי, יש מקרים מעטים בלבד של סרבנות סלקטיבית מימין, וכולם שייכים לקטגוריה השנייה, דוגמת המקרה של בוטביה, שסירב לפקד על פלוגת לוחמיו במסגרת תוכנית ההתנתקות.¹³ איני מכיר מקרים של מלש"בים או חיילים שביקשו פטור מלא מהצבא על בסיס עמדה פוליטית-אידיאולוגית ימנית.¹⁴

כאמור, לפי תפיסתו של בית-המשפט, שני סוגי המקרים נכללים במושג "סרבנות סלקטיבית", אבל לדעתי הוא מתאים יותר למקרים דוגמת זה של זונשיין, ופחות למקרים כגון זה של מילוא. במקרה של זונשיין וחבריו, הסרבנות אכן הייתה סלקטיבית, במובן זה שהיא חלה רק על פקודות לשרת בשטחים שנכבשו בשנת 1967, ולא על פקודות אפשריות אחרות, כגון פקודות לשרת בגבול הצפון. לעומת זאת, אצל מילוא הסרבנות חלה על כל פקודה, ועל עצם השירות בצה"ל, ולא על פקודות לביצוע מעשים מסוימים. סרבנותה הייתה "סלקטיבית" רק במובן זה שהטעמים שביסודה לא חלו על שירות צבאי בכל עת ובכל מקום.¹⁵

11 עניין זונשיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 729.

12 בג"ץ 470/80 אלגזי נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 9.2.1980).

13 עניין בוטביה, לעיל ה"ש 4.

14 סביר להניח שקיימים מלש"בים או חיילים, משמאל ומימין, שמוצאים דרכים אחרות להתחמק משירות צבאי בכלל או ממשירות ספציפיות מבלי להעלות במפורש לפני מפקדיהם או לפני רשויות הצבא טענות בדבר כיבוד מצפונם. אלה חורגים כמובן מהדיון הנוכחי.

15 לפרשנות רחבה זו של המושג "סרבנות סלקטיבית" ראו, למשל, את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין מילוא, לעיל ה"ש 8, פס' 10 לפסק-דינה, הטוענת כי סרבנות סלקטיבית, "על פי טיבה, היא סרבנות על תנאי. היא אינה שוללת מכל וכל את השירות הצבאי, אלא היא מתנה את השירות בהתקיימותם של תנאים מסוימים. מקורה עשוי להיות בהתנגדות למדיניות הצבא, שעניינה פוליטי, אידיאולוגי, רעיוני. היא תקפה כל עוד המדיניות לא נשתנתה. התנאי לסרבנות עשוי ללבוש צורות שונות – סירוב לשרת באזור מסוים, בזמן מסוים, או לבצע פעולות מסוימות במסגרת השירות".

ראוי לשים לב למשמעות הנורמטיבית של ההבחנה המוצעת. כאשר שאר התנאים שווים, טענת הפגיעה במצפון חזקה יותר במקרים מן הסוג הראשון מאשר במקרים מן הסוג השני. אם פלוני סבור כי הכיבוש הישראלי בשטחים פסול מבחינה מוסרית, ואם הוא סבור כי לצה"ל יש תפקיד מרכזי בניהולו של כיבוש זה, אזי הדרישה שהוא עצמו ישרת בשטחים תובעת ממנו לעשות משהו המנוגד באופן ישיר וחזיתי לעקרונותיו העמוקים. לכן כפייתו לשרת שירות צבאי בחברון או ביצהר תהווה התקפה חמורה על מצפונו. לעומת זאת, אם אדם כזה יוצב כחובש במרפאה צבאית בנגב, השותפות שתיתבע ממנו במעשים שנתפסים בעיניו אסורים תהיה עקיפה הרבה יותר. רוצה לומר: יש הבדל בין שותפות פעילה ביישום מדיניות שאדם מתנגד לה בכל מאודו לבין השתתפות בפעולות שנתפסות בעיניו לגיטימיות ואף רצויות (חובש במרפאה בנגב) במסגרת ארגון שחלק ניכר מפעילותו מוקדש למטרה שהיא מתנגד לה (הכיבוש).

גם לגבי סרבנים מימין ניתן להעלות על הדעת את שני הסוגים לעיל: אלה המבקשים פטור כללי מהצבא בגלל מעורבותו ביישום מדיניות שהם מתנגדים לה עמוקות, ואלה המבקשים פטור מפעולה מסוימת של הצבא. דוגמה מהסוג הראשון תהיה חיילים המבקשים פטור מכל שירות בצבא על בסיס הטענה כי צה"ל הוא "צבא הגירוש", שנרתם להוציא לפועל מדיניות בלתי-מוסרית שהם מתנגדים לה בכל מאודם. דוגמה מהסוג השני תהיה חיילים המבקשים פטור מפעולה ספציפית של פינוי התנחלויות, שהיא לדעתם בלתי-מוסרית ומסכנת את בטחון המדינה. בכל הנוגע במצוקה המצפונית שנגרמת כאשר כופים אדם להשתתף באופן פעיל וישיר בפעולות שהוא מתנגד להן, אין הבדל כאן בין שמאל לימין. לעומת זאת, מבחינת המצוקה הנגרמת בשל חברות בארגון שנתפס כמיישם מדיניות בעייתית קיים הבדל: הואיל והעיסוק בשימורו ובתחזוקו של הכיבוש הישראלי בשטחים הוא חלק מרכזי הרבה יותר בפעילות הצבא למן שנת 1967 מאשר העיסוק בפינוי מתנחלים, הטענה כי עצם השירות בצבא, אפילו בתפקיד שאינו קשור לכיבוש, מהווה פגיעה במצפונו של מי שמתנגד בכל מאודו לכיבוש זה משכנעת יותר מאשר הטענה כי עצם השירות בצבא, אפילו בתפקיד שאינו קשור כלל לפינוי התנחלויות, מהווה פגיעה במצפונו של מי שמתנגד בכל מאודו לפינוי זה.

במקום אחר טענתי כי התנאים שצריכים להתמלא כדי שאזרח יהיה זכאי לפטור, במסגרת כיבוד המצפון, מחוק בעל תחולה כללית הם: (א) שהמעשה שהוא נדרש לעשות מתוקף חוק זה יהיה מנוגד חזיתית לעקרונות שהוא מחויב להם באופן עמוק; (ב) שההפרה הנדרשת תהיה כרוכה בפעולה אקטיבית מצידו, בהפרה "בידיים" של עקרונות אלה. מטענה זו הסקתי שפציפיסטים אינם זכאים לפטור מלא משירות בצבא (או דרך הצבא), אלא רק

לשיבוץ שמיישב באופן הכי פחות מעיק בין עקרונותיהם לבין אופי השירות.¹⁶ הצעה זו מנוגדת למדיניות שנקטה זה שנים רבות על-ידי הצבא, ואשר מגובה על-ידי בית-המשפט, שלפיה לפציפיסטים יש זכות לקבל פטור מלא מכל סוג של שירות בצבא, שפירושה המעשי הוא פטור מלא מכל סוג של שירות למדינה, שהרי בארץ אין חובת שירות חלופי למי שמקבל פטור מהצבא.

האם הצעתי זו תחול גם על סרבנים סלקטיביים? לגבי סרבנים מהסוג הראשון, דוגמת מילוא, איני רואה מדוע לא. בשל התנגדותה העזה לכיבוש, תהיה זו אכן פגיעה בלתי-נסבלת במצפונה אם יציבו אותה בחברון, אבל לא אם יציבו אותה כחובשת במרפאה בנגב, קל וחומר אם יציבו אותה באחד המסלולים של "שירות מוכר", שזיקתו לצבא בכלל, ולכיבוש בפרט, קלושה עד-מאוד.¹⁷ לעומת זאת, ההצעה אינה רלוונטית לסרבנים מהסוג השני, דוגמת זונשיין או בוטביה, המבקשים פטור רק מסוג מסוים של פעולות – אלה הנוגדות באופן ישיר את אמונתם וערכיהם. במקרים אלה קשה להעלות על הדעת הסדר שימנע את הפגיעה במצפונם מבלי לפטור אותם מהפעולה שאכיפתה היא מקור הפגיעה. אם המדינה כופה עליהם את ההשתתפות בפעולות אלה, היא אכן פוגעת במצפונם באופן שאמור להטריד כל ליברל, אם כי ייתכן שיש שיקולים מעשיים חזקים שאינם מאפשרים את הענקת הפטור המבוקש. זו הייתה דעתו של בית-המשפט העליון בעניין זונשיין. בית-המשפט קיבל את הטענה כי מצפונם של העותרים ייפגע אם הם יחויבו לשרת בשטחים, אבל טען כי אם הם יקבלו פטור משירות זה, יהיו לכך השלכות בלתי-נסבלות על יכולתו של צה"ל למלא את משימותיו. בית-המשפט העריך כי התוצאה של מתן פטור כזה תהיה הגדלת מספרם של מבקשי הפטור (וכמובן גם של מקבלי הפטור) מסוג זה, ו"צבא העם" ייהפך "לצבא של עממים המורכבים מיחידות שונות שלכל אחת מהן תחומים שבהם מותר לה לפעול מצפונית, ותחומים אחרים שבהן [כך במקור] נאסר עליה מצפונית מלפעול".¹⁸ שיקולים מעשיים מסוג זה תקפים גם לגבי האפשרות להתחשב במצפונם של מבקשי פטור דוגמת מילוא. מספרם של מתנגדי הכיבוש בארץ גדול לאין ערוך ממספר הפציפיסטים, ולכן אם תונהג מדיניות של התחשבות בעמדות כאלה במסגרת השיבוץ לשירות צבאי, עלולות להיות לכך השלכות בעייתיות מבחינת לכידותו של הצבא ויכולתו לבצע את משימותיו. טבלה 1 מציעה סיכום-ביניים לאמור עד כאן.

16 דני סטטמן "הרהורים ביקורתיים על הפטור משירות צבאי מטעמי מצפון" עיוני משפט לא 669 (2009).

17 צו שירות ביטחון (שירות מוכר להשגת יעדים ביטחוניים-לאומיים) (הוראת שעה), התשס"ז-2007.

18 עניין זונשיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 734.

טבלה 1: בקשה לפטור גורף משירות מול בקשה לפטור מפעולות מסוימות במסגרת השירות

בקשה לפטור גורף מכל שירות בצבא או דרך הצבא ("שירות מוכר", שירות במשטרה) על בסיס פציפזם	התנגדות למדיניות שהצבא מיישם	בקשה לפטור מפעולות מסוימות במסגרת השירות הצבאי שנתפסות כבעייתיות
		חייילים בשירות סדיר או (בעיקר) חייילים בשירות מילואים זונשיין
מלש"בים	מלש"בים	רלוונטי בעיקר ל- דוגמה
מילוא	עשרות המלש"בים שקיבלו פטור בשנים האחרונות דרך "ועדת המצפון"	גישת הפסיקה עד עכשיו
אי-הכרה בזכות לקבלת פטור	הכרה בזכות חוקתית לקבלת פטור	

הניסוח "אי-הכרה בזכות" עלול להטעות, בהתחשב בכך שבית-המשפט הכיר במפורש בכנות טענותיהם של זונשיין ושל מילוא ובמצוקה שתיגרם להם אם ייכפו לשרת בצבא (במקרה של מילוא) או לשרת בשטחים (במקרה של זונשיין). ניסוח מתאים יותר עשוי להיות "הכרה בזכות, אך הסגתה מפני שיקולים אחרים". ניסוח זה מבליט את העובדה שהואיל ומדובר בפגיעה בזכות, יש צורך בטעמים חזקים ומשכנעים כדי להפר אותה, כמו במקרים של הפרת זכויות באופן כללי. דומני שאכן קיימים שיקולים כאלה – של טובת הציבור – במקרים הנדונים, אבל כמדיניות ראוי לבדוק כל מקרה לגופו ולברר מתוך רצון טוב אם ניתן למצוא איזון נאות בין כיבוד המצפון לבין השיקולים המעשיים הרלוונטיים.¹⁹

¹⁹ בפסיקה רדיקלית בגרמניה משנת 2005 נקבע כי קצין שסירב למלא פקודות מסוימות מחשש שיסייע בכך למלחמה בעיראק – מלחמה שנראתה לו בלתי-צודקת – יכול ליהנות מהגנה של חופש המצפון, ולא יעמוד לדין משמעתי על הפרת פקודה. בית-המשפט בגרמניה לא חשש ממדרון חלקלק שבסופו לא יוכל הצבא הגרמני למלא את משימותיו. אני סבור כי האתגרים שצה"ל ניצב בפניהם שונים, וכי לכן גישה זו אינה מתאימה למציאות הישראלית. עם זאת, ראוי שנשווה את המקרה הגרמני לנגד עינינו כל אימת שאנו דנים בגבולות ההכרה בחופש המצפון. הוא מהווה תזכורת טובה לכך שלעיתים קרובות מדרונות נראים חלקלקים יותר מכפי שהם באמת. ראו: *Urteil des 2. Wehrdienstsenats vom 21. Juni 2005 BVerwG 2 WD 12.04, Germany: Bundesverwaltungsgericht, 21 June 2005, available at www.unhcr.org/refworld/docid/4a54bbfdf.html*

ב. ההחלטה בעניין שבילי – סוג חדש של סרבנות סלקטיבית?

מר שבילי ביקש לקבל פטור משירות ביטחון מטעמי מצפון, מתוך כבוד לעקרונותיו הפציפיסטיים. הוועדה הצבאית הדנה בבקשות אלה (המכונה "ועדת המצפון", או בשמה הרשמי – "הוועדה המייעצת לענייני פטור משירות בטחון מטעמי מצפון") ראינה אותו, אך לא השתכנעה כי "טעמים שבמצפון פציפיסטי מונעים ממנו לשרת בשירות בטחון", ולכן החליטה לא להמליץ על הפטור המבוקש. בעקבות פנייה לבג"ץ דנה הוועדה שוב בעניינו, הפעם בהרכב אחר, והגיעה לאותה תוצאה. על החלטה שנייה זו הגיש שבילי עתירה לבג"ץ, שבה טען כי ההחלטה לא להעניק לו פטור משירות ביטחון לוקה בחוסר סבירות ולכן צריכה להתבטל.²⁰

פסק-הדין התמקד בשאלה מה משמעות הנכונות שהביע שבילי, בהופעתו מול הוועדה, לשרת במשטרה (ה"כחולה", להבדיל ממשמר הגבול) במקום בצבא. כידוע, הצבא מעביר מדי שנה מספר מסוים של יוצאי-צבא לשירות במשטרה, וההצעה שהועלתה לפני שבילי הייתה להיות חלק מהסדר זה, וכך לפתור את הניגוד בין עקרונותיו הפציפיסטיים לבין השירות שהמדינה מטילה עליו. בעקבות נכונות זו נקבע לשבילי ריאיון במשטרה כדי לקבוע את שיבוצו. שבילי לא התייצב לריאיון שנקבע. הוא טען שנפגעה לא כדין זכותו להגיע עם באת-כוחו; שהתברר לו כי השירות במשטרה כרוך בגיוס לצה"ל ובכפופות ארגונית לצה"ל; ושכל מקרה השירות במשטרה, כמו גם בסוגים שונים של שירות מוכר, אינו פתרון ראוי לפציפיסטים, ולכן אין הוא יכול להסכים לו.

הטענה האחרונה מבטאת שינוי בעמדתו של שבילי בהשוואה לזו שביטא בוועדה, אך בדיונו הפילוסופי-המשפטי התעלם בג"ץ משינוי זה, והעמדה שהוא ייחס לעותר הייתה, מצד אחד, התנגדות חד-משמעית לכל סוג של שירות צבאי, ומצד אחר, נכונות לשרת במשטרה (בתפקידים מסוימים שאינם כרוכים בהפעלת אלימות). למרות מחלוקת מסוימות בין שופטי ההרכב, כולם היו תמימי-דעים כי עמדה זו היא בעייתית, ולכן הסכימו כי יש לדחות את בקשתו לפטור. לדעתי, עמדה זו אינה בעייתית כלל, והיה ראוי לכבדה. החידוש בפסק-הדין נעוץ בהמשגת עמדתו של שבילי כסרבנות סלקטיבית. שבילי התנגד רק לסוגים מסוימים של שימוש בכוח, רוצה לומר, במסגרת הצבא. לשימושים אחרים – במסגרת המשטרה – לא הייתה לו התנגדות. לדברי השופטת פרוקצ'יה:

אבחנה בין שימוש בכוח בידי הצבא לבין שימוש בכוח בידי המשטרה, והבעת נכונות לשרת במשטרה, ובלבד שהשירות לא יהיה קשור בדרך כלשהי לשירות הצבאי, מבטאות גישה מצפונית מותנית, המבחינה בין כוח

20 עניין שבילי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5.

לכוח, ומציבה תנאים לשירות כזה ולא אחר, שכמוהם כסרבנות סלקטיבית התלויה בדבר, ומותנית בתנאים מוקדמים.²¹

אחזור ואדגיש כי המשגה זו הגיונית רק אם מתייחסים לעמדת שבילי בוועדה הראשונה, שבה הוא סירב כאמור לשירות צבאי אך הסכים לשירות במשטרה. לאחר־מכן, כאשר שינה את דעתו, הוא לא היה סלקטיבי בשום מובן של הביטוי, אלא סירב לכל שירות – בין בצבא (בשירות רגיל או "מוכר") ובין במשטרה.

לעניות דעתי, הבנת המקרה שלפנינו במונחים של סרבנות סלקטיבית, על ההשלכות הנורמטיביות הנובעות מכך, היא טעות. אנסה להסביר מדוע. במקרים טיפוסיים של סרבנות סלקטיבית, דוגמת זה של זונשיין, העותר מבקש פטור מסוג מסוים של פעילות צבאית (כגון שירות בשטחים הכבושים), שאותו הוא תופס כמנוגד למצפונו, אך אינו מתנגד ליטול חלק בפעולות אחרות של הצבא. שבילי, לעומת זאת, ביקש פטור גורף מכל סוג של שירות צבאי, בלא תלות במטרתו, באופיו או בהקשר ההיסטורי שלו.

על כך ניתן לכאורה להשיב כי הסלקטיביות בעניינו של שבילי חלה לא על השירות הצבאי, אלא על השירות במוסדות של המדינה שמפעילים כוח: צבא, משטרה וגופים אחרים. לפי זה, שבילי היה סלקטיבי כי הסכים לשרת במוסד אחד שמפעיל כוח, דהיינו המשטרה, ובו־בזמן סירב לשרת במוסד אחר שמפעיל כוח, דהיינו הצבא. אלא שתשובה זו נראית לי בעייתית. ראשית, הַהֲנִיעָה (המוטיווציה) העיקרית ביסוד ההבחנה בין סרבנות מלאה לבין סרבנות סלקטיבית היא הרצון להבחין בין מקרים שבהם הפונים מתנגדים לעצם השירות בצבא, בלא תלות בנסיבותיו של שירות זה, לבין מקרים שבהם אין להם התנגדות כזאת. הואיל ושבילי התנגד לעצם השירות בצבא, מתאים יותר לסווגו בקטגוריה הראשונה, ולא בשנייה.

שנית, הבסיס להבחנה הנורמטיבית בין שני סוגי הסרבנות נעוץ, כאמור לעיל, בשיקולים מעשיים, אשר מטילים את הכף נגד כיבוד מצפונם של סרבנים סלקטיביים. אלא ששיקולים אלה אינם חלים במקרה של שבילי. אין כל סיבה לחשוב שאילו העביר הצבא את שבילי למשטרה במסגרת המכסה שהוא בלאו הכי מעביר מדי שנה למשטרה, היה הדבר מוביל להגדלת מספרם של מבקשי הפטור מטעמי מצפון, כל שכן להגדלת מספרם של הסרבנים הסלקטיביים בתוך הצבא. מספר הפונים לקבלת פטור על בסיס התנגדות מצפונית לכל שירות צבאי הוא נמוך ביותר, ואף שכמחציתם מקבלים את הפטור – פטור מלא! – לא גרם הדבר להגדלת מספר הפונים, בוודאי לא בצורה שמפריעה לצבא לבצע את משימותיו.²² אין כמובן כל מקום לחשש שהביע בית־המשפט בעניין זונשיין כי "צבא העם" עלול ליהפך

21 שם, פס' 17 לפסק־דינה של השופטת פרוקצ'יה.

22 לנתונים מספריים מדויקים ראו סטטמן, לעיל ה"ש 16, הערה 92.

"לצבא של עממים המורכבים מיחידות שונות שלכל אחת מהן תחומים שבהם מותר לה לפעול מצפונית, ותחומים אחרים שבהן [כך במקור] נאסר עליה מצפונית מלפעול",²³ שהרי המשטרה היא בכל מקרה גוף נפרד מהצבא, וקשה לראות כיצד שיבוצו של שבילי בתפקיד מתאים במשטרה – למשל, מוקדן במשטרת התנועה – יוביל לתוצאה הנזכרת. ראייה חזקה לכך שהעברת שבילי למשטרה לא צפנה בחובה סכנה לתפקודו של הצבא (או של המשטרה) מצויה בעובדה שההצעה לעשות זאת הועלתה על-ידי הצבא עצמו באמצעות ועדת המצפון, שהיא כידוע גוף שפועל במסגרת הצבא (בהשתתפות נציג אזרחי אחד).²⁴ יתר על כן, לא רק לשבילי הוצע הסדר זה, אלא כמעט לכל מי שהופיע לפני הוועדה בעשור האחרון, כפי שאני יכול להעיד מנסיוני כחבר בוועדה, וכמי שלא פעם העלה את ההצעה בעצמו.²⁵ והרי קשה להעלות על הדעת שבית-המשפט יתנגד להסדר שהציע הצבא לגבי שיבוץ מלש"בים, בוודאי בלא ראיות חזקות במיוחד לסכנות הטמונות בהסדר זה – ראיות שבית-המשפט לא ניסה אפילו להביא.

השופטת חיות מנסה לבסס את החשש המונע את האפשרות לכבד את מצפוננו של שבילי על "תחושת האפליה הקיימת אצל יוצאי צבא החייבים בשירות חובה נוכח הפטור הניתן מטעמי מצפון ליוצאי צבא דוגמת העותר". לדעתה, תחושת אפליה זו תלך ותחרף "נוכח העובדה כי טעמי המצפון של העותר מונעים ממנו לשרת ולו ב'שירות מוכר'", וכי "מבקשים דוגמת העותר יופטרו למעשה מכל חובה לתרום את תרומתם בשירות למען המדינה".²⁶ בתחושת האפליה לבדה אין מן הסתם כדי להצדיק את חוסר ההתחשבות בזכות העומדת לעותר לחופש המצפון, שהרי טבעם של פטורים שהם מעוררים בקרב חלק מהציבור תחושת אפליה. לכן חיות מוסיפה שיקול חזק יותר בדמות התוצאה שעלולה לדעתה לנבוע מתחושה זו, אשר מאיימת כביכול "לרופף את החישוקים המחזיקים אותנו כעם", כדברי ברק בעניין זונשיין.

הבעיה היא שחששות אלה (כמו גם תחושת האפליה) היו צריכים למנוע לא רק מתן פטור למלש"בים דוגמת שבילי, אלא לכל המבקשים פטור על בסיס "טעמים שבמצפון", שהרי אף הם נפטרים מכל חובה לתרום למדינה, ועם קבלת הפטורים הם חופשיים ללכת לביתם. זאת ועוד, בהמשך לאמור למעלה, החששות הללו נראים בכל מקרה מוגזמים.

23 עניין זונשיין, לעיל ה"ש 3, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

24 בעניין שבילי, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק-דינה, אומרת השופטת חיות כי "ההפרדה אותה ביקש העותר לשרטט בין פעילות צבאית (שהוא אינו מוכן לבצע) ובין פעילות משטרתית (אשר לגביה לא גילה התנגדות) הינה הפרדה הקשה ליישום בארץ". אבל לא שבילי שרטט הפרדה זו, אלא ועדת המצפון הצבאית, שהציעה לו את הסידור הנ"ל. בהמשך היא אומרת כי היענות להפרדה זו תוביל "לפגיעה באחדותה וביציבותה של המערכת הצבאית" (שם, ההדגשה הוספה), אבל כאמור בטקסט, קשה להבין חשש זה.

25 ראו גם סטטמן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 680.

26 עניין שבילי, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת חיות.

מספר המלש"בים המקבלים פטור משירות אינו עולה על עשרות ספורות מדי שנה, ואין לכך כל השפעה על האחדות הלאומית ("החישוקים המחזיקים אותנו כעם") או על יכולתו של הצבא למלא את משימותיו. קל וחומר שבמקרה של שבילי, אילו כובדה ה"סלקטיביות" של סרבנותו והותר לו לשרת במשטרה, לא היה סידור כזה פוגע בהגניעה של אחרים לשרת בצבא, ולא היה הופך את הצבא מ"צבא העם" ל"צבא של עממים". דומה שקו הטיעון של השופט חיות מוביל לביטול גמור של ההכרה בזכות לפטור מטעמי מצפון – נקודה שאחזור אליה בסעיף הבא.

סיכומו של דבר, החלת הביטוי "סרבנות סלקטיבית" על המקרה של שבילי היא מוזרה ויוצאת-דופן, אבל גם אם נקבל אותה, המסקנה הנורמטיבית שנכונה בדרך-כלל למקרים אלה אינה חלה על שבילי, שכן סרבנות סלקטיבית מסוג זה אינה טומנת בחובה סכנה לתפקודו של הצבא או של המשטרה. לא רק שבית-המשפט היה צריך להסכים ל"סרבנות" זו, הוא היה צריך לשמוח עליה, שכן היא מבטאת איזון מצוין בין צורכי הביטחון ודרישת השוויון, מצד אחד, לבין כיבוד המצפון, מן הצד האחר.

ג. סיכום – "שבילי הראשון", "שבילי השני" והמדיניות הראויה כלפי "מצפוניסטים"

הדיון עד כאן התייחס ל"שבילי הראשון", קרי, לעמדה שאותה ביטא שבילי בהופעתו הראשונה מול ועדת המצפון, שלפיה הוא היה נכון באופן עקרוני לשרת במשטרה. "שבילי השני" נסוג בו מהסכמה זו, ועמד על כך שיותר לו למלא את חובו לחברה בדרך של שירות לאומי אזרחי לגמרי, המנותק מכל זיקה למערכת הביטחון. עמדתו של "שבילי הראשון" הומשגה על-ידי בית-המשפט כסוג של סרבנות סלקטיבית, ותוצאתה של המשגה זו הייתה דחייה מוחלטת של בקשתו לפטור. מבחינת בית-המשפט, הצבא היה רשאי להציב את שבילי בכל תפקיד, כולל במערך הלוחם – הכל לפי צורכי הצבא ובהתאם לנתונים האישיים, הפיזיים והנפשיים של שבילי. לעומת זאת, אילו שם בית-המשפט לנגד עיניו את "שבילי השני", אילו פירש את עמדתו של שבילי כמתנגדת לכל שירות במערכת הביטחון, הוא היה מחייב מן הסתם את הצבא לפטור אותו לחלוטין משירות כזה, בהתאם למסורת הפסיקה המקובלת זה שנים רבות. לפי מסורת זו, אם השתכנעה הוועדה שהשקפתו הפציפיסטית של פלוני אמיתית וכנה, היא מחויבת להעניק לו פטור מלא ובלתי-מותנה משירות צבאי, ואין לה סמכות להטיל עליו שירות חלופי.

תוצאה זו של פסק-הדין שלפנינו נראית בלתי-סבירה: אם מלש"ב מסרב לכל פשרה, ואינו מוכן שיציבו אותו לא במשטרה ולא ב"שירות מוכר", הוא זוכה בפטור מלא ומוחלט. לעומת זאת, אם הוא נענה להצעת הפשרה של הצבא, ומוכן שיעבירו אותו לשירות מלא במשטרה, הוא מעיד על עצמו כי הוא סרבן סלקטיבי, ואינו זוכה בהתחשבות כלשהי. מלבד חוסר הצדק שבדבר, מדיניות זו תעודד מלש"בים לסרב לכל הצעת פשרה שתובא לפניהם. אני מציע אפוא לייחד את המושג "סרבנות סלקטיבית" למקרים של אלה המבקשים פטור מהשתתפות בפעולות מסוימות של הצבא בעודם מוכנים להשתתף באחרות, או בצורה

טיפוסית פחות – למקרים של אלה המבקשים פטור כללי משירות משום שבזמן היסטורי נתון הצבא מעורב בפעולות שהם מתנגדים להן עמוקות ואשר מהוות חלק מרכזי מהעשייה הצבאית. מקרים של מלש"בים המסרבים לכל שירות צבאי כי הם פציפיסטים, אך מוכנים לשרת במשטרה, לא ישתייכו לקטגוריה זו. הלכה למעשה אני מציע לגייס מלש"בים כאלה ולכבד את מצפונם באמצעות שיבוצם לשירות מתאים במשטרה (או אצל אחרים – לסוג כלשהי של "שירות מוכר").

בניגוד לדבריה של השופטת פרוקצ'יה,²⁷ לדעתי מדיניות שיבוץ כזאת אינה לפנים משורת הדין – חסד שהמערכת מעניקה בטובה למלש"בים, כולם או מקצתם – אלא מתחייבת משורת הדין. להתייחס ברצינות למצפונם של מלש"ב הוא לעשות מאמץ למצוא בעבורו הסדר שמאזן באופן סביר בין צורכי הצבא ודרישת השוויון לבין כיבוד המצפון. מצא הצבא הסדר כזה, אין הדבר נתון לשיקול-דעתו אם להציעו למלש"ב אם לאו. החליט הצבא לא להציע את ההסדר או לסגת ממנו, יוכל המלש"ב להתלונן בדין שזכותו לחופש המצפון הופרה בלא נימוק מספק.

הנחתי עד כאן שהשופטים בעניין שבילי לא ביקשו לשנות את המדיניות העקרונית שנקבעה בעבר, שלפיה לפציפיסטים עומדת זכות חוקתית לקבלת פטור משירות צבאי. ברם, כמה עמדות שהביע בית המשפט מאיימות לכרסם במדיניות זו ובהתחשבות במצפון באופן כללי. ראשית, כאמור לעיל, השופטת חיות חוששת מ"תחושת האפליה הקיימת אצל יוצאי צבא החייבים בשירות חובה נוכח הפטור הניתן מטעמי מצפון ליוצאי צבא דוגמת העותר",²⁸ ומן התוצאות הבעייתיות שתחושה זו עלולה לגרום. אלא שתחושה זו עלולה להתעורר לא רק במקרה של שבילי, אלא במקרים הרגילים של פטור לפציפיסטים, שהרי בעוד אלה אינם חייבים בשירות כלשהו, חבריהם מגויסים לשלוש שנים תובעניות. הטיעון בדבר תחושת האפליה עלול אפוא להוביל להתנגדות לכל העניקה של פטור (מלא) על בסיס כיבוד המצפון. שנית, השופטת פרוקצ'יה טענה כי לצורך הפטור המבוקש יש להגדיר את הפציפיסט כמי שמתנגד "לכל שימוש בכוח באשר הוא, בכל זמן, בכל מקום, ובכל תנאי".²⁹ אלא שזו רק גרסה אחת, רדיקלית למדי, של הפציפיזם, בצד גרסות מתונות יותר, שמתנגדות רק להפעלה ממוסדת של כוח באמצעות צבאות ומלחמות, ולא לכל הפעלה של כוח – למשל, לצורך הגנה עצמית של היחיד. ההגדרה הנ"ל נראית לשופטת פרוקצ'יה חלק ממדיניות של "צמצום מירבי של גדרו של הפטור מטעמי מצפון" – מדיניות אשר "הולמת ומתיישבת עם הערכים החוקתיים בשיטתנו".³⁰ פרוקצ'יה אינה מבארת טענה זו, וקשה לראות אילו ערכים חוקתיים מחייבים התחשבות פחותה במצפונם של האדם.³¹

27 בפס' 18 לפסק-דינה בעניין שבילי, לעיל ה"ש 1.

28 שם, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת חיות.

29 שם, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

30 שם.

31 לביקורת ברוח זו על גישתה של השופטת פרוקצ'יה ראו דוד אנוך "כך מרוקן בית המשפט העליון מתוכן את הזכות החוקתית לחופש מצפון" בלוג המרצים למשפטים, האוניברסיטה

לסיום, ברצוני לקשר את ביקורתי על פסק-הדין בעניין שבילי לעמדה הכללית שנקטתי במקום אחר³² לגבי הענקת פטור על בסיס כיבוד המצפון. כאמור לעיל, טענתי המרכזית הייתה כי במצב המשפטי הקיים, גם אם השתכנעה הוועדה שמלש"ב מסוים הוא פציפיסט, אין הצדקה להעניק לו פטור מלא מכל שירות, אלא יש למצוא בעבורו ערוץ שירות שיתחשב במידת האפשר בעמדתו הפציפיסטית: כחייל ביחידה לא-קרבית, כמוקדן במשטרת התנועה או כאח בבית-חולים במסגרת "שירות מוכר". בניגוד לעמדת השופטים בפסק-הדין שעל הפרק, אני מתנגד אפוא להענקת פטור מלא אפילו במקרים דוגמת "שבילי השני", כלומר, למלש"בים המתנגדים לכל שירות בצבא או דרך הצבא. לעומת זאת, במקרים דוגמת "שבילי הראשון" – קרי, מלש"בים אשר מתנגדים לשירות מסוים בצבא (למשל, קרבי) אך מוכנים לשירות אחר (למשל, בבית-חולים) או מלש"בים המתנגדים לשירות בצבא אך מוכנים לשירות במשטרה – אני מציע לקבל בשמחה את הסכמתם ולשבצם בהתאם. מצד אחד, עמדתי "קשוחה" יותר בהשוואה למדיניות הנוהגת, כי איני מוכן בשום מקרה להעניק פטור מלא משירות על בסיס כיבוד המצפון. מצד אחר, עמדתי נדיבה הרבה יותר מעמדתו של בית-המשפט בעניין שבילי, כי אני מקבל ומעודד הסדרים לשיבוץ המתחשב במצפון, כולל שיבוץ במשטרה, ויתרה מזו, אני סבור כי למלש"בים "מצפוניסטים" יש זכות חוקתית לשיבוצים כאלה.

הבדלים אלה מוצגים לסיכום בטבלה 2, העוסקת במקרה שבו בקשתו של אדם לפטור על בסיס פציפיזם נתפסת ככנה ואמיתית בעיני ועדת המצפון.

טבלה 2: המדיניות הקיימת והמדיניות הראויה ביחס למבקש פטור מלא וביחס למבקש פטור סלקטיבי

מבקש פטור מלא מכל שירות	מבקש פטור משירות בצבא אך מוכן לשרת "דרך" הצבא (במשטרה או ב"שירות מוכר")	
יש לו זכות חוקתית לקבל פטור מלא מכל סוג שירות, ולצבא אין שיקול-דעת בעניין זה.	אין לו זכות לקבל פטור, ואין הגבלות חוקתיות לגבי שיקול-הדעת של הצבא היכן להציבו.	תוצאת הפסיקה בעניין שבילי
אין לו זכות חוקתית לפטור מלא, אך יש לו זכות להצבה המתחשבת במצפונו.	אין לו זכות חוקתית לפטור מלא, אך יש לו זכות להצבה המתחשבת במצפונו.	עמדתי

העברית בירושלים, 17.9.2010, http://hebrewu-law.blogspot.com/2010/09/blog-post_5811.html, השופטים חיות ודניציגר הסתייגו מהגדרת הפציפיזם שהציעה השופטת פרוקצ'יה.

סטטמן, לעיל ה"ש 16. 32