



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1268/23

לפני : כבוד ממלא מקום הנשיא (בדימו'), השופט עוזי פוגלמן
כבוד השופט יוסף אלרון
כבוד השופטת יעל וילנר

העותרים : מגן ביטחון ואחי

נגד

המשיב : ראש המטה הכללי

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך ישיבה : י"א בסיון התשפ"ד (17.6.2024)

בשם העותרים : עו"ד עדי נוי ; עו"ד רן כהן רוכברגר

בשם המשיב : עו"ד יעל ברלב

פסק-דין

השופטת יעל וילנר:

1. פקודות הצבא אוסרות על חיילים, ובכללם על משרתי הקבע, להתארגן במסגרת של ארגון עובדים. האם מגבלה זו עומדת במבחני החוקתיות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? זו השאלה העומדת במרכזה של העתירה שלפנינו.

2. טרם הדיון בשאלה האמורה, חשוב להבהיר כי הדיון שלהלן, והתוצאה שבסופו, אינם גורעים כמלוא הנימה מהערכתנו הרבה לפועלם הרב של העותרים בתוך כלל המשרתים בצבא, ובהם משרתי הקבע ובני משפחותיהם; שאלת מסירותם ותרומתם לחברה הישראלית ולביטחונה – אינה מוטלת בספק, ויש אפוא לשוב ולהכיר להם תודה בעומדם על משמר ארצנו, לעתים – תוך חירוף נפש.

רקע וטענות הצדדים

3. העותרת 1 היא עמותה העוסקת, כהגדרתה, בקידום מעמדם וענייניהם של המשרתים והפורשים מצבא ההגנה לישראל (להלן: צה"ל) ומגופי ביטחון אחרים.

העותרים 2-101 הם משרתי קבע בעבר או בהווה, וכך בני ובנות זוגם של משרתים או מי ששרתו בשירות קבע בעבר.

4. העתירה מכוונת, בעיקרו של דבר, כנגד האיסור הגורף המוטל על הזכות להקים ארגון עובדים של חיילים בצה"ל (להלן: הזכות להתארגן או: התארגנות), במסגרת פקודת מטכ"ל 8.0105 (להלן: פקודת המטכ"ל, או: הפקודה). הוראות הפקודה הרלבנטיות לענייננו, מורות כך:

"חייל לא יהיה חבר בארגון חיילים ולא ישתתף בפעילות להקמתו, לקיומו או לניהולו של ארגון כזה, לא ייתן כספים ולא יקבלם עבור ארגון כזה, לא ינהל תעמולה בקשר אליו ולא ישתף באסיפה שהארגון יוזם" (סעיף 13 לפקודה).

"חייל לא ישתתף באספת חיילים, הנערכת על ידי רשות שאינה צבאית" (סעיף 14 לפקודה).

"חייל לא יפנה בכל דרך שהיא, בין אם ציין בפנייה את דבר היותו חייל ובין אם לאו, אל גורם כלשהו מחוץ לצבא, ולא יענה לפניות של אדם או גורם כאמור בכל עניין הנוגע במישרין או בעקיפין למערכת הביטחון, אלא באמצעות מפקד, המוסך לקיים מגע עם אותו גורם [...]" (סעיף 35 לפקודה).

5. באופן קונקרטי, טוענים העותרים כי האיסור הגורף שמטילה הפקודה על התארגנות חיילים, ובכללם, משרתי הקבע (להלן: האיסור הגורף), פוגע בזכותם החוקתית להתארגן ולפעול למיצוי זכויותיהם כעובדים, מבלי שפגיעה זו צולחת את מבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), שלפיה, אין מגבילים זכויות לפי חוק היסוד של המשרתים בצה"ל, "אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות" (להלן: פסקת ההגבלה הביטחונית). על כן, מבקשים העותרים כי נורה על ביטול האיסור הנ"ל, ולמצער – על צמצומו, באופן שיאפשר "התארגנות והתאגדות תכליתית ומוגבלת בהיקפה".

6. על יסוד מבחני פסקת ההגבלה הביטחונית, טוענים העותרים לפגמים חוקתיים שונים בהם לוקה האיסור הגורף; הן במישור הסמכות, הן במישור המידתיות. במישור הסמכות, נטען כי על האיסור להיקבע במסגרת חקיקה ראשית, הן משום שהוא כרוך בפגיעה בזכויות יסוד, הן משום שהוא מהווה 'הסדר ראשוני'. עוד טוענים העותרים כי הפגיעה בזכויותיהם, פועל יוצא של המגבלה האמורה על זכותם להתארגן, אינה עומדת

במבחן המידתיות שבפסקת ההגבלה הביטחונית, על שלושת מבחני המשנה הנגזרים ממנה. לדידם, שלילת זכותם של משרתי הקבע להתארגן, יוצרת "ציבור מועסקים" מוחלש באופן ייחודי, ו"נכה" מבחינת זכויותיו". העותרים מכירים בכך שבבסיס האיסור הגורף, עומדת התכלית בדבר הבטחת המשמעת הצבאית, האמון במפקדים, ומניעת חדירתו של שיח פוליטי לשורות הצבא ('פוליטיזציה'); ואולם, לטענתם, הקשר הנטען בין תכליות אלו לאיסור להתארגן – לא נבדק כדבעי וממילא לא הוכח, והפקודה כושלת במבחן 'הקשר הרציונלי' הדורש לטענתם הסתברות של 'ודאות קרובה' בין האמצעי שננקט לבין הגשמת תכליתו. עוד טוענים העותרים, כי הפגיעה בזכותם להתארגן אינה צולחת את מבחן 'הפגיעה הפחותה', שכן התכליות הנזכרות – שעל חשיבותן הם אינם חולקים – ניתנות להשגה באמצעי פוגעני פחות ומבלי לשלול באופן גורף את זכותם להתארגן. בתוך כך, מצביעים העותרים על 'דגמי ביניים' שבמסגרתם ניתן יהיה להעניק למשרתי הקבע זכות עקרונית להתארגן, תוך שלילה של אמצעי-מאבק מסוימים, כמו זכות השביתה, ושלילה זמנית של הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי. עוד נטען, כי הפגיעה האמורה אף אינה מקיימת את מבחן המידתיות במובן הצר, בשם לב "לפגיעה המוחלטת הנגרמת לפרט ולקבוצה מן האיסור הקבוע בפקודת המטכ"ל" ו-"נוכח התועלת המוטלת בספק רב ושכלל לא בוססה".

7. העותרים מצביעים עוד על המציאות הקיימת זה מכבר בצה"ל, של אזרחים עובדי צה"ל המאורגנים ומיוצגים על ידי נציגות עובדים, באופן המוכיח, לשיטתם, כי "התארגנות בתוככי צה"ל אינה זרה למערכת הצבאית כלל ועיקר". בנוסף, טוענים העותרים ל"שחיקה מתמדת וגוברת במעמדם וזכויותיהם של משרתי הקבע", המתבטאת, לשיטתם, בקיצוץ ובביטול של זכויות עליהם הסתמכו בעת שהסכימו על הארכת שירותם הצבאי. זאת, לדידם, באופן רטרואקטיבי ואף במחשכים, מבלי ששינויים אלו הובאו לידיעת המשרתים בטרם פרישתם. לטענתם, התפתחויות אלו תומכות בטענתה שהאיסור המוחלט על התארגנות חיילים, ובכללם חיילי קבע – לא יכול לעמוד וכי "התחליף הקיים לזכות הייצוג של משרתי הקבע, בדמותם של מפקדי הצבא [...] אינו אפקטיבי". בין היתר, מצביעים העותרים על הימנעותה של המדינה מהסדרת זכויות המשרתים במסלול הפנסיה הצוברת במשך שנים, בניגוד לדין (יצוין כי סוגיה זו מונחת כעת לפתחו של בית משפט זה (בג"ץ 4162/21 אדיב נ' מדינת ישראל; בג"ץ 2543/22 פורום קהלת נ' שר הביטחון), ונמנע מלעסוק בה במסגרת עתירה זו).

8. לתמיכה בטענותיהם, מפנים העותרים להסדרים שונים במדינות-הים, שבהם הוכרה זכותם של חיילים להתארגן, גם אם בכפוף למגבלות שונות.

9. המשיב טוען, מנגד, כי שלילת זכותם של משרתי הקבע להתארגן, נגזרת באופן הכרחי מאופיו וממהותו של השירות הצבאי – ועל כן צולחת את מבחני החוקתיות של חוק היסוד ושל פסקת ההגבלה הביטחונית. המשיב מתבסס, בין היתר, על פסיקת בית משפט זה שקבעה כי משרתי הקבע בצה"ל אינם במעמד של עובדים, ולכתחילה אינם זכאים להגנות שמקנה משפט העבודה הקיבוצי. באשר למבחנים החוקתיים הרלוונטיים, מפנה המשיב את הזרקור להבדלים שבין פסקת ההגבלה הביטחונית, לפסקת ההגבלה הכללית הקבועה בפסקה 8 לחוק היסוד. לשיטתו, בבסיס ההבדלים ניצבת הכרת המכונן בכך שטיבו של השירות הצבאי, "טומן בחובו צורך אינהרנטי לפגיעה משמעותית יותר בזכויות הפרט של החייל, בשים לב לאופיו ומהותו של השירות".

10. המשיב מוסיף וטוען, כי האיסור להתארגן עומד בדרישת ההסמכה שבפסקת ההגבלה הביטחונית, שלפיה פגיעה בזכויות של משרתי כוחות הביטחון תיעשה "לפי חוק". נוסח זה של דרישת ההסמכה, מאפשר, לטענת המשיב, פגיעה בזכויות גם מכוח חקיקת-משנה, כמו פקודת מטכ"ל, שהסמכות להוציאן ניתנה במסגרת חקיקה ראשית – חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי). עוד טוען המשיב, כי הפגיעה בזכות משרתי הקבע להתארגן נועדה לתכלית ראויה באשר היא משרתת מטרה ביטחונית. לטענתו, תכלית האיסור על התארגנות חיילים היא לשמר מספר עקרונות חיוניים לתפקודו התקין של הצבא: היררכיה, משמעת, אמון בין מפקדים לפקודים, וא-פוליטיות. כך, "השירות בצה"ל, כמו בכל כוח צבאי מאורגן אחר, מושתת בראש ובראשונה על היררכיה פיקודית, ועל ערך המשמעת, קרי – כפיפות לסמכות הפיקודית". באשר לזיקה שבין עקרונות ההיררכיה והמשמעת למימוש תפקידו הביטחוני של הצבא, טוען המשיב כי עקרונות אלה חיוניים להשלטת סדר וארגון בשורות הצבא, כמו גם לשימור האמון שבין החיילים למפקדיהם, ובכללו "האמונה כי בעלי התפקידים המתאימים ינהגו בצורה שתבטיח את עיקר טובתם של החיילים". באשר לתכלית בדבר מניעת פוליטיזציה בצבא, טוען המשיב כי על מנת למלא את תפקידו החיוני פועל צה"ל באופן ממלכתי. לדבריו, "תפקידיו הרגשיים, הסמכויות הנרחבות והכוח הרחב המופקד בידי הצבא, מחייבים להרחיקו מן הזיקה הפוליטית".

11. באשר למידתיות הפגיעה בזכות להתארגן, מצביע המשיב על מבחן המידתיות המיוחד לפסקת ההגבלה הביטחונית, שלפיו, על הפגיעה להיעשות "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות". לטענתו, ההגבלה הנזכרת נועדה למנוע פגיעה בתפקודו של צה"ל, וביכולתו לשמור על ביטחון המדינה. זאת, לשיטתו, על יסוד ההכרה

כי התארגנות חיילים "עלולה לערער את המבנה הארגוני של הצבא, לפגוע בלכידות הצבאית ולהביא לפגיעה קשה במשמעת הצבאית". כמו כן, סבור המשיב, כי התארגנות כמו זו שמבקשים העותרים, "עלולה לפתוח פתח להחדרת פעילות חיצונית חזרה אל תוך הצבא או כזו המופנית נגד מדיניות הממשלה". על רקע כל האמור, טוען המשיב כי האיסור על התארגנות חיילים צולח את שלושת מבחני המשנה של המידתיות, בשים לב למהותו ואופיו של השירות: הוא עומד בדרישה לקיומו של קשר רציונלי בין הפגיעה להגשמת מטרתה; מקיים את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; וצולח את מבחן המידתיות במונח הצר, בכך שתועלתו עולה על פגיעתו.

12. באשר למבחן המשנה השני הדורש שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה – ובמענה לטענת העותרים כי ניתן לאמץ מודל ביניים, שיאפשר התארגנות בכפוף למגבלות – טוען המשיב כי "עצם קיומו של ארגון חיילים בתוך צה"ל [...] יוביל בשל טיבו וטבעו לפגיעה משמעותית במשמעת ולערעור ההיררכיה הפיקודית ולפגיעה באמון שבין פקוד למפקד".

13. במבט משווה, מפנה המשיב להגבלות דומות החלות ביחס לגופי ביטחון נוספים בישראל, דוגמת המשטרה, שירות בתי הסוהר ושירות הביטחון הכללי, וכן לאמנות בינלאומיות, הקובעות את הזכות להתארגנות, מחד גיסא, ומאידך גיסא, מסייגות אותה בנוגע לגופי ביטחון. לבסוף, טוען המשיב כי ישנם בנמצא מנגנונים אפקטיביים להבטחת תנאי השירות של חיילי צה"ל ורווחתם. בכלל זה, מונה המשיב את 'מחלקת הפרט' שהינה חלק מאגף כוח האדם ומטרתה לדאוג לרווחת החיילים, לתנאיהם ולשכרם. גורמים נוספים עליהם מצביע המשיב הם נציב קבילות החיילים, המוסמך לטפל גם בפניות הנוגעות לסדרי השירות ולתנאיו, וכן ועדת הערר למשרתי הקבע שהוקמה מכוח חוק שירות הקבע בצבא ההגנה לישראל (הליכים בעניין החלטות הנוגעות לחיילים בשירות קבע), התש"ע-2010, ומשמשת כבית דין מנהלי המוסמך לדון בטענות של משרתי קבע נגד גורמים בצה"ל בענייני שכר, חופשות וזכויות נוספות. מנגנונים אלו, טוען המשיב, מצטרפים לשיח הישיר המתקיים בין מפקדי הצבא לנציגי האוצר בענייני שכר ומענקים.

דיון והכרעה

14. אקדים אחרית לראשית ואומר כי הפגיעה הנזכרת בזכויות משרתי הקבע, צולחת את מבחני פסקת ההגבלה הביטחונית. כפי שנראה, האיסור על התארגנות חיילים נקבע

בסמכות; נועד לתכלית ראויה; וצולח את מבחני המידתיות. לאור זאת, מסקנתי היא שדין העתירה להידחות, וכך אמליץ לחבריי להורות.

15. דרך הילוכנו תהא זו: ראשית, אדרש לטיבה של הזכות להתארגנות ולמעמדה החוקתי בשיטת המשפט שלנו. לאחר מכן, אסקור את תנאי פסקת ההגבלה הביטחונית שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. משם אעבור לסקירה השוואתית כפולה: חיצונית – בהשוואה לנעשה בעולם; ופנימית – בהשוואה להסדרים החלים על שירותי ביטחון אחרים בישראל. על יסוד הקדמות אלו והתובנות העולות מהן, אגש ליישום המבחינים החוקתיים הרלבנטיים על ענייננו.

הזכות להתארגנות

16. הזכות להתארגן מהווה מקרה פרטי של זכות רחבה יותר – הזכות להתאגד; בעוד מושג ההתאגדות עניינו בשיתופי פעולה למטרות משותפות ומגוונות, מקובל לייחד את המונח 'התארגנות' להתאגדות מסוג מסוים, שעניינו בתחום העבודה (מורן סבוראי משפט העבודה הקיבוצי – תיאוריה, פרקטיקה ומעשה 92 (2023)) (להלן: סבוראי, משפט העבודה). כך, "הזכות להתאגדות היא זכות כללית, ואילו הזכות להקים ארגון עובדים היא זכות ספציפית, במסגרת הזכות הכללית" (בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63, 155 (1997)).

17. הערכים המוגנים על ידי הזכות להתארגן נוגעים ליכולתו של הפרט להעצים את קולו ולפעול לרווחתו באמצעות חבירה לפרטים אחרים. בכך, תורמת ההתארגנות לאוטונומיה של העובד היחיד, ולצמצום פערי הכוח בינו לבין מעסיקו. כמו כן, תורמת הזכות להתארגן לערכים דמוקרטיים, באשר היא מקילה על העובד להשמיע את קולו במקום העבודה ולהיות שותף לעיצוב סביבת העבודה בה הוא נוטל חלק. בנוסף לערכים אלו, יש הטוענים כי הזכות להתארגן אף תורמת ליעילות ולפריון על ידי הפחתת העלויות הנלוות לחילופי עובדים (ראו: עס"ק (ארצי) 25476-09-12 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - האגף להתאגדות עובדים – פלאפון תקשורת בע"מ, פס' 54 (2.1.2013); סבוראי, משפט העבודה, בעמ' 99-100; חני אופק-גנדלר "התארגנות חיילים בצבא – האם בשלה העת לתמורה בישראל?" משפט וצבא יט, 117, 123-124 (2007) (להלן: אופק-גנדלר, התארגנות); *Dau-Schmidt & Kenneth Glenn Regulating unions and collective bargaining, LABOR AND EMPLOYMENT LAW AND ECONOMICS* 96, 106-109 (2008).

18. במשפט התת-חוקתי, זכתה הזכות להתארגנות להכרה בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957. מאוחר יותר, לאחר קבלת חוק היסוד, ועל רקע זיקתה של הזכות להתארגנות להיבטים של אוטונומית הפרט ומניעת ניצול של האדם-העובד היחיד, הוכרה הזכות אף כבעלת מעמד חוקתי, בהיותה נגזרת של זכות האדם לכבוד, "חופש ההתארגנות במסגרת ארגון עובדים, מלבד היותו זכות יסוד עצמאית, מגשים את זכות האדם לכבוד" (בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 204, 240 (2011); סבוראי, משפט העבודה, בעמ' 96). וכפי שנאמר באחת הפרשות, "משהוכרה זכות זו כנגזרת של הזכות לכבוד האדם, זכתה למעמד של זכות חוקתית הנהנית מהגנה מיוחדת" (בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פס' מ (26.3.2015); אעיר, כי ניסיונות חקיקתיים ליתן לזכות להתאגד מעמד חוקתי עצמאי, לא קרמו עור וגידים – ראו למשל, הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, ה"ח 2256).

[במאמר מוסגר אציין, כי בספרות הועלתה האפשרות לראות בזכות להתארגן זכות-בת של חופש העיסוק, ואולם גישה זו לא אומצה עד כה בפסיקה, והיא אף לא נטענה לפנינו (ראו: אהרן ברק כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – כרך ב – הזכות לכבוד האדם 1082 (2023) (להלן: ברק, חוק יסוד ב'); עניין גורביץ, פס' מ); אינני נדרשת אפוא לטענה זו, וממילא, גם לא לשאלת האפשרות 'לייבא' לחוק-יסוד: חופש העיסוק, את פסקת ההגבלה הביטחונית הנעדרת ממנה (ראו: אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-יסוד" משפט וממשל ב 443, 451 (1995)].

19. מקובל לומר כי הזכות להתארגן מאגדת בתוכה שלוש זכויות משנה: עצם הקמת הארגון; הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי; והזכות לשבות (ענין בר אילן, פס' 40; סבוראי, משפט העבודה בעמ' 101; רות בן-ישראל "השביתה בראי המשפט הציבורי: השביתה, השביתה הפוליטית וזכויות האדם" ספר ברנזון כרך שלישי: גולל 111, 112 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים (2007)). זכויות-משנה אלו אינן עשויות מקשה אחת, לפיכך, בשים לב לזהירות הנדרשת בשרטוט גבולותיהן של זכויות חוקתיות – טעונה כל אחת מהן דיון נפרד בשאלת עצמאותה והיקפה, בהיותן נגזרות של הזכות לכבוד (בג"ץ 6411/16 הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות נ' כנסת ישראל, פס' 30 (19.6.2018)). האיסור על התארגנות חיילים שהונח לפתחנו, פרוש על-פני זכות ההתארגנות כולה; לא רק הזכויות לשבות או לנהל משא ומתן קיבוצי נשללו בפקודת המטכ"ל, אלא אף הזכות ליצירת המסגרת הארגונית עצמה.

20. אם כן, קשה לחלוק על כך שזכותם החוקתית של העותרים, בתוך שאר משרתי הקבע – נפגעת. עתה יש לבחון אם פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הביטחונית. ואולם בטרם נדון בכך, יש לתת את הדעת לטיב מערכת היחסים המשפטית הייחודית שבין צה"ל לבין משרתיו. בהקשר זה יש לציין כי הוראת הפיקוד העליון 3.0501 קובעת שבין משרת הקבע לצה"ל, לא מתקיימים יחסי עובד-מעסיק:

"היחסים שבין צה"ל לבין חייל בשירות קבע אינם יחסי עובד ומעביד. המשרת בשירות קבע הוא חייל בשירות סדיר, והיחסים בינו לבין צה"ל מושתתים על הוראות החוק הצבאי, על פקודות הצבא ועל פקודות אחרות שניתנו לו כדין".

פקודה זו אושרה בפסיקת בית משפט זה, במסגרת בג"ץ 279/72 עובד נ' שר הביטחון, פ"ד כ"ז(1) 169, 172 (1972). מעמדו של משרת הקבע הוא עניין של "סטטוס", המוסדר מבחינת הזכויות והחובות בחקיקה ייעודית (דב"ע (ארצי) 2-8 חיימוביץ – מדינת ישראל, פד"ע ח 472 (1977)). אכן, "מערכת יחסי ההעסקה בין הצבא לבין משרתי הקבע אינה כזו של מערכת יחסי עובד-מעביד. זוהי מערכת המושתתת על הוראות דיני הצבא, שנועדו לספק את צרכיה המיוחדים של המערכת הצבאית מבחינת כוח האדם, הכשרתו וייעודו למשימות הצבא, בשים לב ליכולות התקציביות של המערכת" (בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581, 602 (2011)).

21. ואולם, אין בכוחן של הוראות הפיקוד העליון והפסיקה הנזכרת, שעניינן בהגדרת תבנית ההעסקה של משרתי הקבע, כשלעצמן, כדי לשלול ממשרתי הקבע את זכותם החוקתית להתארגן. זאת, שכן במישור העקרוני, לא ניתן לשלול מצב שבו יתקיימו רציונליים למתן זכות להתארגן, גם במסגרת ארגונית שבהקשרים אחרים נקבע שלא מתקיימת בה תבנית העסקה פורמלית של יחסי העסקה בין עובד למעסיק (ראו: אופק-גנדלר, התארגנות, בעמ' 169).

נשוב, אם כן, לשאלה שלפנינו, האם הפגיעה בזכויות משרתי הקבע עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הביטחונית?

22. כמו יתר הזכויות החוקתיות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הזכות להתארגן אינה בלתי-מוגבלת; היא זכות יחסית, שניתן לפגוע בה, בהתקיים התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה (ראו, מיני רבים: בג"ץ 7146/12 אדס נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, 751-749(2013)). העתירה שלפנינו, עניינה בטענה לפגיעה בזכותם החוקתית של משרתי הקבע בצה"ל. פסקת ההגבלה הרלבנטית לענייננו היא אפוא פסקת ההגבלה הביטחונית הקבועה בסעיף 9 לחוק היסוד, הנושא את הכותרת 'סייג לכוחות הביטחון'. מחמת חשיבותה לדיוננו, אביא אותה כלשונה:

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

23. הוראה זו משמיעה לנו, כנקודת מוצא, כי למשרתי ארגוני הביטחון נתונות זכויות היסוד החוקתיות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, במלא היקפן. חייל המתגייס לצבא, לא משיל מעליו את הזכויות מהן נהנה בהיותו אזרח: "המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות. זכויות האדם הן גם זכויות החייל כאדם" (בש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686, 688-689 (1997); ראו גם: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 263 (1999)). לצד זאת, לומדים אנו כי זכויות אלו ניתנות להגבלה. עניינה של פסקת ההגבלה הביטחונית, בהתוויית האיזון שבין מימושן המלא של הזכויות החוקתיות של המשרתים בצה"ל ובכוחות הביטחון, לבין מילוי והגשמת תפקידם הביטחוני. ודוק: פסקת ההגבלה הביטחונית תחול רק כאשר הפגיעה במשרתי הביטחון נעשית מחמת השירות הביטחוני עצמו (חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים יד 347, 379 (2012); אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – כרך ד – הביקורת השיפוטית 2153 (2023) (להלן: ברק, חוק יסוד ד)).

24. מהו היחס בין פסקת ההגבלה הביטחונית לבין אחותה, פסקת ההגבלה הכללית? לצורך הנוחות, אביא גם את האחרונה, בלשונה:

"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”.

25. במישור הלשוני, ניתן להבחין בנקל בשורה של הבדלים בין שתי הפסקאות. בפסיקה ובספרות ניתן למצוא דיון בטיבם של הבדלים אלו, ובשאלה אילו מהם משקפים הבדלי מהות ואילו עניינים בסמנטיקה גרידא (א’ בנדודר מונה 4 הבדלים בין הפסקאות (בנדודר, 449); א’ ברק מוסיף עליהם עוד שלושה (ברק, חוק יסוד ד’, בעמ’ 2140-2146)). אתמקד להלן בשלושה הבדלים עיקריים, שהם בעלי-משמעות לצורך שרטוט נוסחת האיזון הייחודית שבפסקת ההגבלה הביטחונית.

26. הבדל ראשון, נוגע לדרישת ההסמכה בחוק. בעוד פסקת ההגבלה הכללית דורשת כי פגיעה בזכות-יסוד תיעשה ”בחוק [...] או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו”, הרי שפסקת ההגבלה הביטחונית מסתפקת בדרישה כי הגבלת זכויותיהם של כוחות הביטחון תיעשה ”לפי חוק”. לשון זו, מאפשרת פגיעה בזכויות-יסוד אף באמצעות חקיקת-משנה בלבד, והיא אינה כוללת דרישה לעיגון מקור הסמכות בחקיקה ראשית, או בהסמכה מפורשת בחקיקה ראשית (בג”ץ 8420/21 אלנקווה נ’ צבא ההגנה לישראל, פס’ 40 (11.2.2024); אליקים רובינשטיין ”על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון” עיוני משפט כא(1) 21, 35 (התשנ”ח); ברק, חוק יסוד ד’, בעמ’ 2143-2145).

27. הבדל שני, עניינו בדרישה הערכית והתכליתית המעוגנת בחוק היסוד ביחס לנורמה או המעשה הפוגע בזכות החוקתית. בעוד פסקת ההגבלה הכללית דורשת כי הפגיעה תיעשה ”בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה”, הרי שמקומה של דרישה זו נפקד כליל מפסקת ההגבלה הביטחונית. ואולם, בפסיקת בית משפט זה הובעה העמדה שלפיה יש לפרש את פסקת ההגבלה הביטחונית באופן ש’מייבא’ אליה תנאי זה מפסקת ההגבלה הכללית. זאת, לאור סעיף ’עקרונות-היסוד’ (סעיף 1) וסעיף המטרה (סעיף 2) שבחוק היסוד, ובייחוד בשים לב לסמכות שניתנה לפגוע בזכויות יסוד של משרתי הביטחון במסגרת חקיקת-משנה, ראו:

”האם פירוש הדבר שאפשר כי חוק הפוגע בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הביטחון, או חקיקת משנה לפי חוק, יהיו נוגדים את ערכיה של מדינת ישראל או שיהיו מיועדים לתכלית בלתי ראויה? [...] לפי התכלית של חוק היסוד, הדעת אינה סובלת פירוש כזה [...] 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. קל וחומר חקיקת משנה" (השופט י' זמיר בעניין צמח, בעמ' 263; לדעה כי השמטתו של תנאי זה אינו אלא תוצר של מלאכה חקיקתית לקויה, ראו: בנדור, בעמ' 449-451).

28. הבדל שלישי, נוגע לעיקרון המידתיות. בעוד פסקת ההגבלה הכללית דורשת כי פגיעה בזכות חוקתית תיעשה "במידה שאינה עולה על הנדרש", הרי שרעותה, פסקת ההגבלה הביטחונית, מאפשרת פגיעה בזכויותיהם של משרתי גופי ביטחון "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות". הבדל זה מלמדנו כי הסמכות להגביל את זכויות משרתי כוחות הביטחון לובשת אופי התואם את מהותו ואופיו הייחודי של השירות; "במובן זה, יישומו של עקרון המידתיות בהקשר של מערכות הביטחון עשוי להיות שונה מיישומו בהקשרים אחרים" (עניין שליטנר, בעמ' 625) – קרי: נוסחת האיזון שבין התכלית שמבקשת הפגיעה להשיג, לבין ההגנה על הזכות, עשויה להשתנות מאזרח למשרת בכוחות הביטחון, כאשר "סעיף זה מתיר פגיעה בזכויות היסוד של חייל מעבר לפגיעה המותרת בזכויות היסוד של מי שאינו חייל, וזאת בשל המהות המיוחדת של השירות הצבאי" (בג"ץ 5000/95 ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מט(5) 64, 75 (1995)). כמו כן, עשויה נוסחת האיזון להשתנות ממשרת בגוף ביטחוני מסוים, למשרת בגוף ביטחוני אחר: "המידתיות עשויה להיות שונה משירות לשירות אפילו בקרב כוחות הבטחון. למשל, המידתיות לגבי פגיעה באדם המשרת בצבא עשויה להיות שונה מן המידתיות לגבי פגיעה באדם המשרת בשירות בתי הסוהר" (עניין צמח, בעמ' 266).

29. לאחר שליטשנו את העדשה החוקתית דרכה נתבונן על המקרה שלפנינו, ובטרם אגש ליישום מבחני פסקת ההגבלה הביטחונית על ענייננו, אפנה לסקירה השוואתית – הן חיצונית, הפונה לדין הבינלאומי ולנעשה במדינות זרות; הן פנימית, הבוחנת את ההסדרים הקיימים ביחס לארגוני ביטחון נוספים בישראל – על-מנת שזו תעמוד לנגד עינינו ברקע הדברים.

עיון במשפט המשווה

30. בטרם הדיון במשפט המשווה – אבקש להוסיף 'הערת אזהרה' מתחייבת. הפנייה למשפט המשווה, יש בה לתרום להפריית המחשבה ולהרחבת הדעת; ואולם, באותה מידה, הדגישה הפסיקה כי על הדבר להיעשות בזהירות המתבקשת: "השימוש במשפט המשווה בענייננו – כבכל עניין – יש לעשותו ברגישות ובהירות, תוך בירור מעמיק אם הסדרי משפט הנוהגים במדינה זו או אחרת תואמים הם לחוק בישראל ולמציאות החיים שאנו מתמודדים עימה" (בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 71 לפסק דינו של השופט מ' חשין (2006)).

הדגשת הצורך ליתן את הדעת למציאות החיים הייחודית שאנו, במדינת ישראל, מתמודדים עמה, רלבנטית ביתר שאת כשעסקינן בעניינים שבביטחון המדינה. כפי שעוד יפורט להלן, המגבלה על התארגנות חיילים נועדה לשרת תכליות הנוגעות לטיבה ולאופייה של המסגרת הצבאית, וממילא – להגשמת מטרתה: הבטחת כשירותו של הצבא למלא את תפקידו בהגנה על ביטחון אזרחי המדינה. דומה כי אין צורך להרחיב את הדיבור על אתגרי הביטחון הייחודיים למדינת ישראל, המלווים אותה מיום הווסדה. אף בעת ששורות אלו נכתבות, מנהלת מדינת ישראל מערכה צבאית שנכפתה עליה על ידי אויביה, ומשרתי צה"ל, ובכללם משרתי הקבע, מחרפים נפשם לאורך הגבולות. על רקע המאטריה הצבאית-ביטחונית, ברי כי יכולתנו להקיש מהסדרים הקיימים במדינות אחרות, שזכו למציאות שלווה יותר – היא מוגבלת. עמד על כך הנשיא ברק בעניין שרגאי (בעמ' 689):

"השאלה תהיה, אם הפגיעה בזכויות האדם של החייל היא מידתית בהתחשב במהות ובאופי השירות הצבאי. בעניין זה יש להתחשב בייחודו של השירות הצבאי לאור מטרות הצבא. יהיה מקום ללמוד מהמשפט המשווה, שמתעוררות בו בעיות דומות. עם זאת, יהיה מקום לתת ביטוי לייחודו של הצבא בישראל, שהוא צבא העם המגן על המדינה מפני סכנות של ממש האורכות לה יום יום."

שומה עלינו אפוא, בבואנו להשכיל מניסיוןן של מדינות אחרות בהקשרים של ביטחון הלאומי, לבחון את הדברים בזהירות.

31. נפתח בעיון באמנות בינלאומיות שעניינן בזכויות אדם, ובכללן – בזכות להתאגד, הכוללת כאמור גם את הזכות להתארגן. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights); אושררה בישראל בשנת 1992, קובעת בסעיף 22(1) את הזכות להתאגד: "Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to

"form and join trade unions for the protection of his interests" .ואולם בצידה של הוראה זו, בסעיף 22(2), נזכר במפורש כי אין בה כדי למנוע את מימושה של הזכות בדרך של הטלת הגבלות על אנשי כוחות הצבא והמשטרה: "This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on members of the armed forces and .of the police in their exercise of this right"

32. סייג דומה מצוי באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966 (international covenant on economic social and cultural rights); אושררה בישראל בשנת 1991) המעגנת בסעיף 8(1) את הזכות להתארגן בארגון עובדים ואף לשבות, ובצד זאת, קובעת בסעיף 8(2) כי ניתן להגביל את מימוש הזכות בנוגע לגורמים מסוימים, ובהם אנשי הצבא: "This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed .forces or of the police or of the administration of the State"

33. הוראות דומות מצויות באמנות בינלאומיות שמוקד עניינן בזכות להתארגן. כך, האמנה בדבר חופש ההתארגנות וההגנה על הזכות להתארגן (מס' 87) משנת 1948 (Freedom of Association and Protection of the Right to Organize) (להלן: האמנה בדבר חופש ההתארגנות), כוללת בסעיף 9(1) התייחסות מיוחדת לכוחות צבא ומשטרה, וקובעת כי המידה שבה ימומשו הזכויות המנויות בה, ייקבעו בהסדרים המדינתיים השונים: "The extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to the armed forces and ,the police shall be determined by national laws or regulations" .הוראה זהה בלשונה, מופיעה גם בסעיף 5(1) לאמנה להתארגנות ולמשא מתן להסכם קיבוצי (מס' 98) משנת 1949 (Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98)).

34. הוראות דומות מצויות גם באמנות 'אזוריות'. סעיף 11 לאמנה האירופית לזכויות אדם משנת 1950 (European Convention on Human Rights) מעניק את החופש להתאגד, ובצד זאת, מסייג וקובע כי אין בו כדי למנוע "הטלת מגבלות חוקיות על מימוש זכויות אלה על ידי אנשי הכוחות המזוינים, המשטרה או המינהל של המדינה" (וראו הוראה דומה בסעיף 5 ל-European Social Charter- משנת 1961). על זו הדרך, סעיף 16 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם משנת 1969, שנחתמה ואושררה על ידי מדינות בדרום ובמרכז אמריקה (להלן: אמנת זכויות האדם האמריקאית), מורה אף הוא על קיומה של זכות להתאגד, תוך הסתייגות שלפיה אין בה כדי למנוע הטלת מגבלות משפטיות, לרבות

אפילו שלילת מימוש זכות ההתאגדות (including even deprivation of the exercise of the right of association), על אנשי הכוחות המזוינים והמשטרה.

35. הנה כי כן, משפט זכויות האדם הבינלאומי, המעלה על נס את הזכות להתאגד ולהתארגן בארגון עובדים, מכיר באופיים הייחודי של כוחות הביטחון, ובחשיבות להתיר למדינות החתומות על האמנות את הסמכות לקבוע בעניינם הסדרים מיוחדים, אף כאלו הכרוכים בפגיעה בזכויות הנזכרות. שאלה היא, אם הכרתן של האמנות בזכותן של מדינות להטיל מגבלות על הזכות להתארגן, כוללת גם שלילה גורפת של הזכות; האמנה האמריקאית לזכויות אדם, למשל, אפשרה במפורש גם הטלת איסור גורף על התארגנות ("including even deprivation of the exercise of the right of association", כמו כן, חוות הדעת של הוועדה לזכות ההתאגדות (Committee on Freedom of Association) מטעם ה-ILO (International Labour Organization), שעסקו במשמעותו של סעיף 9(1) לאמנה בדבר חופש ההתארגנות, ציינו את 'מרחב התמרון' שהסעיף מותיר למדינות, מבלי לסייג ולהגביל אותו (Freedom of Association – Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association, 64 (Sixth edition, 2018)). לעומת זאת, יש שהצביעו על החלטות של בתי דין אירופאיים מהן משתמע הסתייגות מגישה המאפשרת שלילה גורפת של הזכות להתארגן, אפילו בזרועות הצבא (ראו: Maurizio Falsone, *Union Freedoms in the Armed Forces: Still a Taboo?*, 51(2) INDUSTRIAL L.J. 375, 387-391 (2022) (להלן: Falsone, *Union Freedoms*)).

36. במישור המדינתי, ניתן למצוא הסדרים שונים בסוגיית התארגנותם של משרתי הביטחון. הסדרים אלו, מגוונים ועתירי-דקויות, ואיני רואה צורך להידרש להם בהרחבה. בסופו של דבר, כפי שכבר ציינתי – אני סבורה כי המציאות הישראלית על אתגריה, מקשה עלינו להקיש מהתם להכא; התועלת שביכולתנו להפיק מניסיונם של אחרים – מוגבלת. אסתפק אפוא בהערות כלליות.

37. ראשית, ההסדר הישראלי, האוסר על התארגנות באופן גורף – אינו ייחודי בנוף הדמוקרטי. בארצות הברית, ישנו איסור גורף על התארגנות במסגרת הכוחות המזוינים, איסור המעוגן בחקיקה פדראלית (10 U.S. Code § 976). כפי שנלמד מההיסטוריה החקיקתית שלו, מטרת האיסור, בעיקרה, לשמור על עקרונות המשמעת וההיררכיה בצבא האמריקאי (United States v. Pete, 39 M.J. 521, 525 (1994); Wichita Air Ass'n of

Civilian Technicians, Wichita Air Capitol Chapter v. FLRA, 360 U.S. App. D.C.
 .(282, 285, 360 F.3d 195, 198 (2004).

38. לחקיקה האמריקאית קדם פולמוס עשיר, והקולות שנשמעו במסגרתו דומים במידת מה לאלו שלפנינו. מהספרות עולה כי הדיון האמריקאי התעורר בעקבות השלמת המעבר של הצבא האמריקאי למודל התנדבותי, ש'קירב' את השירות הצבאי במידה מסוימת לעולם התעסוקה הרחב, וכן בעקבות תחושתם של משרתי קבע שזכויותיהם נשחקות מבלי שגורמי הצבא המופקדים על שמירתם, מצליחים לעמוד בפרץ (William J. Taylor, *Military Unions*, in *THE CHANGING WORLD OF THE AMERICAN MILITARY* Jennifer Mittelstadt, 'The Army is a ; (להלן: Taylor, *Unions* : 247, 247-260 (2019) *Service, Not a Job': Unionization, Employment, and the Meaning of Military Service in the Late-Twentieth Century United States*, 80(1) INTERNATIONAL LABOR AND WORKING-Falson, *Union Freedoms*, 378- ; (Mittelstadt, *Army* : (להלן: CLASS HISTORY 29 (2011)
 .(379).

נגד יוזמות ההתאגדות הושמעו שלל נימוקים: תפקידה הייחודי של המסגרת הצבאית, המחייב כי תפעל ביעילות מרבית, תוך שמירה על דריכות ומוכנות מתמדת; הצורך של הדרג הפיקודי במשמעת ובנאמנות מלאה; מניעת פוליטיזציה; שחיקת המבנה הצבאי ההיררכי – פועל יוצא של עצם מעשה ההתארגנות, שכן ארגון העובדים צפוי להיות מעין 'ראש' נוסף, מקביל לזה של הפיקוד הבכיר; חשש מיצירת דינאמיקה לעומתית בין חיילים למפקדיהם; ובנוסף – חשש משחיקת מעמדו ויוקרתו של השירות הצבאי, והפיכתו ממסגרת של 'שליחות', למסגרת של 'עבודה' ככל העבודות (Falson,)
 .(Mittelstadt, *Army*, 36-39 ; Taylor, *Unions*, 256-257 ; *Union Freedoms*, 381-382; בסופו של דבר, הדיון הציבורי הביא לחקיקת האיסור הנזכר על התארגנות חיילים. ניסיון לאתגר אותו במישור החוקתי – נדחה (U.S. v. Brown, 45 MJ 389 (1996)) ; (להלן: עניין Brown)).
 מן הראוי לציין, כי במסגרת השיח הער בסוגיה, הודגש גם הצורך בשמירה יתרה על תנאייהם של משרתים, בהעדר מסגרת של ארגון עובדים (Taylor, *Unions*, 257-)
 .(Mittelstadt, *Army*, 44-47 ; 259). עוד אוסיף כי במבט רחב יותר, החורג מהסוגיה הקונקרטית של התארגנות חיילים בצבא, הכירה הפסיקה האמריקאית באופייה הייחודי של המסגרת הצבאית, המשפיע על היקף ההגנה על זכויות המשרתים בה; כפי שנפסק שם באחת הפרשות:

"The fundamental necessity for obedience, and the consequent necessity for imposition of discipline, may render permissible within the military that which would be constitutionally impermissible outside it."

(Parker v. Levy, 417 U.S. 733, 758 (1974)).

39. בצד המודל האוסר על התארגנות באופן גורף, ניתן למצוא במשפט המשווה מגוון של מודלים נוספים, הצומחים משילובים שונים של שלוש 'הרגליים' של זכות ההתארגנות עליהן עמדתי לעיל. בקצוות המקשתת (הספקטרום), ניתן למצוא מעט מדינות המעניקות למשרתי הצבא זכות התארגנות מלאה, לרבות הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי ולשבות (כך למשל, בשבדיה), אל מול אלו השוללות באופן גורף את הזכות. בתווך – קיימים הסדרים שונים המאפשרים התארגנות של אנשי צבא מחד, ומאידך שוללים את כלי השביתה ומגבילים בדרכים שונות את הסמכות לנהל משא ומתן קיבוצי (לסקירה, ראו: גנדלר-אופק, התארגנות, בעמ' 141-157; 375-384 (Freedoms)). עוד יצוין, כי במדינות מסוימות, כגון דרום-אפריקה (South African National Defence Union v. Minister of Defence CCT27/98 (1999)) ואיטליה (Italian Constitutional Court, 13 June 2018 No. 120) המעבר משלילה גורפת של זכות ההתארגנות למודל-ביניים, נעשה בעקבות התערבות בתי המשפט.

40. מכל מקום, כפי שפתחתי, שאלת מידתיותו של איסור גורף על התארגנות חיילים, אינה יכולה להיבחן במנותק מהקשר של זמן ומקום. גם הכתיבה האקדמית שנדרשה לסוגיה בעין אוהדת, הכירה בכך:

"Countries that are consistently involved in crucial missions and commitments for the protection of their nation, allies and other international organizations can impose the most vigorous regimen of restrictions and even a temporary blanket ban, because the loyalty, readiness and neutrality of their armed forces must be protected from more dangerous threats. From this perspective, it is undoubtedly worth distinguishing between regimens for times of peace, which would not allow blanket bans, and regimens for war or peacekeeping times, which would admit them temporarily" (Falson, *Union Freedoms*, 400).

41. לאחר סקירת המשפט המשווה החיצוני, אפנה כעת להשוואה פנימית – סקירת ההסדרים החלים על ארגונים ביטחוניים נוספים בישראל.

ההסדרים החלים על גופי ביטחון נוספים

42. כפי שנראה מיד, האיסור על התארגנות עובדים בארץ חל גם על גופי ביטחון נוספים, וזאת מטעמים דומים לאלו שניצבים בבסיס ההסדר שהוחל על משרתי צה"ל. כך למשל, שוטרי משטרת ישראל, בניגוד למשרתי הקבע, מוגדרים אומנם כ'עובדים' (בג"ץ 1214/97 חלמיש נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(2) 647 (1999)), ואולם זכותם להתארגן נשללה בחקיקה ראשית בסעיף 93 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971. כפי שעולה מהליכי חקיקת הסעיף, איסור זה נועד לשרת עקרונות של משמעת והיררכיה. כך, בדיון במליאת הכנסת לקראת הדיון בוועדה, התייחס שר הפנים דאז, ח"כ יוסף בורג, למתח שבין הזכות להתארגן לבין אופייה ומהותה של המשטרה כגוף היררכי, המבוסס על המשמעת. בתוך כך, התייחס ח"כ בורג גם למתן אפשרות להתארגנות בצבא:

"אף שמתוך השקפת עולם אני מחשיב קיום ארגון פועלים ונציגות של החלשים בכל זאת אינני גורס שבצבא או במשטרה יהיה איגוד מקצועי.

[...]

כמו בצה"ל כך במשטרה מדובר בגוף היירארכי שיש בו דאגות, יש בו סמלים, יש בו גם סמלים. מעצם טיבו של גוף כזה שאין מקום לוועד שייכנס לעימות עם המפקדים. או משא-ומתן או משמעת. שני הדברים בגוף סמי-פארא מיליטארי אינם יכולים להתקיים..." (ד"כ 9.7.1979, 3404).

איסור על התארגנות חל גם על סוהרים (סעיף 129א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר)), כמו גם על עובדי שירות הביטחון הכללי (סעיף 20(ב) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002); זאת, כפי שהוסבר בהצעת החוק, "בדומה להוראת סעיף 93 לפקודת המשטרה [...] כנובע מאופיו של השירות" (הצעת חוק שירות הביטחון הכללי, התשנ"ח-1998, ה"ח 244).

43. לסיכום: האיסור הגורף על התארגנות עובדים, אינו נחלתם של משרתי הקבע בלבד; איסור זהה הוטל על עובדים בארגוני ביטחון נוספים, נוכח אופיים הייחודי של ארגונים אלו. אני סבורה כי יש בנתון זה, הנגזר ממבט רחב על כלל זרועות הביטחון, תימוכין לעמדת המשיב שלפיה מתן אפשרות להתארגנות בצבא – אינו עולה בקנה אחד, או למצער, מצוי במתח ממשי, עם מסגרת ארגונית שתווי האופי שלה כוללים היררכיה

ומשמעת. לצד זאת, על רקע ההשוואה בין ההסדרים החלים על הארגונים השונים, ניתן להבחין כאמור כי, בשונה מהם, המגבלה על התארגנות חיילים בצה"ל מעוגנת בפקודת מטכ"ל, שהיא במעמד של חקיקה משנה בלבד (עניין אלנקווה, פס' 37).

44. מהמשפט המשווה, מעבר לים ובארץ, אשוב לענייננו ואפתח בשאלת ההסמכה, שתהווה חוליה ראשונה במסגרת הבחינה החוקתית שנקיים לאור מבחני פסקת ההגבלה הביטחונית, על רכיביה.

הגבלת זכויות "לפי חוק"

45. העותרים טוענים, כאמור, כי נוכח מעמדה החוקתי של זכות ההתארגנות, לא ניתן לפגוע בה באמצעות פקודות הצבא בלבד, ואף לא בתקנה; על פגיעה בזכות זו, כך לטענתם, להיעשות בחקיקה ראשית או מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. בהקשר זה, מפנים העותרים לפסק הדין בעניין אופק (בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים פ"ד לג(3) 480 (1979)), שעסק בזכותם של שוטרי משטרת ישראל להתארגן, ובעקבותיו נקבעה המגבלה בחקיקה ראשית. העותרים מפנים גם למגבלת ההתארגנות החלה על גופים נוספים, כמו השב"ס, שאף בהם, כפי שראינו לעיל, הוגבלה הזכות להתארגן באמצעות חקיקה ראשית או תוך הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית.

46. דין הטענה להידחות. העותרים מבקשים למעשה להחיל בענייננו את דרישת ההסמכה שבפסקת ההגבלה הכללית. ואולם כפי שראינו לעיל, אחד ההבדלים החשובים בין פסקת ההגבלה הביטחונית לפסקת ההגבלה הכללית, נוגע לטיבה של דרישת ההסמכה בחוק. בעוד פסקת ההגבלה הכללית דורשת כי פגיעה בזכות-יסוד תיעשה "בחוק [...] או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו", הרי שפסקת ההגבלה הביטחונית מסתפקת בדרישה כי הגבלת זכויותיהם של כוחות הביטחון תיעשה "לפי חוק". לשון זו מאפשרת פגיעה בזכויות אף באמצעות חקיקת-משנה בלבד, והיא אינה כוללת דרישה לעיגון מקור הסמכות בחקיקה ראשית, או בהסמכה מפורשת בחקיקה ראשית.

ודוק: אין מדובר בשינוי שבהיסח הדעת; כוונת מכונן ניצבת בבסיסו. המודעות ל'ריכוך' דרישת ההסמכה, עולה במפורש מהליכי החקיקה שקדמו לחקיקת חוק היסוד. אפנה לדברים שנאמרו בוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 9.3.1992:

"אל"מ"י" תל-רז (משרד הביטחון): ההגבלות על זכויות יסוד שהחוק הזה קובע נקבעו בפקודות הצבא, ופקודות הצבא הן לפי חוק ולא בחוק. כדי שנוכל להתמודד עם החקיקה הזאת, בגלל אופיו של הצבא, צריך לכל האחת מן ההגבלות של זכויות היסוד לחוקק חקיקה ראשית נפרדת. אין אפשרות לעשות את זה. לכן במקום 'נקבעו בחוק' צריך לומר: לפי חוק. אדוני שר המשפטים, איני זוכר שכאשר דנת בהצעת החוק קיבלת את ההצעה הזאת. עת נדון החוק בוועדת השרים לעניני חקיקה עוררתי את הסוגיה הזאת, ואמרתי שכל ההגבלות על חופש העיסוק, חופש הביטוי, חופש ההתארגנות ושאר הזכויות שחוק היסוד בא להקנות, הוגבלו בפקודות הצבא, שהן לא בחוק אלא לפי חוק, לפי חוק יסוד: הצבא, וחוק השיפוט הצבאי.

ד' מרידור (שר המשפטים): בענין המשרתים הצבא, במשטרה וכו', אפשר לקבוע שההגבלות יהיו על פי חוק.

א' רובינשטיין (חבר הוועדה): ההערה הזאת מקובלת עליי

(פרוטוקול ישיבה 356 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12 (9.3.1992)).

47. עינינו הרואות: הסתפקות בדרישת ההסמכה "לפי חוק", והשמטת הדרישה כי הפגיעה תהיה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק, נועדה לאפשר פגיעה בזכויותיהם של חיילים גם באמצעות פקודות הצבא שהוצאו מכוח חוק השיפוט הצבאי, וזאת בשם לב לאופייה המיוחד של המסגרת הצבאית. כפי שציין המלומד א' ברק, דרישת ההסמכה 'לפי חוק' נקבעה תוך התחשבות במערך הנורמטיבי הקיים:

"הדרישה כי ההסמכה תהיה 'מפורשת' אינה תואמת את המציאות המשפטית [...] פסקת ההגבלה הביטחונית הניחה קיום מערכת נורמטיבית של חקיקת-משנה – הוראות הפיקוד העליון ופקודות המטה הכללי – המגבילה את הזכות של המשרתים בארגוני הביטחון והמעוגנת בהסמכה כללית, בחקיקה, בלא שההסמכה בחוק היא מפורשת [...] קשה לקבל גישה פרשנית ההופכת את כל הוראות הפיקוד העליון ופקודות המטה הכללי – והמקבילות להן במשטרה – לבלתי חוקתיות" (ברק, חוק יסוד ד', בעמ' 2144-2145).

48. על יסוד טעמים אלו אומצה לאחרונה פרשנות זו בפסיקתנו, תוך שנקבע כך:

"פרשנות זו הולמת את אופיו של הצבא, כגוף נוקשה והירארכי הנדרש תדיר להגבלת זכויות המשרתים בו לשם עמידה במטרותיו; ואת הקושי המעשי לקבוע בחוק הסמכה מפורשת לפגיעה בכל היבט והיבט של זכויות החייל, במהירות הנדרשת מן הנסיבות המשתנות" (עניין אלנקווה, פס' 40).

49. אין מחלוקת כי האיסור על התארגנות חיילים הקבוע בפקודת מטכ"ל הוא "לפי חוק", שכן הסמכות להוצאת פקודות מטכ"ל מקורה בחוק השיפוט הצבאי, וזאת בהתאם להוראת חוק-יסוד: הצבא, שלפיה "הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק או מכוחו". סעיף 2א לחוק השיפוט הצבאי מורה כדלהלן:

"(א) הוראות הפיקוד העליון הן הוראות כלליות שיוציא הרמטכ"ל באישור שר הבטחון, והן יקבעו עקרונות הנוגעים לארגון הצבא, למינהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה.

(ב) פקודות המטה הכללי הן פקודות כלליות שיוציא הרמטכ"ל, והן יקבעו פרטים בנושאים האמורים בסעיף קטן (א).

(ג) בהוראות הפיקוד העליון ניתן לקבוע סוגים אחרים של פקודות כלליות המחייבות בצבא (להלן - פקודות כלליות אחרות) והמוסמכים להוציאן".

50. הנה כי כן, חוק השיפוט הצבאי מסמיך את הרמטכ"ל, באישור שר הביטחון, להוציא הוראות פיקוד עליון שיקבעו "עקרונות הנוגעים לארגון הצבא, למינהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה", וכן מסמיך את הרמטכ"ל להוציא פקודות שיקבעו פרטים בנושאים הנזכרים. מכוח סמכויות אלו, הוצאו פקודות רבות ושונות, הכרוכות, בין היתר, בפגיעה בזכויות יסוד של המשרתים. כך למשל, פקודת מטכ"ל שבה עסקינן, מלבד המגבלה שהיא מטילה על הזכות להתארגן, אף קובעת מגבלות משמעותיות הפוגעות בזכות החיילים לביטוי (סעיף 7 לפקודה) ולהפגנה (סעיף 4 לפקודה). ראו עוד, פקודת מטכ"ל 08.107 שעניינה במגבלות על "שימוש חיילים במרחב הרשתי", מטילה שלל מגבלות הקשורות לביטוי ברשת האינטרנט; הוראת קבע אכ"א 33-05-01 "כללי ההופעה והלבוש" מטילה מגבלות על הופעתם החיצונית של חיילים וחיילות צה"ל; ופקודת מטכ"ל 33.0117 עניינה במגבלות על השתתפות חיילים בתחרויות שונות המאורגנות על ידי גורמים אזרחיים.

51. כפי שראינו, בחירת המכונן להסתפק בכך שהפגיעה במשרתים בגופי הביטחון תיעשה 'לפי חוק', תוך השמטת הדרישה לכך שהפגיעה תהיה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק, נעשתה על יסוד ההכרה כי פקודות הצבא – שהוצאו מכוח חוק השיפוט הצבאי – פוגעות תדיר בזכויות המשרתים, וכי הצבת דרישה כי מגבלות אלו יעוגנו כולן בחקיקה ראשית או בהסכמה מפורשת בה, תהא מכבידה יתר על המידה.

52. המסקנה מכל האמור היא כי דרישת ההסמכה לפי פסקת ההגבלה הביטחונית מתקיימת בעניינו, שכן האיסור על התארגנות חיילים שבפקודה הוצא "לפי חוק" – מכוח סמכות שמקורה בחוק השיפוט הצבאי – ואין יסוד לדרישה כי האיסור יהא מעוגן בהסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. הפקודה אף מקיימת את דרישת חוק השיפוט הצבאי שלפיה פקודות המטכ"ל ישמשו לפירוט עקרונות הנוגעים "לארגון הצבא, למינהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה" (סעיף 2א(א) לחוק). פקודת המטכ"ל בה עסקינן, על האיסור הכלול בה, נגזרת במובהק מעקרון המשמעת הצבאית, כפי שעוד יפורט להלן. כמו כן, מכל הטעמים שלעיל, אף אין בידי לקבל את טענת העותרים לפיה האיסור על התארגנות חיילים בצבא טעון הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית, בהיותו "הסדר ראשוני" ומחמת הפגיעה הגלומה בו לזכויות יסוד. כפי שפרטתי, בשים לב לאופייה הייחודי של המסגרת הצבאית, הכיר חוק-היסוד באפשרות לפגוע בזכויות החיילים גם באמצעות פקודות הצבא שהוצאו מכוח חוק השיפוט הצבאי.

53. אוסיף ואעיר, כי גם פסק הדין בעניין אופק, שהעותרים מפנים אליו – אין בו כדי לסייע להם, שכן אין הנדון דומה לראיה. באותה פרשה, נדון איסור על התארגנותם של שוטרים, שנקבע ב'פקודת קבע' של מפכ"ל המשטרה. בפסק הדין נקבע כי פקודת המשטרה אינה מסמיכה את מפכ"ל המשטרה להוציא פקודות קבע השוללות זכויות, שכן עצם הסמכות להוציא פקודות קבע לא עוגנה בחקיקה ראשית אלא בתקנות בלבד. לעומת זאת, בעניינו, סמכות הרמטכ"ל להוציא פקודות מעוגנת בחקיקה ראשית – חוק השיפוט הצבאי, ומכאן שהקשיים שהתעוררו בעניין אופק, אינם מתעוררים בעניינו. יצוין כי השופט י' כהן ראה להעיר באותה פרשה, במישור העקרוני, כי:

"טענת המשיב היא, שהתארגנות שוטרים באיגוד מקצועי מנוגדת לכללי המשמעת היסודיים, שהם הכרחיים להבטחת פעולה תקינה של המשטרה, במיוחד בהתחשב בתפקידים המיוחדים של המשטרה בישראל, הנובעים מהמצב הביטחוני שבו נתונה המדינה. אין לשלול את משקלו של נימוק זה [...] קשה למצוא איזה שהוא תחום פעולה של איגוד מקצועי רגיל, שיהיה פתוח לפני איגוד

מקצועי של שוטרים. על כן יש טעם בנימוקו של המשיב שהשתייכות לאיגוד מקצועי במובנו הרגיל של ביטוי זה וחובות השירות במשטרה הן תרתי דסתרי" (עניין אופק, פס' 2 לפסק דינו של השופט כהן).

הערה זו, מוליכה אותנו משאלת הסמכות ליתר רכיבי פסקת ההגבלה הביטחונית

– אליהן אדרש כעת.

על תכלית הפקודה

54. פקודות הצבא נדרשות להלום את ערכי מדינת ישראל, ולשרת תכלית ראויה (עניין אלנקווה, פס' 42). אימתי תיחשב תכלית הפקודה ל'תכלית ראויה'? "הפגיעה בזכותו החוקתית של המשרת בארגון הביטחון צריכה להיות לשם מימוש ביטחון המדינה. מטרה שאינה נופלת למסגרת זו אינה ראויה" (ברק, חוק יסוד ד', בעמ' 2154).

55. לטענת המשיב, כאמור, תכלית האיסור על ארגון חיילים היא ראויה, באשר היא משרתת מטרה ביטחונית. כפי שצוין, המשיב סבור כי האיסור האמור חיוני על מנת לשמור על עקרונות הכרחיים לתפקודו התקין של הצבא: היררכיה, משמעת, אמון בין מפקדים לפקודים, וא-פוליטיות. המשיב טוען כי מתקיימת זיקה הדוקה בין עקרונות אלה, לבין מימוש תפקידו של הצבא – שמירה על ביטחון המדינה.

56. ואכן, קשה לחלוק על הטענה כי הוראה המגנה על ערכים צבאיים בסיסיים – היררכיה, משמעת וריחוק מן המרחב הפוליטי – נועדה לתכלית ראויה, באשר היא תורמת ליכולתו של הצבא להגשים את תפקידו הביטחוני. כפי שכבר נפסק לא אחת, "אין חולק כי השמירה הקפדנית על עיקרון זה [המשמעת] היא חיונית לארגון הצבאי, אשר נבחן ביכולתו להתמודד עם מצבים קיצוניים שבהם נשקפת לפרטים הפועלים בו סכנת חיים" (בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 86 (1997)). טבעו של הצבא כגוף ההיררכי המתאפיין במשמעת נוקשה, הוא בגדר מושכל ראשון, "בשל אופיו המיוחד כגוף ערוך למלחמה שהנמנים עם שורותיו נתבעים למשימות שיש בהם סיכון ממשי לשלמות גופם ואף לחייהם" (מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור פירוש לחוקי-היסוד - חוק יסוד: הצבא 41 (התש"ס)). עמד על כך השופט מ' חשין באחת הפרשות (בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעונש, פ"ד נג(3) 721, 744 (1999)):

"להבדילו מארגונים אזרחיים, המשמעת והכפייה הן מן המאפיינים הבולטים בצבא, והן החומרים המדבקים את

חלקיו השונים להיותם מעשה-מיקשה אחד [...] מבנהו הייחודי של הצבא – קרא: ארגון המשליט בתוכו אמות-מידה נוקשות להתנהגות, ארגון המגיב בחומרה על סטייה מאותן אמות-מידה – יכול ללמדנו כי פגיעה או פגימה באחת מן האונות המרכיבות אותו יכולות שתפגענה ותפגומנה פְּאוֹנוֹת האחרות אף-הן. צבא נעדר-משמעת; צבא שאמון החיילים במפקדיהם מתערער; צבא שמפקדיו פוגעים במעשיהם במורל העשייה; צבא שאין בו "אחריי"; צבא שיושרת מפקדיו נפגמת – אין עוד צבא הוא, בוודאי אין הוא צבא ראוי לשמו".

57. חיוניותם של ערכים אלו למסגרת הצבאית, ותפקידם המרכזי בהבטחת פעילותה התקינה, ניבטת משורה של הסדרים נוספים. עמד על כך בית משפט זה בעניין קוגן (בעמ' 88-87):

"אינטרס זה מצא את ביטויו בשורה של דינים החלים על חיילים המשרתים בצבא [...] נקבעו בחוק השיפוט הצבאי איסורים רבים ומגוונים, ובהם נקבעו סנקציות על מי שמפר את המשמעת בצבא או גורם להפרתה. נורמות אלה כוללות, בין השאר, איסור על התנהגות מחפירה בקשר לפעולות צבאיות (סעיף 45 לחוק); איסור על מרידה או מתן יד למרידה (סעיפים 46-47 לחוק); איסור על מרי (סעיפים 48-50 לחוק) ואיסורים על סירוב לקיים פקודה ועל אי-קיום פקודה (סעיפים 122-124 לחוק). חלק מעבירות אלה הן חמורות ביותר, ולצדן נקבעו עונשים של שנות מאסר ארוכות, ובנסיבות מסוימות (כפי שהוזכר לעיל), אף של מאסר עולם".

על אלו ניתן להוסיף את סעיף 132 לחוק השיפוט הצבאי, שכותרתו 'פגיעה במשמעת' המאפשר להטיל מאסר של שנה על "חייל אשר עשה מעשה או התנהג באופן שפגע או עשוי היה לפגוע בסדר הטוב של הצבא או במשמעתו"; וכן את הוראת הפיקוד העליון 6.0302 "משמעת – אחריות מפקדים ואחריות מטה" שכבר הוזכרה לעיל. החקיקה בתחומי הצבא משובצת אפוא בהוראות שונות, שהעיקרון השזור בהן הוא הבטחת המשמעת במסגרת הצבאית, הנתפסת כאבן פינה לתפקודה התקיין.

58. אציין כי גם הפסיקה האמריקאית העלתה על נס את עיקרון המשמעת כיסוד חיוני לתפקודה של המסגרת הצבאית, שבכוחו להסיג לאחור הגנה על זכויות יסוד. כך למשל, נקבע כי במסגרת מלאכת האיזון שבין צרכי ביטחון לערכי יסוד דמוקרטים כמו חופש ביטוי, יש להביא בחשבון עקרונות של משמעת, עמידה במשימה, וכן מורל ורוח לחימה (עניין Brown, 395-396):

"The test in the military is whether the speech interferes with or prevents the orderly accomplishment of the mission or presents a clear danger to loyalty, discipline, mission, or morale of the troops [...] In a democratic society there is competition between security and democracy. These may be balanced, but there are both international and domestic implications to be considered in determining such a balance. To ensure an adequate discussion of the competing interests, servicemembers as well as the public in general have a right to voice their views so long as it does not impact on discipline, morale, esprit de corps, and civilian supremacy".

59. לפנינו אפוא תכלית ראויה ואף חיונית; כעת, עלינו לבחון האם האיסור על חיילים להתארגן – על הפגיעה הנלווית לו – עומד במבחני המידתיות כפי שנקבעו בפסיקה.

במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות

60. כפי שכבר צוין, בעוד שפסקת ההגבלה הכללית קובעת כי על פגיעה בזכויות להיעשות "במידה שאינה עולה על הנדרש", פסקת ההגבלה הביטחונית מוסיפה כי הפגיעה צריכה להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות".

61. כידוע, מידתיות הפגיעה בזכות נבחנת, באמצעות שלושה מבחני עזר: מבחן הקשר הרציונלי, בגדרו יש לבחון אם מתקיים קשר של התאמה בין האמצעי שננקט במסגרת ההסדר הפוגע, לבין התכלית שאותו אמצעי נועד להגשים; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, בגדרו יש לבחון אם קיים אמצעי חלופי המגשים את התכלית המבוקשת במידה שווה או דומה, תוך פגיעה מתונה יותר בזכויות; ומבחן המידתיות במובן הצר, בגדרו יש לבחון אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הגלומה בהסדר, לבין הנזק הכרוך בו, בדמות פגיעה בזכויות (ראו מיני רבים, בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 842 (2012)). מבחנים אלו משמשים גם לבחינת מידתיות הפגיעה בזכות, בגדרה של פסקת ההגבלה הביטחונית (עניין אלנקווה, פס' 49); ואולם, מטבע הדברים, הם מיושמים תוך הכרה במהותו ואופיו של השירות הצבאי.

62. מבחן הקשר הרציונלי בוחן האם האמצעי שננקט – הגבלת זכות ההתארגנות – מביא להגשמת המטרה שאותו אמצעי מבקש להגשים. הלימה זו נבחנת על ידי מבחן ההסתברותי שאינו אחיד: "מידת ההסתברות הנדרשת תיקבע בהתאם לחשיבות היחסית של הזכות הנפגעת ושל תכלית הפגיעה" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 388 (1997) (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות)), וכי "נדרשת אותה מידת הסתברות שהיא ראויה בהתחשב במהות הזכות, בעוצמת הפגיעה בה ובאינטרס הציבורי שהפגיעה נועדה להגשים" (בג"ץ 7052/03 עניין עדאלה). אמת מידה שאומצה בפסיקה במקרים של פגיעה בזכויות ליבה, הנתפסות כחשובות ביותר, היא של "הסתברות ממשית" לכך שהאמצעי יגשים את המטרה (ראו למשל: בג"ץ 4124/00 יקותיאלני נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142, 197 (2010); לדחיית האפשרות להחיל סטנדרט מחמיר אף יותר, של 'ודאות קרובה', ראו: ברק, חוק יסוד ד', בעמ' 1932); במקביל, נאמר בפסיקה כי "כשמדובר בזכות קלת משקל יותר, ייתכן כי ניתן יהיה להסתפק ב'אפשרות סבירה' לקידומה של התכלית" (עניין לשכת מנהלי ההשקעות, בעמ' 422; בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 11 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (15.4.2015); ראו גם: ברק, חוק יסוד ד', בעמ' 1931, 1943).

63. העותרים מטילים ספק בקיומו של קשר רציונלי בין האיסור הגורף על התארגנות חיילים, לבין התכליות הנזכרות; לטענתם, כלל לא נערכה על ידי המשיב בחינה יסודית של התאמה בין האיסור לתכליות אלו (לטענה להיעדר תשתית מחקרית-אמפירית בנדון, ראו: אופק-גנדלר, התארגנות, בעמ' 123-124).

64. דין הטענה להידחות. אני סבורה כי המשיב עמד בנטל להצביע על קשר רציונלי בין האיסור להתארגן, לבין התכליות אותן ביקש להגשים באמצעותו. בשים לב לאמות המידה ההסתברותיות שנקבעו בפסיקה ונזכרו לעיל, ובשים לב למהות האינטרס הציבורי שבשמירה על ההיררכיה והמשמעת במסגרת הצבא, אני סבורה כי גם אם נאמץ מבחן הסתברותי מחמיר של "הסתברות ממשית", הרי שהקשר הנטען בין הפגיעה בזכות להתארגן לבין התכלית הביטחונית – צולח אף אותו.

65. אכן, ההתאמה בין הפגיעה בזכותם של חיילים להתארגן, לבין עקרונות של היררכיה, משמעת וא-פוליטיות, לא זכתה לעיגון אמפירי. ואולם, מבחן הקשר הרציונלי אינו דורש כאמור הוכחה אמפירית חד-משמעית, ודי לנו במבחנים ההסתברותיים עליהם

עמדתי (אוסוף ואעיר, כי בין הקולות המטילים ספק בזיקה שבין האיסור שעל הפרק ליעילות ביטחונית, ניתן לזהות אימוץ של מבחן הסתברותי שלפיו שלילת הזכות להתארגן דורשת הוכחה כי הפגיעה ביעילות הביטחונית הינה תוצאה "הכרחית" של האיסור, ראו אופק-גנדלר, התארגנות, בעמ' 123, ה"ש 17; כאמור, איני סבורה כי יש לאמץ גישה זו, כפי שפירטתי לעיל). יישומם של מבחני הקשר הרציונלי – אינו תמיד קל, ובפרט בעת שעוסקים במערכת שיש בה "ריבוי של נקודות אחיזה" הכוללת "משתנים שהשלכותיהם רבות ומגוונות" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 572 (2005)), וכאשר נדרש חיזוי התנהגותם של גורמים שונים. ואולם, כפי שנקבע בפסיקה: "הכרעה שיפוטית בעניין ההתאמה או הקשר הרציונלי יכולה לעתים להיעשות תוך בחינת הוראות החוק הפוגע עצמו, תוך הערכה הגיונית המתבססת על ניסיון החיים והשכל הישר" (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 706 (2006)). אני סבורה כי ניסיון החיים והשכל הישר אכן מלמדים – למצער, באופן מספיק לצורך מבחן-הסף החוקתי דנן – על זיקה סיבתית הדוקה בין אלו לאלו, קרי: בין האיסור להתארגן, לבין התכליות הנכבדות העומדות בבסיס האיסור להתארגן, היורדות לשורש התרבות הארגונית בצבא.

66. דומה כי אין חולק שמימוש זכות ההתארגנות כרוך מיניה וביה ביצירת מערכת יחסית קונפליקטואלית בין המצויים בראש ההיררכיה הארגונית, לאלו שמצויים בתחתיתה. אכן, כפי שהזכרתי בעת שדנתי בשבחה של זכות ההתארגנות – יש בכוחה להעניק לפרטים כוח 'סינרגי', המצמצם את פערי הכוח בינם לבין הגורמים המצויים בראש ההיררכיה הארגונית, לתת לפרטים 'קול' והשפעה על מהלך קבלת ההחלטות, ולהגביר את הממד הדמוקרטי במישור הפנים-ארגוני. ואולם תוצאות אלו, שהן בבחינת 'ברכה' בהקשר האזרחי, עשויות להיות לרועץ בהקשר הצבאי; דעת לנבון נקל, כי ערכים מוגנים אלו, עומדים במתח ניכר עם עקרונות של היררכיה נוקשה ומשמעת קפדנית, כפי שאף משתקף מהמקורות הבינלאומיים בעניין זכויות אדם, מהם הבאתי לעיל, הכוללים סייגים לגבי כוחות הביטחון – ובפרט ביחס לזכות להתארגנות. סייגים אלו ניתנים להבנה רק על רקע ההנחה כי אכן שורר מתח בין מיצוי זכות ההתארגנות, לבין המסגרת הצבאית.

67. ראינו אפוא כי מתקיים קשר רציונלי בין האיסור שבפקודה, לתכליות אותן הוא מבקש להגשים. אגש כעת לבחון האם עלה בידי העותרים להוכיח כי ישנו הסדר אחר בהישג-יד, המגשים את אותן תכליות, תוך פגיעה פחותה בזכויותיהם.

68. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, עניינו כאמור בשאלה האם קיים אמצעי חלופי המגשים את התכלית המבוקשת במידה שווה או דומה, תוך פגיעה מתונה יותר בזכויות (ראו למשל: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר פ"ד סג(2) 545, פס' 49 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי)).

69. העותרים טוענים כי פקודת המטכ"ל האוסרת באופן גורף על התארגנות חיילים, אינה האמצעי המתון ביותר להגשמת התכליות שבבסיסה. לטענתם, ישנו בנמצא מודל חלופי, המגשים את התכליות הנזכרות בצורה מלאה ושפגיעתו פחותה. במודל המוצע על ידי העותרים, יתאפשר למשרתי הקבע להתארגן במסגרת 'התארגנות מוגבלת' שיהיה בסמכותה לייצג את האינטרסים של משרתי הקבע בפני הדרג הפוליטי באופן ישיר ובלתי אמצעי, כאשר לאחר תקופת הסתגלות, תינתן לאותה התארגנות גם האפשרות לנהל משא ומתן קיבוצי, ואולם אמצעי השביתה יישלל ממנה. העותרים אף מפנים למודלים דומים, המתקיימים במדינות שונות.

70. אני סבורה שיש קושי ממשי לקבל טענה זו. פגיעתו של המודל המוצע בזכות להתארגן, אכן פחותה; ואולם, לא ניתן להתעלם מהחשש כי יכולתו להגשים את התכליות החשובות שעל הפרק – פחותה אף היא, ובמידה ניכרת. מודל זה, מבקש למעשה 'לפצל' בין שלוש זכויות המשנה של הזכות להתארגנות, עליהן עמדתי לעיל – הזכות להתארגן, הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי והזכות לשבות – ולאפשר מיידית את מימוש הראשונה, בהמשך הדרך אף את השנייה, ולהותיר במלואו את האיסור על השלישית. ואולם, מבט מעמיק בתכליות בהן עסקינן – תכליות הנוגעות כאמור לתפקודה התקין של המסגרת הצבאית – מוליך למסקנה כי עצם הקמתה של המסגרת הארגונית הנידונה עשוי לפגוע בתפקוד המערכת הצבאית. זאת, גם אם אותה מסגרת ארגונית תפעל באמצעות ארגז כלים חסר, ללא יכולת לשבות, ואף מבלי סמכות לערוך משא ומתן קיבוצי בשלב הראשון להקמתה. מקובלת עלי, אפוא, טענת המשיב, כי כינונה של התארגנות חיילים – היא כשלעצמה – צפויה לכרסם בעקרונות ההיררכיה והמשמעת, שאף העותרים לא חולקים על חשיבותם.

71. מסגרת ארגונית של משרתי קבע, אפילו נטלנו ממנה את סמכות ניהול המשא ומתן הקיבוצי ואת אמצעי השביתה – מחוללת באופן אינהרנטי מערכת יחסים לעומתית,

שבה ניצבים משרתי צה"ל במקביל ומנגד לפיקוד הבכיר, ובחריגה מהמבנה ההיררכי האנכי המקובל. כמו כן, הפגיעה בתפיסת ההיררכיה והמשמעת הנהוגים כיום, תבטא אף ביכולתו של הארגון 'לדלג' מעל הראש הארגוני, ולנהל דיאלוג עצמאי עם הדרג הפוליטי. זה למעשה עיקר מבוקשם של העותרים – לפלס לעצמם גישה ישירה לדרג הפוליטי, על רקע טענתם כי אין די בהישענותם על הדרג הפיקודי הבכיר, שידאג למלא צרכיהם. ערוץ עצמאי זה, אם ייסלל, בהכרח יפגע – מעצם טיבו – במבנה ההיררכי הקיים. בנוסף, לא ניתן להתעלם מהחשש עליו מצביע המשיב, כי מסלול השיג ושיח שייפתח בין ארגון החיילים לבין הדרג הפוליטי, שלא תחת עינו הפקוחה של הפיקוד הבכיר, יפגע באופיו הא-פוליטי של הצבא. אופי זה הוא מנשמת אפו של הצבא, ולא ניתן להפריז בחשיבותו (ראו: בג"ץ 6601/95 שמגר נ' ראש המטה הכללי, פ"ד מט(5) 240, 243 (1996)).

72. אין לכחד כי ניסיון של מדינות אחרות, כפי שכבר ציינתי, מלמד כי ישנם בנמצא 'מודלים' נוספים, במסגרתם ניתנת למשרתי הצבא הזכות להתארגן, בכפוף למגבלות. ואולם במסגרת מבחן הפגיעה הפחותה, לא די להצביע על עובדה זו; יש להראות כי 'הגמשה' של האיסור, כפי שמבקשים העותרים, לא תכרסם בהגשמת התכליות הביטחוניות הנכבדות הרלוונטיות למדינת ישראל, ובנטל זה לא עמדו העותרים. כפי שחזרתי והדגשתי, קיומם של הסדרים אלטרנטיביים, שאומצו בדמוקרטיה אחרות שזכו לישוב בשלווה, אינו מלמד על התאמתם לאתגרי הביטחון של ישראל.

73. אוסיף עוד כי מכל הטעמים האמורים, גם אין בידי לקבל את הטענה כי העובדה שישנם בצה"ל עובדים 'אזרחיים' המאורגנים ומיוצגים על ידי נציגות עובדים, מוכיחה כי "התארגנות בתוככי צה"ל אינה זרה למערכת הצבאית כלל ועיקר"; רבים מהטעמים עליהם עמדתי, הניצבים בבסיס האיסור על התארגנות חיילים, אינם רלבנטיים למעטפת האזרחית של הצבא, ואין הנדון דומה לראיה.

74. לא שוכנעתי, אפוא, כי עלה ביד העותרים להצביע על אמצעי או מנגנון הפוגע פחות בזכותם להתארגן, תוך הגשמה זהה או דומה של התכליות שבבסיס הפקודה.

75. מבחן המידתיות במובן הצר, עניינו בשאלה אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הגלומה בהסדר, לבין הנזק הכרוך בו, בדמות פגיעה בזכויות (ראו למשל: עניין המרכז האקדמי, פס' 50 לפסק דינה של הנשיאה בייניש; בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (23.4.2020)). ובענייננו, האם עוצמת הפגיעה בזכותם של משרתי הקבע להתארגן, עולה על התועלת שצומחת מהאיסור על התארגנות.

76. העותרים טוענים כאמור, כי הפגיעה בזכותם להתארגן אינה מקיימת את מבחן המידתיות במובן הצר, בשים לב "לפגיעה המוחלטת הנגרמת לפרט ולקבוצה מן האיסור הקבוע בפקודת המטכ"ל" ו-"נוכח התועלת המוטלת בספק רב ושכלל לא בוססה". חרף הפגיעה הנגרמת למשרתי הקבע, שאין להקל בה ראש כלל וכלל, דין טענתם זו להידחות, זאת, מכל הטעמים המפורטים לעיל בדבר עקרונות יסוד של המסגרת הצבאית, המוליכים למסקנה כי הפגיעה אינה עולה על התועלת.

זאת ועוד, כפי שניתן להיווכח, הטענה למעשה מחזירה אותנו לשאלת הקשר הרציונלי – כלומר, במסגרת מלאכת האיזון בין העלות לתועלת, היא מבקשת לזרוע ספק בעצם קיומה של תועלת מן האיסור על התארגנות. ואולם, כפי שכבר חזרנו ושנינו, לא ניתן להכחיש כי התארגנות עובדים, טומנת בחובה – ולמעשה, זו מטרתה – העצמה של הפרטים בארגון; עקיפה מסויימת של ההיררכיה המתקיימת בו; הצבת 'מרכז כובד' נוסף הניצב במקביל לדרגים הגבוהים בארגון; ומתן 'קול' עצמאי ליחידים המתארגנים. כל אלו, כפי שצוין לעיל, מבורכים בשדה האזרחי, ואולם זרים למהותה ולאופיה של המסגרת הצבאית. מסגרת זו, השואפת לתפקד כ'קפיץ מתוח' הקרוי ומזומן ליום פקודה – דורשת משמעת מירבית, היררכייה נוקשה ודיבור ב'קול אחד'.

77. עוד חשוב להדגיש כי בעת בחינת עוצמת הפגיעה בזכויות משרתי הקבע אל מול התועלת מן האיסור על ההתארגנות, יש לזכור כי בכל הנוגע לטיפול ברווחתם של משרתי הקבע, נתונים לדרג הפיקודי כלים מגוונים לשקוד על רווחתם. בין אלו, מנה המשיב את מחלקת הפרט; נציב קבילות החיילים; ועדת הערר למשרתי הקבע; וכמובן – תפקידו המסורתי של הפיקוד הבכיר לפעול לרווחת המשרתים אל מול הדרג הפוליטי. אכן, יש לתת לזכויות המשרתים בצה"ל שימת לב יתרה, בשים לב לזכות הארגון שנמנעה מהם. אופיו ומהותו של השירות הצבאי 'גוזר' על המשרתים בו, שלא יוכלו להתארגן, ואולם

כפי שהדגיש המשיב עצמו – גישה זו נשענת בין היתר על ההנחה כי משימה זו מונחת על כתפי הדרג הפיקודי הבכיר, וכי גם משרדי הממשלה השונים מכירים בצורך בקיומם של אמצעים משלימים להבטחת תנאיהם של החיילים בסדיר וקבע.

78. הינה כי כן, האיסור על התארגנות צולח אף את מבחן המידתיות במובנו הצר.

סיכום

79. מכל האמור עולה, כי הפגיעה בזכות העותרים להתארגן המעוגנת בפקודת המטכ"ל, עומדת בכל מבחני החוקתיות שבפסקת ההגבלה הביטחונית שבסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – האיסור על התארגנות חיילים נקבע בסמכות; נועד לתכלית ראויה; וצולח את מבחני המידתיות.

80. בטרם חתימה, אשוב על דבריי שבפתיח: אין באמור בחוות דעת זו כדי לגרוע מהערכתנו לתרומתם הנכבדה של משרתי הקבע לביטחון מדינת ישראל. הערכה זו צריכה לקבל ביטוי ממשי בדרך של הכרה בחובתנו כחברה לגמול למשרתי הקבע באופן הולם וראוי על מסירותם הרבה. ואולם, הכרה בחובה זו אינה יכולה לבוא על חשבון השמירה על העקרונות עליהם עמדנו העומדים בבסיס המערכת הצבאית; ויש לנקוט אפוא באמצעים אחרים להבטחת רווחתם של אנשי הקבע. במסגרת מילוי חובה זו יש כמובן לתת משקל לכך שלמשרתי הקבע לא ניתנת האפשרות להשמיע קולם באמצעות ארגון עובדים. העובדה שאופיו של השירות הצבאי שולל ממשרתי הקבע את כלי ההתארגנות, מטילה אפוא על הגורמים הרלבנטיים אחריות יתרה בנוגע לרווחתם והטיית אוזן לטענותיהם. אין לנו אלא לקוות כי גורמים אלה ממלאים נאמנה את תפקידם ודואגים כדבעי לזכויותיהם ולרווחתם של משרתי הקבע, ובתוך כך, מוודאים מעת לעת כי זכויותיהם נשמרות כראוי.

סוף דבר

81. לו תישמע דעתי, מכל הטעמים שלעיל, אציע לחברי להורות על דחיית העתירה. בנסיבות העניין, אציע כי לא ייעשה צו להוצאות.



יעל וילנר
שופטת

השופט יוסף אלרון:

כתגובה מטעם המשיב פורטו טעמים רבים ומשכנעים לדחיית העתירה. בכלל זה, הפגיעה האפשרית במשמעת הצבאית, פגיעה במבנה ההיררכי של צה"ל, האפשרות [...] להחדרת פעילות ציבורית חיצונית וזרה אל תוך הצבא, או כזו המופנית נגד מדיניות הממשלה, מטבע הדברים יש בכך כדי לסכן את פעילות הצבא ואת מעמדו כגוף מקצועי וממלכתי [...];" וכך חשש מפני חדירה של פוליטיזציה לצבא.

השירות הצבאי – בסדיר ובקבע, אכן מטיל על אדם מגבלות רבות ביותר. החל ממגבלות על חריות בסיסיות ביותר ועד לפגיעה ב"זכות ההתארגנות" כנטען בעתירה זו. מן הראוי, ובעת הקשה הזו שבעתיים, כי אלו הבוחרים לשרת את מדינת ישראל מדי יום, חלקם תוך סיכון חייהם, יזכו לתנאים הולמים ויחס הגון ומכבד המבטא את ההערכה העמוקה לפועלם בזמני שגרה וחירום כאחד.

מבלי לגרוע מכך כהוא זה, בהינתן שאין עילה לבטל את הוראות פקודת מטכ"ל מושא העתירה, גם לעמדתי עלינו לדחות את העתירה.



יוסף אלרון
שופט

ממלא מקום הנשיא (בדימ') עוזי פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה של חברתי, השופטת יעל וילנר, ולהערתו של חברי השופט יוסף אלרון.



עוזי פוגלמן
ממלא מקום הנשיא
(בדימ')

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת יעל וילנר.

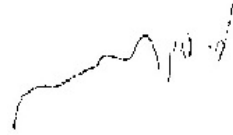
ניתן היום, ח' תשרי תשפ"ה (10 אוקטובר 2024).



יעל וילנר
שופטת



יוסף אלרון
שופט



עוזי פוגלמן
ממלא מקום הנשיא
(בדימ')