



מסמך רקע בנושא :

חופש המצפון

מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

מאת :

ד"ר הלל סומר
עידו ארליך
ערן שמואלי

י"ג סיוון תשס"ה
20 ביוני 2005

5.....	מבוא	חלק א:
5.....	מטרת המסמך ומבנהו	1.
5.....	הגדרה	2.
7.....	חופש המצפון כזכות חוקתית במדינת ישראל	חלק ב:
7.....	החקיקה והפסיקה שקדמה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו	1.
9.....	האם חופש המצפון כלול בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?	2.
10.....	חופש המצפון בהצעות החוקה בישראל	חלק ג:
10.....	הצעת החוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948)	1.
10.....	הצעת חוק-יסוד: מגילת הזכויות של האדם של פרופ' קלינגהופר (תשכ"ד – 1963)	2.
11.....	הצעת החוקה של פרופ' אקצין (תשכ"ד-1964)	3.
11.....	הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופ' רייכמן) (1986)	4.
11.....	הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם (1989) (קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני)	5.
11.....	הצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם (1989) (הצעה ממשלתית שהוגשה כפרטית ע"י ח"כ רובינשטיין)	6.
12.....	הצעת החוקה של פרופ' בנדור (2000)	7.
12.....	הצעות חוק-יסוד: חופש הדת והמצפון (2003)	8.
13.....	טיוטת הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005)	9.
13.....	סיכום ומסקנות מהצעות החוקה בישראל	10.
13.....	חופש המצפון במשפט המשווה	חלק ד:
13.....	אמנות בינלאומיות כלליות	1.
13.....	ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (האו"ם, 1948)	(א)
14.....	האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966)	(ב)
14.....	ארה"ב	2.
14.....	חוקת ארה"ב	(א)
15.....	חוק שירות הביטחון של ארה"ב The Military Service Act	(ב)
15.....	האיחוד האירופי	3.
15.....	האמנה האירופית בדבר זכויות אדם (1950)	(א)
16.....	הצ'רטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי (2000)	(ב)

16.....	אנגליה (1998)	4.
17.....	גרמניה (1949)	5.
18.....	קנדה (1982)	6.
19.....	ברזיל (1988)	7.
19.....	קרואטיה (1990)	8.
20.....	אסטוניה (1992)	9.
20.....	פולין (1992)	10.
21.....	ליטא (1992)	11.
22.....	רוסיה (1993)	12.
22.....	דרום אפריקה (1996)	13.
22.....	לטביה (1998)	14.
23.....	חופש המצפון במשפט העברי.....	15.
24.....	ניתוח ומסקנות מן המשפט המשווה.....	16.
25.....	החקיקה הישראלית בנושא חופש המצפון.....	חלק ה:
25.....	כללי.....	1.
25.....	חוק שירות ביטחון, כמקור נורמטיבי להגנה על חופש המצפון.....	2.
26.....	אזכורים נוספים לחופש המצפון בחקיקה הישראלית.....	3.
26.....	חוק העונשין, התשל"ז-1977.....	(א)
26.....	חוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), התש"ם-1980.....	(ב)
27.....	חופש המצפון בפסיקה הישראלית.....	חלק ו:
27.....	כללי.....	1.
27.....	אדניו הנורמטיביים של חופש המצפון - מזכות יסוד לזכות חוקתית.....	2.
28.....	חופש המצפון והשירות בצה"ל.....	3.
31.....	שאלות ונושאים לדיון.....	חלק ז:
	האם לעגן בחוקה את חופש המצפון, ואם כן, האם חישות זאת בנפרד מעיגונו של חופש הדת	1.
	31	
31.....	מה כוללת הזכות.....	2.
31.....	על מי תחול הזכות.....	3.

32.....	כיצד מגבילים את הזכות?	.4
32.....	האם להתייחס בחוקה לסרבנות מצפון בהקשר של השירות הצבאי?	.5
32.....	הוראות נוספות מן המשפט המשווה שניתן לשקול	.6
33.....	רשימת מקורות	חלק ח:
33.....	חקיקה ישראלית	.1
33.....	פסיקה ישראלית	.2
34.....	ספרות ומאמרים בישראל	.3
34.....	פסיקה זרה	.4
34.....	ספרות ומאמרים זרים	.5
34.....	אינטרנט	.6

חלק א: מבוא

1. מטרת המסמך ומבנהו

מסמך זה הוכן כחומר רקע לקראת דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט לקראת דיוניה בזכות החוקתית לחופש מצפון.

מסמך זה מורכב משמונה חלקים. חלק א' של המסמך עוסק בהגדרתה של הזכות החוקתית לחופש מצפון. חלק ב' מציג את הזכות החוקתית לחופש מצפון כפי תוקפה במדינת ישראל, ומציג את השאלה אם הזכות כלולה במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חלק ג' מציג את ההתייחסות לזכות החוקתית לחופש מצפון בהצעות החוקה בישראל, ומנתח את ההבדלים בין ההצעות השונות. חלק ד' סוקר את המשפט המשווה, ובוחן את חופש המצפון בחוקותיהן של מדינות שונות. חלק זה מסתיים בניתוח הסוגיות העולות מהמשפט המשווה. חלק ה' סוקר את החקיקה הישראלית המסדירה את חופש המצפון, או הפוגעת בזכות זו. חלק ו' סוקר את חופש המצפון בפסיקת בתי המשפט בישראל. חלק ז' הוא החלק האופרטיבי של המסמך, והוא מציג, בהסתמך על חלקי המסמך שקדמו לו, שאלות ונושאים לדיון שמוצע כי הוועדה תשקול בבואה להחליט אם לקבוע את הזכות לחופש מצפון כזכות חוקתית ואם כן, כיצד לעצבה. חלק ח' הוא רשימת המקורות ששימשו אותנו בהכנת המסמך.

ייתאמר בפתח הדברים כי הוועדה **תדון בחופש המצפון בדיון נפרד מהדיון הצפוי לה בהמשך בחופש הדת**, הגם ששתי הזכויות קרובות זו לזו, וכפי שנראה להלן, ניתן לראות את חופש הדת כנובע מחופש המצפון. מטרתו של דיון זה היא לבחון את הצורך בעיגונו של חופש מצפון מעבר לעיגונם של חופש הדת והחופש מדת, **כחרות המגנה על מערכת האמונות שאינן נובעות בהכרח מרקע דתי, כגון אידיאולוגיה ומוסר**.

ממסמך זה הוכן תקציר, שכותרתו "מסמך רקע מקוצר" שהוגש לוועדה בנפרד.

2. הגדרה

"חופש המצפון זוהה במשך דורות רבים עם זכותו של הפרט לסרב לעשות מעשים הנוגדים את צו מצפונו, וצו זה פורש בדרך כלל כצו המתחייב מן האמונה הדתית של האדם. מושג חופש המצפון היה קשור קשר הדוק עם מושג חופש הדת. מדינה המכבדת את חופש המצפון של אזרחיה היא זו שחוקיה אינם כופים את אזרחיה לעשות מעשים הנוגדים את מצוות דתם. במדינה כזו, אם כדי לקיים חוק מסוים חייבים בני מיעוט דתי זה או אחר לעבור על מצוות הדת, הרי בשם ההגנה על חופש המצפון צריכה אותה מדינה לפטור אותם מחובת הציות לחוק זה."¹

¹ אליעזר וינרב **זכויות האדם והאזרח בישראל** (רות גביון וחגי שניידור עורכים, 1991), כרך ב 333.

מן הדברים דלעיל ניתן להבין את האופן שבו חופש הדת והחופש מדת הינן נגזרות של חופש המצפון, שכן חיובו של אדם לעבור על מצוות דתו או לנהוג על פי ציווי דתי בניגוד לאמונתו, פוגעים בחופש המצפון שלו. אלא שכאמור לעיל, במזכרנו זה, הננו דנים בשאלה אם ועד כמה יש להכיר בחופש המצפון מעבר להכרה בחופש הדת ובחופש מדת, כלומר, האם המדינה יכולה, באמצעות חוקיה, לכפות על אזרחיה לעשות מעשים הנוגדים את מצפונם – ולא דווקא בהקשר הדתי. חופש המצפון אינו מוגבל למחשבה בלבד. הכרה בחופש המצפון משמעותה הכרה גם בזכות למעשים או למחדלים מסויימים, שבהעדר הזכות לחופש המצפון, היו נחשבים לבלתי חוקיים. בעניין יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, נקבע כי חופש המצפון כולל גם את הזכות להגשים את צווי המצפון. בלשונו של השופט זילברג:

”ערובת חופש המצפון אינה מגינה על חירות המחשבה בלבד. דברים שבלב אינם ברי עונשין ואף לא נתונים לסנקציות אחרות, וממילא אין צורך להגן עליהם. מכאן, כי חופש המצפון, אשר המחוקק פרש את חסותו עליו, כולל בהכרח גם פעולות ומעשים, ילידי המצפון, ובלבד שלא יחרגו מתחום רשות היחיד של עושיהם. משחרגו מתחומים אלה, שוב הם נתונים, כמו כל פעילות אחרת, לעיניו הפקוחות של החוק”.²

² ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה' 481 בעמ' 496. ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהד' 5 1996) כרך א' 192.

חלק ב: חופש המצפון כזכות חוקתית במדינת ישראל

1. החקיקה והפסיקה שקדמה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

המחוקק המנדטורי כלל את חופש המצפון כחלק מדבר המלך במועצה משנת 1922, החיקוק המכונן של מבנה שלטון המנדט בארץ ישראל.

"כל האנשים בישראל ייהנו מחופש המצפון המוחלט ויוכלו לקיים את צורות פולחנם באין מפריע ובלבד שהסדר הציבורי והמוסר יהיו נשמרים..."³

במתכונת זו, חופש המצפון נראה כזכות שבתוכה כלול חופש הדת, והוא חופף אותה במידה רבה. גם הכרזת העצמאות כללה את חופש המצפון בצמוד לחופש הדת ולזכויות נוספות:

"מדינת ישראל... תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות"⁴

אלא שבשני אלו, דבר המלך והכרזת העצמאות, אין כדי למנוע חקיקה מפורשת של הכנסת הפוגעת בחופש המצפון.⁵ בעניין רוגוז'ינסקי נ' מדינת ישראל, הדגיש השופט ברנזון כי סימן 83 לדבר המלך המבטיח חופש מצפון לעדות דתיות מוכרות, והעקרון הכללי של חופש המצפון הקבוע בהצהרת העצמאות נסוגים בפני חקיקתה המפורשת של הכנסת:

"חוק המדינה אשר מסר את ענייני הנישואין והגרושין של יהודים בישראל, אזרחי המדינה ותושביה, לשיפוטם של בתי הדין הרבניים, והורה שנישואין וגירושין כאלה יערכו לפי דין תורה, עדיף על עקרון חופש המצפון..."⁶

חופש המצפון זכה גם להכרה של בית המשפט כאחת מזכויות היסוד הפסיקטיות הנובעות מהיותה של ישראל מדינה דמוקרטית. כבר בשנת 1950, קבע השופט לנדוי כי הזכות לחופש המצפון והפולחן "היא אחת מחירויות הפרט המובטחות בכל משטר דמוקרטי נאור".⁷

בעניין נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים כתב השופט ברק:

"כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון האמונה, הדת והפולחן. חופש זה מובטח לכל אדם בכל משטר דמוקרטי נאור, והרי הוא מובטח, על כן, לכל

³ דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 סעיף 83.

⁴ ע"ר 1, תש"ח (15.1.1948), עמ' 1.

⁵ צבי ברנזון "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל" עיוני משפט ג (תשל"ג) 405.

⁶ בג"ץ 450/70 רוגוז'ינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 135.

⁷ עניין יוסיפוף, הערה 2 לעיל, בעמ' 486.

אדם בישראל בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתתת עליהם".⁸

עם זאת ככל זכות יסוד, גם הזכות לחופש המצפון היא חירות יחסית, ולעיתים יש לאזן בינה לבין זכויות של אחרים או אינטרסים ציבוריים. באותו עניין, הוסיף בית המשפט העליון:

"חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן, עד כמה שהוא מוצא מכוח האמונה אל פועל המעשה, אינו חופש מוחלט... זכותי להתפלל אינה מתירה לי להסיג את גבולו של חברי או לבצע כלפיו מטרד. חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן הוא חופש יחסי. יש לאזן בינו לבין זכויות ואינטרסים הראויים אף הם להגנה, כגון הקניין הפרטי והציבורי וחופש התנועה. אחד האינטרסים שיש להתחשב בהם הוא זה של הסדר הציבורי ובטחון הציבור".⁹

בפרשת עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל-משרד הבטחון אמר בית המשפט העליון:

"...חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן מוגבל ומסווג כדי הדרוש וההכרחי לשם שמירה על ביטחון הציבור והסדר הציבורי. כמובן, בטרם תיעשה כל פעולה, שיש בה כדי לפגוע ולצמצם חופש זה בשל פגיעה בביטחון הציבור..."¹⁰

ובפרשת מלנקי נ' שר הבטחון נאמר:

" שיקול נוסף בו ראוי להתחשב, עניינו ביטחון המדינה והסדר הציבורי. צבא ההגנה לישראל תפקידו להגן על מדינת ישראל, השרויה בעימות קיומי מתמיד, ועל כן אין מנוס מהצבת גדרים מחמירים למתן פטור משירות חובה... "

" בהפעלת סמכות זו יש להביא בחשבון את השיקולים המתחרים בסוגיה מורכבת זו. מחד גיסא, על בעל הסמכות ליתן את המשקל הראוי מחופש המצפון... מאידך גיסא, עומד ערך השוויון. השירות בצבא הוא עול כבד, הכרוך בפגיעה בחירות, באפשרות להגשים תוכניות ומאוויים, ולעיתים אף בסיכון חיים..."¹¹

⁸ בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449, 454.

⁹ שם, בעמ' 455.

¹⁰ בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל-משרד הבטחון ואח' (טרם פורסם).

¹¹ בג"ץ 1026/02 אמיר מלנקי נ' שר הבטחון, מנהל הגיוס בצבא ההגנה לישראל, (טרם פורסם).

2. האם חופש המצפון כלול בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?

מן הרקע ההיסטורי ברור כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא נועד להוות מגילת זכויות ישראלית שלמה. על-פי לשונו, חוק-היסוד נועד לעגן במעמד-על חוקתי כמה זכויות המנויות בו: הזכות לחייו, לשלמות גופו ולכבודו של אדם; הזכות לקניין; הזכות לחירות; הזכות לחופש תנועה חיצוני; והזכות לפרטיות ולצנעת חיים. למרות חשיבותן הרבה של חלק מזכויות אלה, החוק לא נועד להיות מגילת זכויות שלמה, שהרי חוק-היסוד לא היווה אלא אחד מבין כמה חוקי-יסוד שקודמו בשיטת האטומיזציה, שאף הם לא היוו מגילת זכויות שלמה.

ואולם, כידוע בבית המשפט העליון ובספרות המשפטית הצטברו אמרות רבות שלפיהן רוב הזכויות המוכרות (למעט הזכויות החברתיות) נכללות בגדרו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפי עמדה זו, זכויות אלה, שלא הוזכרו בחוק-היסוד ואשר במקרים מסוימים אף הושמטו ממנו בכוונת המכונן, קיבלו בכל-זאת מעמד-על חוקתי מכוח חוקי-היסוד החדשים, על כל המשתמע מכך, בהיותן חלק מ"כבוד האדם". בפרט, משמעות הדבר היא שחקיקה של הכנסת עשויה להיפסל בשל קביעה כי פגיעתה בזכויות אלה אינה לתכלית ראויה, או שאינה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, או שאינה מידתית. אחת הזכויות שאמרות אלה מתייחסות אליהן היא חופש הביטוי.

לגבי חופש המצפון הצטברו התבטאויות שיפוטיות ואקדמיות לפיהן הוא נכלל כבר ב"כבוד האדם" כך למשל כתב הנשיא אהרון ברק בעניין **זונשיין נ' הפרקליט הצבאי**:

"על בעל הסמכות ליתן את המשקל הראוי לחופש המצפון, הנגזר מכבוד האדם. אכן, חופש המצפון יונק חיותו מהכרזת העצמאות. הוא נגזר מאופייה הדמוקרטי של המדינה. הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו... ההתחשבות במצפונו של הסרבן מתבקשת גם מהכבוד לאישיותו של האדם ומהצורך לאפשר לו לפתח אותה. היא נגזרת מגישה הומניסטית ומהערך בדבר סובלנות"¹²

הנשיא ברק קבע זאת גם בכשירותו כמחבר ספרות משפטית:

"אכן, פרשנותו של כבוד האדם על רקע תכליתו הכללית מחייבת מסקנה זו. בגזירת חופש הדת, הפולחן, המצפון והאמונה מכבוד האדם ניתן ביטוי לפיסקת עקרונית יסוד. בכך מתגשמת הגישה החוקתית, כי כבוד האדם מושתת על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין. ההכרזה על הקמת מדינת ישראל אשר זכויות האדם בישראל מן הראוי שיכובד וברוחה קובעת כי מדינת ישראל "תבטיח חופש דת מצפון..."¹³

¹² בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נז(1) 726, 732.

¹³ אהרן ברק **פרשנות במשפט** (כרך ג': פרשנות חוקתית 1994) 430.

השופט אור הותיר את השאלה אם חופש המצפון כלול בחוק היסוד "בצריך עיון", ולא הכריע בה, בפרשת האגודה ההומניסטית חילונית בישראל נ' ממשלת ישראל,¹⁴ ובפרשת הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל דן בעתירה מתוך הנחה "שהזכות המוגנת של כבוד האדם וחירותו כוללת גם את חופש המצפון, האמונה והדת".¹⁵

חלק ג: חופש המצפון בהצעות החוקה בישראל

1. הצעת החוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948)

ההצעה קובעת את חופש המצפון. בהמשך, ההצעה קובעת את חופש הדת "תוך שמירה על הסדר ועל המוסר הציבורי."

יש לציין כי הצעתו של יהודה פנחס כהן נועדה, בין היתר, לקיים את החלטה 181 של העצרת הכללית של האו"ם מיום כ"ט בנובמבר 1947, אשר הורתה, בהחלטת החלוקה, גם על הוראות ספציפיות שיש לכלול בחוקת המדינה היהודית והמדינה הערבית. בהחלטה זו, נדרשה כל אחת מן המדינות לכלול בחוקתה הוראות חוקתיות מסויימות, ובין היתר, נדרשו שתי המדינות להבטיח את חופש המצפון ואת חופש הפולחן, ולהגבילם רק מסיבות של קיום הסדר הציבורי והמוסר. הצעתו של יהודה פנחס כהן נועדה להגשים את התחייבותה של המדינה העברית במישור הבינלאומי.

סעיף 15:

(1) חופש המצפון ישמר. כל אדם יהיה בן-חורין לעבוד את האלהים כדתו וכמנהגיה תוך שמירה על הסדר ועל המוסר הציבורי.

2. הצעת חוק-יסוד: מגילת הזכויות של האדם של פרופ' קלינגהופר (תשכ"ד – 1963)

הצעה זו הכירה בחופש המצפון בתוך אגד הזכויות של חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן. פסקת ההגבלה הספציפית לזכות זו התייחסה אך ורק לחופש הפולחן ולא איזכרה את חופש המצפון.

סעיף 22:

(א) כל אדם זכות לו לחופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן.
(ב) לא יגביל חוק את חופש הפולחן ולא ירשה להגבילו אלא במידה שיש

¹⁴ בג"ץ 6168/92 האגודה ההומניסטית חילונית בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(4) 289, 303.

¹⁵ בג"ץ 6111/94 הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מט(5) 94.

צורך בכך, בתנאיו של המשטר הדמוקרטי, לבטחון הציבור או להגנה על המוסר, על בריאות העם או על זכויותיהם של אחרים.

3. הצעת החוקה של פרופ' אקצין (תשכ"ד - 1964)

הצעה זו הכירה בכלליות בחופש המצפון יחד עם חופש הדת והפולחן.

סעיף 23 :

(א) כל אדם בתחומי שלטון המדינה נהנה מחופש בענייני מצפון, דת ופולחן.

4. הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופ' רייכמן) (1986)

הצעה תמציתית זו מתייחסת אך ורק לחופש הדת והמצפון ומשמיטה את חופש הפולחן והאמונה.

סעיף 22 :

(א) כל אדם זכאי לחופש הדת והמצפון.

5. הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם (1989) (קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני)

הצעה זו מבוססת כמעט לחלוטין על הצעתו של פרופ' קלינגהופר. כמוה, היא הכירה בחופש המצפון כזכות, אך השמיטה את חופש המצפון מפסקת ההגבלה הפנימית שדנה אך ורק בחופש הפולחן.

סעיף 18 :

(א) לכל אדם זכות לחופש המצפון האמונה, הדת והפולחן.
(ב) לא יגביל חוק את חופש הפולחן ולא ירשה להגבילו אלא במידה שיש צורך בכך, בתנאים של משטר דמוקרטי, לבטחון הציבור, או להגנה על בריאות הציבור או על זכויות הזולת.

6. הצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם (1989) (הצעה ממשלתית שהוגשה כפרטית ע"י ח"כ רובינשטיין)

הצעה זו לא איזכרה במפורש את המונח מצפון, והסתפקה באזכור "חופש האמונה הדתית" ו"החופש של כל אדם לקיים את עיקרי אמונתו ומצוות דתו".

סעיף 6 :

לכל אדם חופש האמונה הדתית וכן החופש לקיים את עיקרי אמונתו ומצוות דתו.

7. הצעת החוקה של פרופ' בנדור (2000)

בדומה להצעת "חוקה לישראל" מדובר בהצעה לקונית המכירה בחופש המצפון כזכות. סעיף 87 (א) :

לכל אדם זכות לחופש המצפון, הדת, הפולחן והאמונה.

8. הצעות חוק-יסוד: חופש הדת והמצפון (2003)

החל מהכנסת החמש עשרה, הוגשו מספר הצעות בכנסת לחוק-יסוד בנושא חופש הדת והמצפון.¹⁶ בכנסת השש-עשרה הוגשו שתי הצעות לחוק-יסוד כאמור, האחת בידי חברי הכנסת של מר"ץ, והאחרת בידי ח"כ מרינה סולודקין, לחוק-יסוד בנושא חופש הדת והמצפון. ההצעות דומות ביותר. הצעות אלו, שנבנו במתכונתם של חוקי היסוד משנת 1992, מכירות בחופש המצפון, יחד עם חופש הדת, הן בסעיף המטרה, והן כזכות מהותית שאסורה פגיעה בה (סעיף 3) ושאינן להגבילה אלא בתנאי פסקאות הגבלה.

סעיף 2 :

מטרתו של חוק-יסוד זה להגן על חופש הדת והמצפון כדי לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בחוק יסוד.

סעיף 3 (א) :

אין פוגעים בחופש הדת, האמונה והמצפון של כל אדם.

סעיף 5 :

אין להגביל את זכותו של אדם או של ציבור בני אדם לנהל אורח חיים לפי מצפונם ואין לכפות על אדם או על ציבור בני אדם אורח חיים מטעמי דת או אמונה דתית, אלא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

סעיף 6 :

אין לפגוע ברגשות דת ובמצפונם של אדם או של ציבור בני אדם אלא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

סעיף 11 מכיל פסקת הגבלה מקבילה לזו הכלולה בחוקי היסוד מ-1992.

¹⁶ בין המציעים בכנסת ה-15 - ח"כ יוסף לפיד וקבוצת חכמים (פ/83 ; פ/2121), ח"כ נעמי חזן (פ/119) וח"כ אברהם יחזקאל. הצעתה של ח"כ נעמי חזן עברה בקריאה טרומית, ונדונה בוועדת החוקה.

9. טיוטת הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005)

סעיף 8 :

לכל אדם חופש האמונה והמצפון.

יצויין כי באתר האינטרנט של המכון הישראלי לדמוקרטיה מופיעה גם הצעת חוק יסוד מפורטת של פרופ' גוטמן, בנושא חופש הדת והמצפון.¹⁷

10. סיכום ומסקנות מהצעות החוקה בישראל

כמעט כל הצעות החוקה בישראל¹⁸ הכירו במפורש בחופש המצפון. ברוב ההצעות נסמך חופש המצפון לחופש הדת, הפולחן והאמונה.

הזכות ניתנה לכל אדם. בניגוד לזכויות אחרות, כל ההצעות, בלי יוצא מן הכלל, מתייחסות לכל, ואינן מעניקות את הזכות לאזרחים, או לאזרחים ולתושבים, בלבד.

באשר להגבלת חופש המצפון, בהצעת פרופ' קלינגהופר ובהצעת שולמית אלוני נראה לכאורה כי זו זכות חזקה, שאינה ניתנת להגבלה (לעומת זכות הפולחן המופיעה בסמוך ואשר ההצעות קובעות במפורש את היכולת להגבילה בשל סדרה של אינטרסים).

רק בהצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה מקבל חופש המצפון מעמד נפרד לחלוטין מחופש הדת.

חלק ד: חופש המצפון במשפט המשווה

1. אמנות בינלאומיות כלליות

(א) ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (האוו"ם, 1948)

ההכרזה כוללת זכות לחופש מצפון בצמוד לזכויות לחופש המחשבה והדת. בהכרזה נקבע כי זכות זו כוללת, בית היתר, את החרות להביע את האמונות בציבור או באופן פרטי.

Article 18

Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.

¹⁷ <http://www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=85>

¹⁸ כולן מלבד הצעת פרופ' רובינשטיין בכנסת ה-12 על יסוד הצעה ממשלתית שלא הוגשה.

(ב) האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966)

האמנה חוזרת על נוסח ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (לעיל), והיא מוסיפה פסקת הגבלה מצומצמת, התואמת את זו של אמנת זכויות האדם האירופית (להלן) המתייחסת לחופש הדת והאמונה, ומאפשרת להגבילם רק בנסיבות מצומצמות. על פי נוסחה, פסקה זו מתייחסת רק להיבטים מסויימים של חופש הדת, ולא לחופש המצפון.

Article 18

1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.
2. No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice.
3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.
4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

2. ארה"ב

(א) חוקת ארה"ב

בחוקת ארה"ב אין אזכור מפורש לחופש המצפון. בית המשפט העליון של ארה"ב הכיר בחופש המצפון (ובמשולב עם חופש הדת) כנגזרת של התיקון הראשון לחוקת ארה"ב, שבו נקבעו חופש הביטוי וחופש הדת.¹⁹ בית המשפט קבע כי האיסור על המדינה לפגוע בחופש הדת מגביל גם את יכולתה לפגוע בחופש המצפון.

¹⁹ חומר הרקע לפרשנות בית המשפט העליון של ארה"ב על התיקון הראשון לחוקה נלקח מהאתר:

<http://www.firstamendmentcenter.org>

The Military Service Act (ב) חוק שירות הביטחון של ארה"ב

בארצות הברית קיים חוק שירות בטחון המאפשר להפעיל גיוס חובה בשעת חירום (שימוש אחרון בחוק זה נעשה במלחמת ויאטנם).

חוק שירות הביטחון האמריקני כולל פסקה אשר דנה בפטור מטעמי מצפון:

“[conscientious objectors]²⁰ Nothing contained in this title shall be construed to require any person to be subject to combatant training and service in the armed forces of the united states who, by reason of religious training and belief, is conscientiously opposed to participation in war in any form.....”

בית המשפט העליון של ארה"ב נדרש מספר פעמים לפרשנות על היקף הפטור מטעמי מצפון, כפי שנקבע בחוק לעיל. חשוב לציין כי החלטות בית המשפט, אשר היו עקביות, חזרו פעם אחר פעם על האבחנה בין סרבנות מצפון סלקטיבית שהינה אסורה, לבין סרבנות מצפון "טהורה" ומלאה לשרת בכל מלחמה שהיא, סרבנות אשר הוכרה. להן קטע מדברי השופט מרשל (Marshall) בעניין גילט²¹ אשר מהווה פסק דין מנחה של בית המשפט העליון של ארה"ב לעניין פטור משירות מטעמי מצפון:

“The exemption for those who oppose `participation in war in any form` applies to those who oppose participating in all war and not to those who object to participation in a particular war only, even if the latter objection is religious in character²².”

3. האיחוד האירופי

(א) האמנה האירופית בדבר זכויות אדם (1950)

סעיף 9(1) לאמנה חוזר על הנוסח של ההכרזה של האו"ם בדבר זכויות האדם. סעיף 9(2) מוסיף פסקת הגבלה מצומצמת, המתייחסת לחופש הדת והאמונה, ומאפשרת להגבילם רק בנסיבות מצומצמות. על פי נוסחה, פסקה זו מתייחסת רק להיבטים מסויימים של חופש הדת, ולא לחופש המצפון.

Article 9

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom,

The Military Selective Service Act (50 U.S.C App. 451 et seq.)²⁰

GILLETTE V. UNITED STATES, 401 U.S. 437 (1971)²¹

GILLETTE v. UNITED STATES, 401 U.S. 437 (1971) , pp. 401²²

either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others

בפסק דין Kokkinakis v. Greece קבע בית המשפט שחופש המצפון הוא אחד מהיסודות של משטר דמוקרטי.²³

(ב) הצירטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי (2000)

הצירטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי משנת 2000 (אשר אמור היה להיכלל כחלק מהחוקה האירופית שמספר מדינות באיחוד הצביעו לאחרונה כנגד אישורה, ועתידה אינו ברור) חוזר על הנוסח של ההכרזה של האו"ם בדבר זכויות האדם. בהמשך, הצירטר מוסיף הוראה מפורשת המכירה בזכות לסרבנות מצפון, בכפוף לחוקים הלאומיים המסדירים את השימוש בזכות זו.

Article II-10: Freedom of thought, conscience and religion

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion. This right includes freedom to change religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or in private, to manifest religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

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

4. אנגליה (1998)

בשנת 1998 אימצה אנגליה את האמנה האירופית משנת 1950, על דרך של חקיקתו של חוק זכויות האדם, אשר מעגן בתוכו, בין השאר, את חופש המצפון. חופש המצפון עוגן באותו הנוסח של האמנה.

Article 9: Freedom of conscience

(1) Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom,

²³ http://www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art10/default_en.htm

either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

(2) Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

בפסק דין *Sepet v. Secretary of state for the home department* משנת 2003, נדרש בית הלורדים האנגלי (הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במדינה) לסוגיית חופש המצפון בעת שדן בשאלה אם סרבנות לשירות צבאי על רקע מצפוני במדינה אחרת, הינה עילה למתן מקלט מדיני באנגליה. הלורד בינגהאם קבע כי ישנן נסיבות של סרבנות מצפון המצדיקות, כשלעצמן, מתן מקלט מדיני :

"There are, however, also cases where the necessity to perform military service may be the sole ground for a claim to refugee status, i.e. when a person can show that the performance of military service would have required his participation in military action contrary to his genuine political, religious or moral convictions, or to valid reasons of conscience."²⁴

5. גרמניה (1949)²⁵

חוק היסוד הגרמני מעגן במפורש את חופש המצפון, יחד עם חופש הדת והאמונה. סעיף משנה נפרד קובע כי אין לכפות על אדם שירות צבאי הכולל שימוש בנשק כנגד מצפונו.

Article 4 [Freedom of faith, conscience, and creed]

(1) Freedom of faith and of conscience, and freedom to profess a religious or philosophical creed, shall be inviolable.

(2) The undisturbed practice of religion shall be guaranteed.

(3) No person shall be compelled against his conscience to render military service involving the use of arms. Details shall be regulated by a federal law.

הספרות הגרמנית מציינת כי קשה להגדיר מהי ההגדרה של חופש מצפון המעוגן בסעיף 4(1) לחוקה הגרמנית. בית המשפט הגרמני ניסה להגדיר מה מוגן בגדר חופש המצפון באחד מפסקי הדין שעסקו בסרבנות מצפונית :

²⁴ *Sepet and another v. Secretary of state for the home department* [2003] UKHL 15

²⁵ הסקירה מבוססת על: Sabine Michalowski, Lorna Woods *German Constitutional Law* (1999) 196- 198

"Conscience" in its colloquial meaning and therefore also in the meaning of art. 4(3) BL must be understood as a mental phenomenon, that (regardless of its foundation) can be experienced in reality, the demands, admonitions and warnings of which constitute immediately evident commandments of what one absolutely must do. (...) A decision based on conscience is- as follows from its nature- always made in the light of specific situation in which it is psychologically inevitable to make a decision; the call of one's conscience is audible for the individual as a moral and absolutely binding decision with regard to imperative behavior. (...) Every serious moral decision that is orientated to the categories of "good" and "bad" and that the individual psychologically experiences in a given situation as so binding and absolutely imperative that he could not contravene it without coming into a serious moral dilemma, is therefore a decision of conscience"

ניתן לומר שהמצפון נתפס כפקודה הנתפסת על ידי הפרט כפקודה חיונית שלא ניתן להפריה. לחופש המצפון אין פסקת הגבלה ועל כן ניתן לסייגו רק במקרים בהם יש התנגשות עם אינטרסים חוקתיים אחרים.

חופש המצפון זוכה להתייחסות רבה בספרות ובפסיקה בנוגע לסרוב לשירות צבאי מטעמי מצפון. סעיף 4(3) לחוקה מכיר בזכות לסרבנות מצפון בכל הנוגע לשירות צבאי נושא נשק. במקום השירות בצבא סרבן המצפון מחויב לעשות שירות לאומי.

הבעיה העיקרית שהתעוררה עם יישומו של סעיף 4(3) היא השאלה כיצד להכריע האם סרבנותו של הפרט היא באמת סרבנות מצפונית ולא דרך קלה להתחמק ממילוי חובה אזרחית. בית המשפט הגרמני מצא לכך פתרון מעניין, אך שנוי במחלוקת: בית המשפט קבע כי השירות הלאומי יהא ארוך בהרבה מהשירות הצבאי, על ידי כך יהא ניתן להבחין האם הפרט באמת מוכן להקריב מזמנו על מנת שלא לפגוע בצו מצפון. קושי ראשון לפסיקה זו ניתן למצוא בחוק הגרמני שקובע שתקופת השירות החלופי לא תעלה על תקופת השירות הצבאי. בית המשפט התגבר על סעיף זה בכך שטען שמי שמשרת בצבא יוכל להיקרא בעתיד למילואים, ומכאן שהשירות הלאומי הארוך יותר אינו ארוך מהשירות הצבאי הסדיר בצירוף שירות המילואים.

6. קנדה (1982)

הצ'רטר הקנדי מגן על חופש המצפון והדת.

Everyone has the following fundamental freedoms

- (a) Freedom of conscience and religion;
- (b) Freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) Freedom of peaceful assembly; and

(d) Freedom of association.

העובדה שהצ'רטר הקנדי בחר להגן על חופש המצפון בנוסף על הגנתו על חופש הדת פורשה כהגנה על מערכת האמונות שאינן על רקע דתי כגון אידיאולוגיה ומוסר. כך, למשל, בעניין R. v. Morgentaler אשר עסק בהגבלתן של הפלות מלאכותיות באמצעות החוק הפלילי, קבעה השופטת Wilson בדעת יחיד כי קביעת תקנות הנוגעות להפלה שוללת את חופש המצפון, שהיא מגדירה כ:

“personal morality which is not founded in religion” and as “ conscientious beliefs which are not religiously motivated”

לדעתה הפסקת הריון הוא מקרה של יישום חופש מצפון המעוגן בחוקה. המלומד Hogg מציין שאף אחד משאר השופטים בהליך משפטי זה לא התייחס לחופש המצפון.²⁶

7. ברזיל (1988)

חוקת ברזיל קובעת כי את חופש המצפון והאמונה כזכויות שאין לפגוע בהן.

Title II Fundamental Rights and Guarantees, Chapter I Individual and Collective Rights and Duties

VI. freedom of conscience and of belief is inviolable, ensuring the free exercise of religious cults and guaranteeing, as set forth in the law, the protection of places of worship and their rites;

8. קרואטיה (1990)

חוקת קרואטיה קובעת כי יש להבטיח את חופש המצפון והדת. הוראה יוצאת-דופן קובעת כי גם במקרה של איום מיידי לקיום המדינה לא תותר פגיעה כלשהי בחופש המצפון והדת.

Article 40 [Religion]

Freedom of conscience and religion and freedom to manifest religion and other convictions shall be guaranteed.

Article 17 [Special Restrictions in State of Emergency]

(1) During a state of war or an immediate threat to the independence and unity of the State, or in the event of severe natural disasters, individual freedoms and rights guaranteed by the Constitution may be restricted. This

²⁶ Peter W. Hogg *Constitutional Law Of Canada* (Scarborough, Ontario: Carswell, 3rd Ed 1992) 39-3

shall be decided by the Croatian Parliament by a two-thirds majority of all members or, if the Croatian Parliament is unable to meet, at the proposal of the Government and upon the counter-signature of the Prime Minister, by the President of the Republic.

(2) The extend of such restrictions shall be adequate to the nature of the danger, and may not result in the inequality of persons in respect of race, color, gender, language, religion, national or social origin.

(3) Not even in the case of an immediate threat to the existence of the State may restrictions be imposed on the application of the provisions of this Constitution concerning the right to life, prohibition of torture, cruel or degrading treatment or punishment, on the legal definitions of penal offenses and punishments, or on freedom of thought, conscience and religion.

9. אסטוניה (1992)

חוקת אסטוניה מכירה בזכות של כל אחד לחופש מצפון, דת ואמונה.

§ 40. Everyone has freedom of conscience, religion and thought. Everyone may freely belong to churches and religious societies. There is no state church.

Everyone has the freedom to exercise his or her religion, both alone and in community with others, in public or in private, unless this is detrimental to public order, health or morals.

10. פולין (1992)

החוקה מבטיחה לכל אדם את הזכות לחופש מצפון ודת. החוקה קובעת כי הנצרות או דת מוכרת אחרת תלמד בבתי הספר, אם זאת אין לפגוע בחופש המצפון והדת של אנשים אחרים. מרבית הוראות הסעיפים הרלוונטיים בחוקה מתמקדות בחופש הדת. עם זאת, שתי הוראות הוראות הקשורות בחופש המצפון ראויות לציון. ראשית, החוקה קובעת כי רשות אינה רשאית לחייב אדם לגלות את אמונותיו. שנית, הוראה בחוקה קובע כי להורים הזכות לגדל את ילדיהם בהתאם לאמונתם שלהם (של ההורים), ותוך התחשבות בבגרותו של הילד ובחופש המצפון שלו עצמו.

Article 53

1. Freedom of conscience and religion shall be ensured to everyone.

2. Freedom of religion shall include the freedom to profess or to accept a religion by personal choice as well as to manifest such religion, either individually or collectively, publicly or privately, by worshipping, praying, participating in ceremonies, performing of rites or teaching. Freedom of religion shall also include possession of sanctuaries and other places of worship for the satisfaction of the needs of believers as well as the right of individuals, wherever they may be, to benefit from religious services.

3. Parents shall have the right to ensure their children a moral and religious upbringing and teaching in accordance with their convictions. The provisions of Article 48, para. 1 shall apply as appropriate.

4. The religion of a church or other legally recognized religious organization may be taught in schools, but other peoples' freedom of religion and conscience shall not be infringed thereby.

5. The freedom to publicly express religion may be limited only by means of statute and only where this is necessary for the defence of State security, public order, health, morals or the freedoms and rights of others.

6. No one shall be compelled to participate or not participate in religious practices.

7. No one may be compelled by organs of public authority to disclose his philosophy of life, religious convictions or belief.

Article 48

1. Parents shall have the right to rear their children in accordance with their own convictions. Such upbringing shall respect the degree of maturity of a child as well as his freedom of conscience and belief and also his convictions.

2. Limitation or deprivation of parental rights may be effected only in the instances specified by statute and only on the basis of a final court judgment.

11. ליטא (1992)

החוקה מכירה בחופש המחשבה, המצפון והדת וקובעת כי אין להגבילם. חופש הדת כולל, בצד הדת, גם חופש המתייחס לאמונות.

Article 26

Freedom of thought, conscience, and religion shall not be restricted. Each human being shall have the right to freely choose any religion or beliefs and, either alone or with others, in private or in public, to profess his religion, to perform religious practices, to practice his beliefs and teach them.

No one may coerce another person or be subject to coercion to choose or profess any religion or beliefs.

The freedom of a human being to profess and impart his religion or beliefs may not be restricted other than by law and only when it is necessary to guarantee the security of society, public order, the health and morals of the people, as well as other basic rights and freedoms of the person. Parents and legal guardians shall look after the religious and moral education of their children and wards without restrictions in accordance with their own convictions.

12. רוסיה (1993)

החוקה הרוסית קובעת כי לכל אדם זכות לחופש מצפון ולחופש דת.

Article 28

Everyone shall be guaranteed the freedom of conscience, the freedom of religion, including the right to profess individually or together with other any religion or to profess no religion at all, to freely choose, possess and disseminate religious and other views and act according to them.

13. דרום אפריקה (1996)

החוקה מכירה בזכותו של כל אדם לחופש מצפון, דת, מחשבה, אמונה ודעה.

15. Freedom of religion, belief and opinion

1. Everyone has the right to freedom of conscience, religion, thought, belief and opinion.

14. לטביה (1998)

החוקה קובעת את חופש המחשבה, המצפון והדת, ובאותו סעיף קובעת את הפרדת הדת מהמדינה.

Article 99

Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion. The church shall be separate from the State

15. חופש המצפון במשפט העברי

הדברים המובאים להלן מבוססים על דבריו של שופט ביהמ"ש העליון פרופ' ממנחם אלון, כפי שנכתבו על-ידו בבג"צ 734/83 שיין נ' שר הביטחון.²⁷ מבחינה עקרונית התייחס המשפט העברי לנושא חופש המצפון כחלק מהדיון בסוגיית חובת השירות הצבאי. נושא זה נדון לראשונה בספר דברים.²⁸ התורה מונה את העילות השונות לפטור משירות צבאי. בפסוקים ה-ז, מובא הפטור מטעמים כלכליים ומשפחתיים.

"ודברו השוטרים אל העם לאמור: מי האיש אשר בנה בית חדש ולא חנכו, ילך וישוב לביתו, פן ימות במלחמה ואיש אחר יחנכו. ומיהו האיש אשר נטע כרם ולא חללו, ולך וישוב לביתו, פן ימות במלחמה ואיש אחר יחללנו".

"ומי האיש אשר ארש אישה ולא לקחה, ילך וישוב לביתו, פן ימות במלחמה ואיש אחר יקחנה".

והפסוק שלאחריו (פסוק ח) עוסק בענייננו – פטור מחובת שירות מטעמי מצפון:

"ויספו השוטרים לדבר אל העם ואמרו: מי האיש הירא ורך הלבב, ילך וישוב לביתו, ולא ימס את לבב אחיו כלבבו".

מיהו "הירא ורך הלבב" הפטור מן המלחמה? במשנה נכתב כדלהלן:

" רבי עקיבא אומר: הירא ורך הלבב כמשמעו, שאינו יכול לעמוד בקשיי המלחמה ולראות חרב שלופה".²⁹

לפי פירוש זה "הירא ורך הלבב" הוא המפחד ממוראות המלחמה. פירוש נוסף, המיוחס אף הוא לרבי עקיבא, מצוי בתוספתא:

" רבי עקיבא אומר: מי האיש הירא- ודאי; מה תלמוד לומר שוב: ורך הלבב? שאפילו גיבור שבגיבורים וחזק שבחזקים, והיה רחמן – חוזר".³⁰

²⁷ בג"ץ 734/83 יעקב שיין נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 393.

²⁸ דברים, פרק כ, פסוק א ואילך.

²⁹ מסכת סוטה, ח,ה.

³⁰ תוספתא, סוטה, פרק ז, הלכה כד.

לפי פירוש זה, ה"ירא" הוא זה שהפחד גובר עליו, ו"רך הלבב" – מי שאינו חת ממוראות המלחמה, אך רחמן ומרחם על האחרים, ואף על האוייב. במידה שאינו מסוגל להילחם בהם, וגדול החשש שימס את לב אחיו כלבבו.

ופירוש אחר, מובא בשם ר' יוסף הגלילי, בהמשכה של המשנה האמורה:

" ר' יוסי הגלילי אומר: 'הירא ורך הלבב' – זה המתירא מן העבירות שבידו".

ומתוך כך – מצפוננו נוקפו, ועלול הוא להביא לכלל חוסר החלטיות ולהשפיע גם על אחרים שלבבם ימס כלבבו. מפירוש זה עולה נקודת מבט הרואה את הצורך לפטור גורמים מסויימים משירות צבאי, לא משום הדאגה למצפונם ולטובתם האישית, אלא מתוך ראייה רחבה כי שירותם של אלה עשוי להשפיע לרעה על המוראל והנכונות של חבריהם לשירות. ולאחר דיונה המעמיק של המשנה בנימוקי הפטור השונים, היא מסכמת:

" במה דברים אמורים? במלחמת הרשות, אבל במלחמת מצווה (כגון כבוש ארץ ישראל – רש"י; ועזרת ישראל מיד צר שבא אחיהם-רמב"ם, הלכות מלאכים פרק ה, הלכה א) – אפילו חתן מחדרו וכלה מחופתה".

ניתן לראות מסיכום המשנה דלעיל, כי במצבי חירום נעלם שיקול הדעת ואין ליתן פטור אף במצבים בהם ראוי היה לעשות כן בימות שלום. ניתן להשוות הדבר לדברים אשר השמיע הנשיא ברק בפרשת **זונשיין**³¹, בהתייחסו להיות הפטור מטעמי מצפון, כפוף לשיקול דעתו של שר הביטחון, ובהתאם לצרכי המשק והצבא:

" דומה שהכול מסכימים, כי במקום שצרכי הביטחון הם חריפים, לא יינתן פטור גם לפציפיסט"³².

16. ניתוח ומסקנות מן המשפט המשווה

חלק מן המסמכים מציינים במפורש את חופש המחשבה³³ (freedom of thought) והאמונה (freedom of belief)³⁴, בצד חופש המצפון או חופש הביטוי. חלק מהחוקות הזרות הגדירו במפורש זכות שלא להביע את הדעה והאמונה.³⁵

³¹ בג"ץ 7622/02 דוד זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נז(1) 726.

³² עניין זונשיין בעמ' 733.

³³ הצ'רטר הקנדי; חוקת איטליה; חוקת לטביה (בהקשר לחופש הדת); חוקת סלובניה; חוקת רומניה; חוקת קרואטיה;

³⁴ הצ'רטר הקנדי; חוקת ליטא (שימוש בביטוי convictions במקום beliefs); חוקת רומניה; חוקת אסטוניה (שימוש בביטוי persuasions במקום beliefs);

חלק מהמסמכים הזרים והבינלאומיים מסתפק במנגנונים כלליים הדומים לפסקאות ההגבלה הכלליות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואינם יוצרים מנגנונים ייחודיים לגבי חופש הביטוי. מסמכים אחרים קבעו "רשימה סגורה" של עילות, שרק בהתגבש אחת מהן ניתן יהיה להגביל את חופש הביטוי.

חלק ה: החקיקה הישראלית בנושא חופש המצפון

1. כללי

כמתואר לעיל,³⁶ עוגן חופש המצפון עוד בימי המנדט, כחלק מדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, ולאחר מכן אוזכר בהכרזת העצמאות.³⁷ חופש המצפון הוזכר גם במסגרת חוקים ספציפיים כגון חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986³⁸ וסעיף 318 לחוק העונשין, תשל"ז-1977³⁹

2. חוק שירות ביטחון, כמקור נורמטיבי להגנה על חופש המצפון

מרבית הפסיקה העוסקת בחופש המצפון נסבה סביב סוגיית חובת השירות בצבא מחד, ורצונם של פרטים לקיים צו מצפוני אישי המנוגד לשירות הצבאי, מאידך. החוק המסדיר תחום זה הינו חוק שירות הביטחון אשר תוקן מספר פעמים עד שהגיע לנוסחו העדכני.

חוק שירות ביטחון מכיל שני סעיפים העוסקים בפטור מטעמי מצפון+. סעיף 36 לחוק מסדיר סמכות כללית של שר הביטחון לפטור יוצא צבא משרות חובה מטעמים שונים. אמנם חופש המצפון אינו נמנה במפורש עם הטעמים בגינם ניתן לפטור אדם משרות חובה, אולם החוק מתיר לשר לפטור אדם גם בשל העילה "מטעמים אחרים", ועילה זו פורשה על ידי הפסיקה ככוללת את חופש המצפון.

36. " שר הביטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הביטחונית או המשק הלאומי או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים –

(1) לפטור יוצא צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו;

(2) לפטור יוצא צבא מחובת שירות מילואים לתקופה מסוימת או לחלוטין."

³⁵ חוקת רוסיה.

³⁶ עמוד 7 ואילך.

³⁷ הכרזה על הקמת מדינת ישראל, תשי"ח (14.5.1948).

³⁸ חוק שירות בטחון {נוסח משולב}, התשמ"ו-1986, ס"ח 107.

³⁹ חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

בצד סמכות הפטור הכללית שבסעיף 36, החלה על כל יוצא צבא, קובע סעיף 39(ג) לחוק כי "יוצאת צבא" זכאית, בהתקיים תנאים מסוימים, לפטור אוטומטי מטעמי מצפון. את הפער הזה בין הגנת חופש המצפון לנשים להגנה לה זוכים הגברים, ניתן להסביר בהבנות שקדמו לניסוח הסעיף, בין רוח"מ ושר הבטחון דוד בן-גוריון לבין הנציגות הדתית.

39(ג). "יוצא-צבא אישה, שהוכיחה באופן שנקבע בתקנות לרשות שנקבעה על פיהן, כי מטעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי מונעים אותה מלשרת בשירות ביטחון, פטורה מחובת אותו שירות. (להלן-פטור מיוחד)".

אלא שכפי שנראה להלן, הפסיקה פירשה לאחרונה פטור זה באופן מצמצם, וקבעה כי הסעיף אינו מעניק פטור אוטומטי מטעמי מצפון אלא אם הם טעמים אלו הינם בעלי רקע דתי או עדתי, ובכל מקרה אחר, הפטור לאשה הינו בשיקול דעת, בדיוק כמו לגבי הגבר.

3. אזכורים נוספים לחופש המצפון בחקיקה הישראלית

(א) חוק העונשין, התשל"ז-1977⁴⁰

סעיף 318 בחוק העונשין קובע כי לא ניתן לחייב רופא נשים לבצע הפסקת הריון יזומה לאישה, אם הדבר נוגד את מצפונה או את שיקול דעתו המקצועי. להלן סעיף 318:

318. "אין במתן אישור רפואי לפי סימן זה כדי לחייב רופא נשים להפסיק הריונה של אישה אם הדבר הוא בניגוד למצפונה או לשיקול דעתו הרפואי".

(ב) חוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), התש"ם-1980⁴¹

סעיף 5 לחוק דלעיל קובע כי אין לכפות על עד שבועה (עובר למתן עדותו) אם הדבר נוגד את מצפונה או את דתו. להלן קטע החוק הרלוונטי לענייננו:

5. "היה לבית המשפט היסוד להניח כי השבעת העד עשויה לסייע לגילוי האמת, רשאי בית המשפט, ביוזמתו או לפי בקשת בעל דין, להשביעו, אולם רשאי העד, משהודיע שהוא עושה כן מטעמי דת או מצפון, שלא להישבע אלא להצהיר בהן הצדק...".

⁴⁰ חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

⁴¹ חוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), בתש"ם-1980, ס"ח 202.

חלק ו: חופש המצפון בפסיקה הישראלית

1. כללי

בפרק זה נעמוד על היקפו של חופש המצפון כפי שעוצב בפסיקה הישראלית, ראשית נסקור את אדניו הנורמטיביים כפי שנקבעו ע"י בית-המשפט, ואח"כ נבחן את היקף התפרסותו של חופש המצפון ע"י סקירת האיזונים להם נדרש בית-המשפט במקום בו חופש המצפון התנגש עם זכויות אחרות.

2. אדניו הנורמטיביים של חופש המצפון - מזכות יסוד לזכות חוקתית

בית המשפט הכיר בחופש המצפון כזכות יסוד כבר בראשית ימיה של הפסיקה הישראלית, החל מפסק הדין בעניין **יוסיפוף** שנזכר לעיל.⁴² בית-המשפט ביסס את מעמדה המיוחד של הזכות על-סמך הכרזת העצמאות, למרות שקבע כי אין להכרזה מעמד של חוקה. דוגמא לכך ניתן למצוא בדבריו של השופט אגרנט בפרשת **קול-העם** :

"...הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – **ובפרט בדבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון** – פירושים כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה 'אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם', אך במידה שהיא 'מבטאת את חזון-העם ואת האני מאמין שלו'...מחובתנו לשים את ליבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה...; הלא, זו אכסיומה ידועה שאת המשפט של העם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו..."⁴³

ובעניין **גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים** נאמר:⁴⁴

"מדינתנו מבטיחה לכל אזרחיה את חופש המצפון...הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו..."

לאחר כינונו של חוק-יסוד: חופש האדם וחירותו, הציג השופט ברק, בעניין **מנינג נ' שר המשפטים** את חופש המצפון כנובע ממספר מקורות:

" הוא יונק חיותו מהכרזת העצמאות. הוא נגזר מאופייה הדמוקרטי של מדינה, הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו, ר' חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."⁴⁵

⁴² הערה 2 לעיל.

⁴³ בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 53 (ההדגשות אינן במקור).

⁴⁴ בג"ץ 80/62 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פד"י י"ז 2048, 2063.

3. חופש המצפון והשירות בצה"ל

כפי שאוזכר לעיל, מרבית פסקי-הדין המעמתים את חופש המצפון כנגד זכויות ועקרונות אחרים, עוסקים בבקשות לפטור משירות צבאי מטעמי מצפון.

בפרק זה נסקור את עיקרי ההלכות בנושא כפי שנקבעו ע"י בית-המשפט העליון לאורך השנים. סעיף 4 לחוק יסוד: הצבא⁴⁶, קובע כי החובה לשרת בצבא והגיוס לצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו.

כמתואר לעיל, חוק שירות ביטחון התשמ"ו-1986 (להלן גם: החוק) מאפשר פטור מטעמי מצפון לנשים המנוסח כאילו הוא מוענק באופן אוטומטי, ולגבי גברים, החוק מאפשר שיקול דעת של שר הבטחון שמבסגרתו הוא רשאי לפטור אדם משירות מטעמים שבמצפון.

לעיתים, קיימת התנגשות של חופש המצפון אל מול חוק המחייב אדם לעשות פעולה או להימנע מעשיית פעולה. כאשר פרט בחברה מבקש לציית לצו מצפוני וציות כאמור עומד בניגוד לחוק פוזיטיבי ובניגוד לאינטרס הציבורי של סדר וממשל תקין, מתעוררת שאלה של חופש המצפון.

על רקע הצורך לשמור על עקרון שלטון החוק והסדר הציבורי מחד, והרצון ליתן לפרט חופש לפעול לפי מצפונו מתוך הבנה כי האחרון מגלם את כבודו ואישיותו של הפרט, קבע ביהמ"ש אבחנה בין **סרבן מצפון מלא** (או פציפיסט) לבין **סרבן מצפון סלקטיבי**. כאשר המבחן הוא האם אופי הסירוב הינו אי-יכולתו של הפרט (ע"פ תפיסתו) להשתתף ולקחת חלק בפעילות צבאית מכול סוג שהיא, לרבות פעילות בעלת אופי "עורפי" או הגנתי, או האם הסרבנות הינה ספציפית ומכוונת כנגד פעילות זו או אחרת כגון: שירות בשטחים וכו'. בעוד שבמקרה הראשון הנטייה של ביהמ"ש הינה ליתן עדיפות לרצון הפרט מתוך הבנה שבשיקולי עלות/תועלת מצרפיים אין לכפות שירות צבאי על הפרט, הרי שבמקרים בהם ביהמ"ש מזהה את הסרבנות כסלקטיבית אזי באופן עקבי, לאורך שנים ולרוחב כל הערכאות אין ביהמ"ש מתיר סרבנות זו שכן הוא רואה בה סכנה ליציבות המשטר ולחידוד והעמקת שסעים בחברה הישראלית, וזאת בשל אופייה האידאולוגי/פוליטי של הסרבנות הסלקטיבית. פעמים רבות סרבנות זו מלווה גם בניסיון הסרבן לעורר הד תקשורתי ולעורר דיון ציבורי, דבר אשר ביהמ"ש מזהה לא אחת עם קריאה למרי-אזרחי. בפסה"ד בעניין **זונשיין** נדרש ביהמ"ש לאבחנה זו בין סרבנות מלאה לסרבנות סלקטיבית:

"לדעתנו, לא הרי סירוב לשרת בצבא מטעמים של המצפון ה"מלא" כהרי סירוב לשרת בצבא מטעמים של מצפון סלקטיבי. אכן, **משקלה של הכף הנוטה כנגד הכרה בסרבנות המצפון היא כבדה הרבה יותר בסרבנות המצפון הסלקטיבית** מאשר בסרבנות המצפון ה"מלאה"⁴⁷

⁴⁵ בג"ץ 3261/93 רוברט סטיבן מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז (3) 282.

⁴⁶ חוק יסוד: הצבא, ס"ח תשל"ו 154.

⁴⁷ בג"ץ 7622/02 דוד זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו (1) 726, 736.

הנשיא ברק עומד בהמשך על הסכנות הטמונות בסרבנות המצפון הסלקטיבית:

"...יש לה השלכות על שיקולי הביטחון עצמם, שכן עניין לנו בקבוצה שיש לה נטייה לגדול. מעבר לכך, בחברה פלורליסטית כשלנו, ההכרה בסרבנות המצפון הסלקטיבית עשויה לרופף את החישוקים המחזיקים אותנו כעם".⁴⁸

לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו החלו חלק מן העותרים לבסס את טענותיהם על חוק יסוד זה. בעניין **אפשטיין נ' שר הביטחון** דחה בית המשפט העליון את טענת העותר להגנה חוקתית משני טעמים עיקריים: הראשון, כי חוק שירות הביטחון (שהינו כאמור החוק אשר מסדיר את סוגיית הפטור מטעמי מצפון) נהנה משמירת דינים מכוח סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך לא תישמע טענה כי החלטות מכוח חוק שירות הביטחון פוגעות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שנית, ביהמ"ש קבע כי אפילו ניתן היה להעמיד את ההחלטה נשוא העתירה במבחני פסקת ההגבלה אזי נמצא היה כי הפגיעה הינה מידתית וחוקתית. ובלשונו של השופט ש' לוי:

"אכן אין ספק בדבר שיש בכפיית השירות הצבאי על האזרח משום פגיעה בחירותו האישית, אך פגיעה זו יציר החוק היא; גם לו יכולנו לבדוק את חוקיות החוק לפי המבחנים הכלולים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (דבר שאין לנו יכולים לעשות לאור הוראות סעיף 10 לחוק), שומה היה עלינו להעמיד כנגד הזכויות הנזכרות בחוק זה גם ערכים אחרים, כאמור בסעיף 8 (פסקת ההגבלה)".⁴⁹

נמצא אם כן כי אפילו מנקודת מבטו של הסרבן הסלקטיבי, אין הבדל בין מידת הפגיעה בחירותו המצפונית של הסרבן המלא לסרבן הסלקטיבי כאשר נכפה עליו שירות צבאי. הרי שההבדל בין סוגי הסרבנות, ובהתאם האיזון השונה המוכרע בין השניים, הינו תוצאה של הסכנות החברתיות החמורות יותר הטמונות בהכרה בסרבנות הסלקטיבית מאשר הסכנות הטמונות בהכרה בסרבנות המלאה. הפער בין הדין הפוזיטיבי השונה החל על נשים מזה החל על גברים, לפי חוק שירות הביטחון, גרם להעלאתן של טענות כלפי העדר השוויון, בפסקי-דין שניתנו החל מראשית שנות ה-50 וכלה בפסקי-דין עדכניים אשר ניתנו לאחר כינון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בעניין **שטיינברג נ' היועמ"ש**, נאמר:

"...מבקש מאיתנו בא-כוח המערער לפסול את החוק האמור (חוק שירות הביטחון – ע.ש), הואיל ואין הוא מעניק יחס אחיד ליוצאי צבא- גבר ואישה- ומפלה לרעה את הגבר... והוא מסתמך על ההכרזה בדבר הקמת- המדינה, בה הובטח ' שוויון זכויות חברתי ומדיני לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע, ומין...'. ... במקרה זה, מופלא גבר לרעה, אך ההפליה צודקת,

⁴⁸ עניין **זונשיין בעמ' 737**.

⁴⁹ בג"ץ 4062/95 **אלכסנדר אפשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד מא 794.

כיוון שתפקידה המיוחד של אישה נשואה בקרב ביתה מצדיק את הוצאתה מתחום תחולתו של החוק".⁵⁰

לאחרונה נקטה גישה אחרת, ובית המשפט העליון בחר בפרשנות מצמצמת יחסית לפטור הניתן לנשים. וכך קבע ביהמ"ש לאחרונה בפס"ד **ליאורה מילוא נ' שר-הביטחון** :

"העמדה לפיה מערכת שלטונית וצבאית אינה יכולה להשלים עם מצב שבו יוצאי צבא יוכלו להכתיב אם ומתי ישרתו בצבא, היכן ישרתו, אלו פעולות יבצעו...**יפה במידה שווה ליוצאי צבא גברים ונשים**; הסכנה הטמונה בסרבנות הסלקטיבית...אינה שונה בין נשים לגברים. דינם לעניין זה אחד."⁵¹

ובהתייחסה להוראת סעיף 39 לחוק שירות הביטחון מוסיפה השופטת פרוקצ'יה :

" .. הפטור לאישה מכוח הדין על פי סעיף 39 מתאפיין בהיותו מיוחד לאישה באשר היא אישה. **עניינו בטעמים הקשורים במסורת, מינהגים, אמונות ואורחות חיים דתיים ועדתיים**. הוא נובע מההכרה בדבר הצורך להבין ולכבד תפיסות דתיות ומסורתיות של קהילות שונות בציבור הישראלי בהתייחסותן למעמד האישה בעדה ובמשפחה..... **עניינו של פטור מיוחד זה הוא אפוא, בטעמי מצפון בעלי תוכן מסוים ומוגדר**"⁵².

משמעות פסק דין זה הינה כי נשים המבקשות פטור מטעמי מצפון שאינם קשורים לאמונה דתית או להשתייכות עדתית ייאלצו לעשות זאת במסגרת סעיף 36 לחוק, המסדיר גם את סרבנות המצפון של גברים, ויקבלו את הפטור רק לפי שיקול דעתו של שר הבטחון. בקשת העותרת לדיון נוסף בבג"צ – נדחתה.⁵³

⁵⁰ ע"פ 5/51 חיים בן יוסף שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה, 1067 1061.

⁵¹ בג"ץ 2383/04 לאורה מילוא נ' שר הביטחון, דינים עליון סח 769 (ההדגשות הוספו).

⁵² שם, שם (ההדגשות הוספו).

⁵³ דנג"צ 7802/04 לאורה מילוא נ' שר הבטחון, דינים עליון סט 778.

חלק ז: שאלות ונושאים לדיון

1. האם לעגן בחוקה את חופש המצפון, ואם כן, האם מעשות זאת בנפרד מעיגונו של חופש הדת

מבחינה הסטורית, חופש המצפון קשור קשר הדוק בחופש הדת. ואכן, בטקסטים חוקתיים ישנים יותר, חופש המצפון נקשר בחופש הדת, לעיתים כנגזרת העיקרית שלו ולעיתים כזכות צמודה, המתפרשת באופן קרוב עם חופש הדת.

ברמה הפרקטית, חופש המצפון נקשר, מחוץ להקשרו הדתי, בעיקר עם סרבנות צבאית מסוגים שונים. לא מצאנו, פרקטית, תחומים משמעותיים מחוץ להקשר הצבאי ולהקשר הדתי שעבורם נחוצה זכות חוקתית. עם זאת, מדובר בזכות ותיקה ומקובלת.

האפשרויות העומדות בפני הוועדה הן:

- לקבוע את חופש המצפון כזכות עצמאית;
- לקבוע את חופש המצפון כזכות הצמודה לחופש הדת;
- להימנע מלקבוע את חופש המצפון כזכות חוקתית-על-חוקית ולהותירה כזכות יצירת חקיקה רגילה ופסיקה.

2. מה כוללת הזכות

מקורות שונים בעולם והצעות חוקה בישראל כללו את חופש המצפון בתוך אגד של זכויות שכללו את חופש המחשבה, חופש האמונה, וחופש המצפון. חופש האמונה והמחשבה

חלק מן החוקות הזרות והאמנות הבינלאומיות התייחסו לחופש הדעה (freedom of opinion)⁵⁴ חלק מן המסמכים מציינים במפורש את חופש המחשבה (freedom of thought)⁵⁵ והאמונה (freedom of belief)⁵⁶, כאשר זכויות אלו מוצמדות לעיתים לחופש המצפון ובמקרים אחרים לחופש הביטוי.

3. על מי תחול הזכות

כל הצעות החוקה בישראל וכל החוקות שנסקרו במשפט המשווה, והמעניקות את חופש המצפון, מעניקות אותו לכל אדם. מומלץ, איפוא, לשמור על נוהג זה ולקבוע כי חופש המצפון הינו זכות של כל אדם.

⁵⁴ ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; הצ'רטר הקנדי; חוקת רומניה; חוקת אסטוניה;

⁵⁵ הצ'רטר הקנדי; חוקת איטליה; חוקת לטביה (בהקשר לחופש הדת); חוקת סלובניה; חוקת רומניה; חוקת קרואטיה;

⁵⁶ הצ'רטר הקנדי; חוקת ליטא (שימוש בביטוי convictions במקום beliefs); חוקת רומניה; חוקת אסטוניה (שימוש בביטוי persuasions במקום beliefs);

4. כיצד מגבילים את הזכות?

ניתן, כמובן, להכפיף את חופש המצפון לפסקת ההגבלה הרגילה. יחד עם זאת, ישנם תימוכים גם להכפפתה של הזכות לפסקת הגבלה מיוחדת. קיימות גם חוקות שקובעות במפורש כי הזכות אינה ניתנת לפגיעה.⁵⁷

כך, למשל, קובע הצירטר בדבר זכויות היסוד של האיחוד האירופי כי הזכות לסרבנות על בסיס מצפון מוכרת, אולם זאת "בכפוף לחוקים של המדינות השונות בנושא מימושה של זכות זו.

5. האם להתייחס בחוקה לסרבנות מצפון בהקשר של השירות הצבאי?

חוקות בודדות, שהבולטת בהן היא חוק היסוד הגרמני, כוללות הוראות מפורשות בנושא סרבנות מצפון לשירות צבאי. ניתן להתייחס לנושא זה, או להשאירו להתפתחות חקיקתית ושיפוטית, במסגרת פסקת ההגבלה, על כל המשתמע מכך.

6. הוראות נוספות מן המשפט המשווה שניתן לשקול

בחוקות אחדות מן המשפט המשווה קיימות הוראות ייחודיות. ניתן לשקול נושאים אלו הן מבחינה מהותית, אם הם רצויים, והן מבחינת השאלה אם ראוי לעגנם ברמה החוקתית. בכמה חוקות מצויות הוראות המבהירות כי רשות ציבורית אינה יכולה לחייב אדם לגלות לה את אמונותיו.⁵⁸

בחוקת פולין קבועה הוראה מפורשת בדבר זכותם של הורים לגדל את ילדיהם לפי אמונתם של ההורים, ותוך התחשבות במידת בגרותו של הילד ובחופש המצפון שלו עצמו.

⁵⁷ למשל חוקת ברזיל; חוקת קרואטיה.

⁵⁸ למשל חוקת רוסיה, חוקת פולין.

חלק ח: רשימת מקורות

1. חקיקה ישראלית

- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
- חוק יסוד: הצבא
- דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1947-1922
- הכרזה על הקמת מדינת ישראל, תש"ח (14.5.1948)
- חוק שירות בטחון {נוסח משולב}, התשמ"ו-1986
- חוק העונשין, התשל"ז-1977
- חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980
- דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1947-1922, סימן 83
- חוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), בתש"ם-1980

2. פסיקה ישראלית

- ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 481.
- בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509
- בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449
- בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל-משרד הבטחון ואח' (טרם פורסם) נגיש ב- <<http://elyon1.court.gov.il/files/03/900/018/n24/03018900.n24.HTM>> (29.05.05).
- בג"ץ 1026/02 אמיר מלנקי נ' שר הבטחון, מנהל הגיוס בצבא ההגנה לישראל (טרם פורסם).
- בג"ץ 734/83 יעקב שיין נ' שר הביטחון, פ"ד לח (3) 393
- בג"ץ 7622/02 דוד זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו (1) 726
- בג"ץ 1380/02 יונתן בן ארצי נ' שר הביטחון, פ"ד נו (4) 476
- בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 53
- בג"ץ 80/62 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד י"ז 2048.
- בג"ץ 3261/93 רוברט סטיבן מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז (3) 282
- בג"ץ 1715/95 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367
- בג"ץ 4062/95 אלכסנדר אפשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד מא, 794
- ע"פ 5/51 חיים בן יוסף שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה 1061
- בג"ץ 2383/04 לאורה מילוא נ' שר הביטחון, דינים עליון סח 769.
- דנג"ץ 7802/04 לאורה מילוא נ' שר הביטחון, דינים עליון סט 778.
- בג"ץ 6168/92 האגודה ההומניסטית חילונית בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(4) 289
- בג"ץ 6111/94 הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מט(5) 94

3. ספרות ומאמרים בישראל

- אליעזר וינרב **זכויות האדם והאזרח בישראל** (רות גביזון וחגי שניידור עורכים, 1991), כרך ב 333.
- צבי ברנזון "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל" **עיוני משפט** ג (תשל"ג) 405.
- אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהד' 5 1996)
- אהרן ברק **פרשנות במשפט** (כרך ג': פרשנות חוקתית 1994).
- הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים כח** (תשנ"ח) 257.

4. פסיקה זרה

- *GILLETTE v. UNITED STATES*, 401 U.S. 437 (1971)
- *Seper and another v. Secretary of state for the home department* [2003] UKHL 15

5. ספרות ומאמרים זרים

- Sabine Michalowski, Lorna Woods *German Constitutional Law* (1999) 196- 198
- Peter W. Hogg *Constitutional Law Of Canada* (Scarborough, Ontario: Carswell, 3rd Ed 1992) 39-3

6. אינטרנט

- <http://www.firstamendmentcenter.org>
- http://www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art10/default_en.htm