

צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטיה

חנן מלצר*

הקדשה לאמנון רובינשטיין ולרעייתו רוני

בשנת 1969 התקבלתי כעתודאי לפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. את פנינו קיבל יקן צעיר, מרצה מבריק למשפט חוקתי ולמשפט מנהלי – פרופ' אמנון רובינשטיין, אשר כיכב גם כפובליציסט מוביל בעיתון הארץ. כעבור זמן-מה הוא החל אף להנחות תוכנית ויכוחים פופולרית ביותר בטלוויזיה, שכונתה "בומרנג", ואשר קבעה למעשה באותה תקופה את סדר-היום הציבורי בישראל.

התופעה שהתגלמה בדמותו של "פרופ' א' ר'" (כפי שקראנו לו אז) ריתקה אותנו הסטודנטים, וככל שהתקרבו אליו, גילינו כי מדובר ב"איש רנסנס" של ממש – ספוג תרבות, יודע-כל (ולא רק משפט).

היה זה אפוא אך טבעי שלאחר מוראות מלחמת יום-הכיפורים ומחדליה ביקשו ממנו רבים (ואני ביניהם) כי ייכנס לחיים הציבוריים, והוא נענה ועשה כן בדרכו המיוחדת. במסגרת זו, גישתו הביקורתית לדוח ועדת אגרנט תרמה לעיצובו של חוק-יסוד: הצבא. לאחר שנים, כאשר כיהן כבר כחבר-כנסת, היה פרופ' רובינשטיין בין היוזמים של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר בשניהם הוטבע לראשונה המושג "מדינה יהודית ודמוקרטית".

לנוכח האמור, לפרופ' רובינשטיין יש בפועל חלק ממשי במאמר זה, אשר דן בצבא"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ואשר כתבתיו בחזקת מי שהיה סטודנט ועוזר-מחקר של פרופ' רובינשטיין וכמי שממשיך לראותו עד היום כמנטור שלו. מאמר זה מוקדש לפיכך, בהערכה רבה, לפרופ' אמנון רובינשטיין ולרעייתו רוני החכמה, שתמיד שם לצידו בתכונותיה האציליות.

חנן מלצר

* שופט בבית-המשפט העליון. המחבר מבקש להודות לעו"ד עמרי בן צבי על עזרתו הרבה בהכנת מאמר זה. הסתייעתי גם בעצתם הטובה, בביקורתם ובהערותיהם של האישים הנזכרים להלן (בסדר אלפביתי): עו"ד ערן דויד, ד"ר אביעד הכהן, האלוף שי יניב, פרופ' אסא כשר, עו"ד יצחק מירון, פרופ' אשר מעוז, השופט ד"ר יגאל מרזל, השופט ד"ר מנחם פינקלשטיין, רס"ן רוני קציר, פרופ' מרדכי קרמיניצר. כן יבואו על הברכה – בעבור הסיוע בעריכה – חברי המערכת של כתב-העת **משפט ועסקים** מאיה בורסי, עמיר כהנא ולידו שלום. חן-חן לכולם, אך האחריות לדברים, כמובן, היא שלי בלבד.

חוק-יסוד: הצבא מקבע את הזיקה שבין צבא הגנה לישראל לבין מדינת-ישראל, המוגדרת כמדינה יהודית ודמוקרטית. המאמר בוחן את השפעתו של סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא על עיצוב דמותו ומטרותיו של צבא הגנה לישראל. כן נערך בירור לגבי היחס שבין סעיפים 8 ו-9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולגבי ההשלכות של ההבדלים ביניהם. המאמר מראה כי המתח סביב זהות המדינה מקרין על צה"ל, וכי למהותה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית יש קשר אינהרנטי לייעודו של צה"ל והשפעה עליו – החל בעבר, עובר בהווה וכן בצפי לגבי העתיד. לנוכח השיח הציבורי המתמיד באשר למתח המובנה במושג "מדינה יהודית ודמוקרטית", רק ימים יגידו כיצד אפיון זה של המדינה ימשיך לאצול על צה"ל ועל ייעודו.

- מבוא – חשיבותו של סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא
- פרק א: המשמעות הכללית של סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא והנגזרות הנלמדות לגביו מן העובדה שישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית
- פרק ב: נפקותה של הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא (בגרסתו המורחבת) ברובד של מטרות הצבא וסמכויותיו
1. המצב הנורמטיבי הנתון
 2. הביקורת על המצב הנורמטיבי הנתון
 3. עמדתי בנושא
- פרק ג: משמעותה של הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא (בגרסתו המורחבת) לעניין גריעת זכויות האדם של המשרתים בצה"ל
1. פסקת ההגבלה הכללית ופסקת ההגבלה הבטחונית
 2. פסקות ההגבלה בראי המשפט המשווה
 3. ההבדלים בין פסקת ההגבלה הכללית לבין פסקת ההגבלה הבטחונית
 4. השפעת העובדה שצה"ל הוא צבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית על מהותו ואופיו של השירות בו ועל המבחנים לבירור גריעת זכויות האדם של המשרתים בצה"ל
- פרק ד: משמעותה של הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא (בגרסתו המורחבת) בהקשר של המוסר הצבאי (וטוהר הנשק)
- סוף-דבר

מבוא – חשיבותו של סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא

נקודת המוצא של רשימה זו היא בתמונה הנוצרת מחיבורם של שני נתוני-יסוד משפטיים, המהווים נדבכים מרכזיים בחשיבה החוקתית בישראל.

הנתון הראשון הוא שחוק-יסוד: הצבא מקבע את הזיקה שבין צבא הגנה לישראל לבין מדינת-ישראל, ומעלה אותה לרמה חוקתית על-חוקית, בציינו, בסעיף 1 שבו, כי "צבא-הגנה-לישראל הוא צבאה של המדינה".¹ סעיף זה, שכותרתו "מהות", אינו מיוחד לצבא. הוראות חוקתיות דומות (בלשון ניטרלית כביכול) ניתן למצוא גם ביחס לממשלה,² לכנסת,³ לנשיא המדינה⁴ ולמבקר המדינה.⁵ עם זאת, אי-אפשר לאתר הוראה חוקתית דומה ביחס לשירותי הביטחון האחרים של המדינה.⁶

הנתון השני הוא שמדינת-ישראל הינה "מדינה יהודית ודמוקרטית". החל בשנת 1992 ואילך ניתן ביטוי חוקתי לנרטיב-על זה, בין היתר, בסעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ובסעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת (לאחר תיקונו בשנת 2002), והוא עובר כחוט-השני במרחב הנורמטיבי⁷ שמתווה

- 1 ס' 1 לחוק-יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154.
- 2 ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158, מורה כך: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. השור: U.S. CONST. amend. II, § 1 ("The executive Power shall be vested in a President of the United States of America"); Commonwealth of Australia Constitution Act, 2003, c. 2, § 61 ("The executive power of the Commonwealth is vested in the Queen").
- 3 ס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69, קובע כדלקמן: "הכנסת היא בית-הנבחרים של המדינה. השור: U.S. CONST. amend. I, § 1 ("All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States"); Commonwealth of Australia Constitution Act, 2003, c. 1, § 1 ("The legislative power of the Commonwealth shall be vested in a Federal Parliament").
- 4 ס' 1 לחוק-יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118: "בראש המדינה עומד נשיא". למשמעותו של סעיף זה ראו משה לנדוי **חוק-יסוד: נשיא המדינה** 12 (פירוש לחוק-היסוד, יצחק זמיר עורך, 1994).
- 5 ס' 1 לחוק-יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30: "ביקורת המדינה נתונה בידי מבקר המדינה". ראו מרים בן פורת **חוק-יסוד: מבקר המדינה** 143–169 (פירוש לחוק-היסוד, יצחק זמיר עורך, 2005).
- 6 פעילותו של המשטרה נשלטת על-ידי פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, נ"ח 390, אשר נעדרת הוראה דומה. לעניין זה הפקודה מגדירה את משטרת ישראל (בס' 1) כ"חיל המשטרה שהוקם לפי פקודה זו".
באשר לפעילותו של שירות הביטחון הכללי, ס' 2(א) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ס"ח 179, קובע כי "מדינת ישראל תקיים שירות ביטחון כללי שייעודו, תפקידיו וסמכויותיו ייקבעו בחוק; שירות הביטחון הכללי שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה הוא שירות הביטחון הכללי של מדינת ישראל".
פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, נ"ח 459, קובעת בס' 76 כי "שירות בתי הסוהר (להלן – השירות) יעסוק בניהול בתי הסוהר, בהבטחת אסירים ובכל הכרוך בכך".
פעילותו של המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים אינה מוסדרת בחוק ייעודי, אך קיימות כמה הוראות של חיקוקים המתייחסות אליו. ראו, לדוגמה, ס' 16(ג) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, ס"ח 86; צו שירות המדינה (משמעת) (שירות הבטחון הכללי והמוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים), התשל"ט-1979, ק"ת 1750.
כל החיקוקים הנ"ל אינם כוללים הוראות הדומות לאלה שצוינו בטקסט.
- 7 לביטוי זה בחקיקה הרגילה עיינו ס' 2(2) לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ס"ח 137; ס' 5(1)

המשפט החוקתי הישראלי.⁸ זאת ועוד, סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יוצר קשר בין חוק זה לבין השירות בצה"ל, המוסדר חוקתית בחוק-יסוד: הצבא. מכאן זיקה נוספת בין שני חוקי-היסוד האמורים, אשר את השלכותיה נבחן בהמשך. יש לציין כי הצהרה בעלת תוקף חוקתי על אופייה של המדינה או על ערכיה אינה מיוחדת לישראל. החוקה הצרפתית, למשל, מורה כך (בתרגום לאנגלית): "France shall be an indivisible, secular, democratic and social Republic"⁹ והחוקה הגרמנית קובעת כך (בתרגום לאנגלית): "The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state"¹⁰. הוראות דומות ניתן למצוא גם בחוקה האיטלקית, שם נאמר (בתרגום לאנגלית): "Italy is a democratic republic based on labor"¹¹, וכן במבוא לחוקה ההודית, המתאר את המדינה ההודית כ-"Sovereign socialist secular democratic republic"¹².

המשותף לכל הסעיפים שצוטטו לעיל הוא שהם מגדירים מאפיינים מהותיים של המדינה החורגים מהיותה "דמוקרטיה" בלבד: בצרפת – עקרון החילון; בגרמניה –

לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992, ס"ח 190; ס' 2 (ג) לחוק התרבות והאמנות, התשס"ג-2002, ס"ח 64; ס' 1 (ב) לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, ס"ח 58; ס' 2 (ב) לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, ס"ח 742. זה המקום לחדר ולהעיר כי קריאה דקדקנית של הוראות חוקי-היסוד והחוקים הנ"ל עשויה ליצור הבחנה בין מהות המדינה לבין ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

8 הכתיבה בנושא זה רבה עד-מאוד. ראו, לדוגמה, מקצת מבחר: אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 316–302 (2010) (להלן: ברק **מידתיות במשפט**); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 59–72 (מהדורה שנייה, 2010); חיים ה' כהן "ערכה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט – ספר היוכל** 9 (1993); אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" **עיוני משפט** יט 479 (1995); אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" **עיוני משפט** יט 547 (1995); רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" **עיוני משפט** יט 631 (1995); רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזכרון לאריאל רוזן-צבי** 213 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998); אסא כשר "מדינה יהודית ודמוקרטית – סקיצה פילוסופית" **רוח איש** 13 (הוצאת עם עובד ו"עמותת יהודים", תל-אביב, 2000); מרדכי קרמניצר "דמותה של מדינה ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" **דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית** 395 (אביעזר רביצקי וידידיה צ' שטרן עורכים, 2007); אהרן ברק "ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית" אהרן ברק **מבחר כתבים** כרך א 445 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); אמנון רובינשטיין "המקרה המוזר של הדמוקרטיה היהודית" **תכלת** 41 (2010). ראו גם: ISRAEL AS A JEWISH AND DEMOCRATIC STATE (Asher Maoz ed., 2011).

9 של בית-המשפט העליון (נכון לתאריך 11.3.2012).

10 The French Constitution of October 4, 1958, art. 1 (בתרגום לאנגלית).

11 Basic Law for the Federal Republic of Germany, 1949, c. II, § 20(1) (בתרגום לאנגלית).

12 Constitution of Italy, 1947, art. 1(1) (בתרגום לאנגלית).

13 ראו: Mahendra P. Singh, V.N. SHUKLA'S CONSTITUTION OF INDIA 1–4 (11th ed. 2008).

עקרון הרווחה הסוציאלית, באיטליה – העיקרון השם דגש בערך העבודה; ובהודו – העיקרון המבליט את ערכי החילוניות והאחוה הסוציאלית.

כתוצאה מצירופם של שני "הנתונים הקונסטיטוציוניים"¹³ שנזכרו לעיל, נראה כי ישראל נטשה את דרך "הערפול הקונסטרקטיבי" במשפטה החוקתית,¹⁴ ועברה לביטויים מפורשים יותר, אם כי אף הם אינם ברורים תמיד ואינם נקיים מקשיים.¹⁵

הנה כי כן, משנת 1992 ואילך ניתן לראות אפוא מבחינה חוקתית ב"צבא-הגנה-לישראל" את צבאה של המדינה, שהיא יהודית ודמוקרטית. זוהי ההוראה החוקתית מושא המאמר (להלן גם: סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא בגרסתו המורחבת; או הסעיף בגרסתו המורחבת).

מטרתם של הדברים שיובאו להלן היא לנסות לפרש את הגלום בקביעה זו, שאינה מובנת מאליה או פשוטה. יש הסוברים כי סעיפים דוגמת סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא הם בעלי תוכן "הצהרתי" בעיקרם (ואין בהם תוכן "נורמטיבי").¹⁶ לעומת זאת, הטענה המונחת בליבו של המאמר שונה, וגורסת כי אפשר לייחס לסעיף משמעות מהותית.¹⁷ לשיטתי, ניתן להצביע על ארבעה תחומים לפחות שסעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא עשוי להקרין עליהם כאשר קוראים אותו על רקע הקביעה החוקתית שמדינת-ישראל היא מדינה "יהודית ודמוקרטית". תחומים אלה ייסקרו בארבעת פרקי המאמר – כל פרק והתחום הנסקר בו, כמשתקף מכותרתו. נפרט עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

13 הביטוי "נתון קונסטיטוציוני" לקוח, כידוע, מפסק-דינו של הנשיא אגרונט בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 315, 386 (1964), ומאז הוא קנה לו שביתה במשפט החוקתי הישראלי.

14 גישה זו משתקפת בביטוי "צור ישראל" המופיע בהכרזת-העצמאות. ראו יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" משפט וממשל ו 551, 564–565 (2003); יורם שחר "הטיוטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" עיוני משפט כו 523, 526–530 (2002); פנחס שיפמן שפה אחת ודברים אחדים – עיונים במשפט, הלכה וחברה 20, 27–28 (2012).

15 אין אני נכנס ברשימה זו להערכתו של עצם המהלך שהוביל לפיזור הערפל, אשר ברור כי לצד יתרונותיו יש לו גם חסרונות.

16 ראו, לדוגמה, בנוגע לחוק-יסוד: הממשלה, בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי), פס' 17 לפסק-דינו של השופט לוי. לגישה דומה עיינו כהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 9, 13.

17 השוו מעוז, לעיל ה"ש 8, בעמ' 606; בן פורת, לעיל ה"ש 5, בעמ' 145–148. הנשיאה ביניש בעניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 16, פס' 63 לפסק-דינה, משאירה סוגיה זו בצריך עיון.

פרק א: המשמעות הכללית של סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא והנגזרות הנלמדות לגביו מן העובדה שישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית

סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא, שכותרתו "מהות", קובע כאמור כי "צבא-הגנה-לישראל הוא צבאה של המדינה". פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' אריאל בנדור, בחיבורם חוק-יסוד:

הצבא,¹⁸ מסיקים מהסעיף האמור כמה מסקנות:¹⁹

(א) הצבא הוא רשות של המדינה.²⁰

(ב) חוק-יסוד: הצבא, להבדיל מפקודת צבא-הגנה לישראל, התש"ח-1948, לא הקים את צה"ל. חוק-היסוד מתייחס לצה"ל כאל נתון קיים, וקובע כי הוא צבאה של המדינה.

(ג) אין בסעיף 1, ואף לא בסעיף אחר של חוק-יסוד: הצבא, קביעה של המטרות שהצבא מיועד למלא. עם זאת, שמו של הצבא – צבא הגנה לישראל – מבטא את התפיסה כי תפקידו של הצבא בתחום בטחון המדינה מוגבל להגנה.²¹

על-פי תפיסתי, אם קוראים את סעיף 1 לחוק-היסוד הנ"ל בכפיפות לקביעה שישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, יש מקום להרחבה של מטרות הצבא מעבר למודגש במסקנה (ג) שלעיל²² וכן להוספת תובנות משלימות. הנה כי כן, אם חוק-יסוד: הצבא כולו הוא בבחינת מעט המחזיק את המרובה, סעיף 1 שבו הוא בבחינת ריכוז המועט, שהרי על-דרך "קריאה חוקתית" נמצא בו את הגרעין לשאר הוראותיו של חוק-היסוד האמור. אפשר הדברים להלן.

ראשית לכל, מהסעיף בגרסתו המורחבת משתמע כי צה"ל הוא צבאה של המדינה (דהיינו, הוא עומד לרשות כל רשויותיה, על-מנת לשרת את ערכיה, וביניהם גם את

18 מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור חוק-יסוד: הצבא (פירוש לחוק-היסוד, יצחק זמיר עורך, 2000).

19 שם, בעמ' 37–38. עיינו גם: Asher Maoz, *War and Peace: An Israeli Perspective*, 14(2) CONSTITUTIONAL FORUM 35, 52–54 (2005).

20 בבג"ץ 7455/05 הפורום המשפטי למען ארץ ישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 905, 910–911 (2005) (להלן: עניין הפורום המשפטי), הוסיף הנשיא ברק לעניין זה כך: "צבא ההגנה לישראל הוא זרוע של מדינת ישראל. עד כמה שהוא פועל במשפט הפרטי הוא חלק מהאישיות המשפטית של המדינה. עד כמה שהוא פועל במשפט הציבורי הוא חלק מרשויות השלטון. הוא איבר מאיבריה של הרשות המבצעת. ככל רשות מינהלית, הוא כפוף לעקרונות החוקיות... בחייה של מדינת ישראל מילא הצבא תפקיד מרכזי. הוא הגן עליה עם הקמתה. הוא שומר עליה יום יום. הוא 'צבאה של המדינה' (סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא). מכאן יחס ההערכה והכבוד של העם לצבא. יחס זה מלווה, מטבע הדברים, בצורך לקיים פיקוח ובקרה על הצבא, שמא ינוצל הכוח לרעה."

21 גישה אחרת גורסת כי השם שנבחר לצה"ל מקורו ברצון להדגיש את תפקידו הבולט של ארגון "ההגנה" כבסיס להקמת צה"ל. ראו זהבה אוסטפלד **צבא נולד** 132 (1987); יאיר תירוש "המסגרת המשפטית לפעילות הצבא בישראל בראי המשפט המשווה" **משפט וצבא** 17, 289, 331 ה"ש 122, 341–342 ה"ש 157 (2004).

22 ראו פרק ב להלן.

מהותה כיהודית ודמוקרטית).²³ ככזה הוא מחויב לשמור על המדינה – כמדינה יהודית ודמוקרטית – מפני אויביה החיצוניים השונים, וזאת בשילוב עם חובתו להגן על כל אזרחי המדינה, תושביה והנתונים בשליטתה, ללא הבדל של לאום, גזע, דת, עדה ומין.²⁴ **שנית**, הסעיף בגרסתו המורחבת משמיע לנו את מחויבותו של צה"ל להיותה של ישראל **מדינה דמוקרטית** במובן המערבי הליברלי של מושג זה.²⁵ ממחויבות זו נלמדות חמש קביעות מתבקשות (שחלקן מצאו ביטוי מפורש בשאר הוראותיו של חוק-היסוד): (א) צה"ל כפוף לדרג האזרחי, כמוסדר ביתר פירוט בסעיפים 2 ו-3 לחוק-היסוד: הצבא.²⁶ (ב) לצה"ל יש חובות: לציית לעקרונות של שלטון החוק²⁷ (לרבות עקרון החוקיות, המגולם בסעיף 5 לחוק-היסוד: הצבא) ולשמור על זכויות הפרט של כל המשרתים בו והסרים למשמעתו (כלפי פנים)²⁸ ועל זכויות האדם בהתאם להוראות הדין וכללי המשפט הבין-לאומי, ככל שאלה מחייבים (כלפי חוץ).²⁹ (ג) הצבא אמור לפעול להגשמת עקרון השוויון בשירות, בכפוף להוראות החיקוקים המסדירים את חובת השירות והגיוס, מכוח סעיף 4 לחוק-היסוד: הצבא, והכל תוך התחשבות גם בצורכיהם של מועמדים לשירות ביטחון ושל חיילים יהודים דתיים, בשים לב לעובדת יהדותה של המדינה.³⁰ (ד) לצבא יש בלעדיות, דהיינו, אין להקים או לקיים כוח מזוין מחוץ לצבא הגנה לישראל אלא על-פי חוק (של הכנסת).³¹

- 23 השוו להוראות ס' 1 ו-2 לחוק-היסוד: מבקר המדינה, שם נאמר כי ביקורת המדינה תהיה נתונה בידי מבקר המדינה, ואחר כך פורטו רשויות המדינה וגופי מדינה שונים הכלולים במסגרת זו. דיוק בהבחנה זו עשוי לרמוז על השוני בין הגרסה המצומצמת לבין הגרסה המורחבת של סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא, כמוצע על-ידי.
- 24 השוו בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467 (1991) (להלן: עניין מורכוס).
- 25 עיינו אסא כשר **אתיקה צבאית** 31–43 (1996); אליקים רובינשטיין "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון" אליקים רובינשטיין **נתיבי ממשל ומשפט** 225, 229–228 (2003); שלמה אבינרי "אנחנו עם" **הארץ Online חדשות** 7.10.2011 1.1517435 www.haaretz.co.il/magazine/1.1517435.
- 26 ראו בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714, 732 (1997) (להלן: עניין עטייה). כן עיינו קרמניצר ובנדור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 13–14, 44–66; תירוש, לעיל ה"ש 21, בעמ' 289–294, 337–341.
- 27 השוו עניין עטייה, שם; בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם, 1.7.2009) (להלן: עניין אבו רחמה).
- 28 עיינו קרמניצר ובנדור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 41–43; אייל נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל" **משפט וצבא** 13, 79, 97–101 (1999).
- 29 ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלחעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה אגודה שיתופית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 810 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן אלמעלמון); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נ"ח(3) 433, 455–456 (2004). הרחבה נוספת ראו גם בפרק ד להלן.
- 30 עיינו לאחרונה בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (טרם פורסם, 21.2.2012) (להלן: בג"ץ תלמידי הישיבות).
- 31 ראו ס' 6 לחוק-היסוד: הצבא. הדיון בהוראה זו, על כל משמעויותיה, חורג ממסגרתו של מאמר זה.

(ה) צה"ל רשאי ליטול חלק בפעולות בין-לאומיות התורמות למדינה,³² במיוחד כאלה שיש בהן משום גילוי של אחווה וסיוע. עניין זה מודגם על-ידי משלחות צה"ל לטורקיה ולהאיטי, לאחר רעידות-האדמה שאירעו שם (באוגוסט 1999 ובינואר 2010, בהתאמה), וכן ליפן, בעקבות הצונמי שהתרחש במרס 2011 וגרם לדליפות רדיואקטיביות בכורים שהיו מוצבים בפוקושימה.

שלישית, הסעיף בגרסתו המורחבת מקרין – מן הנתון בדבר יהדותה של המדינה – על נגזרות נוספות:³³

(א) צה"ל צריך לרחוש דאגה לעם היהודי במדינות העולם, וזאת בשני היבטים³⁴ – (1) הגנה פיזית במקרים המתאימים. עיקרון זה בא לידי ביטוי, למשל, בעת קיום המבצעים להעלאת יהודי אתיופיה ארצה, שבהם נטל צה"ל חלק פעיל. סעיף התחולה האקסטרטריטוריאלית של חוק העונשין³⁵ – המחיל את דיני העונשין הישראליים על עבירות חוץ נגד "חיי יהודי, גופו, בריאותו, חירותו או רכושו, כאשר הוא יהודי, או רכוש מוסד יהודי, כאשר הוא כזה" – תואם תפיסה זו, ומעיד על הגישה הכללית של המחוקק ביחס להגנה על יהדות העולם.³⁶ (2) ראיית האינטרסים והצרכים של יהודי העולם (לא להעמידם בסיכוני-יתר). תפיסה כזו נדרשת – בצד שיקולים נוספים – בעת קבלת החלטות על-ידי הקברניטים בדבר ביצוע מהלכים צבאיים שונים, שהרי פיגועים בקהילות יהודיות ברחבי העולם נעשים לעיתים בתגובה על פעולות של מדינת-ישראל ושל צה"ל בפרט.

(ב) מחויבות להיסטוריה היהודית וללקחיה. אף פה בולטים שני היבטים בסיסיים – (1) **לקחי השואה**,³⁷ שהיא, כך נראה, אחד האירועים המכוננים את התודעה

32 השוו בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מ"ח(5) 647 (1995).

33 עינו אליקים רובינשטיין, לעיל ה"ש 25, בעמ' 229–230.

34 השוו: (2011) 49 JUSTICE 20 Mordechai Kremnitzer, *Israel as a Jewish State*.

35 ס' 13(ב)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

36 לביקורת על סעיף זה ראו יורם שחר "בגנות התחולה הנצינולית של דיני העונשין" פלילים ה 5 (1966). אולם ביקורת זו אין בה כדי לשלול הגנה פעילה של הצבא על העם היהודי במקרים המתאימים. בהקשר זה ראו את תגובתם של מנסחי תיקון 39 לחוק: ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "תגובה לחיבור בגנות התחולה הנצינולית של דיני העונשין" מפרי עטו של פרופסור יורם שחר פלילים ה 55 (1966), ובמיוחד את האמור שם, בעמ' 65:

"האירועים האנטי יהודיים החמורים ביותר... שנרצחו ונפצעו בהם יהודים ונפגעו מוסדות רבים כל כך ברחבי העולם רק משום היותם יהודיים – למשל, בצרפת, איטליה, בלגיה, אוסטריה, טורקיה, ארגנטינה... נדמה שהעם היהודי, שנרדף בצורה האכזרית ביותר במשך ההיסטוריה הארוכה שלו, אגר בנפשו רגש של סולידאריות, ללא הבדל זיקת האזרחות של כל יהודי בנפרד, שמחייב את ישראל, כמדינה יהודית, לפרוש את היריעה של דיני העונשין שלה על חבלות כאלו..."

37 ביטוי לגישה זו ניתן למצוא גם בפסק-הדין שניתן ברע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס" 8 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, 12.11.2006), שם נאמר כך: "תמצית לקחיה המרים של

הצה"לית. עם זאת, התובנות המופקות מן השואה ביחס לצה"ל באות לידי ביטוי בתפיסות שונות: יש הגורסים כי חובתו של צה"ל למנוע שואה שנייה,³⁸ ויש חוקרים הסבורים כי צבא הגנה לישראל נתפס לא רק כמגן מפניה, אלא אף כגואל דמם של נרצחי השואה.³⁹

(2) **תפיסה מוסרית**, שמכוחה אנו גוזרים כי מה שהיה קשה לעם ישראל בעבר ושנוא עליו – יש להשתדל להימנע מלעשותו לאחרים. אין זה רק לקח היסטורי, אלא חלק מהמוסר היהודי.⁴⁰

(ג) מעמדו המיוחד של הרב הראשי לצה"ל, למשל.⁴¹

רביעית, שבועת האמונים שבה מחויב כל אדם המשרת בצה"ל מכוח סעיף 3 לפקודת צבא-הגנה לישראל, הדורש ממנו להצהיר אמונים "למדינת ישראל, לחוקתה

השואה הפכו גם הם חלק מהמורשת הלאומית שכל יהודי בישראל הינו חלק ממנה: לא עוד שואה, אלא מדינה יהודית עצמאית; לא עוד שלטון דיקטטורה ושררה, אלא דמוקרטיה המושתתת על חוקיות מוסדות השלטון, המגנה על זכויות יסוד של האדם ואינה מתירה פגיעה בחיי אדם, שלמות גופו, וחירותו האישית; לא עוד פגיעה ברוח האדם, בכבודו האנושי, ובחופש הביטוי הנתון לו, ובזכותו להגנה על האוטונומיה האישית בחייו כפרט. על אמיתות אלה בחיים הלאומיים ובחיי האדם כפרט בנויים יסודות המשטר החוקתי בישראל. הן מקרינות ואוצלות על הנורמות החברתיות המשתקפות במשפט, ומוצאות את ביטויין בכל הוויות החיים של האדם והציבור בישראל."

38 לדוגמה: "מדוע יש לנו צבא?... על מנת שלעולם לא תהיה שואה בשנית!" מתוך תוכנית החינוך של גודר רשף **עדים במדים** 17.3.2004 www.aka.idf.il/edim/library/generalDoc.asp?DocID=25634.

39 "כוח המגן הישראלי פשט איפוא צורה ולבש צורה אחרת, של ערך העומד בפני עצמו, של גואל דם הנרצחים בשואה, של הופך סדרי היסטוריה ומתקן תיקון גדול של השבר הקוסמי. המשפט [משפט אייכמן – ח' מ' כונן את 'קדושת צה"ל' שנתפס עתה בתור המוציא לפועל של צוואתם האחרונה הקדושה של ששת המיליונים. "עדית זרטל **האומה והמוות** 159 (2002). זה המקום לציין כי צה"ל נוהג להשתתף ב"צעדת החיים" וכן בטקסי יום השואה הממלכתיים.

40 משפט זה נוסח ברוח דבריו של הלל הזקן: דעלך סני לחברך לא תעביד [מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך] – זו היא כל התורה כולה, ואידך – פירושה הוא, זיל גמור [והשאר פירושה הוא, לך ולמדך]. בבלי, שבת לא, ע"א. הד לגישה זו ניתן למצוא באיגרת הרמטכ"ל לציין יום המאבק באנטישמיות, 26.1.2005, www.aka.idf.il/edim/library/generalDoc.asp?DocID=33888, שם נאמר כך: "בניית החומה כנגד האנטישמיות עלולה בנקל להביא לגילויי שנאה כנגד אויבנו ואף לשנאת הזר בקרבנו. עלינו להילחם בתופעה זו, שמקומה לא יכירנה במדינת ישראל. היא נוגדת את אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה וסותרת את 'רוח צה"ל'. ראו גם פרק ד להלן.

41 ראו בג"ץ 3194/10 **צוריאנו נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 23.3.2011). עיינו גם ס' (7) לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980, ס"ח 90, הקובע כי הרב הצבאי הראשי וסגנו יהיו חברים באספה הבוחרת של הרב הראשי לישראל. הרב הצבאי הראשי יכול אף להיות חבר במועצת הרבנות הראשית מכוח הוראת ס' 4(א)(4) לחוק האמור. עם זאת, אין הרב הראשי לצה"ל בבחינת סמכות דתית עליונה בצה"ל לגבי לא-יהודים המשרתים בו או בנושאים של מוסר צבאי ככזה – עניין המסור בראש ובראשונה לאחריותם של המפקדים, בכפוף להנחיותיהם של גורמי הפרקליטות הצבאית ואנשי חיל החינוך.

ולשלטונותיה המוסמכים", ניתנת לפירוש כמכוננת למדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. דבר זה אפשר להסיקו מכוח הצירוף "מדינת ישראל" שבהוראה הנ"ל או מכוח התיבה "לחוקתה" המופיעה שם, בשים לב לכך שהאפיון האמור ביחס למדינה נכלל עתה בחוקי-היסוד הנ"ל.⁴² כאן המקום לציין כי עם השנים קובע בפקודות הצבא (בנספח לפ"מ 33.0915) נוסח שונה של שבועת האמונים⁴³ מזה הנדרש לכאורה על-פי פקודת צבא-הגנה לישראל.⁴⁴ סטייה זו מהנוסח הנובע מהפקודה עלולה לעורר קשיים,⁴⁵ אולם ייתכן שהעובדה שהטקסט מעוגן בפקודת מטכ"ל מרפאת את הפגם, ככל שיש כזה, לנוכח הוראות סעיף 5 לחוק-יסוד: הצבא וסעיפים 2 ו-3 לחוק השיפוט הצבאי.⁴⁶ אף האפשרות להצהיר, ולא להישבע, ניתנת להצדקה בהתבסס על הזכות לחופש דת או מכוח היקש מהחוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), תש"ם-1980.

העולה מן המקובץ עד הנה מלמד כי לאפיונה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית יש השלכות נרחבות לגבי צה"ל הן "כלפי חוץ" (מדינות אויב וגורמים עוינים, מדינות אחרות בקהילה הבין-לאומית, העם היהודי בתפוצות, האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים הנתונים בשליטת צה"ל, וכן רשויות המדינה האחרות, לרבות הדרג האזרחי המופקד על צה"ל) והן "כלפי פנים" (החיילים בצה"ל וכן האזרחים אשר עובדים בו וסורים למשמעתו). זאת ועוד, אפיון זה "מחבר" את צה"ל אל תולדות העם היהודי בעבר, מרחיב את ייעודיו של צה"ל בהווה (הגנת העם היושב בציון, השתתפות במטלות לאומיות, דאגה לעם היהודי בתפוצות וסיוע הומניטרי לאומות אחרות) ואף נושא פנים לעתיד (הרתעה וביצור של מעמדה הבטחוני והמדיני של ישראל).

42 יש לציין כי השבעתם של חיילי חטיבת הצנחנים ושל חיילים נוספים נערכת ברחבת הכותל המערבי. לגישה אחרת למשמעותה של הצהרת האמונים עיינו יגאל מרזל "על הצהרת האמונים של השופט", תת-פרקים 2ג–3ג (צפוי להתפרסם בספר אור, 2012).

43 עיינו כשר אתיקה צבאית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 62; חוות-דעת של מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי מתאריך 19.3.1978 – "שבועת האמונים ושילוב צווי הדת היהודית בחוקים ובצווים המחייבים את הצבא".

44 על-פי נוסח זה, המפקד המשביע קורא את הנוסח הבא: "במעמד זה הנכם נשבעים אמונים לצבא ההגנה לישראל וזו השבועה: 'הנני נשבע [או נשבעת] / מצהיר/ (ה) ומתחייב/ (ת) בהן צדקי לשמור אמונים למדינת ישראל, לחוקיה [ולא לחוקתה – ח' מ'] ולשלטונותיה המוסמכים, לקבל עלי ללא תנאי וללא סייג עול משמעתו של צבא הגנה לישראל, לציית לכל הפקודות וההוראות הניתנות על ידי המפקדים המוסמכים, להקדיש את כל חיי ואף להקריבם למען הגנת המולדת וחירות ישראל.'"

להיבטים שונים של שבועה זו מבחינת המשפט העברי עיינו הרב בניו ברנר "שבועת אמונים לצה"ל" צהר יא 17 (2002); הרב משה טרגין "שבועה על המצווה", ניתן לעיון ב-
www.etzion.org.il/vbm/archive/metho63/28shvout.rtf

45 השו"ב בג"ץ 400/87 כהנא נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מא(2) 729 (1987).

46 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171 (להלן: חוק השיפוט הצבאי). ראו קרמניצר ובנדור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 74–79; זכריה כספי "הערות לעניין מעמדן של פקודות הצבא כדינים" עיוני משפט ה 374, 383–384 (1977).

על רקע פרופוזיציות כלליות אלה נוכל לדון עתה בהשלכות נוספות של האפיון הנ"ל ובהקרנותיו הפרטניות. מטעמים שונים ייעשו הדברים בקיצור המתחייב מן המסגרת שבה הדברים רואים אור, תוך הסתפקות בהצגת העקרונות הרלוונטיים והבאת דוגמות ספורות בלבד בכל נושא.

פרק ב: נפקותה של הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא (בגרסתו המורחבת) ברובד של מטרות הצבא וסמכויותו

בפרק הקודם ראינו כי לאפיונה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית יש השלכות נרחבות וכלליות לגבי צה"ל. בפרק זה אבקש להדגים מהן הנגזרות של אפיון המדינה כיהודית ודמוקרטית על מטרות הצבא וסמכויותיו, כפי שהן משתקפות במאגר החקיקה הישראלי.

ליבון הנושא ייערך בפרק זה על-דרך תיאור המצב המצוי, סקירת הביקורת שנמתחה עליו בספרות המשפטית (והתשובות שניתנו לכך), ולבסוף הצגת תובנותיי שלי לגבי המכלול. נפרט אפוא עתה את הדברים על-פי סדרם.

1. המצב הנורמטיבי הנתון

ההוראה החוקתית היחידה המתייחסת לנושא זה נמצאת, כאמור, בסעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא,⁴⁷ שממנו מסיק פרופ' יצחק זמיר כי אין מקום להבחין בין זכויות לבין סמכויות, ומכאן שסמכויות הצבא שייכות כביכול למדינה, כשם שזכויות יכולות להיות מוקנות לה.⁴⁸

ברובד החקיקה התת-חוקתית קיימות שתי הוראות רלוונטיות:

(א) סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, אשר קובע כי "הממשלה הזמנית רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מורשים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה ולשם השגת יעדיה הבטחוניים-לאומיים".⁴⁹ הסיפא המודגש הוסף לסעיף 18 המקורי לפקודה בשנת 1995,⁵⁰

47 לסקירה מקיפה של תולדות חקיקתו של חוק-יסוד: הצבא, ועל מה שקדם לו, ראו תירוש, לעיל ה"ש 21, בעמ' 330-335. לשיטתו של תירוש, ההסדר הלקוני שנקבע עם הקמת המדינה אפשר לראש הממשלה ושר הביטחון דאז, דוד בן-גוריון, לקיים שליטה רחבה על מנגנוני הביטחון, כמעט ללא הגבלות סטטוטוריות.

48 ראו זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 403-404.

49 פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1, 9 (ההדגשה הוספה). ראו גם ס' 1 לפקודת צבא-הגנה לישראל, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א 9: "מוקם בזה צבא-הגנה לישראל מורכב מחילות יבשה, מחילים ומחיל-אוויר."

50 ראו חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 7 והוראת שעה) (שירות במשטרה ושירות מוכר), התשנ"ה-

בעקבות ספקות שהתעוררו באשר ללגיטימיות של הפעלת צה"ל למטרות החורגות מהמטלה של הגנה על בטחון המדינה.⁵¹
 (ב) בצד התיקון שלעיל הוסף גם סעיף 26א לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חש"ב). בסעיף זה נקבע כי קיימת אפשרות להסדרת "שירות מוכר" ("מחוץ לסד"כ") באחד מאלה (ההדגשות הוספו):

"(1) שירות ביחידות צבאיות במסגרת משרד הבטחון ויחידות סמך של משרד הבטחון ומשרד ראש הממשלה, שתכלית פעילותן היא בטחון המדינה ותושביה;

(2) שירות ביחידות צבאיות במסגרת משרד ממשלתי או במסגרת הארגונית של גוף ציבורי ובפיקוח משרד ממשלתי, שתכליתו להשיג יעד בטחוני-לאומי באחד התחומים הבאים: עליה וקליטה, חינוך, בריאות, הגנת העורף או פעולות התנדבות למען חיילי צה"ל, והכל אם שוכנע שר הבטחון, בשים לב לנסיבות הענין באותה העת, ובהתייעצות, לפי הענין, עם השר לקליטת העליה, שר החינוך, התרבות והספורט או שר הבריאות וכן עם שר המשפטים, כי אם לא תיעשה הפעילות בידי יוצא-צבא בשירות סדיר לא יושג היעד כנדרש."

סעיף זה תוקן כאמור במסגרת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 7 והוראת שעה) (שירות במשטרה ושירות מוכר), התשנ"ה-1995 (להלן: התיקון לחש"ב).⁵² בדברי ההסבר שנכללו בהצעת החוק לתיקון האמור⁵³ ניתן למצוא התייחסות ישירה לנושא שבו אנו עוסקים פה, וכך נאמר שם:

"בפועל, מאז ראשית ימי המדינה הוטלו על צה"ל, בצד יעדו העיקרי – הגנת המדינה – גם שליחויות בטחוניות לאומיות נוספות; יוצאי צבא משרתים את שירותם הסדיר הן במסגרת מערכת הבטחון וזרועותיה הלא צבאיות והן בשליחויות ובפעולות אחרות התורמות להשגתם של יעדים בטחוניים לאומיים אחרים, כגון: חינוך, עליה וקליטה ועוד.

1995, ס"ח 440; וכן תיקון טעות דפוס בחוק שירות ביטחון (תיקון מס' 7 והוראת שעה) (שירות במשטרה ושירות מוכר), התשנ"ה-1995, ס"ח 498.

51 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב 986 (מהדורה שישית, 2005); אליקים רובינשטיין, לעיל ה"ש 25, בעמ' 245-248.

52 סעיף זה מלמד רק בעקיפין על המטרות שצה"ל רשאי לעסוק בהן, שהרי מדובר בשירות ביחידות צבאיות במסגרות שהן "מחוץ לסד"כ". לאפשרויות הגלומות בסעיף זה ראו גם את פסק-דיני בבג"ץ תלמידי הישיבות, לעיל ה"ש 30, פס' 15.

53 הצעת חוק שירות ביטחון, התשנ"ה-1994, ה"ח 167.

התעורר ספק באשר לאפשרות להציב יוצאי צבא לביצוע משימות כאמור שהן מחוץ למסגרת הארגונית – סדר הכוחות – של צה"ל. החוק המוצע מטרתו ליצור בסיס משפטי לשירות יוצאי צבא בשירות סדיר מחוץ לסדר הכוחות..."

הרמה הנורמטיבית השלישית שבה ניתן למצוא התייחסות למטרות הצבא היא ההסדרה הפנים-צבאית של הסוגיה. במסמך "ייעוד צה"ל" נכתב כדלקמן: "מטרת צה"ל היא להגן על קיומה של מדינת ישראל ועל עצמאותה, ולסכל מאמצי אויב לשבש את אורח החיים התקין בה." מסמך זה ולצידו המסמך "רוח צה"ל" הם מסמכים שמדברים, בין היתר, על מטרות הצבא וכללי אתיקה, אך אין להם מעמד משפטי מחייב.⁵⁴ הנה כי כן, עיון במסמכים אלה מלמד כי דווקא מבחינה פנים-צבאית אין בהם התייחסות למטרות שאינן בטחוניות באופן מובהק.

2. הביקורת על המצב הנורמטיבי הנתון

לשיטתם של קרמניצר ובנדור, המצב המצוי אינו ראוי. עמדתם מבוססת על כמה נדבכים.

בראש ובראשונה, לשיטתם, לא היה מקום לפרש את סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט – בנוסחו הקודם – בצורה מרחיבה. הם מוסיפים בהקשר זה כי "העובדה שבעבר לא הועלו טענות כנגד 'שימוש חורג' בצה"ל ניתנת להסבר, מצד אחד, בקיומם של צרכים לאומיים חשובים שלא היה ניתן לספק ללא היוזקות לצבא, ומצד שני, בהיעדר מודעות חזקה לדרישת החוקיות."⁵⁵ מעבר לכך, הם סבורים כי אף אילו היה תוקף להוראות חוק שירות ביטחון שקדמו לחוק-יסוד: הצבא בדבר שירות שאינו לצורך הגנת המדינה, אפשר עדיין להטיל ספק בחוקתיותו של התיקון לחש"ב, ועל כל פנים ספק אם הוא ראוי. הם מנמקים את מסקנתם זו בשמונה טעמים שונים,⁵⁶ שנביאם כאן בקצרה בלבד:

ראשית, ספק, לשיטתם, אם הוראות אלה מתיישבות עם חוק-יסוד: הצבא עצמו, כאשר שם הצבא המעוגן בו מרמז כאמור על צמצום תפקידיו.

שנית, התפקיד המובהק של צבא הוא שמירה על בטחון המדינה במובן הצר, ואפשר

54 המסמך "ייעוד צה"ל" בצד המסמך "רוח צה"ל" נגישים באתר דובר צה"ל – dover.idf.il/IDF/About/Purpose/Code_Of_Ethics.htm. לדיון בתוקפו של מסמך "רוח צה"ל" ובהשלכותיו ראו ע/123/02 (ערעורים צה"ל) ישי נ' התובע הצבאי הראשי, דינים-צבאי 1495 (16)04 (2004); ע/74/09 (ערעורים צה"ל) תמיר נ' התובע הצבאי הראשי, דינים-צבאי 1087 (141)09 (2009) (להלן: עניין תמיר). להבחנות לגבי תוקפם של מסמכים צבאיים שונים, לרבות הוראות ופקודות כלליות בצבא, ראו ס' 2 א-3 (א) לחוק השיפוט הצבאי.

55 קרמניצר ובנדור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 38.

56 ראו שם, בעמ' 41-42.

להניח כי אילו הייתה כוונה להטיל עליו תפקידים נוספים, הדבר היה זוכה בביטוי מפורש ומפורט בחוק היסוד עצמו.

שלישית, הצבא מתאפיין במשמעת חמורה וקפדנית, הנחוצה לו בשל אופיו המיוחד כגוף ערוך למלחמה, אשר הנמנים עם שורותיו נתבעים למשימות שיש בהן סיכון ממשי לשלמות גופם ואף לחייהם. ייחודו של הצבא אף הוכר בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו הוקדש סעיף מיוחד – סעיף 9 – לפגיעה בזכויות של המשרתים בכוחות הביטחון, וביניהם חיילי צה"ל. בסעיף זה נקבע, בין היתר, כי הגבלת הזכויות או התניה עליהן יהיו "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות". אכן, המשמעת הצבאית עשויה לתבוע ויתורים משמעותיים בתחום החוקיות, דוגמת הטלת חובה לציית לפקודות בלתי-חוקיות, ובלבד שהן אינן בלתי-חוקיות "בעליל", והכשרת מעשים שנעשו על-פי פקודות כאלה. לויתורים אלה אין מקום בתחומים שאינם קשורים להגנת המדינה במובנה הבסיסי.

רביעית, המשמעת הצבאית כרוכה גם בהטלת הגבלות ניכרות על חירות הפעולה של המשרתים בצבא, לרבות הגבלות לגבי חופש הביטוי, חופש ההתארגנות, חופש ההפגנה, חופש הפעילות הפוליטית ועוד. בעוד הגבלות אלה ניתנות להצדקה כאשר הן נדרשות למטרה של הגנת המדינה מפני אויביה, ספק כבד מתעורר בהצדקתן למטרות אחרות.

חמישית, הסדרי "השירות המוכר" שיצר החוק המתקן אינם פנים-צה"ליים, אלא כרוכים בשילובם של חיילים במסגרות ארגוניות אזרחיות. מצב זה הוא בעייתי, ועלול ליצור פער בין הסמכות לבין האחריות.

שישית, ההגדרה הרחבה והעמומה של סוגי "השירות המוכר" נותנת לשלטון כוח רחב ובלתי-מוגדר להטיל על הצבא משימות אזרחיות מובהקות. שימוש גורף בכוח זה עלול להפוך את המשטר בישראל למשטר צבאי, ואת המדינה למדינת קסרקטין, ולפגוע באופייה הדמוקרטי.

שביעית, ההסדרים שנקבעו בחוק המתקן לוקים בכך שהם תורמים לטשטוש המשמעות הצרה של בטחון המדינה.

שמינית, לסייג שנקבע בסעיף 26א(א)(2) לחוק – שעל-פיו לא יופנה חייל ל"שירות מוכר" אלא אם כן "שוכנע שר הבטחון... כי אם לא תיעשה הפעילות בידי יוצא-צבא בשירות סדיר לא יושג היעד כנדרש" – אין ערך או משמעות רבים, שכן כל אימת שלא יוקצו תקציבים לביצוע פעילות מסוימת על-ידי אזרחים, יוכל שר הביטחון להשתכנע כביכול כי לשם השגת היעד הנדרש יש צורך בעשיית הפעילות על-ידי חיילים. לעומת זאת, אין מקרים רבים – הגם שלעיתים עשויים להתקיים כאלה – שבהם חרף הקצאת תקציב הולם לביצוע פעילות אזרחית על-ידי אזרחים, לא יושג היעד אלא אם כן יגויסו למשימה חיילים דווקא.

העולה מן המקובץ מצביע על כך שהעמדה שהמלומדים הנ"ל מעלים (בדרגות שונות של הסתייגות) מבוססת בעיקרה על העובדה שברמה החוקתית אי-אפשר, לדעתם, למצוא הצדקה לפעילות צבאית שחורגת מהאינטרסים הבטחוניים הצרים, וזאת על-אף הנסיונות להסדיר את הסוגיה ברמה התת-חוקתית. כלומר, הלקונה החוקתית מהווה, לשיטתם, נקודת מוצא מרכזית לביקורת על ההסדרה התת-חוקתית של המצב.

עו"ד אייל נון, במאמר שפרסם, הגדיל לבקר וקבע כי לדידו "ניתן לומר בפה מלא את שקרמניצר ובנדור, בזהירותם, רק מרמזים עליו: התיקון לחוק שירות ביטחון, אשר שילב בו את קסדר השירות המוכר, הוא בלתי חוקתי בפגועו בזכויותיהם של המשרתים שירות סדיר במידה העולה על הנדרש"⁵⁷.

כנגד גישה זו, השופט אליקים רובינשטיין במאמרו מצדיק את תיקוני החקיקה האמורים, וקובע כי הם עומדים בתנאייה של פסקת ההגבלה.⁵⁸ הנשיא ברק, בעניין **הפורום המשפטי**, מבטא למעשה דעה דומה, אם כי מסויגת במעט.⁵⁹ לתפיסתו, הדיבור "יעדיה הבטחוניים-לאומיים" (של המדינה), שהוסף לנוסח המקורי של סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, "מחייב, כמובן, פירוש. הוא עשוי לעורר שאלות לא פשוטות באשר להיקף פריסתו". עם זאת, הוא סבר כי הקושיות הללו אינן צריכות להתעורר במקרה שנידון לפניו באותה פרשה, שכן נראָה לו כי גם יישום ההתנתקות (נושא שעמד שם על הפרק) היה בחזקת יעד בטחוני-לאומי. לפיכך הוא פסק כי לאור הוראת סעיף 18 לפקודה (בנוסחה המורחבת) היו חיילי צה"ל מורשים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם השגת היעדים הבטחוניים-הלאומיים של תוכנית ההתנתקות (לרבות מניעת כניסה לא כדן של אנשים שביקשו לבלום את יישום התוכנית או לשבשה).

3. עמדתני בנושא

עמדתי בסוגיה הנידונה דומה לזו שהציגו הנשיא ברק והשופט רובינשטיין, אולם נראה לי כי התבונה שעליה הצבעתי בפרק א של המאמר יש בה כדי לתרום לדיון שנוכח לעיל, בצורה הבאה: **המרחב החוקתי אינו ריק לחלוטין**, כפי שקרמניצר, בנדור ונון סבורים. אמנם, סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא מטפל בנושא בצורה לקונית מאוד, אך אם אנו קוראים אותו בגרסה המורחבת, בצירוף התוספת "מדינה יהודית ודמוקרטית", התמונה משתנה. היות צה"ל צבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית משליך גם על **היקף התכליות שצה"ל** רשאי לקדם, ומאפשר, בנסיבות מסוימות, אף את גיוסם של משאבים במסגרת הצבאית לצורך קידום תת-מטרות שיש להן "גוון יהודי ודמוקרטי" (ברמת הפשטה גבוהה). בכך יש כדי להכשיר, מבחינה חוקתית, תחומים מסוימים של מטרות שאינן צבאיות באופן מובהק, כגון אלה המנויות בסעיף 26 לחוק שירות ביטחון. הנה כי כן, באמצעות קריאה זו אנו משיגים בתיקון לחש"ב האמור את ההלימה לערכיה של מדינת-ישראל וכן את הייעוד לתכלית ראויה.⁶⁰

57 אייל נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל: הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא" **משפט וצבא** 16, 161, 166 (2002). ביקורת דומה מעלה גם תירוש, לעיל ה"ש 21, בעמ' 344.

58 אליקים רובינשטיין, לעיל ה"ש 25, בעמ' 246–248.

59 עניין **הפורום המשפטי**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 913.

60 באשר לדרישת המידתיות ראו פרק ג להלן. זה המקום לציין כי בראשית שנות החמישים נעשה שימוש לא-ראוי בצה"ל על-מנת לשים קץ ל"שביתת הימאים", וזאת על-ידי גיוס מנהיגיהם למילואים. ראו נמרוד אשל **שביתת הימאים** 144–150 (1994).

דברים אלה יוצרים – בהיבט "היהודי" שלהם – מסגרת מושגית שמאפשרת להבין, לדוגמה, את פעילותה של לשכת הקשר "נתיב" (להלן: "נתיב") ואפילו את עיסוקו של צה"ל בתחום הגיור. עתה אפרט:

(א) "נתיב" מופקדת על קיום פעילות בקרב יהודים במדינות חבר-העמים ובגרמניה, ומטרתה עידוד עלייה וחיזוק זיקתן של אוכלוסיות אלה ליהדות ולישראל.⁶¹ בכל זמן נתון משרתים ב"נתיב" כעשרים חיילים – חלקם הגדול בעלי נתוני קצונה – אשר היו יכולים להשתלב במקומות אחרים בצבא ולתרום לתכליות בטחוניות מובהקות יותר.⁶² מבחינה משפטית, הצבת חיילים בשירות-חובה ב"נתיב" מוסדרת בצווים שמוציא שר הביטחון על-דרך הוראות-שעה.⁶³ עם זאת, זוהי דוגמה טובה להתנהלות אשר אף אם אינה צבאית מובהקת, יש לה שורשים חוקתיים ב"אופייה היהודי" של מדינת-ישראל. הנה כי כן, פעילותה של "נתיב" יכולה להיות מוסברת, מבחינה משפטית, בשתי דרכים משלימות:

האחת עניינה ברמה החוקתית. פעילותה של "נתיב" יכולה להלוך את פועלו של צה"ל כצבאה של "מדינה יהודית ודמוקרטית", בתרומתה לחיזוק העלייה ובעשייתה להבטחת המשכיותו של הרוב היהודי במדינת-ישראל.

האחרת מעוגנת ברובד החוקי התת-חוקתי. פעילותה של "נתיב" תואמת את תכלית ה"עלייה" שבסעיף 26 לחוק שירות ביטחון, ואף ניתן לראות בה יעד בטחוני-לאומי בהתאם לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. הצווים שהוצאו מעגנים אפוא קביעות אלה ומספקים להן הסדרה משפטית הולמת מבחינת המשפט הישראלי.

(ב) מערך הגיור הצה"לי⁶⁴ הוא נושא מורכב מעט יותר, ומצריך דברי רקע אחדים: צה"ל מפעיל כידוע מסלול גיור "פנים-צבאי" במסגרת המשך לקורס "נתיב", שהוא קורס

61 ראו מבקר המדינה דוח שנתי 60 לשנת 2009 138 (להלן: דוח המבקר). סקירה מקיפה של פעילות "נתיב" ניתן למצוא גם בפרוטוקול ישיבה מס' 226 של ועדת העלייה, הקליטה והתפוצות, הכנסת ה-17 (23.7.2008).

62 דוח המבקר, שם. מעבר לכך, משורה של טעמים נראה כי פעולותיה של "נתיב" מתאימות יותר למשרד החוץ, לסוכנות היהודית או למשרד הקליטה.

63 הצו האחרון הוא צו שירות ביטחון (שירות מוכר להשגת יעדים ביטחוניים-לאומיים) (הוראת שעה), התשע"א-2011, ק"ת 1106. לצו זה קדמו צווים אחרים משנים קודמות. ראו, לדוגמה, צו שירות ביטחון (קביעת שירות מוכר לפי סעיף 26 לחוק), התשס"ב-2001, ק"ת 6130; צו שירות ביטחון (שירות מוכר להשגת יעדים ביטחוניים-לאומיים), התשס"ד-2004, ק"ת 266; צו שירות ביטחון (שירות מוכר להשגת יעדים ביטחוניים-לאומיים), התשס"ה-2005, ק"ת 652; צו שירות ביטחון (שירות מוכר להשגת יעדים ביטחוניים-לאומיים), התשס"ו-2006, ק"ת 1000; צו שירות ביטחון (שירות מוכר להשגת יעדים ביטחוניים-לאומיים) (הוראת שעה), התשס"ז-2007, ק"ת 1128; צו שירות ביטחון (שירות מוכר להשגת יעדים ביטחוניים-לאומיים) (הוראת שעה), התש"ע-2009, ק"ת 6824.

64 מערך הגיור הצה"לי מוסדר על-ידי כמה החלטות ממשלה. ראו החלטה 3613 של הממשלה ה-27 "הקמת המכון ללימודי יהדות" (7.4.1998); החלטה 1705 של הממשלה ה-28 "הקמת מערך הגיור במשרד ראש הממשלה" (8.6.2000); החלטה 761 של הממשלה ה-30 "מינוי ראש מערך הגיור

לחיזוק הזהות הציונית של חיילים עולים (יש להבדיל בין קורס "נתיב" הצה"ל לבין פעילותה של לשכת הקשר "נתיב", שבה דנתי לעיל). משנת 2001 ועד לשנת 2010 סיימו את תוכנית הגיוור הצה"לית והתגיירו במסגרתה כ-4,500 חיילים, כלומר, כ-450 חיילים לשנה במוצע.⁶⁵ על הדרך שבה צה"ל תופס את חשיבותו של מערך הגיוור הצה"ל ניתן ללמוד מדבריו הבאים של קצין חינוך ונוער ראשי:

"מטרת צה"ל היא להגן על קיומה של מדינת ישראל, על עצמאותה ועל בטחון אזרחיה ותושביה (מתוך רוח צה"ל). צה"ל ייטיב את משימותיו אם יהיו חייליו חדורים בתחושה איתנה של זהות לאומית. בקורס 'נתיב' מתחזקת תחושת השייכות של העולים למדינת ישראל, לארץ ישראל, לצה"ל, ליהדות ולעם היהודי. צה"ל מעניק הזדמנות יוצאת דופן לחייל העולה לעבור תהליך גיוור במסגרת קורס נתיב."⁶⁶

עם זאת, ניתן עדיין לתמוה – מהי ההצדקה המשפטית לפעילותו של קורס "נתיב" ושל מערך הגיוור הצה"ל במסגרת צה"ל? ברור שבמקרה זה החיילים עצמם (הן המדריכים של הקורסים השונים והן המשתתפים בהם) אינם יוצאים מן המסגרת הצה"לית (שלא כמו בלשכת הקשר "נתיב"). לפיכך סעיף 26 לחוק שירות ביטחון אינו שייך לעניין במקרה זה, ולכן רק הוראות סטטוטוריות אחרות עשויות להיות רלוונטיות. אם כן, הדרא קושיא לדוכתא: האם הכללת מסגרות כאלה בצה"ל מגשימה את המטרה של "הגנת המדינה" או את "השגת יעדיה הבטחוניים-לאומיים", כלשון סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, והאם הם תואמים את ההגבלות החוקתיות?

נראה לי שהן ברמה החוקתית והן ברקמה התת-חוקתית ניתן להשליך מהביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" גם בנושא זה, בפרט לגבי חיילים אשר זכאים לזכויות עולה מכוח חוק השבות, התש"י-1950, אך אינם מוכרים כיהודים על-פי ההלכה, ומבקשים לעבור הליך של גיוור.⁶⁷

בישראל" (1.9.2003); החלטה 900 של הממשלה ה-30 "פיתוח מבני דת בשכונות קיימות" (8.10.2003); והחלטה 2221 של הממשלה ה-30 "מערך הגיוור בישראל" (11.7.2004). לדיון כללי בנושא ראו רפי אוסטרופ "אומר לצפון תני": עליית יהודי בריה"מ ובעיות הגיוור – סיכום כמעט 20 שנה אחרי" צה"ל 61 (2007).

65 כך עולה מנתונים שנמסרו עליידי ראש מחלקת חינוך בחיל החינוך, אל"מ מרסל אסולין. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 109 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, הכנסת ה-18 (13.9.2010).

66 הדברים מצוטטים באתר האינטרס של המכון ללימודי יהדות – גוף אשר הוקם בהחלטת ממשלה ומפעיל בפועל את תוכנית "נתיב" הצה"לית לגיוור. ניתן למצוא את הדברים בכתובת /מסלולי-הלימוד/ www.nativhagiur.org.il.

67 לדעה שונה באשר לפעילותו של צה"ל בתחום הגיוור ראו מאמרו של פרופ' אסא כשר "דת וממלכתיות בצבא של מדינה יהודית ודמוקרטית" (צפוי להתפרסם בדת וצה"ל, ראובן גל עורך,

שתי הדוגמות הנ"ל (שיש רבות נוספות כמותן) מאפשרות הצצה ליכולת ההצדקה המשפטית שמספק המודל שהותווה לעיל, והן פתיח ראוי לדיון שנקיים בפרק הבא.

פרק ג: משמעותה של הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא (בגרסתו המורחבת) לעניין גריעת זכויות האדם של המשרתים בצה"ל

לסעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא בגרסתו המורחבת עשויה להיות השפעה מהותית גם על ניתוח זכויותיהם של המשרתים בצה"ל. על-מנת לבחון סוגיה זו, עלינו להקדים ולהציג את פסקת ההגבלה הרגילה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) ואת זו המיוחדת לגבי כוחות הביטחון (סעיף 9 לחוק-היסוד הנ"ל), להצביע על ההבדלים ביניהן, תוך זיקה למשפט המשווה, ואחר כך לנסות לגזור את המסקנות המתבקשות לענייננו. זה יהיה מהלכו של הפרק הנוכחי.⁶⁸

1. פסקת ההגבלה הכללית ופסקת ההגבלה הבטחונית

סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כידוע, שורה ידועה ומוכרת של הגבלות לגבי פגיעה בזכויות המוכרות על-פי חוק-היסוד האמור (או בזכויות הנגזרות מהן), והוא מנוסח כהאי לישנא:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

עם השנים נדרש בית-המשפט העליון לפרשנותו של סעיף זה, ואגב כך יצק תכנים

הקיבוץ המאוחד, 2012). גישה אחרת מסבירה את מעורבותו של צה"ל בתחום זה בדאגה של הצבא לתחום הפרט. המצדדים בתפיסה זו מדגישים כי צה"ל מסייע לחייליו בשורה ארוכה של תחומים בתקופת השירות (כגון תשלומי משפחה לחיילים שזקוקים וזכאים לכך, סיוע בהשלמת לימודים ובגרות, ועוד). לשיטתם, העזרה בגיור דומה, שכן היא מקילה את השתלבותם של החיילים הללו בחברה הישראלית (היהודית).

68 זה המקום לציין כי בחלקים נכבדים מתחום זה, ובהשלכותיהם לגבי פעילויות החיילים בצה"ל, נעשתה בשעתו (בפברואר 1976) – **עוד בטרם נחקקו חוקי-היסוד** העוסקים בזכויות האדם – עבודה חלוצית מאלפת על-ידי סגן יצחק מירון ממפקדת הפרקליט הצבאי הראשי. עבודה זו התפרסמה בחוברת שנקראה **חופש הדת והמצפון בצה"ל** (להלן: **מירון חופש הדת בצה"ל**), ובמשך שנים הייתה בבחינת מצע לדיון לכל מי שדנו בסוגיות אלה בצה"ל, אף שהאמור בסקירה לא שיקף בהכרח את עמדתה של מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי.

להוראתה של פסקת ההגבלה האמורה. הסעיף הוחל כסטנדרט גמיש בכל קשת הסוגיות החוקתיות שהובאו לפתחו של בית-המשפט.⁶⁹ בהמשך אף נמצא שימוש למבחניה של פסקת ההגבלה בסיטואציות שונות מתוך המשפט הפרטי, הפילי והמנהלי.⁷⁰ כך נהפכה פסקת ההגבלה לאחד הכלים המשמעותיים ביותר של המשפטן בתחום זכויות האדם.⁷¹ מבחניה של פסקת ההגבלה אף "בלעו" בחלקם את המבחנים שהיו נהוגים בתחומים אלה עובר לחקיקתם של חוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם, והטמיעו אותם במסגרת שלבים שונים של הבחינה החוקתית (כך, לדוגמה, יש מי שסבור כי ניתן לעגן כיום את המבחנים שנקטו בפרשת "קול העם" המפורסמת⁷² במסגרת מבחני המידתיות).⁷³ עם זאת, עיון מעמיק נוסף בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מלמד כי פסקת ההגבלה האמורה אינה חלה על זכויותיהם של חיילים, שוטרים ומי שמשרתים בארגוני הביטחון האחרים של המדינה ככאלה (חלק זה במאמר יתמקד, מטבע הדברים, במשרתים בצה"ל בלבד). אומנם, נקודת המוצא החוקתית זהה, בין שמדובר באזרחים ובין שמדובר בחיילים, שהרי סעיף 2 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם", ובסעיף 5 נאמר כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" (ההדגשות הוספו).⁷⁴ אכן, הנשיא ברק התבטא בנושא זה כך: "המדדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות. זכויות האדם הן גם זכויות החייל כאדם."⁷⁵

- 69 למעשה, ספרו של ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 8, עוסק רובו ככולו במכלול זה.
- 70 ראו, לדוגמה, בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412, 435–436 (1994); בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289 (1997); ע"א AES System Inc 6601/96. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים 147 (2005); דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך ב 281 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
- 71 ראו אהרן ברק "החוקה הכלכלית של מדינת ישראל" משפט וממשל ד 357, 371 (1998) (פסקת ההגבלה היא "נקודת האחיזה שעליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה"). ראו גם ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 335 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 210–211; אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 270 ואילך (2004).
- 72 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953).
- 73 לתיאור מקיף של תופעה זו ראו ראם שגב (בהנחיית מרדכי קרמניצר) **שקלול ערכים ואיזון אינטרסים** 131–145 (2008). כן ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 38, 100, 643–650; דוד רונן **דיני צנזורה – תקשורת, חופש ביטוי ובטחון המדינה** 355–363 (2011). עיינו גם בג"ץ 6226/01 **אינדור נ' ראש עיריית ירושלים**, פ"ד נ"ז(2) 157 (2003); עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 16; דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 11.7.2011).
- 74 גם לזכויות נוספות המנויות בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ובחוקי-יסוד: חופש העיסוק) ולנגזרותיהן יש רלוונטיות לענייננו, אולם לא מצאתי לנכון לפרטן פה.
- 75 בש"פ 3513/95 **שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר**, פ"ד נא(2) 686, 688–689 (1997) (להלן עניין שרגאי). גישה דומה, שלפיה המשרתים בכוחות הביטחון הם למעשה "אזרחים על

אולם אף שגם חיילים נהנים מלכתחילה מזכויות אדם בהיקף זהה לאלה של אזרחים רגילים, זכויותיהם כחיילים, כזכויותיהם של אזרחים, אינן מוחלטות, אלא מוגבלות, כך שנדרש לאזן בינן לבין אינטרסים מנוגדים על-ידי פסקת הגבלה מתאימה. כאן מצוי השוני המרכזי בין חיילים לבין אזרחים רגילים במדינת-ישראל. בעוד אזרחים נהנים מהגנתה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (שאותה אכנה להלן גם "פסקת ההגבלה הכללית"), האיזון בין זכויות האדם של חיילים לבין האינטרסים המוגנים שלהם נעשית במסגרת פסקת הגבלה אחרת, הקבועה בסעיף 9 לחוק-היסוד האמור (ואשר אותה אכנה "פסקת ההגבלה הבטחונית"). פסקת ההגבלה הבטחונית מנוסחת כדלקמן:

"סייג לגבי כוחות 9. אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים
בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי
הסוהר ובארגוני הביטחון האחריים של המדינה, ואין
מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה
על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות."

עיון בהוראה הנ"ל מלמד כי היה כאן רצון ליצור הסדר נורמטיבי אחר בכל הנוגע במשרתים בכוחות הביטחון (וביניהם המשרתים בצה"ל), ועל כך מעידה גם כותרתו של סעיף 9 הנ"ל: "סייג לגבי כוחות הביטחון". על-מנת לחשוף את ההבדלים בין שתי פסקות ההגבלה, אדרש כעת בתמציתיות לבחינה מבנית של פסקת ההגבלה הבטחונית ולאופן שבו היא שונה מזו הכללית. בית-המשפט העליון בחן בפירוט את סוגיית הפער שבין פסקות ההגבלה פעם אחת – בעניין צמח.⁷⁶ לאחר-מכן נידונה פסקת ההגבלה הבטחונית עוד מספר מצומצם של פעמים לא בהרחבה.⁷⁷

מדים", ניתן למצוא גם במשפט הבין-לאומי, במשפט האמריקאי ובמשפט הגרמני. ראו, לדוגמה, בבית-המשפט האירופי לזכויות אדם: Engel v. Netherlands, [1976] ECHR 3 (להלן: עניין Engel); ובבית-המשפט העליון האמריקאי: Chappell v. Wallace, 462 U.S. 296 (1983). במשפט הגרמני הדבר נלמד מפירושו של ס' 17a ל-Grundgesetz. עיינו: Maunz, Dürig, Kommentar zum Grundgesetz 2011, § 17a GG, Rn. 8, Epping, Hillgruber, Schmidt-Radefeldt, Beckshner, Online Kommentar zum GG 2011, Art. 17a GG Rn. 4f.

76 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג"ד (5) 241 (1999) (להלן: עניין צמח).

77 קיים דיון קצר בנושא זה גם בבג"ץ 5000/95 ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מט"ד (5) 64 (1995), שם נאמר כך: "סעיף זה [ס' 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ח' מ' מתיר פגיעה בזכויות היסוד של חייל מעבר לפגיעה המותרת בזכויות היסוד של מי שאינו חייל, וזאת בשל המהות המיוחדת של השירות הצבאי. אולם, גם סעיף זה אינו מתיר פגיעה בזכויות היסוד של חייל, אלא במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות." עיינו עוד שי ניב "הטלת חובה על חיילים להיבדק בבדיקות לגילוי שימוש או החזקה בסמים מסוכנים" משפט וצבא 9, 135, 139–141 (1988). לאחרונה נגעתי גם אני בסוגיה בפסק-דיני בבג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גימלאות (טרם פורסם, 12.1.2011) (להלן: עניין שליטנר) ובפסק-דיני בבג"ץ תלמידי הישיבות, לעיל ה"ש 30.

בפסק-הדין בעניין צמח שואל השופט זמיר את השאלה שבה גם אני מבקש לטפל כאן – "מה נשתנתה פסקת ההגבלה הבטחונית, שבסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מפסקת ההגבלה הכללית שבסעיף 8 לחוק-יסוד זה?"⁷⁸ אבקש לענות על שאלה זו בצורה כללית, תוך התעכבות על הדגשים אחדים שנתן לה השופט זמיר ועריכת השוואה בין דעתו – הגורסת כי ככלל פסקת ההגבלה הבטחונית אינה יוצרת מבחנים שונים מאלה הרגילים בנוגע לפגיעה בזכויותיהם של המשרתים בכוחות הביטחון⁷⁹ – לבין דעתי, הגורסת מעט אחרת. בהמשך אגע במאפיין אחד שמתקשר לתמה הכללית של המאמר – היחס בין פסקת ההגבלה הבטחונית לבין ההוראה שבסעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא בגרסתו המורחבת, המניחה כי צבא הגנה לישראל הוא צבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית. אולם לפני שאנו מגיעים לניתוח זה, ראוי לבחון הסדרים דומים במשפט המשווה.

2. פסקות ההגבלה בראי המשפט המשווה

לפני שנצלול למרכיביה של פסקת ההגבלה הספציפית המצויה בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חשוב למפות את מיקומה וחשיבותה של זו, כמודל חלופי לפסקת ההגבלה הרגילה, בנוף החוקתי הכללי. משטרים משפטיים אחרים נוספים בחרו "להצמיד" לזכויות שונות "פסקות הגבלה" שונות, ובכך ליצור לכל אחת מן הזכויות הללו הסדר שונה, המאפשר את הגבלתה בצורה שמביאה בחשבון את חשיבותה היחסית במצרף המשפטי-הנורמטיבי שבתוכו השיטה המשפטית הנתונה פועלת.⁸⁰ זהו הסדר "ספציפי" במובן זה שפסקת ההגבלה הייחודית "נתפרת" על-מנת לשקף את היקף ההגנה הניתנת לזכות פלונית בשיטת משפט נתונה. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יוצר הסדר "ספציפי" במובן אחר – במקום הצמדה של ההגבלה לזכות, שהיא מושאה של פסקת ההגבלה, סעיפים 8 ו-9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מגבילים את היקף ההגנה על זכויות בהתאם לאדם מושא הזכויות. תת-פרק זה יוקדש אפוא לתיאור תמציתי של שלוש שיטות משפט אחרות שגם בהן קיימת הגבלה דומה: החוקה הגרמנית, החוקה ההודית והסכם ה-OSCE (הנטוע במישור המשפט האירופי). בשלב זה יוגבל הדיון להצגת פסקות ההגבלה המקבילות, ובהמשך, כאשר תיבחן לעומק פסקת

78 עניין צמח, לעיל ה"ש 76, בעמ' 263.

79 עניין צמח, לעיל ה"ש 76, בעמ' 264.

80 זה המקרה, לדוגמה, בשיטות המשפט הגרמנית והקנדית, וכן באמנה האירופית בדבר זכויות אדם, אשר גם בהן נוהגות פסקות הגבלה במתכונת הדומה לזו הקיימת אצלנו. ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 482 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית). מעניין שההצעה הראשונה ליצירת מגילת זכויות אדם במדינת-ישראל (פרי-עטו של פרופ' קלינגהופר) כללה הסדר נורמטיבי דומה. ראו יצחק ה' קלינגהופר "מגילת זכויות האדם – הקיפאון בחקיקה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, לעיל ה"ש 70, 137, בעמ' 146. בארצות-הברית, מאידך גיסא, ההסדרים שונים, כידוע, ולא נרחיב את הדיבור בהם כאן.

ההגבלה הבטחונית הישראלית, יוצגו לצידה גם ההסדרים הרלוונטיים משיטות המשפט הזרות. נבאר כעת את הדברים על-פי סדרם:
(א) גרמניה – סעיף 17a(1) לחוקה הגרמנית קובע כך (בתרגום לאנגלית):

"Laws respecting military and alternative service may provide that the basic right of members of the Armed Forces and of alternative service who are free to express and disseminate their opinions in speech, writing, and pictures (first clause of paragraph (1) of Article 5), the basic right of assembly (Article 8), and the right of petition (Article 17) insofar as it permits the submission of requests or complaints jointly with others, be restricted during their period of military or alternative service."⁸¹

מלשון הסעיף עולה כי ההגבלה אינה תלויה, בצורה ישירה, בצרכים המבצעיים של השירות בכוחות הביטחון. במובן זה אין מדובר ב"פסקת הגבלה" ספציפית, אלא רק בסעיף חוקתי המעגן את ההכרה בכך שיש צורך להתייחס בצורה מיוחדת לזכויותיהם של המשרתים בכוחות הביטחון (או בשירות החלופי). הוראה זו מיועדת גם לאפשר לצבא ולשירות החלופי – על מגוון מאפייניהם יוצאי-הדופן בחברה דמוקרטית – להתנהל בצורה מסודרת ותקינה, על-אף יכולתם לפגוע בזכויות האדם של משרתיו. סעיף זה מיתוסף על דרישת הפרופורציונליות שקיימת ממילא בחוקה הגרמנית, ואינו מחליף אותה.⁸²

(ב) הודו – סעיף 33 לחוקה ההודית מורה כדלקמן:

"Parliament may, by law, determine to what extent any of the rights conferred by this Part shall, in their application to, –

- (a) the members of the Armed Forces; or
- (b) the members of the Forces charged with the maintenance of public order; or
- (c) persons employed in any bureau or other organisation established by the State for purposes of intelligence or counter intelligence; or
- (d) persons employed in, or in connection with, the telecommunication systems set up for the purposes of any Force, bureau or organisation referred to in clauses (a) to (c),

be restricted or abrogated so as to ensure the proper discharge of their duties and the maintenance of discipline among them."

81 ראו: Michael Brenner, *Artikel 17a, in GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND: KOMMENTAR 1669, 1670* (Hans D. Jarass & Bodo Pieroth, 2006).

82 שם, בעמ' 1675.

ההסדר המצוי בסעיף זה מפורט ודומה במאפייניו להסדר המצוי בסעיף 9 לחוק-סוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן נידרש לפרשנותו בהמשך הדברים, בצמוד לשאלות שידונו שם. עם זאת, כבר בשלב זה ניתן לציין כי המכונן ההודי הסתמך על הוראה חוקתית זו כאשר הסמיך את הממשלה להגביל את זכותם של המשרתים בכוחות הביטחון לחופש ההתאגדות והאספה ולחופש הביטוי, במסגרת ה-Army Act, 1950 וה-Air Force Act, 1950 ההודיים, וכי סמכותו של הפרלמנט להשתמש בסעיף 33 הנ"ל נחשבת רחבה מאוד, כך שהגוף המחוקק אינו נדרש לתאר במפורש באיזו זכות בדיוק הוא פוגע בחקיקה שלו.⁸³

(ג) ארגון ה-OSCE – Organization for Security and Co-operation in Europe (ובקיצור: OSCE) הוא ארגון ההגנה האזורי הגדול בעולם, באשר חברות בו 56 מדינות מאירופה, מאסיה ומיבשת אמריקה (ישראל אינה חברה בארגון).⁸⁴ סעיף 32 ל-Code of Conduct on Politico-Military Aspects of Security – אמנה פרי יצירתו של ה-OSCE – קובע כדלקמן:

"Each participating State will ensure that military, paramilitary and security forces personnel will be able to enjoy and exercise their human rights and fundamental freedoms as reflected in CSCE [=Conference on Security and Co-operation in Europe] documents and international law, in conformity with relevant constitutional and legal provisions and with the requirements of service."

אמנה זו מהווה את המסמך הבין-לאומי החשוב ביותר בהקשר הנידון על-ידינו. לענייננו חשוב במיוחד הסיפא של הסעיף, אשר קובע כי זכויותיו של המשרת בכוחות הביטחון כפופות להתאמה ל"דרישות השירות" (requirements of service). במסמך הפרשני שהוציא ארגון ה-OSCE ביחס להוראה האמורה⁸⁵ מצוינים ארבעה אינטרסים החוסים תחת מגבלת "דרישות השירות": אופי המשמעת הצבאית, המבנה המדרגי הצבאי, הצורך לציית לפקודות וההגנה על המורל הצבאי.⁸⁶ בשים לב לכך, החליט בית המשפט האירופי לזכויות אדם כי לנוכח אופי השירות הצבאי והמשמעת הצבאית הנדרשת בו, היה אפשר לעצור למשך שנה (!) שני חיילים שהפיצו מנשר שבו הביעו את דעתם השלילית על התנהלותו של הצבא הצרפתי, וכי הדבר לא פגע

83 Singh, לעיל ה"ש 12, בעמ' 337.

84 להרחבה על הארגון ראו: THE OSCE IN THE MAINTENANCE OF PEACE AND SECURITY (Michael Bothe, Natalino Ronzitti & Allan Rosas eds., 1997).

85 ראו את אימוץ המסמך על-ידי האיחוד האירופי: Statement by the European Union at the 36th Joint Meeting of the Forum for Security Co-Operation and the Permanent Council (2008), available at www.osce.org/fsc/34766.

86 ראו: Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel 23, available at www.osce.org/odhr/31393.

בצורה לא-מידתית בזכותם של החיילים לחופש הביטוי.⁸⁷ החלטה דומה ניתנה גם ביחס לחיילים גרמנים שמתחו ביקורת בתחנת טלוויזיה על התנהלותו של הצבא הגרמני.⁸⁸

זאת ועוד אחרת, באירופה נפסק גם כי האופי ההיררכי של השירות הצבאי משמעותו, לעיתים, התחשבות יתרה בבעלי דרגה גבוהה יותר, אף שבחברה האזרחית התנהלות דומה הייתה מסווגת כהפליה אסורה.⁸⁹ עוד אציין כי במישור המשפט הבינ-לאומי, אמנות אחדות מאפשרות גריעה מחופש ההתאגדות בהקשרים של כוחות הביטחון.⁹⁰

3. ההבדלים בין פסקת ההגבלה הכללית לבין פסקת ההגבלה הבטחונית

לאחר שנבחנו הסדרים מקבילים מחוץ לישראל, ניתן לחזור ולבדוק את פסקות ההגבלה שלנו. השוני הלשוני שבין שתי פסקות ההגבלה יהווה את נקודת המוצא הטבעית להבחנה ביניהן. נוסף על כך ננסה לעמוד גם על ההבדל המבני הקיים ועל השוני המהותי ה"מסתתר" מאחורי הלשון. נפרק אפוא כעת את פסקות ההגבלה הרלוונטיות לגורמיהן, ונבדוק את ההבדלים ביניהן בכמה קטגוריות.

(א) מהן זכויותיהם של המשרתים בכוחות הביטחון? בטרם דנים בנושא של הגבלת זכויות החיילים יש לבחון את היקפה של קבוצת הזכויות האמורה. חיילים נהנים משתי קבוצות מרכזיות של זכויות:

(1) לחיילים שמורות זכויות האדם המוענקות לכל אזרח באשר הוא אזרח (כאמור, "המדדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות. זכויות האדם הן גם זכויות החייל כאדם").⁹¹

(2) חיילים יכולים לעיתים ליהנות מזכויות יתרה, אשר ניתנות להם מתוקף שירותם (וזהו נקודה שאינה מובנת מאליה). כך, לדוגמה, כל חיילי צה"ל זכאים לטיפול רפואי⁹² ונפשי⁹³ מקיף. בדרך זו זכותם לבריאות מקבלת מענה משולב, אשר כולל, לצד ההכרה בזכות ה"אזרח" לבריאות (ככל שהמערכת המשפטית מכירה

87 Le Cour Grandmaison and Fritz v. France, (1987) 53 DR 150. השוו אצלנו לעניין צמח, לעיל ה"ש 76, ולהקפדה על זכויות החיילים בהקשר של מעצר שם.

88 E.S. v. Germany, (1995) 84 DR 58.

89 ראו עניין Engel, לעיל ה"ש 75, פס' 72. עם זאת, לעיתים קצין בדרגה גבוהה יסבול דווקא מהפליה רעה כתוצאה מדרגתו. ראו: Larissis v. Greece, (1998) 27 EHRR 329.

90 ראו: European Covenant on Human Rights, art. 11.2; International Covenant on Civil and Political Rights, art. 22. CCSU v. UK, (1987) 50 DR 228. השוו: Political Rights, art. 22.

91 דברי הנשיא ברק בעניין שרגאי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 688-689.

92 ראו, בין היתר, פ"מ 33.1211 "טיפול רפואי בחייל"; פ"מ 38.0101 "פצועים בזמן קרבות – איסוף וזיהוי".

93 ראו פ"מ 33.0219 "טיפול בחייל הנמצא במצוקה נפשית".

בזכות זו), גם הכרה בזכותם של החיילים לקבל טיפול רפואי ביחידתם. הטעם לכך כפול: מחד גיסא, החיילים, מעצם שירותם, חשופים יותר לפגיעה בבריאותם, ומאידך גיסא, לצבא יש אינטרס מיוחד בכשירותם ובבריאותם. בדומה לכך, חיילים ואנשי קבע מסוימים זכאים לעיתים אף להטבות שונות אשר כרוכות בשירותם או נובעות ממנו – הטבות שאינן ניתנות לאחרים (דוגמה טובה לכך היא הגמלה המשתלמת לאיש הקבע בסיום שירותו בתנאים הקבועים לכך בחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה-1985; דוגמה אחרת היא ההעדפה הניתנת לנכי צה"ל, מכוח חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 (נוסח משולב), בהשוואה לנכים אחרים). הרציונל העומד מאחורי גישה זו גורס כי זכויות-היתר של החיילים "נקנות", בין היתר, בויתור המתחייב מהיותם במסגרת צבאית כופה.

פסקת ההגבלה הבטחונית מקיפה את שתי קבוצות הזכויות שנוכרו לעיל, ככל שהן נכללות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁴ מכאן שאת האמור בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – שלפיו אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בכוחות הביטחון ואין מתנים עליהן "אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש וממהותו ומאופיו של השירות" – יש לקרוא לדעת, במקרים המתאימים, כמאפשר, למשל, גם איון או מיתון של ההגבלה או ההתניה, ככל שאלה אינן נובעות ממהותו ומאופיו של השירות בצבא.⁹⁵ בכך מושגת הגנה על "זכות-היתר" של המשרת ככזה. עם זאת, יש לציין כי לעיתים חלק מן הזכויות המגיעות למשרתים בכוחות הביטחון או מכוחו של שירות זה אינן בהכרח בעלות מעמד "חוקתי", ולכן אין להן נגיעה בענייננו. דוגמה אפשרית אחת לכך היא הזכות ליהנות מפטור ממכרו בתנאים מסוימים בהקצאת קרקעות לאזרחים ששירותו בעבר בכוחות הביטחון.⁹⁶

(ב) **מושא פסקת ההגבלה** – בעוד פסקת ההגבלה הכללית עוסקת בעיקרון בכל זכות המוקנית לפי החוק לכל אדם, כלומר, במכלול זכויות האדם שחוק-היסוד מעניק לכל אדם באשר הוא אדם (למעט זכות הכניסה לישראל, המוגבלת לאזרחים ישראלים בלבד), פסקת ההגבלה הבטחונית עוסקת רק בזכויותיהם "של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של המדינה". מכאן שפסקת ההגבלה הבטחונית היא ספציפית, ויש לראותה כדין המחייב בנוגע למשרתים בכוחות הביטחון בלבד. בנושא זה לא עסק השופט זמיר בעניין צמח כלל, מכיוון שבתיק שלפניו לא היה ספק כי מדובר בחייל צה"ל בשירות-חובה.

94 ראו עניין שליטנר, לעיל ה"ש 77.

95 שם, פס' 16–29 לפסק-דיני.

96 ראו בג"ץ 11088/05 הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, 19.8.2010) (להלן: בג"ץ הייב).

עיינו גם בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 7.6.2012).

איני מתכוון לדון כאן בנושא זה בהרחבה; אציין רק, בשולי הדברים, כי ההחלטה לגבי מי תחול פסקת ההגבלה הבטחונית אינה מובנת מאליה, ועלולה ליצור שאלה פרשנית סבוכה.⁹⁷ לדוגמה, לאחרונה נדרש בית-המשפט העליון לשאלת האיזון בין זכויותיה של קבוצה מסוימת של נכי צה"ל לשוויון לבין האינטרס הכלכלי שהיה למדינה במקרה זה.⁹⁸ האם את האיזון הנ"ל יש לערוך לפי מבחניה של פסקת ההגבלה הכללית או לפי אלה של פסקת ההגבלה הבטחונית? האם נכי צה"ל נחשבים לצורך זה – או ראוי שייחשבו לצורך זה – כמי שהביטוי "המשרתים בצבא-הגנה לישראל" חל עליהם? אשאר שאלות אלה בצריך עיון בשלב זה.

נוסף על כך אעיר כי ראוי לתת את הדעת לכך שהתיבות "ארגוני הביטחון האחרים של המדינה" מעידות גם הן על רשימה פתוחה, שיש צורך בפירושה.⁹⁹ לדוגמה, ניתן להעלות את השאלה הבאה: האם יש להידרש, לצורך הגדרת המונח, לחוק הפיקוח על יצוא ביטחוני, התשס"ז-2007, המורה כי "שירות ביטחוני" כולל "שירות בנוגע לציוד ביטחוני לרבות בנוגע לתכנונו, לפיתוחו, לייצורו, להרכבתו, לבחינתו, לשיפורו, לשינויו, לתיקונו, לאחזקתו, להפעלתו ולאריזתו, וכן הדרכה בנוגע לציוד כאמור וכן שירות בנוגע לידע ביטחוני, לרבות הדרכה, אימון או ייעוץ בנוגע אליו"¹⁰⁰? לחלופין, שמא יש להידרש לשם כך לחוק התאגידים הביטחוניים (הגנה על אינטרסים ביטחוניים), התשס"ו-2006, הקובע רשימה שונה של אמות-מידה להגדרת האינטרסים הביטחוניים הרלוונטיים?¹⁰¹ אפשרות נוספת היא להסתמך, למשל, על רשימת הארגונים המנויים בפקודת המשטרה לעניין המונח "גוף הצלה",¹⁰² הכוללת גם את ארגון מגן דוד אדום ורשות הכבאות.

בגרמניה מקובל לחשוב כי סעיף 17a לחוקה הגרמנית הנ"ל אינו חל על אזרחים שנמצאים בשירות הצבא ובארגונים שמספקים שירותים בעלי אופי "אזרחי" לצבא, אלא על חיילים בלבד.¹⁰³ שאלה דומה התעוררה גם בהודו, בנוגע להפעלתו של סעיף 33 לחוקה ההודית, שהוזכר לעיל. הארגון שעמד במרכז של העתירה לבית-המשפט העליון ההודי היה אחראי למתן שירותי הנדסה אזרחיים לכוחות הביטחון (GREF – General Reserve Engineering Force). בית-המשפט העליון ההודי קבע (בניגוד לעמדה הרווחת בגרמניה, כאמור) כי הארגון הנ"ל אכן נכנס בגדר המונח "כוחות הביטחון" (Members of the Armed Forces) שבסעיף 33 לחוקה ההודית,

97 עיינו גם אליקים רובינשטיין, לעיל ה"ש 25, בעמ' 234–239; עניין שליטנר, לעיל ה"ש 77, פס' 16 (א) לפסק-דין; חוות-דעתי ברע"א 8138/07 פאר נ' קצין התגמולים, משרד הביטחון (טרם פורסם, 21.6.2011) (להלן: עניין פאר).

98 עע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן (טרם פורסם, 6.10.2009).

99 עיינו אליקים רובינשטיין, לעיל ה"ש 25, בעמ' 235–237.

100 ס' 15(א)(3) לחוק הפיקוח על יצוא ביטחוני, התשס"ז-2007, ס"ח 398.

101 ס' 2 לחוק התאגידים הביטחוניים (הגנה על אינטרסים ביטחוניים), התשס"ו-2006, ס"ח 174.

102 ס' 90א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, נ"ח 390.

103 ראו Brenner, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1763.

בצינו מבחן מהותי שעניינו בחינת **מידת ההשתלבות** של הארגון במכלול הבטחוני של המדינה. וכך נאמר שם:

"The question whether the members of GREF can be said to be members of the Armed Forces for the purpose of attracting the applicability of Art. 33 must depend essentially on the character of GREF, its organisational set up, its functions, the role it is called upon to play in relation to the Armed Forces and the depth and intimacy of its connection and the extent of its integration with the Armed Forces. The history, composition, administration, organisation and role of GREF clearly show that GREF is an integral part of the Armed Forces..."¹⁰⁴

מתכונת זו מתיישבת, לדעתי, עם ניסיון לפרש גם את סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בצורה תכליתית, בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים בשיטת המשפט שלנו. התניית הכניסה למבחני סעיף 9 בעמידה במבחנים "צרים" של השתייכות לכוחות הביטחון תסכל באופן חלקי את האינטרס להעניק למשרתים בכוחות הביטחון את ההגנה המיוחדת שהוקנתה להם בגדרי הסעיף. אכן, כדברי פרופ' ברק, "טקסט חוקתי צריך להתפרש מתוך מבט רחב ומתוך 'נדיבות' (generosity). הגישה אליו אינה צריכה להיות טכנית, 'לגליסטית' או 'פדנטית'".¹⁰⁵ עם זאת, יש לציין כי לשונו של סעיף 9 הנ"ל מספקת רמז חשוב נוסף לגבי הארגונים שעליהם יחול הסעיף. מלבד רשימת הארגונים המנויה בסעיף, יש לתת את הדעת לתיבה "המשרתים" שהסעיף משתמש בה. מכאן אני מסיק כי לא יהיה זה בגדר האפשר להכיר בארגון פלוני כחוסה תחת סעיף 9, אלא אם כן חבריו מקיימים יסוד פעיל ונמשך של "שירות" בכוחות הביטחון. המבחן, אם כן, הוא כפול: ראשית, יש לבדוק אם הארגון שהפרט משתייך אליו הוא חלק מ"ארגוני הביטחון האחרים של המדינה" (כמובן, אם אין מדובר באחד הארגונים הנזכרים בסעיף במפורש בשמם).

שנית, אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית, יש לבחון אם אותו פרט משתייך אל אותו חלק בארגון אשר מקיים קשר פעיל ונמשך עם מערכת הביטחון, כך שיהיה אפשר לייחס לו "שירות" בו. לשאלת המידה שבה המונח "שירות" משפיע על

104 R. Viswan v. Union of India, 1983 SCR (3) 60, 1983 SCC (3) 401 (להלן: עניין *Viswan*).
105 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 80, בעמ' 83. ראו גם ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 306 (1985); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 618 (1986); בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 209 (1998); בג"ץ 6962/03 חברת מדיה מוסט בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולידורי לוויין, פ"ד נט(3) 14, 27 (2004); ולאחרונה את דבריי בבג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 6(א) (טרם פורסם, 9.6.2009).

פרשנותה של פסקת ההגבלה הבטחונית נדרשתי לאחורונה במסגרת עניין שליטנר, שבו הבעתי את דעתי בנושא כדלקמן:

"אף שהעותרים הינם משוחררים מצה"ל, הגימלה האמורה להיות משולמת להם קשורה בקשר סיבתי ישיר לתקופת שירותם. יהיה זה בלתי ראוי אפוא להתעלם מנתון יסודי זה בעת ההכרעה, שכן הגבלת הזכויות, נשוא העתירה, חלה על העותרים בהיותם **משרתים בצה"ל**"...¹⁰⁶

(ג) **סיווג גריעת הזכות** – פסקת ההגבלה הכללית מגינה מפני כל "פגיעה" בזכות. לעומתה, פסקת ההגבלה הבטחונית משתרעת על כל "הגבלה" או "התניה" בזכות האדם המוגנת. כאן יש להזכיר כי מדובר בסעיפי חוק ששייכים לאותו חוק-יסוד, שנחקקו באותו זמן, ואשר עומדים זה לצד זה (אומנם, בשנת 1994 תוקנה פסקת ההגבלה הכללית, אך השינוי לא נגע במינוח זה). מדוע בחר המחוקק במילים שונות לתיאור גריעת הזכות? האם ניתן לדמיין מקרה שבו "מתנים" על זכות אך אין פוגעים בה? גם לשאלה זו לא נדרש השופט זמיר בעניין **צמח**, אולם אני מוצא לנכון לגעת בה פה בקצרה.

בספרו **מידתיות במשפט** מביע פרופ' אהרן ברק את עמדתו כי אין הבדל בין הביטוי "פגיעה" (שבחוק-היסוד הישראלי) לבין הביטוי "הגבלה" (שניתן למוצאו, לדוגמה, בצ'רטר זכויות האדם הקנדי). לשיטתו של פרופ' ברק, "הגבלת הזכות החוקתית משמעותה פגיעה בה".¹⁰⁷ שיטתי שונה במקצת,¹⁰⁸ וזאת מכמה נימוקים: **ראשית**, יש מקום ליתן משמעות להבדלים בניסוח הביטויים, ככל שאלה כלולים **באותו חוק-יסוד**.

שנית, הדיבור "אין מגבילים... ואין מתנים" (שבסעיף 9 לחוק-היסוד) הוא רחב יותר לכאורה מהדיבור "אין פוגעים" (שבסעיף 8 לחוק-היסוד), במיוחד בשים לב לכך שהסטנדרט שנקבע בסעיף 9 הוא **חלופי**, ולא **מצטבר**.

שלישית, מבחינה סמנטית, המונחים "התניה" ו"הגבלה" הם "ניטרליים" יותר מהמונח "פגיעה". המונחים "התניה" ו"הגבלה" מתארים יחסים **לוגיים** בין הוראה וזכות, ואילו המונח "פגיעה" נושא בחובו גם **מטען ערכי**. אם תרצו, אמיתותה של הטענה כי "הוראה X מתנה על זכות Y או מגבילה אותה" נלמדת **מתוך הגדרתם של המונחים עצמם**, בעוד היחסים המתוארים במונח "פגיעה" הם בעלי רובד **נורמטיבי**, **נוסף על זה הלוגי**. הנה כי כן, הטענה כי "הוראה X פוגעת בזכות Y" אינה קשורה רק להגדרתם של המונחים המרכיבים אותה, אלא היא "מוטענת", נוסף על כך,

106 עניין שליטנר, לעיל ה"ש 77, פס' 16 (א) (ההדרגות במקור).

107 ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 135–137.

108 אף ד"ר אביגדור קלגסבלד, במאמרו "סתירה לחוקי יסוד" **הפרקליט** מה 293 (2006), מביע דעה כי יש לייחס משמעויות שונות למונחי הסתירה הנבדלים הנזכרים בחוקי-היסוד, ומדגיש בהקשר זה במיוחד את ההבחנה בין סתירה מסוג שינוי לבין סתירה מסוג פגיעה.

בתוכן תרבותי-נורמטיבי. במילים אחרות, המילים "התניה" או "הגבלה" מייצגות יחסים פשוטים יחסית בינן לבין הזכות, ואילו המילה "פגיעה" נושאת על גבה תוכן נוסף – ערכי.

לבסוף, לשיטתי, מתן פרשנות רחבה יותר לסעיף 9 ישרת את תכליתו של הסעיף בצורה טובה יותר: השירות הצבאי כרוך, מניה וביה, בהיחשפות למצבים שבהם זכויות אדם נמנעות בהיקף נרחב יותר מכפי שהחיים האזרחיים הרגילים מחייבים. ארגוני הביטחון הם ארגונים מדרגיים, המתאפיינים במשמעת קשוחה, וכתוצאה מכך רבים מן המשרתים בהם אינם מסוגלים למחות על פגיעה בהם או אף להבין, בינם לבין עצמם, שהם נחשפו לפגיעה כלשהי בהם שנעשתה לא כדין. קסדר נורמטיבי ראוי יהיה אפוא כזה שיאמץ, כנקודת מוצא, פרשנות הכוללת פגיעות רבות יותר תחת האכסניה של סעיף 9. ודוק: אין הכוונה שהגבלות והתניות רבות יתבטלו בהכרח כתוצאה מהפעלתו של סעיף 9, שכן ברוב המקרים מדובר בהתניות או בהגבלות שקשורות ל"מהותו ואופיו של השירות", אשר ראוי להתחשב בהן. הכוונה היא רק לפתיחת פתח רחב יותר לבחינה חוקתית אפשרית של הפגיעות. אסביר ואנמק עוד את הדברים להלן.

כבר בעניין **בנק המזרחי**¹⁰⁹ קבע בית-המשפט כי קיים הבדל בין "פגיעה" בזכות לבין "שינוי" שלה, והבהיר כי הוא רואה ב"שינוי" הנורמה החוקתית פעולה חריפה יותר.¹¹⁰ אך נוסף על כך, וכאן הנקודה הרלוונטית לענייננו, בית-המשפט יצר דוקטרינה הקובעת כי פסקת ההגבלה לא תופעל במקרים של שלילת הזכות שאינה עולה כדי "פגיעה". לדוגמה, בעניין **בנק המזרחי** קבע השופט זמיר:

"האם חוק-היסוד מעניק הגנה מפני כל חוק חדש שיש עמו פגיעה, לרבות פגיעה עקיפה, בערך הרכוש או בהכנסה כספית?... אם כל פגיעה בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקנין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקנין רבים מני ספור; בית המשפט עלול לשקוע ראשו ורובו בבדיקת החוקיות של כל חוק כזה, שמא, בין היתר, הוא פוגע בקנין מעבר למידה הדרושה; והמחוקק יתקשה למלא את תפקידו כראוי. ככל שיורחב ההיקף של הקנין כזכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת."¹¹¹

ברוח דומה התבטא גם פרופ' ברק בספרו **פרשנות חוקתית**:

"...יתכן שניתן להימנע מהצורך לעבור לשלב השני (בו נבחנת השאלה אם תנאיה של 'פיסקת ההגבלה' מתקיימים) אם הפגיעה או ההגבלה היא שולית

109 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 71.

110 לעניין זה ראו גם קלגסבלד, לעיל ה"ש 108.

111 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 470–471.

או קלת ערך. כאשר ה'פגיעה' או ה'הגבלה' היא של 'מה בכך' (de minimis), יש טעם בסיום ההליך הפרשני. אכן, לכל דבר חקיקה עשויה להיות השפעה עקיפה ורחוקה על זכויות אדם. אם כל השפעה, ולו קלה שבקלות, בחינת 'מה בכך', תיחשב ל'פגיעה' או 'הגבלה', הדבר יחייב את בחינתו של כל דבר חקיקה באמות המידה של 'פיסקת ההגבלה'. ספק אם זו התכלית של חוק היסוד. ודוק: כל השפעה שלילית, גם אם אינה מהותית, מהווה 'פגיעה' או 'הגבלה'. אמת המידה לדעתי אינה זו של מהותיות הפגיעה; אמת המידה קשורה בדוקטרינה של 'מה בכך' ובשוליות הפגיעה או ההגבלה.¹¹²

דעה זו התקבלה בפסקי-דין אחדים, והיא נתפסת כיום כאחד השלבים הראשונים במסגרת הבחינה החוקתית של פסקת ההגבלה.¹¹³ הנה כי כן, לנוכח השוני בלשון ההוראה ובתכליתה, אני סבור כי בגדרי הפעלתו של סעיף 9 יהיה צורך להתייחס למספר פחות של הגבלות והתניות כאל הגבלות או התניות "של מה בכך".

(ד) **מהותו ואופיו של השירות** – בהמשך אדון במשמעותו של המכלול המגולם בדיבור "מהותו ואופיו של השירות", ולכן בשלב זה אתעכב רק על מאפיין אחד של מונח זה, וביתר פירוט, על אות אחת בו – וי"ו-החיבור שבין המילים "מהותו" ו"אופיו". ברי כי המחוקק התכוון ליצור בחיבור זה מבחן כפול ומצטבר – ההתניה או ההגבלה של הזכות חייבות לעלות בקנה אחד גם עם מהותו של השירות וגם עם אופיו. מה ההבדל בין שני המונחים הללו? האם תיתכן פגיעה בזכות שתתיישב עם אופי השירות אך לא עם מהותו?

סבורני כי התשובה לשאלה זו חיובית, שכן המונחים "אופי השירות" ו"מהות השירות" אינם מצביעים בהכרח על אותה קבוצה של נורמות. עם זאת, מונחים אלה הם שני פנים של אותה מטבע, והם יוצרים יחדיו "תמונת-ראי" נורמטיבית שהינה עשירה יותר בתוכנה ורחבה יותר בהיקפה מנקודת המוצא אשר מסתמכת על כל אחד משני המונחים בנפרד.

"מהות השירות" נקבעת על-ידי המתווה הנורמטיבי המתייחס לצבא, והיא כוללת את המטרות ששירותי הביטחון צריכים להגשים בהתאם לחוק ועל-פי כל הוראה של הרשות המבצעת. כך, לדוגמה, כותרת-השוליים של סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא, שנידון כבר לעיל, היא "מהות". ייתכן שבעקבות זאת נוכל לראות את הוראת הסעיף האמור כמשפיעה על מהותו של השירות הצבאי, כפי שיבואר בהמשך.

112 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 80, בעמ' 469.

113 ראו, לדוגמה, בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68–69 (1996); בג"ץ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת חיות (לא פורסם, 1.9.2005). עיינו גם בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 20.8.2008) (להלן: עניין "המפקד הלאומי"). ראו גם ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 137.

"אופי השירות", לעומת זאת, נגזר מהתנהלותו הפנימית של שירות הביטחון שבו מדובר, אשר שואבת מ"מהות השירות" אך גם יוצקת בה תוכן קונקרטי בעקבות הפעילות בשטח. לדוגמה, שניים מן המאפיינים המרכזיים של השירות הצבאי, שעליהם עמד גם ה-OSCE – המדרג והמשמעת שבשירות הצבאי – הינם בדרך-כלל חלק מ"אופי" השירות הצבאי,¹¹⁴ אך לא חלק מ"מהותו" (הייחודי לכל מדינה וצבאה).¹¹⁵ ה"אופי" נוצר על-ידי ההוויה של שירות הביטחון, ויש להתאימו ל"מהות".

הנה כי כן, "אופי השירות" הוא המבט הצופה כלפי פנים (שירות הביטחון הרלוונטי), ואילו "מהות השירות" מייצגת את המבט הצופה כלפי חוץ. שני המונחים מהווים דרכים שונות, וחשובות, אל אותו יעד. ובצורה קונקרטית: כל פגיעה בזכות של המשרת בכוחות הביטחון אינה יכולה לעמוד ככל שהיא אינה מתיישבת עם המטרות שנקבעו לארגון הביטחון "מבחוץ" או עם הדרך שבה בחר השירות להתמודד עם אותן מטרות "מבפנים".

תובנה זו חשובה לנושא-העל שרשימה זו מנסה לברר, בכך שהיא חושפת את העובדה שהיות צה"ל צבאה של מדינה "יהודית ודמוקרטית" הוא חלק מ"מהותו", ומכאן שיש חשיבות לעובדה חוקתית זו גם בגדרי האזיון שיש לעשותו במסגרת בחינתה של הגבלת הזכות שבה מדובר או בירור ההתניה הכרוכה בצמצומה.

(ה) הפסקות "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה" – פסקות זו, המופיעה כידוע בפסקת ההגבלה הכללית, נעדרת מפסקת ההגבלה הבטחונית. האם משמעות הדבר היא שניתן להגביל זכויות חיילים או להתנותן בחוק אשר אינו הולם את ערכיה של מדינת-ישראל? לנושא זה התייחס השופט זמיר בעניין צמח, וקבע כדלקמן:

"לפי התכלית של חוק היסוד, הדעת אינה סובלת פירוש כזה [שלפיו ניתן לפגוע בזכויות חיילים בחוק שאינו הולם את ערכיה של מדינת-ישראל – ח' מ'], שהרי הוא עלול לסכל את התכלית של חוק היסוד, כלומר: שזכויות היסוד יהיו זכויות חוקתיות של כל אדם, ובכלל זה, כמובן, גם אדם המשרת

114 ראו בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעונש, פ"ד נג(3) 721, 746 (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון); עניין תמיר, לעיל ה"ש 54.

115 בגרמניה, למשל, המצב שונה במקצת, בעקבות לקחים שהופקו שם מפעולות הצבא הגרמני במלחמת-העולם השנייה. התפיסה המקובלת עתה בגרמניה משלבת את "אופי" המשמעת בשירות הצבאי עם מהות פילוסופית המעודדת חיילים לא לציית באופן עיוור. דוקטרינה זו קרויה שם Innere Führung, והיא נותנת מקום לרעיונות של ייצוג וביטוי דמוקרטי והומניות נדרשת, וכן לערכים של שוויון במסגרת הצבאית וביחסים שבין מפקדים לפקודים. סקירת דוקטרינה זו – על יתרונותיה ומגרעותיה – חורגת מגדרו של מאמר זה. עיינו, עם זאת: Federal Ministry of Defense, Joint Service Regulation Innere Führung (Leadership and Civic Education) ZDV 10/1, 1993; Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 62. Ergänzungslieferung 2011, Art. 45b, Rn. 36.

בכוחות הביטחון. הוא אינו מתיישב עם סעיף 1 לחוק היסוד הקובע כי זכויות היסוד של האדם בישראל – כל אדם – '...יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל'. הוא אף אינו מתיישב עם סעיף 2 לחוק היסוד הקובע כי מטרתו לעגן '...את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. לכן יש לומר, כפרשנות תכליתית של סעיף 9 לחוק היסוד, כי חוק אינו יכול לפגוע בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הביטחון אלא אם הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונועד לתכלית ראויה.¹¹⁶

איני יכול, כמובן, לא להסכים עם תוצאה זו, שבמסגרתה פסקת ההגבלה הכללית נתפסת כ"מטרייה נורמטיבית" הנפרשת כביכול "מעל" לפסקת ההגבלה הבטחונית.¹¹⁷ עם זאת, הנני סבור כי ממילא, אף ללא ביסוס גישה פרשנית מעין זו, לא ייתכן מצב שבו חוק שפוגע בזכויות החיילים ימצא כעומד בפסקת ההגבלה הבטחונית במקרה שהוא נוגד את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מסקנה זו נובעת, לגישתי, מהתוספת "ממהותו ומאופיו של השירות" שבסופה של פסקת ההגבלה הבטחונית – ביטוי שעוד אדרש אליו גם בהמשך. בשלב זה אסתפק בהערה כי חוק המנוגד לערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (או שאינו לתכלית ראויה) לא יוכל לעמוד בתנאי הדורש שהגבלת זכויות החיילים תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות. הטעם לכך נעוץ בעובדה שהשירות – במהותו – אמור להיות בהתאם לערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

(1) **אפשרות גריעת הזכויות** – פסקת ההגבלה הכללית מתייחסת לפגיעה שנעשית "בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו", ואילו פסקת ההגבלה הבטחונית מסתפקת באפשרות לגרוע זכויות "לפי חוק" בלבד, דהיינו ללא צורך בחקיקה ראשית. האם הבדל לשוני זה יוצר גם שוני מהותי? בעניין צמח התייחס השופט זמיר לעניין זה בקצרה, וקבע כי "במקרה הנדון אין צורך לפסוק בשאלה זאת, שכן הפגיעה בחירות האישית מכוח הסמכות לעצור חייל נקבעה בחוק עצמו ולא בחקיקת משנה".¹¹⁸

לניסוחן השונה של פסקות ההגבלה עשויה להיות חשיבות לא-מבוטלת לעניין פרשנותה של פסקת ההגבלה הבטחונית, שכן פעמים רבות גריעת זכויותיהם של חיילים (על-ידי הגבלה או התניה) נעשית באמצעות הוראות הפיקוד העליון או פקודות מטכ"ל, ולא במישרין באמצעות חוק של הכנסת.

116 עניין צמח, לעיל ה"ש 76, בעמ' 264.

117 השופט אליקים רובינשטיין, במאמרו לעיל ה"ש 25, בעמ' 234, מבטא רעיון דומה באומרו כך: "סעיף 9 נחקק כמעין הר-ההר – הר קטן על גבי הר גדול" (בהפנותו לרש"י, במדבר כ 22).

118 עניין צמח, לעיל ה"ש 76, בעמ' 261. ראו גם שם, בעמ' 235.

בית-המשפט העליון ההודי פסק בנושא דומה כי הפרלמנט יכול להאציל את סמכויותיו לממשלה בגדרי סעיף 33 של החוקה ההודית.¹¹⁹ עמדתי ביחס לסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה רחוקה מתפיסה זו.¹²⁰ עיגון לשוני לגישה האמורה מצוי בהוראה עצמה, המדברת כאמור באפשרות להגביל או להתנות את הזכויות "לפי חוק". ביטוי זה רחב יותר מהמינוח "בחוק" המופיע ברישא לסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואין הוא מוגבל בסייג הנזכר בסיפא לפסקת ההגבלה הכללית ביחס לחלופה "או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

מכל מקום, בעקבות המלצותיה של ועדת החקירה הממלכתית לעניין מלחמת יום-הכיפורים ("ועדת אגרנט") – שהציעה לפזר את הערפל לגבי מקור הסמכות להוצאתן של פקודות בצבא (בהמשך לביקורת על המצב בסוגיה זו שאותה מתח פרופ' אמנון רובינשטיין במהדורה הראשונה לספרו **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**)¹²¹ – הוסדרה בחוק השיפוט הצבאי הסמכה מפורשת להוצאת הוראות הפיקוד העליון ופקודות מטכ"ל, וכן פקודות כלליות אחרות בצבא.¹²² אף שיקולים מעשיים מצדדים בעמדה זו, והם שהובילו בשעתו להוספת הסיפא בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנעשתה בדרך של תיקון לחוק-היסוד.¹²³

(ז) **היחס בין סעיף 8 לסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** – האם כל פגיעה בזכויות של חיילים דינה להתברר לפי סעיף 9 או שמא יש פגיעות שייבחנו לאור סעיף 8? נניח, לדוגמה, שייקבע בחוק כי מכל אזרח הגר באזור מסוים תופקע חלקת קרקע כלשהי לצורכי המדינה. בסיטואציה זו מדובר בפגיעה בקניין. נניח כעת כי חלק מקבוצת האנשים הגרים באזור הם חיילים. האם יש לבחון את הפגיעה בהם לאור פסקה 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או שמא יש להפעיל את פסקת ההגבלה הבטחונית רק במצבים שבהם הפגיעה היא בהקשר הצבאי של השירות בצה"ל?

דומה כי ההקשר הספציפי שעימו נועדה פסקת ההגבלה הבטחונית להתמודד מכתוב שפסקה זו תישמר רק למצבים שבהם הפגיעה נעשית בהקשר בטחוני. הסיבה לכך פשוטה: כל פגיעה שאינה בהקשר הצבאי לעולם לא תוכל להיות בהתאם ל"מהותו ואופיו של השירות" (והדוגמה שהובאה לעיל מעידה על כך). משכך, דינה של כל פגיעה כזו יהיה להתבטל, לכאורה, אם המצב ייבדק על-פי סעיף 9 לחוק. מובן שמצב כזה אינו סביר, ואין סיבה לאפשרו. ברי כי אדם יכול להיות "חייל" לעניין

119 ראו עניין *Viswan*, לעיל ה"ש 104. עיינו גם: P.M. BAKSHI, THE CONSTITUTION OF INDIA 82 (2007).

120 טעמי הענייניים לכך דומים לאלה שפורטו במאמרו של אורן גזל "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' – משפט וממשל ד 381 (תשנ"ח). השוו גם לפסק-הדין של הרוב מפי השופטת נאור בעניין "המפקד הלאומי", לעיל ה"ש 113.

121 אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** 96, ה"ש 33 (מהדורה ראשונה, 1969) (להלן: רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני**).

122 ראו ס' 1, א2, ב2 ו-3 לחוק השיפוט הצבאי. עיינו כספי, לעיל ה"ש 46.

123 ראו זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 74–82, 182–189.

אחד ו"אזרח" לעניין אחר. פרשנות כזו מתיישבת גם עם רעיון-העל המגולם בקביעה שבה דנו כבר לעיל, שעל-פיה "חיילים הם אזרחים על מדים" (שהרי כאשר הם מורידים את המדים, בביתם או בהקשר אזרחי, הם אזרחים לכל דבר, מהגם שאצלנו התפיסה היא שצה"ל הוא "צבא העם"), וגם עם התזה המרכזית שמאחורי הפרשנות החוקתית התכליתית, המאפשרת הפעלה גמישה של מבחנים חוקתיים בהתאם לצורך ולנסיבות.

עניין זה מקרב אותנו גם לשאלת היחס בין סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין חוקי-יסוד אחרים, שאין בהם "פסקת הגבלה בטחונית", דהיינו, הקושיה היא אם ניתן ליצור גם "פסקת הגבלה בטחונית שיפוטית". מכיוון שמאמר זה עוסק בשאלות מהותיות אחרות שמתעוררות בהקשר של הסעיף הנ"ל, ובשים לב לכך שממילא טרם נפתרו כל הקשיים הכרוכים ב"פסקת הגבלה שיפוטית רגילה",¹²⁴ אני מעדיף להשאיר כאן אף סוגיה מורכבת זו ללא פתרון החלטי.¹²⁵

(ח) **הייחודיות שבדרישת ההתאמה למהותו ולאופיו של השירות** – כעת אני מגיע למאפיין האחרון של פסקת ההגבלה הבטחונית, וברצוני לעמוד עליו בצורה רחבה יותר: התניה על זכויותיהם של חיילים או הגבלתן צריכה להיות לא רק "לפי חוק", אלא גם "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות". זאת, בעוד הפגיעה בזכויות לפי פסקת ההגבלה הכללית נדרשת בהקשר זה להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש" גרידא. מה משמעותו של הברדל זה?

באופן עקרוני וכללי, עניינם של מבחני המידתיות (בשתי פסקות ההגבלה) בהשוואה בין התועלת או תוספת התועלת לאינטרס הציבורי הגלומה בהגשמת הפעולה הפוגעת בזכות לבין הנזק או תוספת הנזק הנגרמים לזכות הנפגעת. וכיצד נבחנת אותה תועלת? זו נבחנת, כאמור, בשים לב לאינטרס שהנורמה התת-חוקתית מבקשת להגשים. הנה כי כן, במבחני המידתיות לפי פסקת ההגבלה הכללית ההכרעה אמורה להתקבל על-פי מידת הפגיעה בזכות אל מול מידת התועלת הציבורית הגלומה באינטרס הציבורי שבו מדובר. פסקת הגבלה זו היא דינמית. מבחינה צורנית היא פועלת כ"פונקציה", אשר יכולה לקבל כל אינטרס וכל זכות ולאזן ביניהן. לעומתה, פסקת ההגבלה הבטחונית מוגבלת יותר – רק כף הזכות "פתוחה" לקבל כל זכות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (או נגזרת הימנה) אל תוך הפונקציה, בעוד כף האינטרס "סגורה", ומשורינת כביכול לאינטרס אחד ויחיד: הגשמת התועלת הנשקפת "ממהותו ומאופיו של השירות". במילים אחרות, בתוספת שבפסקת ההגבלה הבטחונית יש משום **הגבלה** של דרך האיזון שתינקט. אי-אפשר לבקש לפגוע בזכויות של חיילים – ככאלה – בשם כל תכלית זולת זו המקופלת

124 ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 108, ומאמרו בספר זה. כן עיינו ע"ב 92/03 מופו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003).

125 ראוי לציין כי קרמניצר ובנדור, בספרם לעיל ה"ש 18, בעמ' 84, מביעים את הדעה כי על משרתים בכוחות ביטחון "פרטיים" חלה פסקת ההגבלה הכללית בס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. ניתן אולי גם לומר כי בדבריו של הנשיא ברק בעניין **הפורום המשפטי** המצוטטים לעיל בטקסט שלאחר ה"ש 59 מגולמת הנחה שיש "פסקת הגבלה שיפוטית" בחוק-יסוד: הצבא.

בתוך האינטרס לקיים את "מהותו ואופיו של השירות" (בפרשנות הנרחבת שהצענו לאותן תיבות) בצורה המיטבית. נרחיב עוד קמעה בנושא זה להלן. מבחני המידתיות הם כידוע לב-ליבה של פסקת ההגבלה. על-פי-רוב, נורמות תת-חוקתיות שאובחנו כפוגעות בזכויות אדם "עוברות" את שלושת השלבים הראשונים של בדיקת החוקתיות שעל-פי פסקת ההגבלה הרגילה – (1) פגיעה באמצעות חוק או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו; (2) הלימה לערכיה של מדינת-ישראל; (3) תכלית ראויה – ו"נעצרות" רק בשלב הרביעי של בדיקת המידתיות, ובפרט בתת-מבחן השלישי של הפרופורציונליות: "מבחן המידתיות במובן הצר"¹²⁶ או "מבחן היחסיות", על-פי ביטוי של פרופ' בנדור.¹²⁷ לכן, מטבע הדברים, ההשלכה של השוני בניסוחם של מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה השונות על מבנה המבחן החוקתי היא גדולה. כך להלכה, אך לא למעשה, לשיטתו של השופט זמיר. לדידו, מהשוואת הנוסח של פסקת ההגבלה הבטחונית לזו הרגילה עולה כי –

"השאלה מהי 'המידה הנדרשת' של פגיעה בזכות תלויה בכל עניין ומקרה בהקשר של העניין והמקרה... בהקשר שונה המידתיות שונה: המידה הנדרשת בהקשר אחד אינה בהכרח המידה הנדרשת בהקשר אחר... ברור כי גם מידתיות הפגיעה בזכויות של אדם המשרת בכוחות הביטחון מושפעת מן המהות ומן האופי של השירות. משמע, מבחן המידתיות הכללי, כפי שנקבע בסעיף 8 לחוק היסוד, צריך היה לחול על המשרתים בכוחות הביטחון בהתחשב במהותו ובאופיו של השירות, גם לולא נאמר הדבר במפורש בסעיף 9 לחוק היסוד. **סעיף 9 לחוק היסוד אינו אומר אפוא אלא את המובן מאליו.** עם זאת, יש בו כדי להבהיר את המצב ולסלק כל ספק: מידתיות הפגיעה בזכויות של המשרתים בכוחות הביטחון תלויה במהותו ובאופיו של השירות, ולפיכך היא עשויה להיות שונה ממידתיות הפגיעה באדם שאינו משרת בכוחות הביטחון."¹²⁸

במילים אחרות, השופט זמיר סבור כי אין למעשה הבדל משמעותי בין פסקת ההגבלה הכללית לבין פסקת ההגבלה הבטחונית בנושא מבחני המידתיות, מכיוון שממילא גם בבחינת הפגיעה בזכויותיהם של חיילים לפי פסקת ההגבלה הכללית הייתה "כף האינטרס" מתמלאת בכל מקרה בתוכן הקשור לאופיו ולמהותו של השירות. פסקת ההגבלה הבטחונית רק מציינת במפורש, לשיטתו של השופט זמיר,

126 בנושא זה ראו אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" ספר ברק 39 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009). עיינו גם בש"פ 8823/07 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (טרם פורסם, 11.2.2010); בג"ץ תלמידי הישיבות, לעיל ה"ש 30, פס' 6 לפסק-דיני.

127 עיינו אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" משפט וממשל יד 377, 396–397 (2012).

128 עניין צמח, לעיל ה"ש 76, בעמ' 266 (ההדגשה הוספה).

את מה שמופיע במשתמע בלבד בפסקת ההגבלה הכללית. במילותיו של השופט אליקים רובינשטיין, המתייחסות לאותה סוגיה במאמרו: "הדעת נותנת שבית המשפט – על פי מדיניותו הכללית – ייטה לפרש את הסעיף [סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ח' מ' מ'] כנגזרת רעיונית של סעיף 8, ולראות את ההבדל ביניהם כנובע ממהותם התפקודית המיוחדת של כוחות הביטחון, אך לא משוני ערכי.¹²⁹"

גישתי שונה. לדעתי, פסקת ההגבלה הבטחונית יוצרת דינמיקה שונה. אין בכוונתי לטעון כי פסקת ההגבלה הבטחונית יוצאת מגדריהם של מבחני המידתיות הרגילים שמתווים בפסקת ההגבלה הכללית. במובן זה אכן מדובר בתת-מקרה שנופל לתוך המבנה הרגיל של איזון בין אינטרס לבין זכויות. השוני בין פסקת ההגבלה נעוץ כאמור ב"שריון" מטרה אחת, ואחת בלבד ("מהותו ואופיו של השירות"), לצורך האיזון שיש לעשותו על-פי פסקת ההגבלה הבטחונית. שריון זה יכול להיראות – ואכן כך הוא נראה לשופט זמיר – כעניין מובן מאליו, שהרי איזו מטרה נוספת תוכל להצדיק פגיעה בזכויות הפרט של חיילים בצבא מלבד האינטרסים המגולמים בעצם השירות? אכן, ברוב המקרים שבהם נפגעת זכות אדם של חיילים ברור שהדבר נעשה בשם אינטרסים הקשורים לתפקודו התקין של הצבא. עם זאת, וכאן הנקודה שיש לתת לה את הדעת, חשוב לזכור כי לא לגבי כל פעולה ניתן לומר אוטומטית שהיא נעשית למען מטרה המתחייבת "מהותו ואופיו של השירות". בכך נוצר שלב נוסף לבחינה החוקתית של המידתיות בהקשרים הצבאיים: פסקת ההגבלה הכללית מאפשרת לבחור א-פריורי בכל תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת-ישראל, ואילו פסקת ההגבלה הבטחונית מתירה לפגוע בזכויות של המשרתים רק בשם התכלית האחת והיחידה של שמירה על "מהותו ואופיו של השירות",¹³⁰ ובכך היא "מוציאה" למעשה מתחום האיזון כל תכלית אחרת, בצורה שמיטיבה עם החיילים ברוב המקרים.

בהקשר זה נשאלת, כמובן, השאלה מה דינה של פעולה המשרתת מכלול של תכליות. אפשרות אחת היא לבחון אם "התכלית המרכזית" של הפעולה מתיישבת עם מהותו ואופיו של השירות. על-פי מבחן זה, אם תימצא "תכלית מרכזית" המתיישבת עם מהותו ואופיו של השירות, תסתיים הבדיקה והפעולה תאושר. מאידך גיסא, אם "התכלית המרכזית" אינה תואמת את מהותו ואופיו של השירות, תיפסל הפעולה. לדעתי, אין זו שיטת הבחינה הראויה במקרה כזה, ככל שמדובר בפסקת ההגבלה הבטחונית. כאשר פעולה משרתת כמה תכליות, ביניהן תכלית המתיישבת עם מהותו ואופיו של השירות ותכליות נוספות שאינן כאלה, יש להצדיק את הפעולה רק באותו היקף שיהיה פרופורציונלי למידה שבה הפעולה מתיישבת עם מהותו ואופיו של השירות. זוהי בחינה גמישה יותר, המאפשרת התאמה של הבדיקה

129 אליקים רובינשטיין, לעיל ה"ש 25, בעמ' 238. לדעה דומה ראו עמנואל גרוס "היבטים חוקתיים של דיני המעצר בצבא" משפט וממשל ה' 437, 448 (2000).

130 השו"ע עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 114, בעמ' 746, מפי השופט חשין.

החוקתית לנתונים הקונקרטיים העומדים לפני בית-המשפט.¹³¹ עניין זה יובהר בהמשך. בינתיים נוסף ונדגיש כי משמעותו של הצירוף "מהותו ואופיו של השירות" באה לידי ביטוי בצורה הבולטת ביותר בהקשרים הצבאיים כאשר בוחנים את שאלת הפגיעה בזכויות "חיוניות" אל מול הפגיעה בזכויות "שליליות". כדוגמה, אתיחס לנושא חופש הדת. שיטת המשפט הישראלית מכירה כידוע (בעקבות פסיקה ובעקבות ניתוח אקדמי שפיתח פרופ' רובינשטיין במהדורות הראשונות של ספרו **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**) בשני רכיבים בתוך חופש הדת: מצד אחד קיים "החופש לדת", שהוא זכות "חיונית", במובן זה שהאדם הטוען לזכות זו רוצה באופן פוזיטיבי לקיים כראוי את מצוות דתו, ומבקש שלא יפריעו לו בעשותו כן; מצד אחר קיים "החופש מדת", שהוא זכות "שלילית", במובן זה שהאדם הטוען לזכות זו רוצה להימנע מעשיית מעשה בעל אופי דתי, ומבקש שלא יכפו עליו מעשה כזה.¹³²

נבחן כעת את פסקת ההגבלה הבטחונית ביחס לשני המצבים הללו. כאשר יש פגיעה ב"חופש לדת", היא תיעשה כמעט תמיד על רקע צורך מבצעי כלשהו – קיום פעולה צבאית בשבת, לדוגמה (שלא בהכרח יש בה "פיקוח נפש" במישור ההלכתי).¹³³ במקרה זה ברור שהתכלית היא שמירת "מהותו ואופיו של השירות", אך כאשר יש פגיעה ב"חופש מדת", זו תיעשה לרוב בשם אינטרס כלשהו הקשור לדת. במקרים כאלה עולה שאלה שאינה רלוונטית בהכרח לסיטואציות של פגיעה ב"חופש לדת", והיא אם הפגיעה נעשית לתכלית המתיישבת עם "מהותו ואופיו של השירות" מלכתחילה.

קושיה זו מחזירה אותנו לנושא-העל של המאמר – בחינת הדרך שבה העובדה שהצבא הוא צבאה של מדינה "יהודית ודמוקרטית" משפיעה על דרך הפעולה של צה"ל ועל מהותו ואופיו של השירות בו. בכך נעסוק בתת-פרק הבא.

131 עיינו ברק פרשנות חוקתית לעיל ה"ש 80, בעמ' 531–532. השוו בג"ץ 390/79 דוויקא נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 20 (1979); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח במשרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38 (2005) (להלן: עניין דיזיין 22).

132 בנקודה זו מאמרי מאמץ עמדה שונה מזו המוצגת במאמרם של דני סטמן וגדעון ספיר, אשר טוענים כי אין סימטרייה בין "חופש הדת" לבין "החופש מדת", כך שבעוד ההגנה על הראשון מתחייבת בדמוקרטיה ליברלית, ההגנה על השני אינה מתחייבת בה. ראו דני סטמן ודניאל ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004). על כל פנים, גם סטמן וספיר מציינים כי בשיטת המשפט הישראלית קיימת הכרה מלאה ב"חופש מדת". ראו שם, בעמ' 39.

133 ראו הפ"ע 3.0903 "שבתות ומועדי ישראל בצה"ל"; פ"מ 34.0201 "שבתות, הימים הנוראים, מועדים, חגים וימי צום בצה"ל".

4. השפעת העובדה שצה"ל הוא צבאה של מדינה יהודית ודמוקרטיה על מהותו ואופיו של השירות בו ועל המבחנים לבירור גריעת זכויות האדם של המשרתים בצה"ל

צה"ל מהווה "מגרש משחקים" מיוחד במינו לנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטיה", שכן מעצם טיבו וטבעו כצבא, הוא אינו ארגון דמוקרטי.¹³⁴ הנה כי כן, בהקשר הצבאי היסוד ה"דמוקרטי" מתעמעם במקצת, אך לא כתוצאה מהחלטה על חשיבותה היתרה של "יהדות" המדינה, אלא כחלק מבני מדרך הפעולה הצבאית. דבר זה קורה מבלי שתעלה באופן מלאכותי חשיבותו של החלק הראשון בצירוף "יהודית ודמוקרטיה". לכן כל הרוצה לבדוק מה משמעותה של התיבה "יהודית" בתוך הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטיה", טוב יעשה אם יבדוק באיזה מובן "יהדותה" של המדינה באה לידי ביטוי (או ראויה להשתקף) בצה"ל, ולו בהקשרים של גריעת זכויות אדם.

נושא זה מוביל אותנו שוב לפרשנותו של הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטיה", אשר רבים וטובים עסקו בו כאמור לפנינו.¹³⁵ לי נראה שבהקשרים רבים – ואף לענייננו – ראוי לסבור כי יש להבין מונח זה, ואת וי"ו-החיבור שבו,¹³⁶ ככאים לומר שישראל היא מדינת לאום יהודית ובעלת ערכים יהודיים, ובלבד שאלה תואמים את מהותה הדמוקרטית, דהיינו, שמדובר במדינה יהודית אבל דמוקרטית. ה"אבל" האמור חוסם ומסייג כל מה שאינו מתיישב עם ערכים דמוקרטיים במסגרת הערכים היהודיים שאנו מבקשים לקלוט וליישם.

גישה זו מבוססת – מעבר להיבט הפרשני – על שני נדבכים.

הנדבך הראשון הוא שכלול בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, שמכוחם זכויות-היסוד של האדם בישראל אמורות להיות מכובדות ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת-ישראל, לרבות הקביעות שבהכרזת-העצמאות שעל-פיהן –

"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות;

134 בכך אין כדי לטעון שצה"ל אינו תורם לדמוקרטיה הישראלית בדרכים אחרות, עקיפות יותר, שחלקן נזכרו גם בפרק א של מאמר זה. ראו עוד, לדוגמה, את הדיון על החינוך לדמוקרטיה בצבא אצל מנחם מאוטנר "גלי צה"ל או ההאחדה של הרוק והמוות" **צבא, חברה ומשפט** 11 (דפנה ברק-ארז עורכת, 2002).

135 ראו לעיל ה"ש 8. עיינו גם: RUTH GAVISON, DEMOCRACY AND JUDAISM: BETWEEN CONCEPTUAL ANALYSIS AND PUBLIC DISCOURSE 336 (2011); בג"ץ 466/07 גלאון – מר"צ-

יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 13–18 לפסק-דינו של השופט לוי (טרם פורסם 11.1.2012).

136 לקריאות שונות אפשריות של וי"ו-החיבור עיינו בג"ץ 8233/99 בן-צוק נ' שר התחבורה, פ"ד נה(2) 311 (2000).

תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות. (ההדגשה שלי – ח' מ')

הנדבך השני הוא הוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980 (ככל שניתן להחילה כאן), הקובעת כדלקמן:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל."

הנה כי כן, לפנינו סייג כפול: "הסייג הפנימי", שלפיו עקרונות החירות, הצדק והשלום של נביאי ישראל (או של מורשת ישראל) אינם כוללים את ההלכה כולה,¹³⁷ שהרי אם לא כן הייתה ישראל נחשבת "מדינת הלכה"; ו"הסייג החיצוני", הנלמד מהמונח "דמוקרטיה" בביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית", הגורס כי העקרונות האמורים יתקבלו ככל שהם אינם נוגדים ערכים דמוקרטיים.

בהקשר זה מעניינת הבחנתו של פרופ' אריק נלסון מאוניברסיטת הרוורד, בספרו על הרפובליקה העברית,¹³⁸ שהראה כי אפילו בימי קדם – כאשר המלכים שלטו ביהודה ובישראל, ואחר כך גם בתקופת הסנהדרין – האמונה וההלכה היהודית לא היוו בהכרח, ככאלה, את "דין המדינה". על רקע זה נקבע באותם ימים, לשיטתו, כי מי שכשלו באמונתם או הפרו ציוויים דתיים "ייענשו (רק) בידי שמים".¹³⁹

פרופ' נח פלדמן מאוניברסיטת הרוורד, בהרצאה שנשא בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב¹⁴⁰ בנושא "מדינה אסלאמית ודמוקרטיה – השוואות ושאלות", הביע דעה דומה גם ביחס לרפובליקות האסלאמיות הנוכחיות. זאת, אף שניתוח המשטרים הללו על-פי סיווג המודלים שהציע פרופ' רן הירשל מאוניברסיטת טורונטו במחקרו המקיף¹⁴¹ אינו תומך בוודאות במסקנה זו.

העולה מן המקובץ מלמד כי המבחן שבפסקת ההגבלה הבטחונית הוא כפול:

137 ראו אשר מעוז "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל" הפרקליט מ 53 (1991); מעוז, לעיל ה"ש 8, בעמ' 573–576. דעה דומה השמיע ד"ר אביעד הכהן בהרצאתו "מדינה יהודית ו/או דמוקרטיה – הרהורים על המשמעות החוקתית של יהודיות המדינה", שנישאה בכנס העמותה למשפט ציבורי בים המלח (2.12.2011). עיקרי הדברים פורסמו גם בכתב-העת **עורך הדין** 15, 81 (2012)

ERIC NELSON, THE HEBREW REPUBLIC: JEWISH SOURCES AND THE TRANSFORMATION OF EUROPEAN POLITICAL THOUGHT (2010).

139 שם, בעמ' 106.

140 ההרצאה נישאה בתאריך 17.3.2011 (תדפיס חלקי מצוי בידי המחבר).

Ran Hirschl, *The Theoretical Challenge to Constitution Drafting in Post-Conflict States*, 141 49 Wm. & Mary L. Rev. 1179 (2008).

- א. יש לבדוק ראשית עד כמה "מהותו ואופיו של השירות בצה"ל", כ"צבאה של מדינה יהודית אבל דמוקרטית", מחייבים או מצדיקים את הפעולה שבה מדובר, דהיינו, עד היכן כף האינטרס "מושכת" לכיוון ביצוע הפעולה הפוגעת בזכות המוגנת (על-פי "התוספת המיוחדת" שבפסקת ההגבלה הבטחונית).
- ב. יש לבדוק, לנוכח כמות ה"משיכה" הנ"ל, אם הגבלת הזכות או התנייתה (הכף האחרת של המאזניים) מוצדקת על-פי מבחני-המשנה הקלסיים של המידתיות, שהרי על-פי סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הגריעה צריכה להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות" (ההדגשה הוספה).

לרוב, כאשר הדברים נבחנים לאור פסקת ההגבלה הרגילה, לא קיימת המסננת הראשונה בצורתה זו, מכיוון שמרגע שנמצאה תכלית ראויה כלשהי ההולמת את ערכיה של מדינת-ישראל, ברור כבר ממילא כי ה"משיכה" לכיוון האינטרס במונח זה באה על סיפוקה. לכן האינטרס ייבחן אל מול הזכות במבחני-המשנה המקובלים של המידתיות. במקרה שלנו, לעומת זאת, יש כאמור רק תכלית אחת "משורינת", והיא שמירה על "מהותו ואופיו של השירות". מטבע הדברים, "משיכתן" של פעולות שונות להגשמתה של תכלית זו היא שונה אפוא, ולכן נדרש השלב המקדמי הראשון במבחן הכפול הנ"ל (במשמעות שהצענו לביטויים "מהותו ואופיו של השירות" ו"מדינה יהודית ודמוקרטית").

על מערכת הציירים הזו קיימות אפוא כמה נקודות המשמשות אינדיקציות לדרך שבה הפעולה מתיישבת עם "מהותו ואופיו של השירות" באופן שבו פירשנו את הדברים. בכך ייחודיותה של ישראל, שכן מבחינה השוואתית, בחינת היקפם של החופש לדת והחופש מדת בארגון צבאי, למשל, אינה ייחודית למדינתנו, וניתן למצוא בנושא דיונים ערים גם בשיטות משפט אחרות.¹⁴² לגישתי, ניתן להבחין בהקשר זה בשלוש קטגוריות בסיסיות בהתאם לקרבתן אל מהותו ואופיו של הצבא (לרבות שמירה על אינטרסים בעלי אופי יהודי), כמפורט להלן:

142 ראו, לדוגמה, את פסק-הדין של בית-המשפט העליון האמריקאי בעניינו של חייל יהודי שומר מצוות שנדרש להסיר את הכיפה שעל ראשו על-מנת לעמוד בסטנדרטים של לבוש אחיד בצבא: Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986). בפסק-הדין האמור אישר בית-המשפט העליון האמריקאי את החלטת מפקדיו שהורו לו להסיר את הכיפה, בקובעו כי האינטרס לשמור על סטנדרט אחיד של לבוש בצבא גובר על חופש הדת של החייל. הקונגרס האמריקאי הגיב על פסק-הדין ושינה את ה-National Defense Authorization Act (1988) על-מנת להגן בצורה רחבה יותר על חופש הדת של החיילים המשרתים בצבא האמריקאי. לכתיבה בנושא ראו: Dwight H. Sullivan, *The Congressional Response to Goldman v. Weinberger*, 121 MIL. L. REV. 125 (1988); Michael W. McConnell, *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 U. CHI. L. REV. 115, 168 (1992); Ira C. Lupu, *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion*, 102 HARV. L. REV. 933 (1989); Douglas Laycock, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 SUP. CT. REV. 1 (1990).

(1) פעולות "מבצעיות" (קרי, כאלה שתורמות לבטחון המדינה בצורה ישירה) המגשימות באופן עקיף גם אינטרסים בעלי אופי יהודי. לדוגמה, מתן יום מנוחה לחיילים הוא חשוב על-מנת לשמור על תפקודם לאורך זמן. יש אף היגיון בכך שכל החיילים ייהנו מאותו יום מנוחה. עם זאת, ניתן לומר כי מבחינה מבצעית גרידא הצבא אמור להיות "אדיש" לקביעת יום המנוחה הספציפי. במקרה כזה אכן ניתן לקבוע את יום המנוחה בשבת, כפי שאכן נעשה בצה"ל¹⁴³ (ובכך מוגשם אינטרס בעל אופי יהודי מובהק).¹⁴⁴

(2) פעולות הפוגעות בתכלית המבצעית בצורה פריפריאלית וקלה יחסית, אך מגשימות ערך בעל אופי יהודי עמוק ומשמעותי. לדוגמה, ייתכן שאי-הקפדה על כשרות בסיטואציות מסוימות הייתה מניבה יתרונות לוגיסטיים (שכן הדבר היה חוסך את הצורך במגבלות ובהפרדות השונות המתחייבות מהכשרות), ואולי אף יתרונות אחרים. עם זאת, השמירה על הכשרות בצבא מהווה מאפיין בולט ליהדותה של המדינה, והיא הוכרה ככזו עוד בשנת 1948.¹⁴⁵ "משיכתן" של פעולות כאלה לשמירה על "מהותו ואופיו של השירות" היא חזקה פחות מזו של הקבוצה הראשונה, אך משמעותית עדיין בהחלט. יש להניח כי גם מבחינה מבצעית יש יתרון בכך שאין הפרדה בין דתיים לבין חילונים, ושאינן מקשים עליהם יתר על המידה – דבר שעלול לפגוע גם כמוטיווציה וכביצועים שלהם.

(3) פעולות המגשימות ערכים יהודיים דתיים בצורה מהותית, אך מנוגדות לליבת התכלית המבצעית. לדוגמה, בעבר היה נהוג לקיים בצבא "מסע התעוררות" בקרב חיילי צה"ל, כך שבמשך ימים מספר לפני ראש השנה היו החיילים לומדים על משמעותם של הימים הנוראים. ההשתתפות במסע ההתעוררות הייתה חובה לכל החיילים בצה"ל.¹⁴⁶ נניח לרגע שמסע כזה הוא חשוב מאוד מבחינת הערכים היהודיים הדתיים, אך פוגע בחופש מדת של החיילים שאינם דתיים ואינו תורם ליכולות המבצעיות של הצבא. במצב דברים זה פעילות כזו אינה מתיישבת, לדעתי, עם "מהותו ואופיו של השירות". מעניין שבעניין זה הצביע פרופ' רובינשטיין כבר בשעתו על הבעייתיות שבמסע ההתעוררות (עוד לפני חוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם). הוא עשה זאת במהדורה הראשונה של ספרו **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, בקובעו כי "יש ספק בחוקיות פקודת המטכ"ל המצווה על כל חיילי

143 ראו לעיל ה"ש 133.

144 השוו לעיל עניין דיזיין 22, לעיל ה"ש 131.

145 ראו ס' 1 לפקודת מאכל כשר לחיילים, התש"ט-1948, ע"ר 62: "לכל החיילים היהודים בצבא-הגנה לישראל יש להבטיח מאכל כשר." כן ראו פ"מ 34.0101 "כשרות"; פ"מ 34.0102 "כשרות – עובדי מטבח"; פ"מ 34.0103 "תקנון הכשרות במטבחים צבאיים". השוו רע"ב 4201/09 **ראיק נ' שירות בתי הסוהר** (טרם פורסם, 24.3.2010). באשר לשמירת כשרות בפסח בצה"ל עיינו פ"מ 34.0205 "תקנון הכשרות לפסח".

146 מכוח פ"מ 34.0203, שבוטלה בינתיים. עיינו בהקשר זה גם בדבריו של סגן שר הביטחון דאז שמעון פרס בישיבה מס' 409 של הכנסת ה-5, ד"כ 363 (התשכ"ה), ובדבריו של שר הביטחון דאז יצחק רבין בישיבה מס' 29 של הכנסת ה-11, ד"כ 703 (התשמ"ה).

צה"ל להשתתף במסע התעוררות המאורגן על ידי הרבנות הצבאית הראשית כל שנה ערב הימים הנוראים".¹⁴⁷ ניתן למצוא הערה דומה גם במהדורה השנייה של הספר.¹⁴⁸ לאחר-מכן, במהדורות האחרונות, כבר נשמטה הערה זו, ככל הנראה לנוכח העובדה שחובת ההשתתפות ב"מסע ההתעוררות" בוטלה, בעקבות הערותיו של פרופ' רובינשטיין והביקורת הציבורית הנוקבת שנמתחה על התופעה.¹⁴⁹

הנה כי כן, ככל שננוע על מערכת הצירים מקטגוריה (1) לקטגוריה (3), נגלה כי הפעולה מתיישבת פחות ופחות עם "מהותו ואופיו של השירות", **כמגבלה פנימית**, וזאת עוד לפני שבחנו את המידה שבה נפגע חופש הדת. כתוצאה מכך, עוצמתו של האינטרס שבשמו פוגעים בזכות על הציר האמור תהיה מצומצמת יותר, וזאת עוד קודם להפעלת מבחני המידתיות המקובלים.

התובנות שפיתחנו והצגנו לעיל יכולות לשמש מפת-דרכים עקרונית וראשונית – ברמת הפשטה גבוהה – לסוגיות שהתעוררו ועוד צפויות להתעורר באשר לזכויותיהם של המשרתים בצה"ל (הכל בכפוף למבחני מידתיות ואיזון פרטניים¹⁵⁰). מטעמים מובנים¹⁵¹ לא אנתח כאן בפרוטרוט דוגמות ספציפיות, ואסתפק רק בציון העובדה שסוגיות כגון שמירת שבת ומועדי ישראל, פעילות של גלי צה"ל בשבת ובחגים, שמירת כשרות לאורך השנה ובימי הפסח, צומות, תפילות, תספורות וגילוח, שירות נשים, לוויות צבאיות, ענייני קבורה וזיכרון, ציות לפקודות בניגוד למצווה דתית ועוד – נופלות כולן בגדר פרק זה.¹⁵² אסתפק בהדגשה כי ההבחנות שהצעתי עשויות לתרום לפתרון

147 רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני**, לעיל ה"ש 121, בעמ' 96.

148 אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** 154 (מהדורה שנייה, 1974). לביקורת נוספת על "מסע ההתעוררות" ראו שמעון שטרית "חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היזקקות לרשות דתית, והטלת הגבלות מטעמי דת" **משפטים** ג 467, 477–479 (1971).

149 ראוי לציין כי במסגרת החוברת מירון **חופש הדת בצה"ל**, לעיל ה"ש 68, בעמ' 14–16, הציע המחבר הצדקות משפטיות אפשריות שונות למסע ההתעוררות. כן השוו: PETER ROWE, THE IMPACT OF HUMAN RIGHTS LAW ON ARMED FORCES 50–52 (2006).

150 ראו מאמרו של ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי", לעיל ה"ש 126.

151 אני גורס כי עדיף לא להציף קשיים כל עוד ניתן לפתור אותם מעשית במסגרת השירות בין החיילים ובעזרת המפקדים בדרך של סובלנות הדדית. זו אף הייתה הגישה בצה"ל בעבר, והיא נחלה הצלחות לא-מעטות. עיינו יאיר נווה "צה"ל כבסיס לאחדות העם" **אהבת האדם וכבוד הבריות – קובץ מאמרים ודברי הגות לזכרו של הרב נפתלי הרץ (הנרי) נס ז"ל** 368, 370 (שלמה נס וצביה שיף עורכים, 2006).

152 ראו דיון בחלק נכבד מנושאים אלה במחקרו של מירון **חופש הדת בצה"ל**, לעיל ה"ש 68. כאמור, הנאמר שם אינו משקף בהכרח את עמדת הפרקליטות הצבאית, ונוטה להצדקת הגישה היהודית-הדתית-האורתודוקסית. כן עיינו במקורות הבאים: דב שפי "קבורת חייל לא יהודי או ספק יהודי בקבר צבאי – היבטים משפטיים וציבוריים" **חיל ברוח – בטחון ומחשבה חינוכית בתקומת ישראל** 309 (ישראל רוזנסון ועודד ישראלי עורכים, 2009); יוסי כץ "תמורות במתחם המצבה בבתי הקברות הצבאיים כראי לשינויים בחברה הישראלית" **תרכות דמוקרטית** 13, 141 (2011).

הדילמות באותן סוגיות שבוודאי ילובנו בפסיקה עתידית, ככל שהן לא באו (או לא יבואו) על תיקון במסגרת הדין,¹⁵³ הפסיקה הקיימת¹⁵⁴ או פקודות הצבא.¹⁵⁵ עם זאת, אני מוצא לנכון להוסיף, ברוח דבריי בבג"ץ תלמידי הישיבות, כי ראוי שצה"ל יסגל את עצמו יותר לתנאים המתחייבים משירותם של חיילים דתיים (וחרדים) בקרבו, וכן יקפיד על הצורך לשמור גם על חופש הדת שלהם,¹⁵⁶ מבלי לפגוע במשרתים האחרים ובמהותו ובאופיו של השירות. הדבר מתבקש לאחר שהתאמה דומה כבר נעשתה כאמור בעבר ביחס לחיילים חילונים ולחופש מדת שלהם.

לתוכנות הנ"ל עשויה להיות כאמור גם השלכה באשר לגריעת זכויות (בדרך של הגבלה או התניה) הנתונות למשרתים בצה"ל עקב שירותם, ככל שהטבות אלה מבטאות את הערכת המדינה לנושאים בעול הגנתה כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁵⁷

נושא אחרון זה, העוסק ב"השפעות חיצוניות" של מהות המדינה על המשרתים, מביא אותנו לפרק נוסף, העוסק בהשראתה של הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא בגרסתו המורחבת על סוגיה שונה וייחודית: "טוהר הנשק". בכך נדון מייד, אך גם זאת נעשה בתמציתיות, הן בשל קוצר היריעה כאן והן בשים לב לכך שהנושא ראוי למאמר נפרד.

153 ראו, למשל, פקודת מאכל כשר לחיילים, התש"ט-1948, ע"ר 62; חוק בתי קברות צבאיים, התש"י-1950, ס"ח 258.

154 לאזכורים ולניתוחי פסיקה ראו קרמניצר ובנדור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 75-79. כן עיינו בבג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449 (1997); בבג"ץ 650/01 גרנות נ' צה"ל (נמחקה בתאריך 13.5.2001); בבג"ץ 6478/01 אנדר נ' צה"ל (לא פורסם, 29.4.2002); בבג"ץ 7384/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' שר הבטחון (נמחקה בתאריך 18.10.2010); בבג"ץ 3771/11 גולץ נ' בית הדין הצבאי לערעורים (נמחקה בתאריך 4.7.2011); בבג"ץ 6556/11 גליקמן נ' מפקד זרוע היבשה (טרם פורסם, 5.10.2011).

155 ראו הפ"ע 2.0201 "המטה המקצועי במטה הכללי", ס' 31 ו-32: הרב הצבאי הראשי; הפ"ע 3.0903 "שבתות ומועדי ישראל בצה"ל"; פ"מ 33.0207 "שירות משותף לחיילים ולחיילות בהיבט השיתוף הראוי"; פ"מ 34.0101 "כשרות"; פ"מ 34.0102 "כשרות – עובדי מטבח"; פ"מ 34.0103 "תקנון הכשרות במטבחים צבאיים"; פ"מ 34.0201 "שבתות, הימים הנוראים, מועדים, חגים וימי צום בצה"ל"; פ"מ 34.0205 "תקנון הכשרות לפסח"; פ"מ 34.0301 "בתי כנסת ותפילות בצה"ל"; פ"מ 34.0303 "השתלמות תורנית לחיילים דתיים"; פ"מ 34.0310 "שירותי דת לחיילים בני העדות הלא יהודיות"; פ"מ 34.0401 "נישואי חיילים והרשאה למתן גט"; פ"מ 35.0501 "ציוד דת אישי או יחידתי ותשמישי קבורה".

156 בבג"ץ תלמידי הישיבות, לעיל ה"ש 30, פס' 7 לפסק-דיני. עיינו גם דוד זולדן חרדים לגורלם (2009).
157 ראו עניין שליטנר, לעיל ה"ש 77; עניין פאר, לעיל ה"ש 97. השוו בבג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (טרם פורסם, 13.12.2006); דנג"ץ 1241/07 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (טרם פורסם, 14.10.2007). בבג"ץ הייב, לעיל ה"ש 96; בבג"ץ תלמידי הישיבות, לעיל ה"ש 30, פס' 12 לפסק-דיני.

פרק ד: משמעותה של הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא (בגרוסתו המורחבת) בהקשר של המוסר הצבאי (וטוהר הנשק)

צה"ל מחויב לא רק להגן על קיום המדינה ועל שלום אזרחיה ותושביה, אלא גם לשמור על רמה מוסרית גבוהה בכל פעילותו. חובה זו נובעת הן מהמשפט הפנימי והן מהמשפט הבינ-לאומי – במיוחד זה ההומניטרי, שהולך ומתפתח בעשורים האחרונים.¹⁵⁸ בפרק זה ננסה לבדוק אם הפרשנות שהוצעה על-ידינו לסעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא וכן לביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" משליכה אף היא על סוגיית "טוהר הנשק",¹⁵⁹ שצה"ל קיבל על עצמו לקיימו. נקדים ונאמר כי התשובה לשאלה זו חיובית. יתר על כן, המענה לשאלה זו מקרין על מקורות אפשיים שונים שניתן לדלות מהם חומר-רקע רלוונטי למושג "מדינה יהודית ודמוקרטית".

נפתח בכך שנציין כי יש תפיסה השואבת תכנים לעניין זה מהמשפט העברי¹⁶⁰ (שאותם יש לקרוא בכפוף לשני הסייגים שציינתי לעיל).¹⁶¹ גישה נוספת מוצגת על-ידי מי שכיהן כפרקליט הצבאי הראשי, השופט ד"ר מנחם פינקלשטיין, בספרו **הטור השביעי וטוהר הנשק**, המתאר את פעילותו של המשורר נתן אלתרמן, אשר כמוכיח בשער התריע בשנים הפורמטיביות של היישוב ושל צה"ל בראשית דרכו ויצא חוצץ נגד פעולות חריגות שבוצעו על-ידי צה"ל באותם ימים. הוא עשה זאת לעיתים תוך הפניה למקורות ולעיתים תוך רמיזה ללקחים מההיסטוריה היהודית. ראש הממשלה ושר הביטחון דאז דוד בן-גוריון הבחין בחשיבות הדברים,

158 ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** פרקים III–II (2006).
 159 למקורו של ביטוי זה, שאינו מוצלח במיוחד, ראו מנחם פינקלשטיין **הטור השביעי וטוהר הנשק – נתן אלתרמן על ביטחון, מוסר ומשפט 10–11**, ה"ש 3 (2011) (להלן: **פינקלשטיין הטור השביעי וטוהר הנשק**).

160 ראו משה דרורי "המלחמה ושללה – מן המקרא ועד ימינו" **פרשת השבוע 95** (תשס"ג); ירון אונגר "אל תירא אברם" – על מוסר הלחימה בישראל" **פרשת השבוע 230** (תשס"ו); מנחם פינקלשטיין "זרבים ישאלו: ואיך עשו בני יעקב הצדיקים המעשה הזה לשפוך דם נקי?" – טוהר הנשק בימים ההם בזמן הזה" **פרשת השבוע 235** (תשס"ו); אביעד הכהן "אני שלום וכי אדבר המה למלחמה" – משפט ומוסר בעת מלחמה" **פרשת השבוע 260** (תשס"ו); אביעד הכהן "משפט מוסר ומלחמה של המשפט העברי" (צפוי להתפרסם בקובץ **היובל לפרקליטות הצבאית**); אביעד הכהן "מה הוא רחום אף אתה רחום וחנון: על אכזריות ורחמנות בעולמה של מורשת ישראל" **כתם של עננה קלה: חיילים, צבא וחברה באינתיפאדה 325** (י' אליצור עורך, הוצאת הקיבוץ המאוחד, 2012); אביעד הכהן "משפט ומוסר בעת מלחמה" אביעד הכהן **פרשיות ומשפטים – משפט עברי בפרשיות השבוע 457** Paul Mendes-Flohr, *The Humanistic Ethic: Jewish Reflections 175*, in HUMANITY (2011) BEFORE GOD: CONTEMPORARY FACES OF JEWISH, CHRISTIAN AND ISLAMIC ETHICS (William Schweiker, Kevin Jung & Michael A. Johnson eds., 2006); Jack Bemporad, *Norms of War in Judaism*, in WORLD RELIGIONS AND NORMS OF WAR 106 (Vesselin Popovski, Gregory M. Reichberg & Nicholas Turner eds., 2009).

161 ראו לעיל ליד ה"ש 137.

ולאחר שפורסם שירו הקשה של אלטרמן "על זאת", ביקש רשות להדפיסו במאה אלף עותקים ולהפיצו לכל חיילי צה"ל, וכך אכן נעשה.¹⁶² בעקבות ההתפתחות האמורה ותוכחות נוספות שראה אלטרמן לפרסם, הופנם בצה"ל הכוח המוסרי-הביקורתי שביצירתו של אלטרמן, והן המפקדים והן מקבלי ההחלטות המעין-שיפוטיות בצבא ומחוץ לו ראו את עצמם מחויבים לשיטתו.¹⁶³ הנה כי כן, לפנינו מקור תרבותי נוסף המשתלב בעיצוב "יהדותה של המדינה" ומקריין על פעילות צבאה.¹⁶⁴

זיקת-גומלין אחרת נובעת מהנחיית הגורמים המשפטיים במדינה (ובראשם היועץ המשפטי לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי), מפסיקת בית-המשפט,¹⁶⁵ מדוחות של ועדות חקירה ממלכתיות וממשלתיות,¹⁶⁶ ומכתיבה עדכנית של מומחים לעניין.¹⁶⁷

כל אלה – בדונם מטבע הדברים בעיקר בסטיות מדרך הישר שהתרחשו – מצביעים ממילא, בדרך של הפקת לקחים, על מה שיש לעשות בהתאם לדין ולמוסר. מן המקורות הללו ניתן לגזור למצער שתי תובנות:

(א) "חוסנו ועוצמתו של צה"ל שואבים משני מקורות: האחד, חוסנו המוסרי, על הנורמות, הערכים ודפוסי ההתנהגות המונחים בבסיסו; והשני חוסנו הצבאי, הסומך בין השאר על המשאב האנושי והמקצועי."¹⁶⁸

(ב) "מבטחנו בכך, שאצלנו אין קולו של החוק נודם אפילו בשאון מעשי האיבה שמסביב..."¹⁶⁹

162 ראו פינקלשטיין **הטור השביעי וטוהר הנשק**, לעיל ה"ש 159, בעמ' 66. ראו גם שם, בעמ' 77–78, 154–155.

163 ראו, לדוגמה, עניין **אבו רחמה**, לעיל ה"ש 27, פס' 11 לפסק-דין.

164 עיינו מנחם מאוטנר "גייסות משולבים" **עורך הדין** 13, 126–129 (2011).

165 עיינו בג"ץ 320/80 **קוואסמה נ' שר הבטחון**, פ"ד לה (3) 113 (1980) (להלן: עניין **קוואסמה**); עניין **ג'מעית אסקאן אלמעלמן**, לעיל ה"ש 29; עניין **מורכוס**, לעיל ה"ש 24; דנג"ץ 2161/96 **שריף נ' אלון פיקוד העורף**, פ"ד נ (4) 485 (1996); בג"ץ 5872/01 **ברכה נ' ראש הממשלה**, פ"ד נו (3) 1 (2002); עניין **אבו רחמה**, לעיל ה"ש 27; בג"ץ 8707/10 **הס נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 3.2.2011).

166 עיינו "דין וחשבון ועדת החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בבירות התשמ"ג", פורסם ב**ספר יצחק פנן** 119, ובמיוחד בעמ' 152–153, המפנים לפרשת עגלה ערופה בהקשר של האחריות העקיפה (מנחם אלון, משה בן-זאב, אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ ומשה לנדוי עורכים, 1989). ראו גם פינקלשטיין **הטור השביעי וטוהר הנשק**, לעיל ה"ש 159, בעמ' 198–199, ה"ש 510; ועדה מיוחדת לבחינת פעולת סיכול ממוקד – צאלח שחאדה **דין וחשבון** (2011); הועדה הציבורית לחקירת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 – ועדת טירקל **דין וחשבון** חלק ראשון (2011).

167 ראו עמוס ידלין ואסא כשר "האתיקה הצבאית של לחימה בטרור: עקרונות ונימוקים" **מאזני משפט ו** 387 (2007).

168 השו"ב בג"ץ 1284/99 **פלונית נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נ"ג (2) 62, 69 (1999).

169 דברי השופט לנדוי בעניין **קוואסמה**, לעיל ה"ש 165, בעמ' 120.

מקור חלופי לאותה גישה ניתן למצוא במסמך "רוח צה"ל",¹⁷⁰ אשר אף שאין לו תוקף משפטי מחייב, מבטא, כפי שנאמר בו, את "תעודת הזהות הערכית של צה"ל". הערך של "טוהר הנשק" מנוסח במסמך זה כך:

"החייל ישתמש בנשקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אנוש אף בלחימה. החייל לא ישתמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע בבני אדם שאינם לוחמים ובשבויים, ויעשה כל שביכולתו למנוע פגיעה בחייהם, בגופם, בכבודם וברכושם."¹⁷¹

המסמך "רוח צה"ל" יונק מארבעה מקורות:

- (א) מסורת צה"ל ומורשת הלחימה שלו כצבא ההגנה לישראל;
- (ב) מסורתה של מדינת ישראל, על עקרונותיה הדמוקרטיים, חוקיה ומוסדותיה;
- (ג) מסורתו של העם היהודי לדורותיו;¹⁷²
- (ד) ערכי מוסר אוניוורסליים המבוססים על ערך האדם וכבודו, הנטועים בגישה הפילוסופית ההומנית.¹⁷³

יש לציין כי גם במכלול זה תרם פרופ' רובינשטיין רבות, ואך לאחרונה פרסם (יחד עם יניב רוזנאי) מאמר חדשני ופורץ-דרך¹⁷⁴ שהמוטו שלו הוא אמירתו הנוקבת של וינסטון צ'רצ'יל:

"It would not be right... that the Aggressor Power should gain one set of advantages by tearing up all laws, and another set by sheltering behind the

170 ראו לעיל ה"ש 54.

171 להפניה למסמך "רוח צה"ל" בהקשרים של מוסר צבאי וטוהר הנשק עיינו ע/62/03 (ערעורים צה"ל) **התובע הצבאי הראשי נ' אילין**, דינים-צבאי 03(22) 941 (2003); ע/20/12 (ערעורים צה"ל) **התובע הצבאי הראשי נ' חזן**, דינים-צבאי 12(9) 114 (2012); ע/66/05 (ערעורים צה"ל) **נ. ר. נ' התובע הצבאי הראשי**, דינים-צבאי 05(50) 613 (2005); ע/154/04 (ערעורים צה"ל) **התובע הצבאי הראשי נ' א.ר.**, דינים-צבאי 04(63) 1192 (2004); ע/153/03 (ערעורים צה"ל) **שגיאי נ' התובע הצבאי הראשי**, דינים-צבאי 04(43) 257 (2004).

172 ראו לעיל ה"ש 40 וה"ש 160. אשר מעוז, במאמרו הנזכר לעיל בה"ש 8, מראה כי זכויות האדם במשפטי העמים נלמדו במקרים רבים מהתנ"ך, מהמסורת היהודית ומהמשפט העברי. ראו בהרחבה: Asher Maoz, *Can Judaism Serve as a Source of Human Rights*, 64 HEIDELBERG J. INT'L L. 677 (2004).

173 **כשר אתיקה צבאית**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 9–18, 44–60; ETHICS, LAW AND MILITARY OPERATIONS 54–55, 148–172 (David Whetham ed., 2011).

174 Amnon Rubinstein & Yaniv Roznai, *Human Shields in Modern Conflicts: The Need for a Proportionate Proportionality*, 22 STAN. L. & POL'Y REV. 93 (2011).

innate respect for law of its opponents. Humanity, rather than legality, must be our guide."¹⁷⁵

המעגל נסגר אפוא כמעט, ואנו ניצבים לפני שער הסיום.

סוף-דבר

מאמר זה הראה כי צה"ל, אשר מחויב להגן על קיום המדינה ועל שלום אזרחיה ותושביה, מושפע מהמתח סביב זהות המדינה, המוגדרת כמדינה יהודית ודמוקרטית. ראינו כי חוקי-יסוד: הצבא מקבע את הזיקה שבין צבא הגנה לישראל לבין מדינת-ישראל, ומעלה אותה לרמה חוקתית על-חוקית, כאשר הוא קובע, בין היתר, בסעיף 1 שבו, כי "צבא-הגנה לישראל הוא צבאה של המדינה". קריאת הסעיף בכפופות לקביעה כי ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית מלמדת על ההשלכות הנרחבות שיש לדבר לגבי צה"ל הן "כלפי חוץ" (מדינות אויב וגורמים עוינים, מדינות אחרות בקהילה הבין-לאומית, העם היהודי בתפוצות, האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים הנתונים בשליטת צה"ל, וכן רשויות המדינה האחרות, לרבות הדרג האזרחי המופקד על צה"ל) והן "כלפי פנים" (החילים בצה"ל ואזרחים עובדי צה"ל). עובדת היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית מחברת את צה"ל אל תולדות העם היהודי בעבר, מרחיבה את ייעודיו של צה"ל בהווה (הגנת העם היושב בציון, השתתפות במטלות לאומיות, דאגה לעם היהודי בתפוצות וסיוע הומניטרי לאומות אחרות) ואף נושאת פנים לעתיד (הרתעה וביצור של מעמדה הבטחוני והמדיני של ישראל).

לנוכח השיח הציבורי המתמיד באשר למתח הקיים והמובנה במושג "מדינה יהודית ודמוקרטית", רק ימים יגידו כיצד אפיונה זה של המדינה ישפיע על עתידו של צה"ל ועל ייעודו. בעבר לא היה צורך במאמר מעין זה, שכן די היה בכמה הערות-שוליים של פרופ' רובינשטיין להביא לידי שינוי במצב המשפטי הנוהג (כך קרה, כאמור, לאחר מלחמת יום-הכיפורים לגבי מקור הסמכות של פקודות הצבא, וכך אף אירע ביחס לקיומו של "מסע ההתעוררות" בצה"ל). לימים, כאשר המציאות המשפטית והחברתית בישראל השתנתה בעקבות מלחמת יום-הכיפורים ונעשתה מורכבת יותר, תרם פרופ' רובינשטיין – כמדינאי, כמכונן וכמחוקק – לביסוס התשתית החוקתית והחוקית הראויה במדינת-ישראל, והכל כדי להובילנו למחוזות בטוחים יותר. עם זאת, הדברים טעונים עתה פרשנות, ואת זאת ניסינו להציע בהקשר של צה"ל, ברוח חזונו של פרופ' רובינשטיין, אשר הקדיש הרבה מעיתותיו ומן היצירתיות שבו למשמעות היותנו מדינה

WINSTON S. CHURCHILL, THE SECOND WORLD WAR: THE GATHERING STORM 547 175 (1948).

יהודית ודמוקרטיה. ראיתי מקום לפיכך לכתוב את הדברים בזהירות המתחייבת, בבחינת תלמיד ההולך אחר רבו.

ביני לביני המריא פרופ' רובינשטיין, כדרכו, אל מרחבים ואופקים חדשים, והוא מרפז עתה את פעילותו בניסיון לבסס את עמדתנו ומעמדנו בעולם, במאמצים לתקן את קלקולי המשטר בישראל, והכל לצד תחום חדש – ספרות – שגם אליו הוא פרץ לאחרונה בעוז ובהצלחה, כיד כשרונו וכוח דמיונו הפורה.

לא נותר לנו אפוא אלא לאחל לפרופ' רובינשטיין ולמשפחתו כי אבן האודם המרומזת בשמו תמשיך להפיץ אור יקר, וכולנו נזכה ליהנות הימנה עוד לאורך שנים רבות.