



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8420/21

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ

העותרים: 1. גלית הנביא אלנקווה
2. ד"ר יצחק שריב
3. ריקי גולן אמרגי
4. אורי קרמן
5. הילה טוב
6. רם פרומן
7. גיא ברק
8. גלילה יבין
9. דנה בז'רנו
10. ד"ר שלומי ששון
11. קארין מוכתר
12. ירון יעקבי
13. ויקטור בר
14. גילה שמולביץ'
15. הפורום החילוני
16. חדו"ש – לחופש דת ושוויון

נ ג ד

המשיבים: 1. צבא ההגנה לישראל
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ט' בסיון התשפ"ג (29.5.2023)

בשם העותרים: עו"ד הרב אורי רגב; עו"ד יפעת סולל

בשם המשיבים: עו"ד נטע אורן; עו"ד יובל שפיצר

פסק-דין

השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

העתירה שלפנינו עוסקת באיסור להכניס, להחזיק ולצרוך חמץ בבסיסי צה"ל במהלך ימי חג הפסח, איסור המעוגן בפקודות הצבא.

1. חודשים ספורים לאחר שהוקמה מדינת ישראל, חוקקה מועצת העם הזמנית את פקודת מאכל כשר לחיילים, התש"ט-1948 (להלן: פקודת מאכל כשר לחיילים). סעיף 1 לפקודה קובע כדלהלן:

"לכל החיילים היהודים בצבא-הגנה
לישראל יש להבטיח מאכל כשר".

בהתאם לפקודה זו, המזון שמספק צה"ל לחיילים המשרתים בו, הן אלה היהודים והן אלה שאינם יהודים – הוא מזון כשר. הפיקוח על כשרות המזון בצה"ל נעשה על-ידי הרבנות הצבאית, מכוח סמכותה לפי סעיף 2 לחוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983 (להלן: חוק איסור הונאה בכשרות), המונה את הגורמים הרשאים לתת תעודת הכשר וקובע, בסעיף קטן 2(3) לחוק, כי "לענין תעודת הכשר בצה"ל – הרב הראשי לצבא-הגנה לישראל או רב צבאי שהוא הסמיך לענין חוק זה".

2. אף שהמזון המוגש במתקני הצבא הוא מזון כשר בלבד, לא חל איסור על חיילי צה"ל המעוניינים בכך לצרוך מזון שאינו כשר בבסיסי צה"ל – ובלבד שאין בכך כדי לפגוע בכשרות המזון המסופק במתקנים המיועדים לכך. כך למשל, רשאים החיילים לצרוך מזון פרטי שאינו כשר בחדרי מגוריהם, וכן בכל מקום בבסיס שאינו מיועד להכנת מזון או להגשתו. חריג לכלל זה חל בימי חג הפסח. בימים אלה, חל איסור על הכנסת חמץ לבסיסי צה"ל, וכן על החזקה וצריכה של חמץ בשטחי הבסיס ובמתקניו (להלן, לשם הנוחות: איסור הכנסת חמץ לבסיסים או האיסור).

3. איסור זה מעוגן בהוראות הפיקוד העליון ובפקודות המטה הכללי, הנקבעות מכוח סעיף 2א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי). אלה מתייחסות, בין היתר, לאופן שמירת הכשרות בצה"ל בימי חול ומועד, לרבות שמירת הכשרות בימי הפסח. כך, בסעיף 6 להוראת הפיקוד העליון 7.0102 "כשרות המזון בצה"ל" (להלן: הפ"ע כשרות המזון), משנת 2016, נקבע כדלהלן:

"אין להשתמש בחמץ או להכניס חמץ למחנות
צה"ל ומתקניו, מהמועד שנקבע לכך בפקודות
הצבא ועד לצאת חג הפסח".

איסורים נוספים קבועים בפקודות מטכ"ל. בפקודת מטכ"ל 34.0201 "שבתות, הימים הנוראים, מועדים, חגים וימי צום בצה"ל" (להלן: פ"מ שבתות ומועדים), שהוצאה בשנת 1982, נקבע בסעיף 19 כי:

"מיום י"ג בניסן, בשעה 9:00, לא יימצא חמץ בבסיסי צה"ל ובמתקניו וזאת עד לצאת חג הפסח".

פקודת מטכ"ל 34.0205 "תקנון הכשרות לפסח" (להלן: פ"מ תקנון הכשרות), גם היא משנת 1982, מוסיפה וקובעת בסעיף 1 לפקודה כי:

"בכל ימי הפסח אין להשתמש ואין להכניס ליחידות צה"ל ולמתקניו חומר שהוא חמץ או המכיל תערובת חמץ. יש להטמין חמץ שנשאר ביחידות מלפני הפסח עד לאחר החג. סעיף זה חל גם על אזרחים הנכנסים למחנות צה"ל ולמתקניו".

סעיף 13 לאותה פקודה קובע גם איסור על הוצאת חבילות מן הדואר בימי חג

הפסח:

"אין להוציא מהדואר במשך ימי הפסח חבילות פרטיות, שנשלחו לחיילים, פרט לחבילות מזון 'כשר לפסח', שהוכנו במיוחד בפיקוח הרבנות הצבאית למשלוח עבור החיילים וסומנו בהתאם".

כנגד הוראות אלה ואופן יישומן מכוונת העתירה שלפנינו.

הטענות בעתירה

4. העתירה הוגשה בסוף שנת 2021, על-ידי עמותת הפורום החילוני, עמותת חדו"ש – לחופש דת ושוויון, והורים לצעירים שאינם שומרי כשרות המשרתים בשירות סדיר בצה"ל או עתידים לשרת בו בשנים הקרובות. העותרים מדגישים בעתירתם כי הם אינם חולקים על חובתו של צה"ל לספק לחייליו מזון כשר במהלך הפסח, ובכלל זה להקפיד קלה כחמורה על שמירת הכשרות במתקני צה"ל המשמשים להכנה, להגשה ולצריכה של מזון. עם זאת, לטענתם, האיסור הגורף שמטיל צה"ל על הכנסת חמץ

לבסיסיו בימי החג ועל החזקתו וצריכתו, חורג מהסמכות שהוקנתה לו בדין, ואף פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות יסוד של חיילי צה"ל ועובדיו.

5. העותרים מלינים בעתירתם על שלושה נושאים הנוגעים לאיסור האמור: ראשית, מועד תחילת אכיפת האיסור בפועל; שנית, אופן אכיפתו של האיסור בדרך של עריכת חיפושים יזומים לאיתור חמץ ברשות היחיד של חיילי צה"ל ועובדיו; ושלישית, תחולתו של האיסור על אזורים בבסיס שאינם מיועדים להכנת מזון או להגשתו.

6. אשר למועד תחילתו של האיסור. לטענת העותרים, מתלונות שהתקבלו מחיילים בשנים האחרונות נלמד, כי בעוד שהאיסור על הכנסת חמץ לבסיסים אמור לחול, על פי פקודות הצבא, החל מיום י"ג בניסן בשעה 9:00 (בבוקר שלפני ערב חג הפסח, החל ביום י"ד בניסן) – בפועל, ימים ולעיתים שבועות קודם לכן, מושמדים או מוחרמים מוצרי מזון של חיילים שעולה החשד שהם אינם כשרים לפסח, ואף נאסר להחזיק או לצרוך מזון פרטי. זאת, אף שבאותם ימים המטבחים הצבאיים מושבתים, באופן חלקי או מלא, לצורך הכשרתם לפסח, באופן הפוגע באיכות ובכמות המזון המסופק לחיילים. נטען אפוא, כי החלת האיסור במועד מוקדם זה מנוגדת לפקודות הצבא, ופוגעת שלא לצורך בזכותם של החיילים לצרוך מזון כרצונם.

7. אשר לאופן אכיפת האיסור בדרך של חיפוש חמץ ברשות היחיד. העותרים טוענים כי תלונות החיילים מוסיפות ומלמדות כי במהלך חג הפסח ועוד קודם לכן, ננקטים בצבא "מסדרי חמץ", במסגרתם נערך חיפוש על גופם של חיילים ובציודם האישי, לרבות תיקיהם האישיים והארוניות שבחדרם, במטרה לאתר מזון חמץ ולהחרימו. חיפושים דומים נערכים, כך לפי הנטען, בכניסה לבסיסי צה"ל, בחפציהם האישיים של הנכנסים לבסיסים. על-פי הנטען בעתירה, חיפושים אלה נערכים בחוסר סמכות, והם מנוגדים לעקרונות יסוד חוקתיים, ובפרט להוראת סעיף 7(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו".

8. אשר לתחולתו של האיסור על אזורים שאינם מיועדים להכנת מזון ולהגשתו. זוהי, למעשה, טענתם המרכזית של העותרים. על פי הטענה, צה"ל אינו רשאי לאסור על החזקה וצריכה של חמץ במהלך חג הפסח, אלא בשטחי הבסיס המיועדים להכנת מזון ולהגשתו – שרק בעניינם נדרש האיסור לשם שמירה על כשרות המזון שמספק צה"ל. לחלופין נטען, כי חלה על צה"ל החובה להציג "פתרונות חלופיים, נגישים וסבירים" לצריכת חמץ בבסיסיו במהלך החג. בהקשר זה נטען, כי בפסק דינו של בית משפט זה

בבג"ץ 1550/18 עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות (30.4.2020) (להלן: עניין בתי החולים), נקבע כי זכותו של אדם לבחור את מזונו, לרבות מזון שאינו כשר, היא חלק מזכות יסוד מוגנת לאוטונומיה של הפרט ולחופש מדת. בהמשך לכך נטען, כי האיסור על הכנסת חמץ, בכל הנוגע לאזורים בבסיס שאינם מיועדים להכנת מזון ולהגשתו – פוגע בזכויות היסוד האמורות של חיילי צה"ל, מבלי שקיים לכך מקור סמכות בחוק, ובאופן שאינו מידתי ביחס למהותו ואופיו של השירות הצבאי.

בהתייחס למקור הסמכות נטען, כי פקודת מאכל כשר לחיילים, העוסקת בכשרות המזון המוגש בצה"ל – אינה יכולה לשמש מקור סמכות לכפיית כשרות בכל הנוגע למזון שאינו מסופק על-ידי צה"ל, והנצרך על-ידי החיילים בצנעת הפרט ובאזורים בבסיס שאינם מיועדים להכנת מזון ולהגשתו. בהקשר זה הודגש, כי סמכותה של הרבנות הצבאית מכוח חוק איסור הונאה בכשרות, מוגבלת להבטחת כשרות המטבחים הצבאיים והמזון המוגש לחיילים, והיא אינה משתרעת על כל המתרחש בבסיס צה"ל ועל מנהגי האכילה של חייליו. אשר לפקודות הצבא, המרחיבות, לדעת העותרים, את הוראת פקודת מאכל כשר לחיילים, וקובעות איסור על הכנסת חמץ לבסיס צה"ל – נטען כי אלה הוצאו בחוסר סמכות. בהקשר זה טוענים העותרים, כי הטלת איסור הפוגע בזכויות יסוד בפקודות הצבא – דוגמת איסור על הכנסת חמץ לבסיסים – טעונה הסמכה מפורשת בחוק. כן נטען כי סעיף 2א לחוק השיפוט הצבאי, הקובע את סמכות הרמטכ"ל, באישור שר הביטחון, להוציא הוראות כלליות בנוגע "לארגון הצבא, למינהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה" – אינו יכול לשמש מקור סמכות מפורש לכך.

בהתייחס למידתיות הפגיעה בזכויות היסוד של החיילים נטען, כי פגיעה זו "עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות", בניגוד להוראת סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, החלה בענייננו (להלן: פסקת ההגבלה הביטחונית). נטען כי הקשר בין האיסור על הכנסת חמץ לבסיסים לבין המטרה של שמירה על כשרות המזון המוגש בהם הוא לכל היותר רחוק ורופף, שכן אין זה סביר שאדם יכניס חמץ בכוונת מכוון למקום בו מכינים ומגישים מזון. נטען כי קשר ברור והדוק יותר מתקיים בין איסור זה לבין תכלית הזרה לחוק, היא כפיית קיום מצוות החג על מי שאינו מעוניין לקיימן. עוד טוענים העותרים כי האיסור האמור אינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. בהקשר זה נטען, כי קיימת שורה ארוכה של אמצעים חלופיים באמצעותם ניתן להשיג את מטרת השמירה על כשרות המזון המוגש בצה"ל תוך פגיעה פחותה בזכויות החיילים – ובראשם, צמצום האיסור על הכנסת חמץ למתחמי הכנת המזון וצריכתו בלבד. לגבי מבחן המידתיות השלישי, הנוגע ליחס בין תועלתו של ההסדר לבין הנזק שהוא מסב – נטען כי זכותו החוקתית של אדם לבחור את מזונו, גוברת על רצונו הערטילאי של שומר

מצוות שלא להיחשף לכך שאדם אחר אינו מקיים מצווה דתית.

תגובתם המקדמית של המשיבים

9. המשיבים, בתגובתם המקדמית, טענו כי דין העתירה להידחות. זאת, בהיעדר עילה להתערבות שיפוטית בכללים המסדירים את סוגיית כשרות המזון בבסיסי צה"ל, לרבות אלה המתייחסים לאיסור על הכנסת חמץ בחג הפסח, המעוגנים כולם בפקודות הצבא כדין.

אשר לאופן אכיפת האיסור בדרך של חיפוש חמץ ברשות היחיד ציינו המשיבים, כבר בפתח הדברים, כי בצה"ל לא נוהגת מדיניות של בדיקה יזומה בחפציהם האישיים של הנכנסים לבסיסי צה"ל, ואף לא של חיפוש בגופם או בתיקיהם האישיים של החיילים, לצורך איתור חמץ. צוין כי בכוונת צה"ל לרענן את הנחיותיו בנושא, וכי ככל שתקבלנה תלונות פרטניות בנושא זה, אלה תטופלנה על-ידי הגורמים הרלוונטיים בצה"ל. לפיכך נטען, כי הסעד שהתבקש בהקשר זה התייתר.

אשר למועד תחילתו של האיסור נטען, כי מדי שנה פועל צה"ל במסגרת "מבצע פסח" להכשרת הבסיסים, וכי מבצע זה מתחיל, ככלל, יומיים בלבד לפני כניסת החג, ביום י"ב לניסן. זאת, על מנת לעמוד בהסדר הקבוע בפ"מ שבתות ומועדים, ולפיו החל מיום י"ג לניסן בשעה 9:00, לא יימצא חמץ בבסיסים.

10. עיקר התגובה המקדמית הוקדש לשאלת תחולתו של האיסור על אזורים בבסיס שאינם מיועדים להכנה ולצריכה של מזון. המשיבים טענו כי האיסור על הכנסת חמץ, הנוהג בצה"ל זה עשרות בשנים, מתחייב מן השילוב בין הלכות הכשרות הייחודיות החלות בחג הפסח ובין מאפייניו הייחודיים של השירות בצה"ל. בהקשר זה נטען, כי בבסיס האיסור עומדים שני סוגים של שיקולים: השיקול המרכזי הוא שמירה על כשרות המזון המוגש על-ידי צה"ל במהלך חג הפסח. שיקול נוסף הוא, שמירה על תפקודן התקין של היחידות בצה"ל ועל לכידות החיילים המשרתים בהן.

אשר להלכות הפסח הוסבר, כי האיסור ההלכתי על חמץ מתאפיין בשתי חומרות עיקריות ביחס לדיני הכשרות החלים ביתר ימי השנה – האחת, חומרת "אי-בטלות בשישים", שלפיה, אפילו כמות מזערית של חמץ עלולה לשלול את כשרותה לפסח של כמות מזון רבה, ובתוך כך גם של המטבח שסיפק את המזון והכלים שבאמצעותם הוגש;

החומרה השנייה היא "בל יראה ובל ימצא" שלפיה, חל איסור על החזקת חמץ ברשותו של אדם בימי חג הפסח.

חומרת "אי-בטלות בשישים" מסבירה, לטענת המשיבים, מדוע נחוץ איסור גורף על הכנסת חמץ לכל שטחי הבסיס, לשם שמירה על כשרות המזון שמספק צה"ל במהלך הפסח. נטען כי הימצאותו של חמץ, ולו בכמות מזערית, במטבח או בחדר אוכל צבאי – עלולה לשלול את כשרותם, ובשל כך – להשביתם למשך כל ימי החג; להותיר חיילים המעוניינים במזון כשר ללא מענה; ואף לפגוע בשגרת הפעילות של היחידה בשל ההיערכות הנדרשת לשם מתן מענה לחיילים שומרי כשרות. המשיבים טענו כי חומרה זו מהווה אתגר מיוחד לצה"ל בשל מאפייניו הייחודיים, בהם ריבוי מטבחים, מטבחונים ומתחמי אכילה; נגישותם הגבוהה של החיילים לאזורים אלה; וכן בשל העובדה שהמטבחים הצבאיים פתוחים לא רק למי שהוסמך לכך, אלא לכלל החיילים, המבצעים בהם תורנויות מטבח ולעיתים אף מבשלים בהם. לנוכח מאפיינים אלה, כך לפי הנטען, מתעצם החשש מפני "זליגה" של חמץ, גם אם בהיסח הדעת, אל המטבחים הצבאיים ואל כלי האכילה. על רקע זה, נסמכת הרבנות הצבאית על קיומו של איסור גורף על הכנסת חמץ לבסיסים, על מנת לקבוע כי המזון שמוכן ומוגש במתקני הבסיס, הוא אכן כשר לפסח. עמדתה היא, כי ללא איסור זה, לא ניתן יהיה לקבוע את כשרות המזון.

חומרת "בל יראה ובל ימצא", והיבטים הלכתיים נוספים הנובעים מחומרה זו, מסבירים, לטענת המשיבים, מדוע האיסור הגורף על הכנסת חמץ לבסיסים נדרש לשם שמירה על תפקודן התקין של היחידות בצה"ל ועל לכידות החיילים המשרתים בהן. נטען, כי זיקתו של חייל לחדר מגוריו הצבאי דומה מבחינה הלכתית לזיקתו של אדם לביתו, ועל כן הכנסת חמץ על-ידי חבריו לחדר עלולה לפגוע ביכולתו לשמור על מצוות החג. עוד נטען כי קיימות הלכות נוספות הנובעות מחומרה זו, ובראשן האיסור על שהייה במחיצת חמץ במהלך החג, וחובת מפקד לבצע בדיקת חמץ בכלל השטח המצוי תחת פיקודו – העלולות להקשות על תפקוד יחידתי תקין, ועל יחסי השותפות והרעות השוררים בין חיילים המעוניינים בשמירת מצוות החג לבין אלה שאינם מעוניינים בכך.

11. המשיבים עמדו בתשובתם על כך שבעקבות פסק הדין בעניין בתי החולים ופניות שנעשו מטעם העותרים, מונה צוות מיוחד – בראשות קצינה בדרגת אל"מ מאגף כוח האדם בצה"ל ובהשתתפות גורמים נוספים – לשם בחינה מקיפה של ההוראות בדבר הכנסת חמץ לבסיסים. במסגרת בחינה זו נבדקו שתי חלופות להסדר הקיים – הראשונה, ביטול האיסור על הכנסת חמץ לרשות הפרט של החייל תוך שמירה על האיסור לצרוך חמץ במרחבים המשותפים; והשנייה, הקמת מתחמים ייעודיים לאחסון וצריכה של חמץ

על-ידי חיילים המעוניינים בכך. בסופה של בחינה זו הגיע הצוות למסקנה, כי אין לשנות מן המצב הקיים. נמצא כי שתי החלופות לא יאפשרו לרבנות הצבאית לקבוע כי המזון המוגש בצה"ל הוא כשר לפסח, זאת בשל החשש ל"זליגת חמץ" למטבחים הצבאיים, אפילו בהיסח הדעת. כן נמצא כי שתי החלופות, כל אחת בדרכה, עלולות לפגוע בלכידות היחידתית ובשגרת החיים המשותפת של החיילים, בשל הימנעות חיילים המקפידים על הלכות החג מאכילה או שהייה משותפת בחדרי המגורים עם חבריהם הצורכים חמץ. בהתאם לממצאים אלה, הוחלט בצה"ל שלא לשנות מן המצב הקיים, תוך חידוד ההנחיות למפקדים, כי יש להימנע מביצוע בדיקות יזומות לאיתור חמץ בכליהם או ברשות היחיד של החיילים ושל כל הנכנסים לבסיסי צה"ל.

12. על רקע האמור, טענו המשיבים כי אין להתערב בתחולתו של האיסור על הכנסת חמץ לבסיסים. תחילה נטען, כי איסור זה נקבע בפ"מ תקנון הכשרות בשנת 1982, ועל כן הוא חוסה תחת פסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כן נטען, כי הגם שההוראות האוסרות על הכנסת חמץ גורמות לפגיעה מסוימת בזכויות חוקתיות של החיילים המבקשים לצרוך חמץ, הוראות אלה עומדות במבחני פסקת ההגבלה הביטחונית, החלה בנסיבות העניין. אשר לדרישה כי הפגיעה תהיה "לפי חוק", נטען כי פקודות הצבא המעגנות את האיסור האמור הן בגדר דין, ונקבעו על מנת לממש את חובתו של צה"ל לפי פקודת מאכל כשר לחיילים. אשר למידתיות הפגיעה נטען, כי לא נמצאה חלופה להסדר הקיים אשר מגשימה את תכליתו ופגיעתה בזכויות החיילים פחותה. עוד נטען כי הנזק שייגרם כתוצאה משינוי ההסדר, בכל הנוגע לפגיעה בכשרות המזון המסופק בצה"ל – עולה על הנזק הנגרם כיום לחיילים אשר לא מתאפשר להם לצרוך חמץ במהלך החג. בהקשר אחרון זה הודגש כי מדובר בפגיעה מתוחמת, בשל מתכונת הפעילות הייחודית של צה"ל בחג הפסח, במהלכו חלק ניכר מן החיילים מצוי בחופשה ואינו מגיע כלל לבסיס, וחלק אחר מגיע לימים בודדים, כאשר בבסיסים מסוימים מתאפשר לחיילים לצרוך חמץ מחוץ לשטחי הבסיס במהלך היום.

דיון ראשון בעתירה ומתן צו על-תנאי

13. ביום 28.2.2022 התקיים דיון ראשון בעתירה. בסמוך לאחר מכן, ביום 1.3.2022, נתן בית משפט זה (הנשיאה א' חיות והשופטים י' עמית ו-א' שטיין) צו על-תנאי התוחם את הסוגיות הטעונות הכרעה באופן הבא:

"[...ניתן בזאת צו על תנאי המופנה כלפי המשיבים ומורה להם לבוא וליתן טעם:

(א) מדוע לא ייקבע כי ההגבלות על הכנסת חמץ, החזקתו וצריכתו בבסיסי צה"ל ובמתקניו תיכנסנה לתוקף בכל שנה ביום י"ג בניסן בשעה 9:00 בבוקר, ולא קודם לכן;

(ב) מדוע לא יתוחם האיסור הגורף על הכנסת חמץ, החזקתו וצריכתו בבסיסי צה"ל ובמתקניו במהלך חג הפסח, כך שיחול רק ביחס לאזורים מסוימים בבסיסים, וזאת באופן שיאפשר שמירה על כשרות המזון המסופק על ידי צה"ל".

לצד זאת, ציין בית המשפט כדלהלן:

"רשמנו לפנינו את הצהרת המשיבים כי 'בצה"ל לא נוהגת מדיניות של בדיקה יזומה בחפצים האישיים של הנכנסים ליחידות הצבא ולמתקניו, ואף לא של חיפוש יזום בתיקים אישיים של חיילים או על גופם לצורך איתור חמץ במהלך תקופת חג הפסח', וכן כי לא נערכים חיפושים כאמור בכניסה לבסיסי צה"ל או בארונות האישיות של חיילים".

בשים לב לאמור, נדחתה בקשת העותרים למתן צו ביניים, בה התבקש, בין היתר, לאסור על ביצוע חיפוש בחפציהם האישיים של הנכנסים או הנמצאים בבסיסי צה"ל, עד להכרעה בעתירה.

תצהיר התשובה מטעם המשיבים

14. בתצהיר התשובה מטעמם, התייחסו המשיבים לשני ראשיו של הצו על-תנאי שניתן: האחד, הוא מועד תחילתו של האיסור על הכנסת חמץ לבסיסים; והשני, הוא תיחום האיסור לאזורים מסוימים בבסיסים.

באשר למועד תחילתו של האיסור שבו המשיבים וציינו, כי מתוך רצון לצמצם את משך האיסור לפרק הזמן המזערי הנדרש, נקבע כי מעתה ואילך יחלו הפעולות להכשרת הבסיסים לכל המוקדם יומיים לפני ערב החג, קרי: לא לפני י"ב בניסן בשעה 06:00. עם זאת נמצא, כי יש להותיר חריג מצומצם, ולפיו ניתן יהיה להקדים את פעולות ההכשרה בשל צרכים מבצעיים או בנסיבות חריגות וייחודיות אחרות, בהמלצת הרב הראשי לצה"ל ובאישור ראש אגף כוח האדם. עוד צוין כי בשנים בהן י"ב בניסן חל בשבת, תקבע

הרבנות הצבאית את מועד ההכשרה לכל יחידה, כך שכל שהדבר מתאפשר, תתבצע ההכשרה ביום י"ג בניסן – ובכל מקרה לא מוקדם מיום י' בניסן. המשיבים הוסיפו כי ככוונתם לעגן את הכללים האמורים בנוהל חדש שיפורסם לקראת חג הפסח הקרוב.

15. באשר לתיחום האיסור לאזורים מסוימים בבסיס, עדכנו המשיבים כי לאחר שניתן הצו על-תנאי, מונה על-ידי הרמטכ"ל צוות נוסף לבחינת הנושא, בראשות תא"ל (במיל') ובהשתתפות גורמים בכירים מתחומי הלוגיסטיקה, כוח-אדם והרבנות הצבאית. הצוות בחן שתי חלופות למצב הקיים: הראשונה, הקמת מתחמים ייעודיים שבהם ניתן יהיה לצרוך מזון חמץ בתוך שטח הבסיס, שאינם במטבחים או בחדרי האוכל הצבאיים; והשנייה, הקמת מתחמי אחסון וצריכת מזון חמץ מחוץ לשער הבסיס ובסמוך לו. בתום הליך הבחינה, המליץ הצוות להותיר את המצב הקיים בצה"ל מיום היווסדו על כנו, כך שיוסיף לחול איסור על הכנסת חמץ לבסיסי צה"ל בימי חג הפסח.

אשר לחלופה של הקמת מתחמים ייעודיים בתוך הבסיס, נמצא כי חלופה זו אינה רלוונטית לחלק גדול מבסיסי צה"ל בשל מאפייניהם הפיזיים: צוין כי בחלק מן הבסיסים לא ניתן לבצע תיחום כאמור בשל שטחם המצומצם, בעוד שבבסיסים אחרים, נדרש יהיה להקים מספר מתחמים על מנת ליתן לחיילים מענה מספק. מעבר לכך נמצא, כי לא ניתן לאמץ חלופה זו בשל עמדת הרבנות הצבאית, שלפיה כל הסדר המתיר הכנסת חמץ לבסיסים, גם אם למתחמים מוגדרים – ימנע מתן תעודת הכשר למזון המוכן ומוגש בבסיס, בשל חשש ל"זליגת חמץ" ממתחמים אלה למטבחים הצבאיים. לפיכך נמצא כי חלופה זו לא תאפשר לצה"ל להגיש מזון חם שאינו ארוז מראש לחייליו – באופן שיפגע באיכות המענה התזונתי לכלל החיילים, ויהיה כרוך במורכבות רבה ובעלויות גבוהות. עוד התברר, כי חלופה זו צפויה להוביל למצב שבו חייל המקפיד על חומרת "בל יראה ובל ימצא" לא יוכל לשהות בחדר מגוריו בשל חשש לזליגת חמץ מן המתחמים הייעודיים, ואף לא תאפשר למפקדים שומרי מצוות לפקח על אותם מתחמים באופן המנוגד לתפיסת המפקד בצה"ל.

אשר לחלופה של הקמת מתחמים לאחסון וצריכת חמץ מחוץ לשטחי הבסיס, צוין כי הגם שלא נתבקשה בחינתה של חלופה זו, יתרונה בכך שלעמדת הרבנות הצבאית, זו לא תפגע בכשרות המזון המוגש בבסיסים. עם זאת, מצא הצוות כי גם חלופה זו אינה ישימה בחלק ניכר מבסיסי צה"ל בשל מבנם הפיזי ומיקומם, כך שמתוך אלפי נקודות בהן נדרש יהיה להציב מתחמים כאלה, קיימת היתכנות לעשות כן ב-400 נקודות בלבד, שמחציתן ביחידות עורפיות בהן ממילא נוכחות החיילים בימי הפסח נמוכה. צוין כי מצב דברים זה עומד גם בניגוד לעמדת הצוות באשר לחשיבותם של תנאי שירות שוויוניים

ואחידים ככל שניתן. כן נמצא כי הקמת מתחמים מעין אלה כרוכה בעלויות גבוהות המוערכות בעשרות מיליוני שקלים; וכי חלופה זו נושאת בחובה, גם היא, פגיעה בלכידות היחידה, מקום שהיא יוצרת אזור פנאי החסום בפני חיילים שומרי כשרות, ו"מסמנת" את החיילים כאוכלי כשר או חמץ.

16. המשיבים ציינו כי מסקנות הצוות הוצגו לרמטכ"ל, וזה החליט לאמץ את המלצותיו. פורט כי בהחלטתו ציין הרמטכ"ל כי השירות הצבאי, שהוא שירות חובה, מחייב גמישות ופשרות בתחום הבחירה האישית, וכי הלכידות היחידתית חיונית לניצחון במלחמה. עוד ציין כי בבחינת התועלת אל מול הנזק – ומבלי לגרוע מחשיבות החירות האישית ואוטונומיית הפרט – הצורך במענה שיאפשר צריכת חמץ בבסיסים במהלך חג הפסח פחות במשקלו ביחס לנזק המשמעותי שייגרם אגב כך בפגיעה בלכידות החיילים; בקשיים בהתנהלות השוטפת של היחידות; בחוסר היכולת לממש את האחריות הפיקודית במלואה; ובחשש לפגיעה ביכולתו של צה"ל לעמוד בייעודו המבצעי. עוד ציין הרמטכ"ל בהחלטתו, כי חלק משמעותי מן החיילים אינו מעוניין לצרוך חמץ בפסח בבסיסים, לאו דווקא מתוך שמירת מצוות או מטעמי מסורת – אלא משיקולים של כיבוד שומרי הכשרות בסביבת חיים משותפת. מעבר לכך ציין, כי מספר החיילים הנמצאים בבסיסים בחג נמוך משמעותית מימי שגרה, ורבים מהם יכולים לצרוך חמץ במהלך החג מחוץ לבסיסיהם. ולבסוף ציין הרמטכ"ל בהחלטתו, כי הפגיעה בחיילים תחומה למגבלה על צריכת מזון למספר ימים בודדים במסגרת השירות הצבאי הכרוך מטבעו בוותוריים ובפגיעה בחירויות הפרט. בנסיבות אלה, ובהיעדר כל חלופה ישימה אחרת – הוחלט להותיר את המצב הקיים על כנו. על רקע החלטתו זו של הרמטכ"ל ונימוקיה, שבו המשיבים על עמדתם כי דין העתירה להידחות.

תגובת העותרים לתצהיר התשובה

17. העותרים טענו, בתגובתם, כי החלופה בדבר הקמת מתחמי צריכת חמץ ייעודיים בבסיסים נפסלה על-ידי המשיבים בעקבות אימוץ פרשנות הלכתית מרחיבה וקיצונית של הרבנות הצבאית – מבלי שהמשיבים הפעילו ביקורת ובחינה עצמאית של הנושא. לטענת העותרים, אין יסוד הלכתי לעמדה שלפיה כל הכנסה של חמץ לשטח הבסיס, עלולה לפגוע בכשרות המזון המוגש בו. בעניין זה הדגישו העותרים כי החשש מפני "זליגת חמץ" למטבחים הצבאיים קיים בה במידה ביחס לחיילים הצורכים חמץ מחוץ לבסיס, כך שטיעון זה אינו משכנע. מעבר לכך טענו, כי קיימות דרכים פוגעניות פחות להתמודד עם חשש "הזליגה" האמור, כמו למשל, באמצעות הגבלת הכניסה למטבחים הצבאיים במהלך ימי חג הפסח.

עוד טענו העותרים, כי אין בסיס הלכתי לעמדת הרבנות הצבאית שלפיה חל איסור על חייל שומר מצוות לשהות באותו חדר עם חייל המחזיק ברשותו חמץ. לשיטתם, ניתוח הלכות הכשרות בפסח מעלה, כי אין לזהות את חדר מגוריו הצבאי של חייל עם ביתו הפרטי, ולפיכך אין מניעה הלכתית לשהות באותו חדר או באותו אזור בבסיס עם חיילים המחזיקים חמץ. על רקע זה, טענו העותרים כי גם הנימוק הנוגע לשמירה על לכידות החיילים ועל התנהלות יחידתית תקינה – אינו משכנע. עוד נטען, כי אין לזהות "לכידות" עם "כפייה", וכי לכידות נובעת מכבוד הדדי והכרה באמונתו של האחר, והיא אינה יכולה להתקיים מקום בו אמונה אחת מבטלת את אמונתו ודרכי חייו של האחר.

18. אשר לחלופה של הקמת מתחמים לאחסון וצריכת חמץ מחוץ לשטחי הבסיס, חלופה שנבחנה על-ידי הצוות שמונה על-ידי הרמטכ"ל ונדחתה – גם העותרים דוחים חלופה זו. לעמדתם, חלופה זו אינה מספקת פתרון הולם לשמירה על זכויות החיילים, שעה שאלה נדרשים לצאת מגדרות הבסיס בכל עת שהם מבקשים לאכול ממזונם הפרטי. לפיכך, מדובר, לטענתם, "בפתרון שאינו אלא גרוטסקה, שראוי היה שלא [י]וצג".

19. ולבסוף, שבים העותרים על טענתם כי ההסדר הקיים פוגע בזכויות יסוד באין סמכות. לטענתם, גם אם ההסדר נקבע לפני שנים רבות – עדיין, אופן יישומו השתנה בשנים האחרונות, באופן פוגעני; ומכל מקום, גם נוהג עתיק יומין, אינו מצדיק פגיעה בזכויות יסוד. אשר לטענת המשיבים כי ההסדר חוסה תחת פסקת שמירת הדינים, טוענים העותרים כי פקודות הצבא הינן לכל היותר בגדר דין "שווה ערך נורמטיבי לתקנות", ועל כן פסקה זו אינה חלה בעניינן ויש לבחון בהתאם לפסקת ההגבלה הביטחונית. כן שבו העותרים על טענתם כי הפגיעה בזכויות החיילים אינה מידתית, והוסיפו כי היות המערכת הצבאית כופה מטבעה, אינה מקלה עם פגיעה זו, אלא להיפך – היא דורשת הקפדה יתירה על זכויות החיילים, מקום בו תכליות הצבא אינן מחייבות פגיעה בהן.

בקשת ההצטרפות

20. למען שלמות התמונה יצוין, כי הוגשה בקשת הצטרפות לעתירה כידיד בית המשפט מטעם איגוד הישיבות הגבוהות, מכינות קדם צבאיות, איגוד ישיבות ההסדר, תנועת הקיבוץ הדתי, פורום צבא העם לישראל ופורום המדרשות המגייסות. בקשה זו נדחתה בהחלטתו של השופט א' שטיין מיום 24.1.2023, תוך שצוין כי "בבואנו להחליט בעתירה, טוב נעשה אם נעיין בכתובים שהמבקשים הניחו לפנינו". בתמצית אציין, כי

המבקשים טענו, בעיקרו של דבר, כי קבלת העתירה והפיכת הצו למוחלט תתרום לשחיקה משמעותית באופייה ובצביונה היהודי של המדינה, וכן לפגיעה בחופש הדת של המשרתים בצה"ל המבקשים לשמור על מצוות חג הפסח. כן צוין כי קבלת העתירה תפגע במרקם העדין בצבא, בצביונו היהודי, בלכידות היחידתית ובערך הרעות, ובכך תסכל את מעמדו כצבא העם.

דיון והכרעה

21. הסוגיה הטעונה הכרעה בעתירה שלפנינו היא חוקתיות האיסור הגורף על הכנסת חמץ לבסיסי צה"ל במהלך חג הפסח. הצו על-תנאי שניתן תחם את הדיון בתוקפו של האיסור לשתי סוגיות מרכזיות: האחת – תחולתו בזמן של האיסור, ובאופן קונקרטי מועד תחילתו של האיסור; והשנייה – תחולתו במקום של האיסור, ואפשרות תיחומו לאזורים מסוימים בבסיס.

22. אשר לתחולת האיסור בזמן. כפי שצוין, בתום בחינה שנערכה בצה"ל, הוחלט כי מעתה ואילך יחלו הפעולות להכשרת הבסיסים לכלל המוקדם יומיים לפני ערב החג, קרי: לא לפני י"ב בניסן בשעה 06:00. זאת בכפוף לחריגים מצומצמים כפי שפורטו לעיל. המשיבים הצהירו כי בכוונתם לעגן כללים אלה בנוהל חדש שייכנס לתוקפו לקראת חג הפסח הקרוב, ובכך באה סוגיה זו לכלל פתרון באופן שההכרעה בה התייתרה.

23. נותרה לדיון, אפוא, שאלת חוקתיות האיסור בהיבט של תחולתו הגורפת על כלל שטחי הבסיס. אקדים ואציין, כי לאחר שבחנתי את טענות הצדדים בסוגיה זו, כפי שהועלו בכתב ובעל-פה, הגעתי לכלל מסקנה כי העתירה אינה מגלה עילה להתערבות שיפוטית בפקודות צה"ל הקובעות את האיסור – ובהתאם, אציע לחבריי כי נדחה את העתירה. כפי שיפורט להלן, עמדתי היא, כי אף שאיסור זה פוגע פגיעה מסוימת בזכויותיהם של חיילים המעוניינים לצרוך חמץ במהלך חג הפסח – משקלה היחסי של פגיעה זו אינו גבוה. כן הגעתי למסקנה כי האיסור עומד בתנאי פסקת ההגבלה הביטחונית: הוא נקבע "לפי חוק", הוא הולם את ערכי המדינה ונועד לתכלית ראויה, והוא אינו עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי, בהתחשב, בין היתר, במתחם המידתיות הרחב הנתון לצה"ל בנסיבות העניין.

24. אפתח, אפוא, בסקירתם של פסקי דין קודמים שעסקו במגבלות על הכנסת חמץ וצריכתו במהלך חג הפסח, ואמשיך בדיון בהיבטי הפגיעה של האיסור בזכויות-יסוד של חיילי צה"ל המבקשים לצרוך חמץ בחג. לאחר מכן אתייחס קצרות לתחולתה של פסקת

שמירת הדינים בענייננו, ולבסוף, אבחן את עמידתו של האיסור בתנאיה של פסקת ההגבלה הביטחונית. בתוך כך, אדון במקור הסמכות מכוחו נקבע האיסור; בהתאמתו לערכי המדינה ותכליתו; ובמידתיות הפגיעה בחיילים המבקשים לצרוך חמץ בפסח.

הפגיעה בזכויות – עניין בתי החולים ועניין ראיך

25. סוגיית תוקפו של איסור על הכנסת חמץ או צריכתו במהלך חג הפסח נדונה בשני פסקי דין קודמים של בית משפט זה. האחד, הוא עניין בתי החולים שכבר הוזכר, בו נדון איסור שהוחל על הכנסת חמץ לבתי חולים ברחבי הארץ, והשני, הוא עניין ראיך, בו נדונה עתירת אסיר, שאינו יהודי, שביקש שיסופק לו לחם בחג הפסח (רע"ב 4201/09 ראיך נ' שירות בתי הסוהר (24.3.2010) (להלן: עניין ראיך)).

26. בעניין בתי החולים נדונה חוקיות האיסור הגורף שהנהיגו בתי חולים ברחבי הארץ, על הכנסת חמץ או מזון אחר שאינו ארוז וכשר לפסח (למעט פירות וירקות טריים) לשטחי בתי החולים. באותו עניין נקבע, כי האיסור האמור פוגע באופן משמעותי בזכויות יסוד של קהל המטופלים ומבקריהם שאינם שומרי כשרות, בשני מישורים, הנגזרים שניהם מההכרה בכבוד האדם: ראשית, איסור זה פוגע באוטונומיית הרצון של הפרט, בכך שהוא אינו מאפשר לו לאכול מזון שהוא חפץ בו, ואף כופה עליו מזון העומד בדרישות הכשרות לפסח; ושנית, הוא פוגע בזכותו של הפרט לחופש מדת, בכפותו עליו את האיסור בשל שיקולי דת, וללא קשר לאמונתו או לרצונו לקיים את מצוות הדת.

בדעת רוב נקבע, כי "פגיעה זו היא קשה במיוחד מבחינת אדם המאושפז בבית חולים, נוכח התנאים שהביאו להימצאותו שם מלכתחילה [...] ובהינתן מאפייני השהייה באשפוז, שבמסגרתו נאלץ המטופל להתנתק מסביבתו הביתית המוכרת, תוך שינוי משמעותי בכל היבט משגרת יומו" (שם, בפסקה 38 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). ביחס לעובדי בית החולים ולסטודנטים הלומדים במתקניו, נקבע כי הפגיעה בזכויות מתונה יותר, שעה "שאינן להשוות בין מצבם הגופני והנפשי של מטופלים המאושפזים בבית החולים לבין אלה המגיעים אליו כמקום עבודה או לימודים", ובהתחשב בכך ש"יש לתת משקל, בהערכת עוצמת הפגיעה, לכך שהמגבלות האמורות מוחלות לשבוע ימים" (שם, בפסקה 43).

בעוד שהשופטים ע' פוגלמן ו-ע' גרוסקופף, סברו בדעת רוב, כי הפגיעה בזכויות באי בתי החולים היא פגיעה "מהותית" "בגרעין הקשה" של אותן זכויות יסוד (שם, בפסקה 42 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן ובפסקה 3 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף), השופט נ' הנדל, בדעת מיעוט, סבר כי פגיעה זו "אינה מצויה בלב הגרעין

הקשה" של זכויות אלה, שכן: "ראשית, המגבלות על הכנסת המזון אינן נובעות מייחוס ערך דתי לדיני הכשרות על ידי משיבי משרד הבריאות ובתי החולים, כי אם משיקולים מעשיים-רפואיים של הגנה על מטופלים המקפידים על דיני הכשרות. שנית, הפגיעה בחירויות משתרעת רק על שבעת ימי חג הפסח – מה שמקשה במקצת את עוצמתה" (שם, בפסקה 3 לפסק דינו).

בסופו של יום נקבע באותו עניין, כי האיסור על הכנסת מזון שאינו כשר לבתי החולים במהלך חג הפסח פוגע בזכויות יסוד חוקתיות של באי בתי החולים, ולפיכך נדרשת הסמכה מפורשת בחוק לקביעתו. הסמכה כזו לא נמצאה בהוראת החוק עליה נסמכו בתי החולים, היא הוראת סעיף 9 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ולפיכך הורה בית המשפט על מתן צו מוחלט המורה כי "בתי החולים יאפשרו הכנסת מזון (לרבות חמץ) לשטחיהם בתקופת חג הפסח תוך קביעת הסדרים מתאימים אשר יאפשרו שמירה על כשרות המזון המוגש על ידי בית החולים" (בקשה לדיון נוסף בעניין זה נדחתה, וראו: דנג"ץ 3905/20 הרבנות הראשית לישראל נ' עמותת הפורום החילוני (13.1.2021)).

במאמר מוסגר אעיר, כי בעקבות פסק הדין שניתן בעניין בתי החולים, נדרש המחוקק לסוגיה זו, וחוקק את חוק זכויות החולה (תיקון מס' 13), התשפ"ג-2023. תיקון זה מילא את "החסר" והסמיך את מנהלי בית החולים לאסור על הכנסת חמץ לבתי החולים או להגבילה, במהלך חג הפסח. כך נקבע בסעיף 9א(א) לחוק:

"מנהל בית חולים רשאי לקבוע הוראות בדבר איסור או הגבלה של הכנסת חמץ למבנה בית החולים, כולו או חלקו, הנדרשות לשם שמירת כשרות לפסח עבור המטופלים המאושפזים בו [...] הוראות כאמור ייקבעו לאחר שמנהל בית החולים שקל חלופות אחרות ובהתחשב בזכויות המטופלים ובצורכיהם, ובכלל זה צורכיהם הרפואיים, ורשאי הוא להתחשב בין היתר בצורכי המלווים והעובדים".

27. סוגיה דומה עלתה בעניין ראיק, שנדון עוד קודם לעניין בתי החולים, בהקשר לכללי שמירת הכשרות בפסח בשירות בתי הסוהר. בפסק דין זה דן בית המשפט בעתירתו של אסיר שאינו יהודי אשר שהה באגף "מעורב" שבו אסירים יהודים וערבים, ובבקשתו לאספקת לחם בחג הפסח. המשנה לנשיאה א' ריבלין סבר באותו עניין, בדעת מיעוט, כי "אין להתעלם מרצונו של אדם לבחור לו כמזונו מוצר יסוד שהאחרים מנעים מצריכתו", תוך שהכיר בכך שכפייה על אסיר להימנע מצריכת חמץ במהלך הפסח, פוגעת בזכותו לחופש מדת ולאוטונומיה (שם, בפסקאות 2-3 לפסק דינו). השופט א' רובינשטיין מנגד, סבר כי

"לחם הוא רכיב חשוב בהחלט במזון המקובל; ועם זאת, אין חוסר מידתיות בכך שבתקופה קצרת ימים יוחלף במזון אחר בכמות משביעה. לכן אין פגיעה חוקתית במדינה יהודית ודמוקרטית באי אספקת לחם בימי הפסח באגפים בהם שוהים לא יהודים עם יהודים, ובלבד שמסופק מזון אחר כראוי; אין הכרח להרים את הנס החוקתי בכל עת, מקום שניתן להגיע להסדרה בדרכי שלום, ללא חידוד ובצעידה בשביל זהב" (שם, בפסקה י"ג לפסק דינו). השופטת ע' אדבל הצטרפה למסקנתו של השופט רובינשטיין מבלי להידרש לשאלות העקרוניות "שלא היו במוקד הבקשה", ומשניתן מענה מספק לבקשתו של האסיר. בסופו של יום נדחתה העתירה, תוך שהוכרה אפשרותו של אסיר השוהה באגף מעורב, לאכול במהלך חג הפסח מוצרי חמץ שאוחסנו בארונותו האישיים בטרם החג – באופן שלא יפגע ברגשותיהם של חבריו היהודים לתא, ככל שישנם.

28. הפסיקה שנסקרה מגלה אפוא התלבטות בשאלה, האם איסור על צריכת חמץ במהלך חג הפסח, בהקשריו השונים, עולה כדי פגיעה בזכויות חוקתיות, ומהי עוצמתה של פגיעה זו. בעוד שבעניין דאיק לא התחדדה הסוגיה עד תום, בעניין בתי החולים נתגבשה הסכמה כי אמנם קיימת בהקשר שנדון פגיעה בזכות החוקתית לאוטונומיה ולחופש מדת, תוך שנחלקו הדעות באשר לעוצמתה: האם פגיעה מהותית בגרעין הקשה של הזכויות, או שמא פגיעה מתוחמת בשולי הזכות. כפי שתואר, ההכרעה בשני העניינים הושפעה גם ממאפייני האוכלוסייה הנפגעת ומטיב המסגרת בגדרה הוטל האיסור.

אפנה, אפוא, לבחינת טענות העותרים לפגיעה בזכויות יסוד בנסיבות ענייננו.

הפגיעה בזכויות – הזכות לאוטונומיה ולחופש מדת

29. הזכות לאוטונומיה של הפרט, המעוגנת בהגנה החוקתית על כבוד האדם, מתבטאת בחירות היסודית הנתונה לכל אדם לחיות את חייו לפי החלטותיו שלו, לעצב את אישיותו ואת גורלו באמצעות בחירותיו, ובמובן זה להיות המחבר של "סיפור חייו" (ראו מבין רבים: עניין בתי החולים, בפסקאות 37-38; ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נג(4) 526, 570-571 (1999); ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח ראבי ז"ל, פסקה 33 (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 245-254 (2014) (להלן: ברק, כבוד האדם)). הזכות לאוטונומיה היא זכות כללית מטבעה, ופגיעה בה עשויה להתייחס, מעצם הגדרתה הרחבה, לכל מגבלה, קלה כחמורה, המוטלת על יכולתו של אדם לממש את בחירותיו בהיבטים שונים של חייו. ואולם, אך מובן, כי לא כל מגבלה, היא תוכנה אשר היא, תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לאוטונומיה (וראו למשל: בג"ץ 3383/20 מימן נ' ראש מנהל רפואה

במשרד הבריאות, פסקה 7 (24.2.2022); בג"ץ 7952/21 גרינבלט נ' הרשה להגנת הסביבה, פסקה 35 (24.7.2023); עניין תנובה, בפסקה 29). הנטייה להכיר בפגיעה באוטונומיה כפגיעה בזכות חוקתית מוגנת, תגבר ככל שמדובר במגבלה קשה המוטלת על היבט חשוב בחייו של אדם, הנוגע ליכולתו לחיות על-פי תפיסת עולמו, והמצדיק הגנה מיוחדת (ראו: בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442, 448-449 (2013); דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5, 38 (2004) (להלן: סטטמן וספיר)).

30. ענייננו במגבלה המוטלת על יכולתם של חיילי צה"ל לאכול חמץ בשטחי הבסיס בו הם משרתים, במהלך חג הפסח. מגבלה זו מצומצמת בהיקפה במספר מישורים: היא חלה ימים בודדים בשנה בלבד, למשך שבעת ימי הפסח ויומיים קודם לכן במהלך ימי ההכשרה; והיא חלה רק על תחומי הבסיס, באופן שחיילים הלנים בביתם או כאלה הרשאים לצאת מן הבסיס במהלך היום – חופשיים לאכול חמץ מחוץ לבסיסם במהלך ימי החג. גם מבחינת סוגי המזון עליהם חלה ההגבלה, אין מדובר בשלילה מוחלטת של האפשרות לצרוך מזון פרטי, אלא הגבלת הצריכה של מזון חמץ בלבד. יוער כי הגם שמדובר בצמצום מסוים של סוגי המזון אותם רשאים החיילים לצרוך בתחומי הבסיס, לנוכח תחליפי החמץ המוצעים כיום בשוק המזון, מגבלה זו מותרת לחיילים מגוון רחב של סוגי מזון הניתנים לצריכה לפי העדפתם וטעמם (וראו למשל את האפשרות שעלתה בעניין דאיק לאספקת פיתות מקמח מצה – שם, בפסקה י"ד).

הצמצום המתוחם בסוגי המזון שרשאי חייל להכניס לבסיס במהלך החג, אינו משליך באופן משמעותי על יכולתו לממש את עצמו ולהיות הסופר של "סיפור חייו". אמנם, אוכל הוא רכיב מרכזי בחוויה האנושית: מעבר לכך שהוא חיוני להישרדותנו, לעיתים הוא גם נשא של תרבות, זהות וזיכרון, וכן מכונן של קהילה, לאום, מעמד ועדה (ראו: אייל גרוס ויופי תירוש "מבוא" משפט, חברה ותרבות – לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל 7, 10 (יופי תירוש ואייל גרוס עורכים, 2017)). עם זאת, מציאות שבה איננו רשאים לצרוך מזון מסוג מסוים למשך ימים בודדים – בין אם בשל אילוצים רפואיים, בשל מחסור זמני, או מסיבות אחרות – דומה שאינה נתפסת בעינינו, במקרה הרגיל, כמגבלה מהותית על חיינו. זאת במיוחד, מקום שמדובר במגבלה קולינרית המוטלת במסגרת השירות הצבאי, בו חופש הבחירה של החייל ביחס לתפריט ארוחותיו, מוגבל מלכתחילה (ולעניין טיבה של המסגרת הצבאית ככזו שבה נדרשים חיילים לויתור על מכלול של חירויות, ראו למשל: בג"ץ 6798/22 כהן נ' צבא ההגנה לישראל, פסקה 13 (22.1.2023) (להלן: עניין כהן); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 272 (1999) (להלן: עניין צמח)).

31. אשר לזכות לחופש מדת. זכות זו, הנובעת אף היא מן הזכות החוקתית לכבוד האדם, ובפרט מחופש המצפון הנגזר ממנה – היא זכותו של אדם לחיות על פי צו מצפונו ותפיסת עולמו, מבלי שיכפו עליו מעשים שמקורם באמונה דתית או במצוות הדת, המנוגדים להשקפת עולמו (ראו מבין רבים: בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ"ד סד(1) 331, פסקה 73 (2010) (להלן: עניין סולודוך); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 93-94 (1997) (להלן: עניין חורב); בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 497-498 (1993) (להלן: עניין מיטראל הראשון); ברק, כבוד האדם, בעמ' 774-775). ההנחה היא שכפייה על אדם לפעול על-פי אמונה דתית לא-לו היא כפייתו לפעול בניגוד לצו מצפונו ובניגוד לערכים מכווננים בהשקפת עולמו, עד כדי ערעור הכרתו ויושרתו. ואולם, כמו הזכות לאוטונומיה, לא כל מגבלה המוטלת על הזכות לחופש מדת, מערערת את מצפונו ויושרתו של אדם באופן המצדיק הגנה חוקתית. כך, למשל, לא דומה כפייה על אדם להשתתף בטקס בעל אופי דתי המנוגד להכרתו, לכפייה על אדם לנסוע בדרך עוקפת עקב חסימתה של הדרך הראשית בשל טעמים שבשמירת שבת (סטטמן וספיר, בעמ' 13 ו-42). כך גם לא דומה כפייה על אדם לאכול מזון מסוים במסגרת פולחן דתי, למניעת צריכתו של מזון מסוים שמקורה במצוות הדת. מובן, כי לא כל הפעולות הללו פוגעות במצפונו ובהכרתו של אדם באותו אופן ובאותה עוצמה.

במספר פסקי דין, הכיר בית משפט זה בכך שהסדר המונע מאדם שאינו שומר כשרות לרכוש או לאכול מזון שאינו כשר – עשוי לעלות בנסיבות מסוימות כדי פגיעה בזכות לחופש מדת, מקום שהסדר יסודו בשיקולים דתיים (ראו: עניין בתי החולים, בפסקה 39 לחוות דעתו של השופט פוגלמן; בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 610 (2004) (להלן: עניין סולודקין); בג"ץ 6111/94 הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מט(5) 94, 106-107 (1995) (להלן: עניין הוועד לשומרי מסורת)). לצד זאת, הובעה בספרות המשפטית עמדה אחרת, שלפיה הסדר המטיל מגבלות על צריכת מזון של אדם שאינו שומר מצוות, בשל שיקולי דת – גם אם יש בו משום פגיעה בחופש הבחירה של האדם, וגם אם הוא עשוי להרגיז או לקומם, אין בו פגיעה בחופש מדת או בחופש המצפון (ראו: סטטמן וספיר, בעמ' 42-48; דני סטטמן ממלכתיות, "הדתה" ודתיים בצה"ל 74-75 (מחקר מדיניות 139, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019). ולדעות דומות שהושמעו בפסיקה בהקשרים שונים, ראו: עמדויהם של השופט מ' חשין והשופט צ' טל בעניין חורב, בעמ' 140-141, ו-183; בג"ץ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד טז 2665, 2668 (1962)).

לגישתי, האיסור על הכנסת חמץ, אף שהוא פוגע באוטונומיה הכללית של החייל לבחור את מזונו, אינו כופה עליו פעולה בעלת אופי דתי מובהק העשויה לעמוד בניגוד לצו מצפוני – כמו למשל, חיוב החייל בהשתתפות פעילה בטקס דתי. לפיכך, מדובר בענייננו לכל היותר בפגיעה ברף הנמוך שאינה ב"גרעין הקשה" של הזכות לחופש מדת. בעניין זה אני שותפה לעמדתו של השופט נ' הנדל בעניין בתי החולים. כמו שם, גם בענייננו, האיסור האמור אינו נובע מייחוס ערך דתי לדיני הכשרות על-ידי צה"ל. כפי שיוסבר עוד בהמשך, האיסור נובע משיקולים מעשיים, הנוגעים לחובתו של צה"ל לספק מזון כשר לחיילים המשרתים בו; וכן משיקולים משימתיים-מקצועיים, הנוגעים ליכולתו של צה"ל למלא את משימותיו תוך שיתוף פעולה בין חיילים המחזיקים באמונות ובתפיסות עולם שונות (השוו: שם, בפסקה 3 לפסק דינו של השופט הנדל. לגבי ההבחנה בין שיקולים שעניינם אכיפת מצוות דת, לבין שיקולים הנוגעים להכרה באינטרסים לגיטימיים של שומרי מצוות, ראו: עניין מיטראל הראשון, בעמ' 508-509; בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 42 (1983). ולהרחבה לעניין הפגיעה בחופש מדת בצה"ל ראו: אהרן ברק "פסקת ההגבלה הביטחונית וצבא ההגנה לישראל" 99 אליקים רובינשטיין 1048-1049 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2021) (להלן: ברק, פסקת ההגבלה)).

32. לסיכום נקודה זאת: הגם שהאיסור על הכנסת חמץ לבסיסי צה"ל פוגע במידה מסוימת בזכותם לאוטונומיה של חיילים המבקשים לצרוך חמץ בחג, ואולי אף בזכותם לחופש מדת – מדובר בפגיעה מצומצמת יחסית, המצויה בשולי זכויות אלה ולא בליבתן.

הערכת הפגיעה בראי פסקת ההגבלה הביטחונית

33. נקודת המוצא לדיון החוקתי היא, כי זכויות האדם המוגנות בחוקי היסוד הן גם זכויותיו של החייל, שכן "המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות" (בש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686, 688 (1997)). עם זאת, ככל זכויות האדם גם הזכות לאוטונומיה והזכות לחופש מדת אינן זכויות מוחלטות, ולעיתים עליהן לסגת מפני זכויות אחרות או מפני אינטרסים מתחרים. היקף ההגנה על זכויות אלה ובחינת חוקתיות הפגיעה בהן, נבחנים על פי מבחניה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד). בעניינם של המשרתים בכוחות הביטחון, בחינה זו נערכת על פי מבחניה של נוסחת האיזון המיוחדת הקבועה בסעיף 9 לחוק-היסוד, היא פסקת ההגבלה הביטחונית ("סייג לגבי כוחות הבטחון"). הוראת סעיף 9 קובעת את נוסחת האיזון בזו הלשון:

”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”.

נוסחת האיזון האמורה נבדלת מזו שנקבעה בפסקת ההגבלה הכללית, המעוגנת

בסעיף 8 לחוק היסוד, הקובעת כי –

”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”.

34. פסקת ההגבלה הביטחונית מתירה, אפוא, פגיעה בזכויות חוקתיות של חייל מעבר לזו המותרת לגבי מי שאינו חייל, ככל שזו נובעת ממהותו המיוחדת של השירות הצבאי ולצורך הגשמת אינטרסים ביטחוניים וציבוריים של המדינה. פסקה זו מציבה שני תנאים מצטברים הצריכים להתקיים על מנת שפגיעה בזכות מוגנת תצליח את הבחינה החוקתית: התנאי הראשון, הנוגע למקור הסמכות, הוא כי הפגיעה צריכה להיעשות ”לפי חוק”. התנאי השני, הנוגע למידתיות הפגיעה, דורש כי הפגיעה תהיה ”במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות”. בפסיקת בית המשפט נקבעו שני תנאים נוספים, שנגזרו מפרשנות תכליתית של התנאי השני, ועל פיהם על חוק הפוגע בזכויות יסוד של המשרתים בכוחות הביטחון, להיות ”הולם את ערכיה של מדינת ישראל” ו”נועד לתכלית ראויה” (עניין צמח, בעמ' 264; בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581, פסקה 69 (2011) (להלן: עניין שליטנר); חנן מלצר ”צה”ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית” משפט ועסקים יד 347, 377-378 (2012) (להלן: מלצר)).

שמירת דינים

35. בטרם אבחן את התקיימות התנאים האמורים, יש להקדים ולדון בשאלה האם הוראות הדין האוסרות על הכנסת חמץ לבסיסי צה”ל, חוסות תחת הגנת ”שמירת דינים” הקבועה בהוראת סעיף 10 לחוק היסוד. הוראה זו קובעת, כידוע, כי ”אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד”. בענייננו, האיסור על הכנסת חמץ לבסיסים מעוגן בשלוש הוראות דין. הפ”ע כשרות המזון, היא ההוראה המצויה במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר מבין השלוש, נקבעה בשנת 2016, לאחר תחילתו של חוק היסוד – ולפיכך פסקת שמירת הדינים אינה חלה בעניינה (ולהעדר הגנה

על חקיקת משנה חדשה שנחקקה מכוח דין מסמך ישן, ראו: אהרן ברק "שמירת דינים" ספר דורית ביניש 413, 426 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2018) (להלן: ברק, שמירת דינים)). שתי הפקודות האחרות, פ"מ שבתות ומועדים ופ"מ תקנון הכשרות, נקבעו בשנת 1982, לפני תחילתו של חוק היסוד – ולפיכך הן נהנות, לכאורה, מהגנת פסקת שמירת הדינים. העותרים טענו בהקשר זה כי הוראות אלה הן "לכל היותר בגדר דין שווה ערך נורמטיבי לתקנות, ובאשר כך [...] לא חל בעניינן סעיף שמירת הדינים" (סעיף 15 לתגובתם לתצהיר התשובה). טענתם זו הועלתה בעלמא, ועל כל פנים, היא אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה הקובעת שפסקת שמירת הדינים משתרעת גם על חקיקת משנה (וראו: בג"ץ 5211/04 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(6) 664, 651 (2004); בש"מ 6133/15 המרכז לאקונומיה בישראל (חל"צ) נ' עיריית רחובות, מנהל הארנונה, פסקה 6 (13.10.2015); וראו גם: אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 561 (התשנ"ד)).

36. מכל מקום, גם אם חלק מן הפקודות הרלוונטיות לענייננו חוסות תחת פסקת שמירת דינים, כך שלא ניתן לפגוע בתוקפן – עדיין, יש לפרשן ברוח הוראותיו של חוק היסוד (ראו: ברק, שמירת דינים, בעמ' 419-422; בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 653 (1995); בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 38 (8.10.2017). כן ראו: ברק, פסקת ההגבלה, בעמ' 1060). כך למשל, ככל שיימצא כי האיסור הגורף אינו עומד בתנאי המידתיות, ניתן יהיה לבחון אם יש מקום לפרשו באורח מצמצם (זאת, בכפוף להיתכנות לשונית, וראו: רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 52 (7.10.2010)). מכאן, שיש להוסיף ולבחון האם האיסור שבענייננו עומד בתנאי פסקת ההגבלה הביטחונית. לכך אפנה כעת.

פגיעה "לפי חוק"

37. התנאי הראשון בפסקת ההגבלה הביטחונית, עניינו בדרישה כי הפגיעה בזכויות תיעשה "לפי חוק". תנאי זה מהווה ביטוי לעקרון שלטון החוק, באופן המחייב הסמכה חוקית להגבלת הזכויות. יוער, כי בעוד שסעיף 8 לחוק היסוד, בנוסחו המקורי, העלה דרישה כי הפגיעה בזכויות יסוד תיעשה "בחוק" (עד לתיקון הסעיף בשנת 1994, אז נוספה האפשרות לפגיעה "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו") – סעיף 9 לחוק היסוד אפשר מלכתחילה פגיעה בזכויות יסוד של המשרתים בכוחות הביטחון "לפי חוק", וזאת במטרה לאפשר פגיעה כזו באמצעות חקיקת-משנה, דוגמת פקודות הצבא (ראו: עניין צמח, בעמ' 264; יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323, 372 (התשנ"ג); אליקים רובינשטיין "על חוק-

יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון" עיוני משפט כא 21, 34-35 (התשנ"ח) (להלן: רובינשטיין)).

38. בענייננו, האיסור על הכנסת חמץ קבוע, כאמור, בפקודות הצבא: בסעיף 6 להפ"ע כשרות המזון, בסעיף 19 לפ"מ שבתות ומועדים, ובסעיף 1 לפ"מ תקנון הכשרות. פקודות אלה נחקקו מכוח הוראת סעיף 2 לחוק השיפוט הצבאי, המורה כדלהלן:

"(א) הוראות הפיקוד העליון הן הוראות כלליות שיוציא הרמטכ"ל באישור שר הבטחון, והן יקבעו עקרונית 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".

סעיף 2 לחוק השיפוט הצבאי מסמיך, אפוא, את הרמטכ"ל, באישור שר הביטחון, להוציא הוראות פיקוד עליון (הפ"ע) שיקבעו "עקרונית הנוגעים לארגון הצבא, למינהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה", וכך הוא מסמיך את הרמטכ"ל להוציא פקודות כלליות (פ"מ) שיקבעו פרטים בנושאים אלה (וראו גם את סעיף 5 לחוק-יסוד: הצבא, הקובע כי "הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק או מכוחו"). מכוח סמכות זו נקבעו בפקודות הצבא הוראות מקיפות הנוגעות, בין היתר, לארגון ומבנה צה"ל ויחידותיו השונות; לכוח האדם בצה"ל; לתנאי השירות של החיילים; לענייני דת ועוד. בחלק מהוראות אלה יש, מטבע הדברים, גם פגיעה בזכויות החיילים. זהו המצב, למשל, לגבי פקודות הצבא המגבילות את האוטונומיה של חיילים בכל הנוגע לכללי ההופעה והלבוש בצה"ל (ראו בנושא זה: עניין כהן; בג"ץ 217/21 ברוך נ' צבא ההגנה לישראל (20.6.2021) (להלן: עניין ברוך); בג"ץ 761/13 כהן נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון (20.2.2013)). כך גם לגבי פקודות הצבא המגבילות היבטים שונים של חופש הדת והחופש מדת של חיילים, בהן פקודות הנוגעות לאופן התנהלות היחידות בשבתות ובחגים (פ"מ שבתות ומועדים), ופקודות הנוגעות לשילוב מגדרי בצה"ל ולהשתתפות חיילים בפעילות צבאית העשויה לפגוע באורח חייהם הדתי (פ"מ 33.0207 "השירות המשותף").

39. חוק מסמך נוסף הרלוונטי לענייננו הוא פקודת מאכל כשר לחיילים, אשר נחקקה, כפי שצוין בפתח הדברים, על-ידי מועצת המדינה הזמנית עם קום המדינה. פקודה זו קובעת, כי "לכל החיילים היהודים בצבא-הגנה לישראל יש להבטיח מאכל כשר" (סעיף 1 לפקודה). סעיף 2 לפקודה מוסיף וקובע כי "שר הבטחון ושר הדתות ממונים על ביצוע פקודה זו". לשם יישום פקודה זו, נקבעו בפקודות הצבא הוראות שונות שנועדו לאפשר לצה"ל לעמוד בחובתו החוקית להבטיח לחייליו מאכל כשר. בכלל זה, נקבעו הוראות הנוגעות לאופן השמירה על הכשרות במחנות צה"ל ובמתקניו, בכל ימות השנה ובחג הפסח, וכן הוראות הנוגעות לאופן הפיקוח על הכשרות בצה"ל, בהלימה להוראות חוק איסור הונאה בכשרות (ראו: הפ"ע כשרות המזון; פקודת מטכ"ל 34.0102 "כשרות – עובדי מטבח"; פקודת מטכ"ל 34.0103 "תקנות הכשרות במטבחים הצבאיים"; פ"מ תקנון הכשרות).

40. בהקשר לדרישת ההסמכה, טוענים העותרים כי הוראות סעיף 2א לחוק השיפוט הצבאי אמנם מסמיכות את גורמי הביטחון לקבוע הוראות הנוגעות לארגון, מינהל ומשמעת, ולהבטחת פעילותו התקינה של הצבא. עם זאת, לטענתם, מקום שמדובר בפגיעה בזכויות יסוד – אין די בכך, ונדרשת הסמכה מפורשת בחוק המסמך. אשר לפקודת מאכל כשר לחיילים נטען, כי זו עוסקת בכשרות המזון המוגש על-ידי צה"ל, ואינה יכולה להוות בסיס משפטי לכפיית כשרות בהתייחס למזון פרטי שהובא על-ידי החיילים לבסיסם. דין טענות אלה להידחות.

אשר לטיב ההסמכה הנדרשת בנסיבות בהן מתקיימת פגיעה בזכויות יסוד של חיילי צה"ל – בעוד שפסקת ההגבלה הכללית, המעוגנת בסעיף 8 לחוק היסוד, דורשת כי הפגיעה בזכויות תהיה "לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו" – פסקת ההגבלה הביטחונית מסתפקת בכך שהפגיעה בזכויות תהיה "לפי חוק". ההבדל הלשוני בין הוראות מקבילות שבאותו חוק-יסוד, מעיד, לכאורה, שלעניין הפגיעה בזכויותיהם של המשרתים בכוחות הביטחון, ויתר המחוקק על הדרישה להסמכה מפורשת, והסתפק בהסמכה כללית. שאלה זו הועלתה בעניין צמח אך הושארה בצריך עיון (שם, בעמ' 264), ומאז טרם הוכרעה בפסיקה. בספרות המשפטית הובעה הדעה כי לנוכח לשון החוק ואופיו של הנושא, אין מקום לנקוט גישה פרשנית הדורשת כי ההסמכה לפגוע בכל היבט של זכות החייל תיקבע במפורש בחוק – גישה ההופכת, הלכה למעשה, את כל פקודות הצבא, כמו גם פקודות המשטרה, לבלתי חוקתיות. כך סוכמו הדברים על-ידי אהרן ברק:

"הדרישה כי ההסמכה תהא 'מפורשת' אינה תואמת את המציאות המשפטית בכל הנוגע לפגיעה בזכותם של המשרתים בצה"ל. ההסמכה במקרה זה המעוגנת בחוק-יטו: הצבא ובחוק השיפוט הצבאי היא כללית. היא מעוגנת בהוראות הפיקוד העליון ובפקודות המטה הכללי. הוא הדין לענין השוטרים המשרתים במשטרת ישראל. גם בפקודת המשטרה ההסמכה היא כללית. היא מעוגנת בהוראות המשטרה ובפקודות המטה הארצי. נראה לנו כי לאור אופיו של הנושא, אין מקום לדרוש כי ההסמכה לפגוע בכל היבט של זכות החייל, השוטר או כל משרת אחר בכוחות הבטחון תקבע במפורש בחוק, וכי לא ניתן להסתפק בהסמכה משתמעת [...] נראה לנו כי פסקת ההגבלה הבטחונית הניחה קיומה של מערכת נורמטיבית של 'חקיקת משנה' – הוראות הפיקוד העליון ופקודות המטה הכללי – המגבילה את הזכות של המשרתים בארגוני הבטחון והמעוגנת בהסמכה כללית, בחקיקה, בלא שההסמכה בחוק היא מפורשת. ייתכן שתוצאה זו אינה רצויה [...] אך דומה כי במצב המשפטי הקיים, מן הראוי שקביעה זו תעשה על ידי המחוקק. קשה לקבל גישה פרשנית ההופכת את כל הוראות הפיקוד העליון ופקודות המטה הכללי – והמקבילות להן במשטרה – לבלתי חוקתיות" (ברק, פסקת ההגבלה, בעמ' 993-994. וראו גם: מלצר, בעמ' 378-379. ולדעה אחרת, ראו: רובינשטיין, בעמ' 35-36).

עמדה זו מקובלת עליי. לבד מלשון החוק, שאינה דורשת הסמכה מפורשת, והפרשנות המתבקשת מן ההשוואה בין שתי פסקאות ההגבלה – 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 (והשוו: דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פסקה 8 (19.10.2009) (להלן: עניין ארקו)). אוסיף כי עמדה זו אינה מותירה את זכויות היסוד של החיילים ללא הגנה, מקום שנדרש כי הפגיעה בזכויותיהם תהא מידתית באופן שאינו עולה על הנדרש "ממהותו ומאופיו של השירות". מוקד הבחינה החוקתית בעניינם של משרתי כוחות הביטחון מצוי, אפוא, במידתיות הפגיעה.

41. למעלה מן הצורך, וככל שהייתה נדרשת בענייננו הסמכה חוקית "מפורשת" – הרי שדרישה זו מתקיימת בעניין שלפנינו מכוחה של פקודת מאכל כשר לחיילים. לעניין הדרישה להסמכה "מפורשת", הבחינה הפסיקה בין "המדיניות הכללית ואמות המידה

העקרוניות" להפעלת הסמכות, שיש לקבוע בחוק המסמיך – לבין "הסדרי הביצוע" שנועדו ליישום אמות המידה שנקבעו, שיכולים להיקבע בחקיקת משנה. עוד נקבע כי יש ליתן "משמעות מרוככת" לדרישת ההסמכה המפורשת, בנסיבות בהן ההרשאה לפגיעה בזכות יסוד משתמעת באופן ברור מתכלית החוק המסמיך (בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' משרד הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 513-515 (1998); עניין ארקו, בפסקה 8; וראו גם: רע"ב 5493/06 פלד נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 12 (12.10.2010) (להלן: עניין פלד). ולפרשנות דרישת ההסמכה המפורשת לפי גישה "הקשרית" המתחשבת גם בטיב הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה בה, באופן שכלל שעוצמת הפגיעה בזכות פחותה, קטן הצורך בעמידה דווקנית על דרישה זו – ראו: עניין ארקו, בפסקאות 11-13; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 823-825 (2008); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, פסקה 15 (2010)).

בענייננו, פקודת מאכל כשר לחיילים הטילה על צה"ל חובה לספק מזון כשר לחייליו. חובה זו מקפלת בתוכה הסמכה לפגיעה מסוימת בזכויות החיילים אשר אינם מעוניינים במזון כשר. פקודות הצבא קובעות את ההסדרים הארגוניים והמנהליים המשלימים הדרושים ליישום הוראות הפקודה – ובכלל זה, את ההסדרים הנדונים לפנינו, הקובעים איסור על הכנסת חמץ לבסיסים בימי הפסח. טענות העותרים, לפיהן איסור זה אינו נדרש, בצורתו הגורפת, לשם מילוי החובה האמורה – מקומן להיבחן במסגרת מבחני המידתיות הנוגעים לקשר בין האמצעי למטרה ולצורך בפגיעה, ולא במישור דרישת ההסמכה.

יש לקבוע, אפוא, כי פקודות הצבא מושא הדיון עומדות בדרישה כי הפגיעה בזכויות יסוד מוגנות תיעשה "לפי חוק".

תכלית האיסור והתאמתו לערכי המדינה

42. הלימת פקודות הצבא לערכי מדינת ישראל, משמעותה היא הלימתן לערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. תכליתו של חוק תיחשב ראויה, ככלל, אם הוא "נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (בג"צ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, 793 (2013). כן ראו: עניין שליטנר, בפסקאות 77-78). כאשר מדובר בארגון ביטחוני, "התכלית הראויה היא תכלית המאפיינת את השירות הבטחוני", אך גם תכלית שנועדה "לשם מימוש צורך חברתי דחוף או ענין חברתי מהותי" (ברק, פסקת ההגבלה, בעמ' 1003-1004).

43. המשיבים מצביעים על שתי תכליות העומדות בבסיס האיסור על הכנסת חמץ לבסיסים. התכלית המרכזית, עניינה ביכולתו של צה"ל לשמור על הכשרות הנדרשת ביחידות, באופן שיאפשר לו לספק מזון כשר לחייליו במהלך חג הפסח. בתוך כך, וכתכלית נוספת, נועד האיסור לשמור על הלכידות בין החיילים ולאפשר קיום שגרת חיים משותפת בבסיסים במהלך החג, תוך מניעת הצורך בהפרדה העשויה להידרש על רקע הכנסת חמץ לבסיסים, באופן שיחתור תחת יכולת הצבא לעמוד במשימותיו. תכלית זו, על שני ראשיה, היא תכלית ראויה, העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובפרט עם יסודה היהודי של המדינה. כפי שיפורט להלן, עוד מימיה הראשונים של המדינה, השמירה על הכשרות בצה"ל, ככלי להבטחת אחדות, הייתה ליעד חשוב ולמרכיב מהותי בזהותה של המדינה ובדאגה לביטחונה.

44. כבר בראשית ימי המדינה, ועוד בטרם הקמתה, נושא הגשתו של מזון כשר במוסדות המדינה הרשמיים, ובצה"ל בפרט, עמד בלב השיח על זהותה של מדינת ישראל. במכתב "הסטטוס-קוו" שנשלח על-ידי ראש ממשלת ישראל המיועד, דוד בן גוריון, להסתדרות אגודת ישראל העולמית, כשנה לפני הקמת המדינה, בחודש יוני 1947 – שטח בן גוריון את עמדת הסוכנות היהודית בנושא הכשרות במדינה שתקום, בצינו כי "יש לאחוז בכל האמצעים הדרושים למען הבטיח, שבכל מטבח ממלכתי המכוון ליהודים יהיה מאכל כשר". מספר חודשים לאחר קום המדינה, בעיצומה של מלחמת העצמאות, בחודש ספטמבר 1948 – התכנסו חלק מחברי הרשות המבצעת הראשונה (ועדת החמישה) לישיבה בה דנו ב"סיפוק הצרכים הדתיים של הצבא", ובכלל זאת בחשיבות השמירה על הכשרות בצה"ל (ראו: פרוטוקול ישיבת ועדת החמישה מיום 16.9.1948, בעמ' 4). כחודשיים לאחר מכן, בחודש נובמבר 1948, הבשילו הדברים לכדי חקיקה, עת חוקקה מועצת המדינה הזמנית את פקודת מאכל כשר לחיילים, הקובעת, כאמור, את החובה להבטיח מאכל כשר "לכל החיילים היהודים בצבא-הגנה לישראל".

45. השמירה על הכשרות בצה"ל נתפסה על-ידי ראש הממשלה הראשון, דוד בן גוריון, כדרך למנוע את פיצול הצבא הישראלי ל"זרמים", תוך הבטחת אחדות ושוויון בין החיילים. כך, ציין בן גוריון ביומן שכתב, בערב ראש השנה בשנת 1949, בהתייחס להצעה להקים "יחידות דתיות" בצבא: "א) צבאנו יהיה אחיד, בלא 'זרמים'; ב) למען אחדותו נחייב כולם בכשרות; ג) נשליט אווירה יהודית בשבת; ד) נחנך לכבוד הדדי, שלא ילגלג חייל שאינו מתפלל בחייל מניח תפילין [...] ("יומן - מלא 23.9.1949" ארכיון בן גוריון). בדומה, במכתב שכתב לרב יהודה ליב מיימון בשנת 1958, הדגיש בן גוריון כי "לא רצינו לייסד יחידות דתיות לחוד", וכי: "בעניין כשרות בצבא – נראה היה לנו שבצבא

צריך כל יהודי להרגיש עצמו בביתו, ומכיוון שהנחנו כיסוד מוסד – [...] כל צעיר חייב ללכת לצבא – ראינו צורך שכל חייל יאכל במחנה כשרות, למען שחייל דתי יוכל לאכול בצבא כמו חבריו" (דוד בן גוריון: ראש הממשלה הראשון – מבחר תעודות (1963-1947) 446-447 (אלי שאלתיאל עורך, התשנ"ז). כן ראו: יגיל לוי "צבא העם" נגד גיוס החובה" משפט וצבא כא 309, 336 (2015)). התכליות שעמדו ביסוד הנהגת הכשרות בצה"ל, הנוגעות להנהגת אחידות ושוויון – מתיישבות עם תפיסתו הכללית של בן גוריון את ייחודו של הצבא במדינת ישראל, שהוא "המסגרת היחידה במדינה, שבו נעלמות כל המחיצות העדתיות, המפלגתיות, המעמדיות והאחרות, כל חייל שווה לחברו במעמדו, בזכויותיו, במזונותיו, בשיכונו, במדיו" (ד"כ 15.8.1949, 1338). תכליות אלה מתיישבות גם עם חזונו של בן גוריון לגבי תפקידו של צה"ל בחינוך ועיצוב דמותו של העם בישראל, על דרך של הנחלת תוכן תרבותי ואחר לחייליו – המבוסס, בין היתר, על מורשת והיסטוריה יהודית (שם). וראו גם: דוד בן גוריון יחוד ויעוד – דברים על בטחון ישראל 169-172 (1971)).

46. להנהגת הכשרות בצה"ל יוחסה במשך השנים חשיבות לא רק במישור של שמירה על אחדות ואחידות בצבא, אלא גם כביטוי לצביונם היהודי של מדינת ישראל וצבאה. כך, צוין בספרות המשפטית כי "לא רק שלא רצוי מבחינה מעשית ומטעמי אחידות צבאית ואחדות לאומית ליצור שני מטבחים בכל מתקן צבאי, ולא רק שהחיילים שאינם שומרי כשרות יכולים לאכול כשר בעוד שההיפך אינו אפשרי, אלא שמירת הכשרות בצה"ל יוצרת קשר עם העבר ההיסטורי של העם היהודי, באמצעות אחד הסמלים היותר בולטים של היהודי" (שמעון שטרית "חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היזקקות לרשות דתית, והטלת הגבלות מטעמי דת" משפטים ג 467, 490 (1971)). כן צוין כי "השמירה על הכשרות בצבא מהווה מאפיין בולט ליהדותה של המדינה ומגשימה "ערך בעל אופי יהודי עמוק ומשמעותי" (מלצר, בעמ' 387), וכי "על-ידי שמירת ההלכות של כשרות המזון בצבא, [ו]במוסדות ציבור", "מפגינה מדינת-ישראל בפומבי את צביונה היהודי" (אהרון קירשנבאום "תורה ומדינה: בעניין מקומן של הדת, היהדות והציונות בחוקה המוצעת" עיוני משפט 63, 73 (התש"ן)). ולגבי היותה של שמירת כשרות במוסדות אלה "מקובלת על הכול כסבירה ומוצדקת", ראו: חיים כהן "כפייה דתית בישראל" ספר ברנזון כרך ב 297, 319 (אהרן ברק וחיים כהן עורכים) (2000)). הקשר בין שמירת הכשרות בצה"ל לבין ערכיה היהודיים של המדינה הוכר גם בפסיקתו של בית משפט זה, וראו לאחרונה בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024), את השימוש שעשה חברי השופט י' עמית בדוגמה ההיפותטית של "חוק יסוד: ביטול חובת כשרות בצה"ל", להמחשת פגיעה אפשרית "בעמוד היהודי של [מדינה] יהודית ודמוקרטית" (שם, בפסקה 36 לפסק דינו. ולגבי הקשר בין ערכיה היהודיים של המדינה לבין חקיקה העוסקת בכשרות מזון באופן כללי, ראו: בג"ץ

5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ד' מינץ (8.7.2021).

47. האיסור על הכנסת חמץ לבסיסי צה"ל, כאמצעי להשגת התכלית של שמירה על כשרות המזון בצה"ל – אף הוא בעל שורשים עמוקים בהיסטוריה של מדינתנו. איסור זה נוהג בצה"ל מאז יום היווסדו, כאשר כבר בחג הפסח הראשון שנחגג בצה"ל, בשנת 1949, נקבע בפקודות הצבא שהוצאו באותה שנה כי: "בימי חג הפסח, מיום י"ד בניסן (13.4.49) שעה 10.00, עד כ"א בו (30.4.49) שעה 19.00, לא ימצא חמץ במטבחים ובחדרי המזון של הצבא, ולא יוכנס כל חמץ למחנות צבאיים" (פקודות המטה הכללי מיום 31.3.1949: חוברת מס' 43, סעיף 43/6). כן נקבע כי "בימי הפסח אין להשתמש ואין להכניס למטבחי הצבא ולשום שטח צבאי, חומר שהוא חמץ, או שמכיל תערובת חמץ" (פקודת "תקנון כשרות לפסח" מיום 20.3.1949). הוראות אלה, שנקבעו לפני למעלה מ-70 שנה, זהות בעיקרן להוראות שעומדות לדיון לפנינו. יוער, כי ההוראות האמורות אינן ייחודיות לצה"ל – וגם בשירות בתי הסוהר ובמשטרת ישראל חל איסור דומה על הכנסת חמץ ליחידות במהלך חג הפסח, שתכליתו להבטיח הגשת מזון כשר ביחידות אלה (ראו: סעיפים 7(ג) ו-12(ב) לפקודת הנציבות 1.22.00 "שמירת הכשרות בשירות בתי הסוהר" האוסרים על הכנסת מזון ליחידות שב"ס במהלך חג הפסח; סעיף 4(ד) לפקודת המטה הארצי 5.8.13 "שמירת הדת במשטרה", האוסר על הכנסת מצרכי חמץ או תערובת חמץ ליחידות המשטרה במהלך חג הפסח). נעלה מספק, אפוא, כי האיסור על הכנסת חמץ לבסיסי צה"ל – נקבע לתכלית ראויה והולם את ערכיה של מדינת ישראל.

מידתיות הפגיעה

48. השאלה העיקרית העומדת אפוא לדיון היא, האם האיסור על הכנסת חמץ לבסיסי צה"ל, במתכונתו הגורפת החלה על כל שטחי הבסיס, עומד במבחן המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה הביטחונית.

49. כבר עמדנו על ההבדלים בין פסקת ההגבלה הכללית לזו הביטחונית בנוגע לדרישת ההסמכה. הבדל נוסף נוגע לנוסחת המידתיות. בעוד שפסקת ההגבלה הכללית קובעת בהקשר זה, כי על הפגיעה בזכויות להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש" – פסקת ההגבלה הביטחונית מוסיפה, כי הפגיעה צריכה להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות". בעניין צמח עמד השופט י' זמיר על הבדל זה וציין, כי מכיוון ששאלת המידתיות נבחנת בכל מקרה על רקע כלל נסיבות העניין, "ברור כי גם מידתיות הפגיעה בזכויות של אדם המשרת בכוחות הביטחון מושפעת מן המהות ומן האופי של השירות. משמע, מבחן המידתיות הכללי, כפי שנקבע בסעיף 8 לחוק היסוד, צריך היה

לחול על המשרתים בכוחות הביטחון בהתחשב במהותו ובאופיו של השירות, גם לולא נאמר הדבר במפורש בסעיף 9 לחוק היסוד" (שם, בעמ' 266). מידתיות הפגיעה בזכויות משרתי כוחות הביטחון, נבחנת אפוא באמצעות מבחני המידתיות הרגילים. עם זאת, לנוכח ההדגש שניתן במסגרת בחינה זו על מהותו ואופיו של השירות, מובן כי "יישום עקרון המידתיות בהקשר של מערכת בטחונית עשוי להיות שונה מיישומו בהקשרים אחרים" (עניין שליטנר, בפסקה 70; עניין צמח, בעמ' 266. וראו גם: מלצר, בעמ' 380-382). בהתאם לכך, ולגבי המשרתים בצבא, הכירה הפסיקה כי בשל ייחודו של השירות הצבאי, ולשם השגת תכליות ציבוריות-ביטחוניות, פסקת ההגבלה הביטחונית מתירה פגיעה בזכויות החייל "שהינה מקיפה יותר מזו החלה על האדם שאינו חייל" (עניין שרגאי, בעמ' 689. וראו גם: בג"ץ 5000/95 ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מט(5) 64, 75 (1995)).

50. כידוע, מידתיות הפגיעה בזכויות נבחנת באמצעות שלושה מבחני עזר: המבחן הראשון, מבחן הקשר הרציונלי, בוחן האם מתקיים קשר של התאמה בין האמצעי שנבחר בהסדר הפוגע, לבין התכלית שאמצעי זה נועד להגשים. המבחן השני, מבחן הצורך, בוחן האם האמצעי שנבחר הוא זה שפגיעתו בזכויות פחותה, או שמא קיימת חלופה המגשימה את תכליתו במידה שווה או דומה, הכרוכה בפגיעה מתונה יותר בזכויות. המבחן השלישי, מבחן המידתיות במובן הצר, בוחן האם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מן ההסדר, לבין הנזק הנגרם ממנו, בראי פגיעתו בזכויות הפרט (ראו מבין רבים: בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקאות 65-75 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840 (2004) (להלן: עניין בית טוריק); ברק, פסקת ההגבלה, בעמ' 1004-1005).

51. מבחני המידתיות האמורים – והמבחן השני בפרט – אינם מכתיבים בהכרח תוצאה אחת ויחידה, לפיה ההסדר "מידתי" או "אינו מידתי". במקרים רבים הם מותירים "מתחם מידתיות" או "מרחב תימרון חוקתי" (הדומה למתחם הסבירות במשפט המינהלי), הכולל בתוכו מספר פתרונות המקיימים את דרישת המידתיות, אשר הבחירה ביניהן נתונה לשיקול דעתו של הגורם המוסמך. רוחבו של מתחם זה משתנה בהתאם לכלל נסיבות המקרה, ובהן מיהות הגורם השלטוני, טיב הפגיעה בזכויות ועוצמתה – כאשר בית המשפט אינו מתערב באמצעי הנבחר, כל עוד זה אינו חורג באופן משמעותי ממתחם המידתיות (ראו: עניין עדאלה, בפסקאות 77-78 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; עניין בית טוריק, בעמ' 840; עניין שליטנר, בפסקה 27 לפסק דינו של השופט ח' מלצר;

בג"ץ 11344/03 סלים נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה והשומרון, פסקה 33 (9.9.2009);
 בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע,
 פסקה 16 (22.6.2011); בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה
 והרווחה, פ"ד נב(2) 433, 452-453 (1998)). עמדה על כך השופטת ד' ביניש בצינינה:

"שאלת המידתיות היא לרוב מסוג השאלות שאין עליהן תשובה מדויקת ואחידה, שכן היא דורשת מלאכת שקלול והערכה. ייתכנו מצבים שבהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל-כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור. עקב כך הכיר בית-משפט זה ב'מרחב תימרון חוקתי' המכונה גם 'מיתחם המידתיות'. גבולותיו של מרחב התמרון החוקתי נקבעים על-ידי בית-המשפט בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו, בהתחשב במהותן של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה אל מול טיבם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים. בית-המשפט לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדר מיתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם, והוא בלתי מידתי באופן ברור" (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280 (2002)).

באופן דומה, קבע הנשיא א' ברק:

"בהפעלת עקרון המידתיות – ובעיקר בבחינת האמצעי שפגיעתו פחותה – יש להכיר במרחב התמרון של הרשות השלטונית. לעתים קרובות מצויות מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. לא פעם המקרה הוא גבולי. במצבים אלה ואחרים יש להכיר בקיום מיתחם התחשבות של הרשות השלטונית. מיתחם זה דומה למיתחם הסבירות של הרשות המבצעת [...]. הכרה זו במרחב של שיקול-דעת שלטוני מבוססת על יתרונה המוסדי של הרשות השלטונית בבחינת החלופות האפשריות, ועל אחריותה הלאומית – אחריות המוטלת עליה במסגרת עקרון הפרדת הרשויות – לביצוע התכלית הראויה" (בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 13-14 (1996) (להלן: עניין בן-עטייה)).

52. בענייננו, מקיים האיסור הגורף על הכנסת חמץ את מבחן המידתיות הראשון – באשר הוא מוביל באופן רציונלי להגשמת המטרה החקיקתית, והיא לאפשר לצה"ל לספק לחייליו מזון כשר לפסח, תוך שמירה על שגרת החיים המשותפת ביחידות במהלך החג. השאלה המרכזית שעולה בענייננו היא, האם ניתן להגשים מטרה זו באמצעים שפגיעתם בזכויות החיילים המעוניינים לצרוך חמץ בחג – פחותה, וזאת על דרך של צמצום האיסור לאזורים מסוימים בבסיס. לשאלה זו אפנה כעת.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

53. הסדר הפוגע בזכויות חוקתיות צולח את מבחן המידתיות השני, ככל שלא ניתן להגשים את תכליתו על-ידי אמצעי שפגיעתו בזכויות פחותה. אין די בכך שיימצא אמצעי חלופי הפוגע בזכויות בצורה מתונה יותר – אלא נדרש, וזוהי נקודת המפתח, כי אמצעי זה יגשים את המטרה החקיקתית באותה מידה או לכל הפחות במידה דומה. מקום שאין באמצעי החלופי לעשות כן – אין לחייב את הרשות השלטונית לבחור בו, ובמובן זה מקיים ההסדר הנבחן את מבחן המידתיות השני (ראו למשל: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2), פסקה 49 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (2009); עניין עדאלה, פסקה 88 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; אהרן ברק מידתיות במשפט 395 (2010) (להלן: ברק, מידתיות)).

54. טענתם של העותרים היא, כי ניתן להגשים את תכליותיו של האיסור בצורה פוגענית פחות, על-ידי צמצומו לאזורים מתחמים בבסיס. בהקשר זה ניתן להצביע על שתי חלופות קונקרטיות שהועלו, המצויות בגדרי הצו על-תנאי שניתן (העוסק, כזכור, בתיחום האיסור בתוך גבולות הבסיס): החלופה הראשונה היא, צמצום האיסור באופן שיחול רק על השטחים הציבוריים ומתחמי האכילה והכנת המזון, כך שחיילים המעוניינים בכך יוכלו לצרוך חמץ בחדרי מגוריהם (להלן: חלופת החדרים). החלופה השנייה היא, החלתו על כל שטחי הבסיס להוציא אזורים מסוימים, שיוגדרו כמתחמים ייעודיים לצריכת חמץ (להלן: חלופת המתחמים). המשיבים סבורים כי שתי החלופות האמורות אינן מגשימות את תכליותיו של האיסור הגורף על הכנסת חמץ.

55. בטרם אדרש לשאלה האם חלופות אלה מגשימות את התכלית החקיקתית, אציין כבר עתה, כי חלופת המתחמים מעוררת קושי רב, באשר היא נושאת עמה כשלעצמה פגיעה בכבוד האדם (וראו הדברים שנאמרו ביחס לחלופה דומה שנדונה בעניין בתי

החולים – שם, בפסקאות 51-53). חלופה זו "מסמנת" את החיילים הנאלצים לגשת, לעיני כל, למתחמים ייעודיים ומבודדים בבסיס לשם צריכת מזונם הפרטי – ככאלה המעוניינים לאכול חמץ במהלך חג הפסח. בכך, היא פוגעת בצנעת הפרט שלהם ואף עשויה לשדר מסר משפיל ופוגעני שלפיו בחירתם זו ראויה פחות (שם, שם). לאור האמור, דומה כי חלופה זו אך מחליפה פגיעה אחת בפגיעה אחרת. מכל מקום, וכפי שיוסבר להלן – שתי החלופות מתקשות להגשים את התכלית החקיקתית בענייננו.

התכלית של הספקת מזון כשר לפסח

56. המשיבים טוענים, כי החלופות שתוארו אינן מגשימות את תכליתו המרכזית של האיסור, לאפשר לצה"ל לעמוד בחובתו להגיש לחייליו מאכל כשר בפסח. בהקשר זה נסמך צה"ל על עמדת הרבנות הצבאית, שלפיה ככל שיינקטו חלופות אלה, לא ניתן יהיה לקבוע את כשרות המזון. זאת, בשל החשש ל"זליגת חמץ" מחדרי המגורים או ממתחמי החמץ אל המטבחים וחדרי האוכל שבבסיס – באופן שיפגע בכשרות המזון המוכן והמוגש בהם. העותרים טוענים מנגד, כי אין לסמוך את עמדת צה"ל על עמדת הרבנות הצבאית, תוך שהם ממקדים טענותיהם בשלוש סוגיות: תחום סמכותה של הרבנות הצבאית; סבירות עמדתה; ושיקול דעתו של צה"ל במציאת פתרונות אחרים העשויים להפיג את החשש מפני "זליגת חמץ". אבחן סוגיות אלה.

57. סמכותה של הרבנות הצבאית – לטענת העותרים, עמדת הרבנות הצבאית חורגת מתחום סמכותו של הרב הראשי לצה"ל, שכן סמכותו "מוגבלת לעיסוק בכשרות המזון, [ו]אין לו כל סמכות להתערב בכליהם האישיים ובצריכתם הפרטית של חיילי וחיילות צה"ל" (סעיף 8 לתגובתם לתצהיר התשובה). טענה זו אין לקבל.

סמכותו של הרב הראשי לצה"ל להעניק תעודת הכשר מוסדרת בחוק איסור הונאה בכשרות. סעיף 2 לחוק, המונה את הגורמים המוסמכים לתת תעודת הכשר, קובע כי הגורם המוסמך ליתן תעודת הכשר בצה"ל הוא הרב הראשי לצה"ל או רב צבאי שהסמיך לעניין חוק זה (סעיף 2(3) לחוק). במסגרת סמכותו זו, רשאי הרב הראשי לצה"ל להתחשב "בדיני כשרות בלבד" (סעיף 11 לחוק), זאת לשם הגשמת תכלית החוק – להגן על מי שמבקשים לצרוך מזון כשר, ולהבטיח כי מזון המוצג ככשר, אכן יהיה כשר (ראו: בג"ץ 351/04 מלון פלס בע"מ נ' הרבנות הראשית, המועצה הדתית נתניה, פ"ד נט(2) 433, 436 (להלן: עניין מלון פלס)). בפסיקה ענפה שעסקה בנושא נקבע, כי חוק איסור הונאה בכשרות מתיר לגורמים המוסמכים ליתן תעודת הכשר, להביא במניין שיקוליהם שיקולים המצויים ב"גרעין הקשה" של דיני הכשרות: טיב המזון, תהליך הכנתו, אופן

הצגתו והגשתו והטיפול בו – ואין הם רשאים לשקול שיקולים זרים שאינם קשורים במישרין לכשרות המזון, כמו למשל, השלטת הוראות הלכתיות בנושאים הקשורים לאופן ניהול המקום שבו מוגש המזון והתנהלות האנשים בו (ראו: בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673, 681-686 (1990); בג"ץ 5009/94 מיטראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מח(5) 617, 625 (1994) (להלן: עניין מיטראל השני); בג"ץ 3944/92 מרבק - בית מטבחיים בע"מ נ' הרבנות הראשית נתניה, פ"ד מט(1) 278, 288-290 (1995) (להלן: עניין מרבק); בג"ץ 7203/00 מעדני אביב אוסובלנסקי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(2) 196, 208-212 (2001); בג"ץ 11157/03 אירוח גולן בע"מ נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקה 7 (5.9.2007); בג"ץ 8735/06 קומפורטי נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פסקה 8 (29.6.2009)).

בענייננו, הטעם בגינו סבורה הרבנות הצבאית כי לא ניתן יהיה לקבוע את כשרות המזון המוגש בצה"ל בפסח, ככל שיצומצם האיסור – אינו נעוץ בכך שהחיילים שבבסיס אינם מקפידים על הלכות הפסח, והוא אף לא נועד לכפות עליהם שמירה על מצוות החג. טעמים כאלה, בוודאי חורגים מקשת השיקולים שהרבנות הצבאית מוסמכת לשקול במסגרת סמכותה לפי חוק איסור הונאה בכשרות. טעמו של האיסור הוא טעם מעשי, שלפיו בהעדרו קם חשש כי צריכת חמץ על-ידי חיילים בתוך הבסיס, תביא לזליגת שיירי חמץ למתחמי הכנת האוכל והגשתו. עמדה זו מבוססת על הלכת הכשרות הייחודית לפסח שעניינה "אי-בטלות בשישים", ולפיה גם כמות זעירה של חמץ, המתערבבת בכמות רבה של מזון כשר לפסח – שוללת את כשרותו (ראו: עניין בתי החולים, בפסקה 6(א) לפסק דינו של השופט נ' הנדל). כן היא מבוססת על מאפייניהם של המטבחים בצה"ל שאינם מהווים שטח תפעולי סגור, אלא פתוחים לכלל החיילים, המבצעים בהם תורנויות מטבח ובבסיסים קטנים אף מבשלים בהם בפועל. שיקול זה קשור במישרין לכשרות המזון, ולפיכך אין בו משום חריגה מסוג השיקולים שמוסמכת הרבנות הצבאית לשקול. תכליתו היא מניעת האפשרות שחיילים המבקשים לצרוך מזון כשר לפסח, ימצאו עצמם אוכלים מזון שאינו כשר (והשוו: עניין מיטראל השני, בעמ' 627 – שם ציין השופט ת' אור כי החשש מפני ערבוב של בשר טרף בבשר כשר במסגרת בית עסק, עשוי להוות טעם לגיטימי לסירוב של רב לתת תעודת כשרות לבית העסק).

58. טבירות עמדתה של הרבנות הצבאית – טענה אחרת של העותרים היא, כי עמדתה של הרבנות הצבאית – שלפיה כל הכנסת חמץ לבסיס, גם אם לאזורים מתוחמים, יוצרת חשש לזליגת חמץ הפוגם בכשרות המזון – אינה סבירה לגופה (ולכפיפות שיקול דעתו של הגורם המוסמך ליתן תעודת הכשר למבחני הסבירות המינהליים, ראו: עניין מרבק, בעמ' 287 ו-297; עניין מלון פלס, בעמ' 436; בג"ץ 22/91 אורלי ש. 1985 בע"מ נ' הרב

הראשי ליבנה, פ"ד מה(3) 817, 821 (1991) (להלן: עניין אורלי). לחיזוק עמדתם טענו העותרים, כי במסעדות ובמוסדות ציבור אחרים לא נוהג איסור גורף על הכנסת חמץ, מבלי שהדבר מוביל לשלילת כשרות המזון המוגש בהם. עוד נטען כי חשש זליגה דומה קיים גם בכניסת חיילים שצרכו חמץ מחוץ לבסיס למתחמי המזון בבסיס – ואף על פי כן, אין בחשש האמור כדי לשלול את כשרות המזון, באופן המלמד כי אין בו כדי להכריע את הכף.

לא מצאתי כי יש בטענות אלה כדי לשלול את סבירות עמדתה של הרבנות הצבאית. אשר להשוואה למסעדות ולמוסדות אחרים, דומה כי לא ניתן ללמוד מהם לענייננו, לנוכח מאפייניהם הייחודיים של המטבחים ומתחמי המזון הצבאיים, הפתוחים כאמור לכלל החיילים. אשר לחשש מפני זליגה של חמץ שנצרך מחוץ לבסיסים – חשש כזה אכן קיים. עם זאת, כפי שצינו המשיבים, במסגרת עמדתה ההלכתית של הרבנות הצבאית, נעשה איזון ונמצא כי הטלת איסור ברור וחד-משמעי על הכנסת חמץ לבסיס, מצמצמת את חשש הזליגה במידה מספקת למתן כשרות למתקנים בו. לא מצאתי כי איזון זה שערכה הרבנות הצבאית בין השיקולים השונים, הנוגע, בין היתר, ליישום הלכות הכשרות החלות בפסח על אופן התנהלות מתקני הכנת המזון בצה"ל – הוא איזון שאינו מתקבל על הדעת.

59. שיקול דעתו של צה"ל ומציאת פתרונות אחרים – טענה נוספת היא, כי גם בהינתן עמדת הרבנות הצבאית הנעוצה בחשש מפני זליגת חמץ למטבחים הצבאיים, ישנם פתרונות אחרים, פוגעניים פחות, המאפשרים להתמודד עם החשש האמור. כך למשל, נטען כי ניתן לבצע שינויים בסדרי העבודה במטבחים בחג הפסח, באופן שיצמצם את חשש הזליגה ויאפשר לקבוע את כשרות המזון תוך צמצום האיסור על הכנסת חמץ. אפשרות נוספת שהוזכרה על-ידי המשיבים היא, להגיש לחיילים מזון ארוז וכשר לפסח שהוכן מחוץ לבסיסים, באופן שמייתר, על פניו, את הצורך באיסור. לטענת העותרים, שומה על צה"ל לנקוט בפתרונות אלה, שפגיעתם בזכויות פחותה.

דין טענה זו להידחות אף היא. כפי שנפסק לא אחת, בבוא בית המשפט לבקר החלטות מקצועיות של רשויות הצבא בעניינים הנוגעים לאופן ההתנהלות הפנימית בצה"ל, עליו לנקוט מידה רבה של ריסון. זאת, מן הטעם שצה"ל הוא הגוף בעל הידע המקצועי והמומחיות המיוחדת בנושא ההתנהלות הצבאית הנדרשת על מנת לעמוד במשימותיו (ראו למשל: עניין כהן, בפסקה 15; בג"ץ 7139/09 גילד נ' שר הביטחון, פסקה 32 (16.12.2010); בג"ץ 734/83 שיינ נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 393, 399 (1984); בג"ץ 9628/03 צרפתי נ' ראש אכ"א, פסקה 14 (7.3.2006); והשוו: רע"ב 6561/97 מדינת

ישראל נ' מנדלסון, פ"ד נב(5) 849, 863 (1998)). הדברים נכונים ביתר שאת, מקום שמדובר בהחלטה של גורם צבאי בכיר, כבענייננו (עניין ברוך, בפסקה 8; בג"ץ 3777/15 זיאד נ' ראש המטה הכללי, פסקה 12 (4.5.2016)) – המבוססת על המלצותיהם של שני צוותים רמי דרג אשר בחנו את הנושא ביסודיות. שיקולים אלה, הנוגעים למיהות הגוף השלטוני, למהות העניין ולתהליך הבחינה שבוצע, מצטרפים בענייננו לשיקולים בדבר טיב הפגיעה בזכויות החיילים ועוצמתה הנמוכה – התומכים גם הם, בהותרת מתחם מידתיות רחב לצה"ל, עת שהוא מחליט כיצד לנהוג על מנת לספק לחייליו מזון כשר.

בהתחשב ברוחבו של המתחם האמור ובכלל נסיבות העניין, לא מצאתי כי הבחירה בפתרון של החלת איסור גורף על הכנסת חמץ חורגת ממתחם המידתיות הנתון לצה"ל. בחירה בפתרונות המוצעים – שינוי סדרי העבודה במטבחים או הספקת מזון כשר שהוכן מחוץ לבסיסים – פגיעתה בזכויות החיילים המעוניינים לצרוך חמץ אמנם פחותה, אך היא כרוכה בהשלכות אחרות שאינן רצויות לצבא (ראו: עניין פלד, בפסקאות 15-16). בין אלה ניתן למנות, את הפגיעה באיכות המזון המסופק לכלל החיילים בחג, השקעה של משאבים תקציביים ואחרים, וכפי שיוסבר להלן – גם פגיעה בלכידותם של החיילים וביכולתם לקיים שגרת פעילות משותפת בחג הפסח. בהתחשב בשיקולים אלה, ובשים לב למרחב התמרון המשמעותי שיש להותיר לצה"ל כמי שנושא ב"אחריות הלאומית" לביצוע משימותיו (עניין בן-עטייה, בעמ' 14) – אני סבורה כי אין להתערב בהחלטתו לנקוט איסור גורף על הכנסת חמץ לבסיסים.

התכלית בדבר שמירה על לכידות החיילים וסביבת שירות משותפת

60. לטענת המשיבים, החלופות שתוארו ובעיקר חלופת החדרים, אינן מאפשרות להגשים גם את תכליתו הנוספת של האיסור, שהיא שמירה על לכידות החיילים ועל יכולתם לשרת כתף אל כתף במהלך החג. בהקשר זה נסמך צה"ל על עמדת הרבנות הצבאית שלפיה הכנסת חמץ לבסיסים לא תאפשר לחיילים שומרי מצוות לשהות בחדרי המגורים בצוותא עם חיילים המחזיקים ברשותם חמץ. זאת, בשל חומרת "בל יראה ובל ימצא" הייחודית לחג הפסח, האוסרת על החזקת חמץ ברשותו של אדם, אפילו הוא אינו אוכל אותו (ראו: עניין בתי החולים, בפסקה 6(א) לפסק דינו של השופט נ' הנדל). טענתם המרכזית של העותרים בהקשר זה היא, כי הפרשנות ההלכתית שניתנה על-ידי הרבנות הצבאית לחומרה זו היא שגויה – כאשר לטענתם, לא קיימת מניעה הלכתית לחיילים המקפידים על מצוות החג, לשהות בחדרם לצד חיילים המחזיקים או צורכים חמץ.

61. לא ראיתי צורך להכריע במחלוקת ההלכתית האמורה (ולגבי נטייתו של בית משפט זה שלא להכריע, ככלל, בסוגיות הלכתיות, ראו: בג"ץ 2957/06 חסן נ' משרד הבינוי והשיכון האגף לפיתוח מבני דת, פסקה י"ג (27.4.2006); בג"ץ 7204/16 לורך נ' משרד החינוך, פסקה 2 לפסק דינו של השופט ד' מינץ (3.1.2019); בג"ץ 7120/07 אסיף יניב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת א' חיות (23.10.2007)). לצורך ענייננו, די לי בכך שקיימת גישה הלכתית (בה אוחדו גם הרב הצבאי הראשי), העשויה להשליך על יכולתם של חיילים השומרים על מצוות החג לשהות בחדריהם יחד עם חיילים המחזיקים ברשותם חמץ (ולקיומן של גישות הלכתיות שונות מבלי שהדבר מעיד בהכרח על פגם שנפל באחת מהן ראו: בג"צ 44/86 ענף האיטליזים של מחוז ירושלים נ' מועצת הרבנות הראשית לירושלים, פ"ד מ(4) 1, 6 (1986); עניין אורלי, בעמ' 822). דומה, כי גם העותרים אינם מתעלמים מן הקושי העלול להיווצר מצריכת חמץ בתוך חדרי המגורים לצד חיילים השומרים על הלכות החג (וראו עמדתם שלפיה ראוי שצריכת חמץ בחדרי המגורים תיעשה בצנעה, בסעיף 33 לתגובתם לתצהיר התשובה). מכאן, כי לא ניתן לשלול את המסקנה אליה הגיע הצוות המיוחד שמונה על-ידי הרמטכ"ל, שלפיה הכנסת חמץ לבסיסים – גם במסגרת החלופות המגודרות שהוצעו – עלולה לפגוע במרקם החיים החברתי, בלכידות הצבאית ובשגרת ההתנהלות התקינה ביחידות בפסח.

62. ואכן, לכידות חברתית נחשבת תנאי הכרחי לביסוס עוצמתו של צבא וליכולת הלחימה של יחידותיו. היא מקור עיקרי למוטיבציה של הפרט אשר בכוחה להניע לוחמים בשדה הקרב, והיא אף מאפשרת ומשפרת ביצועים צבאיים אפקטיביים (מוטי קלנג "התפתחות הלכידות הצבאית" תבונת השדה: סוגיות מרכזיות בפסיכולוגיה צבאית 201, 202 (צליל כהן, יובל בנוזימן ולירז ספיר עורכים, 2023)). מכאן החשיבות הרבה המיוחסת לשימור יחסי הלכידות והרעות בין החיילים, יחסים הנוצרים, בין היתר, "מכוח השהות המשותפת במחנות, בבסיסים, במוצבים או במאהלי שדה" (עניין הוועדה לעיון בעונש, בפסקה 32). ביחס למשמעות הערבות ההדדית בין חיילי צה"ל, ציין השופט מ' חשין:

"האמירה כי 'כל ישראל ערבים זה־בזה' (שבועות, לט, א [א]) נכונה היא לכלל ישראל, אך נכונה היא שבעים־ושבעה באשר לצבא. התלות ההדדית והסולידריות בין החיילים – בוודאי כך בשדה הקרב, אך לא רק בשדה הקרב [...] יחסי־האמון בין מפקדים לבין פקודיהם ובין חיילים ביניהם לבין עצמם; כל מאפיינים אלה ראויים ורצויים הם בחיי יומיום, אך תנאי־בלעדיו־אין הם לקיומו של

צבא ראוי לשמו. הם ממש בבחינת להיות או
 "לחדול" (בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות
 השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעונש, פ"ד נג(3)
 721, פסקה 32 (1999) (להלן: עניין הוועדה לעיון
 בעונש)).

63. בהקשר זה טוענים העותרים כי לא ניתן להצדיק את האיסור בענייננו מטעמים של לכידות ורעות, שכן ערכים אלה נובעים מכיבוד הדדי, ולא מ"בניטול" דרכי חייו של האחר" (סעיף 13 לתגובתם לתצהיר התשובה). אכן, טוב היה לו ניתן היה לקיים סביבת שירות משותפת ומלוכדת, בדרך שתאפשר לכלל החיילים לממש את העדפותיהם בתחום החופש לדת והחופש מדת – ואולם, לא תמיד הדבר אפשרי. במקרים כאלה, נדרש הצבא לערוך איזון בין כלל השיקולים הנדרשים לעניין, באופן המחייב לא פעם ויתורים שונים, על מנת לאפשר שירות משותף של אלה המחזיקים בתפיסות ובאמונות שונות (והשוו: עניין סולודוך, בפסקה 87; עניין סולודקין, בעמ' 622-623; ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 211 (1993)). ויתורים אלה אינם חד-צדדיים. אף שבענייננו דורשות פקודות צה"ל ויתור מסוים מצד ציבור החיילים המעוניין לצרוך חמץ בפסח – במקרים אחרים ציבורים אחרים הם אלה הנדרשים לויתורים. כך למשל, מחייבת פקודת השירות המשותף את כלל החיילים להשתתף באירועים וטקסים ממלכתיים מסוימים, גם אם אלה מנוגדים לאורחות חייהם (כגון אם נשמעת בהם שירת נשים, וראו בסעיפים 38-43 לדו"ח "סיכום עבודת הצוות לבחינת חלופות לעניין הכנסת חמץ"). בדומה, פקודות הצבא שעניינן בשמירת השבת, אינן מטילות איסור על חילול שבת בחדרי המגורים, אף שהדבר עלול לפגוע ברגשותיהם של חיילים שומרי שבת.

64. האיזון שעריך צה"ל בכל הנוגע לקביעת האיסור בענייננו – מתחשב, בין היתר, במשכו הקצר של האיסור וכן במאפייני השירות הייחודיים בצה"ל. בהקשר אחרון זה של מאפייני השירות, אבקש להוסיף הערה נוספת. הלכה היא, שככל שאדם מתרחק מד' אמות ביתו ומתקרב אל רשות הרבים, כך נחלשת הנכונות להגן על רגשותיו הדתיים בדרך של הגבלת פעולתו של הזולת (ראו: עניין מיטראל הראשון, בעמ' 507-508; עניין סולודוך, בפסקה 85). במסגרת השירות הצבאי, הבחנה זו שבין רשות היחיד לרשות הרבים, מיטשטשת בהקשרים שונים. כך, בעוד שלא יעלה על הדעת לאסור על אדם לצרוך חמץ בביתו הפרטי – הדברים אינם כה ברורים בכל המתייחס לחייל המבקש לצרוך חמץ בחדר מגוריו הצבאי. חדר זה הוא אמנם "ביתו" של החייל ורשות היחיד שלו, ואולם במקביל הוא גם "בית" לאחרים, העשויים להחזיק באמונות ואורחות חיים שונות. כידוע, המגורים הצבאיים הם מגורים משותפים, אותם לרוב חולקים החיילים זה

עם זה בהתאם לצרכי המערכת ושלא על פי בחירתם האישית. במובן זה, נדרשים חיילים לוויתורים הדדיים גם במרחבים האישיים שלהם בצבא, וזאת על מנת להצליח "לחיות ביחד" – יכולת שהיא חיונית, כאמור, להשגת מטרותיו של הצבא.

65. היוצא מכל האמור הוא, כי האיסור הגורף על הכנסת חמץ לבסיסים – צולח גם את מבחן המידתיות השני.

מבחן המידתיות במובן הצר

66. מבחן המידתיות השלישי מציב לפנינו את השאלה, האם מתקיים "יחס ראוי" בין התועלת הציבורית הצומחת מן ההסדר הנבחן, לבין פגיעתו בזכויות חוקתיות – במובן זה שהתועלת שההסדר משיא, עולה באופן יחסי על הנזק שהוא גורם. מדובר במבחן ערכי, המבוסס על איזון בין זכויות לאינטרסים, במסגרתו מוערכת מידת הנחיצות והחיוניות של הגשמת התכלית החקיקתית, אל מול חשיבות הזכויות הנפגעות ועוצמת הפגיעה בהן. כן יש לבחון, האם תוספת התועלת המופקת מהאמצעי שנבחר, בהשוואה לאמצעים פוגעניים פחות – מצדיקה את תוספת הפגיעה בזכויות שהוא גורם לה (ראו למשל: בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת, פסקה 41 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (23.4.2020); עניין בית סוריק, בעמ' 840; אהרן ברק מידתיות במשפט 425-419 (2010)). לטעמי, האיסור על הכנסת חמץ לבסיסים עומד גם במבחן זה.

67. כאמור, פגיעתו של האיסור מושא הדיון בזכות החוקתית לאוטונומיה ואולי אף בזכות לחופש מדת של חיילים המעוניינים לצרוך חמץ – היא מצומצמת יחסית. פגיעה זו מתמצה בהגבלה מתוחמת של סוגי המזון שחיילים יכולים לצרוך בבסיסים בפסח, למשך ימים ספורים בלבד, ובתקופת השירות הצבאי המתוחמת בזמן אף היא. ציבור החיילים הנפגע מהגבלה זו הוא מצומצם באופן יחסי, שעה שחיילים רבים יוצאים בימי הפסח לחופשת חג מרוכזת; ואחרים נמנעים מלאכול חמץ בבסיסם במהלך החג, בין אם מטעמי דת או מסורת ובין אם מטעמים של כיבוד שומרי מסורת בסביבת חיים משותפת.

אל מול פגיעה מתוחמת זו בזכויות החיילים, עומד האינטרס הציבורי שעניינו בהגשמת תכליות האיסור, הספקת מזון כשר בצה"ל ושמירה על הלכידות היחידתית – תכליות שלא ניתן כאמור להשיגן באמצעים פוגעניים פחות. אינטרס ציבורי זה, כפי שהוסבר לעיל, הוא בעל חשיבות רבה ליכולתו של צה"ל לעמוד ביעודו המבצעי. על חשיבותו של ייעוד זה אין צורך להכביר במילים, במיוחד בימים אלה – ימי מלחמה קשה

וכואבת עם אויבים המבקשים לכלותנו.

לסיכום

68. מסקנתי היא, אפוא, כי האיסור על הכנסת חמץ לבסיסים עומד במבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה הביטחונית, והוא אינו מגלה עילה להתערבות שיפוטית בפקודות הצבא. זאת, מבלי לגרוע מסמכותו של צה"ל לבחור פתרונות אחרים להשגת התכליות שביסוד האיסור, ככל שיימצאו פתרונות כאלה. הותרת הסמכות בידי צה"ל לבחירת הפתרונות וקביעתם בפקודות הצבא, בהתאם לנסיבות המקום והשעה, תואמת במהותה את הפתרון החקיקתי שנבחר בתיקון מס' 13 לחוק זכויות החולה, אשר הסמיך את מנהלי בתי החולים לאסור על הכנסת חמץ לבתי החולים או להגבילה, לאחר שקילת חלופות אחרות ובהתחשב בזכויות המטופלים ומלוויהם ובצרכיהם.

69. לפני סיום אדגיש את שהוצהר על-ידי המשיבים בדיון לפנינו – כי לא ננקטת בצה"ל מדיניות של בדיקה יזומה בחפציהם האישיים של הנכנסים ליחידות צה"ל ולמתקניו, ואף לא של חיפוש יזום בגופם או בתיקיהם האישיים של החיילים, לצורך איתור חמץ והחרמתו. צה"ל הודיע כי בכוונתו לרענן את הנחיותיו בנושא, ואף לטפל בתלונות פרטניות בנושא זה, ככל שתתקבלנה, ויש לצפות שכך ייעשה.

70. לאור כל האמור, אציע לחבריי כי נדחה את העתירה ונבטל את הצו על-תנאי. בנסיבות העניין, לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט א' שטיינ:

דעתי כדעתה של חברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ, בכל אשר בה. גם הערותיו של חברי, השופט י' עמית, מקובלות עלי.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה של חברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ.

1. חברתי סיימה את פסק דינה בהצהרת המשיבים לפיה אין בצה"ל מדיניות של בדיקה יזומה בחפצים האישיים של החיילים, ובוודאי שלא חיפוש בגופם, לצורך איתור חמץ והחרמתו. לנוכח הצהרתם זו של המשיבים, נראה כי העתירה השיגה את עיקר מטרתה, ויש להצר על כך שהגענו להתנגשות מיותרת בין זכויות של חיילים המשרתים בצוותא זה לצד זה, באשר דומה כי שכל ישר ומתינות מצד רשויות הצבא בנוסח "דרכיה דרכי נעם" יכולים היו למנוע את הצורך בהגשת העתירה ובהידרשות לסוגיה שלפנינו. יחסים בין פרטים בחברה אינם מושתתים על שיח של זכויות בלבד. על אחת כמה וכמה שאין לעצב את היחסים בין חיילי צה"ל לבין עצמם אך על בסיס של זכויות, וראוי כי אלה יושתתו גם, שמא בעיקר, על רוח היחידה, הרעות, הלכידות, ההשתתפות וההזדהות – ערכי צה"ל שבימי מלחמה אלה באים לידי ביטוי עוצמתי במיוחד.

2. ברוח דברי דוד בן גוריון, נקבע בפקודת מאכל כשר לחיילים, התש"ט-1948 כי "לכל החיילים היהודים בצבא-הגנה לישראל יש להבטיח מאכל כשר". השאלה שלפנינו היא אם הבטחת מאכל כשר בימי חג הפסח מחייבת מניה וביה איסור על הכנסת מאכל לא כשר לפסח למתקני הצבא. שאלה זו, כשלעצמה, יש בה כדי ללמד על השינוי שעברה החברה בישראל מאז הקמת המדינה, עת באה הפקודה להסיר את החשש שלא יובטח מזון כשר לחיילי צה"ל, בעוד שכיום החשש הוא שלא יתאפשר לחייל שאינו שומר כשרות דבר מאכל שאינו כשר.

3. נראה כי המצב דהיום הוא שחייל שמקפיד על "בֵּל יִרְאֶה וּבֵל יִפְצֵא" עשוי לראות עצמו כעובר על לאו הלכתי אם חברו לחדר יחזיק חמץ בארוניתו, וכאמור, זו גם גישת הרב הצבאי הראשי (הגם שניתן לחלוק עליה מבחינה הלכתית). ניתן היה להקנות חשש זה אם בכל בסיס היה מוקצה חדר נפרד לחיילים שמבקשים לצרוך אוכל לא כשר. ברם, כפי שציינה חברתי, הדבר עלול היה לפגוע בלכידות היחידה. מכל מקום, הוועדה שהוקמה בעקבות הצו על תנאי שניתן בעתירה, הגיעה למסקנה כי אין מקום להקצאת מתחמי מזון נפרדים במהלך הפסח, ויש ליתן משקל למסקנותיה, כמו גם לערך של לכידות החיילים המשרתים זה לצד זה.

4. אל מול הפגיעה בחופש מדת ובאוטונומיה האישית של כל חייל וחייל, ניצבים מספר נימוקים שהתלכדו לכדי מסה שיש בה כדי להטות את כף המאזניים לדחיית העתירה:

ראשית, עוצמת הפגיעה אינה גבוהה. זאת, בהינתן שמדובר בהגבלה של מספר ימים בשנה; בהינתן שמדובר במגבלה על סוגי מזון מסוימים בלבד; בהינתן שבחלק

מהבסיסים משפחות החיילים יכולות לבקר במהלך חג הפסח ולהיפגש עם יקריהם מחוץ לבסיס ולצרוך מחוץ לגדר המחנה מזון לא כשר לפסח; בהינתן שבחלק מהיחידות נוכחות החיילים בימי הפסח נמוכה וישנם בסיסים שניתן לצאת מתחומם במהלך היום או בסוף יום העבודה ולאכול מחוץ לבסיס; ובהינתן שחיילים רבים מעדיפים ממילא לצרוך במהלך הפסח אוכל כשר, כך ששיעור שומרי הכשרות עולה על שיעורם של מי שמגדירים את עצמם דתיים. עוד בהקשר זה ובנושא קרוב לענייננו נאמר:

”לכאורה היה הצבא יכול לספק לחיילים אוכל כשר בלי לפגוע ברצונם של חיילים שאינם מעוניינים בו אילו הקים בכל בסיס שני מטבחים ושני חדרי אוכל נפרדים האחד כשר והאחר לא. אבל נקל לראות את השיקולים הכלכליים והארגוניים נגד סידור כזה. יתר על כן, הוא היה פוגע קשות בערכי הרעות והסולידריות” (דני סטטמן ממלכתיות ‘הדתה’ ודתיים בצה”ל 178 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 139, 2019)).

שנית, עצם השירות הצבאי מחייב את החייל לוותר על שורה של חירויות. הדבר בא לידי ביטוי גם בפסקת ההגבלה המיוחדת בסעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קובעת מבחן מידתיות שמתחשב ב”מהותו ואופיו של השירות”.

שלישית, המדובר בפקודות מטכ”ל עוד טרם חקיקת חוק היסוד (להבדיל מהוראת הפ”ע משנת 2016) כך שיש ליתן משקל לסעיף שמירת הדינים ובעיקר לנוהג בצה”ל מזה עשרות בשנים, למעשה, מיום היווסדו.

כאמור, על כל אלה עמדה חברתי בהרחבה בפסק דינה, ואין לי אלא להצטרף לדברים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ג’ כנפי-שטייניץ.

ניתן היום, ב’ באדר א’ התשפ”ד (11.2.2024).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

מנ 21084200_X13.docx
מרכז מידע, טל' 077-2703333 *3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il>