הערת פסיקה

על פסק הדין של בית הדין הצבאי בעניין חמשת הסרבנים

בעקבות **התובע הצבאי נ' מטר***

דוד אנוך**

ב-4 בינואר 2004 גזר בית הדין הצבאי המחוזי (מחוז שיפוט מטכ"ל) על חמישה סרבני גיוס עונש של שנת מאסר בפועל. החמישה הודיעו מספר רב של פעמים ובמספר רב של פורומים שאין הם מוכנים לשרת בצבא שמשימתו העיקרית היא דיכוי העם הפלסטיני בשטחים שנכבשו ב-1967. הם נשפטו פעמים אחדות בגין סירוב זה בהליך של דין משמעתי, ובסופו של דבר הובאו לפני בית הדין. בהערת פסיקה זו אני מבקש לחשוף כמה מהטעויות המרכזיות בהכרעת הדין ולהציע הסבר – ספקולטיבי משהו – לטעויות ולאופיין.

א. מבוא. ב. המבנה המשפטי, או איך השאלות המעניינות נבנסות לתמונה. ג. במה לא אדון. ד. איזון האינטרסים לצורך פסקת ההגבלה: 1. ביסוס ראייתי; 2. הפליה; 3. "מהותו של השירות הצבאי והיותו כרוך בסיכון-החיים"; 4. "היות הסרבנות הסלקטיבית פגיעה בהליך הדמוקרטי"; 5. "הקושי לאבחן סרבנים אמיתיים מול מתחזים"; 6. התוצאות הרעות.

---

* מט/151/03, מט/174/03, מט/205/03, מט/222/03, מט/243/03 **התובע הצבאי נ' מטר ואח'** (טרם פורסם).

** מרצה לפילוסופיה ולמשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. על הערות ושיחות רלוונטיות אני מבקש להודות לאורן גזל, חיים גנז, אלון הראל, ענת מטר, אנדרי מרמור, יורם רבין, וחברות מערכת **משפט וממשל**. כל אתרי האינטרנט המאוזכרים להלן נצפו באחרונה ביוני 2005.

ה. ההבחנה בין סרבנות אוניברסלית לסלקטיבית. ו. ההבחנה בין סרבנות מצפונית לאי־ציות אזרחי: 1. עצם ההבחנה; **2.** ההבחנה ותגובתה הראויה של המדינה; **3.** היקבעות יתר. **ז. כלפי מי מכוונת הביקורת? ח. ממה מפחדת המערכת? ט. ועכשיו הסירוב מימין.**

א. מבוא

ב-4 בינואר 2004 גזר בית הדין הצבאי המחוזי (מחוז שיפוט מטכ"ל) על חמישה סרבני גיוס עונש של שנת מאסר בפועל.[1] החמישה – חגי מטר, מתן קמינר, שמרי צמרת, אדם מאור ונעם בהט – הודיעו מספר רב של פעמים ובמספר רב של פורומים שאין הם מוכנים לשרת בצבא שמשימתו העיקרית היא דיכוי העם הפלסטיני בשטחים שנכבשו ב-1967. הם נשפטו פעמים אחדות בגין סירוב זה בהליך של דין משמעתי, ובסופו של דבר הובאו לפני בית הדין. אף שעל פסק דינו של בית הדין הגישה ההגנה ערעור, היא משכה אותו לפני שנדון. פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי נהפך אפוא לחלוט. בספטמבר 2004 – לאחר שקוצר עונשם בכרבע מאורכו, על אף התנגדות הפרקליטות הצבאית – סיימו החמישה לרצות את עונשם. או אז פטר אותם הצבא, בהחלטה בלתי מנומקת, כבלתי מתאימים לשירות.

בהערת פסיקה זו אני מבקש לחשוף כמה מהטעויות המרכזיות בהכרעת הדין, ולהציע הסבר – ספקולטיבי משהו – לטעויות ולאופיין. מבחינה משפטית, מהווה פסק הדין של בית הדין הצבאי חוליה בשרשרת של הכרעות שרבות מהן נפלו בבית המשפט העליון – בבג"ץ **שיין** ובבג"ץ **זונשיין** שניתנו לפני פסק הדין של בית הדין, ובבג"ץ **מילוא** ובבג"ץ **מלנקי** שניתנו לאחריו.[2] כפי שאראה בהמשך, הטעויות של בית הדין מעניינות לא רק לגופן, אלא גם משום שהן במידה מסוימת טעויות של המערכת המשפטית כולה. בכל זאת יש מקום, לדעתי, להתמקד בפסיקת בית הדין, משום שפסק דינו חושף באופן בולט במיוחד את תגובת המערכת למעשה הסירוב, ואגב כך ניתן ללמוד ממנו לקח כללי באשר לאיום שמטיל סירובם של החמישה על המערכת. לשאלת מיקומה של החלטת בית הדין בתוך שרשרת ההתייחסות של ערכאות שיפוטיות בישראל לתופעת הסרבנות עוד אשוב להלן.

אני פותח – בפרק ב – בסקירה קצרה של המבנה המשפטי של הדיון, ובמיקומן של הסוגיות שיידונו בהמשך במבנה זה. בפרק ג אני תוחם את הדיון באמצעות הבהרה של

---

1. אף שפסק הדין לא פורסם בשלמותו, חלקים ממנו (הפרק הרביעי מהכרעת הדין וגזר הדין) פורסמו **במשפטי הסרבנים** (דב חנין, מיכאל ספרד ושרון רוטברד – עורכים, בבל, 2004) 206-239.

2. ראו בג"ץ 734/83 **שיין נ' שר הבטחון**, פ"ד לח(3) 393 (להלן: בג"ץ **שיין**); בג"ץ 7622/02 **זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד נז(1) 726 (להלן: בג"ץ **זונשיין**); בג"ץ 2383/04 **מילוא נ' שר הבטחון** (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ **מילוא**); בג"ץ 1026/02 **מלנקי נ' שר הבטחון** (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ **מלנקי**).

הסוגיות בהן לא אדון. בפרק ד אני דן בנימוקים של בית הדין לקביעתו שאי־מתן הפטור לחמישה עומד בתנאי פסקות ההגבלה הרלוונטיות, ועל כן אינו בלתי חוקתי. בפרק זה אני גם מבקר את קביעותיו אלה של בית הדין. את שני הפרקים הבאים אני מייחד לדיון ביקורתי בשתי הבחנות מסורתיות להן נזקק בית הדין – ההבחנה בין סירוב אוניברסלי לסלקטיבי (בפרק ה אני דן בה בתכלית הקיצור) ובין סירוב מצפוני לאי־ציות אזרחי (בה אני דן ביתר פירוט בפרק ו). בפרק ז אני שב למיקומו של בית הדין במערכת המשפטית ולמיקומה של פסיקתו בהיסטוריה הפסיקתית בעניינים אלה. בפרק ח אני מציע ראשית הסבר לטעויות של בית הדין (ובמידה רבה, של המערכת כולה) עליהן הצבעתי בחלקים המוקדמים יותר של המאמר.

כשניתן פסק הדין של בית הדין – ואף כשניגשתי לכתוב הערת פסיקה זו – הסירוב שעמד על הפרק היה בעיקר הסירוב משמאל. כעת הסירוב הרלוונטי יותר, כך נראה, הוא הסירוב מימין. אני מסיים אפוא במחשבות פרלימינריות אחדות לעניין היחס שבין סירוב משמאל לסירוב מימין (פרק ט).

ב. המבנה המשפטי, או איך השאלות המעניינות נבנסות לתמונה

החמישה הואשמו בעבֵרה של סירוב פקודה על פי סעיף 122 לחוק השיפוט הצבאי. אין, כמובן, מחלוקת עובדתית שהתקיימו יסודות העבֵרה. טענת ההגנה המרכזית של החמישה – ועל כל פנים טענת ההגנה היחידה שאני אדון בה – הייתה שהיה על שר הביטחון לעשות שימוש בסמכותו מכוח סעיף 36 לחוק שירות בטחון (נוסח משולב), תשמ"ו-1986 ולפטור אותם משירות צבאי משום שהתביעה לגייסם היא הפרה של זכותם החוקתית לחופש מצפון; ולפיכך, הפקודה שניתנה להם (להתחייל) לא ניתנה כדין; ולפיכך, לא קמה להם, לחמישה, החובה לציית לה, וממילא לא עברו עבֵרה כשסירבו לה. כפי שציין בית הדין,[3] לא הייתה מחלוקת גם לעניין עצם קיומה של הזכות החוקתית לחופש מצפון – למשל, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – או לעניין הפגיעה בה: איש לא חלק על כך שהדרישה מהחמישה להתגייס לצבא הישראלי פוגעת בחופש המצפון שלהם.[4] למעשה, ציין בית הדין ש"עניין לנו בפגיעה קיצונית בחופש המצפון".[5]

באופן טבעי אפוא נסב עיקר הדיון על הוראת פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, ובנוסח המותאם למשרתים בצבא בסעיף 9 לחוק היסוד. וכאן, בבואו לבחון אם עומדת הדרישה להתגייס – כשהיא מופנית לחמשת הנאשמים – בתנאי פסקות ההגבלה האמורות, דן בית הדין בשאלות המעניינות באמת. שכן במסגרת הדיון בשאלות המתבקשות מפסקות ההגבלה – האם הדרישה להתגייס נעשית לתכלית ראויה? האם אין בה יותר מהנדרש כדי

3. פרק רביעי, סעיף ה להכרעת הדין. כל ההפניות להלן להכרעת הדין של בית הדין הן לסעיף בהכרעת הדין ולא למספר עמוד.

4. אם כי הייתה מחלוקת לעניין סיווגם של החמישה כסרבני מצפון, מחלוקת שאני דן בה בפירוט בהמשך.

5. פרק רביעי, סעיף ה.3.5. להכרעת הדין.

להבטיח תכלית ראויה זו (אם יש כזו), או יותר מהנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי? – מעלים הצדדים את הטיעונים שרבים מהם מוכרים לנו מפורומים משפטיים ואחרים שדנים בתופעת הסרבנות על גוניה השונים: האם הסרבן מפקיר את ביטחון אזרחי המדינה? האם הכרה בסירוב תפלֶּה בין דם לדם? האם הסרבן פוגע ביכולתו של הצבא לבצע את משימותיו? האם הסרבן פוגע בדמוקרטיה? וכדומה.

גוון נוסף נותן בית הדין – בצדק – לדיון בשאלות אלה. בית הדין מדגיש שהרשויות (הצבאיות) הרלוונטיות כבר מכירות בסירובים מצפוניים מסוימים ופוטרות, למשל, פציפיסטים משירות צבאי מנימוקים של חופש מצפון (זוהי, על כל פנים, מדיניותו הרשמית של הצבא). על כן, ומכיוון שמדובר בזכות יסוד, על הרשות לשכנע את בית הדין שהסירוב לפטור את החמישה משירות צבאי אינו רק מוצדק כשהוא לעצמו (במונחי פסקות ההגבלה), אלא שאין בפער ביחס כלפי הסרבנים השונים משום הפליה. הדיון נסב אפוא לא רק על השאלה אם גיוסם של החמישה בניגוד לצו מצפונם עומד בתנאי פסקות ההגבלה, אלא גם על השאלה אם הוא שונה באופנים רלוונטיים מגיוסם של מי שהמערכת רואה לנכון לפטור מטעמים של חופש מצפון. (כך, לפחות, על פי הגרסה הרשמית של בית הדין.[6] בכל זאת, כשבית הדין מונה את השיקולים שמצדיקים לדעתו את הפגיעה בחופש המצפון של החמישה[7] כמעט בשום נקודה אין הדיון השוואתי כאמור. אני אשוב לנקודה זו להלן.)

ג. במה לא אדון

להלן אדון כמעט רק בשאלות אלה, שאלות שכורכות את הדיון המשפטי בעניינם של החמישה בשאלות בפילוסופיה פוליטית על אודות היחס הראוי של מדינה דמוקרטית למי שמפרים את חוקיה ממניעים עקרוניים. אבל פסק הדין ונסיבותיו מעלים עוד שאלות רבות, ואני מבקש למנות כמה מהן, פשוט כדי להבהיר במה לא אדון.

נושאים משפטיים רבים – מעניינים יותר או פחות – עולים מקריאת פסק הדין של בית הדין הצבאי. כך, למשל, ניתן לשאול (ובית הדין אינו שואל) על היחס המדויק שבין פסקת ההגבלה הכללית בסעיף 8 לחוק היסוד ובין פסקת ההגבלה "המגוסת" שבסעיף 9 לו. האם יש, למשל, להתחשב בפסקת ההגבלה הכללית בבואנו לפרש את פסקת ההגבלה שבסעיף 9? ואיזו מפסקות ההגבלה חלה בעניינם של החמישה?[8] עוד אפשר לשאול, האם – גם בהנחה שלא היה ראוי לתת את הפקודה לה סירבו – פטורים החמישה מהחובה לציית לה, או שמא עליהם לציית לה עד שיצליחו להביסה בתקיפה ישירה? בית הדין בוחר שלא להשיב על שאלה זו, אך הוא מגלה דעתו שקשה לדרוש מכל אחד לתקוף פקודות כאלה תקיפה ישירה, למשל בבג"ץ.[9] אף שנראה לי שצודק בית הדין בדברים אלה, לא אדון בכך

6. שבאה לידי ביטוי, למשל, בפרק הרביעי, סעיף ז להכרעת הדין.
7. פרק רביעי, סעיף ח.3. להכרעת הדין.
8. לדיון ביחס בין שתי פסקות ההגבלה, ראו בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241.
9. פרק רביעי, סעיף י להכרעת הדין.

כאן. ההגנה העלתה גם טענות בדבר פגמים דיוניים בהליכים בעניינם של החמישה, וגם בהן לא אדון כאן.

עוד לא אדון בגזר הדין. כאן אפשר לשאול שאלות כלליות על מידתיות העונש של שנת מאסר, שאלות השוואתיות על חומרת העברה שלפנינו לעומת חומרתן של עברות אחרות עליהן אין נענשים בדרך כלל בחומרה כזו, ושאלות חוקתיות לעניין מדיניות ענישה: האם, למשל, השפעתו של המעמד החוקתי של הזכות לחופש מצפון נגמרת משעה שהוחלט שמתקיימים תנאי פסקת ההגבלה הרלוונטית, או שמא – אף לאחר הרשעה – מן הראוי להתחשב בזכות ובמעמדה החוקתי כדי לקבוע את מידת העונש הראויה למי שעומד על זכותו אף כשהפגיעה בה עומדת במבחן פסקת ההגבלה?

ספקות משפטיים עולים אף לעניין הפרקטיקה שנתגבשה לה בעניינם של החמישה, ובה תחילה מענישים את הסרבן פעמים מספר בדין משמעתי, ואז מעמידים אותו לדין לפני בית דין. האם אין זה מן הראוי שהדין יראה בפרשת העניינים הזו פרשה של עברה אחת, ולא של עברת סירוב נוספת בכל מקרה שבו מקבל הסרבן פקודה נוספת לעשות את שמצפונו לא מאפשר לו לעשות?

כך, מתעוררות כאן שאלות משפטיות רבות, אשר בהן, כאמור, לא אדון. גם מבחינה פילוסופית הדיון שלהלן יהיה מוגבל. את הדיון הפילוסופי בתופעה של אי־ציות מטעמים עקרוניים מקובל לחלק לדיון בשאלת צדקת הסירוב ולדיון בשאלת יחסה הראוי של המדינה לסרבנים. כמובן, שאלות אלה – והתשובות עליהן – אינן בלתי תלויות, אבל בכל זאת מדובר בשאלות נפרדות, ואני מבקש להדגיש שדיוננו עוסק רק במכלול השאלות סביב יחסה הראוי של המדינה. טענותיהם של המסרבים נגד הכיבוש, וממילא בעד צדקת סירובם, עומדות כל הזמן, כמובן, ברקע הדברים. אבל שם מקומן, ולהלן לא אקדמן לקדמת הבמה.[10]

ד. איזון האינטרסים לצורך פסקת ההגבלה

נשוב, אם כן, לעיקר. משעה שהוכרה הזכות לחופש מצפון כזכות חוקתית, האם הפגיעה בה – זו שכרוכה בגיוסם של החמישה – היא כדין?

כך מסכם בית הדין את השיקולים שבסופו של דבר מביאים אותו להשיב בחיוב על שאלה זו:[11]

> על כף המאזניים האליגוריים שלנו עומדות, אפוא, זו מול זו – זכותם של הנאשמים לכבוד, לפיתוח האישיות ולהגדרה עצמית, הבאה לידי ביטוי בחופש המצפון ובשיוויון בפני החוק (ואי־הפלייתו לרעה מול סרבני־מצפון פציפיסטיים, הזוכים לפטור משירות);

10. אני דן מעט יותר בשאלת צדקת הסירוב ב: David Enoch, "Some Objections to Conscientious Objection and Civil Disobedience Refuted", 36 *Isr. L. Rev.* (2002), 227.

11. פרק רביעי, סעיף ח.4. להכרעת הדין.

> והאינטרסים הנוגדים, אשר אותם הביאה בפנינו התביעה, כמפורט לעיל- חשש להפלייה מול המשרתים; מהותו של השירות הצבאי והיותו כרוך בסיכון-החיים; מצבה הביטחוני של המדינה והצורך בכוח-אדם לביצוע משימות צבאיות; היות הסרבנות הסלקטיבית פגיעה בתהליך הדמוקרטי; התעסקות במחלוקת אידיאולוגית-פוליטית בשלבי הגיוס לצבא; חשש להתרחבות התופעה ופגיעה בסדר הכוחות הצה"לי כתוצאה מכך; הקושי לאבחן סרבנים אמיתיים מול מתחזים; חשש לחלוקת הציבור לעממים ולצבאות שונים עפ"י תפיסתם הפוליטית-אידיאולוגית.

אני מבקש לבחון שיקולים אלה.

1. ביסום ראייתי

בית הדין דוחה את טענת הסניגור שמן הראוי היה לבסס את דברי התביעה בעניין שיקולים אלה בראיות.[12] להלן אשוב לנימוקיו של בית הדין לקביעה תמוהה זו, אך בטרם אעשה כן אני מבקש לעמוד על הבחנה שבית הדין לא הבחין, ושמן הראוי היה להבחין בעניננו.

בית הדין כורך בפסקה המצוטטת (וביתר אריכות בעמודים שלפניה) שיקולים מסוגים שונים לחלוטין. חלק מהשיקולים הם שיקולים עובדתיים בעיקרם, בהיותם תחזיות על הדברים שיתרחשו בעולם אם יפטור בית הדין סרבנים כדוגמת החמישה מעונש (ואם תפטור אותם המערכת משירות צבאי). בעניין שיקולים אלה – ורק בעניינם – עולה דרישת ההגנה לתמיכה בראיות, שכן מדובר כאן, כאמור, בשאלות עובדתיות. אבל בית הדין אינו מבחין בין שאלות עובדתיות שכאלה ובין שאלות נורמטיביות בעיקרן. התשובה על השאלה אם יהווה פטור לחמישה משום הפליה בינם ובין המשרתים אינה תלויה בתחזיות על אודות תוצאות מתן הפטור, כי אם בניתוח נורמטיבי של מושג ההפליה ושל ההבחנה בין הסרבנים למשרתים. כך גם בנוגע לטענה שסירובם של החמישה פוגע בהליך הדמוקרטי (או לפחות בנוגע לפירוש אחד אפשרי של טענה זו): כדי לדעת אם טענה זו נכונה אין צורך להתנבא על עובדות עתידיות, אלא להבין את המושג דמוקרטיה ואת הקביעות הנורמטיביות הגלומות או קשורות בו.

ברור אפוא שאין צורך לתמוך בראיות את טענת ההפליה. את הטענה הזו יש לתמוך **בטיעון נורמטיבי**.[13] כשהוא כורך יחד טענה זו ודומותיה עם הטענות שאכן נסמכות על תחזיות עובדתיות מטשטש בית הדין את ההבחנה בין טענות נורמטיביות לעובדתיות, ואגב כך מנסה ליצור את הרושם שהדרישה לביסוס ראייתי מגוחכת בנוגע לאחרונות כשם

---

12. פרק רביעי, סעיף ה.3. להכרעת הדין. למעשה, בית הדין אינו כה ברור – לעתים משתמע מדבריו שהוא דוחה את הצורך לתמוך טענות אלה בראיות, ולעתים משתמע מדבריו שהוא סבור שיש לפניו ראיות די והותר כדי לבסס קביעות אלה.
13. כך, לפחות, הם פני הדברים משעה שאין מחלוקת בדבר קיומו של היחס השונה, והשאלה שבמחלוקת היא רק אם היחס השונה עולה כדי הפליה.

שהיא מגוחכת בנוגע לראשונות. זוהי, כמובן, טעות קשה. כדי שלא ליפול לפח זה אני אדון תחילה בטענות שלפחות לכאורה אינן נסמכות על תחזית עובדתית, ורק אחר כך אדון בתחזיותיו של בית הדין בדבר תוצאות מתן הפטור.

2. הפליה

בית הדין טוען שמתן פטור לחמישה ולשכמותם יביא לידי הפליה פסולה בינם ובין המשרתים. טענה זו מבוססת על אי־הבנה של ממש.

כדאי להזכיר אולי את הנקודה המשפטית שבה מועלית טענת הפליה זו. בשלב זה אין חולק על כך שהזכות לחופש המצפון נהנית ממעמד של זכות חוקתית, או על כך שזכותם זו של החמישה נפגעת.[14] טיעון ההפליה מועלה על ידי בית הדין (בעקבות טענת התובע) כ"אינטרס נוגד" שיכול להכניס את הפגיעה הזו לגדרה של פסקת ההגבלה הרלוונטית. והטענה היא שכיבוד זכותם של החמישה לחופש מצפון יפלה בינם ובין המשרתים. כמובן, אם ייפטרו החמישה משירות, יחול פטור שכזה על כל אדם אחר שמצפונו מורה לו שלא לשרת בנסיבות דומות. ההפליה לה טוען בית הדין היא, אם כן, בין החמישה ושכמותם ובין מי **שמצפונם אינו מורה להם שלא לשרת.** אבל הזכות לחופש מצפון היא הזכות לנהוג בהתאם לצו מצפונך. מובן מאליו שאם תוכן מצפונו של פלוני שונה מתוכן מצפונו של אלמוני, כיבוד הזכות לחופש המצפון דורש התנהגות שונה של הרשויות כלפי פלוני וכלפי אלמוני. אם התנהגות שונה כזו תוגדר כהפליה פסולה, תרוקן הזכות לחופש מצפון מכל תוכן.

בטענת ההפליה אפוא אין ולא כלום. הזכות לחופש המצפון דורשת מהרשות התנהגויות שונות בהתאם לצווי המצפון השונים של הפרטים השונים. אין שום פסול בהבחנות כאלה – הן מחויבות מעצם ההכרה בחופש המצפון כזכות חוקתית. בוודאי אין בהבחנות כאלה משום שיקול שיכול לעמוד כנגד משקלה של הזכות כדי להכניס פגיעה בה לגדרה של פסקת ההגבלה. וגם אילו היה בשיקול זה ממש, עדיין לא היה בו כדי להבחין בין הסירוב של החמישה ובין סירובם של מי שזוכים לפטור.

אני יכול להעלות בדעתי שתי מודיפיקציות של הטיעון להפליה שתהפוכנה אותו למכובד מעט יותר, אם כי גם הן נכשלות בסופו של דבר. ראשית, אפשר לחשוב שהתחשבות בחופש מצפונו של פלוני היא בעייתית כשמצפונו מורה לו, למעשה, שלא לשאת את חלקו בנטל משותף כלשהו. נכון, ההבחנה בינו ובין מי שמצפונו אינו מורה לו כך אינה הפליה, אבל לעניין החלוקה בנטל האמור בכל זאת מדובר כאן באי־שוויון ובחוסר הגינות שדורשים התערבות. שלא כמו טיעון ההפליה בו משתמש בית הדין, בטיעון זה יש כאמור ממש, אבל אין הוא יכול להצדיק פגיעה בזכות החוקתית לחופש מצפון כל עוד

14. בית הדין מודיע שאף שיש לו ספקות בדבר סיווגם של החמישה כסרבני מצפון, הדיון יתנהל בהנחה שהם אכן סרבני מצפון, ושגיוסם יפגע בזכותם לחופש המצפון פגיעה קשה. ראו פרק רביעי, סעיף ג להכרעת הדין. אני חוזר לדון בסיווג סרבנותם של החמישה להלן.

אפשר לשאת בנטל האמור בדרכים חלופיות.[15] בענייננו, כמובן, אפשר לשאת בנטל בדרך של שירות לאומי לא־צבאי, והחמישה ביקשו לשרת שירות כזה. בית הדין, לעומת זאת, לא הסתפק בקביעה שאין מנגנון משפטי קיים לשירות לאומי של בנים, אלא הוסיף וקבע – באמרת אגב – שגם אילו היה מנגנון כזה, בכל זאת לא היה ראוי לעשות בו שימוש בעניינם של החמישה.[16] בית הדין, במילים אחרות, לא ייחס חשיבות לאפשרות של נשיאה בנטל בדרכים חלופיות.

מודיפיקציה שנייה של טיעון ההפליה נרמזת אולי על ידי בית הדין כשהוא מנסה להיתלות באילנו של בית המשפט העליון, בבג"ץ **זונשיין**. אלא שבבג"ץ **זונשיין** הנשיא ברק אינו טוען כי יש במתן פטור לסרבנים (סלקטיביים) הפליה או חשש הפליה. כל שהוא טוען הוא שהכרה בסירוב סלקטיבי עלולה לחדד את **תחושת** ההפליה,[17] תחושה שהוא רואה בה סכנה גדולה. כמובן, אין דין הפליה כדין תחושת הפליה – תיתכן הפליה ללא תחושת הפליה, ותיתכן תחושת הפליה ללא הפליה. ההפניה לתחושת ההפליה הופכת את הטיעון של ברק כאן לטיעון שמבוסס על תחזית עובדתית, מסוג הטיעונים בהם אני דן להלן. אף בהתעלם מהקשיים הראייתיים כאן, הסתמכות על תחושת הפליה (שאינה מבוססת על הפליה של ממש) כטעם להגביל זכות חוקתית נראית לי בעייתית ביותר. יהיו דברים אלה כאשר יהיו, ברור שאין בבג"ץ **זונשיין** כל יסוד לטענת ההפליה כפי שמשתמש בה בית הדין.[18]

3. "מהותו של השירות הצבאי והיותו כרוך בסיכון־החיים"

בית הדין טוען "ששירות צבאי כרוך בסיכון־החיים, ולפיכך, כי קיים אינטרס מובהק שסיכון כבד שכזה יתחלק בין כל אזרחי המדינה הכשירים לכך".[19] ייתכן שיש להבין שיקול זה רק כשיקול שאמור להגביר את משקלה של טענת ההפליה. אם כך, הרי כישלונה של טענת ההפליה ממוטט אף שיקול זה.

אבל ייתכן שיש כאן טיעון עצמאי, המצביע על אינטרס ציבורי כבד־משקל – האינטרס לחלק את נטל סיכון־החיים באופן שווה ככל הניתן בין האזרחים הכשירים לכך. אלא שאני מתקשה לראות כאן אינטרס ציבורי של ממש, ואפילו יש כאן אינטרס שכזה, אין הוא כבד משקל. בנטל סיכון החיים חולקים אך המשרתים בתפקידי לחימה, או אולי גם

15. ראו חיים גנז, "ימין ושמאל: אי־ציות אידיאולוגי בישראל", **אלפיים** 27 (תשס"ד) 9, בעמ' 32, הערת שוליים 52.
16. פרק רביעי, סעיף ח.2.5. להכרעת הדין.
17. בג"ץ **זונשיין** (לעיל, הערה 2), בעמ' 737.
18. במקום אחר בבג"ץ **זונשיין** (לעיל, הערה 2) מזכיר ברק את האפשרות של **הפליה** בהפעלתו של הפטור המתבקש. ראו בג"ץ **זונשיין**, שם, בעמ' 734. גם זוהי, כמובן, טענה שונה מהטענה שעליה נסמך בית הדין. עם זאת יש לציין שבבג"ץ **שיין** (לעיל, הערה 2) אכן נאמר על ידי בית המשפט – בקצרה, ללא פירוט וללא נימוק – שההכרה בזכות לסירוב סלקטיבי גורמת "לאפליה בתחום הגיוס הצבאי". ראו שם, בעמ' 403.
19. פרק רביעי, סעיף ח.3. להכרעת הדין.

המשרתים בחלקו הקטן של המערך תומך הלחימה. אלה מהווים מיעוט קטן מהמשרתים בצבא הישראלי. יתרה מזו, רבים מאזרחי המדינה אינם משרתים שירות צבאי כלל, וממילא אין הם נוטלים את חלקם בנטל סיכון החיים.[20] עובדות אלה הן תוצר של מדיניות המערכת. משיקוליה שלה בוחרת המערכת שלא לחלק את נטל סיכון החיים באופן שווה, אלא לחלקו רק בין מיעוט קטן מבין אזרחי המדינה. איני מבקר החלטות אלה – שיקולים של יעילות, התמקצעות וכדומה, וכן שיקולים אחרים, מצדיקים, בעיניי, חלוקת עבודה גם כשמדובר בתפקידים שרק חלקם משלבים סכנת חיים. אבל – וזו הנקודה הדרושה לענייננו – אם די בשיקולי יעילות שכאלה כדי לחלק את נטל סיכון החיים באופן לא שוויוני, מקל וחומר ברור שדי בזכות חוקתית כדי להצדיק חלוקה בלתי שוויונית של נטל סיכון החיים. ברור, אם כן, שאין בנטל סיכון החיים אפילו ראשית טיעון שיכול להכניס את גיוס החמישה לגדר פסקת ההגבלה הרלוונטית.

אולי אין זה לגמרי מיותר לציין עוד את הנקודה הבאה. לשיקול סיכון החיים אין מקום בענייננו, כאמור לעיל, יהא אשר יהא מי שמעלה אותו. אבל כשהוא מועלה על ידי תובע צבאי ומתקבל על ידי אב בית דין שופט צבאי – ששירותם הצבאי אינו כרוך, למיטב ידיעתי, בסיכון חיים, ואשר לכן אינם נוטלים את "חלקם" בנטל סיכון החיים – הטיעון אינו רק בטל. הוא גם חסר בושה.

4. "היות הסרבנות הסלקטיבית פגיעה בהליך הדמוקרטי"

בית הדין קובע: "מובן הוא, כי הכרה בסרבנות סלקטיבית מהווה (ודאי, מקום שבו הסירוב מהווה גם או רק מרי אזרחי) בגדר עקיפת התהליך הדמוקרטי והתערבות בלתי־מקובלת בו".[21] למרבה הצער, אין בית הדין מפרט מהי תפיסת הדמוקרטיה שהוא מניח כאן, ומדוע הוא בטוח כל כך שסרבנות סלקטיבית עוקפת את התהליך הדמוקרטי ומהווה התערבות לא ראויה בו. אבל דומה שקו המחשבה של בית הדין מוכר למדי: משאמרו המוסדות המוסמכים של המדינה את דברם, על האזרחים לציית לחוק. הם יכולים ויכולות, כמובן, לפעול לשינוי החוק, החלטות הממשלה וכדומה, אבל עליהם לעשות זאת על פי החוק, ובמסגרת הפרוצדורות הדמוקרטיות המקובלות.

טענה זו של בית הדין מגלמת בלבול בין סוגיות שונות בתכלית, סוגיות שהובחנו כבר לעיל. אולי – ואני מוכן להניח זאת אך לצורך הטיעון[22] – **במעשה הסירוב עצמו** יש משום פגיעה בהליך הדמוקרטי, למשל משום שהמסרב נוטל לעצמו נתח גדול יותר מחלקו בעוגת הכוח הפוליטי, הכוח להשפיע על חוקי מדינת ישראל ועל מדיניות ממשלתה. אבל מכאן עוד אין נובעת כל מסקנה לעניין **התגובה הראויה של המדינה** למעשה הסירוב. מדוע זה יפגע מתן פטור לחמישה בהליך הדמוקרטי או יתערב בקבלת ההחלטות הדמוקרטית? ללא

20. ראו, למשל, עמוס הראל, "צבא שכירי המינימום", **הארץ** (30.7.04).
21. פרק רביעי, סעיף ח.3. להכרעת הדין.
22. לדיון תמציתי וביקורתי בטענה זו, ולהפניות מועילות, ראו גנז (לעיל, הערה 15), בעמ' 16-18.

תשובה לשאלה זו אין כאן אף ראשית הצדקה לפגיעה בזכותם של החמישה לחופש מצפון. אני יכול להעלות בדעתי שתי תשובות אפשריות לשאלה זו, אלא ששתיהן נכשלות.

ראשית, ייתכן שבית הדין הניח שהפגיעה בהליך הדמוקרטי די בה כדי להפוך את הסירוב לבלתי מוצדק, ושעל כן יש להעניש את הסרבנים. אלא שטיעון זה מניח שיש להעניש כל מעשה בלתי מוצדק, וזו, כמובן, הנחה שקריותה בולטת במיוחד בהקשר הדברים כאן – כאמור, אנו נמצאים בשלב הדיון שבו כבר מוסכם שסירובם של החמישה חוסה בצִלה של הזכות לחופש המצפון. מטבעה של זכות זו שהיא מגנה גם, ואולי בעיקר, על התנהגויות של פרטים שאינן נראות מוצדקות לחברה. בית הדין אינו רשאי אפוא להניח שאי־מוצדקותה של התנהגות די בה כדי להכניס את הפגיעה בחופש המצפון שכרוכה באיסור ההתנהגות לגדרה של פסקת ההגבלה הרלוונטית. הנחה כזו תהיה משולה להנחה שדי בכך שביטוי מסוים אינו מוצדק כדי להתיר פגיעה בחופש הביטוי במקרה הרלוונטי, הנחה שמרוקנת מכל תוכן מעשי את הזכות החוקתית לחופש הביטוי.[23]

תשובה שנייה, וסבירה יותר, מניחה שמתן פטור לחמישה ולשכמותם יגדיל את מספר הנוהגים כדרכם. אם כך, ואם התנהגות זו פוגעת בהליכים הדמוקרטיים, כי אז מתן פטור שכזה יביא בעקיפין – דרך עידוד הסרבנות – לידי יתר פגיעה בהליכים הדמוקרטיים. טיעון זה, כמובן, נסמך על תחזיות עובדתיות בדבר הגידול הצפוי בתופעת הסרבנות והנזק שזו נושאת בחובה להליכים – ואולי גם לערכים – דמוקרטיים. לטיעונים שנסמכים על תחזיות שכאלה אחזור להלן, בסעיף 6.

דבריו אלה של בית הדין – "מובן הוא, כי הכרה בסרבנות סלקטיבית מהווה (ודאי, מקום שבו הסירוב מהווה גם או רק מרי אזרחי) בגדר עקיפת התהליך הדמוקרטי והתערבות בלתי־מקובלת בו" – יש בהם גם כדי לעורר חשד שעל אף הבטחתו של בית הדין לערוך את הדיון בהנחה שיש לסווג את החמישה כסרבני מצפון,[24] בכל זאת נתגנבו ספקותיו בעניין זה גם לנימוקיו כאן. אני שב לסוגיית סיווג אי־הציות של החמישה בהמשך.

גם אם ננית, לצורך הטיעון, שניתן להתגבר על קשיים אלה, עדיין יתעורר הקושי בהשוואה עם סירוב ממניעים פציפיסטיים. שהרי גם פציפיסטים מסרבים לציית להכרעות הדמוקרטיות מטעמים עקרוניים.[25] אבל פציפיסטים – גם כאלה שמטיפים לפציפיזם של אחרים – נהנים, להלכה לפחות, מפטור. לפיכך, גם אם ניתן להציל את הטיעון מדמוקרטיה מהפגמים לעיל, בכל זאת אין הטיעון יכול להצדיק את היחס השונה של המדינה כלפי הפציפיסטים וכלפי החמישה.

5. "הקושי לאבחן סרבנים אמיתיים מול מתחזים"

על השיקולים המהותיים מוסיף בית הדין גם שיקול ראייתי, כשהוא טוען שקיים קושי של

23. ראו שם, בעמ' 19.

24. פרק רביעי, סעיף ג להכרעת הדין.

25. ראו: Amir Paz-Fuchs and Michael Sfard, "The Fallacies of Objections to Selective Conscientious Objection", 36 *Isr. L. Rev.* (2002), 111.

ממש להבחין בין הסרבן הכן ובין מי שאך מתחזה לסרבן מצפון. גם משום כך, טוען בית הדין, מן הראוי לפגוע בזכותם של החמישה לחופש מצפון.

אבל טיעון זה אינו חזק מקודמיו.[26] ראשית, כאשר מדובר בזכות חוקתית ובפגיעה חמורה בה – וכאמור, אין מחלוקת שאכן כך המצב בענייננו – כלל לא ברור שדי בקושי ראייתי שכזה כדי להכשיר את הפגיעה בזכות. נניח שאכן קיים קושי ראייתי שכזה. אם כך, עלינו לבחור בין קיפוח זכותם החוקתית של החמישה ודומיהם לחופש מצפון, ובין כיבוד זכותם במחיר מתן פטור גם לכמה מתחזים. בכפות המאזניים זכות חוקתית מחד גיסא, ומאידך גיסא הוספת עוד כמה אנשים – המתחזים לסרבני מצפון – למעגל הגדול ממילא של מי שאינם משרתים בצבא מטעמים כאלה או אחרים. כדי שהמאזניים ייטו לכיוון קיפוח הזכות החוקתית, היה צריך להראות שמדובר במספר גדול במיוחד של מתחזים פוטנציאליים, ובסיכוי גבוה במיוחד שאמנם יבחרו כל אלה להתחזות. מסופקני אם אפשר להראות את כל זאת, ובוודאי התביעה לא הראתה זאת לפני בית הדין.

שנית, בית הדין אינו מבהיר מהו סוגם של המתחזים מהם הוא כה חושש. אפשר לחשוב בענייננו על שני סוגי מתחזים. ניתן לחשוש, ראשית, ממי שמבקשים להשתמט מחובת השירות בצבא ממניעים שונים, ואשר – בהינתן ההזדמנות – יבקשו לעצמם פטור כסרבני מצפון. אך ניתן לחשוש גם ממי שאי־הציות שלהם הוא פוליטי בעיקרו, מעשה של אי־ציות אזרחי, ואשר אף הם – בהינתן ההזדמנות – יבקשו לעצמם פטור כסרבני מצפון (דומה שאלה הם ה"מתחזים" מהם חושש במיוחד בית הדין).[27] דומני שאין קושי ראייתי של ממש בהבחנה בין החמישה ודומיהם ובין מי שמבקש להשתמט באמתלת שווא, ולראיה – אף בית הדין אינו מטיל כל ספק בכנות שיקוליהם העקרוניים של החמישה. ואפילו יש קושי ראייתי כלשהו, קשה לראות מדוע מדובר בקושי שלא ניתן להתגבר עליו במידה סבירה בכלים ראייתיים שגרתיים, כדוגמת חזקות, הטלת נטל הראיה על המועמד לגיוס שטוען לפטור וכדומה. בוודאי אין כאן שיקול שמצדיק יחס שונה לחמישה לעומת סרבנים שכבר נהנים מפטור, שכן אין בענייננו קושי ראייתי שאינו קיים גם – באותה מידה – בעניינם.

האומנם קיים קושי ראייתי להבחין בין סרבן המצפון ובין מי שעוסק באי־ציות אזרחי? בפרק ו אציע מבחן שיקל על הבחנה כזו. אינני רואה מדוע – בהינתן מבחן שכזה – אנו עוסקים כאן בקושי ראייתי שונה מהקשיים עִמם מתמודד המשפט השכם והערב. ודאי אין כאן קושי ראייתי מהסוג – אם יש סוג כזה – שיכול להצדיק פגיעה קשה בזכות חוקתית.

6. התוצאות הרעות

השיקולים שאינם נסמכים במפורש על תחזיות בדבר תוצאות מתן פטור לחמישה נכשלים, אם כן, כישלון חרוץ (או שאף הם מסתמכים, באופן מוסווה מעט, על תחזיות כאלה). וכשאנו פונים לעסוק בשיקולים שנסמכים מפורשות על תחזיות כאלה, אנו נתקלים – בדבריו של בית הדין, כמו גם בשיח הציבורי בנושא – באיומים מאיומים שונים. מתן פטור לחמישה

26. לביקורת דומה על דברים דומים שנאמרו בבג"ץ **זונשיין** (לעיל, הערה 2), ראו גנז (לעיל, הערה 15), בעמ' 4-23.

27. פרק רביעי, סעיף ח.3. להכרעת הדין.

ולשכמותם יביא לידי "התעסקות במחלוקת אידיאולוגית־פוליטית בשלבי הגיוס לצבא";[28] הוא יוצר "חשש להתרחבות התופעה ופגיעה בסדר הכוחות הצה"לי כתוצאה מכך";[29] "ההכרה בסרבנות המצפון הסלקטיבית עלולה לרופף את החישוקים המחזיקים אותנו כעם... הצבא של העם עשוי להפוך לצבא של עממים המורכבים מיחידות שונות שלכל אחת מהן תחומים שבהם מותר לה לפעול מצפונית...",[30] וכדומה. טיעונים שמנסים לשלול מתן פטור לסרבנים משיקולים כאלה הם כולם טיעונים מתוצאות – תוצאות מתן הפטור המבוקש יהיו קשות ביותר, ולכן אין זה מוצדק לתתו. לכן – כך נטען – גם העמידה על גיוסם של החמישה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הרלוונטית.

כמובן, אין שום פסול כללי בטיעונים מתוצאות. אין צורך להיות תוצאתן כדי להכיר בטיב התוצאות (הצפויות) של פעולה כמרכיב בעל חשיבות נורמטיבית, כאחד הגורמים שקובעים את מעמדה המוסרי של הפעולה. ונוסחאות האיזון הרלוונטיות לפסקות ההגבלה מתירות, כמובן, שימוש בטיעונים מתוצאות. אלא שיש דרכים נכונות ודרכים שגויות לטעון מתוצאות, והטיעונים מתוצאות שמוצגים בענייננו הם כולם מהסוג האחרון. אני מבקש להדגיש שלושה פגמים קשים בטיעונים מתוצאות בהקשר שלנו: התעלמות מהמצב העכשווי, הימנעות משקילת תוצאות של קווי הפעולה החלופיים, ובעיקר היעדר התמיכה בתחזית האמפירית שעליה הם מבוססים.[31]

בית הדין מזהיר מפני הסכנה של "התעסקות במחלוקת אידיאולוגית־פוליטית בשלבי הגיוס לצבא". הבה ננית לרגע – לצורך הטיעון בלבד, שכן הנחה זו נראית לי מאוד בלתי סבירה – שזוהי אכן תוצאה קשה שיש לנסות ולמנעה. בכל זאת אין כאן ולו ראשיתו של טיעון נגד מתן פטור לחמישה, שכן ה"התעסקות במחלוקת אידיאולוגית־פוליטית בשלבי הגיוס לצבא" היא למעשה חלק מהשיח הציבורי בישראל זה שנים רבות. מי שמבקש פטור מהשירות הצבאי משום שתורתו־אומנותו, מי שמבקשת פטור משום שאורח החיים הצבאי אינו הולם את אורח חייה הדתי, מי שאינו משרת משום היותו ערבי – שלבי הגיוס או אי־הגיוס של כל אלה נגועים במחלוקות אידיאולוגיות־פוליטיות. למותר לציין שגם מתן הפטור לפציפיסטים יש בו כדי להביא לידי "התעסקות במחלוקת אידיאולוגית־פוליטית בשלבי הגיוס לצבא". מחלוקת אידיאולוגית־פוליטית היא אפוא חלק מ"שלבי הגיוס לצבא", ואולי תמיד הייתה כזו (וכאמור לעיל, אני סבור שראוי שתהיה כזו: הצטרפות כפויה לארגון היררכי וקטלני שמקפיא לשנים רבות מזכויות האדם של המצטרפים – מן הראוי שתלובן במחלוקות אידיאולוגיות־פוליטיות). לכן אי־אפשר להתייחס אל המחלוקת כאל תוצאה של מתן פטור לחמישה ולדומיהם – שהרי בהתקיים התוצאה אף בלא ה"סיבה", ברור שלא מתקיים קשר סיבתי בין השתיים. אולי ניתן לטעון – בכפוף לאמור בפסקאות הבאות – שהכרה בפטור יכולה להשפיע על **המידה** שבה מעורבות מחלוקות כאלה בשלבי

---

28. פרק רביעי, סעיף ח.4. להכרעת הדין.
29. שם.
30. בג"ץ **זונשיין** (לעיל, הערה 2), בעמ' 737.
31. לנקודות דומות בהקשר של ביקורת על בג"ץ **זונשיין** (לעיל, הערה 2), ראו גנז (לעיל, הערה 15), בעמ' 22-25.

הגיוס לצבא. אבל אז יש להראות מדוע הבדל כזה – הבדל במידה בלבד – יכול להצדיק פגיעה בזכות חוקתית.

זהו, אם כן, הפגם הראשון בשימוש שעושה בית הדין (ולא רק הוא) בטיעונים מתוצאות. פגם שני נובע מהתעלמותו של בית הדין מהתוצאות של קווי פעולה חלופיים. טיעונים מתוצאות חייבים להביא בחשבון לא רק את התוצאות הצפויות של קו הפעולה שהטיעון מבקש לשלול (או לחייב), אלא גם את התוצאות של קווי הפעולה החלופיים לו. גם אם הראיתי שלקו הפעולה שאתה מבקש להוציא לפועל יהיו תוצאות קשות ביותר, עדיין לא נתתי לך כל טעם להימנע ממנו אם לכל קו פעולה (או מחדל) חלופי צפויות תוצאות קשות עוד יותר. זוהי, כמובן, נקודה בסיסית ביותר בנוגע לטיעונים מתוצאות, והיא חלה על הניסיון להכניס את הפגיעה בזכותם החוקתית של החמישה לגדר פסקת ההגבלה הרלוונטית. אבל בית הדין מתעלם לחלוטין מהתוצאות של קווי הפעולה החלופיים, כלומר מהתוצאות – הרעות בחלקן – של הימנעות ממתן פטור לחמישה ולדומיהם.

הטיעונים מתוצאות נגד מתן פטור לסרבנים כאלה נסמכים על תחזיות שפטור כזה יעלה עד מאוד את מספר מקרי הסרבנות, אולי מעבר לסף קריטי, כך שלא יתאפשר לצבא לבצע את משימותיו או לממשלה ליישם את מדיניותה או לשלטון החוק לשרוד. אפילו נניח – לצורך הטיעון בלבד – שתחזיות אלה סבירות ומבוססות, עדיין חסר כאן שלב חיוני בטיעון: שהרי לעומת תוצאות אלה יש לשקול את התוצאות של יחס מחמיר של המדינה כלפי סרבנים. ובהחלט ייתכן שיחס כזה יביא לידי בעיה קשה והפוכה – בעיה של צייתנות־יתר, אף לפקודות ולחוקים שגם המתנגדים לסירוב חושבים שאין לציית להם (כמו למשל, אבל בהחלט לא רק, פקודות בלתי חוקיות בעליל). אינני רואה כל טעם להאמין שסכנה זו חמורה או סבירה פחות מהסכנות עליהן מצביעים המתנגדים לסירוב. כמובן, אם התוצאות הרעות של מתן הפטור אינן חמורות או סבירות יותר מהסכנות של הימנעות ממתן פטור שכזה, אין בתוצאות הרעות של מתן הפטור כדי להצדיק את ההחמרה. בוודאי אז אין כאן כל טעם שיכול להצדיק פגיעה בזכותם החוקתית של הסרבנים לחופש מצפון.

על פגמים אלה בטיעונים מתוצאות שבהם משתמש בית הדין, מתווסף הפגם המרכזי הבא: התחזיות עליהן מסתמך בית הדין בדבר תוצאות סבירות של מתן פטור לחמישה אינן מבוססות בראיות אמפיריות כלשהן. בית הדין בודה מהרהורי לבו – ומהרהורי לבה של התביעה, וגם, יש לציין בצער, מהרהורי לבה של הפסיקה שלפניו (נקודה שעוד אחזור אליה) – איומים מאיומים שונים, תרחישי בלהות, וטוען שמתן פטור לסרבנים כדוגמת החמישה יביא, או שסביר שיביא, לתוצאות המדומיינות. דרך כזו של הצגת טיעון מתוצאות היא בכל מקרה פגומה, כמובן, אבל היא פגומה שבעתיים כשמדובר במה שמוצג כטעמים לפגיעה בזכות חוקתית. ספקולציות נטולות תמיכה אמפירית אינן מבססות אף פעם אחת טיעון ראוי מתוצאות, אבל ודאי אינן מבססות טיעון כזה ברמה של "ודאות קרובה" – היא הרמה שעליה בית הדין עצמו מצהיר[32] כעל רמת הסיכון הנדרשת כדי להצדיק פגיעה בזכות החוקתית של חופש מצפון.

---

32. פרק רביעי, סעיף ה.4. להכרעת הדין. בעניין זה נוהג בית הדין בהתאם להנחת העבודה שמניח ברק – בלי להכריע בה – בבג"ץ **זונשיין** (לעיל, הערה 2), בעמ' 738.

כאמור, סניגורם של החמישה, עו"ד דב חנין, העלה טענה דומה לפני בית הדין, וזה דחה אותה. בחינת נימוקיו של בית הדין בעניין מחזקת עוד יותר את הקביעה שהטיעונים מתוצאות שעליהם נסמך בית הדין חלשים במיוחד.

כך קובע בית הדין תחילה ש "אופיים של הסיכונים והחששות הוא כזה, אשר **קיים קושי לבדוק אותם אמפירית**" (ההדגשה שלי – ד"א).[33] אבל אין זה ברור שאכן כך הוא, שהרי תופעת אי־הציות ממניעים עקרוניים – במסגרות צבאיות ואחרות – היא תופעה ותיקה, מוכרת ומתועדת היטב בתולדות האנושות. אם אמנם אי־ציות כזה – או יחס סלחני של המדינה כלפיו – טומן בחובו סכנות כה נוראות ברמה של ודאות קרובה, ודאי ניתן להביא דוגמאות היסטוריות רבות שבהן התרחשו הסכנות הללו כתוצאה של יחס סלחני של המדינה כלפי אי־ציות שכזה.[34] דוגמאות כאלה תהיינה בגדר תמיכה אמפירית – ולו חלשה – לתחזיות הקודרות שעליהן מסתמך בית הדין. למותר לציין שהתביעה לא הביאה דוגמאות כאלה ושבית הדין לא מתייחס לדוגמאות כאלה מיוזמתו. אין מדובר ברשלנות כאן – דומני שאין בנמצא דוגמאות כאלה. ועובדה זו מהווה תמיכה אמפירית חזקה לטענה שתחזיותיו הקודרות של בית הדין אינן סבירות כל עיקר. אבל אולי חשובה מכך היא הנקודה הבאה: אם אמנם קשה לבדוק אמפירית טענות אלה כי אז לא ניתן לבסס את המסקנה שמתן פטור לחמישה יביא – ועוד בוודאות קרובה – לידי התוצאות המתוארות. הקושי בבדיקה האמפירית, אם אמנם יש קושי כזה, אמור לחזק את ידי ההגנה כאן, לא את ידי התביעה.[35]

נראה שבית הדין רומז שאפשר לבדוק טענות אלה בדרכים אחרות. כך, מיד אחרי ההצהרה על הקושי שבבחינה אמפירית של הסכנות האמורות, מציין בית הדין: "חלקם מתחייבים כהיסק לוגי (כתוצאה מתבקשת מהכרה בסירוב המצפוני הסלקטיבי ע"י רשויות הצבא); אחרים נלמדים מניסיון החיים ומחכמת המעשה."[36] אבל גם קביעה זו בטעות יסודה. היסקים לוגיים – בלא תמיכה אמפירית ראויה – אינם יכולים לבסס תחזיות אמפיריות על תוצאותיהן של פעולות. נראה שכאן מבלבל בית הדין, כאמור לעיל, בין הטענות האמפיריות ובין השיקולים האחרים (הפליה, פגיעה בדמוקרטיה וכדומה) – באחרונים, ורק בהם, די בתמיכה בטיעונים.

---

33. פרק רביעי, סעיף ח.3. להכרעת הדין.

34. לטענה דומה, ולטענה שראיות אמפיריות כלליות בדבר המידה שבה נוטים בני אדם לקבל סמכות ולציית לה באופן לא־ביקורתי תומכים במסקנות הפוכות משל בית הדין, ראו: Paz-Fuchs and Sfard (לעיל, הערה 25) וההפניות שם.

35. לקביעה שבהקשר ההגנה על זכות חוקתית אחרת – חופש הביטוי – נטל הראיה לעניין מסוכנותה של ההתנהגות הרלוונטית מוטל על הרשות המבקשת להגביל את הזכות, ראו אמנון רובינשטיין, **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** (כרך ב, שוקן, 1996), 1004, וההפניות שם.

36. פרק רביעי, סעיף ח.3. להכרעת הדין.

ומה נאמר על "ניסיון החיים" ועל "חכמת החיים"? אלה הם, כמובן, מסוג הנימוקים שקשה לסתרם. (ולכן, כנראה, כה מרובה השימוש בהם בהיעדר ראיות או טיעונים חזקים יותר. הייתי מוסיף ואומר שניסיון החיים וחכמת החיים מלמדים אותנו לפקוח את עינינו בחשד בכל מקום שבו עושה ערכאה שיפוטית שימוש ב"ניסיון החיים" וב"חכמת החיים".) די אם נציין שוב ש"ניסיון החיים" של האנושות כולה אינו מספק תמיכה אמפירית כלשהי לתחזיות שבהן בית הדין עושה שימוש. משכך הם פני הדברים, אינני יודע איך "חכמת החיים" של בית הדין יכולה לתת להן תמיכה של ממש, ובוודאי אינני יודע איך יכול להיות די בה כדי לבסס את הוודאות הקרובה הנדרשת לצורך הכנסת הפגיעה בזכות החוקתית לגדר פסקת ההגבלה.

בית הדין רומז שמדובר בענייננו בידיעה שיפוטית,[37] ומסתמך על פסקי דין של ערכאות שונות – בית המשפט העליון בכלל זה – שמתריעים מפני סכנות דומות.[38] אכן, בית הדין אינו יחיד או חריג בנוף המשפטי הישראלי ביצירת ספקולציות לעניין תוצאות מתן הפטור (או תוצאות הסרבנות עצמה). אבל בכך אין כדי להכשיר את הטיעון (יש בכך, במידה מסוימת, כדי להקל מאחריותו של בית הדין לטעות מקובלת זו. לנקודה זו אחזור בהמשך). מעניינת במיוחד העובדה שכשבית הדין נקרא לתמוך את תחזיותיו על תוצאות מתן הפטור, הוא מפנה למקומות רבים שבהם הזהירו ערכאות משפטיות מפני תוצאות כאלה, אך אין הוא מפנה ולו למקום אחד שבו סופקו ראיות התומכות בתחזיות אלה. וכך בדיוק עושות גם הערכאות אליהן מפנה בית הדין.[39] עניין לנו אפוא בבועה של תחזיות בלתי מבוססות שמקבלות – בדרך של חזרות, הפניות, והפניות להפניות – מעמד של מושכלות יסוד, שדי בחכמת חיים ובניסיון חיים כדי לראותן. אלא שאמונות תפלות אינן הופכות תפלות פחות אם חוזרים עליהן לעתים קרובות, ואף לא אם מפנים אליהן.[40]

---

37. במקום אחד אומר זאת בית הדין במפורש: "אין צורך בהבאת ראייה בכל הנוגע למצבה הביטחוני של המדינה בשנות עצמאותה בכלל ובשנים האחרונות בפרט – הדבר הוא מן המפורסמות ומצוי בידיעה שיפוטית כללית ובידיעה שיפוטית של בית־דין צבאי בפרט". ראו פרק רביעי, סעיף ח.3. להכרעת הדין. אבל אין זה ברור אם בית הדין מבקש לטעון לידיעה שיפוטית אף בדבר תחזיותיו העובדתיות לעניין תוצאות מתן הפטור.

38. פרק רביעי, סעיף ח.3. להכרעת הדין.

39. והן ממשיכות בכך גם אחריו – ראו בג"ץ **מילוא** (לעיל, הערה 2) ובג"ץ **מלנקי** (לעיל, הערה 2).

40. ייתכן שבית הדין מודע לחולשת טיעוניו כאן. רק כך, אני חושב, ניתן להסביר את ההיקש שמבקש בית הדין לערוך בין עניינו ובין הערכת מסוכנות של חשוד לצורך החלטה בדבר מעצרו עד תום ההליכים. כך אומר בית הדין בפרק הרביעי, סעיף ח.3. להכרעת הדין:

> ואכן, גם בתחומים חוקתיים אחרים, שבהם עוסקים בבתי־משפט פליליים מדי יום ביומו, ואשר קשורים בהערכת סיכונים וסכנות, אין נדרשת המדינה להביא ראיות, ודי לה בניסיון החיים הקולקטיבי. הכוונה היא להערכת מסוכנותו של נאשם או חשוד, אשר מעצרו מתבקש, מפאת שהוא עלול לסכן את הציבור. בכגון דא קובע החוק (סעיף 21(א)(1)(ג) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות

הערה אחרונה לעניין השימוש שעושה בית הדין בטיעונים מתוצאות: לעתים מניסוחיו של בית הדין עולה שאין כלל צורך לבסס את התחזיות שעומדות בבסיס טיעונים אלה, אלא שדי **באפשרות** שתוצאות קשות אלה תתרחשנה כדי לשלול את מתן הפטור לסרבנים. זו, כמובן, אינה עמדתו הרשמית של בית הדין, שכן הוא מצהיר על מחויבותו למבחן הוודאות הקרובה, אך לעתים נדמה שבית הדין מבקש להיות זהיר במיוחד בגלל אופיין המאיים של התוצאות שהוא מתאר. ואכן, לעתים אנחנו חושבים שבהינתן אפשרות – אפילו לא סבירה – של תוצאות רעות במיוחד, ראוי להיות זהירים, ואולי אפילו להפגין זהירות יתר, ולשגות בכיוון הבטוח יותר (to err on the side of safety). אולי מבקש בית הדין להצביע רק על אפשרות התרחשותן של תוצאות נוראות, ולטעון שבהינתן אפשרות כזו ראוי להפגין זהירות יתרה, ואולי אף זהירות יתר, ולהימנע מיחס סלחני כלפי אי־ציות אף במחיר של שגיאה בכיוון הבטוח יותר.

איני מבקש לטעון, כמובן, שלעולם אין זה מוצדק לקבל את הסיכון של שגיאה בכיוון הבטוח יותר (אם כי איני יודע אם ניתן משפטית לאמץ קו מחשבה כזה כדרך להצדיק פגיעה בזכות חוקתית). אבל כדי להשתמש בטיעון זה יש להראות שאכן מדובר בכיוון הבטוח יותר. ובשביל להראות זאת בעניינו יש להראות שתת־ציות (ציות ברמה נמוכה מהרצוי) מסוכן יותר מציות־יתר (ציות ברמה גבוהה מהרצוי). דומני שבהתחשב בהיסטוריה של המאה העשרים מן הראוי לכל הפחות לפקפק בקביעה זו.

השיקולים שמביא בית הדין כדי להכניס את גיוסם של חמשת הסרבנים ואת הפגיעה בזכותם החוקתית לחופש מצפון הכרוכה בו לגדר פסקות ההגבלה של חוק היסוד אינם עומדים, אם כן, במבחן הביקורת.

ה. ההבחנה בין סרבנות אוניברסלית לסלקטיבית

בית הדין לא מסתפק, כאמור, בדיון בשאלה אם גיוסם של החמישה עומד בתנאי פסקת ההגבלה הרלוונטית, אלא מבהיר שבחינת הסוגייה חייבת להיות גם השוואתית: הצבא פוטר סרבנים מסוימים משירות, והחמישה זכאים שלא להיות מופלים לרעה לעומת אלה שמקבלים פטור מטעמי מצפון.

סרבני המצפון שזוכים – לפחות לכאורה – להתחשבות המערכת הם "סרבניים אוניברסליים" (או "גלובליים", או "מלאים"), כלומר מי שמסרבים להתגייס לצבא כלשהו, ליטול חלק במאמץ מלחמתי כלשהו. אני מסייג ואומר "לפחות לכאורה" משום שההתרשמות מטיפול הצבא בפציפיסטים מלמדת כאלף עדים שגם בעניינם של אלה אין הצבא מכבד את

אכיפה־מעצרים), התשנ"ו-1996), כי חזקה על מי שהואשם באחת העבירות המנויות בו, כי קיים יסוד סביר שיסכן את בטחונו של אדם, את ביטחון הציבור, או את ביטחון המדינה.

אלא שבעניין זה, כמובן, יצר המחוקק – בדרך של חקיקה ראשית – חזקה. אינני יודע אם חזקה זו מבוססת אמפירית. אבל עצם עיגונה בחקיקה ראשית מבחין, כמובן, בין סוגיית הערכת מסוכנותו של חשוד ובין סוגיית הערכת תוצאות מתן פטור לחמישה ולדומיהם.

הזכות לחופש מצפון.[41] אבל הבה נניח לעניין זה. האם אפשר לתמוך בהבחנה בין האופן שראוי לנהוג בו בסרבנים גלובליים ובין האופן שראוי לנהוג בו בסרבנים סלקטיביים – כלומר במי שמסרבים ליטול חלק בפעילות צבאית מסוימת, או מסרבים להתגייס בגין התנגדותם למדיניות ממשלתית מסוימת?

לא אוכל כאן לדון דיון פרטני בכל אחד מהשיקולים שמונה בית הדין – ושנמנים במקומות אחרים – להצדקת ההבחנה. אין גם צורך בדיון פרטני כזה כאן, משני טעמים. ראשית, דיון כזה כבר נערך על ידי Paz-Fuchs ו-Sfard.[42] שנית, די בדיון שבסעיף 3 לעיל כדי להטיל ספק של ממש בשיקולי בית הדין אף לעניין ההשוואה בין סירוב גלובלי לסלקטיבי.

ו. ההבחנה בין סרבנות מצפונית לאי־ציות אזרחי

אחת המחלוקות שנתעוררו לפני בית הדין הייתה אם ראוי לסווג את החמישה כסרבני מצפון (Conscientious Objectors), או שמא ראוי לסווגם כמי שעוסקים באי־ציות אזרחי (Civil Disobedience) המכונה לעתים גם מרי אזרחי, ושאליו מתייחס לעתים בית הדין כאל "סרבנות פוליטית". בית הדין החליט לערוך את עיקר הדיון בהנחה שהחמישה הנם (לפחות גם) סרבני מצפון, ובכך הפך את הספקות שהוא מביע בעניין זה להערת אגב.[43] בכל זאת אני מבקש לדון בשאלה זו בפירוט, בעיקר משום המשקל שיש לה בדיונים עכשוויים רבים בעניין הסרבנות.[44]

1. עצם ההבחנה

כמובן, אין זה ברור לחלוטין איך יש להבין את ההבחנה בין סירוב מצפוני ובין אי־ציות אזרחי, אבל האופן שבו מקובל להציג את ההבחנה (והאופן שבו היא מובנת על ידי בית הדין) הוא פחות או יותר כך: סרבן המצפון מנסה להימנע מלעשות מעשה המנוגד לחלוטין לכל שהוא מאמין בו, מעשה שמנוגד – במובן חשוב כלשהו – לאופן שבו הוא רואה

41. כך ניתן לראות, למשל, מהכרעת הדין – ומהתיאור שמופיע בה של הנסיבות שקדמו לה – בעניינו של יוני בן ארצי: מט/129/03 **התובע הצבאי נ' יהונתן בן ארצי** (טרם פורסם) אשר קטעים ממנו פורסמו ב**משפטי הסרבנים** (לעיל, הערה 1), וכן מנתונים לא רשמיים שמתפרסמים מעת לעת בנוגע לאחוז הפונים ל"ועדת המצפון" – היא הוועדה שאמורה לפטור פציפיסטים משירות צבאי – שאכן מצליחים לקבל את הפטור האמור, ובנוגע לאופי הדיון בוועדה זו.
בעת כתיבת שורות אלה תלוי ועומד ערעור של בן ארצי על הרשעתו. יש לקוות שבית הדין הצבאי לערעורים יתקן מעט מהעוול שהסבה לבן ארצי המערכת הצבאית עד כה.

42. Paz-Fuchs and Sfard (לעיל, הערה 25).

43. פרק רביעי, סעיף ג להכרעת הדין.

44. הדברים שלהלן מסתמכים במידה רבה על מאמרי. ראו: Enoch (לעיל, הערה 10).

את זהותו. והוא מבקש להימנע ממעשה כזה כדי לגונן על עצמו מפני המשבר הכרוך – למישהו כמותו – בעשייתו.[45] מטרותיה של העוסקת באי־ציות אזרחי, לעומת זאת, שונות בתכלית: היא מבקשת להביא לשינוי פוליטי, בשל נימוקים (מוסריים, למשל) כבדי משקל דיים עד שיש בהם כדי להצדיק, במקרה האמור, הפרת חוק.

כך, ההבחנה בין סירוב מצפוני ובין אי־ציות אזרחי נעוצה בטעמים השונים להפרת החוק של סרבן המצפון ושל העוסקת באי־ציות אזרחי. וההבדל המוטיבציוני הזה לעתים קרובות – אך לא תמיד, ובוודאי לא בהכרח – מתבטא אף בהבדלים נוספים שיכולים על כן להיות משום סמנים לסוג אי־הציות: כך מקובל לומר, למשל, שהעוסקת באי־ציות אזרחי תבקש לבצע את הפרת החוק המדוברת באופן פומבי, ואולי אף במטרה למשוך אליה את אור הזרקורים, שהרי אם לא תעשה כן כיצד תקדם הפרת החוק שלה את השינוי הפוליטי שהיא מבקשת? אבל פומביות שכזו אינה משרתת את עניינו של סרבן המצפון, שינסה אפוא לסרב סירוב "שקט", או לזכות בפטור – רשמי או שאינו רשמי – הרחק מאור הזרקורים. הבדל אופייני נוסף בין סירוב מצפוני ובין אי־ציות אזרחי הוא שסרבנית המצפון תפר – בהכרח, כך נראה – את החוק או הפקודה הבעייתיים מבחינתה, את ההוראה שציות לה מעמיד אותה במצב הבלתי אפשרי המתואר לעיל. העוסק באי־ציות אזרחי, לעומת זאת, אינו מוגבל באופן דומה – הוא יפר את החוק שהפרתו תהיה יעילה ביותר בגרימת השינוי הפוליטי שהוא מבקש להביא. כך, למשל, מי שעוסק באי־ציות אזרחי יוכל לחסום נתיבי תנועה (באופן לא חוקי) כדי לזכות בתשומת לב תקשורתית לעניין שעליו הוא נאבק, גם אם אין בין עניין זה ובין תחבורה ולא כלום.[46]

אין לי, כמובן, התנגדות כלשהי להבחנה בין סירוב מצפוני ובין מעשה של אי־ציות אזרחי כהבחנה כללית ומופשטת. אבל יש לי ספקות בדבר נפקותה הנורמטיבית בכלל, ובמקרים שלפנינו בפרט. ראשית, ההבחנה אינה ממצה, שכן ייתכנו מקרים של אי־ציות לחוק מטעמים עקרוניים שאינם נופלים לגדר אלה המתוארים באפיון של סירוב מצפוני ושל אי־ציות אזרחי. ההבחנה גם אינה מוציאה, שכן יש מקרים רבים של אי־ציות שהנו בעת ובעונה אחת גם מקרה של סירוב מצפוני וגם מקרה של אי־ציות אזרחי (לנקודה זו אחזור בהרחבה בהמשך). חשוב יותר, דומני שהמקרים המעניינים ביותר של אי־ציות

---

45. למעשה, אני חושב שזו הצגה מאוד לא מדויקת של המוטיבציות של סרבן המצפון. הטעם שמניע את הסרבן הזה לסירוב אינו אגוצנטרי כמתואר בטקסט. סרבן המצפון מסרב לא כדי להציל את נפשו, אלא פשוט משום שהפעולה שאותה הוא נדרש לבצע היא (על פי ראות עיניו) בלתי מוסרית, או מנוגדת לדתו, או אסורה באופן חשוב אחר כלשהו. השיקולים האגוצנטריים המובאים בטקסט נכנסים לתמונה רק בשלב מאוחר הרבה יותר, כשסרבן המצפון מנסה להסביר – ולהצדיק – את עצמו לפני מי שאינם מקבלים את תפיסותיו המוסריות או הדתיות. בטקסט אני ממשיך ומשתמש באפיון של סירוב מצפוני שבו משתמשים בית הדין ורבים מהמלומדים – אינני חושב שמשהו בהמשך טיעוניי תלוי בנקודה שבהערה זו.

46. ראו, למשל, דוד הד, "סירוב – פוליטי או מצפוני", **על דמוקרטיה וציות** (ישי מנוחין – עורך, יש גבול, 1980), 89.

מטעמים עקרוניים אינם נופלים באופן פשוט לגדרו של אחד מסוגי אי־הציות המובחנים. כך, למשל, קשה להכחיש שגנדי שאף להשיג שינויים פוליטיים, אבל האם קל יותר להכחיש שכמה מפעולותיו היו בגדר סירוב מצפוני? והאזרחים האמריקנים שסירבו ליטול חלק במלחמת וייטנאם משום שראו בהשתתפות בה משום הפרה של צו מצפונם – האם נרצה לטעון שסירובם לא היה סירוב מצפוני? או שלא היו אלה פעולות פוליטיות של אי־ציות אזרחי? ספקות דומים עולים, לדעתי, אף בנוגע לסרבנים ולסרבניות הישראלים בימינו (על סוגיהם השונים). כמובן, קיומם של מקרי גבול אין בו כשהוא לעצמו כדי לקעקע הבחנה. אבל החשד שאני מבקש להביע חמור יותר מקיומם של מקרי גבול – החשד הוא שכמעט כל מקרה מעניין הוא מקרה גבול (או שהוא מקרה של אי־ציות אזרחי וסירוב מצפוני כאחת), ולכן ההבחנה בין סירוב מצפוני ובין אי־ציות אזרחי אינה מועילה כמעט בשום מקרה מעניין, ועל כן אינה מועילה כלל.[47] מיקוד הדיון הציבורי בסיווג מקרים של אי־ציות על פי ההבחנה הזו נראה אפוא כדרך להתחמק מהנושאים הראויים באמת לדיון יותר מניסיון כן להתמודד עימם באמצעות כלים מושגיים מתאימים.

ובכל זאת, לצורך הדיון בשני סעיפי המשנה הבאים אתעלם מספקות כלליים אלה בדבר חשיבותה הנורמטיבית של עצם ההבחנה בין סרבנות מצפונית ובין אי־ציות אזרחי. כיצד אמור הסיווג של אי־ציות כמעשה של סירוב מצפוני או של אי־ציות אזרחי להשפיע על התגובה הראויה לו מצד המדינה?

2. ההבחנה ותגובתה הראויה של המדינה

מקובל לטעון, שבעוד המדינה חייבת לגלות התחשבות בסרבן המצפון – משום שעל המדינה לכבד את האמנותיהם, אמונותיהם ודרכי חייהם העמוקות ביותר של אזרחיה ואזרחיותיה, משום שעליה לכבד את האוטונומיה שלהם, משום שעליה לכבד **אותם** – המדינה אינה נתונה לחובה דומה בנוגע למעשים של אי־ציות אזרחי, משום ששיקולי האוטונומיה[48] (כפי שאקרא להם) אינם מִגנים על ניסיונות להביא לידי שינוי פוליטי בדרכים שחורגות מהפרוצדורה הפוליטית הדמוקרטית. לא קשה להלביש נימוקים כאלה במחלצות משפטיות: הזכות החוקתית לחופש המצפון מִגנה, כך ניתן לטעון, רק על הסירוב המצפוני, ולא על ניסיונות להביא לשינוי פוליטי בדרכים שחורגות מהפרוצדורה הפוליטית הדמוקרטית.

אף שטענה זו אינה מדויקת, נראה לי שיש בה אמת. אולי על המדינה לנהוג בחומרה יתרה כלפי מי שעוסק באי־ציות אזרחי לעומת התנהגותה כלפי סרבן המצפון – כלומר, בדרך כלל, כששאר התנאים שווים, וכשמדובר במקרה ברור של אי־ציות אזרחי ובמקרה

47. גם הד מעלה חשדות דומים בנוגע להבחנה, אבל הד בסופו של דבר מייחס לה חשיבות שאני איני מייחס לה. ראו שם.

48. יש אפוא משהו אינדיבידואליסטי מובהק בזכות לחופש מצפון. משום כך תמוהה במיוחד גישתה של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ **מילוא** (לעיל, הערה 2), ממנה משתמע מתן הגנת יתר למי שמצפונו – או לפחות מי שמצפונה – עולה בקנה אחד עם דרך חיים של קהילה לעומת מי שמצפונו אינו מקיים תנאי זה. ראו בג"ץ **מילוא** (לעיל, הערה 2), פסקה 13 לפסק הדין.

ברור של סירוב מצפוני. אני מסייג ב"אולי" משום שגם כאן, כך נראה לי, יש מקום להיזקק להבחנה אחרת, מדויקת יותר. אולי, למשל, יש מקום להיזקק להבחנתו של גנז[49] בין מרי אזרחי משכנע למרי אזרחי כופה: גנז טוען שמנקודת מבטה של המדינה, מרי אזרחי כופה (כזה שמטרתו למנוע מהממשלה הנבחרת ליישם את מדיניותה) ראוי ליחס חמור יותר מסירוב מצפוני, וזה בתורו ראוי ליחס חמור יותר מזה שראוי לו מרי אזרחי משכנע (כזה שמטרתו להביא לידי שינוי פוליטי באמצעות שינוי עמדותיהם של האזרחים בסוגיה הנדונה). טענה זו נראית לי רגישה יותר לנסיבות הרלוונטיות מההבחנה שבין סירוב מצפוני לאי־ציות אזרחי. אבל גם בהתעלם מספקות כאלה, נראה לי שאת הטענה שעל המדינה לנהוג בסלחנות רבה יותר בעניינו של סרבן המצפון מאשר בעניינו של העוסק באי־ציות אזרחי יש לסייג באופן חשוב, ומשעה שסויגה כאמור ברור שאין לה עוד כל נגיעה למקרי הסירוב העכשוויים.

הסייג האמור נובע מכך ששיקולי אוטונומיה בכל זאת חלים במקרים מסוימים של אי־ציות אזרחי. דרך אחת לראות זאת היא להתרכז במקרים של היקבעות יתר, אליהם אני חוזר להלן. אבל כאן אני מבקש להדגיש את מה שהיה אמור להיות מובן מאליו: חמשת הנאשמים בפני בית הדין ושאר הישראלים (וגם, במספרים קטנים הרבה יותר, מטעמים ברורים, הישראליות) שמסרבים לשרת בשטחים הכבושים או בצבא הישראלי בכלל, עוסקים באי־ציות אזרחי "ישיר", כלומר הם מפרים את הנורמות המשפטיות אשר להן הם מתנגדים מטעמים מוסריים. כאן אין מדובר במי שחוסם כבישים, למשל, כדי לזכות את מאבקו בתשומת לב תקשורתית, אלא באנשים שמסרבים להשתתף בדיוק בפעולות שנראות להם פסולות מבחינה מוסרית. זו עובדה חשובה, ראשית, משום שאלה שההבחנה בין סירוב מצפוני לאי־ציות אזרחי קרובה ללבם צריכים לראות בכך טעם מסוים לסווג מעשי סירוב אלה כמעשים של סירוב מצפוני, או לפחות טעם שלא לסווגם כמקרים בלתי בעייתיים של אי־ציות אזרחי. אבל גם בלי קשר להבחנה – ונקודה זו חשובה הרבה יותר – העובדה שהסרבנים מסרבים לנורמות, אשר להן הם מתנגדים מטעמים מוסריים, הופכת את שיקולי האוטונומיה לרלוונטיים בעליל. אולי אין שיקולי אוטונומיה חלים – כמכתיבי יחס סלחני של המדינה – על מקרים של חסימת כבישים לא חוקית לצורך העברת מסר פוליטי.[50] אבל שיקולי אוטונומיה בוודאי חלים – באופן פרדיגמטי ממש – על מקרים שבהם המדינה נקראת להפגין סובלנות כלפי הפרות חוקים אשר להם מתנגדים המפרים מטעמים עקרוניים. ועם שיקולי אוטונומיה אלה חלה במקרים כאלה גם הזכות החוקתית לחופש המצפון.[51]

---

49. חיים גנז, **ציות וסירוב** (הקיבוץ המאוחד, 1996), 121-122.

50. ייתכן, אגב, ששיקולים אחרים מכתיבים במקרים כאלה יחס סלחני של המדינה. לטענה שיש מקרים שבהם פעולות שכאלה יוגנו כחלק מהעיקרון של חופש הביטוי, ראו: Barak Medina, "Political Disobedience in the IDF: The Scope of Soldiers' Right to be Excused from Taking Part in Military Activities in the Occupied Territories", 36 *Isr. L. Rev.* (2002) 73.

51. ייתכן – אינני בטוח בכך – שאת האמור בטקסט יש לסייג באופן הזה: אם החוק שנבחר כמיועד להפרה נבחר משיקולים אינסטרומנטליים בלבד – כלומר רק משום שצפוי שהפרתו תפיק את האפקט התקשורתי הרציני ביותר, או שיקול אחר מסוג זה – ואם החוק שנבחר

אולי אפוא יש מקרים של אי־ציות אזרחי שאינם מוגנים על ידי הזכות לחופש מצפון (אי־ציות אזרחי "עקיף"). אבל יש גם מקרים של אי־ציות אזרחי ("ישיר") שמוגנים על ידי זכות זו בדיוק כשם שמוגנים על ידה מקרים פרדיגמטיים של סירוב מצפוני. וכשמדובר במקרים אלה, אין עוד לשאלת סיווג אי־הציות (כסירוב מצפוני או כמעשה של אי־ציות אזרחי) משקל בנוגע לתגובה הראויה של המדינה (בסייג שיובהר להלן).

מסקנה זו קרובה מאוד – ובדיוק אנלוגית – לטענה שטוען הנשיא ברק בבג"ץ **זונשיין**.[52] במהלך הדיון בהבחנה בין סירוב סלקטיבי לגלובלי מסכים ברק – אם גם באופן טנטטיבי משהו – ששיקולי האוטונומיה לסובלנות מצד המדינה חלים על מקרים של סירוב סלקטיבי ממש כשם שהם חלים על מקרים של סירוב גלובלי. שהרי בלא סובלנות שכזו, ידרוש המשפט מהסרבן הסלקטיבי ומהסרבן הגלובלי כאחת לנהוג בדרכים אשר להן הם מתנגדים נחרצות מטעמים עקרוניים, וזה כל שנדרש כדי ששיקולי האוטונומיה יקנו להם נגיעה לעניין. כך, גם סרבני השטחים (או סרבני הגיוס) יידרשו – אם המשפט לא יראה לנכון להתחשב בהם – לנהוג בדרכים להן הם מתנגדים נחרצות מטעמים עקרוניים, וזה כל שנדרש כדי ששיקולי האוטונומיה יקנו להם נגיעה גם בעניינם. כמובן, ברק צודק גם כשהוא מבחין בכך שזו אינה בהכרח המילה האחרונה: אפילו חלים שיקולי אוטונומיה בעניינם של סרבני ימינו, עדיין ייתכן ששיקולים אלה מובסים על ידי טעמים אחרים, וייתכן שטעמים אלה מבחינים בין סירוב גלובלי לסלקטיבי (אם כי לעיל שללתי אפשרות זו). אבל יהא אשר יהא גורלה של אפשרות זו, בכל הנוגע לחלותם של שיקולי האוטונומיה עצמם, קו המחשבה שמציג ברק מראה שההבחנות – בין סירוב גלובלי לסלקטיבי, או בין סירוב מצפוני לאי־ציות אזרחי – פשוט אינן ממין העניין.

3. היקבעות יתר (Over-determination)

נושא נוסף וקשור שבו דן בקצרה בית הדין – בעקבות חילופי חוות דעת שהונחו לפני בית המשפט העליון בבג"ץ **זונשיין** ואחר כך גם לפני בית הדין הצבאי[53] – הוא הנושא

להפרה משיקולים אלה הוא גם – במקרה – החוק אשר לו מתנגדים המפרים, אולי אז אין תחולה לשיקולי האוטונומיה. מיותר לציין שסייג זה – גם אם יש לו מקום – לא חל בעניינם של החמישה ודומיהם.

52. בג"ץ **זונשיין** (לעיל, הערה 2), בעמ' 736-737.

53. חוות דעת של אבי שגיא ורון שפירא, חוות דעת של אלון הראל, חוות דעת של דוד הד, מכתב מאת יוסף רז, וחוות דעת משלימה של שגיא ושפירא, שהוגשו כולן לבית המשפט העליון בבג"ץ **זונשיין** (לעיל, הערה 2). את עיקרי חוות הדעת של שגיא ושפירא אפשר למצוא במאמרם: Avi Sagi and Ron Shapira, "Civil Disobedience and Conscientious Objection", 36 *Isr. L. Rev.* (2002) 181. ראו גם אבי שגיא ורון שפירא, "אי־ציות אזרחי וסרבנות מצפונית", **אלפיים** 27 (2004), 46. את חוות דעתו של הראל אפשר למצוא ב-[URL: http://law.mscc.huji.ac.il/law/newsite/segel/harel/pub/brief2.pdf]. יוסף רז פרסם מאמר שמבוסס על המכתב **בהארץ**. ראו יוסף רז, "כבוד האדם וחירותו לסרב", **הארץ** (30.12.03).

של motivational over-determination (שאכנה להלן – היקבעות יתר). מכיוון שרבות מפעולותינו נקבעות היקבעות יתר – כלומר מכיוון שאת רבות מפעולותינו מניעים שני טעמים או יותר כך שבכל אחד מהם כשהוא לעצמו די היה להביאנו לידי פעולה – ומכיוון שההבחנה בין סירוב מצפוני ובין אי־ציות אזרחי מובנת במונחי הטעמים שמניעים את המסרב לפעולה, בהחלט ייתכן שאותה הפעולה עצמה נופלת גם להגדרה של אי־ציות אזרחי וגם להגדרה של סירוב מצפוני. ואם כך, ביסוס סיווגם של סרבנים כעושים מעשה של אי־ציות אזרחי אינו שולל את סיווגם גם כסרבני מצפון, או כמי שההגנות אשר להם ראויים סרבני מצפון חלות עליהם (לפחות לכאורה, כלומר בהיעדר טעם לסתור).

לאחר סקירה קצרה של חוות הדעת שהיו לפניו, מצהיר בית הדין כך:[54]

> עיינו היטב בכתבי המלומדים אשר הובאו בפנינו בעניין זה. לאחר עיון מעמיק, מצאנו, כי אנו קרובים לדעה, אשר הובעה ע״י פרופ׳ שגיא ופרופ׳ שפירא, שלפיה, אף כי האפשרות של דואליות במניעים הינה **אפשרית**, היא, ככלל, אפשרות **תיאורטית ורחוקה**.
>
> סברנו, כי המניע **העיקרי** אשר מסתתר מאחורי פעולותיהם של הנאשמים שבפנינו, בהתחשב במכלול הנסיבות האופפות את מעשיהם, הוא הרצון לגרום לשינוי **פוליטי**, דהיינו להביא לשינוי בדעת הקהל ובמדיניות הממשלה. ספק בעינינו, אם המניע המצפוני, **כשלעצמו**, הוא מספיק כדי להוות ביסוס לסירובם של הנאשמים, לנוכח מכלול דבריהם.
>
> עם זאת, מוכנים אנו להימנע מלקבוע חד משמעית, כי המניע שעניינו מרי אזרחי הוא היחיד המניע את הנאשמים, ולהניח, כי **גם** טעם, הנעוץ בסירוב מצפוני מניע אותם, **אולי אף בטעם מספיק** לבצע את מעשה הסירוב (ההדגשות שלי – **ד״א**).

בפסקה זו שלובות קביעה פילוסופית בדבר האפשרות התיאורטית והרחוקה של היקבעות יתר, שתי קביעות עובדתיות בדבר מניעיהם של החמישה (שהעיקרי שבהם הוא הפוליטי, ומוטל ספק לעניין מספיקותו של המניע המצפוני), וקביעה – לא לגמרי ברורה – של ההנחה לצורך המשך הדיון. להלן אשלול את הקביעה הפילוסופית, ואת החלתה השגויה על העובדות הרלוונטיות, כלומר על מניעיהם של החמישה.

בשלב זה של הדיון איש אינו מכחיש, דומני, את היתכנותה של היקבעות יתר בכלל, או את האפשרות שפעולה תהיה בו בזמן גם מעשה של אי־ציות אזרחי וגם של סירוב מצפוני.[55]

---

54. פרק רביעי, סעיף ח.3. להכרעת הדין.

55. בחוות הדעת המקורית שלהם לא העלו שגיא ושפירא אפשרות זו. בחוות הדעת המשלימה שלהם הם מדברים על האפשרות כעל אפשרות תיאורטית ורחוקה. אבל שגיא ושפירא מגלים אי־הבנות חמורות ביותר בנוגע למהותה של היקבעות יתר, וממילא אין זה ברור במה הם

לכן השאלות שיש לדון בהן כעת הן אם מדובר רק ב"אפשרות תיאורטית ורחוקה", ואם מקרי הסרבנות המוכרים לנו בעת האחרונה הם אכן מקרים של היקבעות יתר שכזו.

בית הדין לא מנמק את תשובתו השלילית (אם גם באופן טנטטיבי) על השאלה השנייה, ולא מציע מבחן שבאמצעותו אפשר להשיב עליה. אני מבקש להציע מבחן כזה, ואגב כך להשיב בשלילה על השאלה הראשונה. כמובן, ראיות לעניין הימצאותם של המניעים האופייניים למעשים של אי־ציות אזרחי אינן רלוונטיות כאן, שכן איש אינו חולק על הימצאותם. השאלה היא אם יש גם ראיות להימצאותם של המניעים האופייניים לסירוב מצפוני. וכדי להשיב על שאלה זו, יש להשיב על השאלה הבאה: כיצד נוכל להבחין במצב של היקבעות יתר של פעולה הן על ידי המניעים האופייניים לאי־ציות אזרחי הן על ידי המניעים האופייניים לסירוב מצפוני?

כדי להשיב על שאלות אלה, אתאר תחילה מקרה פרדיגמטי של היקבעות יתר: אני נרשם לקורס בתורת המוסר הן משום שהקורס מעניין אותי והן משום שהוא נדרש על ידי התכנית שבה אני לומד.[56] במקרה זה אנחנו יכולים להניח ששני הטעמים שמניעים אותי לפעולה הם עצמאיים, ושבכל אחד מהם די היה כדי להניעני להירשם לקורס. ניתן לראות שכך הם פני הדברים אם נשקול את משפטי האילו (counterfactuals) הרלוונטיים: הקורס יכול היה להיות מעניין גם לולא היה נדרש, וגם במקרה כזה (כך נניח) הייתי נרשם לקורס. והקורס היה יכול להיות נדרש בלי להיות מעניין, וגם אז (כך אנחנו מניחים) הייתי נרשם לקורס. בחינה של משפטי אילו כאלה היא הדרך הקנונית לבחינת טענות על היקבעות יתר.

אבל היקבעות יתר תיתכן גם כשהטעמים הרלוונטיים אינם עצמאיים. חישבו, למשל, על חיילת אמריקנית המוצבת ב-Guantanamo Bay ומאמינה שכליאתם של החשודים בהשתייכות לארגון אל־קאעידה – באופן שבו הם כלואים שם היום – היא פסולה לחלוטין מבחינה מוסרית. הבה נניח שלהאמנה זו שלה יש תפקיד ביצירת שני טעמים שונים שמניעים אותה לפעולה. ראשית, היא מבקשת לשנות את מדיניות ממשלתה כך שזו תכבד את זכויות האדם גם של הגרועים שבאויביה. שנית, בהינתן מוטיבציה קבועה שלא לעשות מעשים המנוגדים להאמנותיה המוסריות העמוקות ביותר, היא מבקשת "להציל את נפשה" מעשיית מעשים הקשורים לכליאת אותם חשודים. אם חיילת זו תסרב לבצע פקודות הקשורות לכליאתם של אותם חשודים, סירובה בהחלט יכול להיות תוצר של היקבעות יתר, בהחלט ייתכן שדי היה בכל אחד משני הטעמים הללו לבדו להניעה לסרב

מודים כשהם מודים בהיתכנותה. אני דן בפירוט בכמה מאי־הבנות אלה במאמרי. ראו: Enoch (לעיל, הערה 10).

שגיא ושפירא סיפקו את מה שהם כנראה רואים בו תשובה על כמה מטיעוניי הביקורתיים כלפיהם. אני מותיר לקורא/ת להחליט אם אמנם תשובתם תשובה היא. ראו: Avi Sagi and Ron Shapira, "Rejoinder", 36 *Isr. L. Rev.* (2002), 255.

56. הדוגמה שאולה מדוגמה דומה שנותנת קורסגארד (Korsgaard) בהקשר אחר. ראו: Christine Korsgaard, *The Sources of Normativity* (Cambridge University Press, 1996) 26,

לבצע את הפקודה האמורה. אבל שני הטעמים אינם עצמאיים, שכן שניהם תלויים באותה האמנה בדבר פסלותה המוסרית של כליאתם של החשודים (באופן שבו הם כלואים כיום). ועובדה זו הופכת את השימוש בדרך הקנונית לבירור היקבעות יתר לבעייתית ביותר, משום שהיא משבשת את משפטי האילו הרלוונטיים. אלמלא רצתה לשנות את מדיניות ממשלתה, האם הייתה החיילת מסרבת? אילו לא הייתה רוצה לשנות את מדיניות ממשלתה, מן הסתם היה זה משום שבנסיבות ההיפותטיות המתוארות היא כבר לא הייתה חושבת שפרקטיקת הכליאה הרלוונטית פסולה מוסרית (או פסולה באותה מידה), ואם כך ציות לא היה מאיים על זהותה המוסרית של נפשה. אלמלא סירבה כדי להגן על נפשה, כלום הייתה החיילת מסרבת? אילו לא הייתה נדרשת לסרב כדי להגן על נפשה, מן הסתם היה זה משום שבנסיבות ההיפותטיות המתוארות ציות לא היה מאיים על נפשה, כלומר היא לא הייתה רואה בפרקטיקת הכליאה פרקטיקה פסולה מבחינה מוסרית, ואז גם לא הייתה רוצה לשנות את מדיניות ממשלתה בעניין זה.

סירובם של חמשת הסרבנים שניצבו לפני בית הדין – ובמידה רבה של כל סרבני הכיבוש הישראלים – דומה, לדעתי, לסירובה (ההיפותטי) של החיילת האמריקנית המתוארת. הם מאמינים שמדיניותה של ישראל בנוגע לשטחים הכבושים פסולה מבחינה מוסרית, ושיפוט מוסרי זה עומד בבסיס שני טעמים שמניעים אותם לסירובם: הם מסרבים כדי לשנות את מדיניותה של ישראל, והם מסרבים גם כדי להימנע מהמצב הקשה שבו הם יידרשו לעשות מעשה מנוגד לכל שהם מאמינים בו. מכיוון שזה המבנה המוטיבציוני של פעולת הסירוב, גם כאן – כמו במקרה ההיפותטי לעיל – ייכשל מבחן משפטי האילו הרגיל. אבל מכאן אין נובעת המסקנה שאין כל דרך לטעון בעד או נגד הקביעה שפעולת הסירוב נקבעת היקבעות יתר. פשוט יש צורך במעט יותר יצירתיות בניסוח משפטי האילו הרלוונטיים. חישבו, למשל, על השאלה הזו: לו היו החמישה משוכנעים שסירובם לא ינביע תוצאות פוליטיות כלשהן (למשל, משום שלא יזכה לפרסום כלשהו), האם עדיין היו מסרבים? נדמה לי שהתשובה – בנוגע לחמישה כמו גם בנוגע לרוב רובם של סרבני הכיבוש האחרים – היא "כן",[57] ועובדה זו נותנת טעם חזק להסיק שפעולת הסירוב שלהם נקבעת היקבעות יתר באופן המתואר. שהרי אילו המוטיבציה היחידה שלהם הייתה המוטיבציה האופיינית לאי־ציות אזרחי – המוטיבציה להביא לידי שינוי פוליטי – היא הייתה אמורה להיעלם אילו ידעו שהסירוב לא יצלח בהבאת שינוי פוליטי. מכאן שיש להם טעם מספיק נוסף לסירוב – הטעם האופייני לסירוב מצפוני.

מהדיון עולה אפוא שהחמישה הם אכן (גם) סרבני מצפון, שפעולת הסירוב שלהם נקבעת היקבעות יתר על ידי מניעים שאופייניים לאי־ציות אזרחי ומניעים שאופייניים לסרבנות מצפון. יתרה מזו, כפי שעולה גם מהדיון בדוגמה של החיילת האמריקנית המוצבת ב-Guantanamo Bay, אין שום דבר ייחודי כאן בסירובם של החמישה. האפשרות של היקבעות יתר – לא רק שאינה בגדר אפשרות תיאורטית ורחוקה, אלא שהיא מאפיינת,

57. אני יודע שהדברים נכונים בנוגע לסירוב שלי לפני שנים מספר, ומשיחות עם סרבנים רבים אני מקבל את הרושם שהדברים נכונים גם בנוגע להם.

כך נראה לי, את רוב רובם של המקרים המרכזיים של אי־ציות מטעמים עקרוניים. ודאי היא מאפיינת את סירובם של החמישה.

מה נובע מבחינה משפטית מסיווגה של פעולה כנקבעת היקבעות יתר על ידי שני מניעים, אם רק אחד מהם מוגן? אינני יודע מהי התשובה לשאלה כללית זו.[58] דומני שלפחות בעניינו תוצאה ראויה של סיווג כזה היא שההגנות שחלות על סרבנות מצפונית יחולו – לכאורה, או בהיעדר טעם לסתור – גם על פעולות שהן בו בזמן מקרה של סרבנות מצפונית ושל אי־ציות אזרחי. אם נוסיף על מסקנה זו את הדחייה (בפרק ד 3 לעיל) של הנימוקים שמביא בית הדין כדי להצדיק פגיעה בזכותם החוקתית של החמישה לחופש מצפון – במילים אחרות, אם נוסיף על מסקנה זו את הקביעה שאין כאן טעם לסתור – נוכל להסיק שההגנות שחלות על סרבנות מצפונית מן הראוי שתחולנה גם על פעולות שנקבעות היקבעות יתר כאמור.

אסכם אפוא את הדיון בהבחנה בין סירוב מצפוני לאי־ציות אזרחי: ראשית, ההבחנה אינה רלוונטית כשמדובר בפעולות אי־ציות אזרחי שעליהן חלים שיקולי האוטונומיה – וחלה הזכות החוקתית לחופש מצפון – ולכן אינה רלוונטית לאי־הציות של החמישה. שנית, משעה שהתופעה של היקבעות יתר מובנת נכונה, ברור למדי שמקרי הסירוב – או לפחות רוב רובם – הם אכן מקרים של היקבעות יתר, לכן שהסרבנים הנם גם סרבני מצפון, ולכן שהם זכאים (בהיעדר טעם לסתור) להגנות אשר להן זכאים סרבני מצפון. וכל זאת, כזכור, בהנחה – שאינה נראית לי מובנת מאליה כל עיקר – שניתן להגן על ההבחנה שבין סירוב מצפוני ובין אי־ציות אזרחי כהבחנה שיש לה השלכות נורמטיביות מעניינות.

ז. כלפי מי מכוונת הביקורת?

ערכאה שיפוטית – בוודאי ערכאה שיפוטית זוטרה למדי – צריכה כמובן להתחשב לא רק בתקפותם של טיעונים פילוסופיים או בסבירותן של הנחות פילוסופיות, אלא גם – ואולי בראש ובראשונה – בדין, בעיקר כפי שהוא משתקף בהלכות הפסוקות. באיזו מידה, אם כן, הביקורות לעיל הן ביקורות על פסק הדין, ובאיזו מידה הן ביקורות על המערכת המשפטית בכללה, כשאת בית הדין יש לראות אך כהולך בסך?

בית הדין שוגה בהכרעת הדין שגיאות חמורות שהנן – גם בהתחשב במצב המשפטי שבו פועל בית הדין – לחלוטין לא מחויבות המציאות (כמו, למשל, השגיאה לעניין טיעון ההפליה אשר בה דנתי לעיל). וקריאה של הכרעת הדין לצד, למשל, בג"ץ **זונשיין** תגלה מיד נימה של להיטות יתר מצד בית הדין הצבאי למצות את הדין עם החמישה. אבל יש להדגיש שעיקרה של הכרעת הדין עולה בקנה אחד עם ההלכות הפסוקות, ואולי בעיקר עם הלכת **זונשיין** העדכנית. סירובם של החמישה הוא אכן סלקטיבי ולא גלובלי, ובתי המשפט

---

58. לדיון ראשוני בסוגיה זו ולכמה הפניות רלוונטיות, ראו: Alon Harel, "Unconscionable Objection to Conscientious Objection: Notes on Sagi and Shapira", 36 *Isr. L. Rev.* (2002), 219. וראו גם גנז (לעיל, הערה **15**), בעמ' **27-30**.

הישראליים עדיין רואים בחוסר המוכנות להתחשב בסירוב כזה הגבלה מותרת של חופש המצפון. עיקר הביקורת בעניין עקרוני זה מופנה אפוא לאו דווקא לבית הדין, אלא לשיטת המשפט הישראלית כולה, ולמי שבסמכותו – בדרך של חריגה מתקדים – להכיר בכך שאין בנמצא טעם ראוי להגביל את זכותם החוקתית של החמישה ודומיהם לחופש מצפון.

ח. ממה מפחדת המערכת?

מה מסביר את הטעויות של בית הדין – ושל המערכת בכללותה – בטיפול במקרים של אי־ציות מטעמים עקרוניים? מה מסביר את להיטות היתר שמפגין בית הדין בעניינם של החמישה, להיטות שמתבטאת בין השאר גם בטענה – שהיא כמובן אמרת אגב – שאפילו הייתה אופציה של שירות לאומי לבנים, בכל זאת לא היה ראוי לאפשר לחמישה לעשות בה שימוש?[59] ומדוע אין מצליחה המערכת לנהוג בחמישה ובדומיהם באופן דומה לזה שבו היא נוהגת – או לפחות מתחייבת לנהוג – בסרבנים גלובליים, פציפיסטיים?

אני מבקש להציע את הספקולציה הבאה: סרבנות כזו – סלקטיבית, פוליטית לפחות במידה כלשהי – אכן נתפסת כמסוכנת יותר, אבל לא בגין הסכנות שבית הדין מפרט (ושערכאות אחרות מפרטות). סרבנות כזו גורמת למערכת הצבאית לחוש מאוימת – מאוימת יותר מכפי שהיא מאוימת על ידי סרבנות פציפיסטית, מאוימת יותר מכפי שהיא מאוימת על ידי הימנעותם של רבים אחרים משירות צבאי – ובצדק. שכן סרבנות כזו, שלצִדה שכנוע ומחויבות עקרוניים, שקוראת תיגר על יומרתו של הצבא הישראלי להיות "הצבא המוסרי ביותר בעולם", ואשר מגיעה מלֵבה של החברה הישראלית, ולא מגורמים שניתן על נקלה להציגם כסהרוריים ונאיביים – סרבנות כזו היא שמאיימת לחשוף את קלונו המוסרי של הצבא. הצבא אוהב את סרבניו ומקבלי הפטור שלו שקטים, בלתי נראים, שונים. הנוקבות והבולטות של ביקורותיהם המוסריות היא שהופכת את החמישה וחבריהם – ובמידה רבה גם את **זונשיין** וחבריו – לאיום אמיתי, איום שיש להילחם בו מלחמה של ממש. החמישה ודומיהם פוגעים ב"גאוותה הגברית" של המערכת הצבאית הרבה יותר מפציפיסט חולמני, תלמיד חכם חרדי, נער ערבי או נערה יהודייה דתייה שמבקשים שלא לשרת שירות צבאי. ועל פגיעה בגאווה הגברית, כמובן, אין למחול.[60]

חיזוק להסבר זה של התנהגות המערכת – או לפחות המערכת הצבאית – ניתן למצוא בשאר פרטי התנהגותה בעניינם של החמישה ובעניינים קרובים להם. כך, למשל, נקטה המערכת קו נוקשה אך כנגד החמישה, ולא כנגד אחרים שחתמו על אותה הצהרת סירוב[61]

---

59. פרק רביעי, סעיף ח.2.5. להכרעת הדין.

60. הדיבור על "החישוקים המחזיקים אותנו כעם" ועל ההכרה בסרבנות המצפון הסלקטיבית שעלולה לרופף אותם [בג"ץ **זונשיין** (לעיל, הערה 2), בעמ' 737] מעורר חשד נוסף. יש, הרי, משהו פתטי בניסיון לראות בצבא או בחובת הגיוס – ואפילו בשלטון החוק – "חישוק המחזיק אותנו כעם", ודאי אם אין "חישוקים" אחרים, עמוקים יותר. מקורו של הזעם המופנה כלפי הסרבנים יכול להיות – ולו בחלקו – התחושה שהם חושפים עובדה כואבת זו.

61. אותה אפשר למצוא כאן: [URL:http://www/shministim.org/].

אך בחרו להימנע משירות בדרכים שקטות יותר (כמו, למשל, אלה שלאחר ריצוי תקופת כליאה בדין משמעתי בגין סירוב, בחרו שלא להתייצב לשירות, נדונו שוב בדין משמעתי – הפעם בגין נפקדות – ואז זכו לפטור משירות צבאי בגין אי־התאמה). בגזר הדין מרבה בית הדין להזכיר את קולם של החמישה שנשמע ברמה (כלומר באמצעי התקשורת)[62] – בלא ספק, פגיעה של ממש בגאוותו הגברית של הצבא – כנימוק לחומרה. אף לאחר גזר הדין עשו נציגי המערכת מאמצים רבים להכביד על החמישה. כך, למשל, התנגד נציג הפרקליטות הצבאית לקיצור שליש מתקופת מאסרם של החמישה, על אף התנהגות נטולת רבב בכלא.[63] והתגלגלות פרשת סירובו של הפציפיסט יוני בן ארצי מראה שגם **כשפציפיסט** פוגע בגאוותם הגברית של המערכת והעומדים בראשה – משום שאינו שקט דיו – זוכה אף הוא להרגיש את נחת זרועה של המערכת.

זהו, כך נראה לי, ההסבר להתנהגות המערכת – אנשי אגף כוח האדם, אנשי הפרקליטות הצבאית, ובמידה מסויימת גם בית הדין – בעניינם של החמישה. חשיבותו של חופש המצפון והריח הרע שמדיפים שיקולי "הגאווה הגברית" מצדיקים רפורמה של ממש ביחס המערכת כלפי סרבנים (לא אלימים, למותר לציין) כדוגמת החמישה.

ט. ועכשיו, הסירוב מימין

מה מכל האמור לעיל חל גם בעניינם של אלה שצפויים לסרב לפנות התנחלויות במהלך יישום תכנית ההתנתקות או תכניות מדיניות אחרות שיכללו פינוי?

רבים מהטיעונים לעיל חלים באופן ישיר למדי. כך, למשל, חוסר התועלת שבסיווג סרבנים כדוגמת החמישה כסרבני מצפון או כעוסקים בפעולות של אי־ציות אזרחי עולה גם בעניינם של סרבני הפינוי למיניהם. סרבן פינוי טיפוסי – יהודי דתי, למשל, שסבור שפינוי יישובים יהודים בארץ ישראל מנוגד להלכה או "למוסר היהודי", ושעל כן מסרב ליטול בו חלק – האם הוא סרבן מצפון או שמא הוא סרבן פוליטי, שעושה מעשים של אי־ציות אזרחי כדי לשנות את מדיניות הממשלה? התשובה שנראית לי סבירה ביותר כאן אנלוגית לתשובה שנתתי לעיל בעניינם של החמישה: פעולות הסירוב של סרבנים כאלה נקבעות היקבעות יתר, והנן אפוא פעולות של סירוב מצפוני ושל אי־ציות אזרחי בעת ובעונה אחת. האם הן חוסות בצל ההגנה הראויה לזכות החוקתית לחופש המצפון? זוהי, כמובן, שאלה מורכבת (עוד בעניין זה להלן). אבל נראה לי ברור ששיקולי האוטונומיה

---

62. פומביות כזו יכולה, אולי, להצביע על קיומם של המניעים האופייניים למעשים של אי־ציות אזרחי. אבל אין היא יכולה להצביע על היעדרם של המניעים האופייניים למעשים של סירוב מצפוני. לפיכך, פומביות הסירוב של החמישה וחבריהם יכולה לעלות בקנה אחד עם סיווגם כסרבני מצפון.

63. החלטה של הוועדה הצבאית לעיון בעונש בעניינם של החמישה (12.7.04), בהרכב אל"מ (מיל) צבי בלומנשטיק, סא"ל רחל טבת־ויזל, וסא"ל גדי אגמון. יש לציין שנציג הפרקליטות לא התנגד לקיצור כלשהו, קטן משליש. הוועדה החליטה בסופו של דבר לקצר את עונשם של החמישה בערך ברבע מאורכו.

חלים בעניינם של סרבני הימין המתוארים ממש כשם שהם חלים בעניינם של סרבני השמאל. כבוד לאוטונומיה של מי שמתנגד התנגדות עמוקה ועזה לפינוי דורש – לפחות לכאורה – הימנעות מהפניית הדרישה כלפיו ליטול חלק בפינוי כזה. ומכיוון שהזכות לחופש מצפון אינה תלויה – לפחות בגבולות מסוימים – בתוכנו של צו המצפון הרלוונטי, דברים אלה תקפים, כמובן, גם כשמדובר במי שצו מצפונו אינו עולה בקנה אחד עם תורת מוסר פוליטי שמציבה את חשיבותה של האוטונומיה במרכז.[64]

גם הפגם שתיארתי לעיל לעניין השימוש בטיעון ההפליה רלוונטי לעניין סרבני הימין ממש כשם שהוא רלוונטי לעניין סרבני השמאל. פטירתם של סרבני פינוי משירות אינה כרוכה – לפחות משעה שהוכרה הזכות החוקתית לחופש מצפון, וכל עוד הם יכולים לשאת את חלקם בנטל בדרכים אחרות – בהפליה פסולה. גם בעניינם של הסרבנים מימין, דומני, אין בעיה ראייתית מיוחדת בהבחנה בינם ובין מי שמבקש להשתמט משירות מטעמים אחרים ומנסה לחצות בצלה של ההגנה החוקתית על סירוב מצפוני. ואף שבסירובם של סרבני הימין יש, לדעתי, משום פגיעה בדמוקרטיה – פחות בגלל עצם הסירוב, הרבה יותר בגלל מניעיו – בכל זאת יפים בעניינם הדברים לעיל, על פיהם אין פגיעה בדמוקרטיה ביחס סובלני של המדינה כלפיהם.

אם יש הבדל אפוא בין היחס הראוי של המדינה כלפי סרבני הכיבוש וסרבני הפינוי, הבדל זה יהיה מבוסס על הטיעונים מתוצאות.[65] וכאן – פשוט משום שמדובר בטיעונים שנסמכים על קביעות עובדתיות – אכן ייתכן שיש הבדל. אם, למשל, התוצאות הצפויות של סירוב מימין חמורות יותר מנקודת המבט של המדינה מאלה של הסירוב משמאל, אולי יש כאן ראשית טעם להיות סובלנים פחות כלפי סירוב מימין. אם, למשל, לסירוב מימין יש פוטנציאל לגדול הרבה יותר, והרבה יותר מהר, מלסירוב משמאל, ייתכן שיש בכך שיקול מבחין רלוונטי, בעיקר אם פוטנציאל הגידול של הסירוב מימין גדול עד כדי כך שייתכן שיהיה בו כדי להכשיל ישירות פעולות פינוי עליהן החליטו המוסדות המוסמכים. או אם דתיותו של (רוב) הסירוב מימין הופכת אותו מסוכן יותר (מטעמים שונים), ייתכן שבכך יש כדי להצדיק יחס שונה של המדינה כלפיו, יחס סלחני פחות מהיחס שראוי היה לה למדינה לנקוט כלפי הסרבנים משמאל.

כמובן, אינני יודע אם יש ממש בהשערות אלה. כל שאני טוען הוא שהשערות כאלה צריכות להיות אמיתיות – ולהיתמך בראיות לפני הערכאות הרלוונטיות – כדי שיחסה

64. כפי שנרמז בטקסט, ייתכן שהזכות לחופש מצפון אינה אדישה לגמרי לתוכנו של צו המצפון הרלוונטי. אולי, למשל, הזכות לחופש המצפון אינה פורשת הגנה גם על מי שמצפונו אינו מרשה לו לשרת באותה יחידה עם לא־יהודים, או אף אם יהודים בעלי צבע עור שונה משלו. ואולי – וזו נקודה רלוונטית יותר – מחויבותה של דמוקרטיה ליברלית (או מי שמתיימרת להיות דמוקרטיה ליברלית) לכבד את חופש המצפון של אזרחיה ואזרחיותיה אינה דורשת ממנה להיות נייטרלית לחלוטין ולהימנע מלהבחין בין צווי מצפון דמוקרטיים (פחות או יותר) ובין צווי מצפון אנטי־דמוקרטיים בעליל, כגון אלה של רבים מסרבני הפינוי. לצערי לא אוכל לפתח יותר קו מחשבה זה כאן.

65. ראו גנז (לעיל, הערה 15), בעמ׳ 20.

הראוי של המדינה כלפי הסרבנים מימין יהיה שונה מהיחס שטענתי שראוי שהמדינה תנקוט כלפי סרבנים משמאל. אם לא ניתן לבסס השערות כאלה או השערות דומות להן, על המדינה לכבד את חופש מצפונם של הסרבנים מימין ממש כשם – ומאותם טעמים – שעליה לכבד את חופש מצפונם של הסרבנים משמאל.[66]

אני מבקש להוסיף עוד שתי הערות לעניין הקשר שבין הסירוב מימין לסירוב משמאל. ראשית, שיקולי הסימטרייה לעיל חלים רק על שאלת יחסה הראוי של המדינה כלפי מעשה הסירוב ועושהו. אין הם חלים כלל וכלל על שאלת הצדקת הסירוב עצמו. מנקודת המבט של המדינה, נבחן כל מעשה סירוב במושגי הזכות לחופש מצפון וכיבוד האוטונומיה של הפרט, שיקולים שהם כאמור נייטרליים (אולי בגבולות מסוימים) בין תכנים שונים של צו המצפון הרלוונטי. אבל אין כל מקום לציפייה ששיקולי הצדקת הסירוב יהיו נייטרליים באופן דומה.[67] כל מי שסבורה שמקרים מסוימים של סירוב – נאמר, סירוב לצו חוקי הדורש פגיעה איומה בחפים מפשע – מוצדקים, ואילו מקרים אחרים של סירוב אינם מוצדקים כבר מחויבת לצורך להבחין בין סירובים מוצדקים לסירובים לא מוצדקים. אין, על כן, כל חוסר עקביות בטענה שסירוב משיקולים של שוויון ערך האדם, ערכה של החירות, והצורך לכבד זכויות אדם בסיסיות ולא לדכא מיליוני חפים מפשע ולשלוט בהם, הוא סירוב מוצדק, ואילו סירוב משיקולים לאומניים, משיחיים, גזעניים וכוחניים אחרים אינו סירוב מוצדק. טענה מורכבת זו היא עקבית (ואף נראית לי אמיתית, כפי שאולי הבין כבר הקורא הזהיר), והיא עקבית גם לנוכח הקביעה – אשר עליה הגנתי טנטטיבית לעיל – שהמדינה צריכה להיות סובלנית גם כלפי הסרבן שסירובו (הכן) אינו מוצדק כל עיקר.

שנית, ייתכן שתגובת המערכת הצבאית והמשפטית למקרי הסירוב מימין תוכל ללמד אותנו על הסיבות שהביאוה לנהוג בסרבנות משמאל באופן שבו היא נהגה (ונוהגת) בה. בכלל זה, ייתכן שיחסה של המערכת כלפי הסרבנות מימין תוכל לשמש מעין מבחן להסבר שהוצע – באופן ספקולטיבי – בפרק ח לעיל. האם מאיימים גם סרבני הפינוי לפגוע בגאוותה הגברית של המערכת הצבאית? נדמה לי – וגם זו אך ספקולציה – שהתשובה שלילית. אף שהתבטאויותיהם של תומכי סרבנות הפינוי כלפי הצבא חריפות לא פחות מאלה של תומכי סרבנות הכיבוש, בכל זאת נדמה שיש הבדל באופן שבו מתקבלות התבטאויות אלה על ידי המערכת. סרבני הפינוי, כך נדמה לי, נתפסים כיותר־צבאיים־מהצבא־עצמו, כמאמצים בחום את האתוס שהצבא הישראלי מהווה חלק ממנו ובו בזמן ניזון ממנו. לא אתפלא אם המערכת תנהג בסרבני הפינוי התנהגות סובלנית יותר מהאופן

66. כמעט מיותר לציין, ובכל זאת: הדברים בטקסט אמורים לעניין סירוב **לא אלים**, סירוב ליטול חלק בפעולות של כיבוש או של פינוי, או סירוב להיות חלק מארגון צבאי שפעולות כאלה הן חלק מרכזי במשימותיו. רבים מהקולות שנשמעים מימין בימים אלה רומזים על – ולפעמים מביעים מפורשות – מוכנות לנקוט אמצעים אלימים של ממש כדי למנוע פינוי יישובים. את יחסה הראוי של המדינה כלפי פעולות אלימות שכאלה מסדירים שיקולים אחרים לגמרי, שעליהם לא אמרתי – ולא אומר – כאן דבר.

67. להרחבה בנקודה זו ראו גנז (לעיל, הערה 15), בעמ' 20-21.

שבו היא נוהגת בסרבני הכיבוש. כמובן, אף אם כך יהיו פני הדברים, אין להפריז בתמיכה שהם מעניקים להסבר בפרק ח לעיל, שכן ייתכנו הסברים חלופיים רבים להתנהגות כזו של המערכת.[68] ואף אם תנהג המערכת בחומרה בסרבני הפינוי, אין להפריז במידה שבה תחליש עובדה זו את ההסבר לעיל, שכן גם התנהגות כזו ניתנת אולי להסברים חלופיים.[69] ובכל זאת, יהיה זה מעניין להשוות את יחס המערכת כלפי סרבני הכיבוש וכלפי סרבני הפינוי.

68. אולי, למשל, תלמד המערכת לקח ממשפטי הסרבנים ומהביקורת שנמתחת עליהם (ברשימה זו, למשל) ותיטיב את דרכיה; או אולי מספרם הגדול יותר של סרבני הפינוי יחייב את המערכת להשתיק סירוב זה במידת האפשר; או אולי קרבתם של סרבני הפינוי למרכזי הכוח הפוליטיים והצבאיים תאפשר להם להגן על האינטרסים שלהם באופן יעיל יותר; ועוד.

69. אולי, למשל, המסוכנות היתרה של הסרבנות מימין תחייב לנהוג בה באופן סובלני פחות; או אולי הקשר שבין סרבני פינוי לא אלימים למשבשי פינוי אלימים יהיה קרוב דיו כדי שהמערכת תכרוך שתי קבוצות אלה יחדיו ותנהג בראשונים בחומרה הראויה לאחרונים; או אולי אף שאין הסרבנים מימין פוגעים בגאוותה הגברית של המערכת באותו האופן שבו פוגעים בה הסרבנים משמאל, הם פוגעים בה בדרכים אחרות; ועוד.