

תמצית

מעורבותו ההולכת וגוברת של צה"ל במאבק בהתפשטות נגיף הקורונה מעלה שורה של שאלות באשר לקווי הגבול הראויים, הן מההיבט המשפטי והן מההיבט האתי. שאלות אלה נוגעות במישור המוסדי-ארגוני המסדיר את המסגרת הנורמטיבית לשימוש בצבא, אך היא קשורה במישרין גם לסוגיות ביחס לזכויותיהם של החיילים כפרטים. במרכזן שאלת ההצדקה לגיוס חובה והאופן שבו היא חלה בכל האמור למשימות שאינן קשורות במישרין בביטחון המדינה. מאמר זה דן בשאלות אלה, תוך אפיון של הבחנות ועקרונות מנחים למעורבותו של הצבא במשימות בעלות אופי אזרחי. זאת, הן על פי אדנים משפטיים והן לגבי יסודות אתיים ודמוקרטיים.

מבוא

מעורבותו הרבה של צה"ל במאבק בהתפשטות נגיף הקורונה העלתה שורת שאלות באשר לקווי הגבול הראויים של מעורבות זו. הדיון הציבורי המרכזי בשאלה זו התמקד בשאלות הקשורות ליעילות ולקיומן של חלופות ראויות לעוצמה הארגונית של הצבא, מצד אחד, מול שאלות של איזונים חוקתיים והשפעה על הדמוקרטיה, מהצד האחר. תשומת לב פחותה ניתנה לשאלה אם ניתן לחייב חיילים כפרטים, ובמיוחד בשירות חובה או במילואים, שאינם מתנדבים, להשתתף בפעולות שאין תכליתן הגנה על ביטחון המדינה, העלולות לסכן את בריאותם ואת בריאות קרוביהם. במבט ראשון אפשר לטעון כי אם המטרה לשמה מופעל הצבא היא לגיטימית, מן הראוי יהיה לחייב חיילים להשתתף בפעילות כזו. ואולם, מבט נוסף חושף את העובדה שאין הדבר מובן מאליו: אפשר להתיר לצבא כארגון לפעול בתחומים החורגים מהגנת המדינה ובה בעת לקבוע כי לא ישתתפו בפעילות כזו אלא חיילים שיתנדבו לכך. מאמר זה יתמקד בשאלה האם זו העמדה המתחייבת מן הדין המצוי או מן הדין הרצוי? המאמר ידון בסוגיה זו משני היבטים: ההיבט המשפטי, המתווה את התחום החוקי לפעולה וההיבט המוסרי, המתווה את האופן שראוי לפעול בתוך התחום החוקי.

ייעודו של צה"ל והצבת חיילי חובה לשירות שאינו ביטחוני-ההיבט המשפטי

עם קום המדינה נקבע בחוק כי "הממשלה הזמנית רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מורשים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה".¹ לפי הוראה זו הוקם צבא ההגנה לישראל ונקבע כי במצב חירום יונהג גיוס חובה.²

למרות ייעודו של צה"ל להגן על המדינה כבר בנוסח הראשון של חוק שירות ביטחון, שעיגן את השירות הסדיר (חובה) ושירות המילואים בצה"ל, ניתן למצוא הוראה החורגת מייעוד זה, ולפיה השנה הראשונה של שירות החובה, לאחר אימון צבאי ראשוני, תוקדש בעיקרה להכשרה חקלאית.³ מעבר ל"רמז" מוגבל זה בחקיקה, צה"ל מילא, באמצעות חייליו, תפקידים רבים שלא ניתן לראותם כחלק מהגנת המדינה. כך, למשל, מורות-חיילות לימדו ילדי עולים במעברות. הדבר לא זכה לעיגון כלשהו בחוק עד לאמצע שנות התשעים. בדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית שהובילה לעיגון "השירות המוכר" בתפקידים שאינם ביטחוניים במובהק נכתב:⁴

"החוק אינו קובע מהו שירות בטחון ומהי מהותו. בפועל, מאז ראשית ימי המדינה הוטלו על צה"ל, בצד ייעודו העיקרי - הגנת המדינה - גם שליחיות ביטחוניות לאומיות נוספות... כגון: חינוך, עלייה וקליטה ועוד. התעורר הספק 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, ובלשון החוק המוצע - בפעילות מוכרת".

באותה הצעת החוק הוצע גם לתקן את פקודת סדרי השלטון והמשפט כך שליעודו של צה"ל "לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה", ייוספו המלים "ולשם השגת יעדיה הביטחוניים-לאומיים".

במאמרו של המשנה לנשיאת בית המשפט העליון בדימוס, אליקים רובינשטיין,⁵ מובהר הרקע לתיקון החוק. עיקרו ספקות שהתעוררו לגבי חוקיות ההסדרים הקיימים, לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשנת 1992. חוק היסוד אוסר על הגבלת חירותו של אדם, אלא בחוק, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על

1 הנוסח המקורי של ס' 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א' 1, 4, ההדגשה של המחברים.

2 ס' 2, 1 לפקודת צבא ההגנה לישראל, התש"ח-1948.

3 ס' 1(ו) לחוק שירות ביטחון, התש"ט-1949, ס"ח 271. שריד להוראה זו נותר בס' 21 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, לפיו שר הביטחון רשאי, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, לקבוע בתקנות כי תקופה שלא תעלה על שנים עשר החדשים הראשונים לשירותו הסדיר של יוצא צבא תוקדש, לאחר אימון צבאי ראשוני, להכשרה חקלאית או הכשרה חלוצית אחרת. היום אין זה הכלל, אלא רק אפשרות המותנית בחקיקת משנה.

4 הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 8), התשנ"ה-1994, ה"ח 167.

5 ששימש בעבר יועץ משפטי למערכת הביטחון ויועץ משפטי לממשלה.

הנדרש. שירות החובה מטבעו מגביל את חירותו של החייל ואילו החוק המסדיר שירות זה – חוק שירות הביטחון – מסדיר שירות בצה"ל ולא בארגונים אחרים.⁶ לפיכך, שירות חיילים במסגרות אחרות, מחוץ ל-צה"ל, מחייב עיגון בחוק.⁷

כפי שרובינשטיין מתאר, הדיונים בממשלה ובכנסת בהצעת החוק היו מלווים מחלוקות משמעותיות. היו שסברו כי מדובר באנכרוניזם וכי חלפה שעתם של התפקידים הלא-צבאיים של צה"ל, כפי שהופיעו בחזונו של בן-גוריון.⁸ בסופו של דבר, ההסדר שהתקבל הבחין בין תפקידים בשליחות הממשלה הקשורות לביטחון, אליהן נותרה ההצבה בשיקול דעתו של צה"ל, לבין תפקידים מחוץ למערכת הביטחון. באשר לתפקידים מחוץ למערכת הביטחון, נקבעו מספר מגבלות:⁹

1. החוק נוקב בתחומים המותרים לשירות חיילים (עלייה וקליטה, חינוך, בריאות, הגנת העורף או פעולות התנדבות למען חיילי צה"ל).
2. השירות יהיה ביחידות צבאיות במסגרת משרד ממשלתי או במסגרת הארגונית של גוף ציבורי ובפיקוח משרד ממשלתי שתכליתו להשיג יעד ביטחוני-לאומי.
3. על שר הביטחון להשתכנע, לאחר התייעצות עם השר הרלוונטי ושר המשפטים, כי אם לא תיעשה הפעילות בידי חייל חובה לא יושג היעד כנדרש.
4. הוטלה חובת שקיפות ופיקוח פרלמנטרי: שר הביטחון צריך להגדיר בצו את הגופים בהם יבוצע השירות המוכר. צו זה מחייב אישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת ותוקפו לשלוש שנים (ניתן להאריכו). נוסף לכך, על שר הביטחון למסור כל שנה דו"ח לוועדת החוץ והביטחון וועדת העבודה והרווחה של הכנסת על יישום החוק.
5. הצבת מתגייס לשירות מוכר מחייבת הסכמתו.

צו השירות המוכר שבתוקף אושר בראשית 2019. המגמה היא לצמצם את מספר החיילים במסגרות אלה. בדיון האחרון בוועדת החוץ והביטחון נמסר כי כיום מוקצים 400 חיילים במסגרת זו, אשר כוללת, בין היתר את משרד החינוך, החברה למתנ"סים, החברה להגנת הטבע, בתי ספר שדה ולשכת הקשר "נתיב".¹⁰

6. עוד קודם לתיקון זה, הסדיר החוק שירות חובה במשמר הגבול. לאור אופיו הביטחוני של גוף זה, הדבר לא מעורר קושי.

7. רובינשטיין, א. (1997), "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון" עיוני משפט כא 21, 46 – 46.

8. שם.

9. ס' 26א לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986. הסדר מיוחד נקבע לגבי שירות במטרה "הכחולה". לא נערכב על פרטיו, החשובים פחות בהקשר הנדון. ראו ס' 24א לחוק.

10. https://m.knesset.gov.il/activity/committees/foreignaffairs/news/pages/pro70119_2.aspx

בין ביטחון לביטחון לאומי¹¹

איום ביטחוני במובנו הצר נתפס לרוב כאיום צבאי של אויב חיצוני העלול לפגוע בחייהם של אזרחי המדינה. בהתאמה, התפיסה המקובלת היא כי הקביעה שהצבא אמון על הגנה על ביטחון אזרחי המדינה מתייחסת להגנה מפני איומים חיצוניים.

רבות דובר על ה'ביטחוניזציה' של משבר הקורונה בישראל. הדבר בא לידי ביטוי בין היתר באפיון המאבק כ"מלחמה" והגדרת הנגיף כ"אויב". כפועל יוצא מוסגרו לעתים צעדים שננקטו בהקשר זה במונחים השמורים לרוב לנסיבות ביטחוניות. כך הוגדר משבר הקורונה גם כאיום על ה"ביטחון הלאומי" של המדינה. הצורך להבהיר את הסוגיה התעורר גם סביב ההצדקה המשפטית להטיל תפקידי מעקב על שירות הביטחון הכללי, ומתוקף סמכותה של הממשלה להטיל עליו פעילות לשם שימור וקידום "אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה"¹². וכך, כאשר נדרש לכך בית המשפט, קבעה הנשיאה אסתר חיות כי לצורך הגדרת אירוע כאירוע של ביטחון לאומי, עלינו להעמידו במבחן הסכנה החמורה והמיידית.¹³

בית המשפט סיכם וקבע כי מגפת הקורונה חוסה תחת ההגדרה של "ביטחון לאומי" החורגת מביטחון במובנו הצר. ואולם, מסקנה זו יש לסייג. ביטויים זהים בחוק עשויים לקבל פירוש שונה בהקשר שונה. מסקנת בית המשפט כי מגפת הקורונה היא אירוע של ביטחון לאומי ניתנה בהקשר להטלת סמכות מעקב אחרי אזרחים על שירות הביטחון הכללי. לא ברי כי ניתן לגזור ממנה גם מסקנות לגבי המשימות שהמדינה רשאית להטיל על הצבא בכלל ועל התנאים לביצוע משימות אלה על ידי חיילי חובה בפרט. ראייה לכך, כפי שהוסבר לעיל, היא העובדה שהחוק המתיר להציב חיילים ב"שירות מוכר" ובכלל זה בתפקידים בתחום הבריאות שתכליתם "להשיג יעד ביטחוני-לאומי" מתנה שירותם של החיילים בהסכמתם. לפיכך, גם אם ההתמודדות עם מגפת הקורונה היא עניין של ביטחון לאומי, לא מתחייב מכך שניתן להטיל משימות אלה על חיילי חובה. האם ניתן להטיל משימות מזדמנות שלא נועדו להגן על המדינה על חיילי חובה ללא הסכמתם?

הפעלת חיילי צה"ל במשימות שאינן ביטחוניות במובהק

בפרק הקודם הוצג ההסדר להצבת חיילים לשירות קבוע ובמצב שגרה בתפקידים שאינם ביטחוניים מובהקים. ואולם, מה הדין בנוגע להטלת משימות מזדמנות בעלות

11 ראה בהרחבה בעניין זה במאמרו של עמיחי כהן בקובץ זה, בפסקה אודות חוק שירות הביטחון הכללי

12 ס' 7(ב) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

13 עמיחי כהן, שם.

אופי אזרחי על חיילי צה"ל? לשם המחשה, במסגרת המאבק בקורונה הופנו חיילי צנחנים, שאין ספק כי תפקידם דרך כלל הוא תפקיד לחימה לשם הגנת המדינה, לסייע לתושבי בני ברק בזמן שהעיר הוגדרה "אזור מוגבל".

פקודת המשטרה עוסקת בהסדרת הטיפול באירוע חירום אזרחי.¹⁴ אירוע כזה מוגדר שם בין היתר כ"אירוע הגורם לפגיעה חמורה בשלום הציבור, בביטחון הנפש או ברכוש... או אירוע שיש בו חשש לפגיעה כאמור, לרבות מחמת פגע טבע...אירוע כימי או ביולוגי, או פעילות חבלנית עוינת".¹⁵ ככלל, הסמכות להכריז על אירוע חירום אזרחי, בכל הארץ או באזור מסוים, מוקנית לשר לביטחון הפנים.¹⁶ באירוע חירום אזרחי מוקנית, לרוב, למשטרה סמכות הפיקוד והשליטה.¹⁷ צה"ל ושירות ההתגוננות האזרחית (פיקוד העורף, להלן פקע"ר) יסייעו למשטרה לטפל באירוע חירום אזרחי בהיקף כוח אדם ואמצעים כפי שייקבע ע"י שר הביטחון והממשלה. כוחות אלה יעמדו לפיקוד המשטרה, כמו גופי הצלה אחרים.¹⁸

ואולם, האם באירוע כמו במגפת הקורונה, ניתן להכריז על "אירוע חירום אזרחי"? לכאורה, ניתן היה לומר כי מדובר באירוע ביולוגי. אלא שאירוע ביולוגי מוגדר בחוק במפורש באופן הכולל רק טרור ביולוגי, ולא אירוע הנגרם מסיבות שמקורן בטבע.¹⁹ בזיקה לכך, סמכות ההכרזה על אירוע ביולוגי מוקנית לשר הביטחון והאחריות לטפל באירוע מוטלת על צה"ל.²⁰ לדעתנו ספק אם ניתן להכריז על "אירוע חירום אזרחי" במקרה של מגפה בהיותה "פגע טבע" בהתייחס לחומרי לחימה ביולוגיים. לו ניתן היה להכריז על "אירוע חירום אזרחי" במקרה מגפה (שאינה תוצאה של טרור ביולוגי), ניתן היה להפעיל את כוחות צה"ל שהוקצו לכך כדי להתמודד עם המגפה. וכל זאת כאשר עדיין נותרת השאלה – אם ניתן לכפות על חיילי צה"ל להשתתף בפעילות כזו?

בג"ץ פדרמן ומשמעותו

בפרשת פדרמן²¹ הוגשה עתירה נגד החלטת הממשלה להיענות לבקשת ארה"ב לשגר משלחת של אנשי משטרה מישראל להאיטי, תחת פיקוד אמריקאי ולפי החלטה של מועצת הביטחון של ה-או"ם, על מנת לסייע למשטרה המקומית בפיקוח ובהדרכה. בית

14 פרק שישי לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

15 ס' 90א לפקודת המשטרה

16 במקרים מסוימים, כגון כאשר האירוע בתחומי מתקן ביטחוני, הסמכות מוקנית לשר הביטחון.

17 ס' 190 לפקודת המשטרה.

18 התפקידים והסמכויות של שירות ההתגוננות האזרחית, כמשמעם בחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951 מוקנים ומבוצעים על ידי פקע"ר. אף שב-פקע"ר משרתים חיילים והוא חלק מהצבא, הוא ממלא תפקידים שבמדינות אחרות מבוצעים לעיתים על ידי גופים אזרחיים.

19 ס' 90א לפקודת המשטרה.

20 ס' 90(ז) לפקודת המשטרה.

21 בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647 (1995).

המשפט העליון דחה את העתירה בקבעו כי לממשלה סמכות לשגר משלחת כזו מתוקף סמכותה השירותית לעשות בשם המדינה מה שלא הוטל בחוק על רשות אחרת. העובדה שפקודת המשטרה אינה מסדירה פעילות מסוג זה אינה מאיינת אותה, שכן שוטרים לא אמורים להפעיל בחו"ל סמכויות מכוח החוק הישראלי. עוד קבע בית המשפט כי מקובלת עליו עמדת הממשלה, ולפיה היותם של השליחים חלק מהמסגרת הארגונית של המדינה היא האפשרות המועדפת על פני הקמת כוח המורכב ממתנדבים המגויסים מהציבור שאינם כפופים למרות שלטונית. עם זאת, חשוב לציין כי החלטת הממשלה קבעה כי אנשי השוטרים ייכללו במשלחת על בסיס התנדבות.

אמנם בית המשפט העליון לא נדרש לקבוע כי הדין מחייב כי רק שוטרים מתנדבים ייכללו במשלחת, שכן הממשלה היא שקבעה זאת, אבל פרשה זו מחדדת את העובדה שמדובר בשתי שאלות משפטיות נפרדות: האחת, האם ניתן להטיל על גוף ממשלתי מסוים משימה שמחוץ לגדר ייעודו, והשנייה, האם ניתן לכפות על אנשי הארגון להשתתף במשימה חריגה כזו. ניתן להשיב תשובה חיובית לשאלה הראשונה, אך אין הדבר מחייב מתן תשובה חיובית גם לשאלה השנייה. בהקשר לזו, ראוי לעמוד על קשיים ייחודיים בעצם ההסתמכות על "התנדבות" כאשר מדובר בחיילי חובה.

התנדבות ומרות – חיילי חובה

בפרשת נתן²² נדונה עתירה של חיילים ששירתו ככתבים וכעורכים בעיתון "במחנה" נגד חיובם לשרת שישה חודשים נוספים במסגרת שירות סדיר נוסף כתנאי מוקדם לשיבוצם בתפקיד. אמנם העתירה נדחתה, ובעיקר משום שהעותרים פנו רק לאחר שסיימו את שירותם הסדיר ה"רגיל" בתפקיד בו חפצו ועתה ביקשו להתנער מההתחייבות עליה חתמו מראש, אולם השופט חשין העיר הערות חשובות לגבי משמעותה של "התנדבות" כאשר מדובר בחיילים בשירות חובה:

"התחייבותם של העותרים לשירות סדיר נוסף – בתנאי שירות חובה – ניתנה, כאמור, בצמוד לשירותם הסדיר, ובגדרו של שירותם הסדיר, והמסגרת היא מסגרת של כפייה. בתנתו דעתנו לכל אלה... לא יאה די באמירה כי העותרים חייבו עצמם מרצונם בשירות סדיר נוסף (בתנאי חובה). שומה עלינו להוסיף ולבדוק אם רשויות הצבא נהגו בעותרים בהגינות ראויה, הגינות הנדרשת מכל רשות ציבור העושה שימוש בשיקול דעתה, לא כל שכן בנסיבות של כפייה".²³

22 בג"ץ 1930/94 נתן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(4) 643 (1994).

23 שם, בעמ' 657, ההדגשות של המחברים. המשנה לנשיא ברק הסכים לפסק דינו של חשין ואילו השופט בך ביקש להשאיר את השאלה העקרונית של מגבלות על הצבא בקבלת התנדבות ל-שט"ן בצריך עיון.

משמע, בית המשפט העליון לא ראה בהתנדבות של חיילים בשירות חובה חזות הכול והכיר בכך שהעובדה שהם מצויים במסגרת של כפייה, מצדיקה מבחינת הגינות הצבא לבקש ולקבל התנדבות כאמור.

פרשה הקרובה יותר לענייננו היא הפרשה על אודות עריכת ניסוי רפואי בחיסון לגחלת (אנטרקס) על חיילי צה"ל בין השנים 1998 – 2006 (ניסוי "עומר"). בפרסומים בתקשורת ובעתירה לבג"ץ²⁴ טענו חיילים שהשתתפו בניסוי כי הם סובלים מתופעות לוואי בעקבות השתתפותם וכי לא נקבעה להם כתובת זמינה למעקב רפואי וכן שנפלו ליקויים בקבלת הסכמתם להשתתפות בניסוי. בעניין זה, הוקמה לבקשת קצין הרפואה הראשי של צה"ל ועדת בדיקה מטעם ההסתדרות הרפואית בישראל. הוועדה מצאה כי רבים מהחיילים היו מיחידות מובחרות ובתחילת שירותם הצבאי וכי הם הרגישו כי מופעל עליהם לחץ, הן של מפקדים והן של חבריהם, להשתתף בניסוי שהוצג כחשוב לביטחון המדינה. גם הגדרת הניסוי כ"סודי" מנעה מהם אפשרות להתייעץ בנוגע להשתתפותם ולכן השפיעה על נכונותם להשתתף. דו"ח הוועדה קבע כי "יש לנהוג משנה זהירות בניסויים הנערכים בצה"ל וזאת מפאת היות אוכלוסיית המשתתפים בניסויים אלה אוכלוסייה של חיילים הנתונים למרות".²⁵ עוד נקבע כי "בחירת החיילים כאוכלוסיית הניסוי הייתה פסולה ומגמתית ונעשתה, בין השאר, מטעמי נוחות ואולי אף משיקולים כלכליים... נוסף לכך, עולה החשש שלצורך ביצוע הניסוי נעשה ניצול של יחסי המרות בהם נתונים חיילים צעירים במסגרת ההירארכיה הצבאית".²⁶ מאוחר יותר הותקנה הוראת פיקוד עליון חדשה בנוגע לעריכת מחקרים רפואיים בצה"ל המנסה לתת מענה לביקורת על הקושי לתת הסכמה חופשית בנסיבות של שירות חובה, כגון, איסור על מפקד להפעיל השפעתו בקשר להשתתפות חייל במחקר רפואי.²⁷

לסיכום חלק זה, ניתן להיווכח כי אף התניית השתתפות חיילי חובה בביצוע משימות שאינן צבאיות בהסכמה מקדימה, כלומר בהתנדבות, עשויה להעלות קושי הנובע מהיצאותם במסגרת כופה שבה מתנוסס סימן שאלה מעל יכולתם לתת הסכמה מתוך רצון חופשי.

24 בג"ץ 9273/07 רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (פורסם ב-אר"ש, 26.10.2011).

25 ההסתדרות הרפואית בישראל – הלשכה לאתיקה דו"ח ועדת בדיקה בעניין ניסוי עומר 2, 82 (דצמבר 2008), <http://www.armageddon.org.il/anthrax.pdf>

26 שם, עמ' 85.

27 עוד על נושא זה: תמיר מוריץ מחקר במדים – עריכת ניסויים רפואיים וצבאיים בחיילים ועל ידי חיילים – דין ואתיקה (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת ת"א – הפקולטה למשפטים, 2012),

<http://primage.tau.ac.il/libraries/theses/law/free/2370338.pdf>

הכללים החלים על חיילים המבצעים משימות לא צבאיות – שאלת חובת ההקרה

לכל אדם נתונה הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולבריאות.²⁸ עם זאת, אף זכויות היסוד נתונות להגבלה וניתן לפגוע בהן "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". כאשר מדובר בחיילים ובאנשי כוחות הביטחון יש אף "פסקת הגבלה" מיוחדת, הקובעת שניתן לפגוע בזכויותיהם "לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות". אחת ההגבלות החשובות על זכותם של החיילים לחיים, לשלמות הגוף ולבריאות קבועה בחוק השיפוט הצבאי ולפיה חייל שעבר עבירה כדי להגן על חייו או על גופו או על ערך אחר, לא ישמש הדבר פטור מאחריות פלילית אם לפי הנסיבות הוא היה חייב להקריב את החיים, את הגוף או את הערך. הדוגמה המוחשית המובהקת להוראה זו היא מקרה שבו חייל מקבל פקודה להסתער בקרב. סירוב לקיים את הפקודה (המהווה עבירה צבאית) מן הטעם שהפקודה מסכנת את חייו איננה פוטרת אותו מאחריות, שכן מצופה ממנו לסכן את חייו ולקיים פקודות בקרב. הביטוי המוכר והטקסי יותר של ההגבלה הזו מצוי בשבועה שנדרש כל חייל המתגייס לצה"ל להישבע. נוסח השבועה כולל גם התחייבות "להקדיש כל כוחותיי ואף להקריב את חיי להגנת המולדת ולחירות ישראל".

נשאלת השאלה אם חייל – שנשלח למשימה שאינה להגנת המדינה במסגרת המאבק בנגיף קורונה ומקבל פקודה שמימושה עלול לסכן את בריאותו – מחויב לקיים את הפקודה? לפי נוסח השבועה הקרבת החיים נדרשת רק להגנת המולדת. יתר על כן, את חוק השיפוט הצבאי יש לפרש באופן העולה בקנה אחד עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המאפשר להגביל את זכויותיו של החייל רק במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות. המסקנה המתבקשת היא שחייל אינו מחויב לקיים פקודה שמסכנת את בריאותו אם אין היא נדרשת בזיקה לייעודו של צה"ל להגן על המדינה או לכל היותר גם בזיקה לייעודו לפעול להשיג את יעדיה הביטחוניים-לאומיים של המדינה. קושי זה הוא סיבה מעשית נוספת לבסס את שיבוצם של חיילים למשימות לא צבאיות כאלה על התנדבותם למשימה.

28 ס' 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966)(אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991), ס' 12.

ייעודו של צה"ל והצבת חיילי חובה לשירות שאינו ביטחוני-ההיבט האתי

לצד השאלות המשפטיות העולות ביחס להשתתפות משימות אזרחיות על חיילים ראוי לתת את הדעת גם להיבטים האתיים הכרוכים בסוגיה זו. הדבר נכון בעיקר נוכח קיומה של חובת הגיוס בישראל המטילה אחריות מיוחדת על המדינה ועל צה"ל לוודא כי זכויותיהם של החיילים המשרתים בצבא באופן כפוי נשמרים.

על מנת לעמוד על סוגיה זו, נדון תחילה בהצדקות העקרוניות להחלת גיוס חובה ולאחר בירורן נבחן אם הן חלות במשימות שהוטלו על חיילי צה"ל במהלך הטיפול במגפת הקורונה.

ההצדקות לגיוס חובה

הטלת חובת שירות צבאי על אדם מהווה פגיעה באוטונומיה שלו וכרוכה בהגבלה משמעותית של זכויותיו. עצם קיום החובה נוטלת מהמגויס את האפשרות להחליט כיצד בלבות את זמנו, לטובת מה לנתב את כישוריו ובמה להשקיע את יכולותיו. זאת ועוד, טבעו של השירות הצבאי אינו מאפשר לחיילים לממש חירויות בסיסיות כמו חופש הביטוי, התנועה, התעסוקה, ומעל הכול, לעתים הוא כולל גם את סיכון חייהם. לפיכך, כפיית שירות חובה מחייבת הצדקה חזקה במיוחד.²⁹

ההצדקה המרכזית שמקובל לייחס לגיוס חובה היא צורך ביטחוני של המדינה המקיים לה חובה להגן על חיי אזרחיה. על כך כותב למשל אסא כשר: "בראש ובראשונה חייבת המדינה הדמוקרטית לאזרחיה הגנה של ממש על חייהם מפני סכנות הנשקפות להם מן הכוחות האלימים של מדינות עוינות, בעיקר מן הכוחות הצבאיים שלהם. ראוי להזכיר שהחובה הזאת של המדינה הדמוקרטית, לתת לאזרחיה הגנה של ממש על חייהם מפני סכנות חיצוניות, היא חובה מוסרית, שהרי היא נובעת מן העקרונות המוסריים העומדים ביסודה של המדינה הדמוקרטית. לפיכך חובתה המוסרית של המדינה הדמוקרטית היא לקיים צבא, מערכת מעשית להגנה על חיי האזרחים מפני סכנות הנשקפות להם מכוחות חיצוניים אלימים... חובתה המוסרית של המדינה הדמוקרטית, היא, לכן, להילחם, להפעיל כוח להגיע להכרעה של האויב, כל עוד לא ניתן להגן כראוי על חיי האזרחים בדרך אחרת, ללא הפעלת כוח".³⁰

29 כהן, ע., שפרן-גיתלמן, ע. (2020), מעורבות צה"ל במשבר הקורונה - סקירה משפטית והמלצות, המכון הישראלי לדמוקרטיה.

30 כשר, א. (תשנ"ו), אתיקה צבאית עמ' 39-40. ראו גם: קרמניצר, מ. ובנדור, א. (2000), פירוש לחוק יסוד: הצבא.

תיזה דומה מציגים אמנון רובינשטיין ותומר קנת הדנים במערכת היחסים שבין החברה בישראל לצבא: "ההצדקה לשירות צבאי במדינה דמוקרטית היא הכלל המטיל על האזרח 'חובות אדם' לשמירת זכויות האדם של כלל האוכלוסייה, בדומה לתשלום מס. שירות כזה מתקיים במדינות דמוקרטיות כאשר קיים איום ביטחוני ואתוס לאומי התומך בחובות השירות. חובות השירות הצבאי, תנאיו והסדרים פרטניים בנוגע לחיילים מעוגנים בחוקי המדינה, בעוד עצם קיומו של הצבא וכפיפותו למוסדות המדינה, בדרך-כלל לרשות המבצעת, מעוגנים בחוקת המדינה ובישראל בחוק יסוד: צבא ההגנה לישראל. נורמות אלה קובעות את ייעוד הצבא לקידום ערכי המדינה, במקרה הישראלי, כפי שמסביר השופט מלצר, '[הצבא] עומד לרשות כל רשותיה, על-מנת לשרת את ערכיה...לשמור על המדינה - כיהודית ודמוקרטית - מפני אויביה החיצוניים"³¹.

ואמנם, איש אינו חולק על כי מדינת ישראל מתמודדת מראשית ימיה עם אתגרי ביטחון משתנים. גם אם התפיסה המקובלת היא כי המדינה איננה נמצאת עוד תחת איום קיומי המסכן את עצם קיומה, הרי שאיומים ביטחוניים ממשיכים לרחף מעליה כל העת. משום כך, על אף הקולות הגוברים לבחינת ההצדקות למודל גיוס החובה, העמדה הרווחת היא כי מצבה הביטחוני של מדינת ישראל, בצד שיקולים נוספים האמורים לחזק את יכולותיו של הצבא, אינו מצדיק לעבור לשירות על בסיס התנדבותי. משום כך, ההצדקה המוסרית לגיוס חובה, על כל המשמעויות הכלולות בכך, עודה שרירה.

האם הצדקת צורך ביטחוני תקפה לעניין מגפת הקורונה?

גם תחת הסכמה עקרונית על כך שבישראל קיים צורך ביטחוני המצדיק את קיומו של חוק הכופה חובת גיוס על יוצאי צבא, נותרת השאלה אם ניתן להישען על הצדקה זו כאשר המשימות המוטלות על החיילים אינן משימות ביטחוניות אלא הן בעלות אופי אזרחי וניתנות ברובן המכריע לביצוע על ידי גופים אזרחיים. ביתר שאת יש לשאול אם ניתן להטיל על חיילים משימות שיש בהן כדי לסכן את חייהם ואת חיי קרוביהם כאשר לא ביטחון המדינה, שהוא כזכור שורש ההצדקה לגיוסם, מוטל על הכף?

תשובה אחת לשאלה זו היא כי על פי היחסים המוסדרים בחוק יסוד: הצבא, הצבא מבצע את המשימות שהדרג המדיני מטיל עליו וככל שיידרש לסייע - כך יעשה. ואולם גם אם כוחה של תשובה זו יפה למפקדי הצבא, הרי שהשאלה אם קיימת הצדקה לדרג

31 רובינשטיין, א. וקנת, ת, רב-תרבותיות וצה"ל, אתר צה"ל. עמוד 2.

<https://www.idf.il/media/32775/%D7%A8%D7%95%D7%9F-%D7%9C%D7%94%D7%95%D7%A1%D7%99%D7%A3-%D7%94%D7%A9%D7%9D-%D7%9B%D7%9E%D7%95-%D7%91%D7%9B%D7%95%D7%AA%D7%A8%D7%AA.pdf>

המדיני להטיל על הצבא משימות אזרחיות, כמו אלה שהטיל עליו, נותרת בעינה.

ציטטנו מעלה את השופט מלצר בקבעו כי על הצבא לשמור על המדינה מפני אויביה החיצוניים (הדגשה שלנו). ואמנם, קביעתו של השופט מלצר משקפת מוסכמות יסוד לפיהן בעוד שעל המדינה מוטלת חובה להגן על שלום אזרחיה מפני כלל האיומים הנשקפים להם – כיחידים או כחברה בכללה – הרי שהצבא משמש כזרועה של המדינה לעניין הגנה על ביטחונה וביטחון אזרחיה במובנו הצר. כלומר, תפקידו של הצבא להגן על אזרחי המדינה מפני איומים חיצוניים. בעניין זה חשוב לציין כי לשיטתנו יש להבחין בין הפניית שירות הביטחון הכללי למשימות שיש בהן ממד הפועל "נגד" אזרחי המדינה ובין הפניית הצבא למשימות מסוג זה. בשונה מצה"ל שירות הביטחון הכללי אמון, בין היתר, על התמודדות עם איומים פנימיים (למשל חתרנות), ומשכך הטלת משימות ממין זה אינן עומדות בסתירה עם מהותו וייעודו.

כבר עמדנו מעלה על פרשנות רחבה יותר שמקובל לייחס לייעודיו ההיסטוריים של צה"ל ולחזקה הבלתי כתוב בינו לבין החברה בישראל, ולפיו, מחד גיסא, החברה מגויסת כולה לשורות הצבא ותומכת בו בדרכים שונות, ומאידך גיסא, הצבא עומד לרשות המדינה במגוון רחב של מובנים החורגים ממשימות ביטחוניות "טהורות". לפיכך, הבחנה ראשונה אותה אנו מציעים לבסס במאמר זה, היא להבדיל בין משימות תמיכה שמטרתן לסייע לגופים האזרחיים במאבק במגיפה, לבין משימות שיטור ואכיפה, המופנות כלפי אזרחי המדינה. בהתאם להבחנה זו, משימות מהסוג הראשון מהוות ניצול סביר של משאבי המדינה כדי להתמודד עם התפשטות המגיפה, שבשל היקפה אין למדינה אפשרות להתמודד עמה ביעילות בלי להסתייע בצבא. סיוע כזה חוסה תחת הצדקה שמקורה במערכת היחסים ההדדית בין צה"ל והחברה הישראלית. אך דווקא בשל הצדקה זו משימות הכוללות אכיפה ושיטור מול אזרחי המדינה, אינן לגיטימיות ככל שהמדינה לא העבירה את השליטה באזור מסוים או במדינה כולה לידי הצבא – צעד הננקט בעת קטסטרופה בלבד. משימות מסוג זה צריכות להיות באחריותם הבלעדית של גופי השיטור במדינה.³² יודגש, החלטות לפיהן חיילים יתלוו לכוחות השיטור במשימות אכיפה ויהוו כוח עזר בלבד (כלומר, לא ייטלו חלק פעיל במעצרים, למשל), בעייתיות אף הן. הטלת משימות מסוג זה על חיילים מכניסה אותם לסיטואציה בה הם עלולים להידרש לפעול לא רק ללא סמכות על פי חוק אלא גם ללא הצדקה מוסרית לכך.

³² יתכן שהמטרה הצבאית היא מקרה מיוחד וניתן להיעזר בה במקרים חריגים גם לצורכי אכיפה על אזרחים חזות בשל הכשרתם של השוטרים הצבאיים להתמודד גם עם אזרחים ואף סמכויות מוגבלות שיש להם לשם כך, ראו למשל, תקנה 23 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961.

עניין נוסף הקשור בהצדקות המוסריות לשימוש בחיילי צה"ל למטרות אזרחיות, הוא זה הנדון בפתח מאמר זה. ונוגע לשאלה האם ניתן להצדיק את סיכון חייו של החייל כאשר על הפרק משימות שעיקרן אינו מענה לסכנת חיים ביטחונית המאיימת על אזרחי המדינה? שאלה זו מקבלת משנה תוקף כאשר הסיכון העלול להישקף לחיילים אינו חל רק עליהם אלא עשוי לחול גם על בני משפחותיהם. למשל כתוצאה מהדבקה במחלה. מסמך רוח צה"ל מטיל חובה לסכן את החיים בשני מצבים. הראשון הוא תחת הערך "חיי אדם" במסגרתו נקבע כי החייל "בעת לחימה יסכן את עצמו ואת רעיו במידה הנדרשת לשם ביצוע המשימה" והשני הוא תחת הערך "רעות" בו נדרש החייל להיחלץ לעזרת "...חבריו לשירות...עד כדי חירוף הנפש". כלומר, על פי מסמך הזהות הערכית של צה"ל משתמע כי אין כל חובה על חייל לסכן את חייו שלא במסגרת לחימה ושלא לשם הצלת חיי חבריו ליחידה.

ואמנם, טענה נוספת שאנו מבקשים להעלות במאמר זה, נוגעת לצורך להבחין בין שימוש בחיילי צה"ל במסגרת משימות אזרחיות שאינן מסכנות חיים, להטלת משימות שאינן ביטחוניות המציבות את החייל בפני סכנה לחייו ולבריאותו.

אף שכאמור, עצם חובת השירות מהווה פגיעה בחירויות הפרט ובאוטונומיה שלו על גופו הרי שלאופי השירות ולמהות המשימות המוטלות עליו במסגרתו, השפעה ניכרת על מידת הפגיעה בו ובזכויותיו. וכך, אף שגם כפיית גיוס לשירות שמהותו איסור חומר מודיעיני דורשת הצדקה, נראה כי נקל להסכים שכפיית שירות שבמסגרתו נדרש החייל לסכן את חייו – שלא במשימה צבאית-מבצעית, דורשת הצדקה חזקה יותר. לפיכך, עמדתנו היא כי נייר הלקמוס להפעלת צבא החובה טמון בשאלה אם משימות הסיוע למערך האזרחי מקפלות בתוכן סיכון ממשי לחיי החיילים.

על אף האמור עד כה, יש להעיר כי תיתכן תזה ולפיה יש להבחין בין הצורך בהצדקה לעצם כפיית שירות חובה, לבין הצורך לוודא את קיומה של הצדקה זו ביחס לכל משימה המוטלת על חיילים המשרתים בצבא מכוח חובה זו, משעה שגיוסו לשירותו. על פי הבחנה זו עצם החלת חובת גיוס אמנם דורשת הצדקה חזקה, ועם זאת, איננו מבררים אם הצדקה זו תקפה לגבי משימות פרטניות המוטלות על החיילים מרגע שגויסו. והלא גם בשגרה עוסקים חיילים רבים בתפקידים שאינם חלק ממערך הלחימה או מהמערך

התומך באופן ישיר את הלחימה. דוגמה בולטת לכך היא תפקידי חינוך בהם משרתים חיילות וחילים רבים בצה"ל. ואם כך, על פי תזה זו, מה ייחודן של המשימות האזרחיות שמילא צה"ל במסגרת המאבק בנגיף הקורונה ודורש הצדקה פרטנית?

איננו דנים כאן בהרחבה בטענה זו. בקצרה נעיר כי אף שתפקידים שונים בצה"ל אינם עוסקים במישרין או בעקיפין בלחימה, ההנחה המקובלת היא כי ככלל המערכים השונים בצבא נועדו לסייע לו למלא את תפקידו בהגנה על ביטחון המדינה ותושביה. כלומר, אף שאופי המשימות המוטלות על חלק מהחיילים והחיילות זהה לאופי משימות המוטלות על ארגונים אזרחיים, העובדה שהן נעשות במסגרת הצבא ולצרכיו, "הופכת אותן לחלק מהגנת המדינה". כך, מחד גיסא ניתן להצדיק שימוש במורות-חיילות (מש"קיות הוראה והדרכה) כדי להקנות השכלת יסוד לחיילים. מאידך גיסא, כאשר המדינה רותמת את הצבא כולו, כארגון, לטובת משימה שאיננה ביטחונית, כמו שימוש במורות-חיילות כדי להשיג להשגחה על ילדי אנשי צוות רפואי בזמן מגפה, ובזמן במערכת החינוך הכללית סגורה, הרי שמשימות אלה אינן קשורות בהגנה על ביטחון המדינה, ומשכך עלינו לשוב אל הצדקת היסוד שעמדה בבסיס גיוס החובה ולוודא כי זו אכן תקפה.

סיכום

במאמרנו זה ביקשנו להראות כי גם כאשר המסגרת המשפטית מאפשרת להטיל על חיילי צה"ל משימות בעלות אופי אזרחי, חשוב לוודא שמשימות אלה כפופות לכמה סייגים. זאת הן מהיבט הפרשנות המשפטית והן מנקודת מבט אתית. ראשית, אנו ממליצים שתתקיים הבחנה בין משימות הכרוכות בסיכון חיים ממשי לאלה שאינן, וכן יובחן בין משימות סיוע למשימות שיטור ואכיפה המחייבות את החיילים לפעול נגד חלק מאזרחי המדינה. הדגמנו מעלה כי גם במקרים שניתן מבחינה חוקית להפעיל את צה"ל למשימות שאינן צבאיות מובהקות, לא נובע מכך ששיבוץ חיילים למשימות אלה יכול להיעשות ללא הסכמתם. פרשת ההסדרה של "השירות המוכר" בחוק שירות הביטחון מלמדת כי שירות קבוע של חיילים בתפקיד שאינו צבאי מובהק מחייב את הסכמתו של החייל. פרשת פדרמן מלמדת אותנו כי גם במקרה שמדובר במשימה אד-הוק, כמו משלחת של אנשי ביטחון לחו"ל, כאשר המשימה אינה בגדר תפקידיו של הגוף, הפרקטיקה היא לשלוח רק אנשי ביטחון המסכימים לכך. פרשת נתן ופרשת הניסוי הרפואי "עומר" מלמדות כי גם אופן קבלת התנדבותם של חיילים למשימה מסוג זה

מחייב זהירות ונקיטת אמצעים שיבטיחו כי התנדבות תיעשה מתוך רצון חופשי. נדרשת מודעות לעובדה שחיילים נתונים למרות מפקדיהם במערכת כופה וכן ללחץ חברתי של חבריהם וכי לא ניתן לכפות עליהם לסכן את בריאותם ואולי אף את חייהם, לתכלית שאיננה הגנת המדינה. איננו טוענים כי אמצעי הזהירות בקבלת הסכמת החיילים חייבים להיות זהים לאלה שנקבעו בנוגע להשתתפות בניסויים רפואיים. ככל שהסיכון הכרוך במשימה נמוך יותר אפשר לנקוט אמצעים מחמירים פחות כדי להבטיח הסכמה חופשית ומדעת. אנו מודעים לכך שעשוי להתקיים צורך להקצות חיילים רבים למשימה באופן דחוף לאור נסיבות החירום וגם ליתרון הברור, מבחינת היקף המשאבים ומידת היעילות, בהפעלת יחידות צבאיות אורגניות. למרות זאת, לדעתנו לא ניתן לוותר על קבלת הסכמתם המודעת והחופשית של החיילים כאשר המשימה איננה משימה צבאית שתכליתה להגן על המדינה ואף לא משימה ביטחונית-לאומית מובהקת אלא משימה לאומית-ממלכתית אחרת, כמו המאבק בנגיף קורונה.