


זכויות חוקתיות של חיילים בצה"ל - במלאת 30 שנה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

לפני 30 שנה נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק רומם את מעמדן של זכויות האדם למעמד של זכויות בעלות מעמד חוקתי. בצד זאת, לשירות בצה"ל מאפיינים ייחודיים, המחייבים יחס שונה ונקודת איזון ייחודית בין זכות החיילים ובין המאפיינים הייחודיים של השירות הצבאי. במאמר זה נפרט על מלאכת האיזון המורכבת


החלטות הצבא אף נתונות לביקורת שיפוטית, ובמקרים חריגים מצא בית המשפט להתערב בהן, בהתבסס על אמות המידה של המשפט המנהלי. דוגמה ידועה לכך ניתן למצוא בפרשת ניר גלילי, שבה בוטלה החלטה להעניק לקצין דרגת אלוף בשל התנהגותו בעבר.³ לאחרונה התערב בית המשפט בהחלטה להדיח קצין מצ"ח מתפקידו, בהתבסס על עילות במשפט המנהלי, ובעיקרן היעדר תשתית עובדתית מלאה לביסוס ההחלטה.⁴

כאמור, מדובר במקרים מועטים ביותר - אז, כמו היום, בתי המשפט רואים את ההתערבות בשיקול הדעת הצבאי כחריגה מאוד ושמורה למקרי קיצון. אולם חשוב להכיר כי ביקורת שיפוטית על החלטות הצבא התקיימה עוד לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר הביא לעולם את "המהפכה החוקתית".

אלופה יפעת תומר ירושלמי,
הפרקליטה הצבאית הראשית



רס"ן ד"ר רונן פוליאק,
רמ"ד מיסוי מוניציפלי (מקרקעין),
אגף התכנון ובניין הכוח הרבי-זרועי



חוק יסוד: הצבא *

1.	צבא-הגנה-לישראל הוא צבאה של המדינה.	מותח
2.	(א) הצבא נתון למרות הממשלה. (ב) חשר ממונה טעם הממשלה על הצבא הוא שר הבטחון.	כסיוות לשרות האזרחות
3.	(א) הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי. (ב) ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הבטחון. (ג) ראש המטה הכללי יתמנה בידי הממשלה לפי המלצת שר הבטחון.	ראש המטה הכללי
4.	החובה לשרת בצבא הגויסו בצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו.	חובה שירות גויס
5.	המטכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק או מכוחו.	הוראות ופקודות בצבא
6.	אין להקים או לקיים כוח מווייני מחוץ לצבא-הגנה-לישראל אלא על פי חוק.	כוחות מוויינים אזרחיים

יצחק רבין
ראש הממשלה

אסירים קצרים
בשיא המדינה

* נתקבל בכנסת כיום כ"ט באדר ב' תשל"ו (31 במרץ 1976); תצעת חוקיו ודבריו הסבר פורסמו בה"ח 1197, תשל"ה, עמ' 418.

"זכויות האדם המוגנות בחוק היסוד הן גם זכויותיו של החייל המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות" (נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק).¹

צה"ל, ככל גוף השייך לרשות המבצעת, הוא רשות מנהלית. הוא פועל מכוח חקיקה מפורשת, ובראשה חוק יסוד: הצבא, הוא נתון למרות הממשלה, ומוקנות לו סמכויות רחבות שמפקדיו רשאים להפעיל. ככל בעלי סמכות מנהלית, גם מפקדי צה"ל מחויבים לפעול בגדרי סמכותם, כשהם מונחים על-ידי שיקולים ענייניים באופן הגון ולא שרירותי.² בהתאם לכך, מערכת היחסים שבין צה"ל לחייליו הייתה כפופה תמיד לאמות מידה הנגזרות מתחום המשפט המנהלי, המסדיר את הכללים שלפיהם פועלים גופים שלטוניים.

אם כך, מהו השינוי שהביאה עימה אותה "מהפכה", וכיצד משפיע מצב הדברים הנוכחי על צה"ל ועל מפקדיו? טרם נפנה לשאלה זו, נזכיר כי "מהפכה חוקתית" היא מונח המשמש לתיאור השינוי שהתרחש בישראל, כתוצאה מחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בצד חוק יסוד: חופש העיסוק), ומההכרה המפורשת בסמכותם המפורשת של בתי המשפט להעביר תחת שבת ביקורתם את חקיקת הכנסת, כדי לבחון את התאמתה לחוקי היסוד.⁵ כפי שנכתב בחוק היסוד עצמו, רשויות השלטון לא יכולות עוד לפגוע בזכויותיו של אדם, אלא "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק היסוד).

מערכת היחסים שבין צה"ל לחייליו הייתה כפופה תמיד לאמות מידה הנגזרות מתחום המשפט המנהלי, המסדיר את הכללים שגופים שלטוניים פועלים לפיהם. החלטות הצבא אף נתונות לביקורת שיפוטית, ובמקרים חריגים מצא בית המשפט להתערב בהן, בהתבסס על אמות המידה של המשפט המנהלי

ביחס לצה"ל, נקבעה בחוק נקודת איזון שונה וייחודית. סעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע כי ניתן להגביל את זכויותיהם של חיילי צה"ל (ועובדים בארגוני הביטחון האחרים), רק "לפי חוק" ו"במידה שאינה עולה על הנדרש מאופיו ומהותו של השירות". כלומר, בשונה מאזרחים, הגבלת זכויות היסוד של חיילים לא חייבת להיעשות "בחוק" (או מכוח הסמכה מפורשת בו), אלא גם "לפי חוק" - קרי, בהתאם לסמכותם הכללית של מפקדי הצבא להתקין פקודות.

בצד זאת, הכיר חוק היסוד מפורשות בייחודו של הצבא, המצריך לעיתים גישה שונה בנוגע להגבלת זכויות החיילים, בהשוואה לאזרחים - כזו המותאמת ל"אופיו ומהותו של השירות". למעשה, יש כאן הכרה בשני רבדים של ייחודיות המסגרת הצבאית:

הרובד הראשון, הוא ההכרה בצורך הייחודי של המסגרת הצבאית ליצור נורמות מחייבות כלפי החיילים המשרתים בשורותיה, אשר מתבטא בסמכות מפקדים לפעול "כמעין מחוקקים" ולקבוע נורמות מחייבות בפקודות הצבא (בהתאם לחוק השיפוט הצבאי).⁶ הרובד הנוסף, הוא ההכרה באיזון השונה הנובע מייחודיותו של הצבא. כך, בעוד סעיף 8 זכה לכינוי "פסקת ההגבלה", מוכר סעיף 9, בתור "פסקת ההגבלה הביטחונית". קיים דיון ער בין משפטנים, בשאלה האם "פסקת ההגבלה הביטחונית" עומדת בפני עצמה, או שאיננה אלא מקרה פרטני של פסקת ההגבלה העיקרית.⁷ קצרה היריעה מלהקיף סוגיה עיונית זו במאמר קצר, אך מעניין יהיה להמשיך ולעקוב כיצד ישליך הדיון על התפתחות השפעתה של המהפכה החוקתית על צה"ל.

המשמעות המעשית של המהפכה החוקתית בצה"ל גלומה אפוא, בנדבך חדש המתווסף לסל הדרישות על-פיו נבדקת חוקיות הפגיעה בזכויות חיילים - הסטנדרט החוקתי. מגבלה זו הולידה את הפרשה הראשונה בישראל שבה ביטל בית המשפט העליון חקיקה ראשית, והוא עשה כן בהקשר של המשפט הפלילי הצבאי. בפרשת צמח,⁸ נדון תיקון לחוק השיפוט הצבאי, אשר קבע כי שוטר צבאי יכול להורות על מעצרו של חייל החשוד בעברה לתקופה של 96 שעות, לפני הבאתו בפני שופט לבחינת הארכת מעצרו. תיקון זה קיצר למעשה את פרק הזמן שבו ניתן היה לעצור חייל - משמונה ימים לפני התיקון, לארבעה ימים. למרות שהתיקון היטיב את מצבם של חיילים, קבע בית המשפט העליון כי הפגיעה שבמעצר ממושך לפני הבאה בפני שופט איננה עומדת במבחן החוקתי, במיוחד כאשר הטעמים לתקופת המעצר הממושכת נגעו למשאבים העומדים לרשות הצבא, ולא דווקא לצורך ביטחוני מהותי. בהתאם, בשנת 2000 תוקן חוק השיפוט הצבאי, ופרק הזמן למעצרו של חייל לפני הבאתו בפני שופט הועמד על 48 שעות (ובהמשך התקצר יותר). סנונית ראשונה זו לימדה כי למגבלה החוקתית הקבועה בפסקת ההגבלה הביטחונית, נודעת חשיבות ממדרגה ראשונה לחיי המעשה בצבא. ברבות השנים הפכה פסקת ההגבלה הביטחונית לכור ההיתוך של נורמות משפטיות חדשות, שנקבעו בחקיקה ראשית ובפקודות הצבא, ושנוצרו בנקודת המפגש שבין ההגנה החוקתית על זכויותיהם של חיילי צה"ל, ובין צורכי הצבא, כפי שאלה מתחייבים מאופיו וממהותו.

רבות השנים הפכה פסקת ההגבלה הביטחונית לכור ההיתוך של נורמות משפטיות חדשות, שנקבעו בחקיקה ראשית ובפקודות הצבא, ושנוצרו בנקודת המפגש שבין ההגנה החוקתית על זכויותיהם של חיילי צה"ל, ובין צורכי הצבא, כפי שאלה מתחייבים מאופיו וממהותו

המשפט הפלילי והזכויות החוקתיות בצבא

אחד התחומים המרכזיים שבו ניכרת השפעתה של פסקת ההגבלה הביטחונית, ובו החשש מפגיעה בזכויותיהם של חיילים הוא המהותי ביותר הוא המשפט הפלילי. עליית קרנה של הזכות החוקתית להליך הוגן לא פסחה על מדיניות צה"ל והפרקליטות הצבאית, למשל, בכל הנוגע למעצר חיילים. בעקבות פרשת צמח, נקבעה בחוק השיפוט הצבאי תקופת מעצר מרבית של 48 שעות עד להבאה בפני שופט צבאי.⁹ בשנת 2015 קיצר צה"ל ביוזמתו, וכעניין של מדיניות, את תקופת המעצר ל-24 שעות, למעט בעבירות של היעדרות מהשירות שלא ברשות או עריקה; ובשנת 2017 הוגשה עתירה לבג"ץ ובה דרישה להורות לצה"ל לקצר את תקופת המעצר גם ביחס לעבירות אלה.¹⁰



מעצר בכלא צבאי (קרדיט: דובר צה"ל).

דוגמה נוספת לנקודת האיזון החוקתית הייחודית בצבא אפשר למצוא במדיניות העדכנית של הפרקליטות הצבאית (משנת 2017) בעניין ההסדרים המותנים, שהתקבלה בהתחשב במגמות ובתמורות שחלו בנושא במערכת האזרחית, ותוך בחינת צורכי הצבא.

המדיניות עוגנה בהנחיית התביעה הצבאית הראשית מס' 3.07 "הסדרים מותנים והסדרי הקפאה", הקובעת מנגנון מנהלי ביחס לעבירות מסוימות: עבירות סמים בנסיבות אזרחיות, עבירות רכוש בתנאים מסוימים, התחלות או השתמטות מפעולה ועבירות במסמכים צבאיים. מנגנון זה מאפשר לחייל להשלים שירות צבאי תקין ותורם, תוך סגירת התיק לאחר שהחייל מילא אחר תנאי ההסדר שלהם התחייב.

על-פי ההנחיה, מטרת ההסדר לשמש "כלי אכיפתי מידתי המאפשר הלימה טובה יותר בין חומרת העבירה וכלל נסיבותיה, לבין התגובה החברתית הננקטת כלפי העבריין".¹⁴

פסיקת בתי הדין הצבאיים משקפת אף היא את חשיבות ערך ההגנה על זכויות חוקתיות של חיילים. כך, למשל, בנושא העילות המצדיקות את מעצרו של חייל לאחר שהוגש בעניינו כתב אישום וטרם הורשע בדין.

במערכת המשפט הצבאית פיתחו בתי הדין הצבאיים במהלך השנים עילות למעצר, אך אלה מעולם לא עוגנו במפורש בחוק השיפוט הצבאי. בצד עילות מעצר הדומות לאלה הקיימות באזרחות - המבוססות על החשש לשלום הציבור, או על החשש משיבוש ההליך המשפטי - נקבעו בצה"ל שתי עילות ייחודיות: הפגיעה במשמעת הצבא, וחומרת העבירה.

בשנת 1995, בהחלטה בעניין ויסאם,¹⁵ שם דובר על עבירות של העברת תחמושת צבאית (רימוני רסס) לידי אזרח ללא כל הרשאה, עמד בית הדין הצבאי לערעורים על השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הפרשנות והיישום של עילות המעצר הייחודיות לצבא. נקבע כי יש לפרש עילות אלה בצמצום, המתבטא בשני אופנים: ראשית, שתי העילות הייחודיות לצבא - חומרת העבירה, והפגיעה במשמעת הצבא - הן למעשה עילת מעצר אחת, הנבחנת לפי חומרתה של העבירה בהקשרה הצבאי; שנית, כי את העילה האחת יש לפרש בצמצום.

בעקבות העתירה, שנשמכה על נימוקים חוקתיים, נערכה בצה"ל עבודת מטה נרחבת, ובסופה התחייבה המערכת הצבאית כי לאחר השלמת המעבר לקריית המשפט האחדה ("נווה צדק"), תקוצר תקופת המעצר הראשוני ל-24 שעות גם ביחס לעבירות של היעדר מן השירות. על בסיס התחייבות זו נמחקה העתירה. ואכן משהושלם לאחרונה המעבר לקריה המשפטית החדשה, פועל צה"ל בהתאם להתחייבותו האמורה.

מדיניות זו, שצה"ל החיל על עצמו מעבר לחובתו על-פי החוק, היא דוגמה מובהקת להחלת הנורמות המתחייבות מהגנה חוקתית על זכויות החיילים במערכת המשפט הצבאית, בדמות בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית לחירות פחותה, גם אם הוא כרוך בהקצאת משאבים מצידו של הצבא.

במישור החקיקה ראוי לציין את תיקון מספר 63 לחוק השיפוט הצבאי משנת 2011,¹¹ שחולל רפורמה בכל הנוגע לרישום הפלילי של חיילים שהורשעו בבתי דין צבאיים.

עד לתיקון, מרבית ההרשעות בבתי הדין הצבאיים היו כרוכות ברישום פלילי מלא, שפגע בחיילים בבואם להשתלב באזרחות. בהתחשב בשיקולים הייחודיים לשירות הצבאי ולעבירות הנעברות במסגרתו, קבע התיקון הסדר ייחודי של רישום פלילי מופחת, בעבירות שאינן חמורות.¹²

התיקון, פרי יוזמה של הפרקליטות הצבאית בשיתוף עם גורמי צה"ל השונים, בא מתוך ההכרה כי ראוי לצמצם את הפגיעה הנמשכת בחיילים עקב הרשעתם בעבירות חמורות פחות, תוך מתן ביטוי לאופיו הייחודי של הצבא, ולצורכי אכיפת החוק הייחודים לו (לעבירות שביצוען בצבא מקנה להן חומרה מיוחדת, כמו עבירות סמים).

אם בעבר הובילה מלאכת איזון זו למסקנה כי בצה"ל יש הצדקה לשימור האפשרות לרישום פלילי מלא בגין הרשעה בעבירה,¹³ הרי שאותה מלאכת איזון, כאשר היא נעשית בראי הזכויות החוקתיות, תוך התחשבות בהתפתחויות החברתיות ובמציאות הדינמית, הובילה למסקנה אחרת וליצירת כלים מותאמים שישמרו את ייחודו של הצבא, אך בה בעת יאפשרו הכרה משמעותית יותר בזכויות חיילים.

הביקורת השיפוטית על פקודות הצבא ומדיניותו בראי חוק היסוד

השפעתה של פסקת ההגבלה הביטחונית רחבה הרבה יותר מהשפעה על תחום המשפט הפלילי לבדו. הפסקה מאפשרת פגיעה מסוימת בזכויותיהם של חיילי צה"ל, כאשר זו נעשית "לפי חוק", כלומר בהתאם לסמכותם הכללית של המפקדים לקבוע הוראות כפי שזו מוענקת להם בחוק. אולם, גם על פגיעה זו להיות מידתית, וזאת בהתאם למהותו ואופיו של השירות. עקרון זה קיבל ביטוי משמעותי בכמה מקרים שבהם הובאה מדיניות צה"ל, כפי שנקבעה בפקודות הצבא, לביקורת של ערכאות שיפוטיות.

המקרה הידוע ביותר הוא התערבותו של בית המשפט העליון בפרשת אליס מילה.¹⁹ באותו מקרה עמד עקרון השוויון, שביט המשפט קבע כי ניתן לו מעמד רם יותר בעקבות חוקי היסוד, בבסיס החלטה שלפיה לא ניתן להבחין בין נשים לגברים לעניין שירותם הצבאי, אלא מטעמים ענייניים המצדיקים יחס מבחין ושונה.

בכל הנוגע לקורס הטיס נקבע, כי צה"ל לא הצליח להצביע על שוני רלוונטי. פסיקה זו של בית המשפט אף הובילה לתיקון החוק, כך שהמחויבות לשוויון הזדמנויות בשירות הצבאי עוגנה בחוק שירות ביטחון.²⁰

בית הדין הכיר אמנם בפגיעה שיש בקיומה של עילה המבוססת על הרצון להרתיע את חיילי צה"ל, ולא דווקא על חשש הנובע מהעצור עצמו, אך עמד על העובדה שבצה"ל, גם לאחר "המהפכה החוקתית", עומדת ההצדקה שבקיומה של עילת מעצר הרתעתית עצמאית. בית הדין הסביר כי יש קושי ייחודי בצבא עם שחרורו של מי שנאשם בעבירה חמורה עד לגמר ההליכים בעניינו, כאשר חברו שנתפס בעבירה קלה יותר ועמד לדין משמעותי נשלח מיד למחבוש. גם בעניין בן חמו,¹⁶ שם דובר על עבירות של שימוש בסמים על-ידי חייל, חזר בית הדין לערעורים על הקביעה כי ראוי לפרש בצמצום את עילת המעצר המבוססת על שיקולי הרתעה, וציין כי הצדקת קיומה לאחר חקיקת חוק היסוד אינה מובנת מאליה. הלכה זו שרירה וקיימת גם כיום.¹⁷

כך הכיר בית הדין בהשפעתו של חוק היסוד על עילות המעצר בצה"ל, וקבע כי החוק מחייב את צמצומן על דרך של איחוד שתי עילות לאחת ופרשנותה באופן מצמצם, ובד בבד הכיר בייחודו של צה"ל באופן המחייב שימורה של עילת מעצר שבצידה תכלית הרתעתית, ויישומה ביחס לעבירות שנועדת להן חומרה מיוחדת כאשר מבצעה הם חיילים.



טייסות בחיל האוויר (קרדיט: דובר צה"ל).

פסיקת בתי הדין הצבאיים משקפת אף היא את חשיבות ערך ההגנה על זכויות חוקתיות של חיילים. כך, למשל, בנושא העילות המצדיקות את מעצרו של חייל לאחר שהוגש בעניינו כתב אישום וטרם הורשע בדין. במערכת המשפט הצבאית פיתחו בתי הדין הצבאיים במהלך השנים עילות למעצר, אך אלה מעולם לא עוגנו במפורש בחוק השיפוט הצבאי

בתחום המשפט הפלילי אפשר להצביע על שורת התפתחויות, המעידות על נקודת האיזון החוקתית הייחודית לצבא. מצד אחד, הכרה שחיילים, כמו אזרחים, זכאים להגנה החוקתית שמעניק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; מצד אחר, הכרה שאופיו של הצבא ומהותו מחייבים יחס מותאם לסוגיות השונות העומדות בפניו, ונוגעות לזכויותיהם של חיילים.

ואכן, כאשר פורסמה לאחרונה הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, שנועדה להעניק מעמד חוקתי לזכות הליך הוגן במשפט פלילי, באופן עצמאי ונפרד מחוקי היסוד הקיימים, צוין בדברי ההסבר כי "בכל הנוגע ליישום זכויות היסוד בהליך פלילי המתנהל במערכת השיפוט הצבאית, ברי כי יילקחו בחשבון בהקשרים המתאימים מאפיינים ייחודיים של מערכת זו וצרכיו המיוחדים של הצבא [...] ובכך תישמר ייחודיותה של המערכת הצבאית".¹⁸

השפעתה של פסקת ההגבלה הביטחוניית רחבה יותר מההשפעה על תחום המשפט הפלילי לבדו. הפסקה מאפשרת פגיעה מסוימת בזכויותיהם של חיילי צה"ל, כאשר זו נעשית "לפי חוק", כלומר בהתאם לסמכותם של הכללית המפקדים לקבוע הוראות כפי שזו מוענקת להם בחוק. אולם גם על פגיעה זו להיות מידתית, וזאת בהתאם למהותו ואופיו של השירות

ההחלטה בדבר הדחת העותר התקבלה בהתאם לסמכות הקבועה בפ"מ (פקודת מטכ"ל) 31.1012 "הרחקת צוער מקורס קצונה - כללים, סמכויות ונהלים". היא לא נעשתה משום שהעותר התבטא בפומבי כחייל בנושאים מדיניים או צבאיים (נושא המוסדר בפ"מ 8.0105), אלא מכיוון שאמר דברים שאינם עולים בקנה אחד עם המצופה והנדרש מצוער בקורס קצינים. בית המשפט העליון דחה את העתירה וקבע, בין היתר, כי שיקול הדעת המוקנה לצה"ל בכל הנוגע להחלטות מקצועיות, ובפרט להחלטות שעניינן שיבוץ והכשרה של חיילים ומפקדים, הוא רחב, והיקף ההתערבות של בית המשפט בהן מצומצם.

מקרה נוסף הוא תיקון פקודות הצבא בנוגע לדמי קיום לחיילים בשירות חובה (הפ"ע 3.0521 ופ"מ 35.0201), בעקבות עתירתו של עו"ד לורך בנושא.²⁶ בעתירה נטען כי גובה דמי הקיום של חיילי החובה אינו סביר, ופוגע בזכות לקיום בכבוד. בעקבות העתירה נערכה בצה"ל עבודת מטה מקיפה ומעמיקה, בהובלת אכ"א ובהשתתפות קציני הפרקליטות הצבאית. בסופה, מחק בית המשפט העליון את העתירה, לאחר שמשדד הביטחון וצה"ל התחייבו להצמיד את דמי הקיום למדד המחירים לצרכן, לבחון אותם באופן עיתי ולקבוע קריטריונים לקביעתם בפקודות הצבא.

עיצוב פקודות הצבא ברוח העקרונות החוקתיים

השפעתה של "המהפכה החוקתית" אינה מתמצית בביקורת שיפוטית חיצונית. צה"ל הפנים את הערכים הנוגעים להגנה על זכויותיהם של חיילי צה"ל, ואת הצורך לתור אחר נקודות איזון נכונות. דוגמה לכך היא תהליך התקנת פקודות הצבא. פקודות קובעות נורמות מחייבות החלות כלפי כל חיילי צה"ל - בבחינת "דין" ממש²⁷; בד בבד הליך התקנתן ותיקונן מהיר ויעיל בהשוואה לחקיקה ראשית, ומאפשר להגיב באופן מהיר ואפקטיבי להשתנות העיתים. המחשה להתאמות ביחס למרחב המתעדכן כל העת, נוגעת למרחב הרשתי, המצריך עדכון תדיר של הנורמות החלות בו, לצורך מניעת החשש כי "כלי המשפט שבידינו לא יסכינו עוד לשימוש יעיל ביישומם על דרכי הטכנולוגיה החדשה".²⁸

בשנת 2018 התפרסמה פ"מ 08.107 "שימוש חיילים במרחב הרשתי", במטרה להתמודד עם המציאות הטכנולוגית החדשה, שבה נעשה המרחב הרשתי למרחב מרכזי לביטוי, המשולל לכיכר העיר" החדשה. הפקודה הסדירה את כללי הביטוי של חיילים במרחב הרשתי, כדי לשמור על אופיו הממלכתי של הצבא - ערך שזכה ממש לאחרונה לעיגון ברוח צה"ל²⁹ - ועל ביטחון המדינה. בשל הרצון לצמצם את המגבלות על התבטאויות חיילים במרחב הרשתי, הבחינה הפקודה בין רשתות חברתיות לתוכנות להעברת מסרים מיידיים (כמו ווטסאפ), כך שעיקר המגבלות הוחלו על רשתות חברתיות, שהפעילות בהן היא, ככלל, בעלת אופי פומבי.

השפעתה של "המהפכה החוקתית"
אינה מתמצית בביקורת שיפוטית
חיצונית. צה"ל הפנים את הערכים
הנוגעים להגנה על זכויותיהם של
חיילי צה"ל, ואת הצורך לתור אחר
נקודות איזון נכונות. דוגמה לכך היא
תהליך התקנת פקודות הצבא

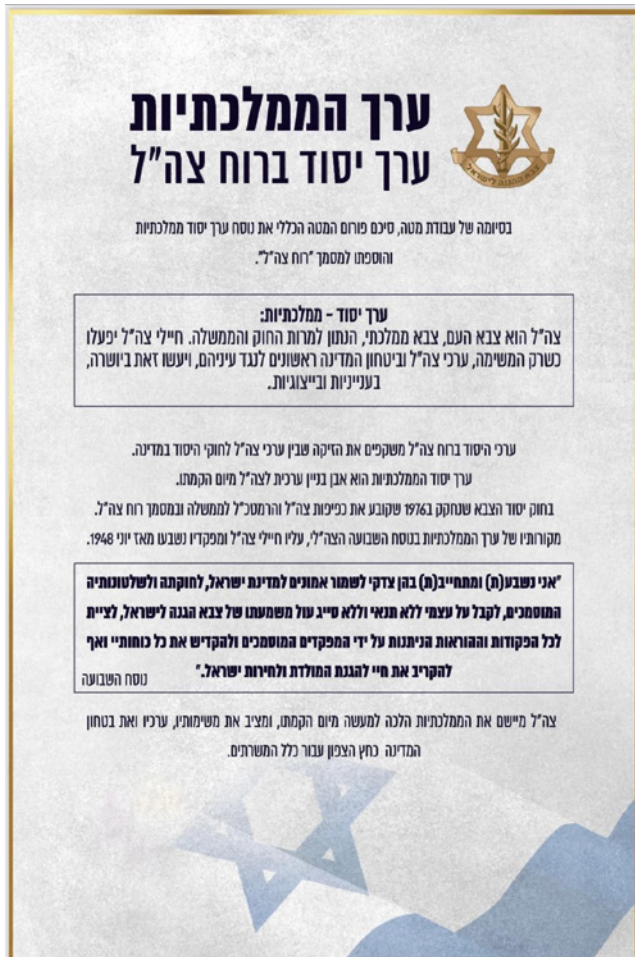
דוגמה מעניינת נוספת בהקשר זה, עניינה בעתירות שהוגשו נגד צה"ל בעניין הוראות אכ"א 01-05-33 "כללי ההופעה והלבוש" שנגעו בגידול זקן.

האיזון שאלי הגיעו רשויות הצבא, היה לתקן את הפקודה כך שתאסור על גידול זקן (או שפם), תוך מתן אפשרות לקבלת היתר חריג מטעמים אישיים או דתיים, כאשר גידול הזקן מהווה חלק מדמותו ומהווייתו של החייל, הן כשמדובר באדם דתי והן כשמדובר באדם חילוני.²¹ איזון זה התבסס על פסיקה קודמת של בית המשפט העליון, שעסקה בחובת מערכת הביטחון להעמיד ערכות מגן מותאמות לבעלי זקן, וקבעה שזכות זו עומדת גם למי שאיננו זקן מטעמים אישיים שאינם דתיים דווקא.²²

בצד המדיניות העקרונית, רשויות הצבא פעלו כדי להקנות זכות ערעור לחייל, בפני מפקד בכיר, על ההחלטה הפיקודית שלא להתיר גידול זקן, ועוגנו כללים פרוצדורליים נוספים במטרה להבטיח את תקינות ההליך. העתירות שהוגשו נגד ההסדר נמחקו בלא שניתנו פסקי דין עקרוניים,²³ כאשר בתגובות המדינה הוסבר כי המדיניות העדכנית ויישומה מגלמים מתן משקל ראוי הן לערך המשמעת בצה"ל, העומד ביסוד ההגבלות הללו, והן לאכויותיהם של חיילים; וכי בצה"ל יש מנגנוני בחינה ובקרה פנימיים נאותים להבטחת טיפול נכון בנושא.

בעניין אחר הנוגע לערך המשמעת בצה"ל קבע בית המשפט העליון, כי מדיניות צה"ל שמחייבת כלואים בבסיס כליאה צבאי ללבוש מדי כלואים בעת תפילה בבית הכנסת שבבסיס הכליאה, היא חוקית.²⁴ השופט סולברג כתב כי העותר: "לא אמר מילה על מה ולמה יצא הקצף על מדי צה"ל, מדוע הוא מסרב ללבשם. על פני הדברים, מסופקני אם נכון 'לקדש' מאבק עקרוני בעניין זה; רצון טוב ושכל ישר יוכל להביא לפתרון הולם".

עוד בזיקה לערך המשמעת בצה"ל ראוי לציון דחיית העתירה בעניין טל נגד מפקד בה"ד 1.²⁵ באותו מקרה, הודח העותר מקורס הקצינים, לאחר שבטקס לציון יום הזיכרון הממלכתי לרצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל התבטא: "למה בטקס לזכר רבין צריך להזכיר את אלטלנה - אם הייתה סיטואציה שבה רבין היה צריך לאבד את חייו, זה תוך כדי שהוא אוחז בתותח ויורה על היהודים בספינה".



כמו כן, הפקודה יצרה הפרדה ברורה בין הגבלות החלות מטעמי שמירה על אופיו הממלכתי של הצבא, ובין הגבלות מטעמי ביטחון מידע שמטרתן למנוע דלף מידע במרחב הרשתי.

נוסח הפקודה, וההיגיון העומד בבסיסה, הותאמו לאתגרים שזוהו באותה העת - ואפשר שיצריכו בעתיד התאמות נוספות, בשים לב להתפתחויות הטכנולוגיות - אך במהותם מבטאים את האיזון החוקתי הייחודי לצה"ל.

דוגמה נוספת הקשורה אף היא לחופש הביטוי של חיילים, נוגעת לעדכונה של פ"מ 8.0105 "פעילות ציבורית של אנשי צבא, התבטאויות פומביות וקשר עם עיתונאים, עם הציבור ועם הדרג הממלכתי הבכיר".

ביחס לפקודה זו עלו טענות כי היא פוגעת שלא כדין בחופש האסיפה ובחופש ההתאגדות, כזכויות חוקתיות הנתונות גם לחיילי צה"ל. הנימוק העומד בבסיס הגבלת חירויות אלה של חיילים, ביחס לאזרחים, הוא הצורך להבטיח כי הצבא ייוותר א־פוליטי. בצד זאת, נמצא כי ראוי לצמצם את הפגיעה בזכויות אלה.

כך, בעוד הפקודה המקורית אסרה באופן קטגורי על השתתפות של חייל בכל הפגנה, היא נושאה אשר היא, הפקודה, בנוסחה העדכני, שינתה את ברירת המחדל, וכעת הכלל הוא כי חייל רשאי להשתתף בכל הפגנה, כאשר הפקודה מונה נסיבות מסוימות שרק בהתקיימן נאסר על חייל להפגין.

כך הדין גם ביחס לזכות לבחור ולהיבחר לתפקידים ציבוריים. בשנת 1996 ניתן פסק דין מעניין בעניינה של מור שמגה.³⁰ העותרת הייתה מועמדת בבחירות המקדימות ("הפריימריז") לרשימת הליכוד, ועתרה לאפשר לחיילי צה"ל להשתתף בבחירות המקדימות במפלגות השונות.

הרמטכ"ל באותה העת, רא"ל אמנון ליפקין־שחק, סבר כי אמנם ראוי לאפשר לחיילים להצביע בבחירות מקדימות למפלגות, אך בצד זאת יש להבטיח כי דרך ההצבעה תהיה חשאית ותמנע כל זיהוי לשייכותו הפוליטית של חייל זה או אחר. זאת, מתוך רצון לאזן בין זכותו של חייל להצביע בבחירות מקדימות, ובין השמירה הקפדנית על צה"ל כצבא עם ממלכתי, ולהרחיקו מפוליטיקה מפלגתית.

בית המשפט העליון דחה את העתירה, וקבע כי ההוראות הקבועות בפקודות הצבא מצויות במתחם האפשרויות החוקתיות הנתונות לצה"ל בבואו לאזן בין השיקולים.

עוד הדגיש בית המשפט הן את חשיבותה של הזכות לבחור ולהיבחר במשטר דמוקרטי, והן את מהותו הייחודית של הצבא בהקשר זה, וציין כי האיזון שנקבע עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.³¹

שנים לאחר מכן התעורר הצורך לעסוק בדילמה אחרת שעלתה אגב זכויות אלה, הפעם בדגש על זכותם של משרתי קבע להיבחר למשרה ציבורית.

מצד אחד עמדה הזכות להיבחר למשרה ציבורית, הנתונה גם לאנשי קבע, שרשאים להיכלל ברשימות מועמדים בבחירות לרשות מקומית או אף בבחירות לכנסת - זכות חוקתית הנתונה לכל אזרח.³² אולם למול זכות זו, עלה השיקול של שמירה על טוהר השירות, ומניעת ניצול של הזכות להיכלל ברשימות מועמדים במטרה להשתחרר מהתחייבות מוקדמת לשירות קבע שנטל על עצמו משרת הקבע.

בשנת 2017 הוליד הרצון לאזן בין שיקולים אלה תיקון להפ"ע 3.0501 "שירות קבע בצה"ל", ובו עוגנה האפשרות של "הפסקת שירות" למשך תקופה של עד שנתיים, אם נכלל משרת קבע ברשימת המועמדים בבחירות לכנסת או לרשות מקומית.

איגרת קצין חינוך ראשי בנושא ערך הממלכתי ברוח צה"ל.

הוראה זו ביטאה את האיזון בין הזכות להיבחר לחובת השירות, ואפשרה למשרת הקבע לממש את זכותו החוקתית להשתתף בתהליך הדמוקרטי, תוך שמירה על צורכי הצבא, באופן שהפסקת השירות תביא לכך שלא ייחשב למשרת בתקופת הבחירות - אך גם לא יסיים את שירותו הצבאי לפני שהסתיימה תקופת התחייבותו לשירות קבע.

בתיקון הפקודה יישם צה"ל את הרעיון החוקתי של פשרה ואיזון בין שיקולים נוגדים, כדבריו של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, בעניין מור שמגה: "ההסדר החוקתי אינו של 'הכל או לא כלום'; ההסדר החוקתי מבוסס על איזון ובקרה".³³

מתחם האפשרויות החוקתיות העומד בפני מקבלי החלטות בבואם לעצב את פקודות הצבא, ניכר גם בעבודת המטה שנערכה בשנים האחרונות לתיקון פ"מ 33.0207 "השירות המשותף".

עוד קודם לעדכונה בשנת 2017, עמדו הפקודה ויישומה במרכזו של הליך משפטי שנגע להדחתו של צוער מקורס קצינים עקב סירובו להשתתף בערב מורשת שבו שולבה שירת נשים.

בית המשפט העליון קבע כי אין מקום להתערב בהחלטת הצבא באותו מקרה.³⁴ בצד זאת, ולמרות אי ההתערבות במקרה הפרטני, מצאו רשויות הצבא לערוך עבודת מטה לעדכונה של הפקודה, שנועדה למלא את ייעודו המבצעי של צה"ל תוך שמירה על לכידות המסגרת הצבאית.



שירות משותף: תרגיל גדודי אריות הירדן (קרדיט: דובר צה"ל).

הזכויות החוקתיות והמפקדים

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והבשורה שהביא עימו ביחס לזכויותיהם החוקתיות של חיילי צה"ל, אינם עניין למשפטנים בלבד. מפקדי צה"ל מחויבים אף הם לערוך העליון של כבוד האדם - ובו גם לכבודו של כל משרת. עקרון כבוד האדם מונחל בצה"ל גם כעקרון חינוכי ואתי. כך, כבוד האדם הוא ערך יסוד במסמך רוח צה"ל, הנלמד בהכשרות המפקדים. ברוח צה"ל נקבע כי "צה"ל וחייליו מחויבים לשמור על כבוד האדם. כל אדם הוא בעל ערך שאינו מותנה במוצא, בדת, בלאום, במין, במעמד ובתפקיד חיילי צה"ל ומפקד".

בהתאם, הייעוץ המשפטי שניתן למפקדים מבקש להעמיד מראש דרכי פעולה אפשריות, שעומדות באמות המידה החוקתיות. היועץ המשפטי איננו מחליף את שיקול דעתו של המפקד, אלא מסייע בידו להבין ולהכיר את גדרי סמכותו ואת משרעת האפשרויות העומדות בפניו. בצד זאת, היועץ המשפטי פועל כדי להטמיע, בתוך מנעד השיקולים הרלוונטיים, את השיקולים המשפטיים והחוקתיים הנוגעים לעולם התוכן שהמפקד עוסק בו. בכך מסייעים היועצים המשפטיים גם בשכלול ודיוק מנעד השיקולים ששוקל המפקד, ובחיאוק ההחלטה בפני ביקורת שיפוטית עתידית.

זאת, שכן "ככל שבית המשפט ישתכנע כי הצבא מתייחס אל החוק בכבוד ומקפיד על אכיפת החוק, כך תגדל הנכונות של בית המשפט, כשהוא מבקר את החלטות הצבא, לנהוג כלפי הצבא בהערכה, אמון ואיפוק".³⁶

בפתח הפקודה שפורסמה בשנת 2017 נקבע כי: "מדיניות השירות המשותף מושתתת על היותו של צה"ל צבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ועל תפיסת צבא העם ולפיה משרתים בצה"ל חיילים בני כל המינים, הדתות והעדויות ותרומתם של כולם, גברים כנשים, חיונית להצלחתו של הצבא במילוי משימותיו. המדיניות קמה מתוך תפיסה ממלכתית, שוויונית וסובלנית, המעוגנת בערכי כבוד האדם וברוח צה"ל". העיקרון הפרשני, המבטא בעצמו את האיזון שבין צורכי הצבא הייחודיים לזכויותיהם של חיילים, מאפשר לבחון לאורו את יישום הפקודה בכל מקרה לגופו.

ההגנה על זכויות חוקתיות של חיילים אינה מתבטאת רק בצמצום הפגיעה של פקודות קיימות בזכויות. היא מקבלת גם ביטוי אקטיבי באמצעות יוזמה של פקודות חדשות, שיעגנו זכויות וזכאויות של חיילים. לעיתים היוזמה מקורה בהליכים משפטיים, כפי שהיה בעניין דמי הקיום; ולעיתים תוצר של ייעוץ משפטי יוזם של הפרקליטות הצבאית, יוזמה של מפקדים וגורמים מקצועיים שונים, ולרוב - תוצאה של שיח שוטף ועבודה משותפת של כלל הגורמים.³⁵ על הייעוץ המשפטי להתאים עצמו, בין היתר, להתפתחויות המשפטיות בנושא ההגנה על זכויות חוקתיות ולהתרחבות ההכרה בזכויות חוקתיות שונות. בה בעת, עליו לשמר את היכרותו המעמיקה עם צרכיו הייחודיים העדכניים של הצבא, ועם המציאות המשנתה והדינמית, המכתיבה את המשמעות האמיתית של המונח "אופיו ומהותו של השירות".



אילוסטרציה: דין משמעתי בצה"ל (צילום ועיצוב: רס"ן יזהר יצחקי).

בנאום שנשא בשנת 2004 בפני הפרקליטות הצבאית, אמר כי: "השלטת המשפט בצבא אינה דבר שנכפה על הצבא בניגוד לרצוננו. רשויות הצבא עומדות בדרישות החוק מרצונן ומתוך מהות תפקידן, אבל דרושה הכוונה, הנחיה, סיוע, עזרה, ואת זאת חייבת הפרקליטות הצבאית להושיט".⁴⁰

הטיפול בנושא הזכויות החוקתיות של חיילים - על רקע "המהפכה החוקתית" שהביאה חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - יש בו כדי להמחיש את עליית קרנן של זכויות האדם בחברה הישראלית, ובכלל זאת גם בצה"ל, שאינו מנותק מכלל המערכת המשפטית. אך בה בעת, יש בו כדי ללמד על ייחודו של צה"ל, ועל אופיו ומהותו כמסגרת שונה, המחייבת התייחסות משפטית אחרת ומותאמת - הצבת גבולות, תוך התחשבות בייחודה של המערכת. הצורך באיזון ייחודי המותאם למסגרת הצבאית, עולה הן בהקשרי המשפט הפלילי - שבן, באופן מסורתי, גדול במיוחד החשש מפגיעה בזכויותיהם של אלה העומדים בפני סיכון לשלילת חירותם; והן בהקשרים רחבים יותר, הנוגעים לפקודות הצבא וליישומן.

איזון זה מקבל ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון, בשינויים הנערכים על רקע ביקורת שיפוטית ביחס לפעולות הצבא ובעבודה יזומה של הצבא ומפקדיו, בשיתוף הייעוץ המשפטי, מתוך תחושת מחויבות אמיתית ומלאה להוראות חוק היסוד ולערכים המגולמים בהן. כפי שכתב בית המשפט העליון: "המידים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות".⁴¹ לחייל מוענקות, אפוא, מלוא הזכויות - אך קיומה של זכות, אין משמעו כי לא ניתן לפגוע בה. וכך פסקת ההגבלה הביטחונית היא הקובעת את הנוסחה שלפיה נבחנת פגיעה בזכותם של חיילי צה"ל.

יישומה של נוסחה זו מצריך בחינה של כל נושא על-פי נסיבותיו הפרטניות, הנעשית בשיתוף של המפקדים והמשפטים. זאת, לשם קביעת נקודת איזון פרטנית, תוך היכרות קרובה עם צורכי הצבא והמפקדים מצד אחד, ועם דרישות הדין ביחס לזכויות חוקתיות מצד אחר.

שנים מספר לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, פרסמה הפרקליטות הצבאית שתי חוברות בנושא כבוד האדם: הראשונה פורסמה בשנת 1999 ונקראה "כבוד האדם בצה"ל - זכויות הפרט כאדם וכחייל"³⁷; וכשנה לאחר מכן, פורסמה חוברת נוספת - "כבוד האדם בצה"ל".³⁸ החוברות, שהופצו למפקדים, הציגו סקירה מקיפה של ההיבטים המשפטיים של חוק היסוד. לא בכדי הופצו החוברות למפקדים - להם מקום מרכזי וחשוב בגיבוש האיזון שבין זכויות החיילים לצרכיה הייחודיים של המערכת הצבאית. באיגרת שליוותה את הפצתה של החוברת הראשונה, כתב הרמטכ"ל דאז, רא"ל שאול מופז: "זכותו של החייל לשמירת כבודו, היא גם חובתך, המפקד, להעניקה".

ההגנה על זכויות חוקתיות של חיילים אינה מתבטאת רק בצמצום הפגיעה של פקודות קיימות בזכויות. היא מקבלת גם ביטוי אקטיבי באמצעות יוזמה של פקודות חדשות, שיעגנו זכויות וזכאויות של חיילים

סיכום

גיליון זה של כתב העת "מערכות", מוקדש לזכרו של מאיר שמגר ז"ל - הפרקליט הצבאי הראשי, היועץ המשפטי לממשלה, ונשיא בית המשפט העליון בעבר. שמגר קבע, כי "בצבא, מטבעם של דברים, שוררת תחושה של כוח, ודווקא משום כך צריך להציב גבולות".³⁹ שמגר האמין בכל ליבו בשיתוף פעולה מלא עם מקבלי ההחלטות - המפקדים - ובעיצוב הנורמות הנוגעות להתנהלותו של צה"ל במגוון רחב של זירות.

