

תוכן עניינים

4	פתח דבר
6	העתירה בקליפת האגוז
8	נימוקי העתירה
8	פרק ראשון: קיומה של מדיניות לצמצום זקנים בצה"ל
9..	(1) קיומה של מדיניות הרמטכ"ל הוכר והוצהר מפורשות במסמכים רשמיים של נציב קבילות חיילים ..
	(2) הצהרות מפורשות בכתב אודות קיומה של מדיניות חדשה לצמצום זקנים בצה"ל (המדיניות המוכחשת) - בהצדקה לשלילת היתרים
10	(3) הצהרות מפורשות בעל פה אודות קיומה של מדיניות חדשה לצמצום זקנים בצה"ל (המדיניות המוכחשת)
11	(4) הצהרות מפקדים על קיומן של מכסות להיתרי זקנים
17	(5) העדר הפעלת שיקול דעת פרטני בהחלטות על שלילה מאסיבית של היתרי זקן קיימים
18	(6) סנקציות על מי שביקשו היתרים לגידול זקן
18	(7) ראיות סטטיסטיות:
19	(8) ראיות על הנמקה אחידה וכללית המעידה מניה וביה על היעדר שיקול דעת פרטני
21	(9) ראיות ומסמכים פנימיים המעידים על הכוונה המוכחשת לצמצם באופן מאסיבי את כמויות ההיתרים הקיימים
22	סוף דבר עד כאן
22	פרק שני: ההיסטוריה הנורמטיבית בנוגע להיתרי זקן בצה"ל
23	א. ה"היסטוריה החקיקתית" של הפקודה בדבר היתרים לגידול זקן
23	ב. העתירה הראשונה מ-2015 ותשובת המדינה לה
25	ג. פרסום הפקודה המתוקנת לאחר מחיקת העתירה הראשונה
26	ד. העתירה השניה מ-2016 ותשובת המדינה לה
27	פרק שלישי: רקע עובדתי – תיקון הפקודה הנוכחי
27	א. ההליכים שקדמו לתיקון הפקודה הנוכחי ומיצוי ההליכים מול המשיבים בטרם הגשת העתירה
27	ב. בקשות וניסיונות למיצוי הליכים ותיקון המצב בטרם הגשת העתירה
31	פרק רביעי: ההליכים בעניינם של העותרים
32	א.

	א.
	
	
	
	
	
	
	
	
	
36	

38	
39	יח. חיילים נוספים ששלב מיצוי ההליכים טרם הסתיים בעניינם
39	פרק חמישי: הטיעון המשפטי
39	א. הזכות לגידול זקן ושפם כחלק מכבוד האדם
41	ב. הפגיעה בזכויות יסוד נוספות
42	ג. פגיעת הפקודה בזכויות יסוד של המשרתים בצה"ל
44	ד. אפליה רב רבדית
48	ה. מידתיות
51	מבחני המידתיות
52	1) מבחן הקשר הרציונאלי
56	2) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה
57	3) מבחן המידתיות במונח הצר
58	גידול שיער הפנים בצה"ל מול גידול שיער הראש – העתירה בעניין סבן
60	ו. פגמים מנהליים
60	1) היעדר תשתית עובדתית סבירה
60	2) היעדר קריטריונים שקופים
61	3) יישום הפקודה באופן הפוגע בכללי ההגינות והמנהל התקין
61	פרק שישי: לא התקיימו התנאים לשלילת היתר קיים לגבי אף אחד מהעותרים
63	סוף דבר

עתירה למתן צו על תנאי ולמתן צו ביניים

פתח דבר

1. עתירה זו מופנית נגד מדיניותו הברורה והמובהקת של צה"ל ומשיב 2 העומד בראשו, ועניינה בצמצום דראסטי ומאסיבי של כמויות ההיתרים לגידול זקן ברחבי הצבא, עד כדי שלילתם כמעט לחלוטין. יצויין, כי משלב מיצוי ההליכים החלו המשיבים מכחישים בתוקף את אותה מדיניות. עם זאת, לא יכול להוות ספק שהמדיניות מיושמת בפועל ביד קשה. קיומה של המדיניות החדשה הוצהר בתחילת התהליך בריש גלי. לאחר פניות משפטיות מטעמנו בבקשות הבהרה ומידע – החלו בצה"ל להכחיש את המדיניות החדשה. ייאמר כבר בפתח הדברים, שהעותרים יטענו כי עצם הכחשת המדיניות מעידה על כך שהצבא מכיר בכך שמדובר במדיניות שאיננה חוקית (להלן: "**המדיניות המוכחשת**" או "**המדיניות החדשה**").
2. מדיניות זו שעליה החליט המשיב 2 במהלך השנה האחרונה, הוכשרה ומיושמת באמצעות תיקונה של הוראת קבע אכ"א (הק"א) מספר 33-05-01 "כללי ההופעה והלבוש" ביחס לגילוח וגידול שפם וזקן ע"י המשרתים בצה"ל (להלן: "**התיקון**", "**הפקודה**" או "**תיקון הפקודה**"). תיקון הפקודה בוצע ביום 2.7.20, ולאחר תקופת מעבר בת שלושה חודשים שהוגדרה בו, קיבל תוקף מחייב החל מיום 2.10.20.
3. **וידגש, לכאורה התיקונים שבוצעו בפקודה הם בעלי אופי פרוצדוראלי בלבד בנוגע לתקופת ההיתר ולגורם המעניק: תוקף כל היתר יהיה שנה בלבד, ושונתה זהות הגורם המוסמך להעניקו. העילות למתן ההיתר לעומת זאת, נותרו, לכאורה, על כנן. בכלל זה נותרה ללא שינוי העילה ל"היתר מטעמים אישיים" הניתן במקרים שבהם נקבע כי הזקן הוא חלק מזהותו והווייתו של החייל. דא עקא, שבפועל צה"ל לא מכיר כמעט בכלל בהיתרים אישיים לזקן (ואף צמצם היתרים על רקע דתי מקום שהמבקשים לא היו אדוקים או "דתיים מספיק" לגישת המפקדים). כך, נשללו היתרים רבים מספור אשר הוענקו לחיילים עובר לתיקון, וזאת ללא כל שינוי נסיבות. יד נעלמה הובילה לכך שזקנים אשר הוכרו לפני חודשים ספורים כחלק מזהותם של החיילים ומראה פניהם - לא הוכרו ככאלה כעת, וזאת מבלי שהיה כל שינוי בנסיבות. תיקון הפקודה כלשעצמו לא יכול להסביר מגמה מובהקת זו. התיקון אך נועד לאפשר את המהלך הכלל צה"ל לי לצמצום הזקנים בצבא וביטול ההיתרים הקיימים. זאת, כפי רצונו והנחייתו של המשיב 2.**
4. העותרים יטענו, כי מדובר במדיניות בלתי חוקית ובלתי סבירה אותה התווה המשיב 2. מדיניות, אשר אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט נכבד זה, עם חוקי היסוד, עם כללי המנהל התקין או עם הצהרות והתחייבויות קודמות של המשיבים במסגרת עתירות שהוגשו בעבר בעניין הנדון. זאת ועוד, עצם התעקשותם של המשיבים להכחיש את המדיניות בתוקף חרף ראיות ברורות לקיומה, היא המעידה כאלף עדים על היותה של המדיניות פסולה ובלתי חוקתית. יודגש, כי בטרם פניותנו החוזרות והנשנות בשם העותרים, קיבלו חיילים רבים הנמקה מפורשת לפיה היתר הזקן בו החזיקו איננו עולה בקנה אחד עם **המדיניות החדשה** בצה"ל. רק לאחר פניותינו **המשפטיות** בבקשות פירוט בנוגע לאותה מדיניות – החלה הכחשה שיטתית של המדיניות שתחילה הוצהרה בריש גלי בפני החיילים.
5. כן נקדים ונציין כבר עתה, כי לפני כחמש שנים הוגשו שתי עתירות שונות כנגד תיקון הפקודה ויישומה כפי שבוצע דאז: העתירה הראשונה הוגשה ביום 27.8.15 (בג"ץ 5802/15 אצ"לדיב נגד צה"ל וראש אכ"א, להלן: "**העתירה הראשונה**"), והשניה ביום 25.2.16 (בג"ץ 1597/16 רונן ואח' נגד צה"ל וראש אכ"א, להלן: "**העתירה השנייה**"). על הקשרן וחשיבותן של עתירות אלה וההליכים שקדמו להן נפרט בהמשך.

6. כאמור, בעקבות החלטתו של המשיב 2, לפיה הוא מבקש לבטל כמעט לחלוטין את "תופעת" גידול הזקנים בקרב משרתי צה"ל, תוקנה הפקודה פעם נוספת ביום 2.7.20. עובר לתיקון זה, הועברה לכלל מפקדי צה"ל הוראה אשר הוטעמה היטב בקרב מפקדי הצבא, אודות הנחיה למדיניות חדשה שמטרתה – צמצום וחיסול היתרי הזקן בצה"ל. המדיניות החדשה נועדה לחול גם על היתרים שכבר ניתנו, עד כדי שלילתם לחלוטין והפיכתם לחריג שבחריגים.
7. יצויין, כי מדיניות חדשה זו עומדת בניגוד חזיתי להתחייבויות המדינה בתגובותיה לעתירות הקודמות, תוך פגיעה בלתי מידתית ובלתי נחוצה, בזכויותיהם החוקתיות, בזכות לזהות ולכבוד האדם של אלפי משרתים בצה"ל. אכן, נראה כי מטעם זה משקיעים המשיבים מאמץ כה רב להסתיר את המדיניות.
8. בעקבות פניות רבות לפרקליט הצבאי הראשי (להלן: "הפצ"ר") במסגרת מיצוי ההליכים בתיק זה, שלילתם הגורפת של היתרים בהעדר הנמקה או הנמקה אחידה בדבר המדיניות החדשה- הומרה, בחלק מן המקרים, בהליכים הנחזים להיות הפעלת שיקול דעת פרטני, וזאת בעיקר בעניינם של העותרים והחיילים שבשםם הוגשו הפניות. התופעה הכללית נותרה בעינה.
9. אלא שמדובר בשיקול דעת פרטני למראית עין בלבד. שלילת גורפות של היתרי זקן שניתנו רק לפני זמן קצר ומבלי שחל כל שינוי בנסיבות; אמירות בעלמא המבטלות באחת הצהרות של חיילים העטויים זקן שנים ארוכות כי הזקן הוא חלק מזהותם (כולל ביטול חוות דעת פסיכולוגיות בהקשר זה); אמירות אודות קיומה של מדיניות לצמצום זקנים או ביטולם כליל; סקנציות על חיילים שלא יתגלחו ואיסור יציאה הביתה הגם שהליכי הערעור בעניינם טרם הסתיימו; מבחני אדיקות לחיילים המבקשים פטור מטעמי דת; אימוץ מדיניות תמוהה לפיה מי שאביו אינו עוטה זקן לא יוכל לקבל היתר לזקן (!); ותמונה סטטיסטית גורפת לפיה מרבית היתרי הזקן נשללים – כל אלה מלמדים על אותה מדיניות דרקונית ובלתי חוקית אשר צה"ל מבקש להתכחש אליה.
10. יצויין, כי בקשות לפי חוק חופש מידע בנושא מדיניות זו – לא נענו לגופן במשך חודשים רבים ממועד הגשתן ובניגוד לדין, ובסופו של דבר נענו בצורה לאקונית וחלקית רק בסמוך להגשת העתירה.
11. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא תחת ידו צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא ליתן טעם מדוע לא יורו על ביטול המדיניות לצמצום ההיתרים הקיימים. זאת, מאחר שהיא פוגעת באופן בלתי מידתי וללא כל הצדקה בזכותם של חיילי צה"ל לכבוד; מפלה באופן פסול בין קבוצת החיילים המקיימים אורח חיים דתי אדוק ובין קבוצת החיילים שאינם מקיימים אורח חיים זה; וכן מפלה בין משרתים בדרגות בכירות בצבא אשר ההיתר בעניינם חודש אל מול זוטרים שכלל לא זכו להליך הוגן ובקשתם נשללה באופן כמעט גורף.
12. ביהמ"ש הנכבד אף מתבקש להורות על מתן צו ביניים אשר יורה על הקפאת ההליכים בעניינם של העותרים ושל יתר בעלי ההיתרים בצה"ל עד לקיום דיון בעתירה, ולהשבת ההיתר שניתן להם ואשר עמד בתוקפו ערב התיקון.
13. יוטעם, כי חשיבותו ודחיפותו של צו הביניים המבוקש במסגרת העתירה, נובעות מהשלכת עניינה ותוצאותיה על ציבור נרחב של חיילים ומשרתי קבע שזכויותיהם נפגעו (עניינם של רבים מהם מצוי עדיין במיצוי הליכים) פגיעה של ממש נוכח המדיניות המוכחשת.

14. עוד יצוין, כי לח"מ פנו ופונים עוד עשרות חיילים אשר טרם סיימו את ההליכים בעניינם וממתינים לסיום ההליכים בעניינם, כך שישנה אפשרות שצירופם כעותרים יתבקש לאחר מיצוי ההליכים בעניינם.

העתירה בקליפת האגוז

העותרים הם חיילים בצה"ל בשירות חובה ממגוון יחידות, אשר החזיקו בהיתרים כדין לגידול זקן לפני תיקון הפקודה. בעקבות התיקון העותרים נתבקשו להגיש בקשה לחידוש ההיתר, אך בקשתם נשללה מבלי שהוטעמו הנימוקים המסבירים מדוע נמצא שלא לחדש את ההיתר הקיים ומהו שינוי הנסיבות אשר הוביל לשלילתו. לטענת העותרים, שינוי הנסיבות היחיד שעליו ניתן להצביע במצב דברים זה הוא החלתה של המדיניות המוכחשת לאחר שהמשיב 2 הורה לכלל מפקדי הצבא לפעול לצמצום מאסיבי של ההיתרים הקיימים.

רצ"ב יפויי כוח ותצהירי העותרים – מסומנים נספחים א(1)-א(17).

רצ"ב טפסי הבקשות, ההחלטות והערעורים בעניינם של העותרים – מסומנים נספחים ב(1)-ב(17).

15. יובהר כבר עתה, כי גדר המחלוקת בעתירה אינו נעוץ בטענה לפיה לא ניתן להגביל את הזכות לגידול זקן ושפם בצה"ל כלל. העותרים יטענו כי **המדיניות החדשה המוכחשת, ואופן יישומה בפועל, אינם מידתיים, מפלים חלק גדול מהמשרתים ומיושמים בניגוד לכללי המנהל התקין וההגיונות**. מכאן שמדיניות זו אינה חוקתית ודינה להתבטל.

16. לעתירה זו שלושה רבדים:

(א) ביסוס קיומה של מדיניות חדשה, ודרקונית לשלילה גורפת של זקנים בצה"ל. זאת, חרף ההכחות המאוחרות של שלטונות הצבא – שבאו רק לאחר פניות משפטיות.

(ב) הטענה שהמדיניות החדשה איננה חוקתית ויש לבטלה. טענה זו נשענת על שלושה אדנים:

(1) המדיניות החדשה נגועה באפליה פסולה: מדיניות זו מפלה חיילים חילוניים לעומת חיילים דתיים; מפלה חיילי חובה לעומת מפקדים בכירים אשר, הלכה למעשה, שמרו על זקנם; ומפלה חיילים לעומת חיילות.

(2) המדיניות החדשה אינה מידתית והיא נעדרת קשר רציונלי בין המטרה של השגת משמעת לאמצעי הננקט.

(3) יישום המדיניות החדשה לוקה בשורת פגמים מנהליים:

(3.1) שינוי המדיניות לא התבסס על תשתית עובדתית ראויה.

(3.2) שינוי המדיניות הגורף הוביל לשלילת היתרים קיימים ללא שינוי נסיבות פרט לשינוי המדיניות.

בכך הוא חורג וסוטה מהלכות פסוקות ומושרשות בהקשרים אלה.

(3.3) יישום המדיניות היה כרוך בשורת פגמים כגון העדר מתן זכות טיעון כדין; העדר הנמקה; הנמקה גורפת ושאינה אישית (בהקשר זה תצורף החלטה נוקבת של נציב קבילות חיילים המדברת בעד עצמה); העדר הפעלת שיקול דעת אישי; שלילת היתרים קיימים ללא שינוי נסיבות.

גורפת ושאינה אישית (בהקשר זה תצורף החלטה נוקבת של נציב קבילות חיילים המדברת בעד עצמה); העדר הפעלת שיקול דעת אישי; שלילת היתרים קיימים ללא שינוי נסיבות.

(ג) שלילת ההיתרים בעניינם של העותרים נעשתה בניגוד לדין, בלא שחל כל שינוי בנסיבות (ולעמדת השצבא

גם לא חל שינוי בעילות למתן היתרים), ובלא שניתן משקל הולם (או משקל כלשהו) לעובדה שמדובר

בשלילת היתרים קיימים.

17. **כאמור, ראשית**, העותרים יבססו את הטענה כי המדיניות המוכחשת אכן מונהגת בפועל, שרירה, קיימת ומונהגת בכל רחבי הצבא. לצורך ביסוס קיומה של המדיניות באופן שאינו משתמע לשתי פנים, יביאו העותרים מגוון של ראיות המעידות בבירור על קיומה, וביניהן:

(א) ראיות על הצהרות רבות של מפקדים ברחבי הצבא, בכתב ובעל פה, אודות המדיניות המוכחשת שבאה מפי המשיב 2;

(ב) ראיות על הנמקה אחידה וכללית המעידה על היעדר שיקול דעת פרטני;

(ג) ראיות על היעדר הנמקה לשלילת היתרים דבר המעיד על שלילתם ללא הפעלת שיקול דעת פרטני;

(ד) ראיות על הנמקה המפנה באופן מפורש לקיומה של המדיניות המוכחשת;

(ה) ראיות על אמירות של מפקדים ברחבי הצבא בדבר קיומן של מכסות מקסימליות למתן היתרים.

(ו) ראיות סטטיסטיות על שלילה מאסיבית של היתרים קיימים מטעמים אישיים והותרתם של היתרים מטעמי דת;

העותרים יטענו כי כל אלה יוצרים תמונה רחבה וחד משמעית. למצער, די בנתונים אלה על מנת להעביר למדינה את הנטל להראות כי מדיניות כאמור אינה מתקיימת.

18. **שנית**, העותרים יטענו כי המדיניות החדשה אינה חוקית בשל היותה **מדיניות מפלה**. העותרים יטענו, כי המדיניות המוכחשת אינה שוויונית ומובילה לאפליה בשלושה רבדים שונים: אפליה מול חיילים דתיים אדוקים; אפליה מול בכירים המגדלים זקן; ואפליה על רקע מגדרי:

(א) **אפליה על רקע דתי** - ציבור החיילים הדתי האדוק מורשה לגדל זקן בכפוף לקריטריונים ברורים של "מבחן בשליטה בדת" (אשר עצם חוקיותו מוטלת בספק כשלעצמה), ואילו ציבור החיילים החילוניים לא מורשה לעשות זאת אלא במקרים חריגים מאוד. העותרים יטענו, כי מעבר לפגיעה בעקרון השוויון, מצב דברים זה פירושו כי למעשה לא מתקיים צביון אחיד ולא קיימת "משמעת גילוח" אחידה. מבחינה זו **לא מתקיים קשר רציונאלי** - כנדרש בהתאם לחוק היסוד ולפסיקת בית המשפט העליון - בין המטרה המבוקשת לאמצעי הננקט.

(ב) **אפליה מגדרית** - העובדה שנשים אינן נדרשות לקצץ את שער ראשן, בהיות חלק מזהותן הנשית, בעוד אשר גברים חילוניים, גם כאלה שמעולם לא גילחו את זקנם מהרגע שצימח - נדרשים כעת לוותר על מרכיב בתווי הפנים שלהם ובהותם הגברית - מהווה אפליה פסולה.

(ג) **אפליה מול בכירים** - שיער הפנים הפך חלק בלתי נפרד מזהות גברית לכל הפחות בעשור וחצי האחרון (ולמעשה לפני שנים ארוכות). עשרות ראיות מעידות על כך שהיתרי הזקן נשללו לחיילים זוטרים בעוד אשר קצינים בכירים מוסיפים להתהדר בזקנם. גם בהקשר זה, מעבר לפגיעה בעקרון השוויון, משמעות הדברים היא כי לא ניתן לדבר על "דוגמה אישית" ועל "משמעת גילוח" מצד המפקדים, וכי אין קשר רציונלי בין המטרה המבוקשת לאמצעי הננקט.

19. העותרים יטענו עוד כי המדיניות החדשה אינה חוקית שכן היא **אינה מידתית**. מטרתה המובהקת של המדיניות החדשה - איסור על גידול זקנים בצה"ל והפיכתם לחריג שבחריגים - אינה מהווה מטרה לגיטימית ופוגעת באופן בלתי מידתי בכבוד האדם.

20. בהקשר נציין כבר עתה, כי בית משפט נכבד זה קבע עוד לפני שנים רבות כי **הזכות לגדל זקן היא זכות חוקתית המהווה חלק מכבוד האדם, זהותו וחירותו לעצב את חזותו החיצונית כאדם בוגר** (בג"ץ 205/94, עקיבא נון נגד

מדינת ישראל, משרד הבטחון, פ"ד נ(5), 449 – להלן: **"עניין נוף"**). כאמור לעיל (בנוגע לחיילים הדתיים ולמפקדים הבכירים) עצם גידולו של זקן על ידי חייל בצה"ל אינו מהווה פגיעה במשמעת כשלעצמו, ואיסורו הכמעט מוחלט, להבדיל מכללים ביחס לטיפוחו וצורתו, אינו מתחייב ממהותו ואופיו של השירות.

21. לבסוף, ובמצטבר ליתר הטיעונים, יטענו העותרים כי יישום המדיניות בפועל אינו חוקי באשר הוא נגוע **בכשלים מנהליים** מהותיים החורגים מכל קנה מידה סביר של עקרונות מנהל תקין, וזאת, בין היתר, בשל היעדרה של תשתית עובדתית ראויה, היעדר קריטריונים שקופים ופגמים משמעותיים שנפלו בהליכי יישום הפקודה.

22. ונדגיש שוב: המשיבים טוענים, כי תיקון הפקודה כלל שינויים טכניים בלבד, וכי **לא חל כל שינוי בעילות** ובטעמים המצדיקים מן היתר לגידול זקן מקום בו מדובר בחלק מזוהתו והווייתו של המבקש. אכן, רשות מנהלית רשאית, במקרים מסויימים, לשנות את החלטתה בעניינו הקונקרטי של הפרט, אף כאשר ההחלטה החדשה אינה מטיבה עימו, אך **זאת יש לעשות תוך הגנה על הסתמכותו הסבירה של הפרט וציפיותיו הסבירות. משכך, שלילתו של היתר יכולה להיעשות בנסיבות חריגות וכבדות משקל בלבד**, תוך בחינת שיקול הדעת שהנחה את הרשות לשנות את החלטתה, **שכן אין שלילתו של היתר קיים כאי מתן היתר מלכתחילה¹**. משכך, **אם אכן לא חל כל שינוי בעילות למתן ההיתר, אזי אין כל הצדקה לשלילתו של היתר קיים ללא שינוי נסיבות וטעמים כבדי משקל**. ברי, כי תיקון הפקודה כלשעצמו אינו יכול להיות שינוי נסיבות בהקשר זה, ועל כן רק קיומה של המדיניות המוכחשת יכול להסביר את שלילתם המאסיבית של היתרים שניתנו כדין.

23. **כל העותרים יטענו כי היתרי הזקן שהיו ברשותם נשללו מבלי שחל שינוי בנסיבות ומבלי שניתן המשקל הראוי או משקל כלל לעובדה שמדובר בשלילת היתר קיים (להבדיל מאי מתן היתר מלכתחילה).**

24. סדר הטיעון יהיה, איפוא, כדלקמן:

ראשית, **בפרק הראשון**, נוכיח את קיומה של המדיניות המוכחשת. זאת, באמצעות סדרת ראיות, מסמכים רשמיים ותצהירים בנוגע למדיניות זו.

לאחר מכן, **בפרק השני**, תסקר ההיסטוריה הנורמטיבית בנוגע להיתרי הזקן בצבא (וכך יבואר מדוע הושקעה טרחה כה רבה בהסתרת המדיניות החדשה).

בפרק השלישי, ייסקר הרקע העובדתי של תיקון הפקודה הנוכחי.

בפרק הרביעי, ייסקרו ההליכים בעניינו של כל עותר ועותר.

בפרק החמישי, יפורט הטיעון המשפטי בנוגע לאי חוקיות המדיניות החדשה המוכחשת.

בפרק השישי, יפורט הטיעון בנוגע לאי התקיימות התנאים המצדיקים שלילת היתר קיים לגבי אף אחד מן העותרים.

נימוקי העתירה

פרק ראשון: קיומה של מדיניות לצמצום זקנים בצה"ל

25. הוראת הרמטכ"ל, המשיב 2, לצמצום היתרים לגידול זקן בצה"ל ניתנה והועברה לכל שדרות הפיקוד במהלך השנה האחרונה. לאחריה החל הליך משולב של שלילת היתרי זקן ביחידות שונות, אשר לווה בהצהרות מפורשות אודות רצונו והוראתו של המשיב 2. במקביל, ולאחר הפניה המשפטית הראשונית מטעם הח"מ,

¹ דפנה ברק-ארז – משפט מינהלי, כרך א', עמ' 371-372 (ההוצאה לאור של לשכת עו"ד, 2010).

תוקנה הפקודה הצה"לית הרלוונטית. צה"ל הצהיר ועודנו מצהיד כי מדובר בתיקון טכני וכי לא חל שינוי בעילות לקבלת היתרי זקן. אלא שחרף אי השינוי בעילות – בפועל בוטלו היתרי זקן רבים, הוצהרו הצהרות על כך ש"אין פטורים אישיים" ו"אין טעם לבקש פטור", ו"רוח המפקד" שלא לומר הפקודה המפורשת – היתה ברורה לכולם.

26. דא עקא, לאחר הפניות המשפטיות הראשוניות החלו בצה"ל להכחיש המדיניות החדשה לצמצום זקנים בצה"ל. זאת, חרף אותן הצהרות גלויות. לפיכך, אין מנוס אלא לפרוש בפני ביהמ"ש הנכבד עשרות עדויות ומסמכים, המעידים על תופעה נרחבת וחד משמעית של מדיניות חדשה. באלה יש לטעמנו, כדי להוכיח את קיומה של המדיניות המוכחשת, או, למצער, להעביר את הנטל למשיבים בהקשר זה.

27. לעתירה זו מצורפים תצהירים, מסמכים פנימיים ועדויות רבות, המעידים כאלף עדים על המדיניות המוכחשת לפיה נעשה מהלך ממוסד לשלילת היתרי זקנים בצה"ל, תחת האמתלה הקלושה של "בחינה מחודשת".

אסופת תצהירים המעידים על המדיניות החדשה המוכחשת ועל הפגמים בבחינת הבקשות רצ"ב לעתירה – מסומנים כנספחים ג(1) - ג(29).

אסופת מסמכים צבאיים פנימיים המעידים על קיומה של המדיניות החדשה המוכחשת רצ"ב לעתירה – מסומנים כנספחים ד(1) - ד(8).

28. הצבר הראיות מעיד באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי זו אכן ההוראת הרמטכ"ל ומטרתה. נעמוד, בקליפת אגוז על עיקרי הדברים כפי שהם עולים מהנספחים המצורפים. הראיות המצורפות הינן מכמה סוגים: הצהרות מפורשות של מפקדים על הוראת הרמטכ"ל והמדיניות החדשה; הצהרות מפורשות על קימן של מכסות מצמצמות להירי זקנים בצבא; הנמקה מפורשת במענה לבקשות רבות המפנה למדיניות החדשה של שלילת היתרים; מסמכים פנימיים רשמיים המעידים על קיומה של המדיניות המוכחשת; ראיות סטטיסטיות.

(1) קיומה של מדיניות הרמטכ"ל הוכר והוצהר מפורשות במסמכים רשמיים של נציב קבילות חיילים

29. מענה של נציב קבילות החיילים בו נכתב באופן מפורש, במסגרת מענה לקובל, כי המשיב 2 הנחה לצמצם את כמות ההיתרים לגידול זקן בצה"ל, גם במקרים שבהם יש המלצת מפקד חיובית.

"ככלל, הנחיית הרמטכ"ל הינה לצמצם את כמות ההיתרים ולכן, גם במקרים בהם המלצת המפקד היא לאישור ההיתר, הבקשות מאושרות על ידי אל"מ [שם] במקרים חריגים."²

ובמסמך אחר, תחת הכותרת ממצאים :

"אל"מ [שם] ציין כי במהלך שיחת חתך שהתקיימה עימו ב-15.7.20 העלת את נושא היתרי גידול הזקן. בתגובה הסביר לך שכלל הנחיית

² ראה נספח ד'7.

הרמטכ"ל היא לצמצום את כמות ההיתרים, ולכן הבקשות מאושרות על ידו במקרים חריגים בלבד³.

30. הנה כי כן, לפנינו ראיות חד משמעיות לקיומה של מדיניות והוראה מאת הרמטכ"ל וביצועה בפועל על ידי קצינים בדרגת אל"מ. לא למותר להזכיר בהקשר זה, כי נקח"ל מצא שהדבר אינו חוקי:

"התרשמתי כי, ככלל, בקשה להיתר לגידול זקן מטעמים אישיים אינה מאושרת בביה"ס לרפואה צבאית אלא במקרים חריגים. לפכ"ך, מצאתי לנכון להסב את תשומת ליבו של אל"מ [] לכך שהתנהלות זו אינה עולה בקנה אחד עם הקבוע בהוראות הצבא בנושא... לפיה כל בקשה תבחן לגופה בהתאם לנסיבות המפורטות והמלצת הגורמים הרלוונטיים."

(2) הצהרות מפורשות בכתב אודות קיומה של מדיניות חדשה לצמצום זקנים בצה"ל (המדיניות המוכחשת) - בהצדקה לשלילת ההיתרים

31. כאמור, בתחילת התהליך, לא רק נאמר לחיילים שההיתרים לזקן נשללים מהם לנוכח המדיניות החדשה בצה"ל אלא הדברים אף נכתבו כהנמקה המצדיקה את שלילת ההיתר.

32. במילים אחרות, לעתירה זו מצורפות תשובות שליליות לבקשות לחידוש היתרי זקן קיימים הכוללות הנמקות המבהירות בפירוש ללא כחל ושרק כי הבקשה נשללת נוכח מדיניותו של צה"ל ושל הרמטכ"ל המחייבת את שלילתם של ההיתרים אישיים:

א. בעניינו של [] ניתן מענה בו ציין מפקדו באופן מפורש, בעת שלילת הבקשה, כי על אף שהתרשם מהחשיבות הרבה שמייחס לזקנו הוא מחליט שלא לאשר את בקשתו לחידוש ההיתר "לאור המדיניות הצה"לית והחילתית לצמצום כמות הזקנים". ניכר, כי מדיניות זו היא כה נוקשה וברורה, עד כדי כך שאף שהמפקד התרשם מהחשיבות הרבה של הזקן כמרכיב בזהותו ואישיותו של העותר, הוא סבר כי נוכח מדיניות המשיב 2 אין מקום לאישור הבקשה.

גם ההחלטה וההנמקה בערעור שהגיש עותר זה חשפה את קיומה של המדיניות הגורפת והברורה בנושא. זאת באשר, בין היתר, פירט המפקד בערעור, כי לגישתו זקן לא אמור להיות חלק מזהותו של אדם או מפקד. הדברים חושפים את העובדה הפשוטה שעילה זו למתן היתרי זקן (ונוכח: הצבא טוען כי כלל לא חל שינוי בפקודה) אינה לגיטימית ובכך ביטל אותה כליל. זאת, חרף העובדה שמדובר באדם אשר הבהיר כי הוא בעל זקן מאז שזה צימח על פניו, כי הזקן הינו חלק בלתי נפרד מזהותו, ונדבך חשוב בבטחונו העצמי, ואף צירף לדברים חוות דעת פסיכולוגית. הנה כי כן, על אף שהתהליך בעניינו נחזה להיראות כזה שבו הופעל שיקול דעת פרטני וענייני – בפועל הוא חושף עובדה פשוטה: לעמדת המפקד זקן אינו צריך להיות חלק מזהותו של אדם. משמעות הדברים היא כי לא ניתן לקבל פטור זקן בעילה שהזקן הוא חלק מהזהות. במילים אחרות: ביטוי כתוב ומפורש למדיניות למדיניות הצה"לית המוכחשת של ביטול או צמום דרסטי של ההיתרים האישיים.

³ ר' נספח ג'1 – ע"מ 3 לנספח, סעי' 3.ד' לתשובת נקח"ל.

יודגש בהקשר זה, כי מדובר בשלילת היתר קיים שכבר ניתן, ללא שינוי בנסיבות פרט לקיומה של המדיניות החדשה המוכחשת (נפנה לעניין זה לנספח כד (1) ס' 13 – 16).

ב. בכלל הערעורים בעקבות שלילת היתרי זקן קיימים, ללא כל שינוי בנסיבות, בעניינם של חיילי יחידת [REDACTED] ניתנה הנמקה אחידה לשלילתם בנימוק לפיו: **"לא מצאתי לנכון לאשר את הבקשה מאחר ואינו עומד במדיניות האישורים"**. ודוק, מקום בו מנמקים באופן גורף ואחיד שלילתם של היתרים אשר עמדו בתוקף ערב תיקון הפקודה בנימוק שלפיו "אינו עומד במדיניות", הרי שהמסקנה הברורה היא כי המדיניות השתנתה מן היסוד. **לא יכולה להיות מסקנה אחרת**. מדיניות זו היא הטעם היחידי לשלילה ההיתרים, ללא כל שינוי בנסיבות (נפנה בהקשר זה לנספחים כד 9 – כד 28).

ג. **שלילת היתרים קיימים לקבוצת חיילים** [REDACTED] **האחידה: "על פי פקודות הצבא"**: שלושה-עשר חיילי [REDACTED] החזיקו בהיתר כדין עובר לתיקון הפקודה. מפקד הפלוגה שדן בבקשותיהם לחידושו המליץ בשלילה על כלל הבקשות בנימוק זהה ואחיד שנוסחו **"ע"פ פקודות הצבא"**. זאת, ללא כל שינוי בנסיבות. **משמעות הדברים היא, כי המדיניות לגבי העילות השתנתה**. נפנה בהקשר זה לנספח כד 36.

(3) **הצהרות מפורשות בעל פה אודות קיומה של מדיניות חדשה לצמצום זקנים בצה"ל (המדיניות המוכחשת)**
33. לצד ההנמקות הכתובות, בידנו שלל עדויות על אמירות מפורשות בעל פה של מפקדים שונים, ביחידות שונות אודת אותה מדיניות חדשה מוכחשת. על מנת לסבר את האוזן נביא להלן תמצית של מקצת התצהירים המצורפים לעתירה זו.

34. הצהרות פומביות על מדיניות הרמטכ"ל ב [REDACTED] [REDACTED]:
"אין דבר כזה היתר אישי בב [REDACTED]. מפקד ה [REDACTED] לא יאשר אותו... הרס"ר הסביר לי בנוכחות כלל החיילים שהיו במסדר, כי הרמטכ"ל ראו"ל כוכבי נתן הוראה לצמצם את היתרי הזקן הקיימים בצה"ל... בשיחת חתך... אל"מ [REDACTED], מפקד ה [REDACTED], ענה לי ולכל הנוכחים כי 'הרמטכ"ל הוריד הוראה שלא לתת היתרי זקן. ביחידה שלי לא יהיו היתרי זקן אישיים'"⁴.

35. הצהרה על מדיניות הרמטכ"ל ובעקבותיה על שלילת היתרים אישיים ב [REDACTED]
"אני משרת ב [REDACTED] בחודש יולי 2020 הגשתי בקשה לגידול זקן מטעמים אישיים, ולאחר הגשת הבקשה רס"ר היחידה, רס"ל [REDACTED] השיב לי כי מפקדת היחידה לא מאשרת בקשות להיתרים מטעמים אישיים בעקבות החלטת הרמטכ"ל לבטל את ההיתרים הללו."⁵

36. הוראה גורפת לגילוח זקנים לקראת ביקור הרמטכ"ל על מנת לרצותו ב [REDACTED]

†
[REDACTED]
א

"לפני מספר חודשים הגיע הרמטכ"ל לביקור ב- [REDACTED], ולקראת הביקור המפקדים הורו לכל בעלי ההיתר להתגלח ללא יוצאים מן הכלל, תוך שאיימו עליהם שייענשו אם לא יעשו כן, ואמרו שהם רוצים שהרמטכ"ל יראה שבגדס"ר צנחנים אין בעלי זקן כלל".⁶

37. עדות על מדיניות שלא לתת היתרים לגידול זקן במחנה [REDACTED]:
"לאחר גיוסי ניגשתי לרס"ר מחנה [REDACTED] וביקשתי להגיש בקשה להיתר לגידול זקן מטעמים אישיים. הרס"ר, [REDACTED] השיב לי שחבל על המאמץ שלי ושאינן סיכוי שיאשרו את בקשתי מטעמים אישיים, וכי הוא ממליץ לי לנסות להגיש בקשה מטעמי דת שאותה יש סיכוי שיאשרו".⁷

38. מדיניות חדשה לצמצום כמות היתרי הזקנים מטעמים אישיים [REDACTED] עד לחיסול היתרים אלה בתוך שלוש עד ארבע שנים:

"אני משרת [REDACTED] בחודש ספטמבר 2020 נתבקשתי להגיש בקשה לחידוש היתר לגידול זקן שבו החזקתי ושניתן לי כדין בחודש אוגוסט 2019. במהלך ההליכים לטיפול בבקשתי, שוחחתי עם מפקד הגדוד ביחידתי, סא"ל [REDACTED] והוא אמר לי מפורשות כי [REDACTED], ב- [REDACTED] יש מדיניות חדשה וברורה שמטרתה לצמצם את כמויות בעלי ההיתרים לגידול זקן מטעמים אישיים בלבד, כך שהיעד הוא שבתוך 3-4 שנים לא יהיו בעלי זקנים מטעמים אישיים בכלל, ויהיו רק כאלה עם היתרים מטעמי דת".⁸

ומצהיר נוסף:

"אני משרת ב- [REDACTED] בחודש אוגוסט 2020 פניתי למפקדתי האישית, סגן [REDACTED] וביקשתי ממנה להגיש בקשה לגידול זקן מטעמים אישיים. המפקד השיבה לי כי מפקד הגדוד אינו מאשר היתרים מטעמים אישיים כלל ואין טעם להגיש את הבקשה. כששאלתי אותה אם זה חוקי, השיבה שכן, מאחר שהסמכות עברה למפקדים בדרגת סא"ל וכי מפקד הגדוד שלי אינו מאשר היתרים אישיים כלל, וזאת עוד בטרם הוגשה הבקשה ונשקלה".⁹

[REDACTED]
"אני משרת בבסיס [REDACTED] בחודש ספטמבר 2020 נתבקשתי להגיש בקשה לחידוש היתר לגידול זקן מטעמים אישיים, ובחודש אוקטובר 20 נמסר לי על ידי מפקדי הישיר כי בקשתי נדחתה מאחר שמפקד הבסיס לא

מאשר היתר מטעמים אישיים באופן גורף. שאלתי על כך את מפקד [REDACTED] והוא אישר את הדברים".¹⁰

ומצהיר נוסף מאותה יחידה:

"אני משרת [REDACTED] בחודש אוקטובר 2020 שאלתי את מפקד [REDACTED] כיצד אוכל להגיש בקשה להיתר זקן מטעמים אישיים, הוא השיב לי כי "לא שווה לי אפילו לנסות כי הסיכויים קלושים" בנוסף, הוא מסר לי כי מפקד [REDACTED] קבע קריטריון ביחידה שלפיו רק מי שאביו מגדל זקן יכול לקבל היתר מטעמים אישיים, אך גם מי שעומד בקריטריון זה לא בהכרח יקבל את ההיתר".¹¹

40. הכרזה של ביטול גורף של אישורים לגידול זקן מטעמים אישיים ביחידת מ [REDACTED] [REDACTED]:
"מסרתי למפקדיי כי ברצוני להגיש בקשה להיתר גידול זקן מטעמים אישיים ומסרתי להם את הטפסים הרלוונטיים. לאחר כשעה הקצינה שלי אמרה שהיא קיבלה שיחה מהממונה ביחידה ומסרה לי שבאופן גורף אין ביחידה שלנו היתרים לגידול זקן מטעמים אישיים".¹²

41. הצהרות על ביטול היתרי זקן אישיים ב [REDACTED]:

"אני משרת [REDACTED] במהלך הטירונות שביצעתי בגדוד [REDACTED] הגשתי בקשה לקבלת היתר לגידול זקן. הבקשה היתה בטיפול ולא נענתה.

לאחר ההודעה של הרמטכ"ל שהתפשטה בצבא, היה לנו מסדר של המחלקה ומפקד בדרגת סמל הודיע שכל מי שיש לו היתר מטעמים אישיים חייב להתגלח עוד באותו יום. מאחר שהכרתי את הפקודה, ידעתי שאין אפשרות להורות לי להתגלח עד לסיום הטיפול בבקשתי וכך הודעתי למפקדי, והם השיבו לי כי הגיעה פקודה מלמעלה להורות לכל בעלי ההיתר מטעמים אישיים להתגלח, וכן ההיתר מטעמים אישיים אינו בתוקף יותר. לאחר מספר שיחות עם מפקדיי התקבלה בקשתי להמתין לקבלת ההחלטה בבקשה מבלי להתגלח בהתאם לפקודה, אך יתר חבריי למחלקה כבר נבהלו והתגלחו בשל הפקודה הלא חוקית שקיבלנו.

במהלך האימון המתקדם [REDACTED] בחודש אוגוסט 2020, מסר לי הרס"ר של היחידה שההיתר שלי נלקח ממני, וכאשר שאלתי איך ומדוע הוא השיב שלא פירטו בפניו מדוע, ולא קיבלתי כל מסמך או נימוקים בנושא. למחרת כבר הגשתי ערעור אשר טרם נענה, וכאשר

שאלתי את מפקדיי מדוע אין תשובה לערעור הם השיבו כי לא ידעו מה לעשות עם הערעור שלי.

זמן מה לאחר שהתקבלה הוראת הרמטכ"ל, המפקדים הודיעו לכל החיילים ביחידה שכל מי שיש לו היתר מטעמים אישיים יצטרך להתגלח ונאמר לנו שאין יותר היתרים אישיים בצה"ל בהוראת הרמטכ"ל.¹³

מצהיר נוסף:

"אני משרת כמפקד ב- [REDACTED] במהלך הכנת הסגל למחזור טירונים חדש, מפקד הגדוד, [REDACTED] דרש ממני ומכל יתר המפקדים המחזיקים בהיתר לגידול זקן מטעמים אישיים להתגלח ללא יוצאים מן הכלל. שני מפקדים שהחזיקו בהיתר מטעמים דתיים לא נדרשו להתגלח כלל.

במהלך שיחה שקיימתי עם המג"ד ביום 25.11.20, שאלתי אותו מה ההבדל בין המפקדים בעלי היתר מטעמים אישיים לאלה בעלי היתר מטעמים דתיים, והוא השיב לי שיש פקודה לתת רק לדתיים לגדל זקן.¹⁴"

מצהיר נוסף:

"אני משרת בגדוד [REDACTED] בחודש אוקטובר 2020 ביקשתי להגיש בקשה לגידול זקן מטעמים אישיים. כאשר פניתי למפקדי סגן [REDACTED] וביקשתי כי יקיים איתי ראיון לצורך גיבוש המלצה לבקשה כמתחייב מהפקודה, הוא ענה לי כי המלצתו שלילית עוד בטרם שמע את בקשתי. כששאלתי אותו מדוע ההמלצה שלילית הוא השיב לי כי מפקד הגדוד ממילא לא מאשר את ההיתרים מטעמים אישיים.¹⁵"

מצהיר נוסף:

"אני משרת [REDACTED] לפני מספר חודשים הגשתי בקשה להיתר לגידול זקן אשר הופנתה למפקד הגדוד שלי. שוחחתי מספר פעמים עם המג"ד ונעניתי בשלילה בכל פעם, עד שלאחר מספר חודשים נכנסתי אליו לשיחה אישית במהלכה הוא הודיע לי שהוא מסרב לבקשתי מהסיבה ש"שאנחנו לא צבא של מוסלמים".¹⁶

ומצהיר נוסף:

[REDACTED]

”עם תחילת הכשרת האימון המתקדם, פניתי לסמל המחלקה שלי וביקשתי להגיש בקשה חדשה להיתר גידול זקן, והוא בתגובה צחק ואמר ”ממש 0 אחוז שתקבל פטור זקן אישי, רק לדתיים מאשרים”¹⁷.

42. צמצום עד ביטול היתר הזקן האישיים ביחידת [REDACTED]

”בתחילת חודש יולי 2020 ביקש ממני הקצין הממונה עלי בדרגת רס”ן, לאסוף מכל המעוניינים בענף שלי בקשות לחידוש היתרים לגידול זקן בעקבות תיקון הפקודה...לאחר שאספתי את מלוא הבקשות במשך מספר ימים, ניגשתי למשרדו של מפקדי עם אסופת הבקשות וטבלה מסודרת שהכנתי ומרכזת את כולן. לאחר מספר שניות, לקח הקצין עט וסימן על גבי הטבלה כי הוא לא ממליץ לאשר את מרבית הבקשות, לרבות את הבקשה שלי, וסימן כי הוא ממליץ בחיוב על שתי בקשות בלבד – האחת של חייל שהגיש מטעמי דת, והשנייה בעניינו של קצין.

מפקדי ראה שאני מופתע ומאוכזב ממעשה זה והמלצותיו השליליות על כל הבקשות ללא הפעלת שיקול דעת, והוא אמר לי בתגובה שזה חלק מהמדיניות החדשה של הרמטכ”ל וזה המצב”.

43. צמצום עד ביטול היתרי הזקן האישיים בחיל הים (בהקשר זה ראו להלן העדויות על מכסות מזעריות להיתרים בחיל הים). והוראה גם לבעלי הזקנים להתגלח או להסתתר בעת ביקור הרמטכ”ל על מנת לרצות את הרמטכ”ל:

”נאמר לנו פעמים רבות ע”י מפקדים ביחידה כי אין בחיל הים היתר מטעמים אישיים כלל, כי זו הנחיה של מפקד חיל הים אשר הורה לשלול את כל ההיתרים הקיימים ואלה שמבקשים מאחר שהוא החליט שבחיל הים אין היתרים מטעמים אישיים כלל.

באחת השיחות שקיימתי עם מפקדי, רס”ל [REDACTED] בחודש מאי 2020 הוא אמר לי כי לא משנה כמה פעמים אגיש בקשה אני לעולם לא אקבל היתר, וכי מוטב לנסות ולבקש היתר מטעמי דת גם אם אינני דתי.

לפני מספר חודשים הרמטכ”ל הגיע לביקור בבסיס בו אני משרת, ויום קודם לכן רס”ר המחנה הזהיר את כל בעלי ההיתר לגידול זקן שמוטב להם לגלח את זקנם למועד הביקור ולגדלו שוב לאחר מכן, או לחילופין להסתתר ולא לפגוש ברמטכ”ל בזמן הביקור”¹⁸

[REDACTED]

ומצהיר נוסף:

" בתחילת שירותי הגשתי בקשה לגידול זקן מטעמים אישיים, והבקשה חזרה אלי ישירות מהמפקד עם תשובה שאין סיכוי לקבל **ומפקד היחידה לא מאשר בקשות מטעמים אישיים כלל**.¹⁹"

44. ביטול היתרים אישיים לביטול זקן ב- [REDACTED]:

"אני משרת כלוחם בחטיבת [REDACTED] לאחר שהתגייסתי לצה"ל בחודש אוגוסט 2019. לאחר שביקשתי להגיש בקשה להיתר גידול זקן מטעמים אישיים, נאמר לי ע"י רס"פ הגדוד כי **אין דבר כזה היתר מטעמים אישיים רק דתיים**.

חרף זאת הגשתי בקשה ונעניתי בשלילה ללא כל נימוק. לאחר מכן הגשתי ערעור על ההחלטה ועד היום לא קיבלתי מענה לערעור²⁰.

45. הוראה בחטיבת [REDACTED] לצמצום היתרי הזקן, ויישומה בפועל:

"אני משרת בחטיבת [REDACTED] בסמוך לשינוי הפקודה בחודש ספטמבר 2020 נקראנו כל הקצינים ואנשי הקבע בחטיבה בעלי הזקן לשיחה עם ראש החטיבה, תא"ל [REDACTED] אשר הורה לצמצם את כמות ההיתרים כך שכמחציתם בוטלו להערכתי. כמו כן, אף לא אחת מהבקשות החדשות שהוגשו לאחר שינוי הפקודה אושרו, ורק חצי מבעלי ההיתרים נותרו עם ההיתר בתוקף²¹.

46. מדיניות שלילת היתרים אישיים בגולני:

"בחודש מרץ 2020 התגייסתי לצה"ל והתחלתי את הכשרת הטיروנות בבא"ח גולני. לאחר כיומיים, נלקחנו לרחבת המסדרים ושם הסביר לנו הרס"ר שעל כולנו להתגלח ושרק חיילים דתיים יכולים לקבל היתר לגידול זקן...

מאחר שאיני מנהל אורח חיים דתי אך הזקן שלי מהווה חלק מדמותי, זהותי והווייתי, ביקשתי להגיש בקשה לגידול זקן מטעמים אישיים בהתאם לפקודה. **הרס"ר ביקש ממני לתת לו את ההיתר הזמני שקיבלתי עם גיוסי, ולעיני כולם קרע אותו** ואמר שמאז שהתגייסתי כבר יומיים אין לי רצון אישי, הרצון האישי שלי הוא הרצון שלו והרצון האישי שלו הוא שאני אהיה מגולח.

נודע לי כי **מדיניות הבא"ח היא לא לאשר בקשות לגידול זקן מטעמים אישיים באופן גורף**. בפלוגה שלי אף לא בקשה אחת מטעמים אישיים

[REDACTED]

התקבלה, ולעומת זאת בקשות רבות מטעמי דת התקבלו, גם כשהוגשו ע"י מי שאינו מנהל אורח חיים דתי. בנוסף, למפקד הפלוגה, לרס"ם ולעובדי הרס"ר יש היתר לגידול זקן, וכך גם לכל הקצינים בסדיר למעט המג"ד.²²

47. הנה כי כן, ניכר כי המפקדים ברחבי הצבא אכן מבהירים לפקודיהם ללא כחל ושרק כי הרמטכ"ל "הוריד פקודה" על ביטול ההיתרים מטעמים אישיים; כי אין כל טעם בהגשת בקשות מטעמים אישיים ולא מטעמי דת או טעמים רפואיים כי כולן יידחו אפריורית ללא הפעלת שיקול דעת; כי הרמטכ"ל ביטל את ההיתרים האישיים בכל הצבא; כי המפקד המוסמך באותה יחידה אינו מאשר פטורים אישיים כלל ואף לא בוחן אותם; כי אין כל מקום לגידול זקן בצבא וכו'.

48. מהתצהירים הרבים והמגוונים בעניין זה עולה תמונה ברורה, אותה המשיבים מתעקשים להסתיר ולהכחיש, שלפיה המשיב 2 הורה לכל מפקדי הצבא לבטל את ההיתרים מטעמים אישיים ולאשר אך ורק היתרים מטעמי דת. הדברים עולים במובהק ובאופן זהה מעדויות רבות של חיילים מיחידות שונות ומגוונות, ללא כל קשר או היכרות ביניהם, וכאשר ניכר כי המדיניות פשתה ברחבי הצבא מפיו של המשיב 2 באופן אחיד וברור.

(4) הצהרות מפקדים על קיומן של מכסות להיתרי זקנים

49. כחלק מן המדיניות המוכחשת, ועל מנת להגשים את הוראתו של המשיב 2 לצמצם באופן דרסטי את כמות הזקנים בצה"ל, חלק מן היחידות הגדירו מכסות מצומצמות להיתרי זקן (כאמור, ביחידות אחרות הוצהר שכלל לא ינתנו היתרים לגידול זקן מטעמים אישיים). מכסות אלה אינן מעוגנות בחוק או בפקודה והן ביטוי מובהק ל"רוח המפקד" והוראתו. כפי שקבע גם נציב קבילות חיילים – מדובר במדיניות שאינה חוקית ואשר אינה מאפשרת שיקול דעת פרטני.

50. עדות על מכסות היתרים לגידול זקן בחיל הים :

"אני משרת בחיל הים. במהלך שנת 2020 ביקשתי ממפקדי להגיש בקשה לגידול זקן מטעמים אישיים, והוא השיב לי כי עלי לעבור קודם ראיון איתו שבו אסביר לו את טעמי הבקשה, לאחר מכן לעבור ראיון אצל ראש הענף ובהמשך אצל מפקד היחידה בדרגת אל"ם, ולאחר מכן זה יעבור לאישור הגורם המוסמך בחיל בדרגת אל"ם.

לאחר מכן הוא אמר לי שאני יכול לנסות אבל הסיכויים מאוד נמוכים מראש כי בנוסף לכל השרשרת הנ"ל היחידה הקצתה מכסה של 2% היתרים מטעמים אישיים בלבד שאותם ניתן לאשר מתוך כלל הבקשות"²³.

"במהלך שירותי נאמר לי על ידי קצין מהיחידה כי נודע לו, לאחר שנכח בשיחת מפקדים ושמע את הדברים, כי הוקצו ביחידה מכסות של 2%



היתרים מטעמים אישיים ורפואיים בכל היחידה המונה כ-600 משרתים, ולעומת זאת בקשות מטעמי דת מאושרות ללא כל קושי וללא מכסות".²⁴

51. עוד נפנה לעדות על הגדרת מכסות מצומצמות להיתרי זקן בהגנה אווירית עד לביטולם כליל בתוך 3 עד 4 שנים – ראו נספח ג'5.

(5) העדר הפעלת שיקול דעת פרטני בהחלטות על שלילה מאסיבית של היתרי זקן קיימים

52. מן האמור לעיל ומהנספחים המצורפים לעתירה, עולה כי מרביתן של הבקשות לחידוש נשללו על ידי הגורם שבחן אותם ללא כל נימוקים. הדבר מעיד בבירור כי לא נערכה כל בחינה פרטנית של הבקשות לגופן, ודאי לא בראי הכלל המחייב שינוי נסיבות וטעמים כבדי משקל לשלילתו של היתר קיים. היעדר ההנמקה במקרים כה רבים, בין אם בשלב הבקשה המקורית ובין אם בשלב הערעור, מבסס את קיומה של המדיניות המוכחשת ואת הפקודה שהוריד המשיב 2 למפקדי הצבא לבטל את מרבית ההיתרים, ולהימנע מלאשר היתרים לגידול זקן מטעמים אישיים שאינם טעמי דת. יוער, כי אף בקשות שנענו בהנמקה כללית לאקונית שאין לראות בה הנמקה כלל ועיקר.

53. בהקשר זה נפנה לפנייתנו הרבות לפצ"ר לצורך מיצוי הליכים בהן הוזכרו ענייניהם של העותרים וחיילים נוספים שלא קיבלו כל נימוק להחלטות ששללו את בקשותיהם (פניות אלה מפורטות בפרק השלישי לעתירה ומצורפות כנספחים לה). כך, למשל:

- א. בפניותנו מיום 10.09.20, 14.09.20, 21.09.20, 24.09.20, 6.10.20 ו-20.10.20 מוזכרים בסך הכל שמונה - עשר חיילים מיחידת [REDACTED] אשר בקשתם סורבה בנימוק כוללני ריק מתוכן.
- ב. בפניותנו מיום 1.10.20 מוזכרים שלושה-עשר חיילים [REDACTED] אשר בקשתם סורבה ללא נימוק.
- ג. בפניותנו מיום 7.10.20 מוזכרים שלושה חיילים [REDACTED] אשר בקשתם סורבה ללא נימוק.
- ד. בפניותנו מיום 29.10.20 מוזכרים שישה חיילים מגדוד [REDACTED] אשר בקשתם סורבה ללא נימוק.
- ה. בפניותנו מיום 1.11.20 מוזכרים אחד-עשר חיילים מגדוד [REDACTED] אשר בקשתם סורבה ללא נימוק.
- ו. בפניותנו מיום 5.11.20 מוזכרים שנים-עשר חיילים [REDACTED] אשר בקשתם סורבה ללא נימוק.
- ז. בפניותנו מיום 19.11.20 מוזכר חייל [REDACTED] אשר בקשתו סורבה ללא נימוק.
- ח. בפניותנו מיום 26.11.20 מוזכר חייל [REDACTED] אשר בקשתו סורבה ללא נימוק.

54. נפנה עוד בהקשר זה לדברים אשר הובאו לעיל אודות העדר הנמקה או הנמקה אחידה ולאקונית שאינה מתייחסת לנסיבותיו של המבקש, וכן לעדות הבאה:

"בסיום הקורס שובצתי כמפקד טירונים [REDACTED] ושם הגשתי בקשה לחידוש ההיתר שנענתה בסירוב למרות שהחזקתי בהיתר במשך שנה ו-8 חודשים קודם לכן. הבקשה סורבה ללא נימוקים, וגם בקשה נוספת שהגשתי לאחר שאולצתי להתגלח נענתה בסירוב ללא נימוקים. בשני המקרים הסירוב נמסר לי בעל פה ולא קיבלתי מענה כתוב ומנומק".²⁵

(6) סנקציות על מי שביקשו היתרים לגידול זקן

²⁴ תצהירו של [REDACTED]

55. בחלק מן היחידות הסתבר שהופעל כוח רב והפעלת לחצים שלא כדין על חיילים אשר ביקשו היתר לגדל זקן, מתוך מטרה להניא אותם מכך ולעיתים אף ללגלג עליהם. נוהג כוחני זה מדבר בעד עצמו:

א. לעיתים נמסר להם שעליהם להתגלח אחרת לא ייצאו לביתם, וזאת הגם שהליכי הערעור בעניינם טרם הסתיימו. כך למשל, בעניינו של החייל [REDACTED] מגדוד [REDACTED] אשר נדרש לבחור בין יציאה לביתו בסופ"ש ובין גילוח זקנו, בטרם השלים את הליכי הערעור²⁶; כך היה גם בעניינם של [REDACTED] שלושה חיילים מגדוד " [REDACTED]", אשר מפקדיהם חייבו אותם להישאר ביחידתם למשך חודשיים רצופים בטרם הושלמו ההליכים בעניינם²⁷; כך גם בעניינם של חמישה לוחמים [REDACTED] אשר מפקדיהם אסרו עליהם לצאת לביתם בטרם הסתיימו ההליכים בעניינם [REDACTED]

ב. לחייל ביחידת [REDACTED] נמסר כי בקשתו להיתר לגידול זקן אינה עולה בקנה אחד עם בקשתו לצאת לקורס קצינים:

"במהלך שיחה שקיימתי עם קצינת משאבי אנוש חטיבתית [REDACTED] לקראת בקשתי לצאת לקצונה, היא אמרה לי שהבקשה שלי להיתר גידול זקן "לא מכבדת אותי" וכי מדובר בבקשה שלא מתאימה למי שרוצה לצאת לקצונה אלא לעובדי רס"ר ולא לאנשים במסלול יוקרתי כמון שלי"²⁹.

ג. קיומו של טופס בלתי חוקי שהונהג באופן פיראטי בבית הספר [REDACTED] במסגרתו חיילים נדרשים לחתום על הצהרה, בלתי חוקית בכל קנה מידה, לפיה הם מתחייבים שלא להגיש בעתיד כל בקשה לקבלת היתר לגידול זקן במהלך כל שירותם הצבאי, וזאת כתנאי להשתתפות בקורסים וכדומה, משל היה רצונם לגדל זקן כאות קין אשר לא ניתן לשאתו במשך כל שירותם רחמנא ליצלן.

(7) ראיות סטטיסטיות:

56. מהנספחים המצורפים לעתירה עולה בבירור, כי אחוזים ניכרים וכמויות מאסיביות של היתרים שניתנו כדין בטרם החלתה של המדיניות המוכחשת, ובטרם תוקנה הפקודה באופן שאפשר את בחינתם המחודשת של היתרים קיימים, בוטלו במסגרת הבחינה המחודשת באופן שבו אחוזים ניכרים מכלל ההיתרים בוטלו ולא אושרו, דבר המעיד בבירור על מדיניותו של המשיב 2.

57. על מנת לסבר את האוזן נביא כמה עדויות "מהשטח" אודות הנעשה בפועל:

"בגדוד בו אני משרת, [REDACTED] כ-600 חיילים ואיני מכיר אף לא אחד שיש לו היתר מטעמים אישיים. עד לפקודה שהתקבלה מהרמטכ"ל לפני מספר חודשים היו חיילים שהחזיקו בהיתרים לגידול זקן הן מטעמים אישיים והן מטעמי דת, בהיקפים ניכרים ולהערכתי כ-

²⁶ נספח כד 41 – כד 42.

²⁷ נספח כד 31-33.

50% מכל חיילי הגדוד. כיום, לאחר פקודת הרמטכ"ל, כמעט ולא קיימים היתרים לגידול זקן מטעמים אישיים, ורק לדרגות בכירות של קצינים ונגדים יש היתרים לגידול זקן³⁰.

"אני משרת בחיל השיריון. במהלך הטירונות, שירתנו כ-188 טירונים בפלוגה וכ-400 חיילים בגדוד כולו.

ידוע לי כי מתוך חיילים רבים שהגישו בקשות להיתר מטעמים אישיים רק אחד קיבל מענה חיובי לבקשה. לעומת זאת, כלל החיילים הדתיים בגדוד ביקשו וקיבלו היתר מטעמי דת³¹.

מסר לי שזכותי להגיש [REDACTED] בקשות להיתר אך כי יש סיכוי של 99% לדבריו שאענה בשלילה וחבל על המאמץ. לעומת זאת חיילים דתיים שקיבלו המלצה מרב היחידה מקבלים היתרים ללא כל קושי³².

"אני משרת [REDACTED] בסמוך לשינוי הפקודה בחודש ספטמבר 2020 נקראנו כל הקצינים ואנשי הקבע בחטיבה בעלי הזקן לשיחה עם ראש החטיבה, תא"ל יוסי מצליח, אשר הורה לצמצם את כמות ההיתרים כך שכמחציתם בוטלו להערכתי. כמו כן, אף לא אחת מהבקשות החדשות שהוגשו לאחר שינוי הפקודה אושרו, ורק חצי מבעלי ההיתרים נותרו עם ההיתר בתוקף³³.

"אני משרת [REDACTED] בחודש אוקטובר 2020 ביקשתי להגיש בקשה לגידול זקן מטעמים אישיים. כאשר פניתי למפקדי סגן [REDACTED] וביקשתי כי יקיים איתי ראיון לצורך גיבוש המלצה לבקשה כמתחייב מהפקודה, הוא ענה לי כי המלצתו שלילית עוד בטרם שמע את בקשתי... בנוסף אמר לי כי אחת הסיבות שלא ימליץ עליי, היא מכיוון שכבר המליץ על חייל אחר במחלקה ואם ימליץ עליי יפחתו סיכויי של החייל השני לקבל היתר זקן³⁴.

"נודע לי כי [REDACTED] לא לאשר בקשות לגידול זקן מטעמים אישיים באופן גורף. בפלוגה שלי אף לא בקשה אחת מטעמים אישיים התקבלה, ולעומת זאת בקשות רבות מטעמי דת התקבלו, גם כשהוגשו ע"י מי שאינו מנהל אורח חיים דתי.

[REDACTED]

בנוסף, למפקד הפלוגה, לרס"ם ולעובדי הרס"ר יש היתר לגידול זקן, וכך גם לכל הקצינים בסדיר למעט המג"ד.³⁵

"בהכשרת הטירונות ב- [REDACTED] הגשתי בקשה להיתר קבוע לגידול זקן המהווה חלק מדמותי וזהותי. לאחר כחודש וחצי התקבלו התשובות לכל הבקשות שהוגשו, כאשר אני וכל מי שהגיש בקשה מטעמים אישיים נענה בשלילה, ולעומת זאת כל מי שהגיש בקשה מטעמי דת ומנהל אורח חיים דתי נענה בחיוב".³⁶

"אני משרת [REDACTED] בחודש אוגוסט 2020 הורה מפקד היחידה לכלל בעלי ההיתרים לגידול זקן להגיש בקשה לחידוש ההיתר, ולאחר הליך של דיון בבקשה והגשת הערעור נדחו כמעט כל הבקשות. לפי מסמכים וטבלאות שהוצגו לי אני מצהיר מידיעה אישית כי מתוך 53 חיילים בעלי היתר מטעמים אישיים כלל הבקשות נשללו ולא חודשו".³⁷

58. עוד מופנה ביהמ"ש הנכבד לתצהיריהם של [REDACTED] [REDACTED]

(8) ראיות על הנמקה אחידה וכללית המעידה מניה וביה על היעדר שיקול דעת פרטני

59. עוד עולה מהנספחים המצורפים, כי גם הבקשות שנשללו לכאורה על בסיס "נימוקים", כללו נימוקים אחידים, סתומים וריקים מתוכן, אשר אינם מבארים את השיקולים שהובילו לשלילתו של היתר שכבר ניתן, ומעידים אף הם על המדיניות המוכחשת:

א. נספח כד 34 ממנו עולה כי בעניינם של עשרה חיילים מיחידת [REDACTED] [REDACTED] אשר החזיקו בהיתר והגישו בקשה לחידושו, נדחו באופן גורף ללא כל נימוק. בהמשך, עשרת הערעורים של כולם נדחו תוך שבכולם חזרו אותם "נימוקים" ריקים מתוכן בנוסח כמעט זהה: "לא מצאתי סיבה מוצדקת לשנות את ההחלטה/לאשר בקשתך, יש לגשת לגורמי הרפואה ביחידה"; "לא מצאתי סיבה מוצדקת לאשר בקשתך בהתאם המלצת מפקד"; "לאחר בחינת הבקשה בשנית, לא מצאתי סיבה לשנות את החלטת המפקד". נוסח זה אינו מבהיר מהם הנימוקים לשלילת היתר שכבר ניתן, ומדוע אין מקום לשנות את ההחלטה הראשונה כשבמצמה ניתנה ללא כל נימוק:

ב. נספח כד 36, ממנו עולה כי שלושה-עשר חיילי גדוד [REDACTED] אשר החזיקו בהיתר כדין עובר לתיקון הפקודה, כאשר מפקד הפלוגה שדן בבקשותיהם לחידושו המליץ בשלילה על כלל הבקשות בנימוק זהה ואחיד שנוסחו

35 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

"ע"פ פקודות הצבא". ברי, כי המלצה שלילית גורפת בעניינם של חיילים רבים אשר החזיקו בהיתר כדין עד כה, מבלי שחל כל שינוי נסיבות ותוך הסתמכות על "פקודות הצבא" באופן לאקוני, אינה יכולה להיחשב כהליך מנהלי תקין שבו הופעל שיקול דעת פרטני ומנומק. הדבר מעיד כי מפקד הפלוגה סבר, כפי שלטעמנו סוברים כלל מפקדי הצבא, כי הפקודה החדשה והוראת הרמטכ"ל החדשה אינה מאפשרת גידול זקן מכל טעם שהוא, וזאת למעט מקרי קיצון של דתיים אדוקים מאוד (כאשר מובן כי אין כל קשר בין מידת האדיקות הדתית לבין מימוש הזכות לעצב את זהותו של אדם בדרך של גידול שיער הפנים, ואין מקום להפליה בין בעלי זהות מזוקנת דתית לבעלי זהות מזוקנת "דתית פחות" – על כך בהמשך הטיעון).

(9) ראיות ומסמכים פנימיים המעידים על הכוונה המוכחשת לצמצם באופן מאסיבי את כמויות ההיתרים הקיימים:

60. עוד צורפו לעתירה, מספר מסמכים פנימיים המעידים על הכוונה המפורשת של המשיב 2 להוביל לצמצום מאסיבי של כמויות ההיתרים הקיימים, ובעקבות זאת על נהלים ויוזמות שונות בקרב מפקדי הצבא שגם בהן ניכרת אותה מטרת צמצום עד כדי חיסול התופעה. להלן יפורטו בקצרה מסמכים אלה:
- א. **סיכום דיון** [REDACTED] בו נכתב מפורשות כי "מדיניות הצבא וחיל האוויר היא לא לאשר פטורי זקן".
- ב. **מסמך הודעת דוא"ל** [REDACTED] בו נכתב מפורשות כי מדיניותו של מפקד החיל היא "לצמצם את כמות הזקנים" וכי כל ההיתרים שהיו קיימים בטלים.
- ג. **מסמך ממערך ההגנה האווירית בחיל האוויר** ממנו עולה כי מפקד המערך "אינו מרוצה מכמויות הזקנים במערך" וכן כי "נדרש לנצל את העברת הסמכות למפקדים (קרי, את תיקון הפקודה האחרון – [REDACTED] ולרדד משמעותית את כמות הזקנים במערך".
- ד. **מסמך מטייסת תחזוקה** [REDACTED] בו מציין מפורשות מפקד הטייסת את השיקולים שהנחו אותו בעת הדיון בבקשות להיתרים, ובו הוא מבהיר כי חיילים שהוא מכיר בתור דתיים יזכו לקבל את ההיתר ללא כל קושי, אך בכל מקרה אחר של בקשות מטעמים אישיים אין בכוונתו לאשר.

סוף דבר עד כאן

61. הנה כי כן, הצבר הדברים שפורטו לעיל איננו יכול עוד להותיר מקום לספק: רוחות חדשות נושבות בצה"ל בהתאם להנחיות המשיב 2. רוחות מפלות, דרקוניות, ובעיקר מדאיגות לנוכח הפער בין ההצהרות הפורמליות על העדר מדיניות חדשה לבין המציאות בשטח.
62. כאן המקום לציין ולהדגיש, כי העותרים בעתירה זו אינם ניצבים לבדם בחלל ריק. מדובר במדגם קטן אך מייצג של אלפי, אם לא רבבות חיילים ומשרתים אשר זכויותיהם נפגעו במהלך החודשים האחרונים נוכח הנחיות והוראות המשיב 2 והמדיניות החדשה שהנהיג ללא סמכות, ללא תשתית עובדתית ראויה וללא הצדקה עניינית. לא בכדי הובילה מדיניות זו לתסיסה וטרוריה רבה בקרב המשרתים בצה"ל, אשר זכויותיהם נרמסות בעקבות מדיניות זו, ואשר עדים לפער המתסכל בין ההצהרות הרשמיות של המשיבית לעומת המצב המתרחש בפועל.
63. כתוצאה מכך, אף יצא לדרך פרוייקט מימון המונים שאיפשר את הטיפול בעניינם של חיילים רבים שקילו סיוע משפטי, וכן את הגשת עתירה זו. אלה, ביחד עם העותרים ועם עוד עשרות חיילים אשר פניות בעניינם הוגשו

והם עדיין ממצינים למיצוי ההליכים בעניינם, נושאים עיניהם לביהמ"ש הנכבד שיעניק להם סעד כנגד הפגיעה הקשה והנמשכת בזכויותיהם וכגד אפלייתם.

פרק שני: ההיסטוריה הנורמטיבית בנוגע להיתרי זקן בצה"ל

64. לנוכח העובדה שהמדיניות הצה"לית בנוגע לגידול זקנים נדונה כבר בעבר בערכאה זו, וניתנו לגביה הצהרות שונות של רשויות הצבא – יהא זה ראוי לסקור בקצרה את ההיסטוריה הנורמטיבית בנוגע לגידול זקנים בצה"ל. הדבר גם יבהיר מדוע מושקע מאמץ כה רב בנסיון להסתיר ולהכחיש את הוראת הרמטכ"ל לביטול היתרי זקן מטעמים אישיים. ההיסטוריה החקיקתית והפסיקתית לא יכולה להותיר ספק שמדובר במדיניות בלתי חוקית.

א. ה"היסטוריה החקיקתית" של הפקודה בדבר היתרים לגידול זקן

65. למיטב ידיעתם של העותרים ובהתאם למסמכים והנספחים שצורפו לעתירה זו, הפקודה הרלוונטית תוקנה מספר פעמים מאז הלכת נוף ובעקבות עתירות שונות שהוגשו בנושא (לרבות העתירה הראשונה), וזאת בשנים 1998, בסמוך לשנת 2001, בפברואר 2007, במרץ 2009, ביולי 2012 ולבסוף בשנת 2015, וזאת כמפורט להלן.

66. **עד לשנת 1998** הפקודה שהייתה בתוקף קבעה כי מפקדו של חייל רשאי להורות לו לגלח את זקנו, אם נוכח כי המשמעת הצבאית מחייבת זאת, **וזאת פרט לחיילים המגדלים את זקניהם מטעמי דת**. בעקבות החלטת ערכאה נכבדה זו בעניין נוף, רשויות הצבא הגיעו למסקנה לפיה הבחנה בין חיילים לעניין גידול זקן מטעמי דת בלבד איננה ראויה, והפקודה תוקנה כך שנקודת המוצא הייתה כי גידול זקן מטעמים של דמות **דתית או חילונית** הינו מותר בכפוף לכללים ומגבלות המוסדרים בפקודות.

67. הדברים המתוארים לעיל נלמדים **מתשובת המדינה בבג"ץ 546/01, אביחי סבן נגד שר הבטחון והרמטכ"ל, ניתן ביום 26.07.01** (להלן: "**עניין סבן**"). עתירה זו דנה בשאלת חוקיות האיסור על גידול שיער ארוך לחייל בצה"ל, ובתשובת המדינה נמסרה התייחסות מפורטת גם להבחנת איסור זה מההיתר לגדל זקן שנהג אותה עת. בתשובת המדינה דאז, שנחתמה ביום **13.05.01**, צוין כי במקביל למועד כתיבתה נערכת עבודת מטה נוספת שמטרתה שינוי הפקודה, ושמטרתה "להבטיח הקפדת יתר על גילוח הזקן לבל יראה הדבר בבחינת פריצת כללי המשמעת המחייבים את החייל להיות מגולח, למען לא יראה מרושל בהופעתו החיצונית". אם כן לא ידוע לעותר מתי בדיוק והאם אכן תוקנה הפקודה בסמוך למועד מתן התשובה בשנת 2001.

ראה סעיפים 76-82 לתשובת המדינה בעניין סבן – העתירה והתשובה בעניין סבן רצ"ב לעתירה – נספחים ה'-ו'.

68. בחודש **פברואר 2007** נכנסה לתוקף הוראה חדשה, אשר לפיה אישור גידול זקן ינתן לחייל המצוי לאחר הכשרתו ראשונית הכוללת טירונות וקורס, והמבקש לגדלו **מכל סיבה שהיא** ובלבד שמפקדו בדרגת **רס"ן** לפחות אישר זאת בכתב.

69. **בשנת 2009** תוקנה הפקודה שוב, וההוראה שונתה כך שנקבע כי האישור ינתן לכל חייל המבקש זאת מטעמי קיום אורח חיים דתי, **רצונו החופשי** או מטעמים אחרים, ובלבד שמפקדו בדרגת סא"ל לפחות אישר זאת.

70. באיגרת רע"ן משטר ומשמעת שהופצה בחודש מרץ 2009 לאחר תיקון זה, צוין כי:
"מאז חודש פברואר 2007 (מועד התיקון הקודם – ל.ש.ו.א.ג.) חל גידול ניכר במספר החיילים שביקשו לגדל זקן מהטעמים השונים, וכנגד חיילים רבים הוגשו דוחות משטרה צבאית על גידול זקן שלא ע"פ הוראות הצבא". עוד צוין כי "תופעת גידול הזקנים שלא בהתאם להוראות פגעה במשמעת ההופעה והלבוש ובתדמית חיילי צה"ל בעיני אזרחי המדינה".

ראה סעיפים ג'-ד' לאיגרת רע"ן משטר ומשמעת מחודש מרץ 2009 רצ"ב לעתירה – נספח ז'.

71. **בשנת 2012** תוקנה הפקודה פעם נוספת, כאשר נקבע כי כל חייל רשאי לגדל זקן אם מפקדו בדרגת סא"ל אישר זאת על גבי טופס ייעודי והמפקד "מצא טעם שמצדיק זאת כגון רצונו של החייל, קיומו של זקן לפני הגיוס, עברו המשמעת של החייל בקשר לגידול זקן וכדומה" או לחילופין "אם רב היחידה אישר בכתב כי החייל מקיים אורח חיים דתי" (סעיף 53(א)(2) לפקודה הקודמת).

הפקודה בעניין הזקנים משנת 2012 רצ"ב לעתירה – נספח ח'.

72. **בשנת 2015** תוקנה הפקודה בשתי הזדמנויות נוספות, כאשר התיקונים ואופן יישומם בשטח הובאו לפתחה של ערכאה נכבדה זו: **התיקון הראשון** פורסם ביום 30.06.15 תוך שהוגדרה בו תקופת מעבר לצורך הסתגלות והגשת בקשות להיתרים החריגים עד ליום 31.08.15.

73. הוראות התיקון הראשון קבעו כי היתר לחייל המבקש לגדל זקן ושפם **מטעמים אישיים** יינתן על ידי קצין שלישות פיקודי (קשל"פ), ראש מחלקת משאבי אנוש (רמ"ח משא"ן) או קצינים נוספים שהוסמכו לכך (להלן: "הגורם המוסמך"), וזאת אם הגורם המוסמך השתכנע כי גידול הזקן או השפם מהווה חלק מדמותו ומהווייתו של החייל, או אם קיימת סיבה חריגה אחרת. במקביל, נקבע כי היתר לחייל המבקש לגדל זקן ושפם **מטעמים שבדת** יינתן על ידי ראש ענף (רע"ן) הלכה ברבנות הצבאית, אם האחרון מצא כי גידול הזקן והשפם נובע מאורח חייו הדתי של החייל.

74. הפקודה הקודמת קבעה, כי בטרם העברת כל אחת הבקשות הנ"ל, מפקדו של החייל המבקש, בדרגת רס"ן לפחות, יערוך לו ראיון אישי ולאחר מכן יעביר את הבקשה בצירוף המלצתו בכתב לגורם המוסמך, שידון בה וייתן החלטתו (ללא נימוקים). עוד נקבע, כי אם נדחתה בקשת החייל הוא רשאי להגיש ערעור על ההחלטה בתוך 5 ימים, והערעור יידון על ידי מפקדו של הגורם המוסמך. בבקשות מטעמי דת, נקבע כי גם רב היחידה יצרף לבקשה את המלצתו בכתב בעניין.

75. כאמור, הפקודה הקודמת פורסמה והופצה למפקדים בצה"ל בערב ה-30.06.15, ובצמוד לה הופץ גם מכתבו של ראש אכ"א, בראשיתו צוין כי "המדיניות הברורה בהוראה זו הינה לאסור גידול זקן על חיילי צה"ל באשר הם למעט חריגים". למחרת, ביום 01.07.15, הופצה לכלל המפקדים בצה"ל איגרת מטעם רע"ן המשטר והמשמעת, ובה הבהרות, הנחיות והפרוצדורה אשר מתחייבות מהפקודה החדשה ותקופת המעבר שהוגדרה בה. בראשית האיגרת צוין, כי "מדיניות צה"ל תוכוון כך שלא תאפשר גידול זקן (למעט חריגים) כחלק מהטיפול במשמעת ובנורמות. הכוונה היא לצמצם מאוד את כמות האישורים ע"י מדיניות אחידה ומצומצמת של הסמכות המאשרת".

הפקודה הקודמת ואיגרת רע"ן משטר ומשמעת שצורפה לתיקון הפקודה הראשון משנת 2015, רצ"ב – נספחים ט'-י'.

ב. העתירה הראשונה מ-2015 ותשובת המדינה לה

76. לאחר מספר הליכים מקדמיים מול המשיבים, הוגשה ביום 27.08.15 העתירה הראשונה כנגד תיקון הפקודה. בהחלטה מאותו היום, בית המשפט הנכבד (מפי כבוד השופט מלצר) נעתר לבקשת העותר דאז, והורה על מתן צו הביניים שעיקבו את כניסת הפקודה הקודמת לתוקף, וזאת "בשים לב להשלכות התיקון על החיילים עליהם הוא אמור לחול, שיכולות להיות, בנסיבות, בלתי הדידות".

העתירה הראשונה והחלטת בית המשפט מיום 27.08.15 רצ"ב – נספחים י"א-י"ב.

77. ביום 15.10.15 הגישו המשיבים את תשובתם לעתירה. בתשובה זו אמנם ביקשו המשיבים לדחות את העתירה, אך עם זאת לא כיחדו כי יישומו של התיקון הראשון היה מלווה בקשיים רבים בהם מפקדים בצה"ל פעלו בניגוד לפקודה, בין היתר מתוך אי הבנה של העקרונות העומדים בבסיס התיקון וביסוד החריגים לחובת הגילוח. עוד הצהירו המשיבים במסגרת התגובה על תיקון נוסף של הפקודה ועל התאמתה מחדש, בין היתר על רקע הטיעונים שהובאו בעתירה ועל רקע צו הביניים שניתן ע"י ביהמ"ש הנכבד.

78. בתגובה הוצהר כי המשיבים "אינם מתעלמים ממשמעותו של שיער הפנים לגבר, ומכך שגידול הזקן עשוי להיות חלק מדמותו של אדם, דתי או חילוני" (פסקה 52). כן הוצהר כי המשיב 2 אינו מקל ראש בפגמים שנפלו בתיקון הפקודה, ועל כן הורה על שורה של צעדים שמטרתם לשפר את אופן יישום ההוראות החדשות. בין צעדים אלה, בראש ובראשונה, הוחלט על תיקון חדש של הפקודה, ועל מגוון תהליכים ומנגנוני בקרה שנועדו לטפל בבעיות שהועלו בעתירה, ובכללן: הפצת אגרות למפקדים השונים, מתן שאלות מנחות למפקדים צורך בחינת הבקשות, קיומו של כנס תדריך לגורמים המוסמכים לדון בבקשות והקמת מנגנון העלאת שאלות לרע"ן משטר ומשמעת".

תשובת המשיבים לעתירה הראשונה משנת 2015 רצ"ב – נספח י"ג (להלן: "תשובת המדינה לעתירה הראשונה").

79. הנה כי כן, ועל פי האמור בתשובה, כלל המנגנונים שהוצעו הותוו על מנת להבטיח כי ההסדר המתוקן המוצע לא יפגע בזכויותיו של מי שהזקן הוא חלק מדמותו והווייתו, אלא רק במי שמגדל זקן מטעמים חולפים (שם, פסקה 81).

80. ביום 30.11.15 התקיים דיון בעתירה הראשונה, ובו הובהר כי משעה שהמשיבים תיקנו את הפקודה פעם נוספת הרי שהפקודה אשר כנגדה הוגשה העתירה מלכתחילה כבר אינה רלוונטית, על כן לא ניתן לדון בעתירה מבלי לאפשר למשיבים פרק זמן ליישום הפקודה החדשה. בהתאם, קיבל העותר שם את המלצת בית המשפט הנכבד למחוק את העתירה, תוך שצוין כי ביהמ"ש רשם לפניו את הצהרת המשיבים ביחס ליישום ההסדר החדש. כמו כן, ביהמ"ש הנכבד חזר והדגיש כי דלתותיו פתוחות בפני העותר או עותרים אחרים ביחס לסוגיה זו ככל שיתעורר הצורך בכך לאחר יישום הפקודה החדשה.

פרוטוקול הדיון בבית המשפט הנכבד וההחלטה מיום 30.11.15 רצ"ב – נספח י"ד.

ג. פרסום הפקודה המתוקנת לאחר מחיקת העתירה הראשונה

81. בהמשך לדיון הנ"ל ולמחיקת העתירה הראשונה, בסמוך למשיכת העתירה הראשונה, ביום 24.12.15, פורסם התיקון החדש לפקודה על ידי המשיבים, ועימו פורסמה איגרת נוספת מטעם רע"ן המשטר והמשמעת בצה"ל. לדאבון הלב, האגרת לא עלתה בקנה אחד עם הצהרות המדינה בעתירה הראשונה: לא היה זכר להצהרות ולמנגנונים אשר הוזכרו בתשובת המדינה לעתירה הראשונה; לא הוזכרו הקשיים בהם הודתה המדינה בעתירה הראשונה ולא ניתן מענה המבטא את להכרת המשיבים בקשיים אלה; ולא היה זכר למנגנוני הבקשה ומבחני העזר שהוצעו בתשובת לעתירה הראשונה. כמו לא די בכך, באגרת צוין ללא כחל ושרק כי "מדיניות צה"ל תוכוון כך שלא תאפשר גידול זקן (למעט חריגים) כחלק מהטיפול במשמעת ובנורמות. הכוונה היא לצמצם מאוד את כמות האישורים ע"י מדיניות אחידה ומצומצמת של הסמכות המאשרת".

איגרת מטעם רע"ן משטר ומשמעת מיום 24.12.15 רצ"ב – נספח ט"ו.

82. בהקשר זה נזכיר, כי, בדומה לענייננו, בתשובת המדינה לעתירה הראשונה הוצהר כי מטרת הפקודה לא הייתה לצמצם את כמויות ההיתרים, אלא "על מנת לקבוע (וליישם) מדיניות אחידה וברורה ביחס למתן היתר חריג לגידול זקן" (פסקה 14), "לאחר שנמצא על ידי הדרג הצבאי הבכיר ביותר כי ההסדר שהיה קיים היה רחב יתר על המידה" (פסקה 13) ועל מנת "ליצור הסדר שוויוני ואחיד שיחול על יחידות שונות ועל חיילים המבקשים לגדל זקן מכל סיבה שהיא" (פסקה 15 לתשובת המדינה).

83. הנה כי כן, על פי המטרות שהוצהרו ע"י המשיבים בתשובתם לעתירה הראשונה לפני כחמש שנים, מטרת התיקונים דאז הייתה ליצור הסדר שוויוני ואחיד, אשר מאפשר לכל מי שהזקן מהווה חלק מדמותו, זהותו והווייתו, לשמור על הזכות לגדלו, וזאת להבדיל ממי שמגדל את הזקן מטעמים חולפים.

84. בהתאם לכך, לכאורה לא היתה מניעה כי גם אחוזים ניכרים מכלל הבקשות שהוגשו יענה בחיוב, ובלבד שהדבר יעשה באופן שוויוני ותיקן, בהתאם לאמות המידה שהותוו, וודאי שלא ניתן היה לקבוע אפריורית כי יש לפעול לצמצום הכמויות, אלא שיש לבחון כל בקשה בפני עצמה בלב פתוח ובנפש חפצה. קביעה שכזו, למעשה כובלת את שיקול דעתם של המפקדים הממליצים והמוסמכים לדון בבקשות, שהרי היא מחייבת אותם לצמצם את כמויות ההיתרים מראש, מבלי להידרש לכל בקשה באופן ענייני ופרטני ולשקול אותה בהגינות. ברי, כי קיים הבדל אקוטי בין טענה כי מדובר בהסדר חדש שמטרתו להסדיר את הנושא ולהביא לאחידות ביחס למתן ההיתרים, מה שעשוי להוביל לצמצום כמויות ההיתרים, לעומת הטענה כי המטרה העיקרית היא לצמצם את כמויות ההיתרים, מה שיוביל בוודאות לצמצום הכמויות כמעין "הישג נדרש".

85. סוף דבר עד כאן: גם במסגרת העתירה הראשונה ניסו המשיבים להכחיש קיומה של מדיניות צמצום היתרי הזקנים בצה"ל, אולם מיד לאחר משיכתה התעלמו מהצהרותיהם והתחייבויותיהם לבית משפט נכבד זה, והצהירו בגלוי על המשך מדיניות של צמצום וחסול הזקנים בצה"ל. מכך נולדה העתירה השנייה.

ד. העתירה השניה מ-2016 ותשובת המדינה לה

86. כצפוי, לאחר תיקון הפקודה בעקבות העתיר הראשונה, ו"רוח המפקד" אשר נשבה בצה"ל הפנימו המפקדים את המצופה מהם ופעלו בהתאם להבנה שאין כוונה לאשר היתרים לחיילים חילונים כלל. ובכך פגעו בזכויותיהם של חיילים רבים שלא כדין, באופן מפלה, בלתי שוויוני ושאינו נותן אפשרות כנה וריאלית לחייל החילוני לקבל היתר מקום בו הזקן אכן מהווה חלק מדמותו והווייתו. בכך גם הפר צה"ל את הצהרות המדינה והתחייבויותיה במסגרת העתירה הראשונה.

87. על רקע זה הוגשה ביום 25.2.16 העתירה השניה. תשובת המדינה הוגשה ביום 7.4.16. מתשובת המדינה עולה כי המדינה עודנה מחוייבת לאותם כללים עליהם הצהירה בעתירה הראשונה, כי תהליך הטמעת כללים אלה לווה על ידי מפקדים בכירים וכי העתירה מוקדמת מדי בהעדר מיצוי הליכים של העותרים שם. ראוי, כך טענה המדינה, ליתן למדינה זמן לישם את הכללים (עליהם לא היה מחלוקת) ולהטמיעם. זאת, מתוך הבנה שייתכן ותהיינה הפרות נקודתיות ולא מייצגות של הכללים והערכים המכירים בזקן כחלק מזכותם של חיילים לכבוד אדם מקום שהזקן הוא חלק מזהותם.

88. דיון בעתירה התקיים ביום 13.4.16. במהלכו המליץ המותב לעותרים שם למשוך את עתירתם, וזאת נוכח העובדה שמדובר היה בראשיתו של תהליך יישום הפקודה החדשה, ויש לאפשר למשיבים זמן ליישם ולהטמיע את ההוראות החדשות ואת תהליכי הבקשה. בהתאם לכך, משכו העותרים את העתירה תוך שהודגש כי דלתות בית המשפט יוותרו פתוחות לבחינת הסוגיה בעתיד ככל שיתגלו קשיים ביישום הפקודה.

פרוטוקול הדיון בעתירה השניה מיום 13.4.16 רצ"ב – נספח ט"ז.

89. למעשה, העתירה הנוכחית, כמו העתירות הקודמות, מכוונת כולה כנגד מטרה זו, המטרה לצמצם עד כדי העלמת הזקנים בצה"ל. אין מדובר במטרה לגיטימית: אין היא עומדת במבחני המידתיות, ויישומה, הלכה למעשה, מפלה את ציבור החיילים החילונים אל מול חיילים דתיים אדוקים ואוכלוסיות נוספות. עוד ייטען, כי כלל לא בוסס הקשר בין הגשמתה ובין התכלית של חיזוק המשמעת או האחידות הצבאית.

90. כפי שיפורט להלן, גם במסגרת עתירה זו מנסים המשיבים לטעון כי תיקון הפקודה הנוכחי לא נועד לצמצום ההיתרים, וכי אין בנמצא כל מדיניות שזו מטרתה. ברם, הראיות הרבות העולות מהשטח ואשר מצורפות לעתירה זו מעידות כי לא כך הדבר, וכי בדיוק כפי שקרה לפני מספר שנים, מטרתם של המשיבים היא להביא לצמצום כמויות ההיתרים בכל מחיר.

פרק שלישי: רקע עובדתי – תיקון הפקודה הנוכחי

א. ההליכים שקדמו לתיקון הפקודה הנוכחי ומיצוי ההליכים מול המשיבים בטרם הגשת העתירה

91. מאז מחיקת העתירה השניה בשנת 2016 הוסיפו המשיבים לפעול להסדרת והטמעת ההליכים המתוקנים ברחבי הצבא, ונדמה כי האמור בתשובותיהם לעתירות אכן יושם במרבית המקרים כאשר מי שביקש לגדל זקן תוך שהצהיר כי הזקן מהווה חלק מדמותו ומהווייתו, בין אם זו זהות דתית ובין אם חילונית, קיבל במרבית המקרים את ההיתר. ניכר כי במהלך שנים אלה המשמעת, אחידותו וחוסנו של צה"ל לא נפגעו כהוא זה מהאפשרות לגדל זקן ע"י מי שמבקש לעשות כן ומצהיר כי הזקן מהווה חלק מדמותו והווייתו.

92. דא עקא, שבמהלך השנה הנוכחית החלה להתפשט ברחבי הצבא תופעה של **ביטול או בחינה מחודשת של היתרים קיימים בעניינם של חיילים בעלי זקן**. זאת, בהתאם להבנה מקיר מקיר שזהו רצונו של המשיב 2, המפקד העליון וראש המטה הכללי, וכאשר כלל מפקדי הצבא קיבלו הוראה לבטל ולצמצם לחלוטין את כמויות ההיתרים של פקודיהם, משום שזו הנחייתו וזו "רוח המפקד" של המפקד העליון הנוכחי של הצבא (אשר החל את תפקידו בשנת 2019). הנחיה זו אשר הגיעה ישירות מהמשיב 2, ככל הנראה בראשיתה של שנת 2020, החלה לחלחל אט אט במורד הדרגים הפיקודיים ברחבי הצבא כהוראה לביצוע. מעבר לעובדה שמדובר בהנחיה שניתנה בחוסר סמכות מצד המשיב 2, הרי שגם לגופה מדובר בהנחיה שהתוותה מדיניות בלתי חוקית, בלתי מידתית, בלתי שוויונית ומפלה בכל רחבי הצבא.

93. הדבר הוביל ליישום המדיניות ברחבי צה"ל, כך שאט אט השתרשה התובנה לפיה הרמטכ"ל בכבודו ובעצמו הנחה לבטל ולצמצם לחלוטין את ההיתרים האישיים הקיימים בצבא (קרי, כאלה שאינם מטעמי דת). נפנה בהקשר זה לנספחים והראיות שהוגשו בצמוד לעתירה, כמו גם לשורת פרסומים בתקשורת מחודש יוני 2020⁴⁴.

94. יצוין, כי תגובת דובר צה"ל לפרסומים הנ"ל בחרה בנוסח העמום הבא: **"לא חל שינוי בפקודה. לצד זאת, הרמטכ"ל הנחה את מפקדי צה"ל בעת האחרונה להקפיד לאכוף את הפקודה כלשונה ההנחיה המצויינת בכתבה מוכרת וחודדה בהתאם לפקודות. נדגיש כי אין להחמיר או להקל בפקודות הקיימות"**. ברי, כי נוסח זה מעלה כי אכן הייתה הנחיה של המשיב 2 בנושא הזקנים. ברי כי הנוסח העמום והמתחמק המתאר את הנחיית המשיב 2 כהנחיה "לאכוף את הפקודה כלשונה" – אינו מתאר דברים כהווייתם.

95. **מה המסד העובדתי שגרם למשיב 2 לסבור שהפקודה אינה נאכפת כלשונה? מה יגרום למשיב 2 להגיע למסקנה שהפקודה נאכפת כלשונה? מהם המדדים שהמפקדים נדרשים לעמוד בהם? כל אלה נותרו לוטים בערפל**. מכל מקום, הראיות בשטח מלמדות כי לכל אורכו ורוחבו של הצבא הובן שהמשיב 2 סבור כי ישנם "יותר מדי זקנים בצה"ל", ועל רקע זה הנחה לבחון מחדש את ההיתרים ולבטל את מרביתם ככל האפשר.

96. בהמשך לפרסומים אלה, ולאחר שפקודת הרמטכ"ל התפשטה ברחבי הצבא, קיבלו הח"מ פניות רבות ומגוונות מצד חיילים ואנשי קבע אשר הלינו על הליכים ויוזמות רחבות היקף ברחבי הצבא, שמטרתן שלילה מאסיבית של ההיתרים הקיימים בניגוד לדין, הכל בשל אותה הוראה בלתי חוקית וחסרת סמכות שהגיעה מפי המשיב 2.

97. כבר במהלך החודשים מאי-יוני 20 החלו ביחידות שונות בצבא לאסוף את כל ההיתרים ומסרו לבעליהם כי הם ייבחנו מחדש, מתוך מטרה ברורה לשלול אותם ולצמצם את כמויות ההיתרים, כהוראת המשיב 2. בהמשך, מפקדים רבים ברחבי הצבא פקדו על פקודיהם שלל פקודות והוראות בלתי חוקיות, שכולן ניתנו על סמך אותה הוראה שירדה וחלחלה מלמעלה מפי המשיב 2: בעלי היתרים כדין חויבו לגלח את זקנם; נאמר לחיילים רבים שאין כל טעם בהגשת בקשות מאחר שהמשיב 2 ביטל את ההיתרים האישיים ורק דתיים יכולים לקבל היתר;

⁴⁴ ראה לעניין זה הפרסומים הבאים מחודש יוני 2020:

<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5739314,00.html>

<https://www.inn.co.il/News/News.aspx/439234>

<https://www.0404.co.il/?p=599849>

<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5742184,00.html>

בקשות רבות טופלו כלאחר יד תוך זלזול מופגן במגשיהם; בקשות רבות טופלו למראית עין בלבד ללא כל הפעלת שיקול דעת ועוד.

98. נוכח פניות אלה, פנו הח"מ ביום 03.06.2020 לפצ"ר, האמון על הטמעת שלטון החוק בצה"ל ובקרב מפקדיו, והתריעו בפניו כי בכל רחבי הצבא מתקיימת התופעה של בחינה מחודשת של היתרים למטרת שלילתם, וזאת בעקבות ההוראה שניתנה ע"י המשיב 2 בחוסר סמכות. מעבר לכך, נטען כי הוראה שכזו, ו"רוח המפקד" שבבסיסה, עומדת בניגוד גמור לדין ולהתחייבויות המדינה והמשיבים בתשובותיהם לעתירה הראשונה, תוך רמיסת זכויותיהם של המשרתים בצה"ל אשר מגדלים את זקנם מטעמי זהות שאינה בהכרח דתית.

99. בפניה, הביעו ב"כ העותרים את חששם שמא ניסוחה העמום של תגובת דו"ץ, לפיה המשיב 2 "הנחה לאכוף את הפקודה", מסווה מאחוריו את המסר האמיתי ואת "רוח המפקד" שנשבה בכל רחבי הצבא בעקבות הנחיה זו – ביטול מאסיבי של כלל ההיתרים לגידול זקן מטעמים אישיים שאינם דתיים, וצמצום התופעה לכדי חריג שבחריגים.

100. בפניה זו, התריעו הח"מ בפני הפצ"ר כי **התפיסה אשר חלחלה לכלל המפקדים בצבא היא שעמדת והוראת הרמטכ"ל היא שלא לאשר גידול זקן לחיילים מטעמים אישיים כלל, וכי אין כל טעם בהגשת בקשות מחודשות**. ואכן, התמונה שהצטיירה מאז ועד היום, מראה כי כלל מנגנוני הבקשה והפיקוח שעליהם הוצהר בתשובת המדינה לעתירה הראשונה, אינם אלא פסאדה ריקה מתוכן שנועדה להציג מצג של שמירה על זכויות החיילים, תוך הגשמת המטרה המקורית שעמדה בבסיס הפקודה הקודמת (ואשר הוכחשה גם אז) – **צמצום מאסיבי עד כדי מניעת הזכות לגידול הזקן ע"י חיילים חילונים (כאשר ניכר מכלל הראיות, שכאשר אין מחלוקת על עצם "דתיותו" של חייל, אזי ההיתר ינתן לו ובכך נוצרת אפליה מובהקת בין דתיים לחילונים)**. הודעת דו"צ העמומה שהוזכרה לעיל אך חיזקה רושם זה מאחר שלא הכחישה את מעורבות המשיב 2 בעניין, והדגישה כי הוא "הנחה לאכוף את הפקודה כלשונה".

101. משכך, ביקשו הח"מ מהפצ"ר, בהיותו הגורם האמון על השלטת שלטון החוק והפיקוח על כללי המנהל התקין בצבא, כי יבהיר למפקדי הצבא את המצב המשפטי הקיים שלפיו לא חל כל שינוי בפקודה (נכון לאותו מועד), וכי אין כל מקום לבחינה מחודשת של היתרים בהיעדר שינוי נסיבות פרטני, על כן לעצור את כלל תהליכי הבחינה המחודשת כפי שהוזכרו בפניה.

102. הדעת נותנת שאם אכן הנחיית הרמטכ"ל לא כוונה לצמצום, והמפקדים בשטח אכן הבינו את הדברים ואת "רוח המפקד" שלא כהווייתם – הדבר הפשוט והקל ביותר היה להוציא הבהרה והנחיית מתקנת. כזאת לא נעשה. נהפוך הוא. דומה שהלחצים על המפקדים לצמצם את הזקנים ותופעת ביטול ההיתרים רק המשיכו ביתר שאת.

103. בהמשך לפניה זו, הגישו הח"מ ביום 09.06.2020 בקשה לפי חוק חופש המידע ובה ביקשו לקבל את בסיס הנתונים שעמד לנגד עיני המשיב 2 בשעה שהוציא הוראה למפקדי הצבא "לאכוף את הפקודה כלשונה"; על מה נסמכה הנחתו כי הפקודה אינה נאכפת כלשונה; האם הנחייתו יצאה בכתב; פירוט של היחידות הצבאיות שבהן החלו לאסוף את ההיתרים הקיימים על בסיס אותה הנחיה של הרמטכ"ל, פירוט של היחידות בהן נשללו

היתרים קיימים, וכן פירוט ביחס להליכי החידוש בעניינם של מפקדים ובעלי דרגות בכירים אשר מחזיקים בהיתר לגידול זקן. תזכורת למידע המבוקש הוצאה גם ביום 2.11.20.

104. למרבה הצער רק בחלוף חצי שנה מאז משלוח הבקשה, ובניגוד להוראות החוק המחייבות מענה בתוך 60 ימים, אך ביום 2.12.2020 התקבל מענה חלקי ולאקונוי לבקשתנו זו, אך גם מענה זה לא כלל התייחסות מפורטת לעיקר המידע המבוקש, אלא הפנה את הח"מ למענה שהתקבל מטעם הפצ"ר לפנייתנו מיום 3.6.2020, תוך חזרה על המידע שנמסר במענה זה.

105. עוד בטרם קבלת מענה זה, ביום 2.11.2020, הגישו הח"מ בקשה נוספת לקבלת מידע הכולל את ההליכים קדמו לתיקון הפקודה מיום 02.07.2020 (תיקון שעליו יפורט להלן), ובעיקרם סבבי החתימות וההערות של הפקודה בטרם תוקנה. בקשה זו טרם זכתה למענה מטעם המשיבים.

106. בהקשר זה נציין, כי העובדה שהמשיבים נמנעו מהעברת המידע המבוקש לגופו, ובעיקר מידע לגבי המדיניות המוכחשת והאופו שבו הנחה המשיב 2 "לאכוף את הפקודה כלשונה" – היא הנותנת. היא הנותנת, שתיקון הפקודה נעשה על יסוד תחושות בטן וגחמות של המשיב 2 ולא על יסוד תשתית עובדתית סבירה; היא הנותנת, שהמדיניות המוכחשת קיימת גם קיימת והועברה לכלל הדרגים המפקדים ברחבי הצבא; היא הנותנת, שתיקון הפקודה שנעשה לפתע בחודש יולי 2020, לאחר פניותנו, נובע מרצונו של המשיב 2 לבטל את התופעה כליל ביחס לחיילים חילונים. שכן, מי שהעובדות תומכות בעמדתו אינו טורח להסתירן ולהכמינן.

פניה לפצ"ר מיום 03.06.2020 רצ"ב – נספח י"ז.

בקשות לפי חוק חופש המידע מיום 09.06.2020 ומיום 2.11.2020 רצ"ב – נספחים י"ח-י"ט.

מענה הממונה על חופש המידע בצה"ל מיום 2.12.2020 – נספח כ'.

107. הפצ"ר נמנע מלהשיב לפניה מיום 03.06.2020 במשך חודש ימים, עד אשר ביום 02.07.2020 התקבל המענה מטעמו, בו הובהר כי "לא חל שינוי בהוראות הפקודה הנוגעות לטעמים בגינם יינתן היתר לגידול זקן, ולא ניתנה הנחיה לבטל היתרים שניתנו מכוחה".

108. אך ראו איזה פלא – בד בבד צוין במענה זה, כמעט בדרך אגב, כי ממש ביום קבלתו, 02.07.2020, נערכו לפתע גם "תיקונים מסויימים ונקודתיים לפקודה": האחד בעניין זהות הגורם המוסמך לדון בה אשר שונה למפקד יחידה בדרגת סא"ל, והשני בעניין מועד תוקפו של ההיתר אשר נקבע כי יחול למשך שנה, כך שתתחייב הגשת בקשה לחידושו מידי שנה (להלן: "תיקון הפקודה הנוכחי").

מענה מטעם הפצ"ר מיום 02.07.2020 רצ"ב – נספח כ"א

109. הנה כי כן, התוצאה של תיקון זה דה פקטו, חרף ניסיונם של המשיבים לשוות לו מראה אגבי, הייתה הטלת חובה על כלל בעלי ההיתרים בצה"ל, לרבות כאלה שקיבלו את ההיתר ממש בסמוך לתיקון, להגיש בקשה לחידוש ההיתר המצוי בידם. זאת, גם ללא כל שינוי נסיבות, כאשר הבקשה תידון מחדש על ידי מפקדי יחידתם בדרגת סא"ל. תוצאה זו בהצטרפותה למדיניות המוכחשת שאותה התווה המשיב 2 בקרב מפקדי

הצבא, לפיה, לכל הפחות, הוא סבור שהפקודה אינה נאכפת מספיק - הביאה לכך שמרבית הבקשות שהובאו לבחינה מחודשת נשללו.

ב. בקשות וניסיונות למיצוי הליכים ותיקון המצב בטרם הגשת עתירה:

110. כצפוי, לאחר תיקון הפקודה הנוכחי הראשית חודש יולי, החלה ברחבי הצבא תופעה חוצת יחידות וחילות שבמסגרתה פעלו מפקדי הצבא לשלילה מאסיבית של היתרים קיימים בדרך של "בחינה מחודשת" כאמור, ומטבע הדברים גם לשלילתן של בקשות חדשות המוגשות מכוח הפקודה, הכל בהתאם ל"רוח המפקד" שנשבה מכיוונו של המשיב 2 ובהתאם למדיניות המוכחשת ע"י המשיבים, שמטרתה צמצום מרבית ההיתרים לגידול זקן מטעמים אישיים (לא דתיים) ברחבי הצבא.

111. בהתאם לכך, ביום 02.09.2020, פנו הח"מ לפצ"ר פעם נוספת והתריעו בפניו על המתרחש ברחבי הצבא נוכח הפניות הרבות והמידע הרב שנערמו על שולחנם, מהם עלה באופן מובהק כי מפקדי הצבא פועלים בהתאם למדיניות צמצום ההיתרים המוכחשת. זאת, תוך שימוש באצטלה של "בחינה מחודשת" שהתאפשרה ללא שינוי נסיבות נוכח תיקון הפקודה הנוכחי בלבד. מפקדים בכל רחבי הצבא הבהירו לפקודיהם שאין כל טעם בהגשת הבקשה המחודשת מאחר ש"הרמטכ"ל ביטל את ההיתר מטעמים אישיים בכל הצבא", וכי בכל מקרה לאחר שיגישו את הבקשה החדשה הם צפויים להיענות בשלילה ויהיה עליהם להתגלח. לפצ"ר הוצגו דוגמאות למקרים רבים שבהם הליכי החידוש נעשים למראית עין בלבד, כפסאדה ריקה מתוכן שמטרתה להגשים את המדיניות המוכחשת של המשיב 2.

112. על כן, ונוכח עשרות פניות של חיילים ומשרתי קבע לח"מ בבקשה להשיג על ההליכים הפגומים בעניינם, ביקשו הח"מ בפניה הנ"ל כי הפצ"ר כי יורה על הקפאת ההליכים ברחבי הצבא עד לבירור הטענות וחידוד המצב המשפטי בקרב המפקדים, וכן כי יכריז על הליכים שנעשו ללא הפעלת שיקול דעת פרטני, מתוך הבנה שגויה לכאורה של הוראת המשיב 2 שהוכחשה ע"י כל הנוגעים בדבר ובפרט ע"י פצ"ר, כהליכים בטלים.

113. ביום 23.09.2020 השיב הפצ"ר לפנייתו באופן מפורט. במענה צוין כי "התיקון לפקודה בוצע, בין היתר, על רקע הניסיון שהצטבר מאז הועברה הסמכות לפני שנים אחדות לקציני משאבי אנוש, ולאור היכרותם הקרובה יותר של המפקדים עם החיילים המבקשים את ההיתר החרגי ועם צרכי המשמעת ביחידתם".

114. במענה זה חזר הפצ"ר פעם נוספת על הטענה לפיה אין כל הוראה או מדיניות המובילה לשלילה גורפת של היתרים קיימים, אלא שלגישתו המפקדים שבוחנים את הבקשות לחידוש ההיתרים "מימשו את סמכותם כמתחייב המתיקון לפקודה, מדרישות המשמעת הצבאית, האחידות והייצוגיות". הודגש כי חובת הגילוח היא חלק מדרישות המשמעת הצבאית, וכי ניתן להתיר גידול זקן באופן חריג בלבד, ומכאן מימוש הסמכות בדרך של בחינת הבקשות המחודשות בעקבות התיקון הנוכחי.

פניה לפצ"ר מיום 02.09.2020 רצ"ב – נספח כ"ב.

מענה מטעם הפצ"ר מיום 23.09.2020 רצ"ב – נספח כ"ג.

115. לאחר דברים אלה, פנו הח"מ לפצ"ר בשמם של העותרים (ובשמם של משרתים אחרים שאינם מבין העותרים) במספר הזדמנויות, תוך שהלינו על ההליכים הפגומים בעניינם של מרשיהם. הליכים המעידים בבירור על קיומה

של המדיניות המוכחשת. דא עקא, הפצ"ר נותר בעמדתו לפיה אין ולא הייתה כל הוראה או מדיניות שהותוותה ע"י המשיב 2, וכי כלל הבקשות נבחנות בכובד ראש בהתאם לפקודה.

116. מעיון במסמכים הרבים שהתקבלו במסגרת התכתבויות ופניות אלה עם הפצ"ר ונציגיו, עולה, כי בעקבות פניותנו, רשויות הצבא ומפקדיו השונים אכן עשו מאמצים כבירים לשוות להליכים בעניינם של העותרים, ושל פונים אחרים שהיו מיוצגים ע"י הח"מ, מראית עין של דיון מעמיק, ענייני ורציני בכל בקשה ובקשה, וחלקן אכן הובילו לקבלת הבקשות ומתן היתר בסופו של הליך ממושך.

117. אלא, שאופן הטיפול בבקשות שהוגשו עובר לפניות אלה מטעמנו; הראיות רבות שנחשפו המעידות על המדיניות הברורה שהותוותה ע"י המשיב 2 (כעולה מהראיות והתצהירים); כמו גם התוצאה הסופית של שלילת כמעט כל היתר קיים ללא נימוק המפרט "מה נשתנה" – מעידים כולם על הניסיון הברור לצמצם את כמות ההיתרים מטעמים אישיים באופן דראסטי, עד כדי ביטולם כליל והפיכתם לחריג שבחריגים.

אסופת פניות לפצ"ר והמענה להם בין החודשים ספטמבר - נובמבר 2020 רצ"ב – נספח כ"ד(1)-כ"ד(42).

יצוין, כי הפניות כוללות את עניינם של חיילים נוספים על העותרים. לגבי חלק מן החיילים, שלב מיצוי ההליכים לא הושלם כיון שעניינם הועבר לבחינת קצינת פניות הציבור; חלק אחר מן החיילים בחר לא לעתור (בין היתר, לאור חשש מהתנכלות); וחלק מן החיילים קיבלו היתר בסופו של מסע משפטי מפרך. מכל מקום, לטעמנו, יש משמעות להצבר הפניות, ולתמונה החד משמעית העולה מהם לגבי קיומה של המדיניות המוכחשת⁴⁵.

פרק רביעי: ההליכים בעניינם של העותרים

118. העותרים כולם החזיקו בהיתר לגידול זקן בתוקף לפני תיקון הפקודה, ולאחריו נדרשו להגיש בקשה לחידושו וכך עשו. כלל הבקשות נדחתו ע"י הגורם המוסמך ללא נימוקים, ובחלק מהמקרים תוך שצוין מפורשות כי ההיתר אינו מחודש בשל "מדיניות צמצום ההיתרים בצה"ל", קרי, המדיניות המוכחשת.

להלן יובא בתמצית המסד העובדתי הרלוונטי בעניינו של כל אחד מהעותרים:

א.

[Redacted text block]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 124

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 139

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 146
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 26 [REDACTED]

יח. חיילים נוספים ששלב מיצוי ההליכים טרם הסתיים בעניינם

154 [REDACTED]

מכל מקום, בשלב זה לא ניתן להתעלם מכך שעניינה של העתירה חורג מגדר עניינם הפרטני של העותרים, והינו בעל השכלות משמעותיות כלפי ציבור רחב של משרתים בצה"ל, ומכאן, בין היתר, החשיבות שבהליך.

פרק חמישי: הטיעון המשפטי

א. הזכות לגידול זקן ושפם כחלק מכבוד האדם

155. בראשית העשור השלישי של המאה ה-21, נדמה כי כבר אין צורך להכביר מילים על חשיבות זקנו או שפמו של אדם כחלק מזכותו לכונן זהות והגדרה עצמית פרסונלית. בפן העקרוני, והן לגישתו של בית משפט זה כפי שהשתקפה בעניין נוף, לא יכולה להיות מחלוקת כי גידול זקן מהווה חלק מחירותו האישית של כל אדם לעצב את חזותו, דרכו לביטוי עצמי וגיבוש זהות, דתית או חילונית, וחלק מאוטונומיית הפרט שלו.

156. כאמור בפתח העתירה, בית משפט נכבד זה דן בחשיבותו של שיער הפנים כבר בשנת 1997 במסגרת עניין נוף, וקבע בסוגיה זו ממש, כי הזכות לגדל זקן או שפם מהווה חלק מכבודו של כל אדם, כאשר הטעמים העומדים בבסיס בחירתו וחירותו לעשות כן אינם מהווים שוני רלוונטי:

"זכותו של אדם לגדל זקן היא חלק מכבוד האדם, ללא קשר לאמונותיו או לנטיותיו הדתיות. זכותו של אדם לכבוד כוללת את הזכות לעיצוב דמותו ולקיומה, ולגבי מי שבמשך שנים מגדל ומשמר את זקנו, מהווה הזקן חלק מדמותו ומהווייתו האישית..."

הזכות לגדל ולשמר את זקנו נתונה במידה שווה לכל אדם, בין שהוא דתי ובין שהוא חילוני... במה נבדל אדם חילוני הבוחר לגדל זקן, כחלק מאורחות חייו, מאדם דתי הבוחר כך? יגעתני ולא מצאתי. יש בוודאי שוני בין הסיבות המניעות כל אחד מן השניים לגדל זקן כחלק מאורח חייו, אך שוני זה אינו שוני רלוונטי: כשם שזכותו של האדם הדתי לגדל ולשמר את זקנו כחלק מאורח חייו הדתי מהווה חלק מכבוד האדם שלו, כך אף זכותו של מי שאינו דתי לגדל ולשמר את זקנו כחלק מאורח חייו הלא דתי, מהווה חלק מכבוד האדם שלו. וכשם שכבודו של מגודל הזקן הדתי ראוי להגנה, כך אף כבודו של מגודל הזקן החילוני ראוי להגנה"

(ההדגשות אינן במקור – ל.ש. וא.נ.ב.).

157. אף ביהמ"ש העליון הפדראלי של ארה"ב קבע לפני שנים מספר כי הזכות לגדל זקן שייכת לכל אדם באשר הוא, לרבות אסיר פדראלי. באותו עניין דובר על גידול זקן מטעמי דת, וזאת גם מקום בו גידול הזקן אינו חובה דתית כי אם מנהג שהדת מעודדת ואינו משותף לכולם (בדומה לנוהג שהשתרש בדת היהודית ושאינו מהווה מצווה מחייבת, ראה הדברים האמורים בהקשר זה במסגרת עניין נוף).

158. בעניין זה נקבע כי איסור מוחלט על גידול זקן בבית הסוהר אינו האמצעי שפגיעתו בזכות פחותה באסיר, וכי יש לקבוע אפשרות למימוש הזכות תוך הטלת כללים ומגבלות עליה כמו אורך הזקן וצורתו (Holt v. Hobbs, 49 Director, Arkansas Department of Correction, et al. 574 U.S. (2015):

"...the Department has failed to prove that it could not adopt the less restrictive alternative of having the prisoner run a comb through his beard. For all these reasons, the Department's interest in eliminating contraband "petitioner to grow a 1/2-inch beard."cannot sustain its refusal to allow

159. העותרים טוענים כי זכותו של אדם, ובכלל זה חייל המתגייס לשלוש שנות שירות צבאי, לעצב את דמותו והופעתו החיצונית כרצונו, בכפוף למגבלות הנדרשות ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי. זכות זו, שהוכרה בפסיקת בית המשפט העליון בעניין נוף, יפה כוחה גם ביחס לחיילים המשרתים בצבא. חלק מן החיילים מגדלים זקן מזה שנים (חלקם החל מן השלב בו צימח) והוא חלק בלתי נפרד מתווי פניהם. אכן, דומה שעל חשיבותה של ההופעה החיצונית בעיניהם ובתפיסתם זהותם העצמית אין צורך להכביר מילים.

⁴⁹ שם בעמ' 11. ראה פסק הדין המלא: http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-6827_5h26.pdf

160. לשיער הפנים שמור מקום של כבוד לאורכה של ההיסטוריה (והפרה-היסטוריה) האנושית – החל מימי התנ"ך⁵⁰, עובר במצרים העתיקה בה נהוג היה לצבוע את הזקן ולשזור בו חוטי זהב, וכלה בממלכות בבל ויוון בהן שיער הפנים עיטר את פניהם של לוחמים. ההיסטוריה שזורה, תרתי משמע, בזקניהם של אינספור אישים, מצביאים ומדינאים מכל המינים והסוגים שבחרו לבטא את זהותם ודמותם גם באמצעות שיער פנים.

161. בעידן של אסתטיקה רבת מגדרים ותרבויות, חירותו של אדם לעיצוב זהותו ודמותו הפכה לעקרון מוגן המשותף לכלל המגדרים והזהויות בחברה האנושית. שיער הפנים של אדם מקבל בתקופתנו שלל תפקידים שונים ומגוונים, והוא מהווה חלק בלתי נפרד מן האינדיווידואל: יש שזקנם מבטא את גבריותם⁵¹; לאחרים מעניק זקנם תחושת בטחון, בגרות או ארשת פנים מכובדת; יש שזקנם מאפשר להם תחושת הגשמה רוחנית, מיסטית או דתית; ישנם שסבורים כי השיער על פניהם יוצר פרופורציה וסימטריה נעימה, לרבים אחרים הוא מסווה ומכסה על פצעים, צלקות ושומות; ראוי להזכיר אף את אלו שהזקן מעניק להם בטחון באינטראקציה זוגית-בין אישית, ואף בעת חיזור אחר בנות או בני זוג⁵².

162. הנה כי כן, שיער הפנים מאפשר לאדם לעצב, לשפר ולבטא את מראהו החיצוני בהתאם להווייתו, דמותו, אישיותו, או העדפתו האישית למראה חיצוני מזוקן (הדבר נכון גם ביחס לאלו שאינם זכאים להיתר גידול זקן מהסיבות הרפואיות הקשיחות, אך עדיין סובלים מבעיות עור ופנים שבעטיין הם מבקשים לגדל זקן מטעמי אסתטיקה).

ב. הפגיעה בזכויות יסוד נוספות

163. בעניין נוף הטעים בית המשפט העליון כי הזכות לגדל ולשמר את הזקן, בהיותו חלק מדמותו ומהווייתו של האדם, מהווה בראש ובראשונה חלק מכבוד האדם במובנו הבסיסי ביותר, אך בצד זאת צוין, כי זכות זו חולשת גם על זכויות יסוד ספציפיות אחרות ובעיקרן הזכות לשלמות הגוף (המנויה בחוק היסוד), הזכות לפרטיות, וחופש הביטוי.

164. יש לזכור, כי בעניין נוף לא הייתה מחלוקת על עצם זכותו של העותר שם לגדל זקן, ואיש לא אסר זאת עליו או חייב אותו להתגלח, לכן לא עלה צורך לדון באריכות בעצם הפגיעה בזכויות אלה, מקום בו נקבע כי בבסיס כולן ניצבת הזכות לכבוד האדם. לזו המחלוקת באותו עניין התמקד, אפוא, בשאלה אם יש לבטל הוראת חוק אשר מעניקה פטור מתשלום על מסיכת אב"כ מיוחדת לאדם דתי המגדל זקן, ולא מאפשרת פטור שכזה לאדם חילוני שמגדל זקן מטעמי כבודו וזהותו. לפיכך, לא עלתה באותו מקרה שאלת חוקתיות של פגיעה בזכות בדרך של חיוב בגילוח או אי מתן אפשרות לגדל זקן לחלוטין.

⁵⁰ בספר שמואל ב' מסופר על דוד המלך אשר שלח שליחים לנחם את מלך עמון על מות אביו, המלך חשד כי הם מרגלים והורה לגלח את חצי זקנם כאקט של ביזוי והשפלה, והדבר אף הוביל למלחמה בעמון וארם: "ויהאמר שרי בני עמון אל חנון אדוניהם, המכבד דוד את אביך בעיניך כי שלח לך מנחמים? הלא בעבור חקור את העיר ולרגלה ולהפכה שלח דוד את עבדיו אליך. ויקח חנון את עבדי דוד ויגלח את חצי זקנם ויכרות את מדויהם בחצי עד שתותיהם וישלחם. ויגידו לדוד וישלח לקראתם כי היו האנשים נכלמים מאוד, ויאמר המלך שבו ביריחו עד יצמח זקנכם ושבתם" (שמואל ב', פרק י', פסוקים א'-י"ט).

⁵¹ זקן יכול לבטא גם את הצד הגברי במגדריות האנדרוגינית – למשל זקן משולב עם שיער ארוך וחזות נשית בדומה לזוכה בתחרות האירוויזיון לשנת 2014 קונצ'יטה וורסט (Conchita Wurst) שם הבמה של אמן דראג קוויין ממוצא אוסטרי.

⁵² מעניין לציין בהקשר זה מחקר שנערך באוניברסיטת מערב קליפורניה ע"י קבוצת חוקרים בראשות ד"ר סיריל גרויטר (Cyril Grueter), אשר מצאה כי גברים מגדלים זקן ושפם כאקט שנועד להתבלט בפני המין השני בסביבה שבה יש מיעוט נשים מול גברים. על פי המחקר, הדבר מסביר את הפופולאריות של גידול זקנים ושפמים בקרב גברים בריטיים בין 1842-1971, אשר עלתה באופן ניכר בתקופות בהם היו יותר גברים פנויים באוכלוסייה מאשר נשים.

מתוך אתר האוניברסיטה: <http://www.news.uwa.edu.au/201503257429/research/beards-badges-honour>

165. לאור האמור ידגישו העותרים כי בעניינו ובעניינם של אוכלוסיית חיילי צה"ל המבקשים לגדל זקן, יש לתת משקל גם לפגיעה בזכויות נלוות אלה, שכן הפגיעה היא אקוטית ומצויה בליבת הזכויות, וזאת כפי שiorחב בהמשך.

166. ביחס לפגיעה בשלמות הגוף חשוב לציין, כי סעיף 2 לחוק היסוד קובע מפורשות שאין פוגעים בגוף האדם, ואילו סעיף 4 מעלה עליו ומחייב אף הגנה אקטיבית על הגוף. בעניינינו לא רק שאין מגנים על גופם של החיילים, אלא מחייבים אותם לערוך בו שינוי בניגוד לרצונם ובכך פוגעים בו במידה מסוימת. יש שיטענו כי היבטי הפגיעה בכבוד האדם וביתר הזכויות הפרטיקולריות הם שכלולים לפגיעה עיקרית זו, וכי זו הפגיעה העיקרית בזכות מנויה הזוכה להגנה אקטיבית בחוק היסוד. בהקשר זה, ראה דברי ביהמ"ש בתיק אזרחי 13567/04 (שלום ירושלים), שניידשר נגד ביוטיפול אינטרנשיונל (פורסם בנבו 22.3.06), היפים מאוד אף לעניינינו:

167. "אף אם הפגיעה באזור הזקן לא הזניקה צבאות למלחמה עקובה מדם (כפי שאירע במלחמת דוד בעמון וארם, שהחלה בגין גילוח מחצית מזקנם של שליחי דוד – שמואל ב, פרק י, א-יח), הרי שאין להמעט מערכה של פגיעה בפניו של אדם ובתחושת שלמותם" (ההדגשה אינה במקור – ל.ש. וא.נ.ב.).

168. לאור האמור, ברי כי אין מדובר בעתירה המבקשת להעניק מעמד חוקתי לאינטרס זניח או איזוטרי כפי שוודאי ינסו המשיבים לטעון, אלא שהזכות לגדל זקן או שפם חוסה תחת מספר זכויות אדם חשובות, בסיסיות ומוגנות, אשר לא בנקל יסוגו באיזון מול ערכים מתנגשים.

ג. פגיעת הפקודה בזכויות יסוד של המשרתים בצה"ל

169. מהמפורט עולה כי המדיניות המוכחשת שאותה התווה המשיב 2 בקרב מפקדי הצבא, בהצטרפה לתיקון הפקודה שאיפשר למפקדים לבחון את כלל ההיתרים בחינה מחודשת ללא שינוי נסיבות, כשהם מצויידים ברוח המפקד ובפקודתו לבטל את מרבית ההיתרים, הכל מתוך מטרה מוצהרת לאסור כמעט לחלוטין גידול זקן בצה"ל מטעמים שאינם דתיים⁵³, מהווה פגיעה במספר זכויות יסוד המוקנות לעותר ולכלל חייל צה"ל מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי פסיקתו של בית משפט נכבד זה, ההכרה בקיומה של פגיעה בזכות חוקתית היא רחבה, וכל פגיעה הגורעת מן הזכות תחשב לפגיעה הטעונה בחינה חוקתית⁵⁴ (למעט פגיעה של מה בכך):

"ההגבלה או הפגיעה מתרחשת בכל מצב שבו רשות שלטונית אוסרת או מונעת מבעל הזכות להגשימה כדי מלוא היקפה. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה אם הפגיעה היא קשה או קלה; אם היא בליבה של הזכות או באזור האפלולית שלה; אם היא מכוונת אם לא; אם היא נעשית בדרך של מעשה או בדרך של מחדל (במקום שיש חובה חיובית להגן על הזכות); כל פגיעה, יהא היקפה אשר יהא, הינה בלתי חוקתית אלא אם כן היא מידתית" (אהרון ברק, "מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה", 135 (2010)).

⁵³ ראו אסופת הראיות והצהירות המצורפים לעתירה, וכן איגרת רע"ן המשטר והמשמעת מהעתירה הראשונה בשנת 2015 ממנה עלתה

כוונת המשיבים באופן מובהק.

⁵⁴ בג"ץ 687/15, דוד ידיד נגד הכנסת, פדאור 15 (30), 402.

170. לא יכול להיות חולק כי בענייננו המדיניות המוכחשת לצמצם ולבטל את כמויות ההיתרים, ותיקון הפקודה שנועד לבססה, פוגע בליבת זכויותיהם של העותרים ושל חיילי ומשרתי צה"ל, ולא בפריפריה שלהן. המחשנו לעיל כיצד כבודו של אדם, שלמות גופו, פרטיותו, וחופש הביטוי שלו נפגעים קשות כאשר מוגבלת ובעיקר נשללת זכותו לגדל שיער פנים.

171. מנגד, אין גם חולק כי השירות הצבאי מגלם באופן אינהרנטי פגיעה רחבת היקף ברבות מזכויות היסוד, בין היתר לשם תכלית של משמעת הצבא ואחידותו, וזאת כנדרש באופן מידתי מאופי השירות וטיבה של המסגרת הייחודית.

172. ברם, להבדיל מדרכים חיצוניות אחרות שבהן החייל יכול לבטא את זהותו ודמותו כאשר אינו בתפקיד במהלך שירותו הצבאי, הרי שאת זקנו הוא אינו יכול לעטות באופן מזדמן כשהוא שוהה בקרב בני משפחתו ומכריו ולשוב לגלחו עם שובו למסגרת הצבאית. כאשר החייל פושט את מדיו, בין אם מידי יום ביומו, מידי שבוע או מידי מספר שבועות, הוא מסיר את המדים ולובש לבוש אזרחי המבטא את זהותו, עונד תכשיטים, איפור, או כל אביזר חיצוני אחר שאותו יוכל להסיר כאשר ישוב ויעלה על מדיו. גם החיילת האוספת את שיערה רשאית לפזרו כל אימת שהיא אינה בתפקיד. את הזקן לעומת זאת אין באפשרות חייל לגדל ולגלח על אתר, כך שהגבלה כה קשיחה על האפשרות לגדלו מהווה פגיעה ממשית בלב ליבן של זכויות היסוד, המביא לכך שהזכות מוגבלת כמעט לחלוטין למשך שנים ארוכות וללא "הפוגות" המרככות את הפגיעה, זאת להבדיל מעניינים אחרים הנוגעים להופעה חיצונית שבהם הפגיעה היא מידתית לאור אותן ההפוגות.

173. מצב שכזה בו הפגיעה בזכויות היא בינארית – או שמאפשרים לאדם לגדל את זקנו או שלא – המסקנה היא כי מדובר בפגיעה משמעותית המצויה בליבת זכות היסוד, ו"ככל שפגיעתו של החוק בזכות היא חריפה יותר וקרובה יותר לליבת הזכות, כן תגבר ההצדקה לביקורת שיפוטית קפדנית על חוקתיות החוק" (בג"ץ 7956/10, גבאי נגד שר האוצר, פסק דינה של השופטת ברק-ארז, פורסם בנבו (19.11.2012)).

174. בהקשר זה נבקש לייחד כבר עתה מספר מילים ביחס לחשיבותה של העתירה בעיני העותרים ובקרב עשרות אלפי חיילים ומשרתים אחרים. אין זה סוד כי עתירה זו עשויה להיות לצנינים בעיניהם של רבים בצבא ומחוצה לו, אשר יטענו כי אין הדבר מצריך את עיסוקו של בית משפט נכבד זה, וכי מוטב שחיילי צה"ל יעסקו במשימותיהם ולא ב"זוטות" ממין אלה. נבקש להשיב על כך בקצרה להלן.

175. העותרים, וציבור החיילים שעליהם מבקשת העתירה להגן, הם מלח הארץ, מטובי החיילים אשר מקיימים את חובת השירות בצה"ל ללא רבב. אמנם, השירות הצבאי חובה הוא, אך מן המפורסמות כי לא הכול נושאים בה, וגודלה של קבוצת האוכלוסיה אשר אינם עושים כן הולכת וגדלה ככל שנוקפות השנים (ראו לדוגמא: בג"ץ 739/15 **כליפה נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 15.10.2015)). נשאלת השאלה אם כן, האם ראוי וצודק יהיה להקשות דווקא עם אלה אשר "סוחבים את האלונקה" ונושאים בנטל? התרעומת שקמה בעקבות כוונת הצבא לשנות את הפקודה לפני העתירה הראשונה והשניה והן לפני התיקון הנוכחי, בעיקר בקרב חיילי החובה אך גם בקרב מפקדים ומשרתי קבע רבים; העובדה כי חיילים רבים הגישו בקשות מנומקות, עמדו על זכויותיהם והתעקשו לממש אותן; העובדה כי מאות חיילים פנו לח"מ והקימו קול זעקה כנגד הפגיעה בזכויותיהם; העובדה כי עשרות קבילות ויותר הוגשו לנציב קבילות החיילים בגין התנהלות לקויה בעת יישום הפקודה; העובדה כי

עשרות רבות של חיילים בשירות חובה עתרו/פנו כעת לבית משפט הגבוה לצדק במאבק על זכות שהם תופסים כחלק ממשי מזהותם – היא הנותנת כי הדבר הוא בנפשם של החיילים באופן אותנטי, גם אם למתבונן מהצד, עשוי הדבר להיראות פעוט וקל ערך. ובמה תיגררע המשמעת הצבאית אם יותר להללו לגדל את זקנם בהתאם לקריטריונים שקופים וברורים ובהתאם ליישום ראוי ותקין של הפקודה ושל הזכויות שאותן לכאורה היא מבקשת לעגן? למשיבים הפתרוניס.

ד. אפליה רב רבדית

176. לא תהיה מחלוקת כי מדיניות המחילה דין שונה על חיילים שצורכיהם שווים מהווה אפליה פסולה. היינו, הבחנה בין חיילי צה"ל המבקשים לגדל זקן מטעמים הכרוכים באמונתם הדתית, לעומת אלו המבקשים לעשות כן מרצונם החופשי מקום בו הזקן הוא חלק מדמותם ומאורחות חייהם, כאשר אין כל שוני רלוונטי לעניין ההגנה על עצם הזכות גידול הזקן, מהווה אפליה פסולה ואיננה יכולה לעמוד. **המשיבים עצמם הכירו בכך ולכן תיקנו את הפקודות הצבאיות לפני שנים רבות ולאחר ההחלטה בעניין נוף, וכפי שעלה מתשובת המדינה בעניין סבן סברו הם כי כל הבחנה שכזו מהווה אפליה פסולה** (ראה פסקאות 76-82 – לתשובה בעניין סבן).

177. לפיכך, ניתן בהחלט להבין מדוע הפקודה על פני הדברים אינה מבחינה בין המבקשים לגדל זקן מטעמים אישיים לבין אלו המבקשים לגדלו מטעמים אישיים-דתיים. ההבחנה היחידה בין שני סוגי הבקשות עניינה בפן הטכני-פרוצדוראלי, שעה שהמבקש לגדל זקן מטעמים אישיים-דתיים ידרש להציג המצלה של רב היחידה בנוסף להמלצת מפקדו, אותה נדרש להציג מי שמבקש לגדל זקן מטעמים אישיים בלבד. במישור הטכני הבדל זה ברור, אם כי כלל לא ברור מדוע לא ניתן להסתפק בהוראה אחת כלפי כל החיילים, שהרי אורח חיים דתי מהווה גם הוא חלק מדמותו והווייתו של החייל.

178. במישור המהותי ההבדלים בין סוגי הבקשות הם משמעותיים ומעידים כי הן יישום המדיניות המוכחשת, והן תיקון הפקודה, מובילים להפסליה פסולה על רקע דתי. הראיות והנספחים המצורפים לעתירה זו, כמו גם הניסיון המצטבר והנתונים בשטח, מעידים בבירור כי חיילים אשר נתפסים על ידי מפקדיהם כדתיים ברמת אדיקות מספקת בהתאם לאורחות חייהם, יזכו לקבל את ההיתר ללא קשיים מיוחדים. לעומתם, חיילים חילוניים, או דתיים שאינם ברמת אדיקות מספקת לגישתו של המפקד, יתקלו בקשיים ובקשתם תישלל במרבית המקרים עוד בטרם נבחנה. קושי זה אף נסמך על השוני בפן הטכני, שהרי מי שרב היחידה ממליץ בחיוב לאשר את בקשתו מאחר שלישטתו החייל "דתי מספיק" באורח חייו עתיד לקבל את ההיתר המבוקש, שעה שהגורם הממליץ בעניינו הינו גורם מקצועי-דתי. לעומת זאת, חייל חילוני יידרש לשכנע את מפקדו באותות ובמופתים כי הזקן אכן מהווה חלק מדמותו והווייתו, כאשר לא תהיה לו כל אפשרות להסתייע בגורם "מקצועי" לצורך ביסוס טענתו. זאת ועוד, חייל דתי שישכנע כי הוא אכן "דתי" ברמת אדיקות מספקת יזכה לקבל את ההיתר ללא כל הטלת דופי בזהותו, לעומת זאת חייל חילוני נדרש לשכנע מדוע הזקן מהווה חלק מדמותו והווייתו חרף היותו חילוני.

179. זאת ועוד, אישור הבקשה בעניינו של חייל דתי יהיה בכפוף לקריטריונים ואמות מידה אובייקטיביות, וזאת בעת בחינת האלמנטים הדתיים המוכרים באורח חייו של אדם – חבישת כיפה וציצית, קיום תפילות, שמירת שבת וכשרות וכדומה. לעומת זאת, אישור הבקשה בעניינו של חייל חילוני יהיה בכפוף לגחמותיו והשקפותיו של המפקד, ללא קריטריונים ברורים ושקופים או אמות מידה אובייקטיביות הניתנות למדידה. הכיצד יקבע הגורם המוסמך טעמים שלפיהם "גידול הזקן מהווה חלק מדמותו והווייתו של החייל"? כיצד ישקול את

טענותיו בהיעדר כלים ואמות מידה ברורים לבחינת הנושא? איך יחליט על דעת עצמו מהם הקריטריונים לבחינת עניין שמטבעו הינו כה סובייקטיבי ואישי.

180. עוד חשוב לציין כי ההוראות הנ"ל מעלות קושי בעת בחינת בקשה מטעמים אישיים-דתיים, שהרי הדבר פתח לשאלה מיהו יהודי והאם המבקש הוא יהודי "מספיק" ברמה מספקת לגידול זקן (אשר אינו מהווה מצווה מחייבת לפי היהדות – ראה עניין נוף). עניין זה אף מתמרץ חיילים חילוניים להתחזק בדת באופן פיקטיבי ולו בכדי שיוכלו לגדל זקן שכה חשוב להם. האם זו התוצאה הרצויה?

181. ראינו אפוא, כי הוראות הפקודה אכן מבחינות בין שני סוגי הבקשות וכי הבחנה זו משפיעה מהותית על האפשרות לקבל היתר בפועל. בנוסף, מהמידע המצוי בידי העותרים והמצורף לעתירה בנספחים, עולה כי גם יישום הפקודה בפועל מממש את האפליה הטמונה במדיניות המוכחשת, ומביא לתוצאות אשר מפלות את חייל צה"ל המבקשים לגדל זקן מטעמים אישיים מול המבקשים מטעמים אישיים-דתיים.

182. אמנם מדובר במידע חלקי וראשוני, אך התמונה המצטיירת ממנו הינה ברורה, ולפיה יישום הפקודה בפועל במהלך החודשים האחרונים מוכיח כי כמעט כל המבקשים מטעמי דת מקבלים היתר, וביחס למבקשים מטעמים אישיים המצב הוא הפוך וכמעט כולם נענים בשלילה (ראה מספר תצהירים אשר צורפו לעתירה ומהם ניתן ללמוד על המגמה הנ"ל).

183. מובן כי בידי המשיבים היכולת לספק נתונים שעשויים לאשש או להפריך טענות אלה ביחס ליישום הפקודה בפועל.

184. ויושם אל לב, כי מהראיות עולה כי במקרים שבהם אין מחלוקת לגבי מידת "הדתיות" של החייל, קרי, לגבי השאלה האם הוא מנהל אורח חיים דתי אורתודוקסי כמקובל וכמוכר, אזי לא יהיה עוררין כי ניתן לאשר את בקשתו. בדיוק כאן נעוצה האפליה המובהקת, שהרי המשוואה לפיה חייל דתי יקבל היתר לגדל זקן, ולעומתו חייל חילוני יקבל רק במקרים נדירים, היא משוואה שגויה ומפלה.

אפליה מול בכירים

185. כפי שפורט בפרק העוסק במבחני המידתיות ובהיעדר קשר רציונאלי בין המדיניות למטרותיה, לאורך השננים וגם קיום קצינים ונגדים רבים בצא בדרגות בכירות גידלו זקנים או שפמים אשר היוו חלק מדמותם וזהותם.

186. מהראיות והנספחים המצורפים עולה, כי מדיניות המשיב 2 שנועדה לשלול את מרבית ההיתרים ברחבי הצבא לא הוחלה באופן שוויוני על משרתי קבע בכירים, אשר ככל הנראה זכו לחדש את היתריהם ללא כל קושי. בהקשר זה נפנה לרשימה הבאה אשר מחילה בעלי דרגות סא"ל ומעלה אשר החזיקו בהיתר לגידול זקן ערב תיקון הפקודה וככל הידוע לעותרים עדיין מגדלים זקן. נזכיר, כי בקשתנו לקבלת מידע ביחס לבקשותיהם של חלק מקצינים אלה לא נענתה ע"י המשיבים (ראה נספח ככ). להלן פרטיהם של קצינים בכירים אלה:

	דרגה	שם	תפקיד
1	תא"ל		המזכיר הצבאי של נשיא המדינה
2	תא"ל		קצין חי"ר וצנחנים ראשי

מפקד עוצבת הגעש	תא"ל	3
קצין מילואים ראשי	תא"ל	4
עוזר הרמטכ"ל	אל"מ	5
מפקד האקדמיה לפיקוד טקטי	אל"מ	6
מפקד מרכז הציוד והדלק באט"ל	אל"מ	7
המדען הראשי של זרוע היבשה	אל"מ	8
מפקד מגלן	אל"מ	9
מפקד עוצבת יפתח	אל"מ	10
מפקד קשר ואלקטרוניקה פיקודי	אל"מ	11
מפקד חטיבת אלכסנדרוני	אל"מ	12
מפקד סיירים	אל"מ	13
ראש המחלקה האזרחית במשרד מתאם הפעולות בשטחים	אל"מ	14
מפקד בסיס 108 ח"א	אל"מ	15
ראש מבק"א יבשה - קצין בטיחות ראשי	אל"מ	16
קצין גששים איוש	אל"מ	17
ראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית	אל"מ	18
מפקד בסיס הקריה	אל"מ	19
מפקד מעבדת החומרים ביחידת מטמון	סא"ל	20
סמח"ט בנימין	סא"ל	21
מגד רם	סא"ל	22
מגד קרקל	סא"ל	23
ראש ענף התרעה בצה"ל	סא"ל	24
מג"ד 371	סא"ל	25
מג"ד קרן 411	סא"ל	26
אוגדה 146	סא"ל	27
מגד שחף	סא"ל	28
מרכז הובלה	סא"ל	29
מגד תקשוב אוגדה	סא"ל	30
ראש ענף אג"ם במנהל האזרחי	סא"ל	31
מג"ד שקד גבעתי	סא"ל	32
ראש מדור בבה"ד 1	סא"ל	33
הנדסה	סא"ל	34
מינהל אזרחי	סא"ל	35
מג"ד נצח יהודה	סא"ל	36
סמח"ט חטיבה דרומית	סא"ל	37
מפקד בא"ח הנדסה	סא"ל	38
מג"ד אמירים	סא"ל	39
מג"ד בסיס אימונים חטיבת הנח"ל	סא"ל	40
ראש ענף איתור וגיוס חיל הים	סא"ל	41
סמח"ט דרומית עזה	סא"ל	42
מג"ד 402 תותחנים	סא"ל	43
מג"ד 101 צנחנים	סא"ל	44

45	סא"ל		מג"ד תותחנים
46	סא"ל		קצין ההנדסה של אוגדה 91,
47	סא"ל		גדוד קשר 9272
48	סא"ל		רב חיל הים
49	סא"ל		סגן נשיאת בית הדין הצבאי המחוזי מרכז וחיל אוויר
50	סא"ל		מפקד טייסת כיבוי חצרים
51	סא"ל		מגד 372
52	סא"ל		מפקד דובדבן

187. בנוסף, ועל מנת שלא להאריך עוד את הטיעונים הארוכים ממילא בעתירה זו, נבקש לצרף כנספח טבלה המכילה את פרטיהם של עוד כ-150 קצינים נוספים בדרגות רס"ן ומטה, המהווים את שדרת פיקוד הביניים בצבא. קיומם של מפקדים רבים בכלל הדרגות המקבלים את ההיתר ללא קושי, משקף את האפליה הברורה בין החייל הפשוט אשר נאבק בטחנות רוח כדי לממש את זכותו לזהות ולעיצוב מרכיב חשוב בה, לעומת מפקדיו שיכולים לעשות כן בנקל.

רצ"ב טבלת קצינים ונגדים בעלי היתר לגידול זקן – מסומנת נספח כ"ה.

188. הנה כי כן, מעבר לאי הנוחות והפגיעה במראית פני השוויון הנגרמים משלילת מרבית הבקשות ועמידה דווקנית על חובת הגילוח מקום בו מדובר בחייל זוטרים לעומת מפקדיהם הבכירים יותר ופחות, הרי שכל בסיס הטיעון שעניינו אחדות ומשמעת מתערער ונופל כאשר מפקדים רבים ואף הבכירים ביותר, האמורים לשמש דוגמא ומופת לעקרונות אלה, מקבלים את ההיתר החרג כאשר הם מבקשים אותו.

אפליה על רקע מגדרי

189. בנוסף יטענו העותרים, כי האיסור שבפקודה אף מפלה בין נשים לגברים, לאור הגבלת זכות לגדל שיער פנים גברי כחלק מדמותו של החייל, לעומת הזכות לגדל שיער ראש נשי כחלק מדמותה של החיילת. חיילת בצה"ל רשאית להאריך את שיערה כאוות נפשה ובהתאם לכל אידאל אסתטיקה נשי המעצב את דמותה. כשם ששיער נשי שופע וארוך מבטא נשיות עבור נשים רבות ומהווה חלק מאישיותן וזהותן, כך גם זקנו של אדם מבטא חלקים מדמותו המגדרית, כפי שהורחב בראשית העתירה. כל אשה המחויבת לקצץ את שיערה ולקצרו תרגיש כי דמותה ונשיותה נגזלה ממנו, בדיוק כשם שגבר שיאולץ לגלח את זקנו או שפמו ירגיש כך.

190. לפיכך, הטלת מגבלות קשיחות על זכותו של חייל לגדל זקן מתוך מטרה מוצהרת להפוך את הדבר לחרג ביותר, מהווה אפליה פסולה מול מתן אפשרות לכל חיילת לגדל שיער בכל אורך שתחפוץ (ויוודגש כי בשונה מעניין סבן, אין מדובר במשוואה של שיער ראש לגבר = שיער ראש לאשה, אלא בכזו שלפיה שיער פנים לגבר = שיער ראש לאשה). השוני בין קבוצות השוויון לעניין זה – החייל והחיילת – נוגע רק למקומות הפיזיים בגופם

שבהם צומח אותו שיער, ולאופן שבו הוא מעצב את דמותו של האדם. ודאי כי שוני זה בין המינים כלל אינו מהווה שוני רלוונטי להבחנה, כאשר שניהם מבטאים, כל אחד בדרכו, את אישיותו ודמותו המגדרית של אדם⁵⁵.

191. מכלל האמור עולה כי יישום המדיניות המוכחשת ותיקון הפקודה מובילים להפליה פסולה בשלושת המישורים שתוארו לעיל.

ה. מידתיות

192. כידוע, חוק יסוד כבוד האדם חירותו לא ראה להשוות בין הגבלת זכותו של חייל לעומת הגבלת זכותו של אזרח, ונקבע בסעיף 9 כי אין מגבילים זכויות שלפי חוק היסוד של אלה המשרתים בצה"ל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.

193. כלומר, על אף ש"המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות"⁵⁶, רבים המקרים בהם זכויותיהם של משרתי צה"ל מוגבלות כאשר הדבר מתחייב מאופיו ומהותו של השירות הצבאי. חירותו האישית של חייל צה"ל מוגבלת באופן אינהרנטי מרגע גיוסו, וכך גם זכויות אחרות שהפגיעה בהן היא כמעט מובנת מאליה ונעשית במידתיות הנגזרת תמיד מאופיו ומהותו של השירות בצבא:

"בשים לב לייחודה של המסגרת הצבאית, ניתן, בתנאים מסוימים, להטיל הגבלות מקיפות יותר על זכויותיו החוקתיות של החייל, כדי להגשים מטרות שבאינטרס ציבורי-בטחוני כללי"
(בג"ץ 6784/06, רס"ן שליטנר ואח' נגד הרמטכ"ל, פורסם בנבו (21.1.11), פסקה 69 לחוות דעתה של כבוד השופט פרוקצ'ה. ההדגשה אינה במקור – ל.ש.ו.א.נ.ב.).

194. בשנת 1997, זמן לא רב לאחר ראשיתה של "המהפכה החוקתית", סקר כבוד המשנה לנשיאת ביהמ"ש נכבד זה, השופט ד"ר אליקים רובינשטיין, את תכליתה של הוראת סעיף 9 ואת והרקע לחיקוקה במאמרו "על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ומערכת הבטחון"⁵⁷. באותה עת הוראת הסעיף טרם לובנה בפסיקה⁵⁸, ועל כן הניח המחבר, כך לדבריו, כי הסעיף נחקק "כמעין הר ההר – הר קטן על גבי הר גדול" לאחר שהוראת סעיף 8 "נמצאה ככל הנראה כבלתי מספקת ככל שהמדובר בכוחות הבטחון".

⁵⁵ ניתן אף להרחיק אף מעבר לכך ולטעון כי דרישה גורפת לחייב חיילים בגילוח מקבילה להצבת דרישה דומה על חיילות להסיר שיער בידיהן החשופות או לסדר גבותיהן, וזאת באופן דומה מטעמי אסתטיקה ואחידות. מובן כי דרישה שכזו לא תעמוד ולו לרגע בהיותה מפלה, בלתי מידתית ואף פוגענית.

⁵⁶ *בש"פ 3513/95, שרגאי נגד התובע הצבאי, פ"ד נא (2) 686, 688-689 (1997).*

⁵⁷ עיוני משפט כ"א תשנ"ח – 1977, עמ' 12.

⁵⁸ ההחלטה שניתחה את ההוראה ניתנה במסגרת בג"ץ צמח בשנת 1999, שנתיים לאחר פרסום מאמרו הנ"ל של כבוד המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין.

195. בחלוף השנים פסיקת בג"ץ קבעה כי על אף שהמחוקק ייחד סעיף נפרד למשרתים בצה"ל ובכוחות הבטחון, הרי שמבחניו של הסעיף זהים לחלוטין לאלו של פסקת ההגבלה הכללית בסעיף 8, למעט בהיבט האפשרות הניתנת לכוחות הבטחון לפגוע בזכויות מכוח חקיקת משנה כמו פקודות (כפי שנעשה במקרה זה). מעבר לכך נקבע כי הסעיף מציין את המובן מאליו המתחייב מסעיף 8 ממילא גם לו היה עומד לבדו, וכי מטרותו היא:

"להבהיר את המצב ולסלק כל ספק: מידתיות הפגיעה בזכויות של המשרתים בכוחות הביטחון תלויה במהותו ובאופיו של השירות, ולפיכך היא עשויה להיות שונה ממידתיות הפגיעה באדם שאינו משרת בכוחות הביטחון."
[בג"ץ 6055/95, שגיא צמח נגד שר הבטחון, פ"ד נד(5), 241, עמ' 266 (להלן: "עניין צמח"). ההדגשה אינה במקור – ל.ש. וא.נ.ב.).

196. כלומר, פסקת ההגבלה ביחס לכוחות הבטחון מייבאת לתוכה את העקרונות הכלליים של פסקת ההגבלה הכללית שבסעיף 8 לחוק היסוד, בהדגש על כך שמרכיב המידתיות הוא גמיש ונבחן על פי מהותו ואופיו של השירות הצבאי, ויישומו בהקשר של מערכת בטחונית עשוי להיות שונה מיישומו בהקשרים אחרים.

197. במאמר מוסגר, ניתן להזכיר בגדר סוגיה זו גם את מאמרו המאלף של שופט ערכאה נכבדה זו, השופט מלצר: צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית (משפט ואדם- משפט ועסקים י"ד, תשע"ב 347). לגישת כבוד השופט מלצר, פסקת ההגבלה הביטחונית נבדלת מזו הכללית אף בכך שתחת שבט ביקורתה יבחנו לא רק "פגיעות" (כלשון פסקת ההגבלה הכללית) אלא גם "התניות" (כלשון פסקת ההגבלה הביטחונית):

"השירות הצבאי כרוך, מניה וביה, בהיחשפות למצבים שבהם זכויות אדם נמנעות בהיקף נרחב יותר מכפי שהחיים האזרחיים הרגילים מחייבים. ארגוני הביטחון הם ארגונים מדרגיים, המתאפיינים במשמעת קשוחה, וכתוצאה מכך רבים מן המשרתים בהם אינם מסוגלים למחות על פגיעה בהם או אף להבין, בינם לבין עצמם, שהם נחשפו לפגיעה כלשהי בהם שנעשתה לא כדין. הסדר נורמטיבי ראוי יהיה אפוא כזה שיאמץ, כנקודת מוצא, פרשנות הכוללת פגיעות רבות יותר תחת האכסניה של סעיף 9".
(שם, בעמ' 375).

בהתאם לכך קובע השופט הנכבד כי:

"אני סבור כי בגדרי הפעלתו של סעיף 9 יהיה צורך להתייחס למספר פחות של הגבלות והתניות כאל הגבלות או התניות "של מה-בכך""
(שם, בעמ' 376)

198. כפי שפורט בהרחבה לעיל, לגידול הזקן משמעות של ממש בכל הנוגע ליכולתו של אדם לעצב את חזונו החיצונית, את מראה פניו, את זהותו החיצונית והפנימית – כמות שהוא רואה לנכון. ואולם, אף אם תמצי לומר כי אין מדובר בפגיעה בזכות יסוד, הרי שבהתאם לניתוח שהובא לעיל דווקא בצבא, ונוכח המגבלות הרבות שמוטלות על החייל, ראוי גם ראוי שפגיעה (או התניה) כגון איסור על גידול זקן תיבחן בבחינה חוקתית. במילים

אחרות: אם זקנו של עקיבא נוף זכה להגנה חוקתית, הרי זקנו של חייל בשירות חובה (כדוגמת העותרים) ראוי להגנה מקל וחומר.

199. בהזכירו את מאמרו של כבוד השופט מלצר, לא ניתן לפסוח על הדברים הבאים:

"התובנות שפיתחנו והצגנו לעיל יכולות לשמש מפת-דרכים עקרונית וראשונית – ברמת הפשטה גבוהה – לסוגיות שהתעוררו ועוד צפויות להתעורר באשר לזכויותיהם של המשרתים בצה"ל (הכל בכפוף למבחני מידתיות ואיזון פרטניים). מטעמים מובנים לא אנתח כאן בפרוטרוט דוגמאות ספציפיות, ואסתפק בציון העובדה שסוגיות כגון... תספורות וגילוח... – נופלות כולן בגדר פרק זה."
(שם, בעמ' 388. הדגשות בציטוטים מן המאמר אינן במקור – ל.ש. וא.נ.ב.).

200. מעבר לייחודיות זו, כלל המבחנים החוקתיים בפסקת ההגבלה הבטחונית זהים לאלו שבסעיף 8: בחינה אם תיקון הפקודה אכן הולם את ערכיה של מדינת ישראל, האם נעשה לתכלית ראויה והאם הינו מידתי (בחינת המידתיות בקונטקסט מהותו ואופיו של השירות הצבאי תכונה להלן "מידתיות צבאית"). למעשה אותו "הר קטן על גבי הר גדול" כדברי כבוד המשנה לנשיאה, הוא למעשה "הר קטן בתוך הר גדול", אותו יש לבחון לאורו של ההר המכיל אותו, תוך שימת לב לייחודיות ההר הקטן.

201. אם כן, בבחינת חוקתיות מדיניות הצמצום המוכחשת נשואת עתירה זו, אשר באה לידי ביטוי בתיקון הפקודה הנוכחי, יש לשאול: ראשית, האם היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל? שנית, האם היא נועדה לתכלית הראויה? ושלישית, האם מתקיימת אותה "מידתיות צבאית"?

202. ביחס לשני השלבים הראשונים, אמנם מטרות העל המוצהרות של התיקון הנוכחי כמו: "להבטיח את שמירת הסדר והמשמעת בצה"ל" ו-"להגשים את הצורך הצבאי במשמעת, באחידות ובייצוגיות" (כפי שצוין בתשובות הפצ"ר ובאגרת רע"ן המשטר והמשמעת שפורסמה ביום תיקון הפקודה), הן אכן מטרות ראויות שעומדות לכאורה במבחן ההלימה והתכלית הראויה. על פניו, נראה זה אך מובן, כי כל פקודה או מדיניות צה"לית שתכליתה להגשים את השמירה על משמעת הצבא, מהווה תכלית ראויה והולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

203. יחד עם זאת, העותרים יטענו כי מטרתו של התיקון דה פאקטו, בחיי המעשה, בעיקר בשים לב למדיניות המוכחשת שהתווה המשיב 2 בסמוך לתיקונו, הייתה ונשארה הטלת איסור וצמצום האפשרות לגידול זקן ע"י המשרתים בצה"ל והפיכתה לאפשרות חריגה ונדירה, אשר ניתנת ללא קריטריונים אחידים, ברורים ושקופים המונעים שרירותיות ביישומה. מטרה זו, לכל הדעות, אינה מהווה בפני עצמה תכלית ראויה ואינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל. טענה זו מקבלת משנה תוקף מקום בו כלכלל לא הוכח על בסיס תשתית עובדתית ראויה, כי היעדר שיער פנים אכן תורם למשמעת צבאית והנורמות ומצדיק פגיעה כה נרחבת בליבתן של מספר זכויות יסוד.

204. משמעות דרישת ההלימה כפי שנקבעה בפסיקה היא הלימה לערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית⁵⁹. התכלית ראויה פורשה כתכלית ש"נועדה להגשים זכויות אדם, או תכלית שנועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בעליונותן החוקתית של זכויות האדם, ובצורך היסודי להגן עליהן" (בג"ץ 1661/05, המועצה אזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 547-549 (2005); ענין לה"ב, פסקה 107).

205. כאמור, בקשתם של המשיבים ביישום מדיניות המוכחשת (שעומדת מאחורי התיקון הנוכחי ומטרתו רק לאפשר את יישומה), היא להבטיח את שמירת המשמעת הצבאית, שעל חשיבותה אין חולק, ובתוך כך להגשים את הצורך באחידות וייצוגיות. כלומר, על פי שיקול דעתם המקצועי ומומחיותם בנושא, יישום המדיניות המוכחשת נדרשים על מנת לאפשר לצבא ליצור סדר ומשמעת, אשר לשם השגתם נדרשת מידה מסוימת של אחידות בין כלל המשרתים. יחד עם זאת, לא הוצג כל הסבר משכנע מדוע דווקא גידול זקן פוגע בערכים חשובים אלה, וכיצד הדבר מתיישב עם קיומם של זקנים אצל משרתים רבים, לרבות בעלי דרגות בכירות, לאורך כל שנות קיומו של צה"ל, ובעיקר – מדוע לא ניתן להשיג את מטרת האחידות בדרך של קביעה והחלה של כללים ברורים לגבי מראה הזקן וסידורו? מדוע יש צורך בשלילת מרבית ההיתרים הקיימים לצורך השגת מטרה זו?

206. אם כן, עד כמה שמטרות אלה ראויות וחשובות ברמת המאקרו, הרי שבמיקרו ובחיי המעשה תיקון הפקודה והמדיניות המוכחשת מהווים אכסניה למטרה הצרה שעומדת בבסיס אותה מדיניות מוכחשת – הטלת איסור כמעט מוחלט על גידול זקן והפיכתו לחריג שבחריגים, ודאי בקרב האוכלוסיה החילונית של המשרתים.

207. לאור העובדות והטענות שבבסיס עתירה זו, ספק רב אם מטרה מוצהרת זו אכן עונה על דרישות ההלימה והתכלית הראויה שפורטו לעיל. העותרים יטענו, כי התיקון החדש ומדיניות הצמצום שהוא מגלם אינם צולחים את מבחני הסף של חוק היסוד אשר פורטו לעיל.

208. יחד עם זאת, המשך הטיעון החוקתי יוקדש להלן לאותה "מידתיות צבאית", שכן לה החשיבות המכרעת בעניין פגיעה בזכויות משרתים לאור סעיף 9 לחוק היסוד כפי שפורש בפסיקה.

מבחני המידתיות

209. הכיצד תיבחן, אפוא, מידתיות המדיניות המוכחשת שמטרתה לצמצם את כמויות ההיתרים? הכיצד ניתן להחליט אם מטרת המדיניות ואופן יישומה, אכן חוצים את אותו רף עליון במתחם שיקול הדעת הרחב מאוד שניתן לצה"ל בענייני המשמעת והסדר? איך ניתן לשקול את מידת הפגיעה הרבה בליבן של זכויות יסוד, למול הוראות הדרג המקצועי והפיקודי בצבא? יש לזכור כי תיקון הפקודה מהווה פעולה מעין חקיקתית של צה"ל כרשות ציבורית, המגבילה באופן ממשי ויומיומי את זכויות היסוד של כעשרות אלפי משרתים.

210. שאלת כימותה של המידתיות נדונה באריכות בעניין צמח, ובפרפראזה על דברי ביהמ"ש שם, נצטט בהתאמה לעניינינו:

⁵⁹ בג"ץ 6304/09, לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 71 ו-105 (לא פורסם, 2.9.2010) (להלן: "עניין לה"ב").

”שאלת המידתיות היא מסוג השאלות שאין להן תשובה מדויקת מה היא הנקודה שבה הפגיעה בחירות האישית של חייל עוברת את המידה הנדרשת? המידתיות אינה ניתנת למדידה וכי כיצד ניתן למדוד, בנתונים כמותיים, את שיעור הנזק הנגרם לחייל כתוצאה מפגיעה בכבוד האדם שלו, בחירותו לעצב את חזונו וזהותו, בזכותו להגנה על שלמות גופו, פרטיותו וביטוי העצמי? אין מכשיר או נוסחה שיוכלו למדוד את העוצמה או את המשקל של הפגיעה הנובעת משלילת זכויות מוגנות אלה גם אין מכשיר או נוסחה שיוכלו למדוד את הרווח או את התועלת מצמצום הפגיעה בזכויות אלה על ידי ביטול מדיניות הצמצום.

אכן, זכויות אדם ואינטרסים ציבוריים אינם כתפוחי אדמה, שניתן לשקול אותם על כפות המאזניים, אלה כנגד אלה, ולראות בעין מה מכריע את הכף עם זאת, כיוון שאי אפשר לשקול, צריך להעריך צריך לעשות מאמץ, בכל מקרה ומקרה, כדי להעריך נכונה את המשקל היחסי של זכויות אדם מזה ושל אינטרסים ציבוריים מזה האיזון הראוי ביניהם הוא שקובע את המידתיות ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש

(החלקים המודגשים בקו תחתון שונו ונערכו לצורך הדוגמא, והובאו במקומם של הציטוטים המקוריים שהתייחסו לפגיעה בזכות לחירות אישית כפי שהייתה בעניין צמח – ל.ש. וא.נ.ב.).

211. אם כן, על פי ההלכה הפסוקה, למידתיות שלושה מבחני משנה:

1) מבחן הקשר הרציונאלי

מבחן הבוחן התאמה בין האמצעים שנבחרו – תיקון פקודה הפוגע בליבת הזכויות החוקתיות, לבין התכלית – הגברת המשמעת, האחידות והנורמות.

היעדר קשר רציונאלי תאורטי:

העותר יטען כי אין כל סיבה לקבוע, וודאי לא הוכח כך ע"י המשיבים, כי המשמעת הצבאית תצא נפסדת אם יותר לחיילים לנוסוף ולגדל זקן בהתאם לנהלים וקריטריונים ברורים, בהתאם למצב המשפטי ששרר עובר לתיקון הפקודה ולמדיניות המוכחשת שהנחיל המשיב 2 בקרב מפקדי הצבא.

מראשית ימי המדינה שירתו במטה הכללי של צה"ל שלל אלופים מזוקנים ומשופמים: אלוף דן הראל (סגן הרמטכ"ל בדימוס ומנכ"ל משרד הבטחון דהיום); אלוף עמרם מצנע; אלוף יעקב עמידור; אלוף יקותיאל (קותי) אדם ז"ל; אלוף דני מט ז"ל. כך, גם את פניו של הרמטכ"ל רב-אלוף יגאל ידין עיטר שפם, כמו גם את פניהם של הפרקליטים הצבאיים הראשיים תא"ל דב שפי ואלוף אביחי מנדלבליט המעוטרים בזקן, ואף כבוד השופט בדימוס בערכאה נכבדה זו, תא"ל אורי שהם שכיח כפצ"ר בעודו עוטה שפם על פניו. גם מפקדי חיל האוויר בין השנים 1953 - 1982 נשאו בגאון את שפמם: אלוף דן טולקובסקי; אלוף עזר ויצמן ז"ל; אלוף מרדכי הוד ז"ל; אלוף בני פלד ז"ל ואלוף דוד עברי. לא זו אף זו, גם ראש מחלקת הפרט באגף כוח אדם בצה"ל בעבר, אלוף-משנה גיל בן שאול, נשא בגאון זקן חלקי ("צרפתי") לאורך כל שנות שירותו.

212. לכל אלה מתווספים בכירים בשורות הצבא אשר מגדלים זקן גם כיום (לרבות עוזרו של המשיב 2): תא"ל דן

נוימן (מפקד עוצת געש), תא"ל דן גולדפוס (קצין חי"ר וצנחנים ראשי), תא"ל עלא אבו רוקן (המזכיר הצבאי של נשיא המדינה), אל"ם גיא פאפו (עוזר הרמטכ"ל), אל"ם ישראל פרידלר (מחי"ט אלכסנדרוני), אל"ם אבינועם

אמונה (מפקד עוצבת הגולן), אל"ם שגיב שרביט (מפקד מרכז הציוד והדלק באט"ל), אל"ם מיכאל בן עזרא (המדען הראשי של זרוע היבשה), אל"ם נריה ישורון (מפקד עוצבת יפתח), אל"ם עומר כהן (מפקד קשר ואלקטרוניקה פיקודי), אל"ם ערן שמיר-בורר (רמ"ח הדין הבין לאומי בפרקליטות הצבאית); סא"ל שחר גרינברג (סגן נשיא בי"ד צבאי מחוזי), סא"ל אהרון פרידמן (מג"ד 371), סא"ל שלומי ממון (רע"ן התרעה בצה"ל), סא"ל שמעון בן זכריה (סמח"ט בנימין), סא"ל ארז שבתאי (מג"ד קרקל), ועוד ועוד.

213. לא הבאנו רשימה חלקית וארוכה זו, המתפרשת על פני כל שנות קיומו של צה"ל, אלא כדי להמחיש שהקשר בין עצם קיומו של שיער פנים אצל למשמעת בצה"ל הוא רופף, אם קיים קשר כזה בכלל. האם זקניהם או שפמיהם של גדולי הגנרלים מקום המדינה אכן פגמו במשמעת הצבא? באחידות? ביכולתו לבצע את משימותיו? ודאי שלא.

לפיכך, נקודת המוצא היא כי משמעת צבאית וגידול זקן או שפם בהחלט מתיישבים זה עם זה, או לכל הפחות הם אינם מתנגשים.

העותרים יטענו כי האפשרות לגדל את הזקן על בסיס נימוקים סבירים הקשורים ברצונו של הפרט (ככל שלא מדובר ברצון בעלמא או מטעמי עצלות) וכחלק מדמותו (הדתית או החילונית), אינה יכולה להיות מוגבלת ברמה כה בלתי מידתית אשר הופכת אותה הלכה למעשה לאפשרות כמעט תאורטית, ומתוך מגמה ומטרה מובהקת לאסור עליה ולצמצמה.

למיטב ידיעת העותרים, זכות זו מעולם לא הוגבלה באופן כה משמעותי עד כדי סיכולה לגמרי כפי שביקש המשיב 2 לקבוע במסגרת המדיניות המוכחשת שהתווה בקרב פקודיו. מן התשובה בעניין סבן עולה לכאורה, כי עד לשנת 1998 מותר היה לגדל זקן או שפם בצה"ל מטעמים מסוימים **בלא צורך באישור**, אלא שלמפקד הייתה סמכות להורות לחייל לגלחו אם סבר שצרכי המשמעת מחייבים זאת.

עולה כי מאז החלו להסדיר את הזכות לגידול הזקן בצה"ל בכפוף לאישורים על פי הפקודות, הדבר הותאם לרוח התקופה, בעיקר לאחר עניין נוף והמהפכה החוקתית, אך תמיד הכללים נשארו במתחם המידתיות גם כשהוחמרו במהלך השנים. ויודגש, כי העותרים אינם מבקשים לבטל את חובת הגילוח ולאפשר מצב של "איש הישר בעיניו יעשה", אלא לנהוג בהתאם לכללים וההצהרות שהותוו במסגרת תשובת המדינה לעתירה הראשונה, וכפי שהיה נהוג עד לתיקון הנוכחי – באופן שיאפשר לפרט לממש את זהותו על בסיס נימוקים סבירים ובכפוף לקריטריונים שקופים וברורים, כך אין כל חשש לפגיעה במשמעת הצבא ואחידותו.

לסיכום – אין בפי המשיבים הסבר סביר לשאלה מדוע גידול זקן פוגע במשמעת הצבא? אף אם ישנם מגדלי זקן רבים בצבא (מה שלא הוכח), מדוע הדבר פוגע במשמעת? ובאיזה כלי נמדדה הסברה שנפגעה המשמעת לאורה המצב ששרר עד לתיקון הנוכחי והמדיניות המוכחשות שעמדה בבסיסו?

היעדר קשר רציונאלי בפועל:

משמצאנו כי מבחינה תאורטית אין כל קשר בין גידול שיער פנים כשלעצמו לפגיעה במשמעת הצבא, גם לאור "ההיסטוריה החקיקתית" של הפקודה בנושא, יש לתהות בכובד ראש על השאלה הכיצד

דווקא החמרה נוספת וקשיחה מאוד במדיניות, שמטרתה היא לאסור את התופעה כמעט לחלוטין, אכן מובילה לתוצאה המבוקשת בפרקטיקה.

דא עקא, כלל לא ברור על אילו אדנים עובדתיים התבססה החלטת המשיבים לתקן את הפקודה לאורך השנים ולהביא לצמצום הזכות ככל הניתן. האם גדלה כמות האישורים מאז ראשית שנות ה-2000? האם היא גדלה מאז העתירה הראשונה והשניה מהשנים 2015-2016? ואם כן, האם ומדוע הדבר מהווה בעיה או מגמה שמצריכה את תיקון הפקודה על מנת להגן על יסודות המשמעת? כמו כן, האם נבדקה האפשרות להסדיר את הנושא בדרך של הסברה וחינוך לגבי אופן גידול הזקן ואמות המידה לקבלתו, תוך הגדרת קריטריונים ברורים למפקדים? האם המצב המשפטי שהיה קיים בעניין בעשרות השנים האחרונות, וככל הנראה מאז הקמתו של צה"ל, הביא לפגיעה בתפקוד הצבא לאורך זמן? האם המצב ששרר בשנים האחרונות עשה כן? למשיבים הפתרונים.

בנוסף, מרגע שהמדיניות הקיימת, אף אם מוכחשת, מאפשרת מתן היתרים רבים מטעמים אישיים-דתיים, הן על הנייר והן בפועל, הרי שלא ברור מדוע בעניינם של חיילים דתיים, המשרתים כתף אל כתף עם חיילים חילוניים, המשמעת הצבאית סובלת את קיומו של זקן בכמויות רבות, כך שמטרת האחידות והמשמעת אינה מתקיימת גם בפועל, ואף לא מתקיים קשר רציונאלי.

היעדר תשתית עובדתית לביסוס הקשר הרציונאלי

באשר לרקע העובדתי והטעמים שהביאו לתיקון הפקודה הנוכחי, צוין במענה הפצ"ר מיום 02.07.20 ומיום 23.09.20 כי התיקון בוצע "על רקע הניסיון שהצטבר מאז הועברה הסמכות לקציני משאבי אנוש לפני שנים אחדות, ולאור אחריות המפקדים לאכיפת המשמעת ביחידתם והיכרותם הקרובה יותר עם החיילים המבקשים את ההיתר החרגי". קרי, מטרת התיקון העיקרית הייתה שינוי הגורם המוסמך לדון בבקשות, כך שמפקדי יחידות רישום המכירים את פקודיהם מקרוב ואת צרכי המשמעת ביחידתם יהיו המוסמכים להכריע בהן.

לעומת זאת, בתשובתם לעתירה הראשונה בשנת 2015 התייחסו המשיבים דווקא לבעייתיות שהייתה קיימת בכך שמפקדי היחידות הם בעלי הסמכות ליתן היתרים לגידול זקן, תוך שהם מציינים את הנימוקים ההפוכים מאלה שעמדו בבסיס התיקון הנוכחי:

"נמצא על-ידי הדרג הצבאי הבכיר ביותר שההסדר החרגי שנקבע בהוראה, לגידול זקן מטעמים שונים, הינו רחב יתר על המידה. עוד נמצא, כי קיימת שונות גבוהה במתן היתרים על ידי המפקדים ביחידות... בפרט נמצא, כי בחלק לא מבוטל מגופי הצבא ניתן ההיתר כלאחר יד ומבלי שיוחס משקל לצורכי המשמעת הכרוכים בעניין. מציאות זו הביאה לכך שניתנו היתרים לגידול זקן לחיילים רבים מבלי שטעם ממשי עומד בבסיס בקשתם לגידול זקן וכי ביחידות שונות הונהגה נורמה שונה. כך ביחידה א' ניתנו היתרים לכל דורש וביחידה ב' נהג המפקד ביד קפוצה במתן האישורים" (פסקה 15 לתשובת המדינה לעתירה הראשונה – נספח ג)

ברי, בעת קבלת החלטה המשליכה ופוגעת במספר זכויות יסוד מוגנות של המשרתים בצבא, על המשיבים היה לאסוף נתונים ולגבש מסד עובדתי של ממש – נתונים ברורים, מדידים ומובהקים – כאשר אין די ב"תחושות

בטן" לפיהן ישנה בעיה באחידות או בייצוגיות בשורות הצבא, או כי קיימת שונות דרמטית בין היחידות השונות. בתשובותיו לפניו השונות במסגרת מיצוי ההליכים, לא הבהיר הפצ"ר על סמך איזו תשתית או מסגרת עובדתית התקבלה ההחלטה? כיצד ומדוע החליט המשיב 2 להורות למפקדים "לאכוף את הפקודה כלשונה" בטרם הוחלט לתקנה? מהם הנתונים שעמדו בפניהם בטרם הוחלט על התיקון? הכיצד מסגרת עובדתית זו מצביעה כי דווקא מדיניות גידול הזקן הנוהגת עד כה פוגעת במשמעת וכי איסור וצמצום ניכר של תופעת גידול הזקן יובילו להגברת המשמעת?

אף אין ראיה כי עובר לגיבוש הפקודה נאספה תשתית מנהלית סבירה המצביעה על הצורך בהגברת המשמעת, על הפערים במשמעת הצבאית או באכיפה וכיוצא-באלה. זו אף זו: הדעת נותנת כי אף אם מתקיים צורך בהגברת המשמעת, צורך זה אינו עשוי מקשה אחת, הנכונה לכל יחידות הצבא, לכל חיילי הצבא. בהקשר זה יוזכר שוב, כי טרם הגשת העתירה פנו הח"מ לרשויות הצבא בבקשות שונות לפי חוק חופש המידע **אשר טרם נענו בניגוד להוראות הדין המחייבות מענה בתוך 60 ימים**.

עינינו הרואות, כי לאורך 22 השנים האחרונות הפקודה תוקנה **בשבע הזדמנויות שונות**, כאשר מאז התיקון המתבקש שבוצע בעקבות עניין נוף בשנת 1998 ואשר איפשר לגדל זקן מ"טעמי דמות" ולא רק מטעמי דת, ניכרת מגמה ברורה של הקשחת הקריטריונים וניסיון לצמצם את התופעה לאורך השנים, וכפי שביקש לעשות המשיב 2 במסגרת המדיניות המוכחשת שהתווה בקרב מפקדי הצבא עובר לתיקון הנוכחי, במסגרתו הועברו הסמכויות בחזרה למפקדי היחידות אשר "צוידו" ברוח המפקד ביחס לאופי הטיפול בבקשות, ובתוצאה הרצויה שאותה הגדיר המשיב 2 – צמצום התופעה עד חיסולה.

מעיון בהיסטורית תיקוני הפקודה ניתן להבחין במגמה ברורה של כרסום מתמשך של המערכת הצבאית בזכויות הפרט בהקשר גידול הזקן, אשר מתבצע בצעדי תינוק ובאין מפריע. ככל שהזמן נוקף – המערכת מקשה יותר עד לשלב הקיצוני הנוכחי.

זאת ועוד, נדמה כי אף המצב ששרר לפי התיקון שבוצע בשנת 1998 היה מצב מקל ביחס למצב הקיים, שכן בהתאם לסעיף 76 בתצהיר תשובת המדינה בעניין סבן, המצב ששרר קודם לכן התיר לכל מפקד להחליט אם גידול הזקן מטעמים שאינם דתיים פוגע במשמעת יחידתו אם לאו, ואילו ביחס למגדלי זקן מטעמים שבדת לא הייתה לו אפשרות להחליט כן. אפליה זו תוקנה והוסדרה לאורך השנים, אך כעת מבקש המשיב 2 להגביל ולצמצם עד "לחסל" את הזכות לגידול שיער פנים, הן מטעמי דת והן מטעמים אישיים, באופן חסר תקדים.

לא ניתן להלום שינוי והחמרה שכאלה לאורך שנים אלא באמצעות התבססות על **מסגרת עובדתית שיש בה כדי להצביע כי דווקא מדיניות גידול הזקן הנוהגת, ואשר כבר הלכה והוחמרה מידי מספר שנים, פוגעת במשמעת במידה שמחייבת לשנותה בדרך של איסור כמעט מוחלט, וכי דווקא האיסור על רובם הארי של המשרתים יוביל להגברת המשמעת**.

יש אף להוכיח, כי על כל אחת מהחמרות שבוצעו ברבות השנים לא הביאה מזור לפגיעה במשמעת, ולכן נאלצו גורמי המשמעת בצה"ל לטפס עוד ועוד בשלבי סולם ההחמרה, עד אשר "קפצו" מספר שלבים בתיקון זה. נדמה כי המדיניות הנוכחית, והתיקון שנועד לבסס אותה ולאפשר למפקדים לשלול את ההיתרים הקיימים, נבע אך ורק מגחמתו של המשיב 2 לאחר שביקר במספר יחידות וקיבל את הרושם שכמויות ההיתרים פוגעות

במשמעת הצבא. ברי, כי בעניינים אלה אין די בתחושת בטן לפיה כמויות הזקן פוגעות במשמעת באופן ממשי, אלא שיש כאמור לאסוף נתונים ולגבש מסד עובדתי של ממש – נתונים ברורים, מדידים ומובהקים.

כך למשל, מאיגרת רע"ן משטר שהופצה בשנת 2009 עולה, כי התיקון שבוצע באותה שנה נבע מכך שהחל מחודש פברואר 2007 (התיקון שקדם לו) חל גידול בכמות החיילים המבקשים היתר לגידול זקן, וכן כי ניתנו דו"חות לחיילים רבים אשר לא קיימו את ההוראות המחייבות ביחס לגידול שיער הפנים. **באיגרת זו מציינות למעשה רשויות הצבא כי גידול זקן שלא בהתאם לפקודות הוא זה שפוגע במשמעת הצבא ובתדמיתו הציבורית, ולא דווקא שעצם גידול הזקן פוגע בהן.**

מכלל המקובץ עולה, כי לא מתקיים קשר ראציונלי בין איסור כמעט מוחלט על גידול זקן בשירות הצבאי, ובין השמירה על משמעת הצבא. כמו כן, מקום בו יישום תיקון הפקודה החדשה נעשה ללא שקיפות וללא קריטריונים ברורים, ובמסגרתו נשללים גם היתרים שניתנו כדין עובר לתיקון, הדבר ממילא מביא לפגיעה באחידות ומוביל לשרירותיות, כך שלא מתקיים קשר ראציונלי גם בין יישומו של התיקון בפועל למטרה האמורה.

(2) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

מבחן זה אינו דורש כי רשויות הצבא יבחרו את האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר במושגים מוחלטים, אלא את האמצעי שפגיעתו פחותה מקרב אותן חלופות המגשימות באופן דומה את תכליתה של המדיניות או של התיקון הנוכחי:

"מבחן הצורך אינו דורש אפוא בחירה באמצעי שפגיעתו היא הקטנה ביותר או שפגיעתו היא קטנה יותר, אם אין בכוחו של אמצעי זה להגשים את מטרת החוק באופן שווה ערך לזה של האמצעי שנבחר בחוק"

(א' ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**, 135, בעמ' 395) (2010)

בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נ"א (4) 367, 385, תיאר כבוד הנשיא בדימוס אהרון ברק מבחן זה כך:

"האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. 'על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם'... 'אם בנסיבות העניין התנאי המתון, הגורם פחות נזק, אינו מספיק כדי להשיג את המטרה, תוכל הרשות לקבוע תנאי מכביד יותר, ככל הנדרש להשגת המטרה'..."

אף אם נניח שקיים בסיס איתן לטענה לפיה ישנו חוסר אחידות משווע בין יחידות ומפקדים שונים ביישום הפקודה, ואף אם נניח שישנו קשר מתחייב בין חוסר אחידות זה ובין הפגיעה במשמעת הצבא, עדיין שומה על המשיבים לנקוט באמצעים המידתיים ככל הניתן. קבלת החלטה שרירותית הפוגעת בשיקול הדעת הפרטני לפיה יש לצמצם באופן דרסטי את כמות בעלי הזקן בצבא – הינה פגיעה לא מידתית בזכות שאין חולק כי היא זכות

יסוד. משמעות הדברים היא, שהמפקדים נדרשים לרצות ולהגשים מדיניות שרירותית ושהעילה של היתר זקן מטעמים אישיים הופכת להיות ריקה מתוכן. אמצעי מידתי יותר יכול להשגת אחדות יכול היה להיות דווקא ריכוז הטיפול בבקשות בידי גורם אחד. אמצעי אחר, יכול להיות, למשל, קריטריונים מובנים למתן היתר, והחלת אמות מידה אחדות לבחינה אימתני מהווה הזקן חלק מזהותו של חייל. מקום בו מתקבלות החלטות עקרוניות לפיהן אין קשר בין זקן לבטחון עצמי, ואין קשר בין זקן לזהות (גם לנוכח חוות דעת פסיכולוגיות וגם לגבי גברים צעירים שמעולם לא התגלחו) - ברור שלעולם לא יינתן היתר אישי.

העובדה שהמשיב 2 העביר למפקדי הצבא את השקפתו האישית בנושא, עד כדי הפיכתה לפקודה של ממש (וראו הראיות הרבות ביחס למפקדים המתבססים על "פקודה של הרמטכ"ל"), וזאת ממש בסמוך לתיקון הפקודה והחזרת הסמכות אליהם, יצרה למעשה את השילוב שבאמצעותו הבינו המפקדים מה מצפה מהם המפקד העליון של הצבא. **יצוין, כי חרף ריבוי הפניות המשפטיות וההכחשות החוזרות ונשנות, במענים בדבר קיומה של מדיניות – המשיב 2 נמנע מלהוציא הבהרה לפיה ראוי וניתן, במקרים המתאימים, להעניק היתרים אישיים לגידול זקן כפי שהיה עד כה ולפיה התיקון בפקודה הינו טכני בלבד.**

הנה כי כן, האמצעי שננקט במסגרת המדיניות המוכחשת אינו מידתי.

מבחן המידתיות במובן הצר (3)

בגדרו של מבחן זה יש לבחון את היחס בין התועלת הצומחת מן התיקון לבין הפגיעה הנגרמת הימנו. מבחן זה בודק אם קיים יחס ראוי וחיובי בין תוספת התועלת הצומחת מהגשמת תכלית התיקון לבין תוספת הנזק העלולה להיגרם בשל כך לזכות החוקתית ([בש"פ 8823/07](#), פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.2.2010)⁶⁰.

לטענת העותרים, הנזק שייגרם, ובמידה רבה כבר נגרם לרבים נוכח המדיניות המוכחשת ויישומה, עולה לאין ערוך על התועלת הצומחת הימנו. ראשית, **הפגיעה במשמעת מעצם ההכחשות של מדיניות גלויה וידועה לכולם עולה לאין שיעור על כל פגיעה אפשרית כתוצאה מגידול זקן בהיתר**. התנהלות זו גורמת נזק ממש לאמון אותו רוכשים המשרתים למערכת הצבאית ולעומד בראשה, ואמון זה עלול להיסדק קשות נוכח התנהלות זו. **כיצד ניתן לבסס דמות מפקד אליה יש לשאת עיניים, לנוכח פגיעה שכזו באמון?**

שנית, **זכויותיהם של העותרים ושל עשרות אלפי משרתים אחרים נפגעו ויוסיפו להיפגע קשות, על כך לא יהא חולק**. רק אדם אשר נשללת ממנו זכותו לעצב את מראה פניו יכול להבין את גודל הפגיעה בכבוד, בחירות, ובדמות האדם ומיצובה בפני עצמו וסביבתו לאור הגבלה כה נוקשת על האפשרות הקיימת לגדל זקן או שפם. כאמור, האדם אינו יכול להשיב את הזקן לפניו מידי יום או שבוע כשהוא אינו במסגרת הצבאית. מדובר בפגיעה לתקופת זמן משמעותית בחייו, לכל הפחות למשך 3 שנים ולגבי משרתים רבים אחרים הרבה למעלה מכך. לא מדובר בפגיעות של מה בכך, הגם שידועות המגבלות הברורות על הפרט במהלך השירות הצבאי, אך ההשוואה בין הנזק לתועלת היא שאינה עושה חסד עם אותם שיקולים צבאיים מובהקים – שכן מהו אותו נזק שנגרם כביכול למשמעת הצבא במהלך עשרות השנים האחרונות? הכיצד נוכחו המשיבים כי אין עוד פתרון אחר על מנת למנוע את הפגיעה באמצעים

⁶⁰ ראה גם פרופ' א' בנדור, "מגמות במשפט ציבורי בישראל – בין משפט לשפיטה" (במשפט וממשל בשנת 2012).

מידתיים יותר? מובן כי כל תועלת זניחה, אם בכלל קיימת כזו, אשר צומחת ממדיניות הצמצום המוכחשת, אינה משתווה לנזק העצום שנגרם לזכויותיהם של המשרתים.

מכיוון שמטרת התיקון היא לאסור גידול זקן למעט חריגים, אזי אין גם באמצעי 'ריכוך' כאלו ואחרים שקיימים "על הנייר" בפקודה (למשל: זכות ערעור; חובת פגישה של הגורם הממליץ עם המבקש; חובת לנמק המלצתו וחובה לנמק את ההחלטה) כדי להפחית את עוצמת הפגיעה הנגרמת לעותרים וליתר המשרתים, שהרי המטרה הברורה היא איסור גידול זקן, והתוצאה בפועל היא שלילת רובן המכריע של הבקשות מטעמים אישיים ואישורן של בקשות מטעמי דת בכמות בלתי מבוטלת, ובלבד שהמבקש שכנע כי הוא דתי "מספיק" או דתי "באמת".

למעשה הוראות הפקודה והמנגנונים שבה הן פסאדה ריקה מתוכן לאחר שרצונו והוראתו של השיב 1 הובהרו לכלל מפקדי הצבא – לאסור את הזכות כמעט לחלוטין, מה שאכן עולה מתוצאות יישום הפקודה בפועל.

לכן מה יועילו לזכויות החיילים חובת הנמקה, חובת ראיון אישי עם מפקד ממליץ ומתן זכות ערעור, כאשר הזכות משותקת והתוצאה ברורה?

גידול שיער הפנים בצה"ל מול גידול שיער הראש – העתירה בעניין סבן

214. להשלמת התמונה, העותרים יבקשו להתייחס לפקודות הנוגעות לגידול שיער ע"י חייל, ולהבדלים ביניהם לבין הוראות הפקודה דנן, וזאת על מנת להמחיש כי אין מדובר בהסדר מידתי להבדיל מההסדר בעניין גידול שיער בצה"ל שנדון והוכרע בפסיקה.

215. כאמור, בשנת 2001 הוגשה העתירה בעניין סבן שהוזכרה לעיל. באותו מקרה, פנה מיועד לשירות בטחון לביהמ"ש הנכבד וביקש לקבוע כי דרישות התספורת מחייל פוגעות בכבודו ובזכותו לביטוי עצמי, בחופש העיסוק שלו, וכן מפלות בינו ובין חיילת שרשאית לגדל את שיערה בהתאם לכללים והגבלות החלות על איסופו, צורתו וצבעו. בנוסף, בשנת 2013 הוגשה עתירה דומה (בג"ץ 761/13 עמרי דובוסק כהן נגד מדינת ישראל) אשר נדחתה על הסף ע"י ביהמ"ש הנכבד מטעמים של אי מיצוי הליכים, שיהוי, וההכרעה שיפוטית בעניין סבן שעסק בטענות דומות מאוד עד זהות.

תשובת המדינה גם בעניין דובוסק רצ"ב לעתירה – נספח כ"ו.

216. תשובות המדינה המפורטות אשר הוגשו בשתי העתירות הנ"ל, מסייעות לשפוך אור גם על העניין שבנדון. בתשובת המדינה בעניין סבן כפי שפורט לעיל, הובהר כי:

"נקודת המוצא לגבי גידול זקן על ידי חיילים הינה שונה בתכלית מאשר לגבי גידול שיער" (סעיף 75 לתשובה), ו-"ככל שהדבר נוגע גידול זקן על ידי חיילים נקודת המוצא הינה כי הדבר הינו מותר בכפוף למגבלות המפורטות בפקודה" (סעיף 79 לתשובה).

217. נקודת מוצא זו עליה הצביעה המדינה הייתה כי גידול זקן בכפוף לכללים הוא המותר, ואילו נקודת המוצא ביחס לגידול שיער היא כי הדבר אסור: "חייל רשאי לגדל זקן, כאשר לעיקרון זה מספר חריגים, אך אין בהם

כדי לשנות באופן ממשי מן הכלל ולפיו גידול זקן על ידי חיילים מותר הוא, בה בשעה שגידול השיער ע"י חיילים הינו אסור" (סעיף 75 לתשובה).

218. עוד תואר ע"י במדינה בתשובתה דאז, כי לנוכח הנוהג הדתי לגידול זקן אצל יהודים כחלק מאורחות חייהם הדתיים "הוחלט ע"י רשויות הצבא כי אין למנוע מחיילים לגדל את זקנם מטעמי שמירה על המסורת היהודית... לכן מצאו לנכון רשויות הצבא לאפשר זאת גם לכל חייל החפץ לעשות כן (בכפוף למספר מגבלות הקבועות בפקודה), וזאת על מנת למנוע אפליה פסולה בין מי אשר מגדל זקן מטעמי דת לבין מי אשר מגדל זקן מטעמים אחרים, ובהם מטעמי מראה חיצוני או דמות" (סעיף 76 לתשובה).

219. המדינה הסבירה באותה עת את השוני בין הזקן והשיער בכך שמתן אפשרות לגידול שיער, להבדיל ממתן האפשרות לגדל זקן בתנאים מסוימים, מהווה "פוטנציאל מוגבר לפגיעה במשמעת הטמון באפשרויות השונות לגידול השיער, שהינן רבות יותר אל מול גידול הזקן. התרת הרסן בכל הנוגע לגידול שיער ע"י כל חייל כפי אשר יחפצנו ליבו תביא תוך זמן קצר לפריצת המסגרת בנושא זה, וליצירת צבא בו כל איש הישר בעיניו אורך שיערו יעשה. זאת לעומת האפשרויות הצנועות יותר לגיוון ככל שהדברים אמורים בזקן" (סעיף 80).

220. השנים חלפו אך ההבדלים שעליהם הצביעה המדינה בתשובתה דאז נותרו זהים – עדיין ישנן אפשרויות שונות ורבות לגידול שיער, ומאידך יש רק שתי צורות אפשריות לגידול זקן על פי הפקודה (מלא וחלקי). אז וגם היום הזכות לגידול זקן אינה זכות "פורצת מסגרת" כמו גידול שיער ארוך, שכן היא נותרה מוגבלת ואף הוקשתה אחת למספר שנים. את הזקן לא ניתן לגדל באורכים שונים ומשונים כמו את השיער, וניתן לאכוף בקלות וביעילות את הכללים לגבי צורתו ואופן גידולו. הוראות הפקודות הקודמות, בכל נוסחיהן, אפשרו לעשות כן באופן המבטיח את השמירה על המשמעת והאחידות, ואין כל חשש למצב של "איש הישר בעיניו יגדל זקנו".

221. ההגבלה על הזכות לגדל שיער ראש אמנם פוגעת קשות בזכויות יסוד של החייל באופן דומה לפגיעה בעניין שיער הפנים, אך להבדיל ממנה מדובר באיסור מידתי שכן מתאפשר לגדל שיער קצר ולא מדורג⁶¹ (ראה פרק ה' להק"א הרלוונטית – רצ"ב לעתירה כנספח כ"ט). החשש דאז כי מתן אפשרות לגדל שיער ארוך מעבר לאורך המותר בפקודות תאפשר פריצה של גבולות ברמה שתפגע במשמעת, אינו זהה לחשש הקיים ביחס לזקן.

222. עוד יש לזכור כי הזכות לגדל שיער אינה מוגבלת לחלוטין אלא שאורכו של השיער הוא אשר מוגבל. זאת, להבדיל מהאיסור הבינארי הנוגע לשיער הפנים, שאותו מבקשים המשיבים למנוע כמעט לחלוטין ללא קשר לאורכו או צורתו. על דרך ההיקש ניתן לומר כי לו היו נדרשים כלל חיילי צה"ל לגלח את שיער ראשם כליל (תספורת "גלח" או "מארינס"), למעט אישורים חריגים ביותר, ודאי שהדבר לא היה מידתי, אם כן מדוע הדבר מידתי כאשר המדיניות מבקשת לאסור את הזכות בעניין גידול הזקן כמעט לחלוטין?

⁶¹ ראה גם סעיף 45 לתשובת המדינה בעניין סבן המדגיש כי הפקודה אינה קובעת אורך שיער אחיד לחיילים אלא מסתפקת בקביעה כי השיער יהיה קצר.

223. לסיכום, בעניין סבן המדינה היא זו שהבהירה הבהר היטב את הסיבות שבגינן ההסדר בעניין גידול זקן ושפם דאז הינן מידתיות, וזאת בהשוואה לאיסור החלקי על גידול שיער בצה"ל. מכיוון שהשנים שחלפו הובילו בעיקר לצמצום הזכות והגבלתה, ומאידך לא הוכח כי חלוף הזמן ועצם קיומו של ההיתר הביא להתרופפות המשמעת ולהתרת רסן מצד המשרתים, אזי טיעוניהם המפורטים של המשיבים באותה עת יפים לנושא דנן ורלוונטיים גם היום.

ו. פגמים מנהליים

1) היעדר תשתית עובדתית סבירה

224. ההלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין היא כי רשות מנהלית המקבלת החלטה, ודאי החלטה שיש בה כדי פגיעה בזכות יסוד, צריכה לבסס את אותה החלטה על יסוד תשתית עובדתית סבירה לצורכיה של ההחלטה הנדונה (בג"ץ 987/94, יורונט קווי זהב (1992) נ' שרת התקשורת פ"ד מח(5) 412). אכן, אין די בתחושות בטן לצורכיה של קבלת החלטה מנהלית (כלשון בית המשפט בבג"ץ 349/99 מקסימוב ואח' נ' משרד הפנים, מינהל האוכלוסין פ"ד נח(1) 919, 934), ודאי החלטה מנהלית השוללת מאזרח זכויות יסוד. כפי שכבר צוין, בעניין זה אין די בהערכות לא מבוססות, ויש צורך לאסוף נתונים ולגבש מסד עובדתי של ממש.

225. בעניינינו לא הוכח כי המדיניות שאותה התווה המשיב 2, ואשר הובילה לתיקון הפתאומי בחודש יולי, מתבסס על מסגרת עובדתית שיש בה כדי להצביע כי דווקא מדיניות גידול הזקן שנהגה עד אז פוגעת במשמעת וכי איסור גידול הזקן יוביל להגברת המשמעת. אף אין ראיה כי עובר לתיקון הפקודה נאספה תשתית מנהלית סבירה המצביעה על הצורך בהגברת המשמעת, על הפערים במשמעת הצבאית או באכיפה וכיוצא-באלה. זו אף זו: הדעת נותנת כי אף אם מתקיים צורך בהגברת המשמעת (וצורך כזה, ככל שקיים, הוסתר על ידי המשיבים בתשובותיהם הלאקוניות לבקשות לפי חוק חופש המידע), צורך זה אינו עשוי מקשה אחת, הנכונה לכל יחידות הצבא, לכל חיילי הצבא.

226. מהנתונים שכן ידועים לעותר, בהתאם לנספח ו' (איגרת רע"ן משטר ומשמעת משנת 2009), עולה כי הייתה עליה במספר דוחות המשטרה הצבאית בהקשר של גידול זקן. בהיעדר נתונים נוספים אודות פילוח העבירות, ניתן להניח כי מדובר במקרים שבהם חיילים גידלו זקן ללא היתר כלל, או במקרים שבהם המגדלים חרגו מתנאי ההיתר. שני המצבים אינם מצביעים על הצורך לאסור גידול זקן דווקא ולא למשל לבקר ולאכוף את הפקודות וההוראות בנושא, לקיים הסברה וכו'.

2) היעדר קריטריונים שקופים

227. ממושכלות היסוד של המשפט המנהלי היא כי לצורך קבלת החלטה הוגנת בעניינינו של הפרט, על הרשות להציג אמות מידה שקופות שיתוו את אופן קבלתו של היתר שאיסורו פוגע בזכות. יש ביישום לעניינינו, יש להציג קריטריונים ענייניים, שוויוניים, בהירים, שקופים וברורים בנושא כה מהותי ומכריע בעניין חייהם וזכויותיהם של משרתים רבים.

228. דא עקא, שעיון בהוראות הפקודה, באגרת רע"ן משטר ומשמעת או בתשובות המשיבים השונות, מעלה כי לא פורטו בהן אמות המידה והקריטריונים לצורך הכרעה בבקשה החריגה לקבלת היתר, והדבר מהווה פגם מהותי

ביישומה של הפקודה, שהרי כל מבקש אינו יכול לדעת מה המצבים שבהם בקשתו תאושר, באילו נקודות למקד את בקשתו, מדוע אושרו בקשות של מבקשים אחרים בעוד בקשתו נשללה, ועוד ועוד פגמים אשר פוגעים קשות בחובתה של הרשות לפעול באופן שוויוני.

229. זאת ועוד, מקום שמדובר בקריטריונים האוצלים על זכותו של חייל, הרי שמוטלת על הצבא החובה לפרסם, שכן "תנאי מוקדם והכרחי לקביעתן ולהחלתן של הנחיות פנימיות הוא בהבאתן של אותן הנחיות לידיעת המעוניינים, בין בפירסומן לרבים בין אחרת" (בג"ץ 5537/91, אפרתי נ' אוסטפלד ואח', פ"ד מו(3) 501, 513).

3) יישום הפקודה באופן הפוגע בכללי ההגיונות והמנהל התקין

230. העותרים ידגיש כי יישום הפקודה בראי המדיניות המוכחשת במהלך החודשים האחרונים, מעיד על כשלים ופגמים מנהליים הפוגעים קשות בזכויותיהם של חיילי צה"ל. הדברים עולים בבירור מהמסמכים והתצהירים המצורפים לעתירה זו, אך יש להניח כי היקפם רב ומשמעותי הרבה מעבר לכך.

231. כך, בקשות רבות של חלק מהעותרים, או של חיילים אחרים שתצהיריהם צורפו לעתירה, נדחתו מבלי שנמסרו להם הנימוקים לכך, ובניגוד להוראות החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958. לחיילים רבים נאמר מראש כי בקשותיהם ישללו ואין כל טעם להגישן כי "הרמטכ"ל ביטל את הפטור האישי בצה"ל" (להפנות לתצהירים ונספחים). מחיילים רבים נמנעה הזכות להגיש ערעור, וגם כשזה הוגש נאמר להם כי חבל על זמנם והוחלט מראש שלא לאשר את הבקשות, הכל בניגוד לכללי הצדק הטבעי ובניגוד מוחלט להליך הקבוע בפקודה. טעמים אלה לבדם, יש בהם כדי להצדיק מתן סעד לעותרים אלה, אך הם מעידים על גישתם המהותית של המשיבים ובעיקר של המשיב 2, אשר ביקש למנוע את התופעה ברחבי הצבא.

232. במישור הסעד הכללי, ניתן לומר בתמצית כי יישום הפקודה בצה"ל לקה בין היתר גם בפגמים הבאים: מפקדים רבים אמרו לפקודיהם כי מוטב שלא יגישו את הבקשה וכי אין כל טעם להגישה בשל "הוראת הרמטכ"ל", מפקדים רבים הודיעו מראש לכלל החיילים כי כל הבקשות מטעמים אישיים יידחו על ידם באופן גורף ורק היתרים מטעמי דת יינתנו, ואחרים כלל לא איפשרו לפקודיהם להגיש בקשה. מפקדים רבים הורו לפקודיהם להתגלח בניגוד לפקודה לפני תום תקופת המעבר, וכן שללו מחיילים בעלי היתרים בתוקף את היתריהם שלא כדין, ללא מתן זכות שימוע וללא נימוקים. מפקדים רבים הגבילו את חירותם של פקודיהם ואסרו להם לצאת לביתם עד אשר יתגלחו. מפקדים רבים נמנעו מלפגוש את החייל המבקש בניגוד לחובה שבפקודה, מפקדים רבים לא נימקו את המלצתם השלילית בניגוד לחובה שבפקודה, הגורמים המוסמכים לא נימקו את החלטותיהם או נימקו אותן באופן שרירותי, ועוד ועוד פגמים רבים אחרים, המעידים כאלף עדים על כך שהרושם שהתקבל בצבא בעקבות הוראתו של המשיב 2, הוא כי יש לאסור את הזכות לגדל זקן שלא מטעמי דת ולצמצמה עד כדי העלמתה.

פרק שישי: לא התקיימו התנאים לשלילת היתר קיים לגבי אף אחד מהעותרים

233. מדובר בעתירה רחבת היקף ביותר. הן מבחינת כמות העותרים והן לנוכח העובדה שהצבא מכחיש את המדיניות בפועל, ונדרשה פרישה של עשרות ראיות לקיומה של אותה מדיניות. מטעם זה סקרנו לעיל את ההליכים בעניינו של כל עותר בקיצור מירבי ככל הניתן (כאשר כלל המסמכים וההתכתבויות לגבי כל העותרים מצורפים בנספחים).

234. עם זאת, כחוט השני עוברת בתוך העתירה והראיות העובדה הפשוטה כי הבחינה המחודשת והמאסיבית של היתרים קיימים שניתנו כדין בעניינו של פרט מסוים נעשתה ללא שינוי נסיבות כבד משקל אשר מצדיק זאת.

235. זאת ועוד, אף אם נקבל את עמדת המשיבים כי ניתן היה לבצע בחינה מחודשת ועדכנית בראי תיקון הפקודה

והעברת הסמכויות למפקדי היחידות [REDACTED] הרי שגם בחינה שכזו צריכה להיעשות תוך הקפדה על הכלל האמור – שהרי העילות לקבלת פטור זקן לא השתנו. כלל זה במשפט המנהלי נהוג מימים ימימה, ולפי אין רשות מנהלית משנה את החלטתה בעניינו הקונקרטי של הפרט כאשר ההחלטה החדשה אינה מטיבה עימו, אלא במקרים חריגים בהם ישנן נסיבות כבדות משקל המצדיקות זאת, ותוך בחינת שיקול הדעת שהנחה את הרשות בהחלטתה לעשות כן (דפנה ברק-ארז – משפט מינהלי, כרך א', עמ' 374-371 (ההוצאה לאור של לשכת עו"ד, 2010) – להלן: "ברק-ארז").

236. לא זו אף זו, חלק מכלל נקוט זה קובע כי חרף כוחה של הרשות לתקן ולשנות את החלטתה, קיימת הנחה, הניתנת לסתירה, נגד שינויה של החלטה מסוימת שכבר נתקבלה (ברק-ארז, עמ' 373). הסיבות לכלל זה הן רבות ומגוונות: הגנה על אינטרס ההסתמכות והציפייה הסבירה של הפרט, מניעת שרירותיות בהחלטות הרשות, הצורך בקיומה של וודאות משפטית, והחשש שמא קיומן של ריבוי החלטות באותו עניין עלול לשמש אינדיקציה לאי תקינות מנהלית (שם, ע' 373). אשר על כן, פסיקתו של בית משפט נכבד זה ביחס לתיקון וביטול החלטות שכבר ניתנו בעניינו של הפרט, עוסקת בעיקר בשאלת שיקול הדעת שהנחה את הרשות וגרם לה לשנות או לבטל את החלטתה (ולא בשאלתה סמכותה לעשות כן, שאינה שנויה במחלוקת).

237. הראיות והעדויות הרבות שהובאו לעיל, מבססות היטב את הטענה כי עובדת קיומו של היתר קיים קודם לבחינה המחודשת כלל לא היוותה משקל בעת קבלת ההחלטה המחודשת, ודאי לא באופן כבד משקל כפי שראוי היה לעשות. עוד ברור, כי כלל לא היתה הנחת מוצא לפיה, ככלל, ההחלטה (הייתה ההיתר) לא תשונה, אלא אם יהיה שינוי נסיבות המצדיק זאת. אם כן, גם אם תמצוי לומר כי המשיבים רשאים היו לערוך בחינה רוחבית של כלל ההיתרים הקיימים מבלי שהשתנו נסיבותיו של בעל ההיתר, הרי שנקודת המוצא בעת בחינה זו הייתה צריכה להיות הותרת ההיתר על כנו, אלא אם נתגלו נסיבות חדשות כבדות משקל הצדיקות את שלילתו.

נדמה, ועל כך לא יכול להיות עוררין נוכח הראיות שפורטו בעתירה זו, כי נקודת המוצא בעת בחינת הבקשות המחודשות הייתה דווקא הפוכה – שלילת ההיתר היא זו שעמדה לנגד עיני המפקדים כנקודת מוצא, ורק בנסיבות חריגות אושר ההיתר מחדש. זאת ועוד, בכל אחד ואחד מהמקרים שהובאו בעניינם של העותרים, לא חל כל שינוי נסיבות שהצדיק את בחינת ההיתר למעט שינוי המדיניות, אותה מוסיפים המשיבים להכחיש. בהקשר זה יוער, כי גם מתן נימוקים לשלילת ההיתר בדיעבד לאחר פניה לגורמים משפטיים, כפי שנעשה בעניינם של חלק מהעותרים, לא מרפאת פגם זה שכן אין היא מתייחסת לשינוי נסיבות רלוונטי או לטעמים כבדי משקל.

238. סוף דבר בהקשר זה, העותרים יטענו, כי בחינה מאסיבית של כל בעלי ההיתרים לגידול זקן בצה"ל אינה יכולה להיכנס לגדר אותם מקרים חריגים ומיוחדים, ודאי לא כאשר הדבר נעשה בראי המדיניות החדשה והוראות הרמטכ"ל לפיה יש לצמצם באופן ניכר את בעלי ההיתרים מטעמים אישיים (או כאלה מטעמי דת שאינם

דתיים "מספיק" או דתיים "באמת"). ודאי שבחינה רוחבית שכזו אינה יכולה להיעשות כאשר נקודת המוצא שבה היא שלילת ההיתר כל עוד לא יימצא טעם חריג לאישורו, וזאת בניגוד גמור לכלל וההנחה לפיהן בחינה מחודשת צריכה להיעשות במתווה הפוך – הותרת ההיתר על כנו כל עוד לא יימצא טעם חריג לשלילתו.

סוף דבר

239. לאור כלל המפורט, העותר יחזור על עיקרי עתירתם ויבקשו כי בית המשפט הנכבד יוציא תחת ידו צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא ליתן טעם:

א. מדוע לא יורו על ביטול התיקון, מאחר והוא פוגע באופן בלתי מידתי וללא כל הצדקה בזכותם של חיילי צה"ל לכבוד, וכן מפלה באופן פסול בין קבוצת החיילים המקיימים אורח חיים דתי ובין קבוצת החיילים שאינם מקיימים אורח חיים זה, ובכללם העותר.

ב. מדוע לא יוסיפו להחיל את הוראות הפקודה כפי שהיו בתוקפן עד ליום 30.06.15, ואשר הסמיכו כל מפקד בדרגת סגן אלוף להתיר לחייל המצוי תחת פיקודו לגדל זקן או שפם בהתאם לרצונו החופשי ולאורחות חייו, מטעמי דת או מטעמים אישיים אחרים, בכפוף לשיקול דעתו של המפקד, וזאת כפי שהיה בעניינו של העותר ושל חיילים רבים עד לתיקון הפקודה.

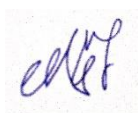
ג. מדוע לא ישיבו לעותרים את היתרי גידול הזקן אשר היו בקשותם ואשר נשללו מהם ללא שינוי נסיבות, ללא הצדקה וללא הנמקה כדין.

ד. לחילופין, יבקש העותרים מבית המשפט הנכבד להעניק לו ולכלל חיילי צה"ל שנפגעו או צפויים להיפגע מהתיקון כל סעד אחר אותו יראה בית המשפט הנכבד כנכון וצודק ליתן בנסיבות העניין.

240. אשר כל כן, ביהמ"ש הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש לעיל, ולהפוך את הצו על תנאי להחלטי לאחר שמיעת תשובת המשיבים, ככל שתוגש.

241. לעתירה זו מצורפים תצהירי העותרים ותצהירים נוספים לביסוס העובדות והטענות המפורטות, בהתאם לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984.

242. מן הדין ומן הצדק לקבל את העתירה.



ליאור שטלצר, עו"ד
בא כוח העותרים



אפרת נחמני-בר, עו"ד
באת כוח העותרים