
משפט חוקתי וזכויות אזרח

שירות "בהתנדבות" כתנאי שירות חובה (בעקבות בג"צ 1930/94 נתן ואח' נ' שר הביטחון ואח')¹

פרופ' דניאל פרידמן*

העובדות

העותרים, חיילים בשירות סדיר, מועסקים בכתיבה ובעריכה של עיתון "במחנה" היוצא לאור מטעם חיל חינוך. התנאי להצבתם לתפקיד זה היה שיתחייבו לשרת בצה"ל תקופת שירות סדיר נוסף (שס"ן) בת שישה חודשים כתנאי שירות חובה. העותרים הסכימו לתנאי זה וחתמו על "הצהרת התנדבות". לאחר מכן שובצו לקורס כתבים צבאיים שנמשך שישה שבועות ובסיומו נקבע להם המקצוע "עיתונאי צבאי". לאחר ששירתו העותרים בתפקיד זה, חלקם תקופה ממושכת וחלקם תקופה קצרה יותר, ביקשו כי התחייבותם לשירות נוסף תבוטל.

פסק-הדין

העתירה נדחתה והעותרים חוייבו כתשלום הוצאות משפט בסך עשרת אלפים שקלים. השופט מ' חשין דחה את הטענה כי לא היתה סמכות לקבל את העותרים לשירות סדיר נוסף בהתנדבות. זאת, נוכח הוראת סעיף 17 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב] המסדיר את הנושא. הסעיף עוסק הן בהתנדבות של מי שאיננו חייב בשירות סדיר והן בהתנדבות של מי שחייב בשירות כזה (העותרים נכללים בגדר הקטגוריה השניה). כן נקבע כי התנדבות זו לא נבעה מ"אילון אשר עיקר את יסוד הרצון". העותרים יכלו שלא לחתום ולשרת כיתר חבריהם, מי ב"גולני", מי בתותחנים ומי ביחידה אחרת. לעותרים עמדה ברירה חופשית וניתן אף להניח שהם "השתוקקו... עד למאד לחתום על הצהרת ההתנדבות וכך לזכות בתפקידי כתבים בעיתון". עוד טענו העותרים כי אפילו פעל הצבא בגדר סמכותו, עשו שלטונות הצבא שימוש בלתי סביר ובלתי ראוי בסמכותם. טענה זו לא נדחתה לגופה. במקום זאת נפסק, בעקבות שורה של הלכות קודמות, שבג"צ "לא יושיט סעד לעותר האומר להתכחש

* דיקאן בית-הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל; פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 בג"צ 1930/94 נתן ג' שר הביטחון ואח', פ"ד מח (4) 643.

להתחייבותו או למבקש להפר חיוב שנטל על עצמו". העותרים הפיקו את מלוא היתרונות מן ההסדר שנעשה עימם, וכעת משהם נדרשים למלא את חלקם, הם מבקשים לסגת מהתחייבותם. עותרים כאלה אינם ראויים לסעד מן הצדק.

החידוש החשוב בפסק-הדין מופיע לקראת סופו (סעיפים 15–16 לפסק-הדין). לאחר שהוברר כי גורל העתירה נחרץ. בשלב זה העלה השופט חשין ספיקות לגבי עמדת הצבא בדבר שירות נוסף בתנאי שירות חובה.

התחייבות העותרים ניתנה בגדר שירותם הסדיר "והמסגרת היא מסגרת של כפייה". אין די באמירה שהעותרים התחייבו מרצונם. יש לבדוק "אם רשויות הצבא נהגו בעותרים בהגינות ראויה, הגינות הנדרשת מכל רשות ציבור העושה שימוש בשיקול-דעתה, כל שכן בנסיבות של כפייה".

בהמשך הדברים הובהר כי אכן צה"ל איננו רשאי לפעול לפי כללי ההיצע והביקוש ולנצלם כדי לזכות בכוח עבודה זול ומיומן. השופט חשין אף ציין מפורשות כדלקמן: "לא אקבל שהכוח להציע לצעיר כי יחתום על שס"ן (בתנאי חובה), ניתן בידי שלטונות צה"ל כדי שיוכלו להאריך שירות סדיר – בתנאי חובה – באותם מקצועות מבוקשים. שימוש מעין-זה כי ייעשה בסמכות, יאמר עליו כי שימוש לרעה בסמכות הוא, והוא שימוש הפוגם במעשה מינהל כדי ביטולו מעיקרו".

דברים אלה נאמרו בתשובה לשאלה היפותטית שהציג בית-המשפט, מבלי שננקטה עמדה ברורה לגבי המקרה הנוכחי. מקרה זה נחתך, כאמור, לא לגופו של עניין אלא לגופם של העותרים שהתכחשו להתחייבותם.

עוד נאמר כי "לא יעלה על הדעת כי כוח וסמכות שהופקדו בידי הרשויות לקבל 'הצהרות התנדבות' לשס"ן, ניתנו כדיהן להפעלתן כמו המדובר בכלכלת שוק חופשי, שוק מיקח וממכר של סחורות ושירותים".

מן הראוי "ששלטונות צה"ל יקפידו הקפד היטב כי לא ייעשה שימוש-יתר בכוחם לשיבוץ חיילים בתקופת שירותם הסדיר, כדי להשיג את הסכמתם לשרת תקופות נוספות בתנאי שירות חובה".

בהמשך פורטו השיקולים שיש להביא בחשבון. נאמר כי על מנת להצדיק דרישה לשס"ן בתנאי חובה, אין די בכך שמדובר במקצוע הדורש הכשרה ואף לא בכך שהחייל יוכל להפיק בחיים האזרחיים תועלת ממקצועו הצבאי. מה גם שיש לזכור כי כל מקצוע צבאי דורש הכשרה כלשהי. יש איפוא, להראות לפחות מיתאם בין אורך ההכשרה, לאורך השירות הנוסף. אולם בעניין הנוכחי באו העותרים

"לאחר שאכלו תוכו של פרי. לו באו מלכתחילה, אפשר אחרת היו פני הדברים".

השופט א' ברק הסכים לפסק-דינו של השופט חשין. השופט בך הסכים לדחיית העתירה בנימוק שאין העותרים רשאים לחזור בהם מהתחייבותם, אך השאיר בצדך עיון את השאלה בדבר הנסיבות שלאורן רשאים שלטונות הצבא להחתיים חיילים על התחייבות שס"ן.

הערות

- (1) פסק-דינו של השופט חשין (אליו הצטרף השופט כרק) מהווה צעד חשוב בכיוון הרצוי. הוא מאתר נכונה את הסוגייה המשפטית, שלא זכתה עד היום לדיון מעמיק בישראל, ואף מציע קווים לפיתרון. אולם יש להצטער על הנתק בין הדיון העיוני, החד והחדשני (סעיפים 15–16 לפסק-הדין), לבין התוצאה האופרטיבית. נותר גם חוסר בהירות בשאלה כיצד יבוא דיון עיוני זה לביטוי בעתיד.
- (2) הסוגייה שהתעוררה עוסקת במה שמכונה בספרות ובפסיקה האמריקאית "unconstitutional conditions".² מדובר במקרה שבו ניתן לשלטון שיקול-דעת שבאמצעותו יש בידו להיטיב עם האזרח, אך השלטון מבקש כי בתמורה לשימוש בשיקול-דעת זה יותר האזרח על זכויותיו החוקתיות. דרישה כזו מהווה הצבת תנאי פסול ותנאי כזה הינו בטל. השאלות מהם תנאים שמוותר להציב ומהם המבטחים לתוקפם של תנאים כאלה נדונו בהרחבה בספרות האמריקאית. בנושא עצמו יש שמץ פרדוקס. אם שיקול-הדעת מאפשר סירוב מוחלט, מדוע לא יינתן למי ששיקול-הדעת בידו "לסרב חלקית", היינו להיעתר לבקשה, אך לסייג את התשובה החיובית. בלשונו של השופט הולמס "אפילו בתחום המשפט כולל השלם כרגיל את חלקיו".³ אכן, במקרים רבים כולל שיקול-הדעת בחובו כוח להיעתר לבקשה בכפוף לתנאים, כאשר משמעות הדבר היא היענות חלקית (ויחד עם זאת סירוב חלקי) לבקשה. כך במשפט הפרטי⁴ ואף במשפט הציבורי. אולם האפשרות לקבוע תנאים מסוייגת אפילו במשפט הפרטי⁵ ומטבע הדברים הסייגים במשפט הציבורי חריפים יותר.
- במסגרת הנוכחית לא אדון בסוגייה הכללית של תנאים חקפים או פסולים
- 2 הפניות לפסיקה ולספרות עניפה בנושא מצויות ב"J. Hacker "Bargaining With the State" 1855 *Mich. L. Rev.* (1994) 92. הרשימה מהווה ביקורת על הספר *Bargaining With the State* (1993), מאת פרופ' Richard Epstein.
- 3 *Western Union Tel. v. Kansas* (1910) 216 U.S.1,53. (דעת מיעוט). ראה גם את הרשימה הנזכרת בהערה 2 לעיל.
- 4 לדוגמא, סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, מקנה לבית-המשפט שיקול-דעת לבטל חוזה מחמת טעות שלא היתה ידועה לצד השני. במסגרת זו יכול בית-המשפט להיעתר לבקשה או לסרב לה בכפוף לתנאים: ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"ג-1992, כרך ב') 720 ואילך.
- 5 הסייגים נובעים חלקם מעקרון תום-הלב, חלקם מתקנת-הציבור וחלקם מהוראות סטטוטוריות. לדוגמא, פלוני שוקל שכירת עובד לבית-המלאכה שלו. יש לו שיקול-דעת מוחלט בשאלה אם לשכור עובד אם לאו. אולם אם יחליט לשכור עובד, יהיה שיקול-הדעת שלו ככל הנוגע לתנאי התעסוקה כפוף למגבלות החקיקה הקוגנטית הנוגעת לנושא (ימי חופשה, פיצויי פיטורין ועוד) ואפילו הסכמה מפורשת מצד העובד לא תשחרר אותו ממגבלות אלה. ועוד דוגמא, הפעם מריני צוואות. לכל אדם שיקול-דעת מוחלט אם לכתוב צוואה אם לאו. ואם כחר לכתוב צוואה יש לו שיקול-דעת בקביעת היורשים. מכאן גם שיכול לקבוע תנאים לירושה או להטיל חיוב ביחס למה שניתן מן העיזבון (סעיף 45 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63). עם זאת ניתן לתאר אפשרות שהתנאי או החיוב יהיו בטלים ועם זאת תעמוד ההענקה בתוקפה (ס' 38 לחוק הירושה).

- במסגרת שיקול-דעת. אתייחס אך ורק לשאלה המתעוררת בהקשר לשירות הצבאי. לצה"ל ניתן כוח שליטה אדיר על עשרות אלפי צעירים וצעירות. הם משרתים במסגרתו מכוח חוק שירות חובה. השאלות אם ישרתו או ישוחררו מן השירות, היכן ישרתו, באיזה תפקיד, מה יהיו תנאי השירות, האם יזכו בחופשות – כל אלה הם בשיקול-דעתו המוחלט של הצבא. תיאורטית נתון שיקול-דעת זה לפיקוח שיפוטי. במציאות, ספק אם הפיקוח הוא יעיל. בנוסיבות אלה ניתן להבין את הפיתוי העומד בפני שלטונות הצבא לצרף "את הטוב אל המועיל" (בלשונו של השופט חשין בדוגמא ההיפותטית, שאולי איננה כה היפותטית, שבפסק-דינו), היינו להציע לחייל הנתון כל כולו בידי הצבא "עסקה", שבמסגרתה יתחייב הצבא להפעיל את שיקול-דעתו בכל הנוגע לחייל בדרך הרצויה לחייל, אך הדבר ייעשה בכפוף לתנאי, היינו שהחייל מצדו יתן לצבא תמורה נאותה.
- אין ספק שקיימות נסיבות שבהן ניתן להכיר בתוקפו של תנאי כזה. כך, למשל, אין דופי בהסדר שלפיו מבטיח צה"ל למתגייס להציבו לקורס טייס, בתנאי שיתחייב שאם יסיים את הקורס בהצלחה, ישרת שנים אחדות נוספות בתנאי קבע. מנגד, ברור שקיימים תנאים שבשום פנים לא ניתן להכיר בתוקפם. כאמור, במסגרת הנוכחית לא אנסה להקיף את כל המקרים. אתייחס לקטגוריה אחת בלבד. בעיני לפחות, תנאי שעיקרו הוא הטלת מס על החייל בכסף או בשווה-כסף הוא תנאי פסול.
- (4) סוגייה זו של הטלת מס, כתנאי להפעלת שיקול-דעת, תיבחן לאור הדוגמאות ההיפותטיות הבאות:
- (א) פלוני נדרש לשלם סכום כסף כתנאי (או בתמורה) לשחרורו מן השירות או תמורת קיצור שירותו. בדוגמא פשטנית זו יכול הצבא להיעתר לבקשה כולה או חלקה או לסרב לה, אך אין הוא יכול להתנותה בתנאי שהמבקש ישלם סכום כסף תמורת שחרורו. אפשר, אמנם, שזוהי "עסקה טובה לשני הצדדים", אך ברור שהיא פסולה מכול וכול.
- (ב) פלוני נדרש לשלם סכום כסף כתנאי (או בתמורה) להצבתו בתפקיד מסוים (לדוגמא תפקיד של כתב צבאי).
- (ג) פלוני נדרש לשלם סכום כסף כהשתתפות בעלות של הקורס הנדרש לשם הכשרתו לתפקיד שהוא אמור למלא בצבא (למשל, קורס של כתבים צבאיים או קורס נהיגה). ההסבר לדרישה, המהווה תנאי להשתתפות בקורס, הוא שעלות הקורס גבוהה וחניכיו עשויים להפיק ממנו תועלת גם בחיים האזרחיים.
- (ד) פלוני נדרש לוותר על זכויות כספיות מסוימות (למשל, מענק שחרור) שיש לו כלפי הצבא כתנאי (או בתמורה) להצבתו בתפקיד מסוים או כתנאי לשירות בתנאים מסויימים (למשל, שירות ליד הבית).
- (ה) פלוני נדרש ליחן לצבא שווה-כסף תמורת יתרון מן היתרונות שפורטו לעיל, למשל, בהיותו בעל מוסך, מוטל עליו, כתנאי לשחרור מוקדם, להתחייב לתקן חנינם, במשך פרק זמן, כלי רכב השייכים לצבא.

(1) העובדות כמו בדוגמא (ה) לעיל, כפוף לכך שמדובר בהשתתפות של פלוני בקורס הנדרש לשם הצבתו לתפקיד מסוים, ושווה-הכסף שנדרש פלוני ליתן לצבא לשם כך הוא על דרך של שירות צבאי כמעט חינם, היינו שס"ן בתנאי שירות חובה.

(5) בעיני אין הבדל רב בין הדוגמאות השונות שפורטו לעיל. ההסדר באחדות מהן צורם יותר מאשר באחרות. דוגמאות (א) ו-(ב), שבהן נדרש החייל לשלם סכום כסף עבור שחרור מן השירות או עבור תפקיד שהוא חפץ בו, הן מקוממות. לעומת זאת מוצג הנושא בדוגמאות האחרות בצורה שיש בה, כביכול, לסבר את האוזן. מדוע לא יישא החייל בחלק מעלות ההכשרה שתביא לו תועלת גם בחיים האזרחיים, מה גם שהוא גילה מפורשות נכונות לעשות כן (כאשר היה זה תנאי לקבלתו לקורס)? מה רע בכך שחייל "מתנדב" לשרת שירות נוסף בתנאי שירות חובה (דוגמא (ו) לעיל ובג"צ נתן נשוא דיוגנו)? התשובה לכך היא שהרעה החולה, המשותפת לכל הדוגמאות דלעיל, היא "מיסחור" של שיקול-הדעת שניתן לשלטונות הצבא, כאשר מטבע הדברים שיקול-דעת זה אסור שיעמוד למכירה. אין צריך לומר ששירות נוסף בתנאי חובה פירושו מס בסכום השווה לערך העבודה שעבורה אין החייל זוכה בשכר. במקרה הנוכחי, אם נחשב את ערך העבודה לפי השכר הממוצע במשק, שהוא כיום כארבעת אלפים שקלים לחודש, יתכרר שכל אחד מן העותרים נדרש לשלם לשלטונות הצבא, בשווה כסף, סך של למעלה מעשרים אלף שקל עבור שיבוצו בתפקיד שחפץ בו.

(6) אוסיף עוד כי לכאורה נראה שהדוגמאות סודרו מן הכבד אל הקל. כמבט ראשון, הדוגמאות בדבר תשלום כסף (דוגמאות א ו-ב) נראות צורמות יותר מן האחרות, אך אינני בטוח שאכן כך הדבר. עיון נוסף יגלה שדוגמא (ו) מעוררת בעיה חריפה יותר מאשר דוגמא (ב). בשתי הדוגמאות מדובר על תשלום לצבא תמורת הצבה לתפקיד מסוים. בדוגמא (ב) התשלום הוא בכסף ואילו בדוגמא (ו) הוא בשווה כסף, היינו על דרך של שירות סדיר בתנאי חובה. דא עקא, ששווה כסף זה כרוך בוודאי על החופש האישי. אילו היינו בתחום המשפט האזרחי, לא היה בית-משפט כופה על העותרים לקיים את התחייבותם⁶. התביעה כנגדם היתה תביעה כספית גרידא לפיצויים על הפרת חוזה. מכאן גם שתשלום כסף נופל בחומרתו מחיוב לבצע שירות אישי כזה, הכרוך בככילה אישית חריפה. אולם הואיל והמסגרת היא צבאית, לא עמדה לעותרים האפשרות להפר את חיובם ולשאת בתשלום פיצויים. הפרת ההתחייבות במקרה מעין זה עלולה לגרור אחריות פלילית חמורה בשל עבירות לפי חוק השיפוט הצבאי, וממילא לא עמדה השאלה כלל על הפרק. נקודה זו זורה אור על היבט נוסף של ההתחייבות לשרת בצבא, שהיא התחייבות הנאכפת באמצעות החוק הפלילי ויש לה השלכה ישירה על החופש של הפרט. השאלה אם עשויה להיות לחוק-היסוד: כבוד-האדם וחירותו השלכה לא הועלתה על-ידי הצדדים ולא נדונה בפסק-הדין. אף אני לא ארחיב עליה את הדיבור.

6 סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16.

(7) בבג"צ נתן ציין השופט חשין כי על מנת לעמוד בדרישת הסבירות יש להראות לפחות מתאם בין אורך ההכשרה, לאורך השירות הנוסף. בעניין הנוכחי היה מדובר בקורס קצר בן שישה שבועות בלבד, כאשר התנאי (או התמורה) שנדרש היה שישה חודשי שירות נוספים בתנאי שירות חובה. חוסר הפרופורציה בין השניים בולט לעין. אולם אני הייתי מרחיק לכת. בעיני אפילו נמשך הקורס שישה חודשים ואפילו היה מדובר בקורס שעלותו גבוהה דוגמת קורס טיס, אין להתיר "מכירת" הזכות להשתתף בו ואין מקום לגבות מן המשתתפים כסף או שווה כסף (היינו, עבודת חינם במסגרת שירות נוסף בתנאי שירות חובה). הקורס נועד לשרת את מטרת הצבא ועלותו נכללת בגדר המחיר שעולה אחזקת הצבא לכלל הציבור. אין כל הצדקה "לגלגל" עלות זו על הפרט המשתתף בקורס.

השאלה שהציג השופט חשין בדבר המתאם למשך ההכשרה (וניתן אולי לצרף לכך גם את שאלת עלותה) מוצדקת, לדעתי, כאשר מוצגת דרישה לשירות בתנאי קבע כתנאי קבלה לקורס או לתפקיד. אפשר להבין שצורכי הצבא עשויים לחייב זאת, מה גם שבמקרה כזה לא קיים היסוד החריף של ניצול או "הטלת מס" הזועק במקרה של שירות בתנאי חובה⁷. סבורני שזהו אכן המקרה שבו יש לבחון אם הדרישה לשירות קבע, כאשר היא מוצגת לחייל בשירות חובה (או מועמד לשירות כזה) כתנאי לקבלה לקורס או לתפקיד, היא אכן מוצדקת לאור המבחנים עליהם הצביע השופט חשין. בעיני, לפחות, אין להתיר לצבא לפעול לפי שיטת ה"היצע והביקוש" כאשר הנסיבות בולן הן נסיבות של שירות חובה, היינו כפייה מכוח החוק. זאת אף שמדובר בשירות בתנאי קבע.

כאשר מדובר בשירות נוסף בתנאי חובה אין לדעתי בכלל מקום לבדיקה כזו. דרישה לשירות נוסף בתנאי חובה, כאשר היא מוצגת כתנאי קבלה לקורס או הצבה לתפקיד, נראית לי פסולה⁸. עוד אציין לגבי שירות קבע, כי אפילו אין בו משום "מס", הרי גם הוא כרוך במגבלה אישית חריפה⁹. בנסיבות אלה ראוי לשקול אם

7 יסוד של הטלת מס עשוי להתקיים גם במקרה של שירות בתנאי קבע, לפחות אם שכרו של איש הקבע נופל מן השכר שהיה זוכה בו בשוק האזרחי. בכל מקרה ברור שמשקלו של יסוד זה הוא פעוט, בהשוואה למצב שבו מדובר בשירות בתנאי חובה.

8 השאלה היא אם ניתן לתאר מקרים יוצאי דופן ביותר שבהם ניתן להצדיקה. כך, למשל, נניח כי הצבא זקוק לתפקיד מסוים לעשרים איש היודעים ערבית. לרשות הצבא חמישים מועמדים השולטים בשפה זו. פלוני מבקש אף הוא להיבחר לאותו תפקיד, אך ידיעותיו בערבית אינן מגיעות לרמה הנדרשת. אפשר שבנסיבות אלה יוכל הצבא לומר לו שעליו להשלים את ידיעותיו בערבית בזמנו שלו (היינו מבלי שהדבר יובא בחשבון שירות החובה שלו – כפועל תהיה זו איפוא, תוספת לשירות חובה). אולם גם אפשרות זו איננה צריכה לשמש מכשיר להארכה מסיבית של שירות החובה ויש להתייחס אליה כוהירות מיוחדת. כך, למשל, ראוי לפסול את הדרישה לשירות חובה נוסף, אם יסתבר שהיא מוצבת, למעשה, בפני כל המועמדים לתפקיד. קל וחומר, אם משך השירות הנוסף עולה על משך הקורס. מכל מקום נטל ההוכחה שררישה לשירות חובה נוסף כתנאי לתפקיד היא סבירה, צריך שיהיה על הצבא ונטל זה ראוי שיהיה כבד ביותר.

9 השווה J. Kronman "Paternalism and the Law of Contract" 92 *Yale L.Jour.* (1983) 763, 774 *et seq.*

- 8) אין מקום לקיים לגבי משרתי קבע שיטה סבירה שתאפשר התרת החוזה קודם זמנו. כאמור, בית-המשפט הסתמך על שורה של פסקי-דין קודמים שבהם ניסו העותרים לסגת מהתחייבותם כלפי צה"ל, וככולם נדחו העתירות מכיוון שנמצא שהעותרים אינם ראויים לסעד. בעיני לפחות הם ניתנים להבחנה מן המקרה הנוכחי. הבחנה אחת, עליה עמד השופט חשין, היא שברוך כלל היה מדובר בהם בהתחייבות לשירות קבע, בעוד שבענייננו מדובר בתוספת שירות בתנאי חובה. הבחנה שנייה, שבעיני היא עיקר, היא שבמקרים האחרים לא ניתן למצוא בהתנהגות הצבא פגם הרומה לזה שנתגלה במקרה הנוכחי, ובאף אחד מהם לא מצאתי תופעה דומה של החתמה לשירות נוסף, בתנאי חובה, כתנאי לקבלת תפקיד בצבא¹⁰.
- 9) שאלה מרכזית המתעוררת בעקבות פסקי-הדין היא, האם יש בכוחו להשיג את התוצאה הרצויה, גם לדעת שופטי הרוב (השופטים חשין וברק), היינו להבטיח שהצבא לא ישתמש לרעה בסמכות להתחייבות על התחייבות לשירות צבאי נוסף בתנאי שירות חובה¹¹, בנסיבות שבהן אין הצדקה לכך. הקושי נעוץ בחשש שהנושא נותר בפועל מחוץ לביקורת שיפוטית אפקטיבית. במקרה הנוכחי הוחתמו העותרים לתקופה של שישה חודשים לאחר שעברו קורס בן שישה שבועות. הדרישה לשירות נוסף בתנאי חובה נראית בלתי מוצדקת על פניה. השופט חשין רמו על כך ונראה שבדבריו היה יותר מאשר רמז גרידא. דא עקא שהעתירה נדחתה. אמנם לא מחמת העובדה שהצבא נהג כראוי אלא מכיוון שנמצא דופי בהתנהגות העותרים, שביקשו לחזור בהם מהתחייבותם לאחר שנהנו מפריה. וכאן עיקר הקושי. האם יהיו בעתיד עתירות מעין אלה כלפי הצבא, ואם כן מי יהיו העותרים? במילים אחרות, האין הכלל השולל סעד בכג"צ ממי שידיו אינן נקיות או ממי שמבקש לחזור מהתחייבותו, מעניק בפועל חסינות לצבא בפני ביקורת על שיטת ההחתמה לשירות צבאי נוסף? אפשר להבין את ההסתהיגות מהתנהגותם של העותרים. תנאי שירותם היו מן הסתם נוחים מתנאי השירות של חבריהם ששרתו בחילות הרגלים, בשריון או בתותחנים. הם חתמו על התחייבות מפורשת, הפיקו את מלוא ההנאה מכך וכעת הם מסרבים למלא את חלקם. אולם בעיני לפחות גם התנהגות הצבא איננה נקיה מדופי. המדינה הפקידה בידיו, לתקופה ממושכת, את גורלם של עשרות אלפי צעירים וצעירות. לגבי רבים מהם מלווה הגיוס בחרדות, בתקוות, ובחששות מפני עתיד לא ברור ובפני הגוף הנראה בעיניהם כל יכול ואשר גורלם נתון בידיו. ניצולו של מצב דברים זה על-ידי שלטונות הצבא, כדי להאריך את שירות החובה ב"מקצועות מבוקשים", נראה פגום מבחינה עניינית ואינו מלהיב מבחינה מוסרית.

10) אולם אין באפשרותי להתייחס לבג"צ 859/86 כנגד אריאל נ' מ"י (לא פורסם), הנזכר בפסק-דינו של השופט חשין, שכן פסקי-הדין בעניין כנגד איננו מפרט את הנסיבות שגרמו לעותר ליטול על עצמו התחייבות לשירות סדיר לתקופה נוספת.

11) כאמור, לדעתי מתעוררת השאלה גם בהקשר לשירות בתנאי קבע, אף שאין היא כה חריפה. ראה את הדיון בקורה זו לעיל.

(10) הקושי שנוצר נעוץ בכלל ה"ידיים הנקיות" שבעקבותיו נדחתה העתירה מחמת הפסול בהתנהגות העותר אף אם עומדת לו עילה המצביעה על פגם בהתנהגותה של הרשות. התוצאה דומה לזו שנהגה אצלנו בעבר בתחום המשפט הפרטי בהקשר לחוזים פסולים. בית-המשפט היה נמנע מלדון בנושא עקב הדופי שבהתנהגות התובע ואילו הנתבע, שהתנהגותו היתה פגומה אף היא, זכה מן ההפקר. ידו היתה על העליונה. בהקשר שבפנינו אין מדובר בהפרת חוזה גרידא. אי קיום ההתחייבות על-ידי מי שהגיע להסכם כזה עם הצבא כרוך בעבירות פליליות חמורות, דוגמת נפקדות, סידוב לקיים פקודה וכו'. התוצאה הבלתי נמנעת היא שכמעט תמיד הפרט הוא העותר כנגד הצבא ואילו הצבא הוא כגדר משיב (או "נתבע"). כלל ה"ידיים הנקיות" מעניק איפוא, לצבא חסינות במגזר רחב ביותר, אף אם נהג שלא כדין. התוצאה רחוקה מלהשביע רצון.

כידוע, תוקן מצב דברים זה בתחום האזרחי¹² והשאלה היא, האין מקום לריכוך הדין באופן שיימצא פתרון מתאים גם במשפט הציבורי.

במקרה הנוכחי נדחתה העתירה מחמת התנהגות העותרים שפנו לבית-המשפט "לאחר שאכלו תוכו של פרי". לדברים אלה הוסיף השופט חשין את המילים "לו באו אלינו מלכתחילה, אפשר אחרת היו פני הדברים".

אך האם מציאותי הדבר לצפות שצעירים כמצכם של העותרים יפנו מלכתחילה? אני מניח שפנייה מלכתחילה משמעותה פנייה קודם שנתקבלו לקורס ואולי קודם שהוצבו לתפקיד המבוקש. אולם ניתן להניח שבשלב זה יחשוש המועמד עד מאוד שמא תפגע הפנייה לבג"צ בסיכויי הצבתו לתפקיד שהוא חפץ בו, ואולי אף יחשוש שהרבר יפגע בכלל בעתידו בצבא (ובעניין זה אין חשיבות לשאלה אם חששות אלה מבוססים, אם לאו).

שאלה היא אפילו מה היתה התוצאה אילו היתה פניית העותרים לבג"צ מוגבלת לבקשת סעד הצהרתי כנגד שלטונות הצבא תוך שהם מציינים שתהיה התוצאה אשר תהיה, הם את חלקם ימלאו וישרתו כפי שהתחייבו. אפשר שבמקרה כזה היו זוכים בסעד שכוחו היה יפה לגבי אלה שיבואו אחריהם.

אפשרות אחרת היא שצד שלישי כלשהו, מאלה הפונים לבג"צ בעניינים ציבוריים, יעתור לבג"צ בנושא זה. אפילו ננית שתוכר זכות עמידה של הפונה, עדיין לא ברור מי יפנה. יתרה מזאת, הואיל ולפי פסק-הדין צריך כל מקרה להיבחן לגופו, לא יהיה זה כה פשוט לצד שלישי, שאיננו קשור לבעלי העניין, לפנות בעתירה לבג"צ.

דאוי גם לשים לב לכך שאם יימצא צד שלישי כזה, שיוכה בבג"צ, תהיה התוצאה שצעירים במעמד העותרים ישוחררו מהתחייבותם, אף שאכלו מן הפרי. ההבחנה היחידה בין המקרים תהיה שלא ידם היא שעשתה את המעשה.

אפשרות נוספת, הנראית בעיני עדיפה, שכן היא מתמודדת בגלוי עם הנושא, היא לאפשר בעתיד פנייה של צעירים במעמדם של העותרים, מבלי שיידחו על

12 סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.

הסף. השיקול שבכוחו להצדיק אפשרות זו הוא שכנגד הפגם בצעדו של מי שמבקש להתנער מהתחייבותו, יש לבחון את הרופי של מי שהחתים אותו על התחייבות שלא היה לה מקום. במקרה הנוכחי לא נקט בית-המשפט עמדה זו, אולם צריך לקוות שהגישה כלפי שלטונות הצבא תוחמר בעתיד, לאחר שפסק-הדין הנוכחי הבהיר להם, שאין להם חופש מוחלט לנהוג לפי תנאי השוק ביחס למקצועות המבוקשים. ניתן גם להניח שהתעלמות מן האמור בפסק-הדין תחמיר את מידת הרופי שתימצא בהתנהגות שנשלחה בעבר.

אוסף עוד שבעיני ראוי היה, אפילו במקרה הנוכחי, למצוא דרך ברורה יותר שתרחיע את שלטונות הצבא בפני המשך השימוש בטכניקה של הארכת שירות החובה באמצעים מן הסוג שנתבררו בעניין זה. כך, למשל, ניתן היה ליתן פסק-דין הצהרתי הקובע כי דרישה לשירות נוסף, בתנאי שירות חובה, כתנאי לקורס ולתפקיד שדובר בהם, נעשתה שלא כדין. זאת, מבלי שבית-המשפט היה מורה לשלטונות הצבא מפורשות להימנע משימוש ההתחייבות שניתנה במקרה הנוכחי. דרך אחרת שראוי היה לנקוט במקרה זה היא, הימנעות מהטלת הוצאות על העותרים. בעיני, לפחות, כאשר שוקלים את התנהגות העותרים לעומת התנהגות הצבא, אין זה ברור מי מכין השתיים פגומה יותר. ראוי גם לזכור שבסופו של דבר ישירות העותרים שישה חודשים נוספים, כמעט ללא שכר, בעוד שהצבא יזכה בשירות זה, שספק רב אם היה זוכה בו אילו נהג כדין. כנסיבות אלה סבורני שלא היה מקום לחייב את העותרים בתשלום הוצאות.

(11) סיכומו של דבר: עובדות המקרה מצביעות על השיטה המשמשת את שלטונות צה"ל להארכה בפועל של שירות החובה במקצועות מסויימים. קשה להשלים עם שיטה זו ויש בדברי השופט חשין (שאליהם הצטרף השופט ברק) בדבר המגבלות על השימוש בשיקול-הדעת של צה"ל צעד חדשני וחשוב לקראת צמצום ה"חסינות"¹³ הבלתי מוצדקת שממנה נהנו שלטונות הצבא. אולם דברים אלה עומדים בצילה של התוצאה הסופית העולה מפסק-הדין, היינו דחייה מוחלטת של העתירה וחייב העותרים בהוצאות. גם השאלה כיצד יובטח בעתיד הפיקוח על השימוש שעושה צה"ל בשיקול-דעתו כדי לגבות מס נוסף, בלבוש של שירות בתנאי חובה, על צעירים וצעירות המתגייסים לשורותיו, נותרה בערפול.

13 מובן שאין מדובר בחסינות ממש, היינו בחסינות מכוח הדין, אלא ב"חסינות" למעשה, הנובעת בחלקה מכלל ה"ידיים הנקיות" ובחלקה מיחס סלחני של בית-המשפט כלפי הצבא.
