

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 6427/02

בג"ץ 6428/02

בג"ץ 6429/02

בג"ץ 6438/02

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המישנה לנשיא (בדימי) מ' חשין  
כבוד השופטת ד' ביניש  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופט ס' ג'ובראן  
כבוד השופטת א' חיות

- העותרת בבג"ץ 6427/02 : התנועה לאיכות השלטון בישראל
- העותרים בבג"ץ 6428/02 : 1. "ישראל אחרת" – אפשר ישראל אחרת, מתעוררים ונלחמים באדישות  
2. ח"כ רן כהן  
3. ח"כ נעמי חזן  
4. מפלגת מרצ – ישראל הדמוקרטית
- העותרת בבג"ץ 6429/02 : שינוי – מפלגת המרכז
- העותר בבג"ץ 6438/02 : יהודה רסלר, עו"ד, רס"ן במיל'

נ ג ד

- המשיבים בבג"ץ 6427/02 : 1. הכנסת  
2. שר הביטחון  
3. היועץ המשפטי לממשלה
- המשיבים בבג"ץ 6428/02 : 1. היועץ המשפטי לממשלה  
2. שר הביטחון
- המשיבים בבג"ץ 6429/02 : 1. ממשלת ישראל  
2. שר הביטחון  
3. היועץ המשפטי לממשלה
- המשיבים בבג"ץ 6438/02 : 1. כנסת ישראל  
2. שר הביטחון

עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י' בכסלו התשס"ו (11.12.2005)

בשם העותרת בבג"ץ 6427/02: עו"ד אליעד שרגא; עו"ד ברק כלב;  
עו"ד צרויה מידד-לוזון

בשם העותרים בבג"ץ 6428/02: עו"ד אורי קידר; עו"ד זיוון טובי אלימי

בשם העותרת בבג"ץ 6429/02: עו"ד גדעון קורן; עו"ד אורי שוורץ

בשם העותר בבג"ץ 6438/02: בעצמו; עו"ד יפה דולב

בשם המשיבים בבג"ץ 6427/02, בבג"ץ 6428/02, בבג"ץ 6429/02  
בבג"ץ 6438/02: עו"ד אסנת מנדל; עו"ד אבי ליכט

## פסק-דין

הנשיא א' ברק:

חוקיותה וחוקתיותה של דחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות אשר תורתם אומנותם נבחנה בבית משפט זה מספר פעמים. בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון (פ"ד נב(5) 481; להלן – פרשת רובינשטיין) קבענו כי שר הביטחון הפעיל את סמכותו בעניין דחיית השירות של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם שלא כדין. קבענו כי הסמכות לקביעת ההכרעה העקרונית בעניין זה נתונה לכנסת. לאחר פסק דיננו בפרשת רובינשטיין, חוקקה הכנסת את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן – חוק דחיית השירות). החוק קובע הסדר מיוחד בכל הנוגע לדחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות אשר תורתם אומנותם. האם הסדר זה – כפי שעוגן בחוק – הינו חוקתי? זו השאלה המונחת בעתירות שבפנינו.

1. סוגיית דחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם ימיה כמעט כימי המדינה (ראו למשל: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 449-451 (להלן – פרשת רסלר 1); פרשת רובינשטיין, עמ' 492-491). עוד בשנותיה הראשונות של המדינה הורה שר הביטחון לדחות את גיוסם של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם. הטעם להסדר זה היה הרס הישיבות באירופה בשואה, והרצון למנוע סגירתן של הישיבות בישראל בשל גיוסם של תלמידי הישיבות לצבא. באותה עת, מספר המשוחררים לא עלה על כארבע מאות תלמידי ישיבות בשנה שלמדו במספר קבוע ונתון של ישיבות. בשנות ה-70 התרחב הסדר דחיית שירות הביטחון לתלמידי ישיבות. מכסת תלמידי הישיבות שזכו לדחיית השירות גדלה ל-800 איש ולכסוף בוטלה. ההגבלה על מספר הישיבות השותפות להסדר בוטלה אף היא. מספר הזכאים להסדר דחיית השירות גדל. במקביל, חל באותם שנים שינוי בטעמים שעמדו ביסוד ההסדר. הטעמים החדשים שעמדו ביסוד ההסדר הם, בעיקרו של דבר, הרצון לאפשר לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם להמשיך בתלמודם והתפיסה כי יעילות שירותם הצבאי של תלמידי ישיבה מוטלת בספק (פרשת רובינשטיין, עמ' 491).

2. הסדר דחיית שירות הביטחון של תלמידי הישיבות שתורתם אומנותם נמצא במרכזו של דיון ציבורי מתמיד. הוא נדון פעמים רבות בכנסת (פרשת רסלר 1, עמ' 450; פרשת רובינשטיין, עמ' 494). כן נדרשו לו מספר ועדות שמונו לצורך כך, שהעלו הצעות שונות לפתרון בעיית גיוסם של תלמידי הישיבות (ראו למשל: פרשת רובינשטיין, עמ' 492). עניין יישום סדרי דחיית גיוסם של תלמידי הישיבות עלה אף מספר פעמים בדו"ח מבקר המדינה (שם, עמ' 493). במקביל, הונחה מספר פעמים בפני בית המשפט העליון שאלת חוקיותו וחוקתיותו של הסדר זה. הניסיונות הראשונים לתקוף את ההסדר שאימץ שר הביטחון לא צלחו, לאור עמדת בית המשפט העליון כי לעותרים אין מעמד בדין והנושא אינו שפיט (ראו: בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 238; בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 81; ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708; בג"ץ 179/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(4) 421). שינוי בעמדת בית המשפט העליון אירע בפרשת רסלר 1. נקבע בה כי לעותר מעמד בדין וכי עתירתו שפיטה (נורמטיבית ומוסדית). לגוף העתירה נפסק כי דחיית השירות הניתנת על ידי שר הביטחון לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם היא בגדר סמכותו של השר ואינה חורגת ממיתחם הסבירות. קביעות אלו התבססו על הנתונים העובדתיים שהוצגו באותה פרשה, לפיהם, מתוך המחזור המתגייס לצה"ל ב-1987 קיבלו 1,674 תלמידי ישיבות

דחיית גיוס (כ-5.4% מכלל המחזור). 17,017 תלמידים נמצאו בהסדר של דחיית שירות. עם זאת, כפי שציינו שם, "יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול, שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות" (פרשת רטלר 1, עמ' 505).

3. בשנת 1997 הוגשה עתירה נוספת לבית המשפט העליון. נטען בה כי הסדר דחיית השירות של תלמידי הישיבות שתורתם אומנותם אינו חוקי (פרשת רובינשטיין). לפי הנתונים שהוצגו בפנינו, חל גידול עקבי במספר תלמידי הישיבות שגיוסם נדחה. נכון לשנת 1996 היו 28,547 "דחויי שירות" במעמד תורתו אומנותו. מספרם של המקבלים דחיית שירות מטעם זה עמד על כ-7.4% משנתון הגיוס. בפסק דינונו בפרשת רובינשטיין (שניתן ביום 9.12.1998), התקבלה העתירה. הגענו למסקנה כי שר הביטחון אינו רשאי עוד ליטול לעצמו את הסמכות להכריע בסוגית גיוס תלמידי הישיבות שתורתם אומנותם. צויין בפסק הדין כי הבעיה האידיאולוגית והחברתית הקשורה בגיוסם של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם חייבת למצוא את פתרונה בהסדר ראשוני, כלומר בחוק של הכנסת (שס, שם). עם זאת, ומתוך שסברנו כי "אין אפשרות מעשית לשנות את המצב הקיים בעניין זה, זמן רב כל כך, מהיום למחר" (שס, 530), החלטנו להשעות את תוצאות הכרעתנו לשנה מיום מתן פסק הדין. מטרת ההשעיה הייתה "לאפשר לשר הביטחון או לכנסת לקיים דיון ענייני ומסודר בסוגיה זו, על כל השלכותיה", וכן, להכין את המסגרות הנדרשות לשינוי המצב הקיים אם אכן יוחלט על כך (שס, שם).

השלכות פרשת רובינשטיין והליכי החקיקה שבעקבותיה

4. באוגוסט 1999, מינה ראש הממשלה ושר הביטחון דאז (מר אהוד ברק) ועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם לצה"ל. בראשות הוועדה עמד שופט בית המשפט העליון (בדימוס) צ' א' טל (להלן – ועדת טל). כן מונו כחברי הוועדה עו"ד י' הרצוג, עו"ד ד"ר י' וינרוט, מר ח' ישראלי, הרב א' טננבוים, אלוף (מיל) מ' נתיב, ניצב (דימ') י' סדן, עו"ד ר' סטוביצקי, הרב מ' קרליץ ועו"ד י' שופמן. הוועדה נתבקשה להגיש המלצותיה, לעניין "הדרך הראויה בחקיקה ראשית... אשר מכוחה יהיה שר הביטחון מוסמך... לפטור יוצאי צבא... או לדחות את שירותם... מן הטעם של 'תורתו אומנותו'". כן נתבקשה הוועדה להתייחס לכך "שהפטור או הדחייה האמורים יוכלו לחול על בני ישיבות, ללא הגבלה במספרם, הואיל וככלל אין כוונה למנוע מבני ישיבות להמשיך בלימודיהם, הכול בכפוף לחוק" (ראו: דו"ח ועדת טל, בעמ' 1). במקביל לדיוני הוועדה, ובשל הצורך לאפשר לוועדה לגבש את

המלצותיה ולמשלה ליזום את הליכי החקיקה הנדרשים, החליט בית המשפט להאריך את השעיית תוצאותיו של פסק הדין בפרשת רובינשטיין עד ליוני 2000 (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נה(2) 241; החלטה מיום 6.12.1999).

5. באפריל 2000 הגישה ועדת טל לשר הביטחון את המלצותיה. המלצות אלו התקבלו על דעת כל חברי הוועדה, הגם שחלקם הוסיפו הסתייגויות להמלצות אלו (דו"ח ועדת טל, עמ' 9-10). בפתח דבריה ציינה הוועדה כי היא השתכנעה כי עיקר הבעיה בהסדר הקיים אינה ביטחונית אלא חברתית (שס, בעמ' 8). אשר לשינוי המצב הקיים, ציינה הוועדה, כי יש להכיר בכך כי "הלימוד בישיבה הינו סוג יחודי של פעילות אנושית, אשר ספק אם יש לה אח ורע בעולם כולו, ואשר קיים קשר ישיר ומובהק בינה לבין שרידותו של העם היהודי לאורך הדורות" (שס, בעמ' 9). עוד צויין, כי כל שינוי במצב הקיים צריך להתבצע באופן הדרגתי ובהסכמה של תלמידי הישיבות. גיוס כפוי של תלמידי הישיבות אינו מעשי ואין בו תועלת ביטחונית ממשית (שס, בעמ' 3). "הדרך לשינוי המצב עוברת באמצעות שינויים איטיים ושקולים, היוצרים מגמה, ולא באמצעות שינויים חדים, פתאומיים וכבדי משקל, ועיקר העיקרים – בהסכמה של עולם הישיבות" (שס, בעמ' 9). לגופן של מסקנות הוועדה והמלצותיה, הרי שככלל עמדת הוועדה הייתה, שאין לגייס את בחורי הישיבות בכפייה. על כן, יש להסדיר בחקיקה את האפשרות להמשיך ולדחות את שירותם של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם המבקשים להמשיך ללמוד. יחד עם זאת, ובשונה מן המצב שהיה קיים בעת ההיא, הציעה הוועדה לכלול בהסדר חלופות נוספות שיועמדו לבחירתם, תוך הנהגת "שנת הכרעה". במהלך "שנת הכרעה" לא יגויס תלמיד הישיבה על אף שאינו לומד בישיבה. פרק זמן זה עשוי לתרום להסתגלות תלמיד הישיבה למעבר מעולם הלימוד לחיי הצבא. בסופה של שנה זו יוכל תלמיד הישיבה להחליט אם ברצונו לחזור ללמוד בישיבה תוך המשך דחיית שירותו או שמא להשתלב בצבא בשירות צבאי מקוצר או במסגרת של שירות אזרחי. הוועדה הדגישה כי המלצותיה הן בגדר מיקשה אחת, ויש חשיבות בישומן המלא והמקביל (שס, בעמ' 95). יישום ההמלצות יחייב חקיקה והערכות מנהלית וארגונית, הן בצה"ל והן מחוצה לו. כל זאת לשם מציאת נקודת איזון חדשה, הפוגעת פחות בעקרון השוויון, המתחשבת באמונתם הדתית של תלמידי הישיבות, והיוצרת מארג חברתי חדש (שס, בעמ' 97).

6. נוכח הגשת המלצות ועדת טל, נתבקשנו להאריך את תקופת ההשעיה. הסכמנו לכך. תקופת ההשעיה של הכרזת הבטלות שנקבעה בפרשת רובינשטיין הוארכה על כן פעם נוספת (ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נה(2) 246; החלטה מיום 30.5.2000). במקביל, ועל בסיס המלצותיה של ועדת טל, פורסמה ברשומות

(ביום 27.6.2000) הצעת חוק שירות ביטחון (דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם) (הוראת שעה), תש"ס-2000 (להלן – הצעת חוק דחיית השירות). ההצעה נועדה לעגן בחקיקה את סמכותו של שר הביטחון לדחות את גיוסם של תלמידי ישיבות המקיימים תנאים מוגדרים; לאפשר לצה"ל לקלוט תלמידים אלה במסגרות המתאימות להם, וכן להעניק למיועד לשירות ביטחון שלמד בישיבה במשך חמש שנים והגיע לגיל 23, "שנת הכרעה" שבסיומה יוכל לבחור אם לחזור ללימודיו התורניים בישיבה או להשתלב, בהתאם לצורכי הצבא, בשירות צבאי מקוצר או בשירות אזרחי, וכן בשירות מילואים. לאחר אישורה על-ידי מליאת הכנסת בקריאה ראשונה (ביום 3.7.2000) הועברה הצעת חוק דחיית השירות לעיונה של "ועדה לעניין מסוים" שהוקמה לצורך זה (בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699, 703-704; להלן – פרשת רסלר 2). ועדה זו בחנה את סוגיית גיוס תלמידי הישיבות מראשיתה. בראש הוועדה הוצב חבר הכנסת ס' טריף שהוחלף, ביוני 2001, בחבר הכנסת י' כץ. הוועדה ניהלה עשרות דיונים, שמעה מומחים שונים וקיימה סיורים (סיכומי המשיבים מיום 25.1.2004, פסקה 49). בסופם של הדיונים בוועדה הובאה הצעת חוק דחיית השירות לקריאה שנייה ושלישית (ביום 24.7.2002). בתום יום דיונים ער התקבל החוק בתמיכה של 51 חברי כנסת, למול 41 מתנגדים (דברי הכנסת, חוברת ל"ו, בעמ' 8584 ואילך).

7. יצויין, כי במקביל להליכי החקיקה נתבקש בית המשפט להאריך בשלישית את תקופת ההשעיה. הבקשה נתקבלה (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נה(2) 251; החלטה מיום 7.9.2000). משלא נחקק החוק בתום תקופת האורכה השלישית הוגשה בקשה רביעית להארכת תקופת ההשעיה. בקשה זו נדחתה (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נה(2) 255; החלטה מיום 19.12.2000). בהמשך לכך, חוקקה הכנסת את חוק שירות ביטחון (מיועד לשירות ביטחון שתורתו אומנותו) (הוראת שעה), התשס"א-2001, ואת חוק דחיית שירות ביטחון לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (הוראת שעה), התשס"א-2001. חוקים אלו באו לעגן בחוק את המצב הקיים כפי שהיה טרם פסק דיננו בפרשת רובינשטיין, וזאת עד לסיום הדיון בהצעת החוק. עתירות שהוגשו לבית משפט זה כנגד חוקתיותם של חוקים אלו נדחו (פרשת רסלר 2). מבלי להכריע בתוכנם של החוקים נקבע בנסיבות העניין, כי נוכח היותם של החוקים שנתקבלו זמניים באופיים, וכן נוכח קיומם של הליכי חקיקה בעניין, ניתן לקבוע כי חוקים אלו עומדים במבחני הביקורת החוקתית (פרשת רסלר 2).

8. ביום 24.7.2002 נתקבל בכנסת חוק דחיית השירות. חוקתיותו של חוק זה היא המונחת ביסוד העתירות שלפנינו. החוק בא לקבוע הסדר חדש, שונה מן ההסדר שהופעל על ידי שר הביטחון לפני פסק דיננו בפרשת רובינשטיין, ומן ההסדר שעוגן בחוקים הזמניים. ההסדר כולו, על פרטיו, מצוי בסעיפים 2-6 לחוק דחיית השירות. סעיפים אלה קובעים את סמכותו הכללית של שר הביטחון לדחות את השירות של מיועד לשירות ביטחון הלומד בישיבה ואת התנאים להחלטה על דחייה מעין זו. וכך נקבע בחוק:

”דחיית שירות

2. לבקשת מיועד לשירות ביטחון, רשאי השר לדחות, בצו, את מועד התייצבותו לרישום, לבדיקה רפואית או לשירות ביטחון (להלן - צו דחיית שירות) אם התמלאו בו כל אלה:

(1) הוא לומד בישיבה באופן סדיר, בהיקף שלא יפחת מארבעים וחמש שעות בשבוע, למעט בתקופות חופשה שקבע השר;

(2) הוא אינו עוסק בכל עיסוק בנוסף על לימודיו בישיבה ולגבי מיועד לשירות ביטחון שחלו עליו צווי דחיית שירות במשך ארבע שנים לפחות, ומלאו לו 23 שנים - הוא אינו עוסק בעיסוק נוסף בשעות לימודיו בישיבה כאמור בפסקה (1);

(3) הוא הצהיר, בתצהיר שניתן בהתאם לסעיף 15 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל”א-1971, כי מתקיימים בו התנאים בפסקאות (1) ו-(2);

(4) ראש הישיבה שבה הוא לומד אישר בכתב כי מתקיים בו התנאי שבפסקה (1), והתחייב כי כאשר יחדל להתקיים בו התנאי האמור יודיע על כך לפוקד בתוך 30 ימים.

הוראות בדבר מתן הצו

3. (א) צו דחיית שירות יינתן לתקופה שלא תעלה על שנה אחת.

(ב) השר רשאי לחזור ולתת צו דחיית שירות כאמור בסעיף קטן (א), ובלבד שהתצהיר והאישור לפי סעיף 2(3) ו-(4) יינתנו מחדש עובר למתן כל צו.

(ג) צו דחיית שירות יינתן לכל מי שמתקיימים בו התנאים שבסעיף 2, וכן התנאים המוקדמים שנקבעו לפי סעיף 13(א)(2), אלא אם כן שוכנע השר שצורכי הביטחון של מדינת ישראל אינם מאפשרים זאת.

#### תנאים לדחיית שירות

4. צו דחיית שירות מותנה בכך שימשיכו להתקיים במי שהצו חל עליו התנאים האמורים בסעיף 2(1) ו-2(2) כל עוד הצו בתוקפו.

9. חוק דחיית השירות מוסיף וקובע, לצד ההוראות שבסעיפים 4-2, הסדרים נוספים, חדשים, בקשר לדחיית השירות של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם:

#### "שנת הכרעה

5. (א) מיועד לשירות ביטחון שחלו עליו צווי דחיית שירות במשך ארבע שנים לפחות, ומלאו לו 22 שנים, ולא מתקיימים בו עוד התנאים שבסעיף 2, רשאי השר לדחות, בצו, את מועד התייצבותו לרישום, לבדיקה רפואית או לשירות ביטחון, לתקופה שלא תעלה על שנה אחת.

(ב) לא יינתן צו לפי סעיף זה למיועד לשירות ביטחון יותר מפעם אחת.

(ג) על צו לפי סעיף זה יחולו הוראות סעיף 3(ג), בשינויים המחויבים.

(ד) אין בהוראות סעיף זה כדי לפגוע בסמכות השר לתת צו דחיית שירות למיועד לשירות ביטחון ששבו והתקיימו בו התנאים שבסעיף 2.

#### שירות אזרחי

6. (א) בסעיף זה, 'שירות אזרחי' – שירות למטרות בריאות, רווחה, קליטת עליה, שמירת הסביבה ובטחון הפנים ושירותי הצלה, בהתאם לתקנות שקבע שר העבודה והרווחה בהסכמת השר ושר האוצר, בהתייעצות עם השרים הנוגעים בדבר, ובאישור ועדת העבודה והרווחה והבריאות של הכנסת.

(ב) השר רשאי לדחות את מועד התייצבותו לרישום, לבדיקה רפואית או לשירות ביטחון של מיועד לשירות ביטחון המשרת בשירות אזרחי.

(ג) מיועד לשירות ביטחון ששירת שירות אזרחי במשך שנה לפחות, פטור מחובת שירות סדיר.



(ד) מיועד לשירות ביטחון ששירת שירות אזרחי במשך 21 ימים בשנה לפחות, לא ייקרא לשירות מילואים באותה שנה.

(ה) סעיף זה לא יחול אלא על מיועד לשירות ביטחון שחל עליו צו דחיית שירות במשך ארבע שנים לפחות ומלאו לו 22 שנים, ואשר בקשתו לשרת שירות אזרחי אושרה על ידי השר.

10. ההסדר הכולל הקבוע בחוק דחיית השירות דומה, ככלל, להמלצות ועדת טל. החוק קובע שבהתקיים תנאים מסוימים, שר הביטחון רשאי להעניק צו דחיית שירות, למשך שנה, לתלמידי ישיבות (סעיפים 2 ו-3 לחוק). עם תנאים אלו נמנים, בין היתר, מכסה מינימאלית של שעות לימוד לתלמיד ישיבה, איסור עבודה בשעות הלימוד בישיבה, תצהיר של תלמיד הישיבה ואישור מראש הישיבה. החידוש העיקרי בחוק, לעומת המצב שקדם לו, הוא קיומה של "שנת הכרעה" (סעיף 5 לחוק). לפי הסדר זה יכול תלמיד ישיבה שגיוסו נדחה במשך ארבע שנים והוא הגיע לגיל 22, לקבל צו לדחיית גיוס למשך שנה אחת, אפילו לא מתקיימים בו התנאים הרגילים לשם דחיית השירות. לאחר "שנת הכרעה" יוכל תלמיד הישיבה לבחור האם לשוב למסלול הקודם של לימודים בישיבה – תוך המשך דחיית השירות הצבאי – או שמא להתגייס למסלול של שירות ביטחון. האפשרות לקבל "שנת הכרעה" נתונה לכל תלמיד ישיבה פעם אחת בלבד. בד בבד, קובע החוק מסלול חלופי המיועד לבחורי הישיבה, הוא מסלול של שירות אזרחי (סעיף 6 לחוק). שירות זה הינו חלופי לשירות הצבאי. האפשרות לבחור בו נתונה רק למי ששירותו נדחה במשך ארבע שנים והוא בן 22, והוא עומד ממילא גם לרשות אותם תלמידי ישיבות ששירותם נדחה למשך שנת הכרעה ובסופה מבקשים הם לשרת שירות אזרחי. כפי שנמסר לנו (בהודעת המשיבים מיום 9.8.2004), ההכרעה בעניין זה בין שירות צבאי ושירות אזרחי תלויה באישור שלטונות צה"ל ואין היא נתונה בידיו של המיועד לשירות ביטחון בלבד. מיועד לשירות ביטחון המשרת שירות אזרחי במשך שנה אחת פטור מחובת שירות סדיר. באופן דומה, שירות אזרחי עשוי להוות תחליף לשירות מילואים בשנה מסוימת. יש לציין, כי חלופת השירות האזרחי כפופה להתקנת תקנות מתאימות בידי שר העבודה והרווחה, בהסכמת שר הביטחון ושר האוצר. תקנות אלו טרם הותקנו. לבסוף נזכיר, כי החוק פורסם ביום 1.8.2002. החוק נכנס לתוקף ששה חודשים לאחר פרסומו, ביום 1.2.2003 (סעיף 17 לחוק). תוקפו לחמש שנים מיום פרסומו (עד ליום 1.8.2007). לכנסת נתונה הסמכות להאריך תוקף החוק, בהחלטה, לתקופות נוספות של עד חמש שנים (סעיף 16 לחוק).

11. סמוך לאחר חקיקת חוק דחיית השירות (ביום 24.7.2002), הוגשו ארבע העתירות שלפנינו. העתירות אוחדו בשל הדמיון ביניהן. בהחלטתנו (מיום 8.12.2002) קבענו כי התיקים ישמעו על דרך של סיכומים בכתב, כאשר לאחר קבלת הסיכומים יוחלט על המשך הטיפול בעתירות. באפריל 2004 הוגשו הסיכומים האחרונים בעניין. לאחר קבלת סיכומי הצדדים נקבע (בהחלטתנו מיום 1.6.2004) המותב שידון בעתירות. בהחלטה נוספת (מיום 14.7.2004), שניתנה לאחר שמיעת בעלי הדין, נקבע כי בהסכמת הצדדים נראה בעתירות כאילו הוצא בהן צו-על-תנאי. הורינו למשיבים להמציא לעותרים נתונים מעודכנים באשר להגשמת החוק. בהודעת המדינה לעניין זה נמסר כי בשנת 2003 נמנו סך הכל 38,449 דחויי שירות. שיעורם של המצטרפים להסדר דחיית השירות עמד על 11% מכלל השנתון. עוד נמסר כי עד הגשת ההודעה יצאו 464 דחויי שירות לשנת הכרעה. מתוכם, סיימו את שנת ההכרעה 61 תלמידים. מתוך קבוצה זו 19 נמצאים בהליכי גיוס, 19 ביקשו לשוב למעמד של תורתו אומנותו וחמישה ביקשו להיכנס למסלול של שירות אזרחי. עם זאת, מסלול השירות האזרחי טרם הוקם ולכן חמישה תלמידים אלו שבו למעמד תורתו אומנותו, כלומר לדחיית שירותם. עוד נמסר כי בחודש פברואר 2004 הודיע ראש הממשלה (מר א' שרון) על מינוי ועדה לבחינת שינויים בחוק בראשות השרה צ' ליבני. ביום 1.8.2004 מונתה ועדה לתכנון שירות לאומי אזרחי בישראל בראשות האלוף (מיל') ד' עברי.

12. בהחלטה נוספת (מיום 27.2.2005) הורינו למדינה להעמיד לרשותנו נתונים עדכניים באשר לתלמידי ישיבות דחויי שירות וכן נתונים באשר לשנת ההכרעה. בהודעה משלימה זו, השנייה במספר, נמסר כי נכון ליום 9.5.2005, נמצאים במסלול תורתו אומנותו 41,450 דחויי שירות. באשר לשנת ההכרעה, נמסר כי נכון לחודש יולי 2005, יצאו לשנת הכרעה 1,115 דחויי שירות. 457 מתוכם סיימו את שנת ההכרעה. 31 מתוכם התגייסו, 178 נמצאים בהליכי גיוס, 106 חזרו למסלול תורתו אומנותו ו-48 ממתנינים לשיבוץ בשירות האזרחי. באשר לקיומו של השירות האזרחי, נמסר כי ועדת עברי הגישה המלצותיה בחודש פברואר 2005. המלצותיה – הכוללות הפעלת מסגרת ממשלתית לטיפול בשירות הלאומי והאזרחי בישראל – הועברו לטיפול ראש הממשלה ושרת המשפטים, גב' צ' לבני.

13. לאחר קבלת ההודעות המשלימות נשמעו (ביום 10.7.2005), העתירות שלפנינו בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים. בסיום הדיון הוחלט כי המדינה תגיש הודעה משלימה נוספת (שלישית במספר) באשר ליישומו של החוק. בהודעה המשלימה (מיום 27.9.2005) צויין כי נתקיים דיון בראשות ראש הממשלה בהמלצות ועדת עברי. במהלך הדיון עלו הקשיים ביישום החוק וסוכם כי שרת המשפטים בשיתוף משרד הביטחון, תכין הצעה ליצירת מסלול צבאי מתאים לבוחרים לשרת שירות צבאי בתום שנת ההכרעה. כן הוחלט כי יוצגו לראש הממשלה המבנה של השירות האזרחי המוצע, והצרכים הנגזרים ממבנה זה. בהמשך נתקיים דיון בראשות שרת המשפטים וגורמים נוספים וסמוך לאחריו נשלח מטעם שרת המשפטים מכתב לראש הממשלה (מיום 18.7.2005). במכתב עצמו, שצורף להודעת המדינה, ציינה שרת המשפטים כי "יישום חוק טל אינו משיבוע רצון, בלשון המעטה. חלקים בחוק, בעיקר נושא השירות האזרחי, אינם מיושמים, ואף שיעור המתגייסים לאחר שנת הכרעה נמוך מהמצופה. על כן יש צורך בשינוי מיידי במצב הקיים". במכתב צויין עוד, כי הוראות הגיוס הקיימות כיום אינן מתאימות לציבור החרדי, שכן צעירים המבקשים לעזוב את הישיבה מחוייבים בשירות צבאי מלא במסלול קרבי. התוצאה היא כי מוגבלת מאוד האפשרות של בחורי הישיבות לעזוב את הישיבה. במכתב צויין כי המסקנה הנה כי יש ליצור מסלולי גיוס אטרקטיביים לחרדים הן מבחינת אופי השירות והן מבחינת אורך השירות. במקביל יש לקדם את אפשרות הבחירה בשירות אזרחי. המדינה הוסיפה בתגובתה, כי תוכנן להתקיים דיון בראשות ראש הממשלה בסוגיות אלו אולם דיון זה נדחה בשל צורכי השעה והוא אמור להתקיים בחודש הקרוב.

14. ואכן, בהודעה האחרונה שהוגשה על ידי המדינה (ביום 9.12.2005) הודע כי אכן נתקיים דיון אצל ראש הממשלה (ביום 8.12.2005). בדיון זה הובהר כי ראש הממשלה רואה חשיבות רבה בקידום השירות הצבאי או שירות אזרחי בדגש על כוחות הבטחון וההצלה, של כל המגזרים בחברה הישראלית, וזאת במטרה לקדם את השוויון בחלוקת הנטל בחברה. אי לכך הורה ראש הממשלה על שינוי הנחיות מנהל גיוס כך שיוקמו מסלולי גיוס אטרקטיביים לחרדים מבחינת אופי השירות וכי ישונו הקריטריונים ליציאה לשירות אזרחי באופן שיאפשר גם לתלמידי ישיבה צעירים יחסית להצטרף למסלול השירות האזרחי. אשר למסלול זה של שירות אזרחי – שכאמור גם בהודעה זו של המדינה טרם יושם – הורה ראש הממשלה על שורה של צעדים ליישומו של המסלול ובהם השלמת התקנות תוך 45 ימים והקמת מינהלת לשירות אזרחי. סיכום הדיון האמור עתיד היה לבוא, על פי ההודעה, בפני ממשלת ישראל בישיבתה ביום 18.12.2005.

15. אשר לנתונים הכמותיים, כעולה מהודעת המדינה (מיום 9.12.2005), נכון לתחילת חודש דצמבר 2005 עמד מספרם של דחויי השירות בהסדר תורתו אומנותו על 45,639 יוצאי צבא. עד תחילת דצמבר יצאו לשנת הכרעה 1,432 דחויי שירות, מתוכם 618 טרם סיימו אותה ואילו 814 סיימו אותה. מבין אלו שסיימו את שנת ההכרעה, 74 התגייסו לשירות צבאי, 139 קיבלו פטור משירות, 238 חזרו למעמד של תורתו אומנותו, 11 נמצאים בחו"ל, ו-103 ממתנינים לשירות אזרחי. עוד 239 דחויי גיוס מצויים בתהליכים בלשכות הגיוס אולם כמובהר בהודעת המדינה, אין בכך כדי לומר כי דחויי גיוס אלו יגויסו בסופו של התהליך. בסמוך לאחר קבלת ההודעה קיימנו פעם נוספת דיון בעתירות (ביום 11.12.2005).

#### טענות העותרים

16. ארבע העתירות שלפנינו תוקפות את חוקתיותו של חוק דחיית השירות או סעיפים ספציפיים בו. הטענות בהן דומות. על כן, נתייחס אליהן במאוחד. טענתם העיקרית של העותרים היא שחוק דחיית השירות פוגע בעיקרון השוויון. החוק יוצר אפליה בין תלמידי ישיבות, הזכאים להסדר של דחיית שירות, ובין מי שאינם תלמידי ישיבות, המתגייסים כרגיל לצה"ל. הבחנה זו נעשית ללא שוני רלוואנטי בין תלמידי ישיבות לצעירים אחרים בני גילם. השירות בצה"ל לא פוגם בהכרח באפשרותם של תלמידי הישיבות לקיים את מצוות הדת. גם תלמידי ישיבות יכולים לשרת בצבא, כפי שאכן נעשה בנח"ל החרדי ובישיבות ההסדר. לשיטתם של העותרים, עיקרון השוויון, בו פוגע החוק, מעוגן בהיקפו המלא בהכרזת העצמאות ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לחלופין טוענים העותרים כי ההפליה שיוצר החוק עולה כדי השפלתם של אותם בני החברה האחרים שאינם תלמידי ישיבה ומתגייסים לצה"ל. השפלה זו מהווה פגיעה בכבוד האדם המעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנוסף נטען, כי הסדר דחיית השירות הקבוע בחוק דחיית השירות אף פוגע בזכויות יסוד נוספות של אותם בני החברה המחויבים בגיוס לצבא ללא יכולת לדחות את השירות. חירויות הפרט שלהם נפגעות, שכן הם נאלצים לשרת בצבא זמן רב יותר. הסיכון לחייהם ולשלמות גופם גובר. הפגיעה בקניינם, הנעשית בשל חוסר האפשרות לצבור רכוש בשירות הצבאי בסדיר ובמילואים, מתעצמת. פגיעות אלו בזכויותיהם של אלו שמחוץ להסדר מתגברות ככל שמספר הנכנסים להסדר דחיית השירות רב יותר.

17. לטענת העותרים, בשל הפגיעה בזכויות האדם חוק דחיית השירות אינו חוקתי. הוא אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. החוק, לשיטתם, אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל לא כמדינה יהודית ולא כמדינה דמוקרטית. תכליתו של החוק היא לפטור את בני החברה החרדים משירות צבאי. תכלית זו – בניגוד לתכלית שעמדה ביסוד הסדר דחיית השירות בימיה הראשונים של המדינה – אינה ראויה. זאת ועוד: חוק דחיית השירות אינו מקיים את דרישת המידתיות. אין קשר רציונאלי בין האמצעי שננקט לבין מטרתו המוצהרת של החוק, שהיא שילוב כלכלי-חברתי של הציבור החרדי. לדעת העותרים האמצעי שננקט – דחיית השירות הגורפת – לא יגביר את שילובם של החרדים בחברה. הוא יגביר את הניכור בינם לבין שאר המתגייסים לצה"ל. עוד נטען כי האמצעי שננקט אינו האמצעי הפוגעני פחות. המשיבים בחרו בדחיית שירות שמשמעותה פטור גורף לתלמידי ישיבות. ניתן היה לכאורה להתחשב בהתאמתו של תלמיד הישיבה ללימודים בישיבה. ניתן היה למצוא הסדר גיוס חלקי שיקל על הסתגלותם של תלמידי הישיבות לשירות צבאי. ההסדר הקבוע בחוק אינו מידתי גם במובנו הצר. לדעת העותרים, הנתונים שהציגה המדינה בהודעותיה המשלימות מחזקים את טענותיהם. מספר דחויי השירות הולך וגדל. שנת ההכרעה אינה משפרת את אי השוויון הבולט. חלק הארי מבין אלו שסיימו את שנת ההכרעה אינו מתגייס. טרם הוקם שירות אזרחי חליפי לשירות הצבאי. העותרים הוסיפו עוד, כי החוק אמנם נחקק לתקופה מוגבלת של חמש שנים אולם יש בתוכו מנגנון אורכה. ממילא אין הצדקה לראותו כהסדר זמני, מה גם שקיים חשש שההסדר הזמני יהפוך לקבוע. אין כל הצדקה למנוע את התערבותו של בית המשפט בהסדר בלתי חוקתי זה.

תשובת המדינה

18. המשיבים ביקשו כי נדחה את העתירות. הם טענו, כי יכול וההסדר שעוגן בחוק דחיית השירות אינו ההסדר האופטימלי בסוגיה הכוללת של שאלת הגיוס של תלמידי הישיבות. עם זאת, זהו ההסדר הראוי לעת הזו והחוק שמעגן אותו הינו חוקתי. ההסדר שנתקבל בא לאור נקודת המוצא כי לא ניתן להביא לגיוס בכפיה של תלמידי הישיבות וכי הפתרון למצב שנוצר אינו בהחלטה חדה וברורה לכאן או לכאן אלא במדיניות הדרגתית שמטרתה להביא לשינוי יסודי בחברה החרדית, תוך מתן אפשרות אמיתית להשתלבות תלמידי הישיבות בקרב כלל החברה הישראלית, כמו גם בשוק העבודה. מדיניות הדרגתית זו הנה פועל יוצא של דיונים מעמיקים ויסודיים ועולה היא בקנה אחד עם המלצותיה של ועדת טל. במציאות זו, ונוכח שיקולי המדיניות הרבים הקשורים בה, ראוי הוא ליתן למחוקק מרחב תמרון רחב בסוגיה ולא להתערב במקרה

זה. מטעם זה יש גם לראות את ההסדר כזמני, דבר העולה גם ממשך תוקפו המוגבל של חוק דחיית השירות לתקופת חמש השנים מעת פרסומו.

19. לגופו של עניין טענו המשיבים כי אין מקום לקבוע כי חוק דחיית השירות אינו חוקתי. לשיטתם, אין לראות את ההסדר שבחוק כפוגע בכבוד האדם המוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת למרות שיתכנו מקרים בהם פגיעה בשוויון תעלה כדי פגיעה בכבוד האדם. אין לראות בחוק כפוגע בכבוד האדם כפי הפירוש הראוי שיש ליתן לחוק היסוד. זאת ועוד: החוק נועד לתכלית ראויה. תכליתו היא להביא לפתרון הבעיה החברתית שנוצרה כתוצאה מהסדר תורתו אומנותו אך שלא באמצעות כפיית גיוס על תלמידי הישיבות, להביא לשילובם של הגברים החרדים בשוק העבודה הישראלי ולהביא בהדרגה ליתר שוויון בחברה הישראלית. ככל שיש בהסדר פגיעה בזכויות חוקתיות – ואין הדבר כך – הרי שהיא נעשית באופן מידתי. קיימת התאמה בין האמצעי שננקט – דחיית שירות בשילוב עם שנת הכרעה – לתכלית העומדת ביסוד החוק. המשיבים סבורים כי אין אמצעי אחר שפגיעתו פחותה. כל הסדר חלופי יחייב גיוס כפוי של תלמידי ישיבה לצבא. אף העותרים, לשיטת המשיבים, לא העמידו הסדר מידתי יותר המגשים את אותה התכלית. גם במובנו הצר, ההסדר הוא מידתי. התועלת החברתית בפתרון שבחר המחוקק עולה בעוצמתה על הפגיעה הנטענת בזכויות אלו המגוייסים לצבא ואינם רשאים לדחות את שירותם. ההסדר נועד לתקופה קצובה. הוא מידתי ומאוזן. יש לבחון אותו במשולב עם הסדרים אחרים, מחוץ לחוק דחיית השירות, שנועדו להגביר את שילובו של המגזר החרדי בחברה, כגון הנח"ל החרדי והשירות הלאומי העתידי. יש ליתן להסדר שנקבע בחוק הזדמנות של ממש להוכיח את עצמו. ההסדר שנקבע בחוק הוא איפוא חוקתי.

השאלות הטעונות הכרעה

20. השאלה הניצבת בפנינו עניינה חוקתיותו של חוק דחיית השירות. בחינתה של שאלה זו נעשית בשלושה שלבים (ראו בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221; להלן – פרשת בנק המזרחי המאוחד; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; להלן – פרשת לשכת מנהלי ההשקעות; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241; להלן – פרשת צמח; בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640; להלן – פרשת ח"כ אורון; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235; להלן – פרשת מנחם; רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 397; להלן – פרשת חזן; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(2) 481, עמ' 544 לפסק

דינו של הרוב; להלן – פרשת המועצה האזורית חוף עזה)). השלב הראשון בוחן אם החוק פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד. אם התשובה היא בשלילה, מסתיימת הבחינה החוקתית לענין חוקי היסוד (ראו למשל, בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503; להלן – פרשת אדם טבע ודין; בג"ץ 366/03 עמותת מחוייבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם; להלן – פרשת עמותת מחוייבות)). אם התשובה היא בחיוב, עובר הניתוח המשפטי לשלב הבא. בשלב השני נבחנת השאלה אם הפגיעה בזכויות האדם היא כדין. בשלב זה נבחנת השאלה אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אכן, לא כל פגיעה בזכות אדם היא פגיעה שלא כדין. לא פעם פוגע חוק בזכות אדם חוקתית, אך חוקתיותו של החוק עומדת בעינה, שכן הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה (ראו, למשל, בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח במשרד העבודה והרווחה (טרם פורסם); להלן – פרשת דיזיין). אם הפגיעה בהסדר החוקתי היא כדין, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם הפגיעה אינה כדין, עובר הניתוח לשלב הבא. שלב שלישי זה בוחן את תוצאות אי החוקתיות. זהו שלב הסעד.

21. חלוקה זו לשלושה שלבים חשובה היא. היא מסייעת בניתוח המשפטי. היא באה "לשם בהירות הניתוח ודיוק החשיבה" (בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 427, 440; להלן – פרשת תנופה). היא מבהירה את ההבחנה הבסיסית, העוברת כחוט השני בתורת זכויות האדם, בין היקפה של הזכות לבין מידת ההגנה עליה והגשמתה הלכה למעשה (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 135 (2004); להלן – שופט בחברה דמוקרטית). היא משמשת בסיס להבחנה בין איזון אופקי (בשלב הראשון) לבין איזון אנכי (בשלב השני) בין זכויות אדם, בין לבין עצמן ובין לבין ערכים ואינטרסים חברתיים (ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 537); היא מסייעת בשרטוט ההבחנה בין תפקידו של בית המשפט בפרשנותן של הזכויות שבחוק היסוד (בשלב הראשון) לבין תפקידו בבחינת חוקתיות הפגיעה בהן בחקיקה (בשלב השני). היא מסייעת בבחינתם של הסדרים במשפט, כגון העדפה מתקנת, תוך בחינת השאלה אם זו נופלת לגדר היקפה של הזכות לשוויון (שלב ראשון), או שהיא מהווה פגיעה בשוויון המקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה (שלב שני) (ראו בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(3) 31, 40; להלן – פרשת עדאלה). היא מבהירה את המחלוקת בשאלת נטל השכנוע. על הכל מוסכם, כי נטל השכנוע בשלב הראשון (הפגיעה בזכות החוקתית) מוטל על הטוען לאי חוקתיות החוק. "ההנחה (הפרוזומציה) הינה כי חוק הוא חוקתי ... והמבקש לסתור זאת, עליו

הנטל" (פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 428). חילוקי דעות התגלו כאשר לנטל השכנוע בשלב השני (קיום יסודותיה של פסקת ההגבלה). יש הסבורים, ואני ביניהם, כי נטל השכנוע בשלב השני מוטל על מי שטוען לחוקתיות הפגיעה, כלומר, בדרך כלל, הרשות הציבורית (שם, עמ' 428: זו היתה גם השקפתו של השופט ד' לוי: שם, עמ' 458. זו היא גם השקפתו של השופט א' לוי בפרשת עמותת מחוייבות (פסקה 18)). יש הסבורים כי גם בשלב השני הנטל הוא על הטוען לאי חוקתיות (השופט א' גולדברג בפרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 577; השופט ג' כץ, שם, עמ' 588). בין השתיים קיימת עמדת ביניים, לפיה נטל השכנוע בשלב השני מוטל על הטוען לחוקתיות החוק, כלומר בדרך כלל הרשות הציבורית. עם זאת, בשאלת המידתיות הנטל מוטל על מי שטוען כי הפגיעה אינה מידתית (הנשיא מ' שמגר, שם, עמ' 348; השופט א' מצא, שם, עמ' 578; דעה דומה הובעה על ידי השופט מ' חשין, שם, עמ' 570). המחלוקת נשארה ללא הכרעה (ראו גם בג"ץ 14/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 97, 105; פרשת חזן, עמ' 406; בג"ץ 1711/02 עיריית חולון נ' ארגון הקבלנים והבונים חולון, פ"ד נח(5) 933, (948).

22. בפרשת צמח העלה השופט י' זמיר מגוון שיקולים נוסף, העשוי להשפיע על נטל השכנוע בשלב השני:

"ההכרעה בשאלה זאת, אף היא עשויה להיות מושפעת מן המהות המיוחדת של ההליך המינהלי. היא עשויה להיות מושפעת משיקולים של שלטון החוק, מחזקת החוקתיות של חוק ומחזקת החוקיות של החלטה מינהלית, מהחשיבות של הזכות הנפגעת ומעוצמת הפגיעה בזכות, מעילות המינהל ומאינטרסים ציבוריים אחרים. המשקל היחסי הניתן לשיקולים עשוי לקבוע אם נטל ההוכחה יישאר מוטל על העותר, המוציא מן הרשות, או שהוא יעבור על הרשות" (שם, עמ' 268; ראו גם בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 463, 445; וכן זמיר, "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק", משפט וממשל א' 295 (1993)).

כשלעצמי, איתן אני בדעתי, כפי שהבעתי אותה בפרשת בנק המזרחי המאוחד. עמדה זו היא גם עמדתו של המשפט הקנדי, אשר בו ההבחנה בין שלושת השלבים פותחה באופן המקיף ביותר (ראו P. Hogg, Constitutional Law of Canada 809 (2005 Stud. (Ed.)). זו גם הגישה המקובלת באנגליה על פי פרשנותו של ה- Human Rights Act, 1998 (ראו A. Lester and D. Pannick (eds.), Human Rights Law and Practice 91 (2<sup>nd</sup> Ed., 2004)). זהו גם הדין על פי פסיקתו של בית המשפט האירופאי לזכויות



האדם הפוסק על פי האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם (ראו Jacobs and White, The European Convention on Human Rights 5 (3<sup>rd</sup>. ed., 2002). זהו גם הדין בהודו (ראו (M.P. Jain, Indian Constitutional Law 1148 (5<sup>th</sup>. Ed., 2003). עם זאת, מוכן אני להניח – בלא להכריע בדבר – כי לצרכי העתירה שלפנינו ננקוט בגישתו של השופט י' זמיר בפרשת צמח, לפיה השאלה על מי מוטל נטל השכנוע תלויה במשקל היחסי הניתן לשיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של החוק, חשיבות הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה בזכות ואינטרסים ציבוריים אחרים.

השלב הראשון: האם נפגעה זכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד?

#### פרשנות חוקתית

23. השלב הראשון בבחינה החוקתית בוחן את השאלה אם החוק, שכלפיו נטענת הטענה החוקתית, פוגע בהסדר המעוגן ברמה חוקתית. נטל השכנוע בשלב זה מוטל על הטוען לפגיעה. כאשר ההסדר החוקתי עניינו זכות אדם, השאלה הינה אם זכות האדם הנפגעת מוגנת ברמה חוקתית-על-חוקית. אכן, ממכלול הזכויות מהן נהנה כל אדם בישראל – אם מכוח חקיקה ואם מכוח הלכות המשפט המקובל הישראלי – הועלו לרמה חוקתית-על-חוקית אותן זכויות המעוגנות בחוק יסוד. רק לגביהן מתעוררת, איפוא, שאלה חוקתית. שאר זכויות האדם – עד כמה שאין הם נוגדות את ההסדרים בחוק היסוד – ממשיכות לעמוד בעינן, בלא שפגיעה בהן תעורר בעיה של חוקתיות החוק הפוגע. כך, למשל, חופש העיסוק של אזרח או תושב מוגן ברמה חוקתית-על-חוקית (ראו סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). פגיעה בו בחוק מעוררת בעיה של חוקתיות החוק. חופש העיסוק של אדם שאינו אזרח או תושב ממשך להיות מוגן במסגרת המשפט המקובל הישראלי. פגיעה בחופש עיסוק זה בחוק אינה מעוררת בעיה של חוקתיות החוק.

24. התשובה לשאלה האם חוק פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד, מחייבת מטבעה קביעת היקפה של הזכות החוקתית מזה וקביעת היקפה של ההוראה בחוק הפוגעת בה, לפי הטענה, מזה. קביעת היקפם של ההסדרים הרלבנטיים היא תהליך פרשני. אכן, בשלב הראשון של הבחינה יש לפרש את הוראות חוק היסוד בדבר הזכות מזה ואת הוראותיו של החוק הפוגע מזה. העתירות שלפנינו אינן מעוררות בעיות סבוכות של פרשנות החקיקה הפוגעת. לעומת זאת, ביסוד העתירות מונחות בעיות לא פשוטות של פרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בכלל, וההוראה בו באשר לכבוד

האדם בפרט. על האופן בו יש לפרש הוראות חוקתיות עמד ממלא-מקום הנשיא ש' אגרנט לפני למעלה מארבעים וארבע שנה:

"בשים לב לתכנון הקונסטיטוציוני המובהק של החוק האמור, ובהתחשב במגמה שמאחורי הניסוח המקוצר והכללי של הסמכויות המוזכרות בו, הריני סבור שהדרך לפרש את אלה האחרונות אינה חייבת להיות זו של מתן פירוש מצמצם דווקא. בזמנו הזהיר זקן השופטים האמריקני John Marshall שיש להביא בחשבון, שעה שבאים לפרש חוק זה או אחר מחוקת ארצות-הבית, כי 'it is a constitution we are expounding' ... משמעות האימרה הזאת היא... כי כאשר העניין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית המשפט להשקיף מתוך 'מבט רחב'... על הסמכויות האמורות בו" (ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז (442, 430).

גישה זו – אשר השופט אגרנט החילה על חוק המעבר, התש"ט-1949 – חלה כמובן על פרשנותם של חוקי היסוד. יש לתת ביטוי לאופיים של חוקי היסוד, אשר נועדו לעצב את דמותה של החברה ואת שאיפותיה במהלך ההיסטוריה; אשר באו לקבוע את תפיסותיה הבסיסיות של המדינה ואת היסוד לערכיה החברתיים; אשר מבקשים לקבוע את שאיפותיה, מחוייבויותיה ומגמותיה של המדינה. חוקי היסוד נועדו לכוון את ההתנהגות האנושית לתקופה ארוכה. הם משקפים את אירועי העבר; הם מניחים את היסוד להווה; הם נועדו לקבוע את פני העתיד. הם פילוסופיה, פוליטיקה, חברה ומשפט גם יחד (ראו א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט 435 (2003); להלן – פרשנות תכליתית). מכאן הצורך לתת להם פרשנות מתוך מבט רחב. אכן, "יש לפרש הוראה חוקתית 'מתוך תפיסה רחבה, ולא באופן טכני'... מכאן הגישה המקובלת במדינות דמוקרטיות נאורות – כי הוראות חוקתיות יש לפרש מתוך 'נדיבות'... מתוך גישה מהותית ולא גישה 'לגאליסטית'... מתוך גישה עניינית ולא מתוך גישה 'טכנית' או 'פדאנטית'" (בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 470). בפרשת בנק המזרחי המאוחד ציינתי:

"היקפה של הזכות נקבע בפרשנותה. זוהי פרשנות חוקתית. היא רגישה לאופיו המיוחד של המסמך המתפרש... הפרשנות החוקתית נעשית על-פי המידה של התכלית החוקתית... התכלית החוקתית נלמדת מהלשון, מההיסטוריה, מהתרבות ומעקרונות היסוד. הוראה חוקתית לא הוחקה בחלל חוקתי, והיא איננה מתפתחת באינקובטור חוקתי. היא מהווה חלק מהחיים עצמם... פרשנות חוקתית חייבת להתבסס על אחדות חוקתית ולא

על דיסהרמוניה חוקתית. היא משקיפה על התפקיד של הטקסט החוקתי במבנה המשטר והחברה. היא מעניקה לו מובן המאפשר לו לקיים את תפקידו בהווה ובעתיד בצורה הראויה ביותר" (שם, עמ' 429).

ובפרשה אחרת הוספתי:

"בפרשנו חוק-יסוד עלינו להגשים את תפקידה של הנורמה החוקתית. נורמה זו קובעת את סדרי השלטון והמשל. נורמה זו מעצבת את זכויות הפרט מעצם טבעה. היא משקפת את תפיסות היסוד של החברה, המשפט והמשטר. היא נותנת ביטוי לתפיסותיה הפוליטיות הבסיסיות של המדינה. היא מניחה את היסוד לערכיה החברתיים. היא קובעת את שאיפותיה ומגמותיה. בפרשנותו של טקסט חוקתי יש לתת ביטוי לאופי מיוחד זה של הטקסט" (בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 210).

אכן, חוקי-היסוד מהווים מערכת נורמטיבית חוקתית-על-חוקית, ויש לפרשם באופן שיבטא את מעמדם זה.

25. העתירות שלפנינו מעוררות שאלות הקשורות לפרשנותן של מספר זכויות אדם, כגון קניין (סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) וחופש עיסוק (סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). עם זאת, הזכות העיקרית סביבה נסבה המחלוקת המשפטית עניינה הזכות לשוויון כחלק מהזכות לכבוד האדם. את בחינתנו נצמצם איפוא לזכות לכבוד האדם, שכן בסופו של יום, על פיה יוכרעו העתירות שלפנינו (השוו, בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15). עיון בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מצביע על כך שלא נכללה בהם זכות עצמאית ונפרדת אשר כותרתה "שוויון". על רקע זה טוענת המדינה, כי גם אם חוק דחיית השירות פוגע בשוויון, אין הוא מעורר בעיה חוקתית, שכן השוויון הנפגע אינו מעוגן בחוק יסוד. הזכות לשוויון מהווה אך חלק מהמשפט המקובל הישראלי, וחוק "רגיל" – הוא חוק דחיית השירות – בכוחו לפגוע בזכות זו. לעומתה טוענים העותרים כי חוק דחיית השירות אכן פוגע בשוויון, ופגיעה זו מעוררת בעיה חוקתית, שכן השוויון הנפגע מעוגן ברמה חוקתית-על-חוקית. את עיגונו מוצאים הם בזכות לכבוד האדם. על רקע מחלוקת זו ניצבות בפנינו בשלב הראשון של הבחינה החוקתית (שלב הפגיעה בזכות חוקתית) שתי שאלות: האחת, האם חוק דחיית השירות פוגע בזכות לשוויון? השניה, האם הפגיעה בזכות לשוויון מהווה אך פגיעה בשוויון המוכר במשפט המקובל שלנו, או שהוא

מהווה פגיעה בכבוד האדם המעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לבחינתן של שאלות אלה נפנה עתה. נפתח בשאלה הראשונה.

שאלה ראשונה: האם חוק דחיית השירות פוגע בשוויון?

26. הזכות לשוויון הוכרה כזכות אדם בישראל. כבר במגילת העצמאות נקבע כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". מספר חוקים קבעו שוויון בתחומים מוגדרים (כגון חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998). עיקר ההכרה בזכות לשוויון מעוגנת במשפט המקובל הישראלי. ברשימה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון, כי שוויון הינה זכות הנתונה לכל אדם בישראל (ראו זמיר וסובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה' 165 (1999); רדאי, "על השוויון", משפטים כד' 241 (1994); בנדור, "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי", ספר שמגר: מאמרים 287 (חלק א', 2003)). בית המשפט העליון ראה בה מהחשובה שבזכויות האדם. היא מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג' (1) 693, 698). היא "עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (השופט מ' שמגר בבג"ץ 114/79 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב' (2) 800, 806). "השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל... כך מתבקש מאופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה; כך נגזר מעקרון שלטון החוק הנוהג במדינה. השוויון מונח בבסיס הקיום הלאומי... הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד' (1) 258, 272; להלן – פרשת קעדאן; ראו גם בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו' (5) 393, 414; ראו גם פרשת עדאלה, עמ' 39). היפוכו של השוויון הינו ההפליה (ראו ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה' (1) 7, 35; להלן – פרשת בורנובסקי). ההפליה הינה "הרע-מכל-רע" (השופט מ' חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 502; להלן – פרשת מרכז השלטון המקומי). ההפליה "היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיוואציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה" (השופט ג' כך בבג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד' (4) 749, 760). באחת הפרשות ציינתי:

"השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית, ... הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח

שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש להכיר בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזכותו העצמית של האדם" (בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332. ראו גם בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 203; להלן – פרשת ק.א.ל.).

עמד על כך חברי, השופט מ' חשין, בצינונו כי "הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לחברו" (פרשת השלטון המקומי, עמ' 503. ראו גם בג"ץ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 688). בצדק ציין חברי השופט א' לוי כי "הפליה היא רעה החודרת לבסיס המשטר הדמוקרטי, מחלחלת ומקעקעת את יסודותיו, עד שלבסוף היא מביאה להתמוטטותו ולחורבנו" (בג"ץ 2618/00 חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49, 57; להלן – פרשת חברת פארות).

27. חרף מרכזיותה של הזכות לשוויון אין הסכמה על תוכנה (ראו בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141, 148; פרשת ק.א.ל., עמ' 230). הטעם לכך נעוץ, בין השאר, במורכבותה של הזכות לשוויון. בצדק ציין השופט י' זמיר כי "פנים רבות יש לשוויון" (בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 340; ראו גם בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 283; בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540, 555). מורכבות זו של הזכות לשוויון נגזרת מקושי אינהרנטי: "אם בני האדם שונים הם, כיצד זה ניתן לקיים ביניהם שוויון" (שם, שם). מורכבות זו של הזכות לשוויון מתבטאת, בין השאר, בכך כי לצרכים שונים יש מקום להיזקק לתפיסות שונות של שוויון (ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 135; להלן – פרשת מילר). אחת מאותן התפיסות קובעת כי יש להעניק יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים במידה יחסית לשוני ביניהם (פרשת בורנובסקי, עמ' 35; בג"ץ 678/88 כפר הורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507; פרשת חברת פארות, עמ' 58; בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15; פרשת ק.א.ל.; בג"ץ 6884/01 עתיק נ' שר הפנים, פ"ד נז(1) 695, 700). שוויון אינו מחייב, איפוא, זהות (ראו בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(4) 297, 299). "עקרון השוויון אינו שולל דינים

שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין זה יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח קיומם של טעמים עניינים המצדיקים שוני" (פרשת ק.א.ל., עמ' 236). בצדק ציינה השופטת ד' דורנר, כי "עקרון השוויון אינו פועל בחלל חברתי ריק. השאלה אם במקרה זה או אחר נוהגת הפליה בין שווים, או שמא מדובר ביחס שונה כלפי שונים, מוכרעת על סמך התפיסות החברתיות המקובלות" (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 779). לבסוף, מבחנו של השוויון הוא בהגשמתו הלכה למעשה. עמד על כך השופט א' מצא בציינו כי "מבחנו האמיתי של שוויון אינו בהכרזות על ההכרה בו, אלא בהגשמתו הממשית ובתוצאותיו המעשיות" (בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 521; להלן – פרשת שדולת הנשים).

28. האם חוק דחיית השירות פוגע בשוויון? תשובתנו על כך הינה בחיוב. אף המדינה, בתשובתה, הכירה בכך, בציינה:

"מוסכם על המשיבים כי ההסדר אינו יוצר שוויון בין קבוצת הרוב, המחוייבת בשירות הצבאי, לבין המיעוט החרדי, אשר בכפוף לעמידה בתנאי החוק, ניתנת להם האפשרות לדחות את גיוסם" (סעיף 91 לסיכומי המשיבים מיום 25.1.2004).

אכן, נקודת המוצא הינה כי "השירות הצבאי בישראל הוא חובה אזרחית החלה על כל יוצא צבא. חובה זו היא חובה משפטית החלה מכוח החוק. זוהי גם חובה מוסרית הנובעת מצרכי קיומה הראשונים והמיידיים של המדינה. חובה זו מוטלת באורח שוויוני, ועל כל האזרחים לשאת בה" (השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 2383/04 מילוא נ' שר הביטחון, פ"ד נט(1) 166); נקודת המוצא הינה, איפוא, נשיאה שוויונית בשירות הצבאי. זו נשיאה שוויונית במעמסת החובות החברתיים ובהנאה שווה מזכויות אזרחיות (שם, וכן רע"פ 2524/01 טדיוק נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נח(4) 279, 285). על רקע זה, מתן דחיית שירות גורפת – שעם השנים הופכת לפטור משירות צבאי – לאלפי מיועדים לשירות בטחון אך מטעמים של לימוד בישיבה, מהווה פגיעה בשוויון של כל אחד מקבוצת הרוב, המחוייב בשירות צבאי. יש בה הפליה ללא שוני רלבנטי המצדיק אותה. אכן, אין דבר בדתיותו של אדם שימנע ממנו שירות צבאי. רבים מחיילי צה"ל הם בעלי השקפת עולם דתית. חלקם נמנים גם על הקהילה החרדית. הבחנה בין מיועדים לשירות בטחון על בסיס השקפת עולם דתית היא הפליה ללא כל שוני רלבנטי. עמדתי על כך בפרשת רסלר 1:

"דבר אחד הוא לדחות את שירותי הביטחון של סוג פלוני של יוצא צבא לשנה או לתקופת לימודים קצובה, שסופה שירות ביטחון הלכה למעשה (כפי שהדבר נעשה, למשל, עם המשתייכים לעתודה האקדמאית); דבר אחר הוא לדחות את שירות הביטחון לתקופת לימודים בלתי קצובה, העשויה להביא, במהלכה הטבעי, לפטור משירות הלכה למעשה (כפי שהדבר קורה לרוב בחורי הישיבה). בדומה, דבר אחד הוא לדחות את שירות הביטחון של 800 תלמידי ישיבה (כפי שהדבר היה ב-1975); דבר אחר הוא לדחות גיוסם של 1,674 תלמידי ישיבה (כפי שהדבר הוא ב-1987)" (עמ' 503).

הוספתי באותה פרשה כי:

"יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול, שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור, הכמות עושה איכות" (שם, עמ' 503).

מאז פרשת רסלר 1 הוחמר חוסר השוויון. אם ב-1987 נדחה שירותם של 5.4% מתוך כלל מחזור המתגייסים לצה"ל בשל תורתם אומנותם, הרי ב-1997 – שעה שנפסק הדין בפרשת רובינשטיין – היה שיעורם 8% מכלל השנתון. על מצב דברים זה אמרתי בפרשת רובינשטיין:

"המצב הקיים, שבו חלקים ניכרים אינם מסכנים את חייהם למען ביטחון המדינה, גורם להפליה קשה ולתחושת קיפוח עמוקה" (עמ' 527).

ברוח דומה ציין חברי השופט מ' חשין בפרשת רובינשטיין:

"לא הקש הוא ששבר את גב הגמל אלא המשא שהוטל על גבו קודם שהוטל עליו אותו קש. דומני כי דחייה-פטור שניתנו ל-17,000 בני-ישיבה – כי שנגלה לעיני בית המשפט בפרשת רסלר האחרונה – היו רב למעלה-מן-המידה. ואולם גם אם אמרנו אחרת, כך הוא כיום, שמדברים אנו בכ-29,000 בני ישיבה הזוכים לפטור-דחייה" (שם, עמ' 541).

מאז פרשת רובינשטיין הלכה כמות מקבלי הדחייה וגדלה. לפי הנתונים שקיבלנו עמד שיעורם של מקבלי הדחייה על 11% מכלל השנתון. אם ב-1987 (עת נפסקה פרשת רסלר 1) עמד מספר בחורי הישיבות הנמצאים בהסדר דחיית גיוסם על 17,017, הרי ב-1997 (עת שנפסק הדין בפרשת רובינשטיין) עמד מספרם על 28,547. על פי הנתונים האחרונים שקיבלנו עומד מספרם ב-2003 על 38,449.

29. מסקנתי הינה, איפוא, כי חוק דחיית השירות פוגע בשוויון. בקביעה זו בלבד אין כדי לעורר בעיה באשר לחוקתיותו של החוק (ראו בג"ץ 120/73 טוביט נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(1) 759, 757; בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 13; בג"ץ 60/77 רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556; בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794, 798). על פי גישתו של המשפט המקובל הישראלי, חוק של הכנסת, יש בכוחו לפגוע בשוויון ולהביא לתוצאה מפלה. כל שנדרש הוא לתת ביטוי לרצון זה באופן ברור, חד-משמעי ומפורש (ראו בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 639). ציינתי באחת הפרשות:

“על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו... אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית... תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חינו הלאומיים – על ידי העם ונציגיו הנבחרים” (בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 554).

הכרעה כזו נעשתה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מספר זכויות הועמדו ברמה חוקתית-על-חוקית. אכן, המבקש לעורר בעיה באשר לחוקתיותו של חוק דחיית השירות, צריך להראות כי הוראותיו המפלגות פוגעות בזכות אדם הקבועה בחוק יסוד. הטענה הינה כי הזכות הנפגעת הינה כבוד האדם. השאלה הינה אם חוק דחיית השירות פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-יסוד זה אינו כולל זכות עצמאית ונפרדת אשר כותרתה “שוויון”. עם זאת, חוק-יסוד זה כולל זכות עצמאית ונפרדת שעניינה כבוד האדם. הטענה הינה, כי השוויון שחוק דחיית השירות פוגע בו הוא חלק מכבוד האדם. האם טענה זו בדין יסודה? זוהי השאלה השניה הניצבת בפנינו. לבחינתה נעבור עתה.



שאלה שנייה: האם השוויון הנפגע נכלל בכבוד האדם?

30. האם השוויון אשר חוק דחיית השירות פוגע בו מהווה חלק מכבוד האדם של כל המחוייב בשירות צבאי, המעוגן והמוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? האם ההפליה שמפלה חוק דחיית השירות היא הפליה הפוגעת בכבוד האדם של המגויסים לשירות צבאי? את התשובה על שאלה זו עלינו למצוא בפרשנותו התכליתית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בכלל, ושל הוראותיו בעניין הזכות לכבוד הפרט. פרשנות זו צריכה לתת תשובה לשתי שאלות משנה: האחת, מה טבעה של הזכות לכבוד האדם ומהן גבולות פריסתה; השנייה, האם פגיעה בשוויון כפי שזו נגרמת על ידי חוק דחיית השירות נופלת לגדריה של הזכות לכבוד האדם. נפתח בשאלת המשנה הראשונה.

31. הדיבור "כבוד האדם" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מבטא אך מדיניות או אידיאלים. אין הוא אך תכנית פעולה או מטרה הצריכה לעמוד לנגד עיני רשויות השלטון. כבוד האדם בחוק היסוד קובע מציאות נורמטיבית חדשה (ראו פרשת עמותת מחוייבות, פסקה 12 לפסק דיני). עמדתי על כך באחת הפרשות:

"מרכזיותו של הערך בדבר כבוד האדם אינה מתבטאת אך ברטוריקה בדבר חשיבותו של ערך זה. הוא מתורגם לשפת המשפט בתפיסה הפוזיטיביסטית, כי כבוד האדם מוליד זכויות וחובות, קובע סמכויות וכוחות ומשפיע על פרשנותו של כל דבר חקיקה. כבוד האדם בישראל אינה מטאפורה. זו מציאות נורמטיבית, ממנה מתבקשות מסקנות אופרטיביות" (ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 524).

מציאות נורמטיבית זו מונחת ביסוד כל זכויות האדם. אכן, כבוד האדם הוא הגורם המאחד את זכויות האדם לשלמות. הוא מבטיח את האחדות הנורמטיבית של זכויות האדם (השוו Public [1999] "Human Dignity as a Legal Value (Part 1)" [1999] Public [2000] "Human Dignity as a Legal Value (Part 2)" [2000] Public [2000] Law 682; Feldman "Human Dignity as a Legal Value (Part 2)" [2000] Public [2000] Law 61). אך כבוד האדם בישראל אינו רק בסיס ותשתית לזכויות האדם השונות. כבוד האדם בישראל אינו אך ערך חברתי. כבוד האדם הוא זכות עצמאית, העומדת על רגליה היא. יש לה קיום בצידן של זכויות האדם האחרות. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע (סעיף 2):

”שמירה על החיים, הגוף והכבוד

אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם כאשר הוא  
אדם.”

וסעיף 4 מוסיף וקובע:

”הגנה על החיים, הגוף והכבוד

כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.”

הזכות לכבוד האדם מטילה על רשויות השלטון חובה (שלילית) שלא לפגוע בכבוד האדם, וחובה (חיובית) להגן עליו. הן ההיבט הפסיבי והן ההיבט האקטיבי הם חלקים שונים של השלם, שהוא הזכות לכבוד (ראו ברק, “כבוד האדם כזכות חוקתית”, מבחר כתבים 417; קרפ, “מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו”, משפטים כה 129 (1995); סומר, “הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפיכה החוקתית”, משפטים כח 257 (1997); כהן, “ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו”, הפרקליט 99 היובל 9 (תשנ”ד); סטטמן, “שני מושגים של כבוד”, עיוני משפט כד 541 (2001); א’ קמיר, שאלה של כבוד F. Eberle, Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States (2002); R. Gotesky and E. Laszlo (eds.), Human Dignity: This Century and the Next (1970); K. Bayertz (ed.), Sanctity of Life and Human Dignity (1996); D. Kretzmer and E. Klein, (eds.), The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse (2002); England, “Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel’s Constitutional Framework”, 21 Cardozo L. Rev. 1903 (2000); Fletcher, “Human Dignity as a Constitutional Value”, 22 U.W.Ont. L. Rev. 171 (1984); Melden, “Dignity, Worth, and Rights”, in M. Meyer and W.A. Parent (eds.), The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values 29 (1992); B.K. Goldewijk, A.C. Baspineiro, P.C. Carbonari (eds.), Dignity and Human Rights: The (Implementation of Economic, Social and Cultural Rights (2002).

32. מהו היקף הפריסה של כבוד האדם כזכות אדם? התשובה על שאלה זו אינה פשוטה. היא נגזרת הן ממורכבותו של המושג “כבוד האדם” והן ממקומו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היקפו של כבוד האדם ייקבע על פי פרשנותו התכליתית. פרשנות

זו תתחשב, בין השאר, במבנה של חוק היסוד, בהיסטוריה שלו, בתקדימים שפרשו אותו בעבר, ביחסיו לחוקי היסוד האחרים, ובמשפט ההשוואתי. היא תופרה משורשיו הדתיים אשר יסודם ביהדות (ראו ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87; כהן, שם, עמ' 34; אנגלרד, שם). היא תושפע משורשיו הפילוסופיים בכלל ובכתיבתו של קנט (E. Kant) בפרט. עם זאת, יש לזכור תמיד כי עלינו להבין את כבוד האדם על רקע המציאות החברתית הקיימת בישראל ועל בסיס ערכי היסוד שלה (ראו פרשנות תכליתית, עמ' 435). "יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני. אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני" (בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827; ראו גם א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית, עמ' 404-422 (1994); להלן – פרשנות חוקתית).

33. מהו, איפוא, המסר הנורמטיבי היוצא מהזכות ל"כבוד" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? בעניין זה הועלו בספרות המשפטית שלושה מודלים אפשריים (ראו פרשנות חוקתית 413 (1994); קרפ, שם, עמ' 136; סומר, שם). מודל אחד הוא המודל המצומצם. על-פיו, כבוד האדם משתרע רק על הפגיעות המובהקות בכבוד הקשורים לאנושיותו של האדם. זהו, בלשונה של י' קרפ, "הגרעין" של כבוד האדם (שם, עמ' 137). אלה הן פגיעות גופניות ונפשיות, השפלה, השמצה וכיוצא בהם פגיעות המצויות בגרעין ההגנה על כבוד האדם. המודל השני והנוגד הוא המודל הרחב. על פיו כבוד האדם הוא הבסיס לכל זכויות האדם, וכולן כלולות בו. מודל שלישי הוא מודל ביניים. על פיו כבוד האדם אינו מוגבל אך לפגיעות בגרעין כבוד האדם. הוא גם אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו. כבוד האדם כולל, על פי מודל זה, רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר ענייני הדוק.

34. בית המשפט העליון דחה את המודל המצומצם והרחב. הוא אימץ את מודל הביניים. בפרשת אדם טבע ודין כתבתי:

"פרשנות חוקתית של הזכות לכבוד חייבת לקבוע את מידותיה החוקתיות. אין לצמצמה אך לעינויים ולהשפלה, שכן בכך נחטיא את התכלית המונחת ביסודה. אין להרחיבה באופן שכל זכות אדם תיכלל בה, שכן בכך נייתר את כל זכויות האדם האחרות הקבועות בחוקי היסוד. פרשנותה הראויה של הזכות לכבוד צריכה לנווט עצמה בין שני הקצוות" (עמ' 518).

אכן, גישה מצמצמת היא צרה מדי. אין היא מתיישבת עם גישתו של חוק היסוד – אשר על כבוד האדם ייקרא שמו – לפיה "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכולו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אין היא עולה בקנה אחד עם הפרשנות החוקתית אשר צריכה להיעשות מתוך "מבט רחב". אין היא תואמת את תפיסתנו באשר למקומו של כבוד האדם במגילת זכויות האדם של כל אדם בישראל. באותה מידה יש להיזהר מהרחבת יתר. כבוד האדם אינו כל הטוב והיפה שבחיים. כבוד האדם אינו כלל זכויות האדם. עלינו להבחין בין כבוד האדם כמטרה כוללת המונחת ביסוד כל הזכויות לבין כבוד האדם כזכות חוקתית. כבוד האדם לא נועד לייתר את שאר זכויות האדם. באחת הפרשות התעוררה השאלה אם ניתן לכלול בכבוד האדם את הזכות לאיכות סביבה ראויה. השבתי על כך בשלילה:

"איני רואה כל אפשרות 'לדחוס' לתוך הזכות לכבוד את הזכות לאיכות סביבה ראויה. אכן, אם הזכות לאיכות סביבה ראויה כלולה בכבוד האדם, כי אז כל זכויות האדם, הפוליטיות, האזרחיות, החברתיות והכלכליות נכללות בה. לא זו הדרך לפרשנות חוקתית ראויה. אמת, הפרשנות החוקתית אינה פדנטית, אינה לגליסטית... אמת, הפרשנות החוקתית נעשית מתוך 'מבט רחב'... אך הפרשנות החוקתית היא פרשנות משפטית; היא חלק מתוך הפרשנות שלנו. תורה זו אינה אומרת כי הטקסט הוא כחומר ביד היוצר; תורה זו אינה קובעת כי ניתן לדחוס לתוך לשון חוק היסוד את כל שנראה ראוי ורצוי. גם לפרשנות יש גבולות קביעה פרשנית כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה זכות אדם לאיכות סביבה ראויה חורגת מגבול הפרשנות. אכן, המבקש להכיר בזכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה כחלק מחוקי היסוד צריך לשכנע את הכנסת לעשות כן" (פרשת אדם טבע ודין, עמ' 518).

מכאן גישתו של בית המשפט העליון, כי "בגזירת זכויות, שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות, אך נכללות בתוך המושג של כבוד האדם, לא ניתן תמיד לתפוס את מלוא ההיקף שהיה לזכויות ה'נגזרות' אילו עמדו לעצמן בזכויות 'בעלות שם'... הסקת הזכויות המשתמעות מכבוד האדם נעשית איפוא מזווית הראיה של כבוד האדם, וכדי להתאמה למושגיות זו. תפיסה זו קובעת את היקפן של הזכויות המשתמעות. זאת הן לעניין הזכויות האזרחיות המשתמעות... וזאת, הן לעניין הזכויות החברתיות המשתמעות" (פרשת עמותת מחוייבות, פסקה 15 לפסק דיני). ודוק: הגישה אינה, כי אי הכללת המפורשת של זכויות אדם שונות, כגון הזכות לאיכות הסביבה, מביאה לידי

כך כי אין לכללן במסגרת הזכות בדבר כבוד האדם; התפיסה אינה כי שתיקתו של חוק היסוד לעניין הזכויות שאינן מפורשות בחוק היסוד, כמוה כהסדר שלילי לעניין זכויות אלה. הגישה הינה כי הזכות לכבוד האדם עומדת על רגליה היא, והיא כוללת בחובה את שמטבעו וטיבו נכלל בה (בין בגרעינה ובין בשוליה), גם אם בהסדר חוקתי מלא הוא היה נכלל במסגרתן של זכויות מפורשות אחרות. התפיסה היא, כי אין לעשות את תכליתו של חוק היסוד פלסטר, ואין לדחוס לתוך כבוד האדם את כל הזכויות האזרחיות והחברתיות, על כל היקפן, המקובלות במדינות בנות תרבות. בצדק ציין השופט א' לוי כי "החיים האנושיים מבוססים מטבעם על פשרה ואיזון בין נטיות ומשאלות-לב שאילוצים ומגבלות, וודאי שלא כל גחמה, רצון או צורך שאינם בני-מימוש, פוגעת בזכות החוקתית של אדם לכבוד" (פרשת עמותת מחוייבות, פסקה 3 לפסק דינו).

35. מהו כבוד האדם על פי גישתו של בית המשפט העליון? את התשובה לשאלה זו יש לתת על ידי מתן פרשנות חוקתית ללשון החוק על רקע תכליתו. גישה פרשנית זו מתבססת על ההיסטוריה של ההוראה בחוק היסוד, על יחסה להוראות אחרות בחוקי היסוד, על ערכי היסוד של השיטה ועל המשפט המשווה. היא נותנת משקל מרכזי לפסיקתו של בית משפט זה באשר להיקפו של כבוד האדם. על יסוד כל אלה מסקנתנו היא כי הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים (ראו פרשת ויכסלבאום, עמ' 827; בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449, 457; להלן – פרשת נוף; ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570; רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375; בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 783; פרשת אדם טבע ודין, פסקה 17; דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 95; בג"ץ 4330/93 גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 233; ע"א 5942/92 פלוני נ' פלונית, פ"ד מח(3) 837, 842; בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 561-562 לפסק דינו של הרוב; פרשת עמותת מחוייבות, פסקאות 14 ו-15 לפסק דיני ופסקה 3 לפסק דינו של השופט א' לוי). על רקע תפיסה זו של הזכות לכבוד האדם, קמה ומתעוררת שאלת המשנה השניה שהצבנו לעצמנו. שאלה זו הינה אם הפגיעה

בשוויון הנגרמת על ידי חוק דחיית השירות נופלת לגדריו של כבוד האדם. לבחינתה של שאלת משנה שניה זו נפנה עתה.

36. האם כבוד האדם כזכות חוקתית נפגע על ידי הוראותיו המפלגות של חוק דחיית השירות? כדי להשיב על שאלה זו יש לעמוד על היחס בין כבוד האדם לבין השוויון (ראו כהן, ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית; קרפ, שם; סומר, שם, עמ' 274; שופט בחברה דמוקרטית, עמ' 145, וכן Henkin, "Human Dignity and Constitutional Rights", in M. Meyer and P. Parent (ed.), The Constitution of Rights. Human Dignity and American values 212 (1992). יחס זה משתנה על פי המודל הראוי (המצומצם, הרחב, מודל הביניים) להבנת כבוד האדם כזכות חוקתית. כפי שראינו, המודל המצומצם מתרכז בגרעין של כבוד האדם, שעניינו פגיעות נפשיות או השפלה והשמצה. על פי מודל זה, כבוד האדם כזכות חוקתית משתרע על אותן פגיעות בשוויון הפוגעות בגרעינו של כבוד האדם. בגישה זו נקטה השופטת ד' דורנר בפרשת מילר. באותה פרשה נידונה השאלה אם הפליית אשה באשר היא אשה פוגעת בכבוד האדם. השופטת ד' דורנר השיבה על כך בחיוב. ואלה דבריה:

"לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות. אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל-כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד. כך, למשל, נפסק כי הפליה לרעה של רשימות קטנות לעומת רשימות גדולות או של רשימות חדשות לעומת רשימות ותיקות פוגעת בעקרון השוויון... עם זאת, פגיעות כאלה בעקרון השוויון, שאף גררו פסילתם של חוקי הכנסת, לא התבטאו בהשפלה, ולכן אף לא היתה בהן פגיעה בכבוד האדם. לא כן הדבר בסוגים מסויימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחות כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה... חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם, וכך הוא כאשר אשה מופלית לרעה בשל מינה" (שם, עמ' 132, 133. ראו גם בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 843; עע"א 4463/04 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 191; להלן – פרשת גולן; בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 46; דורנר, "בין שוויון לכבוד האדם", ספר שמגר: מאמרים 9 (2003)).

37. המודל הרחב גורס כי כבוד האדם מונח ביסודן של כל זכויות האדם. על פי מודל זה נבלעת הזכות לשוויון בתוך כבוד האדם. אכן, במספר פסקי דין ניתן למצוא אימרות אגב לפיהן השוויון נכלל בכבוד האדם. אימרות אלה לא הגבילו את השוויון להיבט זה או אחר שלו, ועל כן ניתן לפרשן כתומכות במודל הרחב (ראו ע"א 105/92 ואם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201; בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", פ"ד מח(3) 353, 362; בג"ץ 205/94 נוסף נ' משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449, 460; בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילביץ, פ"ד מח(5) 749, 760; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 521; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 461; להלן – פרשת כלל; פרשת גולן, עמ' 156; בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הביטחון (לא פורסם); בג"ץ 1133/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 186).

38. מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית.

39. מהי הגישה הראויה? בעניין זה טרם נפלה הכרעה בפסיקה. השאלה הושארה פתוחה במספר פסקי דין. עמד על כך השופט י' זמיר באחת הפרשות, בציינו:

"בפסיקה שלאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפוזרות אימרות אגב המוצאות פנים הרבה בחוק היסוד. בעיקר כך בזכות לכבוד, וכך גם בספרות המשפטית. יש המוצאים בכבוד האדם את עקרון השוויון, יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש התולים בו זכויות יסוד אחרות שלא בא זכרן בחוק היסוד. מי שמקבץ את האימרות האלה יכול להתרשם כי כבוד האדם הוא, כביכול, כל התורה כולה על רגל אחת, וכי ניתן לומר עליו, כמאמר חכמים, הפוך בו והפוך בו דכולא בו. ואילו אני מבקש להזהיר עצמי, בהקשר זה, מפני אימרות אגב המוצאות דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני ויסודי

כל כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין, כחלק מתחייב של הפסק. אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב, דיה לבעיה בשעתה. כבחירת אל תעירו ואל תעוררו עד שתחפוץ" (פרשת שדולת הנשים בישראל, עמ' 536; ראו גם בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 204 (להלן – פרשת ד.ש.א.)).

לגישה זו הצטרף השופט מ' חשין, בצינונו כי "יישמעו דבריו של השופט זמיר כמו בקעו מגרוני" (בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 485, 507). על אותה גישה חזר השופט א' גולדברג בפרשת מרכז השלטון המקומי, והשופט ד' ביניש בפרשת עדאלה נ' השר לענייני דתות, עמ' 186.

40. אני סבור כי המודל הראוי, להבניית היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין השוויון, הוא מודל הביניים. לדעתי, אין לאמץ את המודל המצומצם. הטעמים לכך הם שלושה: ראשית, עמדת הביניים התקבלה לעניין קביעת תחום התפרסותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נקבע על-פיה, בין השאר, כי את מידותיה החוקתיות של כבוד האדם אין לצמצם אך לעינויים ולהשפלה (פרשת אדם טבע ודין, עמ' 518). איני רואה טעם לצמצם את היבט השוויון שבחוק היסוד להשפלה בלבד; שנית, ההכרזה על הקמת מדינת ישראל קובעת כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". דברים אלה – גם אם אין בהם מקור ישיר לזכות החוקתית לשוויון (שאלה שכשלעצמה שנויה היא במחלוקת ואשאירה בצריך עיון) (ראו פרשנות חוקתית, עמ' 301; פרשת כלל, עמ' 465; פרשת מועצה איזורית חוף עזה, עמ' 769 לפסק דינו של השופט לוי) – בוודאי יש בהם כדי להשפיע על פירושה של הזכות לכבוד האדם ככוללת היבטים של שוויון שמעבר להשפלה וביזוי. אכן, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע במפורש כי זכויות היסוד של האדם בישראל "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (סעיף 1); שלישית, התפיסה הראויה לכבוד האדם – המעמידה במרכז את האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ומכלול אנושיותו – מצדיקה לכלול בגדרו של כבוד האדם אותם היבטים של השוויון אשר מבטיחים את התפיסה הראויה הזו של כבוד האדם. עמד על כך ח' כהן בצינונו:

"הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו כשווה בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות ובגידופים, אלא גם בהפליה וקיפוח, במשוא-פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם



אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפלייה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה" (ח' כהן, ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה, עמ' 32).

וכפי שמציין חברי השופט לוי בחוות דעתו "אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלו של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט שעה שבחירותיו משרתות גם את עניינם של אחרים זולתו, והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא טעם ממשי לדבר, הוא ללא ספק אדם שכבודו נפגע" (פסקה 4 לפסק דינו). גישה זו מובילה גם לדחייתו של המודל הרחב. כבוד האדם אינו "בולע" את כל היבטיו של השוויון כזכות עצמאית העומדת על רגליה היא. בצדק ציין השופט י' זמיר כי "גם מי שגורס כי הזכות לשוויון היא חלק מן הזכות לכבוד, אינו גורס בהכרח שכל פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד" (פרשת ד.ש.א., עמ' 204). אין זה מקרי שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל הוראה מיוחדת בעניין השוויון (ראו קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א 323, 345 (תשנ"ג); קרפ, עמ' 137; א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 955 (מהדורה חמישית, כרך ב', 1996). פרשנות חוקתית ראויה אינה מאפשרת אימוץ מודל זה.

41. על פי מודל הביניים, פגיעתו של חוק דחיית השירות בשוויון מקימה פגיעה בכבוד האדם. החוק פוגע באותם זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי. הוא פוגע באותו אגד של זכויות וערכים, ששמירתם נדרשת כדי לקיים את כבוד האדם של כל אחד מקבוצת הרוב, המחוייב בשירות צבאי. בעוד שמרבית בני החברה מחוייבים בשירות צבאי מלא וממושך, תוך סיכון לעתים של היקר מכל, לתמידי ישיבות שתורתם אומנותם ניתנת האפשרות להשתחרר משירות זה. מצב דברים זה פוגע בשוויון הבסיסי והאלמנטרי ביותר שבין בני החברה. הוא פוגע במעמדו של האדם המחוייב בשירות צבאי כשווה בין שווים, על יסוד השתייכותו החברתית, אמונתו הדתית ואורחות חייו. הוא מפר הפרה קשה את השוויון בזכויות ובחובות האזרחיות הבסיסיות. הוא גורם לאפליה וקיפוח. בפרשת רובינשטיין – שנפסקה בטרם הוחק חוק דחיית השירות, וכשמימדי דחיית השירות של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם היו קטנים מן המימדים המתגלים בעתירות שלפנינו – ציינתי כי:

”המצב הקיים, שבו חלקים ניכרים אינם מסכנים את חייהם למען ביטחון המדינה, גורם להפליה קשה ולתחושת קיפוח קשה” (עמ’ 527).

שכן זאת יש לזכור: שירותו של אדם בשירות הצבאי היא זכות וחובה גם יחד. חובת השירות פוגעת בשורה של חירויות יסוד של הפרט המשרת. כך באשר לשירות חובה בכל צבא. כך בוודאי באשר לשירות בצבא ההגנה לישראל. שירות זה כרוך לא פעם בסיכון זכותו היסודית ביותר של כל פרט – הזכות לחיים ולשלמות הגוף. ”ענייננו שלנו הוא בפיקוח נפש – לא פחות” (השופט מ’ חשין בפרשת רובינשטיין, עמ’ 541). הפליה באשר ליקר מכל – החיים עצמם – היא הקשה שבאפליות. האדם מוכן ליתן חייו להבטחת מולדתו. הוא אינו מצפה לכל טובת הנאה מכך. הוא מצפה רק לכך שגם אחרים ינהגו כמוהו.

42. הטלת חובה זו על האחד ושחרור ממנה של האחר פוגעת קשות בזהותו העצמית של האדם; היא ”מכרסמת עד כלות ביחסים שבין בני-אנוש” (השופט מ’ חשין בפרשת השלטון המקומי, עמ’ 503). היא פוגעת בכל אחד מקבוצת הרוב המחויב בשירות צבאי בשל ההפליה הקשה שהיא יוצרת כלפיו לעומת מי שתורתו אומנותו. בעוד שהאחד מחויב בשירות צבאי, קשה, תובעני וממושך, שירות שיש לו מחיר כלכלי ואישי מובהק, והכרוך לא פעם בסיכון החיים ושלמות הגוף, האחר פטור למעשה משירות זה; בעוד שלאדם אחד לא ניתנת יכולת הבחירה ב”שנת הכרעה” בין גיוס לדחייתו, לאדם אחר ניתנת הבחירה בין גיוס לבין דחייתו (שסופה פטור משירות), או בחירה בין גיוס לבין שירות אזרחי, או בין גיוס רגיל לבין מסלול שירות צבאי מיוחד. האחד חייב ללחום בטרם ילמד. האחר רשאי ללמוד ולא ללחום. אכן, הפרת השוויון לגבי חובת השירות הצבאי וביחס להיקף חופש הבחירה הנתון לכל אדם מביאה להפליה הפוגעת בכבוד האדם.

43. שוו בנפשכם: פלוני לא קיבל מערכת אב”כ המתאימה לו בשל היותו בעל זקן. נקבע כי כבודו כאדם נפגע (פרשת נוף); כבודו של אדם נפגע אם אין מאפשרים כיתוב מתאים על מצבה של קרוב משלו שנפטר (פרשת ויכסלבאום, עמ’ 828); אדם שנאלץ לפרוש בגיל מוקדם מזה של חבריו, כבודו נפגע (בג”ץ 6051/95 דקנט נ’ בית הדין הארצי לעבודה, פ”ד נא(3) 281, 329, 341). האם לא נובע מכאן, בחינת קל וחומר, כי כבודו של מי שמתחייב בשירות צבאי תובעני וממושך, תוך סיכון חיים, נפגע כאשר אחר זוכה לדחיית השירות אך בשל היותו בחור ישיבה שתורתו אומנותו? האין בכך

פגיעה באוטונומיה, בשלמות הפיזית והרוחנית של האדם ובמכלול אנושיותו? ודוק: הפגיעה בכבוד האדם אינה בעצם הגיוס לצבא והשירות בו. אלה הם זכות וחובה גם יחד; והם מתעצמים עם גידול הנטל והסיכון האישי. הגשמתם היא כבודו של האדם. הפגיעה בכבוד האדם היא בתחושה הקשה שהאחר אינו חייב בכך במידה שווה.

44. הגענו לסיומו של השלב הראשון בבחינה החוקתית. מסקנתי הינה כי העותרים הרימו את הנטל המוטל עליהם. הם הוכיחו כי חוק דחיית השירות מפלה בין מי שמשרת בצבא על פי הכללים הרגילים לבין תלמידי ישיבות הזכאים לפטור ולדחייה על פי חוק דחיית השירות משום שתורתם אומנותם. בכך נפגע כבוד האדם של כל אחד מקבוצת הרוב, המחוייב בשירות צבאי. עם זאת, בכך לא נסתיימה הבדיקה החוקתית. בחברה מאורגנת חוקים רבים פוגעים בזכויות אדם. עמדתי על כך באחת הפרשות:

”רבים הם החוקים הפוגעים בזכויות אדם חוקתיות, בלא שבכך נפגעת חוקתיותם. כך, למשל, חוקי העונשין, החוקים בדבר מעצרים והסגרה, פוגעים באיסור ליטול או להגביל את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת (סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). איש לא טוען שכל החוקים הללו הם בלתי-חוקתיים... עלינו להבחין בין היקפה של הזכות לבין ההגנה עליה; בין פריסתה של הזכות לבין יכולת מימושה” (פרשת דיזיין, פסקה 11).

עלינו לעבור, עתה, איפוא, לשלב השני של הבחינה החוקתית. בשלב זה נבחנת השאלה אם הפגיעה של חוק בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא כדין. מיקומה הגיאומטרי של שאלה זו הוא בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

השלב השני: האם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין?

פסקת ההגבלה: חשיבותה ותפקידה

45. השלב השני בבחינה החוקתית סובב סביב פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זו לשונה:

“פגיעה בזכות

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.”

הוראה זו היא בעלת תפקיד מרכזי במבנה החוקתי שלנו. היא נקודת האחיזה עליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה. היא משקפת את התפיסה כי בצד זכויות אדם קיימות גם חובות אדם (ראו D. Hodgson, Individual Duty Within a Human Rights Discourse (2003)). היא משקפת את התפיסה כי זכויות האדם הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינן מוחלטות אלא יחסיות. הן אינן מוגנות כדי כל היקפן. פסקת ההגבלה מדגישה את התפיסה כי הפרט חי בגדריה של חברה, וכי קיומה של החברה, צרכיה ומסורתה, עשויה להצדיק פגיעה בזכויות האדם (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 433; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 384; עע"ם 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 803, 782; להלן – פרשת תשעים הכדורים). עמדתנו על כך בפרשת דיזין:

“זכויות אדם הן זכויותיו של אדם כחלק מחברה. ניתן להגביל את זכויות האדם כדי להגשים מטרות חברתיות. רק בהגשמתן של מטרות אלה ניתן יהא לקיים זכויות אדם. 'הזכות החוקתית והפגיעה בה יונקים ממקור משותף'... מכאן מקומה המרכזי של פסקת ההגבלה” (פרשת דיזין, פסקה 11).

ברוח דומה ציינה חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה:

“פסקת ההגבלה משקפת איזון בין האינטרסים החוקתיים המשתקפים בזכויות היסוד לבין הצרכים המשתקפים בחקיקה העומדת למבחן. זכויות היסוד, גם בהיותן זכויות-על בעלות אופי חוקתי, הן אינן מוחלטות, אלא צומחות הן ממצואות חיים המחייבת קיום איזונים, בין חובת השמירה על זכויות פרט חשובות לבין מתן מענה לאינטרסים אחרים בעלי ערך, בין של הפרט ובין של הציבור. קביעת סדר הרמוני בין מכלול אינטרסים אלה הוא תנאי לחיי חברה תקינים ולשמירה על משטר חוקתי... פסקת ההגבלה נועדה לתחום את הגבולות שבתוכם תוכל לצמוח חקיקה ראשית של הכנסת, גם במקום שיש פגיעה בזכות יסוד, ובלבד שפגיעה זו תימצא במיתחם האיזונים הראויים בין ההגנה על הזכות לבין הצורך בהשגת תכליות

חשובות אחרות, הכרוכות בפגיעה בה" (פרשת חזן, עמ' 400).

וחזר על גישה זו חברי השופט א' לוי בציינו:

"האדם אינו עומד לעצמו כפרט בודד. האדם הוא חלק מחברה... זכויות האדם הינן, איפוא, זכויותיו בחברה מאורגנת; הן עוסקות בפרט וביחסיו עם זולתו. מכאן, שכבוד האדם הוא כבודו כחלק מחברה ולא כמי שחי על אי בודד" (פרשת עמותת מחוייבות, פסקה 4 לפסק דינו).

אכן, רובינזון קרוזו לא היה זקוק לזכויות אדם. קיומן של זכויות אדם מניח קיומה של חברה וקיומן של הגבלות על חופש הרצון של הפרט (ראו שופט בחברה דמוקרטית 130). כשם שזכויות האדם הן תורה אשר לימוד היא צריכה, כך גם ההגבלה על זכויות האדם תורה היא, ולימוד היא צריכה (ראו The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law 1986; J. Hiebert, Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review 1996; Kiss, "Permissible Limitations on Rights", in L. Henkin (ed.), The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights 290 (1981)). הבסיס החוקתי הבסיסי בעניין ההגבלות על זכויות האדם מעוגן בפסקת ההגבלה.

46. תפקידה של פסקת ההגבלה הוא כפול: מחד גיסא, היא באה להבטיח כי זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד לא ייפגעו אלא בהתקיים התנאים הקבועים בה. מאידך גיסא, היא באה לקבוע כי בהתקיים תנאיה, הפגיעה בזכויות היסוד היא חוקתית. הנה כי כן, זכויות האדם אינן מוחלטות. ניתן להגבילן. להגבלות המוטלות על זכויות האדם יש גבולות. הם קבועים בפסקת ההגבלה (ראו פרשת דיזיון, פסקה 11; בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, פסקה 17); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 545 לפסק דין הרוב).

47. פסקת ההגבלה מעמידה ארבעה תנאים אשר קיומם המצטבר מונע את אי חוקתיותה של פגיעה בזכויות האדם הקבועות בחוק היסוד. ארבעת התנאים הם: (א) הפגיעה בזכות האדם חייבת להיעשות בחוק או לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו; (ב) החוק הפוגע חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל; (ג) החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; (ד) החוק פוגע בזכות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש. הכל מסכימים כי התנאי הראשון (פגיעה בחוק או על פיו) מתקיים בעתירות שלפנינו. הצדדים לא הרחיבו באשר לתנאי השני (ערכיה של מדינת ישראל) ואת הדיון בו ניתן,

במקרה שלפנינו, לאחד עם הדיון בשאלת התכלית הראויה. נצא, איפוא, מתוך הנחה כי תנאי זה מתקיים, תוך שנדון בבעייתיות של הנחה זו במסגרת דיוננו בתנאי השלישי, שעניינו קיומה של תכלית ראויה. עלינו להתמקד, איפוא, בעתירות שלפנינו בתנאי השלישי ("תכלית ראויה"), ובתנאי הרביעי ("במידה שאינה עולה על הנדרש"). האחד קובע את המטרות המצדיקות פגיעה בזכות אדם. האחר קובע את האמצעים המצדיקים הגשמתן של מטרות ראויות אלה. לא כל המטרות ראויות. מטרות ראויות אינן מקדשות את כל האמצעים (ראו פרשת ח"כ אורון, עמ' 665).

48. פסקת ההגבלה מטילה אחריות כבדה על שכמ השופט. לעתים קרובות ניתן לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה בדרכים שונות. הבחירה בין האפשרויות השונות היא בידי המחוקק. עקרון הפרדת הרשויות העניק את תפקיד הבחירה – הוא תפקיד החקיקה – לרשות המחוקקת. עמדתי על כך בפרשת בנק המזרחי המאוחד:

"השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו אינה מהו החוק אשר מאזן כראוי בין צרכי הכלל והפרט שאותו היה השופט מחוקק אילו היה חבר בבית הנבחרים. השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו היא, אם האיזון שנבחר נופל לגדרו של מיתחם ההגבלה. בית המשפט צריך לבחון את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק הוא טוב, יעיל, מוצדק. השאלה היא אם החוק הוא חוקתי. מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פסקת ההגבלה" (שם, עמ' 438; ראו גם פרשת מנהלי ההשקעות, עמ' 386; פרשת המועצה האזורית חוף עזה (עמ' 551 לפסק דינו של הרוב; עמ' 757-758 לפסק הדין של השופט א' לוי)).

ברוח דומה ציינה חברתי השופטת ד' ביניש בפרשת מנחם:

"ביישמו את המבחנים החוקתיים הקבועים בפסקת ההגבלה על חקיקת הכנסת, יפעל בית המשפט באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון. במיוחד כך הדבר כאשר עניינה של החקיקה העומדת לביקורת חוקתית הוא בתחומי משק וכלכלה שכרוכים בהם היבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף. בתחומים אלה ייתכנו לעתים קרובות כמה מטרות ודרכי פעולה אפשריות; ההכרעה ביניהם מבוססת לא פעם על הערכה שטמונה בה אי-ודאות, והיא כרוכה בתחזיות ובשיקולים מקצועיים שאינם תמיד בתחום מומחיותו של בית-המשפט. הערכה שגויה של המצב עלולה להוביל לחוסר יציבות ואף לזעזועים במשק המדינה, על-כן יש ליתן לרשויות

המופקדות על המדיניות הכלכלית – הרשות המבצעת והרשות המחוקקת – מרחב בחירה רחב בהיותן קובעות את המדיניות הכלכלית ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה. זאת ועוד, הבחירה בין המטרות ודרכי הפעולה השונות בתחומי משק וכלכלה עשויה להיגזר מהשקפות חברתיות-כלכליות אשר על-אף היותן שונות זו מזו ואף מנוגדות – הן עשויות כולן להתקיים במסגרת חוקי היסוד. על-פי עקרון הפרדת הרשויות, הבחירה ביניהן נתונה בידי המחוקק וכל עוד עומדת החקיקה בתנאי פיסקת ההגבלה" (שם, עמ' 263; ראו גם בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14; עמ' 60-61 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש)).

על רעיון זה חזרה חברתי השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת חזן:

"בית משפט זה כבר עמד בעבר על כך כי תפקידו בבחינת חוקתיות של חוק מחייבת זהירות וריסון רב. עליו להפעיל את סמכויותיו, תוך הקפדה על עקרון הפרדת הרשויות, מחד, אל מול חובתו לבחון את השאלות החוקתיות כדי להבטיח הגנה חוקתית ראויה על זכויות האדם, מאידך. אין זה מתפקידו לעצב מחדש מדיניות חברתית-כלכלית או להעמידה במבחן הביקורת לגופה, ואף לא לקבוע לה סדרי עדיפויות ולשנות את איזוניה הפנימיים... תפקידו המוגדר של בית המשפט הוא בביקורת שיפוטית על חוקיותן של הפעולות השלטוניות ולא בהערכה ערכית של המדיניות לגופה. תפקידו הוא לבחון את חוקיותה של המדיניות דרך האספקלריה של ההגנה על זכויות האדם" (שם, עמ' 407).

חברי, המישנה לנשיא מ' חשין, עמד אף הוא על גישה זו, לעניין הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית:

"זהיר-זהיר נלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת ולו במקום שהדברים אמורים: בזכויות-יסוד של היחיד. זהירות-יתר זו עטפה עצמה בדוקטרינה, ואותה דוקטרינה מזהירה אותנו באורח מפורש ומפורט מפני התערבות במעשי חקיקה של הכנסת, שמא יעבור בית המשפט ויחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת... לענייננו – שלא ייאמר, כי בפגיעה בזכותו של היחיד חייבת שתהא פגיעה מהותית, פגיעה יסודית ועמוקה, פגיעה שיש בה עוצמה שלילית בכמות, במשקל ובמידה כדי כך שמכריעה היא הוראת-חוק מפורשת" (פרשת עמותת מחוייבות, פסקה 5 לפסק הדין).

גישה זו משתרעת על כל חלקיה של פסקת ההגבלה. היא חלה לעניין היות התכלית ראויה ולעניין מידתיות האמצעים הפוגעת בזכות האדם.

49. מי נושא בנטל השכנוע בעניין פסקת ההגבלה בעתירות שלפנינו? לדעתנו, נטל זה מוטל על המדינה. מגיעים אנו למסקנה זו על בסיס גישתו של השופט י' זמיר בפרשת צמח (ראו פסקה 22 לעיל). הזכות הנפגעת – שוויון כחלק מכבוד האדם – היא מהחשובה שבזכויות; הפגיעה היא קשה. נוסף, כי הנתונים העובדתיים על פיהם נקבעת חוקתיות הפגיעה ("מבחן הביצוע") מצויים כולם בידי המשיבים. המשקל המצטבר של כל אלה מטיל, לדעתנו, את נטל השכנוע, להוכחת מרכיביה של פסקת ההגבלה, על המדינה. נפנה עתה לבחינתה של פסקת ההגבלה בענייננו, תוך שנתמקד בתנאי של "תכלית ראויה" ופגיעה בזכות האדם שעליה להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש". נפתח בתכלית הראויה.

"תכלית ראויה" מהי?

50. היקף פריסתו של הדיבור "תכלית ראויה" נקבע על פי פרשנותו החוקתית. פרשנות זו מתמקדת בפגיעה בזכות האדם המוגנת. היא מבקשת ליתן תשובה לשאלה אם תכליתה של החקיקה מעניקה צידוק מספיק לפגיעה בזכות האדם. בחינה זו מתמודדת, בין השאר, עם שתי שאלות משנה: האחת, מהם מאפייניה של התכלית, המצדיקים פגיעה בזכות האדם; השניה, מה מידת הצורך בהגשמתה, והאם יש בה כדי להצדיק פגיעה בזכות האדם (ראו פרשת חורב, עמ' 52; בג"ץ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) פסקה 15 לפסק הדין; להלן – פרשת ח"כ לוי).

51. תשובה לשאלת המשנה הראשונה מבקשת לקבוע אמות מידה על פיהן נקבע אם תכלית היא ראויה. שתי אמות מידה קיצוניות נוכל לשלול על-אתר. מחד גיסא, אין לומר כי חזקה היא – חזקה שאינה ניתנת לסתירה – כי תכליתו של כל חוק היוצא מבית היוצר של המחוקק, היא ראויה. אילו כך סברנו היינו שוללים מהדרישה כי התכלית היא ראויה כל משמעות. חזקה שאינה ניתנת לסתירה אינה אלא דין, ודין לפיו כל תכלית היא ראויה, סותרת את הדרישה כי התכלית היא ראויה. פרשנות כזו היא מופרכת, ואין לנהוג על-פיה. מאידך גיסא, אין לומר כי תכלית היא ראויה רק אם אין בה פגיעה בזכות אדם. גם פירוש זה מרוקן את ההוראה מכל משמעות, שכן כל כולה באה להבחין בין פגיעות ראויות לבין פגיעות שאינן ראויות כזכויות אדם. קביעה



מראש שכל פגיעה אינה ראויה נוגדת את תכליתה של ההוראה בדבר תכלית ראויה, ואין לנקוט בה.

52. מתי תכלית היא, איפוא, ראויה? כיצד נבחין בין תכלית שהיא ראויה לבין תכלית שאינה ראויה? התשובה על שאלות אלה אינה פשוטה כלל ועיקר. קל לקבוע כי אם התכלית לא נועדה אלא לפגוע בזכויות אדם, אין היא ראויה. קשה להלום חקיקה שכזו במדינה דמוקרטית. אך מתי נראה את תכליתו של חוק, הפוגע בזכויות אדם, כתכלית ראויה? נראה לנו כי תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 434; פרשת חורב, עמ' 42, וכן P. Hogg, Constitutional Law of Canada 823 (2005)). עמד על כך השופט ת' אור באחת הפרשות, בצינו כי תכלית היא ראויה אם היא:

”מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופיה של החברה כמגינה על זכויות האדם” (פרשת ח"כ אורון, עמ' 662).

ברוח דומה ציינה חברתי השופטת ד' ביניש:

”תכלית היא ראויה אם נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט. זאת ועוד, תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדם” (פרשת מנחם, עמ' 264; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 802-801 לפסק דינו של השופט א' לוי).

מעבר להגדרות כלליות אלה אין זה רצוי, בשלב זה של התפתחותנו החוקתית, ללכת במשך השנים, ניתן יהא, כמובן, לעדן תפיסה זו, ולהתאימה לצרכים מיוחדים ומשתנים.

53. שאלת המשנה השניה בוחנת את הצורך בהגשמתה של התכלית. היא מעוררת מספר שאלות לא פשוטות. לענייננו, מתעוררת השאלה, אם לעניין היות התכלית ראויה יש חשיבות למהותה של הזכות הנפגעת ולהסתברות הפגיעה בה? כידוע, התפתחה במשפט החוקתי האמריקני פסיקה עניפה הקובעת רמות בדיקה (levels of scrutiny) שונות לעניין חשיבותה של המטרה בהתחשב בחשיבותה של הזכות (ראו א' ברק, פרשנות במשפט, עמ' 522). גישה זו לא התקבלה בקנדה. נקבעה בה אמת מידה אחת לעניין חשיבות המטרה (ראו הוג, שם, עמ' 823). הבעיה התעוררה בישראל כבר בפרשת בנק המזרחי המאוחד. לאחר שהבאתי את המשפט המשווה ואת חילוקי הדעות בין הגישות השונות, ציינתי כי "מוקדם מדי להכריע בשאלה מהו הדין בישראל על פי פסקת ההגבלה" (שם, עמ' 436). עם זאת, לצרכי העניין שהתעורר באותה פרשה ציינתי כי "די אם נקבע כי תכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות". הוספנו כי "המטען הנורמטיבי של מהות החשיבות ייקבע במשך הזמן, בפסיקתו של בית המשפט העליון" (שם, שם). מאז פרשת בנק המזרחי המאוחד עברו למעלה מעשר שנים. במספר פסקי דין צויין כי התשובה משתנה על פי מהותה של הזכות הנפגעת. "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה" (השופט י' זמיר בפרשת צמח, עמ' 273). צויין כי יש להתחשב "במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק" (השופט ד' דורנר בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 420; ראו גם רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 1, 16). נפסק כי "לעניין ההגנה על זכויות האדם בפני פגיעה בדין, לא כל הזכויות הן בעלות מעמד שווה. לא הרי הזכות לכבוד האדם כהרי זכות הקניין, ובמסגרתה של אותה זכות עצמה, עשוי להיות שוני במידת ההגנה הניתנת לפגיעה בה. כך, למשל, לא הרי מידת ההגנה בפני פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, כהרי מידת ההגנה הניתנת בפני פגיעה בחופש הביטוי המסחרי... במסגרתו של היבט מסויים של זכות (כגון הדיבור הפוליטי). לא הרי פגיעה שהיא בגרעינה של הזכות כהרי פגיעה בשוליה" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 49; להלן – פרשת חורב). באותה פרשה נפגע חופש התנועה. ציינתי לעניין פגיעה זו, כי "הנחיצות של פגיעה בחופש התנועה – חופש המצוי ברמה הגבוהה ביותר במדרג הזכויות בישראל – היא ברמה הגבוהה ביותר. על כן, יש להראות כי הפגיעה בחופש התנועה נועדה לשם הגשמת מטרה חיונית, או צורך חברתי לוחץ, או עניין חברתי מהותי" (שם, עמ' 53). צעד נוסף בעניין זה נעשה בפרשת מנחם. כותבת חברתי השופטת ד' ביניש:

"אין לגזור את היקף ההגנה על חופש העיסוק על בסיס טיבה של הזכות כשהיא עומדת לעצמה, אלא יש לקבוע את רמת ההגנה על הזכות החוקתית על פי מכלול פרמטרים נוספים ובהם התחום שהחקיקה הפוגעת עוסקת בו (כלכלי, חברתי, סוציאלי, ביטחוני ועוד), הטעמים שבבסיס הזכות המוגנת וחשיבותה החברתית היחסית, מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי, נסיבות הפגיעה והקשרה, וכן מהות הזכויות או האינטרסים המתחרים. יש להניח כי עם הזמן תיושמנה אמות מידה אלה בפסיקה בדרך של צעידה ממקרה למקרה, והדבר יסייע לגיבוש היקף ההגנה על חופש העיסוק החוקתי בשיטתנו המשפטית" (שם, עמ' 258).

השאלה התעוררה בפרשת המועצה האזורית חוף עזה. וכך נאמר בפסק דין הרוב:

"השאלות הקשורות במידת חשיבותה של התכלית ויחסה לחשיבותה של הזכות הנפגעת מעוררות בעיות קשות... לדעתנו, אין לנו צורך בעתירות שלפנינו, להכריע בשאלות אלה. מוכנים אנו להניח, בלא לפסוק בדבר, כי לאור הפגיעה הקשה בזכות לכבוד ולקניין, יש לנקוט באמת מידה מחמירה לעניין חשיבותה של התכלית. אמת מידה זו דורשת כי הפגיעה בכבוד ובקניין במקרה שלפנינו היא 'לתכלית ראויה' אם היא מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית. זו רמת הבדיקה העליונה בארצות-הברית; זו הרמה המקובלת בקנדה. נראה לנו כי לאור הנסיבות המיוחדות של תכנית ההתנתקות זו רמת הבדיקה הראויה במקרה שלפנינו" (שם, עמ' 549 לפסק דין הרוב).

ברוח דומה ציין השופט א' לוי באותה פרשה:

"תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות אדם... או שהצורך בהגשמתה הינו בעל חשיבות חברתית או לאומית" (עמ' 801 לפסק הדין).

גם בפרשת ח"כ לוי עמדתי על שאלה זו:

"לא כל תכלית ראויה עשויה להצדיק פגיעה בזכויות יסוד. ייתכן כי הפגיעה בזכויות יסוד חשובות במיוחד תהא מוצדקת רק אם הצורך החברתי שהפגיעה נועדה להגשים הוא חיוני במיוחד. מידת חשיבות הצורך

הנדרשת על מנת להצדיק פגיעה, עשויה להשתנות לפי מהותה של הזכות הנפגעת. בעניין זה נקטנו מספר פעמים – בלא להכריע בדבר – באמת מידה מחמירה. על פיה, התכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חיונית, או צורך חברתי לוחץ, או עניין חברתי מהותי” (שס, עמ’ 890; ראו גם פרשת חזן, עמ’ 402; פרשת עמותת מחוייבות, פסקה 15 לפסק דינו של השופט א’ לוי; פסקה 5 לפסק דינו של המישנה לנשיא מ’ חשין).

הנני סבור כי יש להמשיך בקו מחשבה זה גם בעתירות שלפנינו. הפגיעה בכבוד האדם היא קשה. בנסיבות אלה, ובהתחשב בפרמטרים עליהם עמדה חברתי, השופט ד’ ביניש, בפרשת מנחם, אנו קובעים כי אמת המידה לבחינת השאלה עד כמה חשוב הוא הצורך להשיג את המטרות המונחות ביסוד חוק דחיית השירות, במחיר הפגיעה הקשה בכבוד, הינה אם חוק דחיית השירות מגשים מטרה חברתית מהותית (substantial) או צורך חברתי לוחץ. על רקע גישתנו זו להיקף פריסתו של הדיבר “תכלית ראויה”, עלינו לבחון מהן תכליותיו של חוק דחיית השירות, והאם הן מקיימות את אמות המידה על פיהן נקבע אם תכלית היא ראויה, ואת הצורך בהגשמתה. לבחינתן של שאלות אלה נעבור עתה.

“תכלית ראויה” – מן הכלל אל הפרט

54. מה תכליתו של חוק דחיית השירות? חוק דחיית השירות הינו פרי פשרה חברתית. תכליתו הינה לאזן ולפשר בין מגמות נוגדות. ביסוד ההסדר מונחות ארבע תכליות המשולבות זו בזו. התכלית הראשונה הינה לעגן בחוק הסדר של דחיית שירות לתלמידי ישיבות אשר תורתם אומנותם והמבקשים ללמוד בישיבות. התכלית השנייה הינה להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית, במובן זה שיותר גברים בני הקהילה החרדית ישרתו בסופו של יום בשירות צבאי (רגיל או מיוחד), או לכל הפחות ישרתו שירות אזרחי. התכלית השלישית הינה הגברת השתתפותו של הציבור החרדי במעגל העבודה, בכך שיותר גברים בני הציבור החרדי ישתלבו בשוק העבודה בישראל. זאת, על רקע המצב שקדם לחוק דחיית השירות, בו דחיית השירות הותנתה בהימנעות מוחלטת מכל עיסוק מלבד הלימודים בישיבה, דבר שהקשה מאוד על פרנסתם של תלמידי הישיבות וכן הביא לגריעה משמעותית מתוצרתו של המשק הישראלי. התכלית הרביעית הינה להביא לפתרון הדרגתי של הקשיים שהיו קיימים בהסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבות, וזאת בדרך הדרגתית ובזהירות, ועל יסוד הסכמה רחבה וללא כפיה (שאינה אפקטיבית) של הגיוס.

55. האם תכליות אלה הן "ראויות"? לדעתי התשובה היא בחיוב. הן נועדו לשלב את המגזר החרדי במרקם חיי המדינה, ובכך לסייע לאותו מגזר להפחית את חוסר השוויון ולהגיע להסדר מוסכם בענין זה על חלקי החברה כולם. הן נועדו לחולל שינוי חברתי ארוך טווח, שיוביל, בין היתר, להקטנת מימדי הסדר דחיית השירות לתלמידי ישיבות. מטרת אלה, בשילובן זו בזו, מקיימות את הדרישה בדבר תכלית ראויה. נקבע הסדר שבאיזונו הכולל עולה בקנה אחד עם תפיסות היסוד של החברה הישראלית. התכלית הראשונה משקפת הכרה בייחודיותה של החברה החרדית ובתרבותה, והכרה בערך הלימודים התורניים. היא מגלה הבנה לצרכיה של "החברה החרדית", אשר אורח חייה שונה ונפרד ואשר עוסקת, על פי מורשת הסטורית של אלפים בשנים, במסירות נפש, בלימוד התורה, מתוך ראייה אידאולוגית ומודעות דתית שיש בכך משום הכרח לקיומו של העם היהודי כולו" (עמ' 2 לד"ח ועדת טל). היא מגלה רגישות וסובלנות למתכונתו הייחודית של עולם הישיבות וחברת הלומדים שהתפתחה סביבן. כן יש בה כדי לכבד את חופש הדת והמצפון של תלמידי הישיבות עצמם, את אורחות חייהם ואת רגשותיהם הדתיים (פרשת רובינשטיין, בעמ' 526). התכלית השנייה נועדה לצמצם את חוסר השוויון הכרוך בהסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם. יש בה כדי לקדם במידה מסויימת את השוויון, מתוך כיבוד זכויותיהם של הנושאים בנטל השירות הצבאי, אשר כבודם נפגע כתוצאה מהסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבות. אמת, חוסר השוויון לא נעלם. הוא עדיין ניכר. עם זאת, המגמה היא לצמצמו, תוך שנקבעו הסדרים מעשיים לכך. במרכזם עומדת "שנת ההכרעה", שנועדה לאפשר לתלמידי הישיבות בחינה של המשך דרכם והסתגלות למעבר מאורח חיים של לימודים תורניים לאורח חיים אחר, לקראת שירות צבאי או תחליפיו. כן נקבעו הסדרים ליצירת מסגרות גמישות של שירות צבאי או אזרחי, כדי לתת מענה למאפיינים של תלמידי הישיבות. התכלית השלישית נועדה לשפר את המצב הכלכלי של הפרט ושל המדינה. יש בכך מרכיב של קידום אינטרס לאומי, כלכלי ומשקי. התכלית הרביעית אמורה להביא לגידול במספרם של המשרתים בצבא מקרב הציבור החרדי בדרך מוסכמת, ותוך יצירת קונזנסוס ופשרה בנושא הדורש הסכמה לאומית (ראו ספיר, "שאלת גיוס בחורי ישיבה לצה"ל: הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים", פלילים ט' 21 (תשס"א)). גיוס בכפייה מעורר בעיות מעשיות קשות הקשורות, בין השאר, להשגת שירות צבאי אפקטיבי. החוק מבקש למצוא פתרון ישים ומעשי, ללא ניתוץ מרקם החיים של הציבור החרדי. משקלן המצטבר של תכליות אלה, ושילובן זו בזו, מביא לידי כך שתכליתו של חוק דחיית השירות היא ראויה. אכן, התכליות של חוק דחיית השירות מתחשבות במורכבות של הסוגיה, ובצורך למצוא לה פתרון כולל וארוך טווח,

תוך רגישות למכלול הבעיות החברתיות שהוא מעורר. ארבע המטרות הן מטרות חברתיות מהותיות. קיים אינטרס חברתי חשוב ודוחק למצוא להן פתרון.

56. כמובן, ניתן לחשוב על פתרונות שונים ומגוונים, המשקפים איזונים שונים ופשרות שונות בין המטרות החברתיות המתנגשות. ענין הוא לרשויות השלטון הפוליטיות. אין הוא ענין לרשות השופטת. השאלה הניצבת בפנינו אינה אם ניתן היה למצוא תכליות אחרות, או פשרות אחרות, ראויות אף הן, או אף ראויות יותר. השאלה הינה, אם התכליות המונחות ביסוד החוק – והמשקפות את השקפותיו של המחוקק לפתרון הבעיה החברתית הניצבת בפניו – הן ראויות. עמדנו על כך בפרשת המועצה האזורית חוף עזה, בה נתגלתה מחלוקת קשה בשאלה, אם התכלית המונחת ביסוד חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, היא ראויה. וכך נכתב בפסק דינו של הרוב:

“איננו יכולים, איננו חייבים ואיננו רשאים להכריע במחלוקת עמוקה זו. איננו יכולים לקבל הכרעה בשאלות שבמחלוקת, שכן התמונה שהוצגה בפנינו היא מטבעה חלקית, ואין בידינו כלים להערכתם של הטיעונים השונים. איננו חייבים להכריע במחלוקת זו, שכן השאלה הניצבת בפנינו איננה איזו משתי העמדות הנוגדות נראית לנו כראויה. השאלה אינה מה היינו אנו מחליטים אילו פעלנו כחברי כנסת. איננו רשאים להכריע במחלוקת זו, שכן כפי שבית משפט זה חזר ופסק בכל שנות קיומו במאות פסקי דין, אין הוא מחליף את שיקול הדעת של הרשות המחוקקת (והרשות המבצעת) בשיקול דעתו שלו; כי בחינתו של בית המשפט אינה בודקת את תבונתה או את יעילותה של ההחלטה השלטונית אלא את חוקיותה או חוקיותה. נמצא, כי איננו רשאים להחליט 'מי צודק'. אכן, השאלה שבה אנו יכולים וחייבים להכריע היא שאלה שונה. היא נגזרת מהמסגרת החוקתית הניצבת בפנינו. השאלה הינה זו: האם התכליות המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות הן תכליות ראויות לעניין פסקת ההגבלה? השאלה היא, איפוא, אם התכליות של חוק יישום ההתנתקות נועדו להגשים צורך חברתי חיוני מספיק דיו כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות האדם (בעיקר כבוד האדם והקניין) של הישראלים המפונים?” (עמ' 570 לפסק דין הרוב).

בפסק דיני בפרשת רטלר 1 עמדתי על כך כי “עצם דחית השירות של בחורי הישיבה הינו ענין השנוי במחלוקת בישראל. יש הסבורים כי אין משמעות לארץ ישראל ולמדינת ישראל בלי בנים לומדי תורה, הדבקים בכל לבם ובכל נפשם במשימתם בכל אורח חייהם... צה"ל שומר על הגוף והישיבות על הנפש. צה"ל מגן על היהודים והישיבות על היהדות... תלמידי הישיבות הם בגדר חלוצים מתנדבים המוותרים על

יתרונות חומריים פרטיים ומקדישים את עצמם לערכים רוחניים שנשמת האומה תלוייה בהם' (הרב מ' צ' נריה "בני הישיבות וגיוסם"... יש הגורסים כי המדינה לא תכון בלעדי דחית גיוסם, ויש הגורסים כי המדינה לא תכון בלעדי גיוסם. יש הרואים בדחית גיוסם מעשה אציל, ויש הרואים בכך מעשה שפל. אין בסוגיה קונסנסוס חברתי" (פרשת רסלר 1, בעמ' 504-505). בפסק דיני בפרשת רובינשטיין חזרתי וצינתי כי "דחיית הגיוס של תלמידי ישיבה ש'תורתם אומנותם' שנויה במחלוקת בישראל. אין בה הסכמה לאומית. אין זו מחלוקת בין דתיים לשאינם דתיים. במחנה הדתי עצמו קיימות דעות שונות ומגוונות" (שם, עמ' 526). הדגשתי כי "הקרע אינו רק אידיאולוגי. הוא קשור בהתנגשות בין זכויות אדם בינן לבין עצמן" (שם, שם). הוספתי כי שאלת גיוסם של תלמידי הישיבה ש'תורתם אומנותם' "הפכה להיות בישראל לבעיה חברתית ממדרגה ראשונה. תלמידי ישיבה ש'תורתם אומנותם', המקבלים דחייה של שירותם הצבאי, אינם רשאים לעבוד. האמצעים העומדים לרשותם – ולרשות משפחותיהם – הם דלים. העוני הוא נחלתם. אין הם משתלבים במעגל העבודה. גם אלה שנושרים מהסדר אינם נקלטים בשוק העבודה, שכן חוששים הם מגיוסם לצבא, והבטלה היא אם כל חטאת. נוצרת אוכלוסיה שלמה שאינה משתלבת בשוק העבודה והמגבירה את העוני ואת התלות בהקצבות הבאות מהמדינה ומגורמים פרטיים. נוצרת איפוא בעיה חברתית ממדרגה ראשונה" (שם, עמ' 526). הוספתי וצינתי בפרשת רובינשטיין כי "גיוסם של תלמידי ישיבה ש'תורתם אומנותם' מעורר גם בעיה חברתית-צבאית לא פשוטה. היא קשורה לשיקולים הצבאיים שבקליטתם של מתגייסים אלה. האם רצוי הוא לצבא לגייס תלמידי ישיבה אלה? האם יעיל הוא לגייסם? האם רצוי ויעיל הוא לגייס חלק מהם, כגון אלה שיימצאו כשרים לשירות צבאי או אלה שנפלטו בפועל מן הישיבות? ואם תאמר שגיוסם אינו יעיל, מה משקלו של שיקול זה לעומת השיקולים האחרים שעליהם עמדנו?" (שם, שם). הנה כי כן, הבעיה שניצבה בפני המחוקק היא קשה וסבוכה. "הפתרון לבעיות אינו פשוט כלל ועיקר. הוא מעורר שאלות עקרוניות, חברתיות וצבאיות סבוכות" (שם, שם). בפרשת רובינשטיין צינתי כי "גישתנו הינה כי ההכרעה בשאלות אלה צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת. בשאלה לאומית נוקבת זו צריכה להכריע הכנסת" (שם, שם). עתה הכריעה הכנסת; היא לקחה בחשבון את מלוא המורכבות של הסוגיה; היא הסתייעה בעבודה של ועדה מקצועית (היא ועדת טל). היא עשתה הערכות באשר למשקלם של השיקולים השונים ובאשר להסתברות התרחשותם. מטבע הדברים, יש בעניין זה לכנסת מרחב פעולה חקיקתי ניכר. עמדתי על כך במקום

אחר:

“שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, אשר לעתים קרובות אף שנויים הם במחלוקת, הדורשים מומחיות ומידע, ואשר עשויים לחייב הנחת הנחות והיפותיזות, שהן מצידן מחייבות הנחות נוספות, רצוי לו לשופט להיזהר מהפעלתם. הדרך הבטוחה והסבירה תהיה לרוב להשאיר את הסוגיה למחוקק, אשר יוכל לקבל מידע מלא מפי מומחים ולגבש מדיניות משפטית התואמת את הסוגיה בכל היקפה” (א’ ברק, שיקול דעת שיפוט 255 (1987); ראו גם פרשת מנחם, עמ’ 263; פרשת חזן, עמ’ 406).

דברים אלה יפים לעניין שלפנינו. שאלת גיוסם של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם היא שאלה חברתית-לאומית סבוכה, אשר הפתרון לה מוטל על שכם הכנסת. הכנסת הציבה לעצמה מספר מטרות. ניתן היה להציב מטרות אחרות. השאלה הניצבת בפנינו אינה אם המטרות אשר הכנסת הציבה לעצמה הן הראויות ביותר. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם המטרות שהכנסת הציבה לעצמה, בשילובן ההדדי, נופלות למיתחם האפשרויות העומד לרשות הכנסת. השאלה שלפנינו אינה אם התכליות שהציב החוק בפניו הן נבונות וטובות. השאלה שלפנינו הינה אם התכליות שקבע המחוקק, בשילובן ההדדי, נופלות לגדר התכליות הראויות שמחוקק רשאי לבחור בהן. תשובתי על שאלה זו היא בחיוב, תהא דעתי שלי באשר למטרות אלה אשר תהא. עניין לנו בשאלה חברתית יסודית; עניין לנו במדיניות חברתית סבוכה. האחריות לגיבושה מוטלת על הרשות המחוקקת. המדיניות שהמחוקק גיבש בחוק דחיית השירות נופלת למסגרת מיתחם ההגבלה העומד לרשות המחוקק. היא חלק ממרחב התמרון החקיקתי הניתן לו. מסקנתי הינה, איפוא, כי התכלית של חוק דחיית השירות הינה ראויה. האם האמצעים שנקבעו בחוק להשגתה של התכלית הראויה הם מידתיים? לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

“במידה שאינה עולה על הנדרש” – מהי?

57. תנאי הוא לחוקתיות פגיעתו של חוק בזכות אדם חוקתית, כי הפגיעה בזכות הינה “במידה שאינה עולה על הנדרש”. זהו תנאי של מידתיות. זהו “מבחן המינון” (השופט א’ גולדברג בפרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ’ 574). אין די בכך שהתכלית היא ראויה. יש להגשימה באמצעים ראויים. אלה נבחנים במסגרתה של המידתיות. עקרון המידתיות “נועד למנוע פגיעה יתרה בחירותו של היחיד. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להגזור בקפידה כדי להלום את הגשמתה של התכלית. בכך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון” (בג”ץ 3477/95 בן-עטייה נ’ שר החינוך,



התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 11; להלן – פרשת בן-עטייה). במשפט ההשוואתי נעשה נסיון לקונקרטיזציה של דרישת המידתיות (ראו J. Schwarze, European Administrative Law (1992); N. Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law (1996); E. Ellis (ed.), The Principle of Proportionality in Laws of Europe (1999); Marc-Andre Eissen, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", 125 in R. Macdonald, F. Metscher, H. Petzold (eds), The European System for the Protection of Human Rights (1993); Michael Fordham and Thomas de la Mare, "Identifying the Principle of Proportionality", 27 in Jeffrey Jowell and Jonathan Cooper (eds.), Understanding Human rights Principles (2001); Kirk, "Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality", 21 Melbourne U.L. Rev. 1 (1997); Thomas, "Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law (2000); David Beaty, The Ultimate Rule of Law (2004). בית המשפט העליון, בפרשו את דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה, אימץ גישה זו (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 436; פרשת מנהלי ההשקעות, עמ' 385; פרשת ח"כ אורון, עמ' 665; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412; פרשת בן-עטייה, עמ' 12; פרשת מנחם, עמ' 279; פרשת חורב, עמ' 53; פרשת אבו ערער, עמ' 41; בג"ץ 1255/94 "בזק" נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 687; בג"ץ 3643/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 730; להלן – פרשת סטמקה; פרשת תנופה; בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 768; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי נ' הרשות השנייה, פ"ד נד(4) 178; פרשת חזן, עמ' 402; בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 212, 261; פרשת בצרי, עמ' 266; פרשת תשעים הכדורים, עמ' 807; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 838 (להלן – פרשת בית סוריק); פרשת המועצה האזורית חוף עזה; בג"ץ 7957/04 זהראן יונס מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם); פרשת עמותות מחוייבות (פיסקה 16 לפסק דינו של השופט א' לוי); ראו סגל, "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי", הפרקליט לט 507 (1990); זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט וממשל ב 109, 131 (1994); דורנר, "מידתיות", ספר ברנזון 281 (כרך שני, תש"ס). על פי התפיסה המקובלת, קיומה של המידתיות מותנה בקיומם של שלושה מבחני משנה, או שלוש "אונות" במינוחו של חברי השופט חשין (בפרשת סטמקה, עמ' 776). רק אם שלושת מבחני המשנה מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שנקט בו החוק בהגשמת תכליתו הוא מידתי. לא די בקיומו של אחד או שניים ממבחני המשנה. נעמוד בקצרה על מבחני משנה אלה.

58. מבחן המשנה הראשון למידתיות הפגיעה הוא "מבחן ההתאמה" או מבחן "הקשר הרציונלי". על פי מבחן זה נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי צריך להיות גזור להשגת המטרה (ראו פרשת חזן, עמ' 405). אין הכרח כי יהא אמצעי אחד בלבד המגשים את התכלית הראויה. יתכנו לעתים מספר אמצעים שיש ביניהם ובין המטרה קשר רציונלי. זאת ועוד: לא נדרש כי האמצעי שנבחר יגשים באופן מוחלט וודאי את המטרה. "די במידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכות או באינטרס המוגן תתרום במידה סבירה להשגת התכלית" (דורנר, מידתיות, עמ' 289). אם האמצעי שנבחר אינו מקדם במידה מספקת את התכלית שבגינה נפגעה הזכות החוקתית המוגנת, הפגיעה אינה מידתית, שכן לא קיימת התאמה בין המטרה לאמצעי (ראו פרשת בכרי, עמ' 268). על כן, אמצעי שהוא "שרירותי, בלתי סביר או בלתי הוגן", אינו מקיים מבחן משנה זה (ראו פרשת מנחם, עמ' 279). נדרש, איפוא, "מתאם אמיתי" בין האמצעי הראוי למטרה הראויה (ראו פרשת ח"כ אורון, עמ' 666). לבסוף, הכרעה שיפוטית בעניין ההתאמה או הקשר הרציונלי יכולה לעתים להיעשות תוך בחינת הוראות החוק הפוגע עצמו, תוך הערכה הגיונית המתבססת על נסיון החיים והשכל הישר. לעתים קרובות לא ניתן להסתפק בכך. "רציונאליות דורשת עובדות. 'התאמה' מחייבת נתונים" (השופט א' לוי בפרשת עמותת מחוייבות, פסקה 19 לפסק דינו). נדרשת בחינה של המציאות החברתית, אשר החוק ביקש לשנותה. המאפיין מקרים אלה הוא שהערכת ההתאמה או הקשר הרציונלי מצויה במידה רבה בתחום ההערכה באשר לעתיד לבוא. אלה מקרים בהם קיימים מספר משתנים היכולים להשפיע על ההתאמה הסופית של האמצעי למטרה, ועל הקשר הרציונלי ביניהם. ההתאמה או הקשר הרציונלי נבחנים אז על פי "מבחן התוצאה" (השוו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 572 לפסק דינו של הרוב).

59. מבחן המשנה השני למידתיות הפגיעה הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן של צורך. "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" (פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 98; פרשת חזן, עמ' 405; פרשת בית סוריק, עמ' 840). "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" (פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 444). אכן, ביסוד מבחן משנה זה עומדת התפיסה כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של

התכלית הראויה (ראו פרשת מנחם, עמ' 279; ראו גם בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164).

60. מבחן המשנה השלישי למידתיות הפגיעה הוא מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). הוא בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין היקף הפגיעה בזכות החוקתית. זהו מבחן הבוחן את תוצאותיה של החקיקה. הוא מתמקד באפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 437; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 385; פרשת בן-עטייה, עמ' 13; פרשת תשעים הכדורים, עמ' 811; פרשת עמותת מחוייבות, פסקה 21 לפסק דינו של השופט א' לוי). בחינה זו היא בעלת אופי ערכי. היא מבוססת על עקרונות של איזון. היא מבטאת תפיסה של סבירות (ראו פרשת ח"כ לוי, פסקה 16 לפסק הדין). היא בוחנת את היחס שבין התועלת (בהגשמת התכלית הראויה) לבין הנזק (הפגיעה בזכויות האדם) (ראו פרשת סטמקה, עמ' 776; פרשת בית סוריק, עמ' 850). יחס זה צריך להיות מידתי. עמדתי על מבחן משנה זה בפרשת בית סוריק:

"מבחן משנה זה בוחן את התועלת מול הנזק... על-פיו, החלטה של רשות שלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. מטרת הבדיקה היא לבחון אם חומרת הפגיעה בפרט והטעמים המצדיקים אותה הם ביחס ראוי זה לזה. הערכה זו נעשית על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט" (שם, עמ' 850).

נדרש, איפוא, "יחס סביר בין הפגיעה... לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה" (השופט ד' ביניש בפרשת מנחם, עמ' 279).

61. שלושת מבחני המשנה של המידתיות אינם מובילים תמיד לפתרון אחד ויחיד. לעתים ישנן מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. נוצר מעין "מיתחם הגבלה" הדומה למיתחם הסבירות. ההכרעה בין האפשרויות בתוככי המיתחם נתונה למחוקק. עומד לרשותו "מיתחם של התחשבות" (margin of appreciation). נתון לו מרחב של שיקול דעת, או מרחב של תימרון חקיקתי (פרשת תשעים הכדורים, עמ' 812). נתון לו חופש בחירה בין תכלית ראויה לבין אמצעים מידתיים. "לכל מחוקק יש מרחב סביר של תימרון... קביעת המדיניות החברתית – בין בסוגיות כלכליות ובין בסוגיות אחרות – נתונה למחוקק, ויש להעניק לו מרחב של תימרון חקיקתי. בית המשפט אינו קובע את המדיניות החברתית. עניין הוא למחוקק. אך אם המדיניות אינה חוקתית, זהו עניין לשופט" (פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 438; ראו גם פרשת לשכת מנהלי

ההשקעות, עמ' 386; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 550 לפסק דינו של הרוב; עמ' 812 לפסק הדין של השופט א' לוי). "מבחני המשנה אינם מוחלטים או דווקניים. לרשויות יש שיקול-דעת ביישומם, ודי כי הפגיעה בזכות תימצא במסגרת 'מיתחם המידתיות' כדי שהנורמה תעמוד בדרישות המידתיות" (השופט ד' דורנר בפרשת תנופה, עמ' 452). עמדה על כך חברתי השופט ד' ביניש בפרשת מנחם:

"הדרישה כי על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק, אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם. קביעה כזו תקשה מדי על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית. זאת ועוד, שאלת המידתיות היא לרוב מסוג השאלות שאין עליהן תשובה מדוייקת ואחידה, שכן היא דורשת מלאכת שקלול והערכה. ייתכנו מצבים שבהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל-כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור. עקב כך הכיר בית-משפט זה ב'מרחב תימרון חוקתי' המכונה גם 'מיתחם המידתיות'. גבולותיו של מרחב התימרון החוקתי נקבעים על-ידי בית-המשפט בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו, בהתחשב במהותן של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה אל מול טיבם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים. בית-המשפט לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדרי מיתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם, והוא בלתי מידתי באופן ברור" (שם, עמ' 280; ראו גם פרשת מרכז השלטון המקומי, עמ' 496; פרשת תשעים הכדורים, עמ' 815).

62. עמדנו על מהותה של הדרישה כי חוקתיותה של הפגיעה בזכות המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תלויה במידתיותה. ציינו כי דרישה זו של מידתיות אינה מעלה תמיד אפשרות אחת ויחידה; כי נוצר לעתים "מיתחם של מידתיות", המעניק למחוקק מרחב של תמרון; כי נטל השכנוע בכל אלה מוטל, במקרה שלפנינו, על המדינה. על רקע זה נבחן עתה את השאלה, אם חוק דחיית השירות הוא מידתי? האם קיים קשר רציונלי בין הסדריו לבין הגשמת מטרותיו? האם הפגיעה של החוק בכבוד האדם היא מעבר לנדרש להשגתה של התכלית המונחת ביסוד החוק? האם היחס בין התועלת הצומחת מהחוק לבין הפגיעה בכבוד האדם הוא יחס סביר?

“במידה שאינה עולה על הנדרש” – מן הכלל אל הפרט

63. האם מתקיים תנאי המשנה הראשון (מבחן ההתאמה; מבחן הקשר הרציונלי) של המידתיות? האם קיים קשר רציונלי בין מטרותיו של חוק דחיית השירות לבין האמצעים שבחר בהם המחוקק להגשמת המטרות? לצורך התשובה לשאלה זו אין לבודד כל תכלית לעצמה. יש לבחון אם קיים קשר רציונלי (או קשר של התאמה) בין מטרותיו המשולבות של חוק דחיית השירות לבין האמצעים להגשמתו. בחינה זו צריכה להעשות, לענין החוק שלפנינו, לא כענין תיאורתי, אלא כענין מעשי, הנבחן בתוצאות הגשמתו. אכן, כשאלה תיאורתית הנבחנת בעת חקיקת החוק, יתכן שיש בהסדרים הקובעים בחוק כדי להגשים את תכליותיו. על פי בחינה זו רבבות תלמידי ישיבה ייבחרו בשנת הכרעה; על יסוד הנסיון שנצבר בשנה זו, יבחר חלקם בהמשך לימודיהם בבחינת “תורתם אומנותם”; חלקם יתגייס לצבא וחלקם יבחר בשירות אזרחי. בכך יוגשמו מטרותיו של החוק: תתאפשר דחיית שירות לבוחרים בכך; בה בעת, יפנו רבים אל מסלול השירות הצבאי או האזרחי; חוסר השוויון יפחת; יתבצע שילוב של גברים חרדים בשוק העבודה; השינויים יתרחשו באופן הדרגתי וזהיר, ללא כפיה ובהסכמה.

64. בחינה (מראש) זו אינה מספיקה. כאשר התכלית המונחת ביסוד חוק היא להביא לשינוי חברתי, אשר התרחשותו אינה אך הערכה תיאורתית אלא נבחנת במבחן החיים, יש לבחון את התאמת האמצעים שנבחרו להגשמת מטרה זו במבחן התוצאה. זו היתה גם גישתו של החוק עצמו. הוא נחקק כהוראת שעה. סעיף 16 לחוק קובע:

“הוראת שעה

(א) חוק זה יעמוד בתוקפו חמש שנים מיום פרסומו.

(ב) הכנסת רשאית, בהחלטה, להאריך את תוקפו של חוק זה לתקופות נוספות, שלא יעלו על חמש שנים כל אחת; דיון בהארכת תוקפו של החוק יתקיים בכנסת לא יאוחר משה חודשים לפני תום תוקפו.”

בדברי ההסבר להצעת החוק בעניין זה, נכתב:

“כדי לאפשר מעקב אחר התקדמות המגמות במסגרת הסדרי דחיית הגיוס לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, ובעיקר על השפעת החוק המוצע על היקף תלמידי הישיבות הכלולים בהסדר, מומלץ כי תוקפו של חוק זה

יהא לחמש שנים. עם זאת, ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, על פי הצעת הממשלה, רשאית להאריך את תוקפו כל פעם מחדש לתקופה שלא תעלה על חמש שנים כל אחת" (הצעת חוק דחיית השירות, עמ' 458).

אכן, מבחנו של חוק דחיית השירות הוא בהגשמתו, הלכה למעשה. מבחנו הוא בשינוי החברתי שיושג בפועל.

65. תוצאותיה של בחינה זו הוצגו בפנינו על ידי המדינה. מאז נכנס החוק לתוקפו (ביום 1.2.2003) ועד למועד הגשת ההודעה האחרונה מטעם המדינה (ביום 9.12.2005) עברו שלושים ושלושה חודשים. בתקופה זו יצאו כ-1,432 דחויי שירות לשנת הכרעה. 814 מתוכם טרם סיימו, בעת הגשת ההודעה, את שנת הכרעה. מבין אלה שסיימו את שנת הכרעה, 74 בחרו להתגייס לשירות צבאי. 103 ממתנינים לשירות האזרחי. 239 מצויים אמנם בתהליכי גיוס, אך כלל לא ברור אם יגוייסו בסופו של הליך. 13% דחויי שירות קיבלו פטור משירות וכ-238 חזרו למעמד של תורתו אומנותו. 11 מצויים בחו"ל. אכן, בעוד שמספר דחויי השירות עולה, ועומד נכון לחודש דצמבר 2005 על 45,639 איש, קרוב ל-1,400 איש יצאו לשנת הכרעה. המדובר בפחות מ-3% מכלל דחויי השירות. נתונים אלה קשים הם. אין לראות בנתון של 1,432 בחורי ישיבות שתורתם אומנותם היוצאים לשנת הכרעה כמקיים קשר רציונלי בין התכלית של החוק ובין האמצעי שנבחר. מסקנה דומה עולה מניתוח הנתונים הקשורים במסיימים את שנת הכרעה. על פי הנתונים בהודעת המשיבים מדצמבר 2005, רק 74 מבין 814 מסיימי שנת הכרעה – כ-9% מהם בקירוב – בחרו להתגייס. 103 דחויי שירות נוספים ממתנינים אמנם לשירות אזרחי. אולם בחלוף למעלה משלוש שנים למן פרסום החוק, טרם הותקנו התקנות הנוגעות לעניין ורק עתה מתחיל התהליך של הקמת מנהלת. שאר מסיימי שנת הכרעה חזרו רובם ככולם – למעט כמה המצויים בהליכי גיוס אולם מעמדם הסופי לא הוברר ולא ברור כלל אם יתגייסו – למסלול "תורתו אומנותו", או שקיבלו פטור מן השירות הצבאי. הם לא השתלבו בחברה הישראלית ובשוק העבודה. הנה כי כן, מטרתו של החוק אינן מתגשמות. מסקנה זו מקבלת משנה משמעות נוכח התחזית באשר למספר האנשים הצפויים להיכלל בהסדר "תורתו אומנותו" בשנים הבאות: על פי נתונים שהובאו בפני ועדת טל, בשנת 2007 יגיע מספר דחויי השירות לסך של 14.2% משנתון הלידה, העולה כדי 46,900 יוצאי צבא שלא יגוייסו. בשנת 2012 יגיע שיעור דחויי השירות ל-15% משנתון הלידה ויעמוד על 59,880 יוצאי צבא שלא יגוייסו.

66. מהי המסקנה העולה מנתונים אלה בכל הנוגע לקשר הרציונלי בין מטרות חוק דחיית השירות לבין האמצעים שנבחרו על ידו להגשמתן של מטרות אלה? המסקנה הינה כי על פי מצב הדברים היום – ולפי מבחן התוצאה – לא מתקיים קשר רציונלי בין מטרות החוק לבין האמצעים להגשמתו. מטרות החוק הוגשמו אך באופן שולי וזניח. אמת, תכליתו הראשונה של החוק מתגשמת. מספר גדול של תלמידי ישיבה מצויים בהסדר דחיית השירות. אך בכך לא די. תכליתו המרכזית והכוללת של חוק דחיית השירות לא היתה להגדיל את מספר האנשים בהסדר דחיית השירות. תכליתו הייתה לקדם פשרה ואיזון בין התכליות הנוגדות. לצד עיגונו של הסדר דחיית השירות בחוק, וכחלק בלתי נפרד ממנו, נועד החוק לקדם את השוויון, ולשלב גברים חרדים במשק העבודה הישראלי. תכליות אלה, לנוכח הנתונים שבפנינו, אינן מתגשמות. בהינתן הקשר ההדוק בין תכליותיו השונות של החוק, אין מנוס מהמסקנה שתכליתו המרכזית והכוללת של חוק דחיית השירות אינה מתגשמת.

67. בטיעונים לפנינו ביקשו המשיבים להטיל את האשם למצב דברים זה לא על החוק עצמו, אלא על ההסדרים להגשמתו. הם הדגישו כי מסגרות השירות האזרחי והתקנות הקשורות בביצועו לא התממשו. מסלולים צבאיים המתאימים למי שבחרו לשרת שירות צבאי בתום שנת ההכרעה לא נקבעו (ראו מכתבה של שרת המשפטים לראש הממשלה מיום 18.7.2005, פסקה 13 לעיל). האם רק באלה האשם, או שמא האמצעים שנקבעו בחוק – ובמרכזם "שנת ההכרעה" ותוצאותיה – אין בכוחם להגשים את מטרותיו? על שאלה זו קשה לנו להשיב היום. על רקע מחדלי הממשלה בהכנת הכלים הראויים שיאפשרו את הגשמת החוק, נתקשה להשיב אם הפגם הוא "גנטי", בעצם הסדרי החוק, או שמא התקלה היא מינהלית? אין לשכוח כי הזמן שעבר אינו רב – שלושים ושלושה חודשים בלבד מאז נכנס החוק לתוקפו (עד להודעה האחרונה של המדינה). יהא עניין זה כאשר יהיה, על פי מצב הדברים היום, אין התאמה בין מטרות החוק לאמצעים להגשמתו. עם זאת, אין לשכוח כי השינוי שוועדת טל המליצה עליו, ושהכנסת ביקשה להגשימו, הוא שינוי הדרגתי, המבוסס על הסכמה. נותרה כשנה ומחצה עד לסיום תוקפו של החוק. האין להמתין ולראות כיצד יתפתחו הדברים? האין לתת הזדמנות – אשר החוק עצמו צפה את הצורך בה – עד לחלוף חמש השנים לחיי החוק?

68. אלה הן השאלות שהטרידו אותנו. אכן, אילו בחנו התוצאות כפי שהן ליום מתן פסק דיננו – ועל רקע הנטל המוטל על המדינה לשכנע כי הפגיעה בכבוד האדם היא מידתית – מסקנתנו היתה כי אין חוק דחיית השירות מקיים את מבחן המשנה הראשון

של המידתיות. אין בהסדריו קשר רציונלי בין מטרותיו לבין האמצעים שנקבעו בחוק להגשמת המטרות. האם ניתן להגיע למסקנה סופית כבר היום? חוק דחיית השירות עוסק בבעיית יסוד של החברה הישראלית, שאין לפתרה בהינף קולמוס; הוא עוסק בעניין רגיש, המחייב הבנה והסכמה; הוא מבקש לתת פתרונות שאינם קלים ואינם פשוטים; הוא נחקק מראש כהוראת שעה. המחוקק ביקש זמן לבחינת ההתאמה של מטרות החוק לאמצעים שנקבעו ולהגשמתם. עניין לנו בשאלה חברתית סבוכה. זמן ההמתנה של חמש שנים נופל לגדר מרחב התימרון החקיקתי של המחוקק. כל אלה מחייבים אותנו להמתין במסקנתנו. יש לתת למבצעי החוק הזדמנות לתקן את שקלקלו. יש לאפשר לחברה הישראלית בכלל, ולחברה החרדית בפרט, להפנים את הסדרי החוק ואת דרכי ההגשמה של הוראותיו. כל אלה מצביעים על כך כי יש להמתין לחלוף חמש השנים מאז נחקק החוק. אז יהא על הכנסת לבחון את הגשמתו הלכה למעשה. יהא עליה לבדוק אם הזמן שחלף מאז פסק דיננו זה, שינה באופן מהותי את התמונה.

69. האם מתקיים תנאי המשנה השני (מבחן הצורך; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה)? היינו בוחנים שאלה זו, אילו סברנו כי האמצעים שנבחרו מתאימים להגשת המטרה. לאור הספיקות הקשים בעניין זה, הופך הדיון בתנאי המשנה השני, בשלב זה של הבחינה החוקתית, לתיאורתי. זאת ועוד: מחדלי הממשלה הביאו לכך, שלא הוצגה לנו תכנית ברורה של מסלולי השירות הצבאי המיוחד שייקבעו לאלה אשר יחליטו, בתום שנת ההכרעה, להתגייס לצבא. כמו כן, לא הוצגו לנו ההסדרים בעניין השירות האזרחי. במצב דברים זה, לא נוכל לנקוט עמדה בשאלה אם מכלול הסדרים אלה – שנת הכרעה, שירות סדיר מיוחד, שירות אזרחי – הוא ראוי, או שמא קיים הסדר חלופי, שיש בו כדי להגשים את מטרות החוק ואשר פגיעתו בכבוד האדם קטנה יותר. אכן, ההכרעה באשר לקיומו של אמצעי פוגע פחות תלויה במידה רבה במידת פגיעתו של האמצעי שנבחר, ובקיומו של אמצעי חלופי שיש בו כדי להגשים את מטרות החוק. על כל אלה לא נוכל להשיב, על רקע הכשלונות בהגשמת האמצעי שנבחר. יכולנו, כמובן, להכריע בשאלה הניצבת לפנינו, על פי הדינים בדבר נטל ההוכחה. נטל זה מוטל בעניין תנאי המשנה השני על המדינה. על פי מצב הדברים כפי שהוא היום, היא לא עמדה בו. עם זאת, לאור גישתנו כי לא בשל הזמן להכרעה באשר למידתיות הפגיעה של החוק בכבוד האדם, וכי ההכרעה באשר לחוק דחיית שירות צריכה להתקבל בחלוף חמש שנים לחקיקתו, אין מקום לעת הזו לנקוט עמדה באשר לתנאי המשנה השני. משיקולים אלה עצמם, לא תבחן גם השאלה אם החוק מקיים את תנאי המשנה השלישי (יחס ראוי בין תועלת לנזק). תשובה לשאלה זו – כמו לכל שאר מרכיבי המידתיות – יש ליתן על רקע תמונה ברורה של המציאות "בשטח". בשל האופן הבלתי ראוי לביצוע החוק, תמונה כזו אינה בנמצא.



השלב השלישי: תוצאות אי החוקתיות

70. השלב השלישי של הבחינה החוקתית בודק את תוצאות אי החוקתיות. לאור מסקנתנו כי טרם הגיע העת להכרעה בשאלת חוקתיותו של חוק דחיית השירות, מתבקשת המסקנה כי לא הגענו לשלב זה, וכי דין העתירות להידחות. עם זאת, עמדנו על הבעייתיות החוקתית של החוק. הצבענו על כך כי אילו החלטנו להכריע על פי מצב הדברים עתה, היינו מכריזים על בטלות הסדריו של חוק דחיית השירות. ציינו כי קיים חשש כי אם לא יחול שינוי מהותי בתוצאות הפעלתו של החוק, יהא מקום לשקול את הכרזתו כבטל. הנה כי כן, בצד החלטתנו כי העתירות נידחות, שכן לעת הזו לא נוכל להכריע באי חוקתיותן, הננו ממשיכים וקובעים כי אם תימשך המגמה ולא יהיה שינוי משמעותי במצב הדברים, קיים חשש כי חוק דחיית השירות יהפוך לבלתי חוקתי. אכן, קביעתנו היום הינה כי חוק דחיית השירות הוא עוד לא בלתי חוקתי, אם כי קיים חשש כי הוא עשוי להיות לבלתי חוקתי אם לא יחול שינוי משמעותי בתוצאות הגשמתו הלכה למעשה (השוו פרשנות במשפט 757 (כרך שלישי, 1994)).

הערות לחוות הדעת של חבריי, המישנה לנשיא מ' חשין והשופט א' גרוניס

71. עיינתי בחוות דעתם של חבריי, המישנה לנשיא מ' חשין והשופט א' גרוניס. צר לי, אך אין בידי להסכים לעמדתם. השופט מ' חשין מרחיב, לדעתי, יתר על המידה את היקף הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. לעומתו השופט א' גרוניס מצמצם אותה, לדעתי, מעל ומעבר לנדרש. מוצא אני עצמי, איפוא, בין שתי הגישות הללו. אעמוד בקצרה על עיקרי הביקורת שלי על גישתם של כל אחד מחברי.

הערות לחוות דעתו של המישנה לנשיא מ' חשין

72. המישנה לנשיא מ' חשין קובע כי חוק דחיית השירות בטל מעיקרו, שכן הוא מנוגד "לכל עקרונות היסוד הארוגים בחיינו, לכל האמיתות, לכל השאיפות, לכל התקוות שמדינת ישראל המתחדשת בנויה עליהן" (פסקה 6 לפסק דינו). חברי מציין, כי "אין לה לכנסת הכוח והסמכות לבטל את המדינה. באותה רוח נאמר, כי אין לה לכנסת הכוח והסמכות לפגוע בכוח המגן של המדינה על דרך של שיחרור עשרות אלפי צעירים משירות בצה"ל" (פסקה 13). חברי מוסיף ומציין, כי "חוקי היסוד – בוודאי כך חוקים מן המניין – שואבים את כוחם מעיקרי הדמוקרטיה, וממילא קדים ומשתחווים הם לפני אותם עיקרים" (פסקה 28 לפסק דינו). גישה זו אינה מוגבלת אך לחוקים

שהכנסת מחוקקת לעצמה, אלא גם "בכנסת המחוקקת בנושאים של המשטר במדינה וזכויות היסוד של האדם" (פסקה 29). בעניינינו נוגד חוק דחיית השירות את עקרון השוויון המצמיח לא רק זכויות אלא גם חובות (פסקה 33). החוק מפר את האמנה החברתית "המשמיעה אותנו חובה של שוויון בנשיאה בנטל קיום" (פסקה 40). בית המשפט רשאי לבטל חוק הפוגע בשוויון זה, גם אם שוויון זה לא מצא את מקומו בחוק יסוד. אכן, לדעת חברי, "אין כל כוח אפריורי, בוודאי שאין הצדק ראוי, כך לצמצם את סמכותו של בית-המשפט לבטל דבר-חוק של הכנסת. יש עיקרי-יסוד בחיי המדינה שלא נוכל בלעדיהם ואין אנו זכאים להתעלם מהם. שאם נעבור ונתעלם, אנו לא עוד נהיה אנו" (פסקה 47).

73. חוות דעתו של חברי, השופט מ' חשין, באשר ליחס בין עקרונות היסוד לבין חוקי היסוד, מעוררת בעיות רבות וקשות (ראו רובינשטיין ומדינה, שם, עמ' 61). הן התעוררו במדינות מספר וכמה בתי משפט נתנו עליהן את הדעת (ראו למשל פסק דינו של בית המשפט החוקתי הגרמני בפרשת אלפי (1957) 6 Bverf GE32, וכן מספר פסקי דין של בית המשפט העליון של הודו: ראו, למשל, Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973) S.C.R. 1; Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain, AIR 1975 S.C. 2299; Minerva Mills Ltd v. Union of India, AIR 1980 S.C. 1789; Waman Rao v. Union of India, AIR 1981 S.C. 271; Jain, "The Supreme Court and Fundamental Rights", in S.K. Verma, Kusum (eds.), Fifty Years of the Supreme Court of India: Its Grasp and Reach 8 (2000). על חלקן עמדתי בפסקי דין אחדים (ראו, למשל, פרשת תנועת לאו"ר; פרשת אפרת; פרשת ולנר, עמ' 802; בג"ץ 410/91 בלום נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מו(2) 201, 205; פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 394, 469, 546). על חלקן עמדתי בכתיבתי המדעית (ראו א' ברק, פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית 626 (כרך ראשון, 1992); שופט בחברה דמוקרטית 98). לדעתי, אין לנו צורך להכריע בשאלות אלה בעתירות שלפנינו, וזאת משני טעמים: ראשית, עלינו לעשות ככל יכולתנו להכריע בשאלות החוקתיות של חוק הנוגד ערכי יסוד במסגרת הכרעה בחוקתיות החוק ביחסיו עם חוק-יסוד. ישראל מצויה עתה בעיצומו של מהלך חוקתי, המתבצע באמצעות חוקי-יסוד. יש לעשות כל מאמץ פרשני להכריע בשאלת חוקתיות החוק במסגרת ההסדרים הקבועים בחוקי היסוד. עמדתי על כך בפרשת תנועת לאו"ר, בצייני:

"לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית

המשפט להצהיר על בטלותו של חוק – שאינו סותר הוראה משורינית בחוק-יסוד – והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, נראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי, כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על ידי העם ונציגיו הנבחרים" (שם, עמ' 554).

דברים אלה נכתבו לפני חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. הם נאמרו לפני פסק דיננו בפרשת בנק המזרחי המאוחד. הם מקבלים משנה תוקף – לעניין כל חוק יסוד, בין "משוריין" ובין "שאינו משוריין" – לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ולאחר פסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחד. אלה העניקו לחוקי היסוד מעמד חוקתי-על-חוקי. הם איפשרו בדיקת חוקתיותם של חוקים הנוגדים ערכי יסוד ועקרונות יסוד הקבועים בחוקי היסוד. זאת, בין אם הקביעה בחוקי היסוד היא מפורשת (כגון פגיעה בכבוד האדם או בפרטיות), ובין אם היא משתמעת (כגון פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת). כתוצאה מכך, הצורך להיזקק לשאלת החוקתיות של חקיקה מחוץ למסגרת של חוקי היסוד קטן עד מאוד. צורך זה אינו קיים במקרה שלפנינו. זאת, משום שבפסק דיננו קבענו כי השוויון – עד כמה שיש בו ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה – נכלל בכבוד האדם. כן קבענו כי לשוויון זה מוענק מעמד חוקתי-על-חוקי. מכוחה של הכרעה זו קבענו כי חוק דחיית השירות פוגע בכבוד האדם. הוספנו וקבענו כי חוקתיותו תיקבע על פי מידתיותו. במצב דברים זה אין מקום לבחון את חוקתיותו של חוק דחיית שירות ביחס לערכים ולעקרונות שאינם מהווים חלק מחוקי היסוד.

74. שנית, גם אם קיים תחום צר שבמסגרתו ניתן לבחון את חוקתיותו של חוק שלא במסגרת חוקי היסוד, המקרה שלפנינו אינו נופל לתחום זה. במקום אחר עמדתי על הגבלה המוטלת על הכוח לשנות חוקה (בעיית השינוי החוקתי הלא חוקתי), תוך שציינתי:

"הגבלה זו על כוחו של המחוקק חלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" (שופט בחברה דמוקרטית 99).

באחת הפרשות, נטען כי חוק שפגע בחופש העיסוק שבחוק-יסוד: חופש העיסוק, ושאינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה, אינו חוקתי חרף העובדה שהוא עומד בתנאיה של פסקת ההתגברות ("חוק חורג"). אי החוקתיות שנטענה היתה בהיות החוק נוגד את ערכיה של מדינת ישראל. בדחותי טענה זו כתבתי:

"גם אם נניח – בלא להכריע בדבר – כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה" (בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד כ(3) 15, 28).

על כן, יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם. המקרה שלפנינו אינו נופל למסגרת צרה זו. הוא רחוק ממנה מרחק רב. חוק דחיית שירות אינו פוגע בליבת הדמוקרטיה. הוא אינו שולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי. אמת, הוא פוגע פגיעה קשה בכבוד האדם. פגיעה זו נעשית במסגרת ההסדר הדמוקרטי שלנו. אין כל פגיעה בליבת הדמוקרטיה אם המדינה מחליטה לצמצם או להרחיב את הגיוס לצבאה. אמת, השוויון בין אזרחים נפגע במקרה שלפנינו; כבוד האדם נפגע; הפגיעה היא קשה. אך מכאן ועד למסקנה כי פגיעה זו מהווה פגיעה בליבת הדמוקרטיה, ובדרישות המינימום לאופייה של מדינה כדמוקרטית, רחוקה הדרך. פגיעתו של חוק דחיית השירות אינה שונה באופן מהותי מפגיעות רבות אחרות בזכויות אדם הנבחנות במסגרת חוקי היסוד על דבר זכויות האדם.

הערות לחוות דעתו של השופט א' גרוניס

75. חברי השופט א' גרוניס חורג אף הוא, כמו חברי השופט מ' חשין, מהמסגרת הרגילה של הבדיקה החוקתית. בעוד שחברי, המישנה לנשיא, מרחיב את היקפה של ביקורת זו, חברי השופט א' גרוניס מצמצם אותה עד מאוד. על פי גישת חברי השופט א' גרוניס, "הצורך המרכזי לקיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה הינו הצורך להגן על מיעוט ועל יחידים מפני עריצותו של הרוב" (פסקה 13 לפסק דינו). בכך בא לידי ביטוי "תפקידו של בית המשפט בשמירה על כללי המשחק הדמוקרטי" (פסקה 7). בכך הוא סומך עצמו בעיקר על פרופ' אילי (Ely), אשר פיתח תיאוריה זו (ראו J. H. Ely,

(Democracy and Distrust (1980)). לדעתו, התיאוריה של אילי שגויה מתוכה; היא מבוססת על תפיסה צרה ובלתי ראויה של הדמוקרטיה; היא אינה מקובלת בארצות-הברית שם נוצרה, ובמדינות אחרות בהן נוהגת ביקורת שיפוטית; היא זרה למבנה החוקתי שלנו וסותרת את כל פסקי הדין החוקתיים שלנו. אלך מהקל אל הכבד.

76. על פי גישתו של חברי, השופט א' גרוניס, יש להבחין בין הגנה על הרוב לבין הגנה על המיעוט; יש להבחין בין הגנה על מהותה של הדמוקרטיה לבין הגנה על הליכי קבלת ההחלטות בה. חברי אינו מסביר מהן אמות המידה להבחנות אלה. כיצד נבחין בין הרוב למיעוט? וכיצד נבחין בין המהות להליך? כך למשל, במשטר פרלמנטרי רב מפלגתי המבוסס על קואליציות, מיהו הרוב ומיהו המיעוט? מפלגה קטנה המשמשת לשון מאזניים בקואליציה – האם מצביעה הם חלק מהרוב או מהמיעוט? האם פגיעה בחופש הביטוי היא פגיעה במהות הדמוקרטיה, או בהליך הדמוקרטי? האם הקפדה על השוויון בזכות לבחור ולהיבחר מגנה על ערכיה המהותיים של הדמוקרטיה, או שמא מגנה היא על ההליך הדמוקרטי? (ראו Tribe, "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, 89 Yale L.J. 1071-2 (1981), 1063; להלן - טרייב). ולבסוף, על-פי אילו אמות מידה נבחין בין פגיעה במיעוט שהיא חלק מההליך הדמוקרטי התקין, ומתי נאמר שהפגיעה במיעוט הינה ביטוי של "עריצות הרוב"? כדברי טרייב:

"Which groups are to count as 'discrete and insular minorities'? Which are instead to be deemed appropriate losers in the ongoing struggle for political acceptance and ascendancy?" (1073)

כמובן, איני שולל את זכותו של מיעוט להגנה חוקתית. הנני סבור, עם זאת, כי אין לבסס את תורת החוקתיות כולה, את תורת הפרשנות החוקתית כולה ואת תורת הביקורת השיפוטית כולה, על הבחנה בין הגנת המיעוט (הדורשת הגנה חוקתית וביקורת שיפוטית) לבין הגנת הרוב (שאינה דורשת הגנה חוקתית וביקורת שיפוטית).

77. גישתו של חברי, השופט א' גרוניס, מכירה בכוחו של בית המשפט להגן על הדמוקרטיה. עם זאת, גישתו לדמוקרטיה היא צרה יתר על המידה. דמוקרטיה לגביו היא שלטון הרוב. על פי גישתו, תפקידו של בית המשפט, בביקורת השיפוטית, היא להגן על המיעוט ועל יכולתו להשתתף בהליך הדמוקרטי: זו כמובן מטרה ראויה. יש לעשות הכל כדי לאפשר למיעוט ולכל אחד מיחידיו ליטול חלק מלא בתהליך הדמוקרטי, להשמיע את קולו ולהיות חלק בלתי נפרד מהחברה כולה. ואולם,

דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב ואינה אך הליך ראוי של גיבוש רצון החברה באמצעות נציגים בגוף המחוקק. דמוקרטיה היא הרבה יותר מזה. דמוקרטיה היא גם זכויותיו של כל אדם ואדם, בין אם הוא חלק מהרוב ובין אם הוא חלק מהמיעוט; דמוקרטיה היא גם הפרדת רשויות, שלטון החוק (הפורמאלי והמהותי) ועצמאות הרשות השופטת. אכן, עולמה של הדמוקרטיה הוא עשיר ורב-פנים. היא מבוססת על מרכזיות החקיקה ועל ערכים דמוקרטיים. במרכזם עומדים זכויות האדם. עמדתי על כך בפרשת בנק המזרחי המאוחד:

”ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא חלק אינטגרלי של מהות הדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא חלק אינטגרלי של ערכי היסוד וזכויות האדם כפי שנתגבשו בחוקה. דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה השולטים על הרוב. אכן, הדמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה 'פורמאלית' (שעניינה תהליך הבחירה בה שולט הרוב). דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה 'מהותית' (שעניינה הגנה על זכות האדם כפרט)... טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטון הרוב, ופגעת בעצם מהותה. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטונם של ערכי היסוד, ופגעת בעצם קיומה” (שם, עמ' 423. ראו גם שופט בחברה דמוקרטית, 90, 322-330).

תפקידם של שופטים הוא להגן על הדמוקרטיה בהיבטה העשיר והרב-גווני. אכן, אם החוקה או חוקי היסוד הם דמוקרטיים, גם ההכרעה השיפוטית שחוק נוגד חוקה בטל היא דמוקרטית. כאשר שופטים מבטלים חוקים הפוגעים בחוקי יסוד, הם נותנים ביטוי לערכי היסוד של החברה כפי שאלה התגבשו בחוקי היסוד. בכך הם שומרים על הדמוקרטיה החוקתית, על כל היבטיה. בכך הם מקיימים את האיזון העדין שעליו הדמוקרטיה מושתתת. תפקידם של גורמי השלטון הוא לשמור על החוקה וערכיה. תפקידם של הכנסת וחבריה, הממשלה ושריה והרשות השופטת ושופטיה, הוא לשמור על חוקי היסוד, ערכיהם והגשמתם. תפקיד זה אינו מוגבל אך לשמירת עקרון הייצוגיות והשוויון בהשתתפות בקבלת ההכרעות הדמוקרטיות. אלה חשובות, ובלעדיהן אין דמוקרטיה. הן תנאי הכרחי, אך לא מספיק. דמוקרטיה היא גם הליך וגם תוכן. על כל אלה יש להגן. תפקיד זה של הגנה משתרע על כל היבטיהם של חוקי היסוד, הזכויות המוגנות בהם, והערכים הסובבים אותם.

78. גישתו של פרופ' אילי – עליה סומך חברי – ביקשה להסביר את פירושה של החוקה האמריקנית. היא נועדה להיות תורה פרשנית באשר לזכויות האדם. באמריקה עצמה נמתחה עליה ביקורת קשה (ראו טרייב, לעיל; R. Dworkin, A Matter of

Principle 55 (1985); Tushnet, Symposium on Democracy and Distrust: Ten Years Later: Foreword”, 77 Va. L. Rev. 631 (1991); Posner, “Democracy and Distrust Revisited”, 77 Va. L. Rev. 641 (1991); Dorf, “New Perspectives on John Hart Ely: Democracy and Distrust: The Coherentism of Democracy and Distrust”, 114 Yale L. J. 1237 (2005). הדעה המקובלת הינה, כי אין בה הסבר ראוי למעמדה של החוקה האמריקנית ולפרשנותה. בית המשפט העליון האמריקני, בכל דורותיו, לא קיבל אותה (ראו Boyton, “Democracy and Distrust After Twenty Years: Ely’s Process Theory and Constitutional Law From 1990 to 2000”, 53 Stan. L. Rev. 397 (2000)). גישתו של אילי לא התקבלה בקנדה או במדינות אירופאיות.

79. תהא גישתו של אילי אשר תהא, לא ניתן לעגנה במבנה החוקתי של ישראל. חברי השופט א' גרוניס לא הסביר כלל, כיצד זה ניתן לאמצה בישראל? לא הוסבר כלל, כיצד ניתן לישיבה עם פסיקתו של בית משפט זה מאז פרשת בנק המזרחי המאוחד. האם הבנקים והנושים של המגזר החקלאי אשר חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), תשנ"ג-1993 פגע בהם, הם קבוצת מיעוט שיש להגן עליהם? האם זהו ההגיון המונח ביסוד כל חוות הדעת שניתנו בפרשה זו? והאם יועצי ההשקעות אשר נפגעו מהוראות חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995, הם קבוצת מיעוט? כיצד מסביר חברי את פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367? האם החייל שנעצר והוחזק בכלא חמישה ימים על פי הוראות חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, שייך לקבוצת מיעוט שעליה יש להגן? כיצד מסביר חברי את הביקורת השיפוטית בפרשת צמח, וכיצד מסביר חברי את הביקורת השיפוטית בפרשת ח"כ אורון ובפרשת המועצה האזורית חוף עזה?

80. אכן, המבנה החוקתי שלנו מעניק הגנה לכל אדם באשר הוא אדם. הוא "מושגת על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין" (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). הוא מגן על זכותו של כל יחיד, בין אם הוא חלק מקבוצת מיעוט ובין אם הוא חלק מקבוצת רוב. אכן, כל אדם עומד לעצמו. בהיבטים מסויימים הוא שייך לרוב פלוני. בהיבטים אחרים הוא שייך למיעוט אלמוני. חוקי היסוד שלנו עוסקים באדם על כל היבטיו. פגיעתו של חוק דחיית השירות אינה בקבוצת הרוב. פגיעתו אינה קבוצתית. פגיעתו היא אישית. על זכות אישית זו מגינים חוקי היסוד שלנו. ניתן לפגוע בה אם מתקיימות תנאיה של פסקת ההגבלה. זוהי המסגרת החוקתית, לפיה נבחנת חוקתיותם של חוקים בישראל. אינני סבור שיש מקום לסטות ממנה. זאת

ועוד, גם על פי תורתו של אילי, אין להצדיק את גישתו של חברי, השופט א' גרוניס. תורתו של אילי היא תורה פרשנית. הוא מבקש לפרש באמצעותה את הוראות התיקונים לחוקה האמריקאית העוסקים בזכויות האדם. יתכן ואילי היה קובע, על פי תורתו, בנתוני העתירה שלפנינו, שהזכות החוקתית לשוויון לא נפגעה. אך אילי היה מכיר בוודאי בביקורת שיפוטית, אילו סבר שהשוויון נפגע. והנה, חברי קובע – ולדעתי בדין קובע – כי לצרכי הדיון שלפנינו יש בחוק דחיית שירות משום "פגיעה מסויימת בשוויון" (פסקה 4 לחוות דעתו). על רקע קביעה זו של חברי, כיצד ניתן למנוע את בדיקתה של הפגיעה על פי יסודותיה של פסקת ההגבלה? כיצד ניתן לשלול את זכותו של כל אחד שזכות השוויון שלו נפגעה, אם במעט ואם בהרבה, כי פגיעתו תיבדק במסגרת של פסקת ההגבלה?

81. חברי המישנה לנשיא מ' חשיך והשופט א' גרוניס נוקטים עמדות השונות אלו מאלו. עם זאת, לשניהם משותפת התפיסה כי את חוקתיותו של חוק דחיית שירות יש לבחון על פי אמות מידה שמחוץ לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שניהם סבורים גם שאת ההכרעה בעתירות יש לקבל כבר עתה, בלא שיש רלבנטיות לעניין זה לפסקת ההגבלה. לדעתי, אין לנקוט בגישות אלה. את חוקתיותו של חוק דחיית שירות יש לבחון לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולא מכוחן של דוקטרינות, שהן חיצוניות לו. את הבחינה החוקתית יש לעשות על פי שלביה המקובלים. במסגרתם של אלה, פוגע חוק דחיית שירות בכבוד האדם, ולעת הזו אינו מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. היישום של הוראות החוק, הלכה למעשה, הוא שיכריע את כף חוקתיותו של החוק.

סוף דבר

82. גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" מעורר בעיות חברתיות, צבאיות ואידיאולוגיות קשות ומורכבות. הן חורגות מעבר לבעייתם של המתגייסים בלבד, והן מהוות – כפי שוועדת טל ציינה – בעיה חברתית כללית של המגזר החרדי. הן מהוות גם בעיה של החברה הישראלית כולה. פתרוןן של הבעיות שנוי במחלוקת קשה בין חלקי החברה בישראל. על היבטיה המשפטיים של הבעיה עמדנו בשורה ארוכה של פסקי דין. פתרונה של המחלוקת צריך להתקבל "במסגרת הכרעה לאומית אשר הכנסת צריכה לקבל" (פרשת רובינשטיין, עמ' 526). הכנסת קיבלה את ההכרעה הנדרשת. היא חוקקה את חוק דחיית השירות. עמדנו על כך שחוק זה פוגע קשות בכבוד האדם של בני קבוצת הרוב, המחוייבים בשירות צבאי. ציינו כי חוקתיותו של החוק מותנית, בעיקרו של דבר, במידתיותו. בחנו עניין זה ונוכחנו לדעת כי אילו הכרענו בעתירות על פי מצב הדברים



היום, היינו מכריזים על בטלותו של החוק. עמדנו על כך, כי לא ניתן, לעת הזו, לקבל הכרעה באשר למידתיות החוק. ציינו כי לא ניתנה לחוק "הזדמנות ראויה" להגשים את מטרותיו. על כך יש להצטער. הכנסת עצמה צפתה את הצורך בזמן ראוי כדי לחולל את השינויים החברתיים שיביאו לפתרון, ולו חלקי, של הבעיה. היא קבעה, על כן, תוך סטייה מהנוהג הרגיל, כי החוק יעמוד בתוקפו חמש שנים מיום פרסומו, תוך אפשרות הארכתו בהחלטת הכנסת (סעיף 6 לחוק). נותרה מעל לשנה עד לחלוף מועד זה. החרדים לגורלו של החוק – מכל קצווי החברה הישראלית – צריכים לנצל את הזמן שנותר כדי להביא לשינוי במגמות הקיימות. כך לעניין התנהלותם של גורמי השלטון; כך לעניין התנהלותם של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם. הפתרון לבעיה החברתית הוא בפתרון חברתי, מוסכם, המבוסס על סובלנות והבנה. אם השינוי לא יבוא, קיים חשש רציני שהחוק יהפך לבלתי חוקתי. לא יהא מנוס אז מלשקול את כל הסדריו מחדש, הן בהיבטיו החברתיים והן בהיבטיו המשפטיים.

לו דעתי הייתה נשמעת, היינו דוחים את העתירות.

ה נ ש י א

המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשינ:

לצערי, לא אוכל לצרף דעתי לדעתו של חברי, הנשיא ברק. אסכים, אמנם, לעיקרי החלקים התורתיים בחוות-דעתו של חברי - ככל שחלקים אלה עומדים לעצמם - אלא שנתקשיתי להסכים ליישומם של אותם חלקים תורתיים על העניין שלפנינו ולמסקנה אותה מבקש חברי להסיק בסיומה של חוות-דעתו.

2. בפרשת רובינשטיין (בג"ץ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481) - פרשה שפסקנו בה לפני למעלה משבע שנים - הסתייגתי באורח חריף מהימנעותו של הבג"ץ להתערב - שנים רבות - באותה תופעה חריגה של דחיית שירות צבאי ופטור משירות צבאי הניתנים לבני ישיבות ש"תורתם אומנותם", ומתחתי ביקורת לא קלה על תופעה זו שכיניתיה "חיזיון יחיד-ומיוחד" (שם, 532 ואילך). "כיצד זה, שואלים השואלים" - כך כתבתי - "שחלק מן האוכלוסיה נושא בעול הכלל ואילו חלקה האחר פטור מעול אך נהנה מהמשא המונח על שכמי אחרים? האמנם כך נכון וראוי בחברה שהכול אמורים להיות בה ערבים זה-בזה?" (שם, 532). לסיום חוות-דעתי כתבתי דברים אלה (שם, 541):

נבהיר ונפרש: לא אמרנו - אף לא נאמר - כי לימוד בישיבה אינו נימוק ראוי למתן דחית שירות. ... כך דין גם אם יוחלט על דחיית שירות לצורך לימוד מחשבים, הנדסה או כל מיקצוע אחר שייראה חשוב לצבא ולמדינה. בשניים אלה מצאנו קושי בענייננו (קושי ענייני, בנוסף לקושי המשפטי-המהותי): אחד, בכך שמספר הדחיות לא הוגבל, לא מראש ולא בדיעבד, עד שתפח והגיע לממדיו כיום, ושניים, בכך שהדחיות הפכו והופכות, למעשה, לפטורים. פירוש תורתו-אומנותו הפכו והופכים, למעשה - מראש - לא אך לדחיית שירות אלא לפטור משירות. יתר-על-כן: השיגרה חרצה בנו בשנים האחרונות עד שהפכה מעין אורח-חיים מקובל. כדי כך הגיעו הדברים, עד שיש הרואים את מוסד הפטור-דחיה כחלק אינטגרלי ובלתי-נפרד מחיי החברה במדינה, והנטל כמו מוטל הוא עתה על הטוענים כי שר הביטחון עושה שלא-כדין ושלא-בסמכות. ואנו נאמר: **נהפוך הוא.**

נוסיף ונאמר כבר מעתה, כי אותם שני קשיים (בלשון המעטה) שמצאנו בהסדר של דחייה-פטור לתלמידי ישיבה, עולים ופורחים בימינו אלה אף-הם: אחד, מספר הדחיות לא הוגבל וממילא המשיך לתפוח ולגדול במאוד-מאוד, ושניים, הדחיות המשיכו להפוך, למעשה, לפטורים משירות בצבא. לא עוד אלא שמוסד הדחייה-פטור אף העמיק שורש בחיינו הציבוריים. והרע מכל הוא, שהציבור בישראל הורגל לראות את מוסד הפטור-דחיה לתלמידי ישיבות כמו מגילת העצמאות הורתה עליו. ואולי כמו המדובר בתופעת טבע שיש להשלים עימה. ומתוך שחזיתי לעת כתיבת פסק-הדין - לפני למעלה משבע שנים - כיצד יתגלגלו הדברים ויילכו, וכאזהרה לעתיד-לבוא, הוספתי ואמרתי דברים אלה (שם, 541):

אשר לעתיד לבוא: חקיקת-מישנה אין בכוחה לפטור בני-ישיבה באורח נורמטיבי משירות בצבא. על כך היסכמנו כולנו. כשאני לעצמי, לא אכריע בשאלה - אשר לא נדרשנו להכריע בה - אם אף בכוחו של חוק הכנסת לפטור בני-ישיבה משירות בצבא. ימצאו מי שיאמרו - ולא נפרט - כי אף חוק הכנסת אין די בו. ויהיו מי שיוסיפו ויאמרו, כי גם חוק-יסוד לא יסכון. גם לכוחה של הכנסת הושמו גבולות. ראו דברים שכתבתי בפרשת בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 526-547. פיקוח נפש, כידוע, דוחה שבת (שבת, קלב, ע"א). יש אומרים שאף ספק פיקוח נפש דוחה שבת (ירושלמי, יומא, פרק ח' הלכה ה'). נזכור כי ענייננו שלנו הוא בפיקוח נפש - לא פחות.

3. באתי עתה לקיים את חתימתי על דברים שכתבתי בפרשת רובינשטיין. באתי לפרוע שטר שחתמתי עליו.

4. ענייננו זו-הפעם הוא בחוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, תשס"ב-2002 (חוק דחיית השירות). חוק זה, שעל עיקריו נעמוד בהמשך דברינו להלן, נחקק בעקבות פרשת רובינשטיין, ונקבעו בו הסדרים מהסדרים שונים לעניין דחיית שירות בצבא לתלמידי ישיבה שתורתם אומנותם. העותרים סוברים כי חוק זה עומד בסתירה להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - בעיקר בשל כך שפוגע הוא בערך השוויון - ומכאן עתירתם כי נכריז על בטלותו של החוק מעיקרו.

5. חברי הנשיא ברק מפתח - באורח מפואר ואנליטי, כדרכו - את ערך כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; את ערך השוויון כנדרש מכבוד האדם, ומסקנתו היא כי "חוק דחיית השירות מפלה בין מי שמשרת בצבא על-פי הכללים הרגילים לבין תלמידי ישיבות הזכאים לפטור ולדחייה על פי חוק דחיית השירות משום שתורתם אומנותם. בכך נפגע כבוד האדם של כל אחד מקבוצת הרוב, המחוייב בשירות צבאי" (פיסקה 44 לחוות-הדעת). לאחר מכן עובר הנשיא ברק לבחינתה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8 לחוק). בניתוח הוראותיה של פסקת ההגבלה קובע הנשיא ברק כי בנוסף לכך שחוק דחיית השירות מקיים את התנאי כי הפגיעה בזכות האדם נעשתה בחוק או לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו, הולם הוא את ערכיה של מדינת ישראל ונועד הוא לתכלית ראויה.

או-אז עובר הנשיא לבחינת תנאי-המידתיות, אותו תנאי של "במידה שאינה עולה על הנדרש". בנתחו תנאי זה - על שלושת תנאי-המישנה שבו - קובע הנשיא כי תנאי המישנה הראשון - מיבחן ההתאמה או מיבחן הקשר הרציונלי - "יתכן" כי נתקיים לעת חקיקת החוק: "כשאלה תאורתית הנבחנת בעת חקיקת החוק, יתכן שיש בהסדרים הקובעים בחוק כדי להגשים את תכליותיו" (בפיסקה 63 לחוות-הדעת). אלא ש"בחינה (מראש) זו אינה מספיקה", ו"יש לבחון את התאמת האמצעים שנבחרו להגשמת מטרה זו במבחן המציאות" (בפיסקה 64 לחוות-הדעת). ובהמשך: "מבחנו של חוק דחיית השירות הוא בהגשמתו, הלכה למעשה. מבחנו הוא בשינוי החברתי שיושג בפועל" (שם, שם). הנשיא עובר אפוא לבחון אם עמד החוק במיבחן המעשה, ומסקנתו היא "כי לפי מצב הדברים היום - ולפי מבחן התוצאה - לא מתקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים להגשמתו. מטרת החוק הוגשמו אך באופן שולי וזניח ... אין מנוס מהמסקנה שתכליתו המרכזית והכוללת של חוק דחיית השירות"

- התכלית של קידום השוויון ושילובם של גברים חרדים במשק העבודה הישראלי - "אינה מתגשמת" (בפיסקה 66). ובהמשך (בפיסקה 68): "אילו בחנו התוצאות כפי שהן ליום מתן פסק דינו ... מסקנתנו היתה כי אין חוק דחיית השירות מקיים את מבחן המישנה הראשון של המידתיות. אין בהסדריו קשר רציונלי בין מטרותיו לבין האמצעים שנקבעו בחוק להגשמת המטרות". בהמשך קובע הנשיא ברק כי לעת הזו לא ניתן עדיין להגיע למסקנה סופית. החוק נחקק לחמש שנים (וניתן אף להאריך את תוקפו), ובתיתנו דעתנו לכך שהמדובר הוא "בשאלה חברתית סבוכה ... כל אלה מחייבים אותנו להמתין במסקנתנו. יש לתת למבצעי החוק הזדמנות לתקן את שקלקלו ... יש להמתין לחלוף חמש שנים מאז נחקק החוק. אז יהא על הכנסת לבחון את הגשמתו הלכה למעשה. יהא עליה לבדוק אם הזמן שחלף מאז פסק-דינו זה, שינה באופן מהותי את התמונה" (בפיסקה 68). אשר למיבחן המישנה השני (מיבחן הצורך; מיבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) סבור הנשיא ברק כי "אין מקום לעת הזו לנקוט עמדה" בעניינו, ומאותו טעם לא ייבחן מיבחן המישנה השלישי אף-הוא (מיבחן הנזק-תועלת) (בפיסקה 69). אשר לתוצאות אי החוקתיות קובע הנשיא ברק (בפיסקה 70) כי "אילו החלטנו להכריע על פי מצב הדברים עתה, היינו מכריזים על בטלות הסדריו של חוק דחיית השירות", ואם "תימשך המגמה ולא יהיה שינוי משמעותי במצב הדברים, קיים חשש כי חוק דחיית השירות יהפוך לבלתי חוקתי".

6. דרכי לניתוח המערכת שלפנינו שונה מדרכו של הנשיא ברק, ובהלכי בדרכי מגיע אני לכלל מסקנה כי חוק דחיית השירות חוק בטל הוא מעיקרו. חוק הוא העומד בסתירה משוועת לכל עקרונות היסוד הארוגים בחיינו, לכל האמיתות, לכל השאיפות, לכל התקוות שמדינת ישראל המתחדשת בנויה עליהן. ואין אני מדבר אך בעקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מגיע אני עד לעיקרים שהמדינה עצמה בנויה עליהם, עד לאותם ערכים הנותנים חיים לחקיקת הכנסת - החל בחוקי-היסוד וכלה בחוקים מן-המניין: עד לעקרון האב המורנו כי תנאי ראש וראשון לכל שאר זכויות הוא עצם קיומה של המדינה; עד להכרה שבאין מדינה אין זכויות ואנו פְּרִיק; עד לעקרון-האב של הקיום וההישרדות, עיקרון שעליו וממנו יקומו אדם ועם; עד לעקרון האב של השוויון - השוויון במדינה יהודית ודמוקרטית - אותו עקרון-אב שהוליד את עקרון השוויון שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עיקרון שחברי הנשיא בונה עליו את חוות-דעתו. ובכְּנִסִי כל אלה אל ביקעה אחת מסקנתי האחת והיחידה היא, כי חוק דחיית השירות חוק הוא שנולד נפל. אלא שעד אשר נגיע לניתוח מפורט של כל אלה, הבה נסקור בקצרה את חוק דחיית השירות עצמו, להבין את דרכו ואת עיקריו.

7. חוק דחיית השירות נתקבל בעקבות פסק-הדין בפרשת רובינשטיין, ותחת אשר קודם לכן היה זה שר הביטחון שקבע מדיניות והסדרים לדחיית שירותם של בני ישיבה שתורתם אומנותם, מעתה קבע החוק הסדרים אלה. ואלה הם עיקרי החוק: במקום שפלוגי לומד בישיבה באורח סדיר ואין הוא עוסק בכל עיסוק אחר בנוסף על לימודיו בישיבה, מוסמך שר הביטחון לדחות את גיוסו (סעיף 2 לחוק). הדחייה היא לשנה וניתן להאריכה לשנים נוספות (סעיף 3). משחלפו ארבע שנים בדחיית שירות ופלוגי שמלאו לו 22 שנים אינו עוד לומד בישיבה, מוסמך השר לדחות את גיוסו לשנה נוספת. שנה זו קרויה "שנת הכרעה" ובה אין פלוגי חייב ללמוד בישיבה (סעיף 5 לחוק). לאחר שנת ההכרעה יכול פלוגי לחזור ללימודים בישיבה כסדר, ואם כך יעשה יזכה בהמשך דחיית השירות; אם לא יעשה כן, יגויס כסדר לצבא. החוק מוסיף וקובע (בסעיף 6 בו) מסלול של "שירות אזרחי" תחת שירות בצבא, ושירות אזרחי במשך שנה פוטר מחובת שירות סדיר (בן שלוש שנים). תוקפו של החוק נקבע לחמש שנים מיום פירסומו, דהיינו, תוקפו הוא עד ליום 1.8.2007 (סעיף 16(א) לחוק), ואולם "הכנסת רשאית, בהחלטה, להאריך את תוקפו של חוק זה לתקופות נוספות, שלא יעלו על חמש שנים כל אחת...". דהיינו, חוק דחיית השירות יכול שיחיה עוד שנים רבות בנוסף לחמש שנותיו הראשונות.

8. הכל יסכימו - לא יימצאו חולקים - כי חוק דחיית השירות מיטיב עם בני ישיבות באורח מפליג ביחס לבני גילם שאינם בני ישיבה, שאלה האחרונים חייבים לשרת - ואכן משרתים הם - שלוש שנים בצבא הסדיר. יתר-על-כן: בחינת החוק בכללו תעלה לפנינו תמונה זו: ראשית לכל, לאמיתם של דברים, וכדבר החוק, לא חל כל שינוי שהוא באורח חייהם של בני ישיבה. תלמידי ישיבה שאינם רוצים לשרת בצבא ואינם מבקשים להנות עצמם משנת הכרעה, ימשיכו בדרכם כמקדם. כך יוסיפו בני ישיבה ויזכו בדחיית שירות עוד ועוד עד שיבוא יום הפטור משירות בצבא מכל-וכל. שנית, גם אם ייצאו לשנת הכרעה, יכולים בני הישיבה לחזור לישיבה ולהוסיף ולזכות בדחיית שירות לשנים ארוכות ועד הפטור. שלישית, לאחר שנת ההכרעה יכול בן ישיבה לבחור ב"שירות אזרחי" למשך שנה אחת בלבד, ואז פטור הוא מחובת שירות סדיר של שלוש שנים. נדע מכל אלה, כי ההטבות המוענקות לתלמידי ישיבה כה מפליגות הן - ולו בדחייה ללא גבול של שירות בצבא - עד שנתקשה להשוות בין הנטל המוטל על צעירים שאינם בני ישיבה לבין הנטל, כביכול, המוטל על בני ישיבה שתורתם אומנותם. השאלה הנשאלת היא, אם יחס בלתי שווה זה - נקרא לילד בשמו: יחס מפלה

זה באורח קיצוני ובוטה - לצעירים בני-ישיבות, מזה, ולצעירים שאינם בני-ישיבות, מזה, יחס נסבל הוא בשיטת משפט שעקרון השיוויון ארוג בכל נורמה שבה עד לבלי-הפרד.

ערכי-יסוד ועקרונות-על

9. מדינה, כל מדינה - בוודאי כך מדינת לאום - שוררת בה "אמנה חברתית" המהווה בסיס לחיים משותפים של בני החברה. אותה אמנה - והיא הצופן הגנטי של המדינה - מכילה את הערכים העיקריים שהמדינה מושתתת עליהם; משרטטת היא את קווי היסוד לבניינה של המדינה; ונקבעים בה כללי המיסגרת שלפיהם תתנהל המדינה. האמנה היא העיקר והתמצית של חיי המדינה, ומהווה היא מכנה משותף לחייהם של האזרחים והתושבים. מיקצת מתכניה של אותה אמנה זוכה לחקיקה מפורשת - בין בחוקה, בין בחוקי-יסוד, בין בחוקים מן-המניין, בין בדברי-חקיקה אחרים - ותכנים אחרים שבאמנה, בייחוד התכנים הערכיים, המערכת החברתית, המדינתית והמשפטית טובלת בהם, ומשפיעים הם במישרין על חיי המדינה, ועל חיי המשפט בה, גם אם בשוליהם נותרים הם בחצי-צל. בחיי היומיום של המדינה נודעת חשיבות יתרה לאותם ערכים ולאותם עיקרי יסוד ודוקטרינות שזכו לחקיקה חרותה. ואולם בל נטעה למראה עינינו. החקיקה החרותה - בין בחוקה בין אחרת - בעיקרה אין היא אלא הצהרה על אותם ערכים ועיקרים שהמדינה מושתתת עליהם. כך הוא באשר לזכויות היסוד של היחיד החרותות בחוקי היסוד וכך הוא באשר לסמכויותיהן של הרשויות המרכזיות ולדרכי תפקודן של אותן רשויות. החקיקה החרותה בנושאים אלה כולם אינה, בעיקרה, אלא מניפסטציה, גילוי, לערכי חברה המזינים את החקיקה בשורשיה. חוקה וחוק שאינם שולחים שורשים עמוק אל הערכים והמוסכמות של החברה, יקמלו וייעלמו עד-מהרה. בסוף כל הסופות, ערכי העומק של החברה ידם תהא על העליונה. כך הוא בעניינן של זכויות האדם וכך הוא בעיקרי המישטר ובערכי החברה הכלליים. ובלשונו של פרופ' יוסף אדרעי, "מהפכה חוקתית: האמנם?" משפט וממשל ג (תשנ"ו-1996), 453, 456:

[חוקה כתובה אינה יוצרת את זכויות האדם אלא היא רק מכריזה עליהן. זכויות האדם נובעות בחברה דמוקרטית מעצם ומכוח הגדרת המושג חברה דמוקרטית; עוצמתן המוסרית והחברתית של זכויות האדם אינה נשאבת מטקסט חוקתי; היא נובעת מעצם הזכויות, מעצם השקפת החברה כחברה דמוקרטית, מעצם ההכרה בזכויות האדם כזכויות טבעיות.

10. ואמנם, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חרת בספר החוקים של ישראל זכויות יסוד ליחיד. כך היא זכותו של היחיד לשמירה על החיים, על הגוף ועל הכבוד (סעיף 3 לחוק-היסוד) וכך הן כל הזכויות כולן העוברות על פנינו בזו-אחר-זו. אלא שזכויות-יסוד אלו לא נוצרו יש-מאין. ערכים לבר-החוק - ערכי אדם וערכי חברה - היו אבות ואימהות להן, וחוק היסוד אף מודיענו כך מפורשות. מדברים אנו בערכי-עומק שהחברה בישראל מבקשת לבנות עצמה עליהם, במי תהום-רבה המרוויים את החוק החרות. שני יובלי ערכים מזינים את חוק-היסוד ומהווים חלק מן הצופן הגנטי שלו. היובל האחד הוא "יובל אוניוורסלי" הנסוב על ערכי האדם באשר הוא אדם. יובל זה זורם בסעיף 1 לחוק-היסוד, ומשמיע הוא אותנו כי זכויות היסוד של האדם בישראל צומחות מן "ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין". אלה הם הערכים האוניוורסליים, הכלל-אנושיים. היובל השני הוא "יובל ישראלי" השואב את מימיו מערכי המישטר הראוי (המישטר הדמוקרטי) ומאפייניו יחודיים הם למדינת ישראל (מדינה יהודית). וכפי שמודיענו סעיף 1א, מטרת חוק היסוד היא "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". מוסיף על כך סעיף 1 לחוק, כי זכויות האדם "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

שתי רמות הן בערכים שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו טובל בהם. הרמה האחת היא הרמה הקונקרטית, וביטויה הוא בזכויות היסוד הספציפיות שחוק-היסוד מדבר בהן. הרמה השנית - הגבוהה מן הרמה האחת - מונה לפנינו ערכים אלה ואחרים שנועדו להזין את זכויות היסוד הספציפיות; בהם ערכים כלל-אנושיים - כהכרה בערך האדם באשר הוא אדם - ובצידם ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אנו, עניינו עתה הוא ברמה השניה, ובעיקר בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. שלא יישכח מאיתנו נזכיר, כי ערכיה אלה של המדינה - כמדינה יהודית ודמוקרטית - באים אף בפיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-היסוד, בצירוף התיבות "ערכיה של מדינת ישראל". חוק מן-המניין יכול שיפגע בזכות מזכויות היסוד, ובכל זאת לא יינזק, אם ממלא הוא אחרי מספר תנאים ובהם התנאי כי הולם הוא "את ערכיה של מדינת ישראל"; וערכים אלה כוללים, בין השאר, את ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

11. הפירמדה המשפטית בנויה אפוא על ערכי-העומק של החברה והמדינה. אותם ערכים מזינים בשורשיהן את הנורמות השוררות במדינה, ובלעדיהם לא תיכון המדינה. וגם הכנסת - שהיא עצמה חיה מכוחם - תכוף ראשה לפני אותם ערכים. וכפי שנאמר

בפרשת בנק המזרחי: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 546:

יש עקרונות-על - אם תרצה: עקרונות-מסד - הטבועים בעצם קיומה של הכנסת; יש תכונות-אופי השוכנות בגנים של הכנסת - בהיותה מה שהיא - ומאותם עקרונות, מאותן תכונות, לא תוכל הכנסת להשתחרר ... שלטון-החוק ישלוט גם במחוקק. חוק כי תחקוק הכנסת - חוק הוא לישראל, ובלבד שלא יפגע בליבתה של הדימוקרטיה ...

ועוד הוספנו ואמרנו (שם, 545):

... יש בנמצא כוחות "נסתרים", כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה - סמכותה הבלתי מוגבלת, לכאורה - לחקוק חוקים.

אכן, באותו הקשר דיברנו בסמכותה של הכנסת כמחוקקת-לעצמה - לא כמחוקקת-לזולתה, כתפקידה העיקרי - אך ניתן להסב אותם דברים, אם כי לא באותה עוצמה, גם על הכנסת כמחוקקת לזולת. ראו עוד: 'י טל, "מחוקק כל יכול - האמנם?" עיוני משפט י (תשמ"ד-1984), 361.

במערכות ובאירועים יוצאי-דופן, יש שערכי-היסוד עולים מן המעמקים כהר-געש מתפרץ או כגייזר לוחט, ובחודרם מבעד לחוקה ולחוק מכריעים הם במישרין בשאלה בוערת שנתגלגלה אל פיתחו של בית-המשפט. כך היה, למשל, בפרשת ירדור (ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(2) 365), שבית-המשפט אישר פסילתה של רשימת מועמדים בבחירות לכנסת השישית בשל מצעה ששלל את קיום המדינה, חרף היעדרה של הוראת-חוק המסמיכה לפסול רשימת מועמדים מטעם זה. לימים תחם בית-המשפט גבולות צרים לסמכות זו לפסילתן של רשימות מועמדים לכנסת (ע"ב 3,2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225), ואולם אין בצמצומה זה של הסמכות כדי לגרוע מן האפשרות - אפשרות יוצאת-דופן, אמנם - שעיקרי-יסוד באשר הם יכריעו במחלוקת משפטית החותכת בערכי-יסוד של המדינה. לא יהא זה מן המותר אם נזכיר בהקשר זה דברים שכתבה פרופ' רות גביזון במאמרה "המהפכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כ"ח (תשנ"ז-1977) 21, 35-36:



חשוב לזכור כי, עקרונית, ניתן לייחס עליונות גם לנורמות שאינן חקוקות. זה הוא המעמד של משפט הטבע בתורות משפט טבע של המשפט, וזה הוא מעמד "ערכי היסוד" אם הקהילה המשפטית ובתי המשפט יבחנו תוקפם של חוקים על פיהם. אם נראה נוקשות כעניין של יכולת שינוי מעשית, ולא מנגנון שינוי מפורש, ניתן להעלות על הדעת קונבנציות הקשות יותר לשינוי מאשר הוראות חוק משורינות וחקוקות.

ראו עוד: א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל, עקרונות יסוד (מהד' ששית, תשס"ה-2005), 61 (רובינשטיין ומדינה). וכן הם דברים שכתבתי בפרשת ארפל (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629):

חוקי-היסוד הם החוקים הנעלים במירקם החקיקה והמשפט במדינה; כך מבחינת מהותם, ובחלקם גם מבחינת עוצמתם הפורמלית. כך הוא, גם לדעת הסוברים - ואני נמנה עימם - שאין לה לכנסת סמכות מכוונת. ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפיסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדימוקרטיה היהודית. אלה הם ה"גבוה מעל גבוה שומר".

12. על רקע כל אלה הבה נציג לפנינו את חוק דחיית השירות. חוק דחיית השירות מלמד אותנו כי בני ישיבה שתורתם אומנותם יכולים וזכאים - אם אך ירצו - שלא להתגייס לצבא ושלא לשרת בצבא. בכך נבדלים הם בני הישיבה מצעירים אחרים בני-גילם, החייבים להתגייס ולשרת בצבא. הנשלים עם תופעה חריגה זו? התשובה לדעתי היא בשלילה נחרצת. הדחייה והפטור שחוק דחיית השירות מעניק לבני ישיבה שתורתם אומנותם סותרים באורח קשה ובוטה כל ערך-יסוד שהחברה בישראל מכבדת - אף מקדשת - ונתקשה להשלים עם הענקתו של מעמד חסינות למיגזר שלם באוכלוסיה שלא לשרת בצבא. לענייננו עתה נדבר בשלושה ערכים שחוק דחיית השירות סותר אותם באורח חזיתי ונוקשה: אחד, מדינה יהודית, שניים, מדינה דמוקרטית, שלוש, ערך השוויון. כפי שנוסיף עוד ונראה להלן, ערכים אלה אינם בבחינת "נשמות ערטילאיות" המרחפות בין השמיים לבין הארץ. ערכים הם שתקעו יתד עמוקה בחוק החרות. ובפתח

זה שנפתח למעננו, ניכנס אל אולם הערכים, ואלה ימצאו לנו על-נקלה וישמשו בידינו להכרעת הדין.

מדינה יהודית ודמוקרטית (כללי)

13. ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. זה מראה פניה של המדינה. זו תעודת הזהות שלה. כך מציגה ישראל עצמה נוכח עצמה ונוכח העולם. גם יהודית גם דמוקרטית. שני ערכי-יסוד אלה של המדינה לבשו גם מחלצות של חוקי-יסוד. כך חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וכך חוק-יסוד: חופש העיסוק. חוקי-יסוד אלה מודיעים אותנו מפורשות כי מייסדים הם עצמם, בין השאר, על היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. אמירה זו שבחוקי היסוד לא באה לתפארת המליצה. נודעת לה משמעות אופרטיווית, כמוהן כזכויות היסוד המנויות באותם חוקי-יסוד.

מדינה יהודית ודמוקרטית

14. מדינה זו, מדינת ישראל היהודית והדמוקרטית, כוחות רבי-עוצמה מאיימים להאבדה. להאבדה - משמעו של מושג כפשוטו. להגנה על עצמה נדרשת היא המדינה לצבא, שבאין צבא יפרע עם ותאבד ממלכה. הצבא הוא צבא הגנה לישראל. הצבא נועד להגן על המדינה ועל תושביה מפני המאיימים לפגוע בה ולהשמדה. לקיומו ולהחזקתו של הצבא נחקקה (בידי הממשלה) ביום 26 במאי 1948 פקודת צבא-הגנה לישראל, תש"ח-1948, ונקבע בה כי במצב חרום יונהג "גיוס חובה לצבא-הגנה לישראל". בשנת 1949 נחקק חוק שירות ביטחון, תשי"ט-1949, וחוק זה קבע לראשונה באורח מסודר חובת גיוס לצבא. לאחר שינויים ותוספות במהלך השנים נתגלגל החוק המקורי בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 (חוק שירות ביטחון), וכיום, על-פי חוק שירות ביטחון יקום ויפול דבר: מי יגויס לצבא לשירות סדיר בן שלוש שנים ולשנות מילואים רבות לאחר סיום השירות הסדיר, ומי לא יגויס לא לשירות סדיר ולא לשירות מילואים. פרשת רובינשטיין הציבה גדרים סביב סמכותו של שר הביטחון לדחות גיוסם של בני ישיבה שתורתם אומנותם. לאחר הילכת רובינשטיין, וכהוראת חוק שירות ביטחון, כל צעירים שבמדינה - לרבות בני ישיבה שתורתם אומנותם - חייבים בגיוס לצבא, איש לא נעדר. אלא שעתה התייצב חוק דחיית השירות בין בני הישיבות לבין חוק שירות ביטחון. חוק שירות ביטחון כמו הסתיר פניו והסתתר מאחורי חוק דחיית השירות. גיוסם של בני ישיבה שתורתם אומנותם לא עוד יוכרע -

כשאר צעירים בישראל - על-פי חוק שירות ביטחון. חוק דחיית השירות כמו נועד להאפיל על חוק שירות ביטחון והוא-הוא הקובע אם יגויסו בני ישיבה לצבא.

השאלה הנשאלת היא, אם חוק זה, חוק דחיית השירות, חוק חוקי הוא, חוק הוא העומד במיבחיניהם של ערכי היסוד של המדינה ובמיבחיניו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או שמא - כטענת העותרים - חוק הוא שמעיקרו לא עלה בכוחו לייצב עצמו על רגליו בהיותו חוק שבעיקרו סותר הוא הוראות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וערכים מערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. וביתר פירוט ודיוק: האם הוראות חוק דחיית השירות - הוראות שלפיהן יכולים בני ישיבה שתורתם אומנותם לזכות בדחיות שירות ללא הגבלת מספר המבקשים וללא הגבלת זמן הדחייה - עולות בקנה אחד עם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית? נרחיק לכת: האם עולה חוק דחיית השירות בקנה אחד עם עיקרי היסוד שהמדינה בנויה עליהם, עיקרי יסוד דמוקרטיים של מדינה יהודית בה שוררים שיוויון וצדק וערכות הדדיות? ואל-נא נשכח ולו לרגע: מדברים אנו במדינה שמיום הקמתה מאויימת היא בידי כוחות עוינים - מהם כוחות רבי-עוצמה - ושרויה היא כל העת, ביום ובליל, במלחמה ובלוחמה. חשוב שנצבוט עצמנו מעת לעת, להזכירנו מי אנו והיכן אנו, שכן עם חלוף השנים קהו רגשותינו וכיום רואים אנו פטור הניתן לבני ישיבה משירות בצבא כתופעת טבע שאין אלא להשלים עימה. פטור הניתן לבני ישיבה משירות בצבא אינו תופעת טבע, ואנו לא נשלים עם תופעה חריגה זו.

15. ואמנם, לדעתנו אין דחיות שירות ופטורים הניתנים לבני ישיבה עולים בקנה אחד לא עם היותה של המדינה מדינה יהודית ולא עם היותה מדינה דמוקרטית. הבה נפתח בשאלה אם מתיישב הוא חוק דחיית השירות עם היותה של ישראל מדינה יהודית.

היותה של ישראל מדינה יהודית וחוק דחיית השירות - היסוד היהודי-הלאומי

16. האם הוראות חוק דחיית השירות עולות בקנה אחד עם היותה של ישראל מדינה יהודית? תשובתנו לשאלה היא בשלילה נחרצת.

שאלה ראשונה היא, מה משמיעה אותנו האמירה כי מדינת ישראל היא "מדינה יהודית"? ראשית דבר נאמר, כי "דבר היותה של ישראל מדינה יהודית, מצוי ביסוד קיומנו כאן ... העם היהודי הקים את המדינה היהודית. זו הראשית וממנה נמשך בדרך" (רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ' (2) 529, 547, 548). ופירוש

המושג מדינה יהודית הוא, בראש ובראשונה, מימושו של חלום דורות, הקמתו וקיומו של בית לאומי לעם היהודי. העם היהודי עם למוד-סבל הוא. עם הוא שנרדף בארצות מושבו, בגולה, מאות ואלפים בשנים - כך גם בימינו-שלנו - והמדינה ה"יהודית", המדינה היהודית האחת והיחידה הקיימת על-פני הגלובוס, נועדה לקבץ אותו מכל גלויותיו, לקיים בידו זכות להגדרה עצמית וליתן מנוח לראשו ולגופו העייף. "מדינה יהודית" נועדה, אפוא, למימוש זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לכונן מדינה משלו, מדינה שתהא לו מיקלט ותהווה בית ומגן לכל אותם יהודים הפזורים ברחבי העולם. זו תמצית הווייתה של מדינת ישראל. זה ה- *raison d'être* לקיומה. ותמצית הווייה זו של המדינה מחייבת, כמו מעצמה, כי יהודיות המדינה תתבטא ברוב יהודי מסיבי, שכן רק רוב יהודי מסיבי יהיה בכוחו להמשיך ולקיים את המדינה כגוף יהודי חי ונושם. לא נתכחש, כמובן, לערכים נוספים שביהודיות המדינה - כך, למשל, השפה העברית - ואולם אנו ביקשנו לדבר בתמצית-שבתמצית, במידת הטוהר הנעלה ביותר של ההווייה בישראל. ואידך, פירושה הוא - זיל גמור. ראו, למשל: ההכרזה על הקמת המדינה; ע"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' טיבי, פ"ד נ"ז(4) 1, 22, 66; רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529, 547; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 281; מנחם אֶלון, רב שיח ציבורי: מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (תשנ"ז-1997), 19; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 - דלוקס רהיטים בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה (טרם פורסם); רובינשטיין ומדינה, פרק 6, 318 ואילך; א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג-2003), 452-453.

17. קיומה של מדינת ישראל כמישכנו של העם היהודי והיותה בית ועיר מיקלט ליהודים הנרדפים אך בשל יהדותם, מהווה אפוא ערך עליון שיש להגן עליו בכל מאוּכָנו. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן שדווקא בשל היותה מדינה יהודית נתונה ישראל לאיומים - איומי-קיום ממש - בידי המבקשים להאבדה. ואם בכך אין די, יודעים אנו כולנו על הטרור המכה בנו בלי רחם, בזקנים בנשים ובטף ללא הבחנה. כנגד כל אלה, כנגד כל אותם איומים, רק מנגנוני הביטחון יגנו עלינו, ובראשם צבא הגנה לישראל. רק אלה בכוחם למנוע את מימושו של האיומים. צה"ל הוא אפוא כלי ראשון במעלה להבטחת המשך קיומה של המדינה היהודית. ואם אין אני לי - מי לי. באין צה"ל יקומו אויבי המדינה היהודית ויכו בה. באין צה"ל לא תהיה עוד מדינה יהודית. החובה לשרת בצה"ל נועדה אפוא לממש את הזכות הנתונה ליחיד ולמדינה - זכות ההישרדות והזכות להגנה עצמית. חובה זו, כנדרש מן הצורך, מוטלת על כל מי שיכולים להחזיק נשק בידם. אכן, משידענו כי הערך ממנו נגזרת החובה הוא ערך ההגנה העצמית וההישרדות - ערך-יסוד שאין נעלה הימנו - נוסף ונדע כי עוצמתה של החובה לשרת בצבא מן הגבוהות שבעוצמות היא. מדברים אנו בחובה "חזקה",

בחובת-תשתית, חובת-יסוד. על כך נוסף עוד, כי מימושה של חובה זו מטיל על היחיד נטל כבד עד-למאד, שהרי לעיתים נדרש היחיד לסכן את חייו במהלך מימושה של החובה. שני שיקולים אלה במישקלם במצטבר: מישקלה של החובה לשרת בצבא ועימו הנטל שמילוי חובה זו מטיל על היחיד, משליכים במישרין על דרך חלוקתה של החובה בין יחידי הכלל. פירוש: חובה זו חייבים לשאת בה - על דרך העיקרון - כל בני החברה, איש לא נעדר. ואמנם, ככל שיכבד וילך הנטל על כל יחיד ויחיד; וככל שההצדקה לקיומה של החובה כבדה ומשמעותית היא; כן תידרש כמו-מאליה מסקנה כי בנטל החובה ישאו בני החברה בשוויון. ההישרדות וההגנה העצמית, כל בני החברה נדרשים להם וממילא ישאו בנטל כל יחידי החברה כולם.

ביודענו כל אלה, נתקשיתי להבין מנין נטלה הכנסת סמכות וזכות מוסרית לפטור עשרות אלפי צעירים משירות בצה"ל, ולו לחמש שנים הראשונות שהוקצבו לחוק דחיית השירות. כפי שנראה עוד להלן, אין לה לכנסת הכוח והסמכות לבטל את המדינה. באותה רוח נ'אמר, כי אין לה לכנסת הכוח והסמכות לפגוע בכוח המגן של המדינה על דרך של שיחרור עשרות אלפי צעירים משירות בצה"ל, ואף לא הסמכות להורות כי בנטל ההגנה על המדינה לא ישא הציבור כולו אלא חלקו של הציבור בלבד.

18. עד כאן - "מדינה יהודית" כבית לאומי ליהודים, ואותה מסקנה תידרש גם מלימוד מורשת ישראל לדורותיה.

היותה של ישראל מדינה יהודית וחוק דחיית השירות - היסוד של מורשת ישראל

19. מורשת ישראל מורה אותנו כי נטל המלחמה חייב שיהא מוטל על כל בני העדה. מסורת זו, שישראל ערבין זה-בזה במלחמה; כי חובה היא המוטלת על ישראל לעזור איש לרעהו; כי חייבים ישראל להילחם איש בעבור רעהו; מלווה אותנו מימי קדם. ובאומרנו ימי קדם, כוונתנו היא לעת שיבתנו בארץ, באותן תקופות שבהן היינו אנו האחראים לחיינו ולגורלנו. כך היה לעת כיבוש הארץ בימי יהושע, שבני גד ובני ראובן (וחצי שבט המנשה) ביקשו להתיישב בעבר הירדן מזרחה, אך משה לא התיר להם כך להתנחל אלא לאחר שיצאו חלוץ לפני עם ישראל למלחמה על עבר הירדן מערבה:

ומקנה רב ה'יה לבני ראובן ולבני-גד עצום מאד ויראו  
את-ארץ יעזר ואת-ארץ גלעד והנה המקום מקום  
מקנה. ויבאו בני-גד ובני ראובן ויאמרו אל-משה  
ואל-אלעזר הכהן ואל-נשיאי העדה לאמור.

... ויאמרו אם-מצאנו חן בעיניך יתן את-הארץ הזאת  
לעבדיך לאחזה אל-תעברנו את-הירדן. ויאמר משה  
לבני-גד ולבני ראובן האחיכם יבאו למלחמה ואתם  
תשובו פה.

... ויגשו אליו ויאמרו גדרת צאן נבנה למקננו פה  
וערים לטפנו. ונאנחנו נחלץ חשים לפני בני ישראל  
עד אשר אם-הביאם אל-מקומם וישב טפנו בערי  
המבצר מפני ישבי הארץ. לא נשוב אל-בתינו עד  
התנחל בני ישראל איש נחלתו. כי לא נחל אתם  
מעבר לירדן והלאה פי באה נחלתנו אלינו מעבר  
הירדן מזרחה.

ויאמר אליהם משה אם-תעשו את-הדבר הזה אם-  
תחלצו לפני יהוה למלחמה. ועבר לכם כל-חלוץ את-  
הירדן לפני ה' עד הורישו את-איביו, מפניו. ונכבשה  
הארץ לפני ה' ואחר תשובו והייתם נקים מה' ומישראל  
והייתה הארץ הזאת לכם לאחזה לפני ה'. ואם-לא  
תעשו כן הנה חטאתם לה' ודעו חטאתכם אשר תמצא  
אתכם.

... ויאמר בני-גד ובני ראובן אל-משה לאמור עבדיך  
יעשו כאשר אדני מצוה. טפנו נשינו מקננו וכל-  
בהמתנו יהיו-שם בערי הגלעד. ועבדיך יעברו כל-  
חלוץ צבא, לפני ה' למלחמה כאשר אדני דבר.

ויצו להם משה את אלעזר הכהן ואת יהושע בן-  
נון ואת-ראשי אבות המטות לבני ישראל. ויאמר משה  
אלהם אם-יעברו בני-גד ובני-ראובן אתכם את-הירדן  
כל-חלוץ למלחמה לפני ה' ונכבשה הארץ לפניכם  
ונתתם להם את-ארץ הגלעד לאחזה. ואם-לא יעברו  
חלוצים אתכם ונאחזו בתככם, בארץ כנען.

ויענו בני-גד ובני ראובן לאמור את אשר דבר ה'  
אל-עבדיך כן נעשה. נחנו נעבר חלוצים לפני ה' ארץ  
כנען ואתנו אחזת נחלתנו מעבר לירדן.

(במדבר לב, א-ב, ה-ו, טז-כג, כה-כו, לא-לב).

ואם עינינו לא פָּהוּ וליבנו לא נאטם, נזכור את אזהרת משה לבני ראובן ולבני גד: אם לא תִּתְּחַלְצוּ לעזרת אחיכם למלחמה; אם לא תעברו חלוץ את הירדן לפני אחיכם למלחמה:

[]אם-לא תַעֲשׂוּן כֵּן הִנֵּה חֲטַאתֶם לַה' וְדַעוּ חֲטַאתְכֶם אֲשֶׁר תִּמְצָא אֶתְכֶם.

ראו עוד: דברים ב, ט"ו-כ'.

20. כך היה אף שעה שבני-ישראל נלחמו - בהנהגת דבורה הנביאה וברק בן-אבינועם - ביבין מלך-כנען ובשר-צבאו סיסרא. לאחר הניצחון ההיסטורי על יבין, שוררו דבורה הנביאה וברק בן-אבינועם את שירת הניצחון, ובה שיבחו את המתנדבים בעם וגינו את מי שנחבאו בביתם:

נִתְּשַׁר דְּבוּרָה וּבָרַק בֶּן-אֲבִינוּעַם בַּיּוֹם הַהוּא לֵאמֹר.  
 בְּפָרַע פְּרָעוֹת בְּיִשְׂרָאֵל בְּהִתְנַדֵּב עִם בְּרָכוֹ ה'. ...  
 לְחֻקֵּי יִשְׂרָאֵל הַמִּתְנַדְּבִים בְּעַם בְּרָכוֹ ה'. ... מִנֵּי  
 אֲפָרַיִם שְׂרָשָׁם בְּעַמְלֶק אַחֲרָיִךְ בְּנִימִין בְּעַמְמִיךָ מִנֵּי  
 מְכִיר יָרְדוּ מִחֻקִּים וּמִזְבוּלָן מִשְׁכִּים בְּשֶׁבֶט סִפְר.  
 וְשָׂרֵי בְּיִשְׂשָׁכָר עַם-דְּבִרָה וַיִּשְׁשָׁכָר כֵּן בָּרַק בְּעַמְמֶךָ שָׁלַח  
 בְּרַגְלָיו. בְּפִלְגֹת רְאוּבֵן גְּדֹלִים חֻקֵּי לֵב. לָמָּה יִשְׁבֶּתָ  
 בֵּין הַמִּשְׁפָּתִים לִשְׁמַע שְׂרָקוֹת עֲדָרִים לְפִלְגֹת רְאוּבֵן  
 גְּדֹלִים חֻקֵּי לֵב. גִּלְעָד בְּעֶבֶר הַיַּרְדֵּן שָׁכֵן וְדָן לָמָּה  
 יִגּוּר אֲנִיּוֹת אֲשֶׁר יָשָׁב לְחוּף יַמִּים וְעַל מִפְּרָצָיו יִשְׁכּוּן.  
 זָבֻלֹן עִם חֶרֶף נִפְשׁוּ לָמוֹת וְנִפְתְּלֵי עַל מְרוֹמֵי שָׂדֶה.  
 ... אֲרוֹ מְרוֹז אָמַר מִלְּאֲךָ ה' אֲרוֹ אֲרוֹר יִשְׁבִּיהָ כִּי לֹא-  
 בָּאוּ לְעֶזְרַת ה' לְעֶזְרַת ה' בְּגִבּוֹרִים.

הנה הם מי שחרפו נפשם: בני אפרים, בני בנימין, בני מנשה (מכיר) שישבו מערבה לירדן, בני זבולון, בני יששכר, בני נפתלי. והנה הם השבטים המשתמטים: בני ראובן, בני גד, בני חצי המנשה (גלעד) שישבו בעבר הירדן מזרחה, בני דן, בני אשר, תושבי מרוז. כך היה לאחר שעם ישראל התנחל בארץ-ישראל, בארץ-האבות.

האמנם נאמר על בני הישיבות שתורתם אומנותם - כדברי ההתרסה של משה כלפי שבטי ראובן, גד וחצי המנשה - כי "אחיכם יבואו למלחמה ואתם תשבו פה"? האמנם היגענו בימינו אל המנוחה ואל הנחלה? האמנם שקטה הארץ ארבעים שנה?

ארבעים יום? האם ההולכים לשרת בצבא הם שכירי-חרב, הפְּרָתִי והפְּלָתִי, שיילחמו עבור מי שאינם הולכים לשרת בצבא?

21. גם באותן תקופות היו מי שנפטרו משירות בצבא: מי אשר בנה בית ולא חנכו, מי אשר נטע כרם ולא חיללו, מי אשר ארש אשה ולא לקחה. ובצד כל אלה, האיש הירא ורך הלבב. וכלשון התורה (דברים כ, א, ה-ט):

כִּי-תֵצֵא לַמִּלְחָמָה עַל-אִיְבֹךָ וְרָאִיתָ סוּס וְרֶכֶב עִם רַב מִמֶּךָ לֹא תִירָא מֵהֶם כִּי-ה' אֱלֹהֶיךָ עִמָּךְ הַמַּעֲלֶךְ מֵאֲרֶץ מִצְרָיִם. ... וְדִבְרוּ הַשְּׂטָרִים אֶל-הָעָם לֵאמֹר מִי-הָאִישׁ אֲשֶׁר בָּנָה בַּיִת-חֲדָשׁ וְלֹא חֲנָכוֹ יֵלֶךְ וַיֵּשֶׁב לְבֵיתוֹ פֶּן-יָמוּת בַּמִּלְחָמָה וְאִישׁ אַחֵר יִחְנַכֶּנּוּ. וּמִי-הָאִישׁ אֲשֶׁר-נָטַע כָּרֶם וְלֹא חִלְלוֹ יֵלֶךְ וַיֵּשֶׁב לְבֵיתוֹ פֶּן-יָמוּת בַּמִּלְחָמָה וְאִישׁ אַחֵר יִחְלֶלְנּוּ. וּמִי-הָאִישׁ אֲשֶׁר-אָרַשׁ אִשָּׁה וְלֹא לָקַחָהּ יֵלֶךְ וַיֵּשֶׁב לְבֵיתוֹ פֶּן-יָמוּת בַּמִּלְחָמָה וְאִישׁ אַחֵר יִקְחָנָהּ. וַיִּסְפוּ הַשְּׂטָרִים לְדַבֵּר אֶל-הָעָם וַאֲמָרוּ מִי-הָאִישׁ הַיָּרָא וְכִךְ הִלְכָב יֵלֶךְ וַיֵּשֶׁב לְבֵיתוֹ וְלֹא יָמָס אֶת-לִבָּב אֲחִיו פֶּלְכָבוֹ. וְהָיָה כָּכֹלֵת הַשְּׂטָרִים לְדַבֵּר אֶל-הָעָם וּפָקְדוּ שְׂרֵי צְבָאוֹת בְּרֹאשׁ הָעָם.

ועוד (שם, כד, ה):

כִּי-יִקַּח אִישׁ אִשָּׁה חֲדָשָׁה לֹא יֵצֵא בְּצִבָּא וְלֹא-יַעֲבֹר עָלָיו לְכָל-דְּבַר נְקִי יִהְיֶה לְבֵיתוֹ שָׁנָה אַחַת וְשִׂמַּח אֶת-אִשְׁתּוֹ אֲשֶׁר-לָקַח.

מוסיפה המישנה ומלמדת אותנו (סוטה, פרק ח' מישנה ו ומישנה ז), כי כל פטורים אלה כולם אינם אמורים אלא במלחמת רשות - מלחמה שיוזמים ישראל להרחיב את גבולם; ואילו במלחמת מיצווה - מלחמת כיבוש הארץ בימי יהושע, מלחמה בעמלק או מלחמת-מגן - הכל ייצאו למלחמה:

וְהָיָה כָּכֹלֵת הַשְּׂטָרִים לְדַבֵּר אֶל-הָעָם וּפָקְדוּ שְׂרֵי צְבָאוֹת בְּרֹאשׁ הָעָם ... בְּפִי דְבָרִים אֲמֹרִים [שיש חוזרים מן המערכה ויש שאינם יוצאים כלל למלחמה]? - בְּמִלְחָמַת הַרְשׁוּת, אֲבָל בְּמִלְחָמַת מִצְוָה - הַכֹּל יוֹצֵאִין, אֲפֹלוּ חֲתָן מִחֲדָרוֹ וְכֹלָה מִחֲפָתָהּ. אָמַר רַבִּי יְהוּדָה: בְּפִי דְבָרִים אֲמֹרִים? בְּמִלְחָמַת מִצְוָה [שהיא מלחמת רשות אליבא דחכמים], אֲבָל בְּמִלְחָמַת חוּבָה הַכֹּל יוֹצֵאִין, אֲפֹלוּ חֲתָן מִחֲדָרוֹ וְכֹלָה מִחֲפָתָהּ.



ופירשה הגמרא (סוטה, מד ע"ב):

אָמַר רַבִּי יוֹחָנָן: רְשׁוֹת דְּרַבָּנָן - זֹה הִיא מִצְוֵה דְּרַבִּי  
יְהוּדָה, מִצְוֵה דְּרַבָּנָן - זֹה הִיא חוֹבָה דְּרַבִּי יְהוּדָה.

וכביאור קהתי: "בעיקר הדין אין הבדל בין רבי יהודה לחכמים".

כן הם דברי הרמב"ם בספר שופטים, הילכות מלכים, פרק חמישי, הלכה ב':

מִלְחָמַת מִצְוֵה אֵינוֹ צָרִיךְ לְטוֹל בָּהּ רְשׁוֹת בֵּית דִּין, אֲלָא  
יוֹצֵא מֵעֲצָמוֹ בְּכָל-עֵת וְכוּפָה הָעַם לְצֵאתָ. אֲבָל מִלְחָמַת  
הַרְשׁוֹת אֵינוֹ מוֹצֵיא הָעַם בָּהּ אֲלָא עַל פִּי בֵּית דִּין שֶׁל  
שְׂבָעִים נְאֻדָּה.

ובפרק שביעי, הלכה ד':

... בְּמִלְחָמַת מִצְוֵה - הַכֹּל יוֹצֵאִין נְאֻפְלוּ חֲתָן מִחֲדָרוֹ  
וְכֻלָּה מִחֲפָתָה.

מלחמה שאנו לוחמים בימים אלה ומאז הקמתה של ישראל, הכל יודעים כי מלחמת מגן היא. ומלחמת מגן - הכל אמורים ליטול בה חלק.

22. ראוי לנו שנזכור ונשנן דברים שאמר - בהקשר זה של מורשת ישראל - ראש הממשלה ושר הביטחון דוד בן-גוריון, לעת דיון בכנסת על אודות תיקון לחוק שירות הביטחון. וכה אמר ראש הממשלה ("דברי הכנסת" מיום 13 באוקטובר 1958, כרך 25, 12-13):

קודמי [חבר הכנסת זלמן בן-יעקב, נציג אגודת ישראל ופועלי אגודת ישראל] נגע בשאלה שאין אנו יכולים לעבור עליה בשתיקה, והדוגמה בה הוא מסתייע אינה במקומה. המשל שהביא היה מן החורבן, ואז נשארה יבנה בלבד. אולם אם נפתח את ספר יהושע בן-נון נראה, כי היה צבא והוא לחם ולא הסתפקו בבית מדרש או

בישיבה. אני רוחש כבוד רב לדבריו ולרחשי לבבו של בא-כוח האגודה, אך מעז אני להגיד כי לימוד תורה כולל גם תורת הגנת הארץ, אחרת - לקויה התורה ופגומה.

איני רוצה להתווכח על הלכות, כי בכנסת אין קובעים מהי ההלכה. אני יודע אנשים שכתוקף החוק התחמקו משירות במלחמת הקוממיות, אם כי זה היה בניגוד להלכה. ההלכה אומרת כי 'במלחמת מצווה הכל יוצאים, אפילו חתן מחדרו וכלה מחופתה' - זוהי ההלכה, ומכיוון שיש עכשיו אלפי בחורי ישיבה טעון הדבר עיון.

עם הקמת המדינה דיברו אתי על בחורי הישיבה אחד מגדולי היהדות והתורה בימינו הרב מימון וגם הרב יצחק מאיר לוין. הם אמרו: היות ונחרבו כל מקומות התורה בגולה וזו הארץ היחידה בה נשארו ישיבות והלומדים מועטים, יש לשחררם משירות צבאי. דבריהם נתקבלו על דעתי. נדמה היה לי כי הם צודקים, ונתתי הוראה לשחרר בחורי ישיבה. בינתיים נשנו הדברים. יש כבר אלפי בחורי ישיבה, גם בארץ וגם בתפוצות. אני מסופק אם ממלאים אנו חובתנו, ולא רק לעם, אלא יש גם חובה ליחיד. אותה אם שכולה שבניה נפלו תאמר: ייתכן שאילו היו עם בני עוד בחורים אחדים לא היה נופל. האם לגבי הגנת העם יש 'גוי של שבת'? האין זאת חובת כל אחד?

כאדם המבין ומכבד מאד את רחשי לבם של חברי 'אגודת ישראל', אני מציע שתעיינו בדבר הזה. אין אנו רוצים בחורבן בית שלישי.

.....

אין אנו רוצים לחזור לימי יוחנן בן זכאי. אנו חיים בתקופה אחרת. לא בכל תקופה התנהגו כרבי יוחנן בן זכאי. כמאתיים שנה לפניו היה אדם גדול ושמו מתתיהו החשמונאי, והוא אמר: מלחמה. בניו קמו, נלחמו והצילו את עם ישראל, והם היו חיילים אף-על-פי שהיו כוהנים.

דברים כדורבנות. ומדבר אלינו מי שהורה, סמוך לאחר הקמת המדינה, על שיחרורם של בני-ישיבה משירות בצבא. אלא שהמציאות נשתנתה, כך מודיענו דוד בן-גוריון, ראש הממשלה ושר הביטחון בשנת 1958, ולו משום ש"יש כבר אלפי בחורי ישיבה, גם בארץ וגם בתפוצות". ודומני שאין צורך בדמיון מפליג כדי לשער מה היה אומר בן-גוריון לו דיווחנו לו שהמדובר כיום הוא ביותר מ-45,000 בני ישיבה הפטורים משירות

בצבא. בן-גוריון שלח עשרות אלפי צעירים אל מול פני המלחמה החזקה, ומרגש לקרוא את דבריו על אותה אם שפולָה שבניה נפלו בקרב.

23. לימוד תורה, כולנו נסכים, מהווה שיקול לגיטימי וראוי בשיקולי הרשות המוסמכת לדחות תחילת שירותו של צעיר בצבא. "דחייה" - למותר לומר - במידה הראויה, דהיינו: כל עוד אין הדחייה מפקיעה עצמה מגידרו של מושג הדחייה. עם זאת, אתקשה לקבל - כדברו ובדרכו של חוק דחיית השירות - כי צעירים בני-גיוס, בהמוניהם, יזכו הלכה למעשה כבר בתחילת דרכם לפטור משירות צבאי. גם לעת פריחתן של הישיבות הגדולות בבבל: ישיבות סורא, פומבדיתא ונהרדעא - מן המפוארות שבישיבות מעולם - לא למדו בהן, בה-בעת, למעלה מ- 45,000 תלמידים, ולא עוד אלא ללא מיגבלות של זמן. ואולם עיקר הוא בכך, שהטוענים לזכותם של בני-ישיבה לדחיית-פטור, מעלימים עין מן הרקע החברתי והמדיני שבישראל דהאינדא.

24. ישראל בימינו אינה כליטא, כפולניה או כרוסיה במאות השנים האחרונות. אף לא כבבל בשעתה. בליטא, בפולניה, ברוסיה - כך היה בבבל וכך היה בכל העולם חוץ לישראל - חיו היהודים את חייהם בעיקר בתחומי-המחיה שהוקצו להם, והיה זה השליט הלא-יהודי של המדינה - או של הנסיכות - שנטל אחריות על שיכמו גם על ענייני החוץ גם על נושאי הביטחון. מטעמים אלה, טעמים מוצדקים לעצמם, סירבו היהודים - אך נאלצו - ליטול חלק במילחמות לא-להם. כך היה ברוסיה ובאימפריה האוסטרו-הונגרית (עיינו ערך: אביגדור המאירי) וכך היה באימפריה התורקית-העת'מנית. כך היה בעבר. כהיום הזה חיים אנו במדינתנו-שלנו, והאחריות לניהול המדינה - לרבות בנושאי ביטחון - מוטלת זו הפעם עלינו. כיצד נוכל, אפוא, ללמוד היקש מישיבות ליטא ופולניה ורוסיה? הרקע החברתי והמדיני שונה בתכלית, והמסקנות הנגזרות מכך אף הן שונות בהכרח.

25. נמצא לנו, אפוא, כי גם ההיבט של "מורשת ישראל" כְּעִיקָר של "מדינה יהודית" - כמוהו כהיבט הבית הלאומי והמיקלט לפזורי ישראל - מחייב על דרך העיקרון גיוסם של בני ישיבה לצבא. כדי שיוכלו להגן על ביתם. כדי שצעירים בני גילם לא יהיו במעמד של הפְּרָתִי והפְּלָתִי שיאולצו להגן עליהם בעוד הם עצמם יושבים בהשקט ובביטחה שוקדים על תלמודם. המיבחן לחובתם של בני ישיבה להתגייס לצבא מיבחן פשוט וברור הוא: נניח כי בדרכם של בני הישיבה ילכו עוד עשרות עשרות אלפים של מועמדים לשירות ביטחון. אם כך יהיה, מי יגן על המדינה? מי יגן על בני הישיבה ועל משפחותיהם? השאלה שאלה והתשובה בה. ונדגיש: חרף כל דברים

שאמרנו, ניתן לשקול הסדר לדחיית שירות אם ידובר במיכסה מצומצמת וידועה מראש של בני ישיבה; כך - אך לא אחרת.

26. עד כאן - ישראל כ"מדינה יהודית", בין "יהודית" בהיבט הלאומי ובין "יהודית" בהיבט מורשת ישראל. גם כך וגם כך, בהתירו לפטור משירות בצה"ל עשרות עשרות אלפים של בני-ישיבה שתורתם אומנותם, עומד חוק דחיית השירות בסתירה בולטת ובלתי ניתנת לגישור לערך היסוד של היות ישראל "מדינה יהודית". ובהיותו מה שהוא - נדון הוא לביטול מעיקרו.

נעבור עתה אל הערך השני שמדינת ישראל בנויה עליו, והוא, היותה של המדינה מדינה דמוקרטית.

היותה של ישראל מדינה דמוקרטית וחוק דחיית השירות

27. מדינת ישראל תוסיף ותתקיים כמתכונתה כיום רק אם ישרור בה מישטר דמוקרטי. שיטת המישטר הדמוקרטי היא יסוד מיסודותיה של המדינה. מושג הדמוקרטיה מושג רב-פנים הוא, ואנו ענייננו עתה הוא בעיקרים שהדמוקרטיה בנויה עליהם, באותם אבני-יסוד העושות מישטר להיותו למישטר דמוקרטי. עם אלה יימנו העיקרים הבאים: ריבונות העם, בחירות חופשיות ושוות בעיתים קבועות מראש ודעת הרוב מכריעה, הפרדת רשויות וביזור סמכויות, שלטון החוק (במובנו המהותי), עיקרי זכויות האדם, רשות שופטת עצמאית. ראו: פרשת טיבי, שם, 23-24 (מפי הנשיא ברק).

28. עיקרים אלה שבדמוקרטיה נעלים הם מחוקי-יסוד ולא-כל-שכן נעלים הם מחקיקה מן-המניין. שכן חוקי היסוד - בוודאי כך חוקים מן-המניין - שואבים את כוחם מעיקרי הדמוקרטיה, וממילא קדים ומשתחווים הם לפני אותם עיקרים. הנה-כי-כן, מכוחם של עיקרי הדמוקרטיה נבחרת הכנסת בבחירות דמוקרטיות, וסמכותה המשפטית, החברתית והמוסרית לחוקק חוקים ולקבוע הסדרים ראשוניים שואבת את כוחה מעיקרי הדמוקרטיה ומן ההסכמה החברתית השוררים בחברה. עיקרים אלה והסכמה זו מתירים לכנסת לפעול בתוככי גבולות הדמוקרטיה עד אשר תמלא תקופת כהונתה כפי שנקבעה בחוק. ברי, אפוא, כי אין הכנסת מוסמכת לבטל את הדמוקרטיה או לשנות שינוי מהותי בה, לא על דרך הרחבת סמכויותיה ולא על דרך הארכת כהונתה מעבר לקבוע מראש בחוק. כן אין בסמכותה של הכנסת לשלול את זכויות היסוד של האדם. ראו עוד: א' ברק, פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית, 626.

29. בפרשת בנק המזרחי עמדנו על היעדר סמכותה של הכנסת לפגוע בעיקרון של שלטון הרוב, להאריך את משך תקופת כהונתה ועוד, וכך אמרנו בין שאר דברינו (שם),  
: (546, 545, 544)

כנסת פלונית מחוקקת חוק-יסוד וקובעת בו כי תקופת כהונתה שלה-עצמה תורחב בארבע שנים נוספות אל-מעבר לארבע השנים שנקבעו בסעיף 8 לחוק-יסוד: הכנסת ("תקופת-כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה"). לשון אחר: כנסת פלונית נבחרה לארבע שנים והנה אומרת היא לכהן שמונה שנים תמימות. חוק זה, לדעתי, יהיה בלתי חוקי בעליל - מבחינה משפטית - ואפילו יצביעו עבורו כל מאה ועשרים חברי הכנסת (אשר יאמרו להאריך את כהונתם-שלהם). העם בחר בכנסת לארבע שנים בלבד. העם לא נתן יפוי-כוח בידי הכנסת להאריך את תקופת כהונתה שלה-עצמה לארבע שנים נוספות ...

ועוד: כנסת פלונית מבקשת לחקוק חוק שלפיו יצומצם מספר חברי הבית ויעמוד על תשעים חברים. תחולת החוק אמורה להיות לאלתר, ולפיו יסולקו מן הכנסת שלושים חברים בהתאם להשתייכותם לסייעות Pro Rata (דהיינו, אין "הפליה" בין הסייעות ואין השתלטות של רוב על מיעוט). נמצא לנו, איפוא, כי העם בחר במאה ועשרים חברים - אלה ואלה - והנה באה הכנסת ומורדת במנדט שקיבלה מן העם. חוק מעין-זה כי יחקק, יהיה החוק מעבר לסמכותה של הכנסת וערכו כחרס-הנשבר. החוק לא יתפוש מבחינה משפטית.

... בחוקקה לעצמה - ועל עצמה - אין הכנסת בלתי-מוגבלת, על-פי טבעם של דברים, בסמכותה ובכוחה. יש עקרונות-על - אם תרצה: עקרונות-מסד - הטבועים בעצם קיומה של הכנסת; יש תכונות-אופייניות השוכנות בגנים של הכנסת - בהיותה מה שהיא - ומאותם עקרונות, מאותן תכונות, לא תוכל הכנסת להשתחרר. אותן תכונות הן-הן הכנסת. אחד מאותם עקרונות הוא עקרון-הרוב, ועקרון זה ילמדנו כי מוסמכת היא הכנסת לכבול את סמכותה לשנות חוקים עד לכדי 61 חברי כנסת. עד כאן - ולא עוד. אכן, עקרון הרוב - למעלה ולמטה - הינו מרכיב-יסודי בשלטון-החוק ובקיומו של מישטר דימוקרטי. בלעדיו יפרע עם ובהיעדרו לא תיכון ממלכה. איש לאהליך ישראל. עקרת את שלטון הרוב מגופו של מישטר וידעת כי נטלת את נשמתה של הדימוקרטיה. עקרון הרוב שולט בכנסת אף היא והוא בבחינת "גבוה מעל גבוה שומר". שלטון-החוק ישלוט גם במחוקק. חוק כי תחקוק הכנסת - חוק הוא לישראל, ובלבד שלא יפגע בליבתה של

הדימוקרטיה, בעקרון הרוב; והכל, כמובן, בכפוף להוראות חוקה שנתקבלה כדין.

כך בכנסת המחוקקת לעצמה - שסמכויותיה מוגבלות - וכך בכנסת המחוקקת בנושאים של סידרי המישטר במדינה וזכויות היסוד של האדם. עקרון-מסד הוא במדינה כי יפוננו בה שלוש רשויות; כי כל אחת מאותן רשויות תהיה נפרדת משתי הרשויות האחרות וכי תחזיק בכוחות ובסמכויות שיוחדו לה; וזו ליבתה של הדמוקרטיה. הכנסת, על אף עליונותה המוסדית כרשות מחוקקת, נעדרת היא סמכות לפגוע מהותית ברשויות השלטון האחרות, לא-כל-שכן שאין היא מוסמכת לשלול את קיומן או לרוקן אותן מתוכנן. פגיעה מהותית בנוסחת שלוש הרשויות פירושה פגיעה אנושה בדמוקרטיה, והכנסת אסורה בכך. "מוחה של הדימוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח - על שלוש האונות - הוא השולט על הגוף, נותן לגוף תיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אונות אלו, והדימוקרטיה נעלמה ואיננה" (פרשת ארפל, 630). כך, למשל, אף באין הוראת חוק מפורשת אסורה היא הכנסת לחוקק חוק המביא לפגיעה - ולו פגיעה עקיפה - בעצם קיומה של הרשות השופטת. חוק שכזה פירושו הוא ביטולה של הדמוקרטיה וזאת אין הכנסת מוסמכת לעשות. הסברנו זאת בפרשת ארפל, בה נדרשנו לסוגיית היעדר סמכותה של הכנסת לפגוע בזכות הגישה של הציבור לערכאות שיפוטיות (שם, 629):

... זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למיסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר - וכך אומר אני - כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק ... חסימת הדרך לבית-משפט - בין במישרין בין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשילטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד ... בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדין, ובאין דין ייעלם אף הדין עימו.

30. לא רק עיקרי-מסד הנסכים על שיטת הממשל נמנים עם עקרונות-התשתית של המדינה. כך הוא גם - כמובן - בעניינן של זכויות יסוד של היחיד, זכויות שאין חולקים עליהן ואשר אף הן בשר מבשרה של הדמוקרטיה. בראשן של זכויות אלו תימצא, כמובן, הזכות לכבוד, הזכות לחירות והזכות לשוויון במיגזרים ספציפיים של חיי המדינה.

הבה ניפנה עתה לנושא השוויון ואיסור ההפליה כעיקרי-תשתית הנגזרים מן המישטר הדמוקרטי שאנו חיים בו.

על-אודות שוויון והפליה בגיוס לצבא

31. השוויון, ידענו כולנו, מהווה מרכיב מרכזי באמנה החברתית שעליה מושתתת חברה דמוקרטית. שכן באין שוויון; במקום שבו מפלה המדינה לרעה חלק מן האוכלוסייה; תיקרע האמנה החברתית לגזרים, הדמוקרטיה תחרב והמדינה לא עוד תיכון. כללי השוויון ואיסור הפליה אין הם אלא כללי צדק והגינות שחברה מתוקנת לא תוכל היות בלעדיהם. בפרשת מרכז השלטון המקומי (בג"ץ 7111/95, 8195 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485), נדרשתי לעקרון הבחירות ה"שוות" שבהוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ועליו אמרתי (בעמ' 502-503) כי "פניו פני צדק והגינות הם"; כי ה"שוויון שחוק-יסוד: הכנסת מדבר בו הינו חליף לצדק ולהגינות, או, למיצער, קרוב-קרוב אליהם עד כי לא נדע להבחין ביניהם". ובעוד שמושג השוויון מושג רב-פנים הוא, לא כן הם הצדק וההגינות. צדק הוא צדק, הגינות היא הגינות ואיש לא יטעה בתוכנם (הגם שיכול כי יתגלעו חילוקי דעות בשאלה אם מעשה מסויים מעשה "צודק" הוא ואם פלוני נהג "בהגינות" באלמוני). ואשר לצדק ולהגינות כשווי-ערך לשוויון: חברה שצדק והגינות אין בה - לא תיכון. היטיב להסביר זאת השופט ברק בבג"ץ 953/87, 1/88 פורד נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309, 332:

הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם.

דברים דומים השמיע השופט כך בבג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 760, 749:

ההפליה היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיוואציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה. חברה אשר בה נוהגת הפליה איננה חברה בריאה, ומדינה שבה נוהגת אפליה לא תוכל להיקרא מדינה מתוקנת.

אף אני נדרשתי לנושא השיוויון וההפליה בפרשת מרכז השלטון המקומי, באומרי כי ההפליה עלולה להביא לאובדנם של עם ומדינה (שם, 503):

והפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לרעהו ... כך בהפליה אישית, כך בהפליה חברתית, כך בהפליה אתנית, כך בכל הפליה והפליה. הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה. אין פלא בדבר אפוא שבכל אתר ובכל דור עשו ועושים בני החברה הנאורים להעלמתה ולמיגורה של ההפליה. והמלחמה היא מלחמה מתמדת, מלחמת יום-יום. משולה היא להדיפת גלי הים, שאם תנוח לרגע ישטוף ויכסוף ... וגם אם לא נדקדק בקיום המצווה "ואהבת לרעך כמוך", נתבע ונתבע קיום הצו "דעלך סני לחברך לא תעביד": כל ששנוא עליך לא תעשה לחברך.

אכן, לא בכדי הבהיר בית-משפט זה, אף בטרם היות חוקי היסוד, כי ערך השיוויון הוא מערכי-התשתית של שיטת המשפט בישראל, "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698). "עקרון השיוויון עולה ומחלחל בכל צמח מצמחי המשפט, מהווה הוא חלק בלתי-נפרד מן המערך הגנטי של כל כללי-המשפט כולם" (בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 651). פועל יוצא הוא, כי מקומו של השיוויון - קרא: צדק והגינות - יכירנו במשפט ישראל אף בלא שהכנסת קבעה אותו כזכות יסוד. וכשם שאין חוקי-היסוד מכירים ב"אמת", כן הם הצדק וההגינות המהווים נדבכי-תשתית ביסודותיה של המדינה. ובלשונו של השופט מצא בבג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501, 522:



[ ] ככלל לא נראה מעולם צורך לעגן את עקרון השוויון בחקיקה; לא כל שכן, שלא נתעורר צורך להתוות נוסחאות חקוקות להשלטתו על תחומים כאלה ואחרים של הפעילות הציבורית והחברתית. ואף עיגונו האפשרי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כחלק מן הערך של כבוד האדם, אינו מפורש אלא מסתבר ... אין זאת אלא שדי היה בהכרזה הבראשיתית שבמגילת העצמאות, כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין", ובהשרשתן המהירה בחיי המדינה של אורחות הדמוקרטיה, כדי למסד את עקרון השוויון כחלק מתפיסות היסוד ומאורחות החיים המקובלים על כלל האזרחים.

32. ערך השוויון אינו זר לנו. נקרה הוא על דרכנו לעיתים מזומנות אלא שתמיד - נדייק: כמעט תמיד - עניין לנו בו בהקשר זכויות האדם. ואולם השוויון (צדק, הגינות) אינו כולא עצמו בגדרות זכויות האדם. עיקרון פעיל הוא גם בתחום המישטר והחברה. ושני מושגי שוויון אלה - שוויון בתחום היחיד ושוויון בתחום הכלל - אינם אלא שני צידיה של אותה מטבע. חברה שבחרה לעצמה מישטר דמוקרטי שיכוון את דרכיה ואורחותיה, חייבת לאחוז בידה כל העת בעקרון השוויון כעיקרון המסדיר את היחסים שבין המדינה, החברה וכל אחד מיחידה החברה. עיקרון זה של השוויון מורנו, למשל, על הכלל של "קול אחד לכל אחד". ואם יבעתנו חלום-עיוועים שהכנסת עומדת להחליט מחר-מחרתיים - ולו בחוק-יסוד שיתקבל ברוב מכריע - כי מי שרכש השכלה גבוהה יזכה בשני קולות בבחירות, נדע כי החוק ייפסל מיניה-וביה אך באשר סותר הוא את עקרון השוויון המובנה בשיטה הדמוקרטית השוררת במקומנו. פסילה זו של החוק לא תבוא אך-ורק - או בעיקר - משום שהחוק סותר זכות יסוד של הפרט שנחרתה בחוק-יסוד - והרי הנחתנו היא כי מדברים אנו בקביעה שקבעה חוק-יסוד בכבודו ובעצמו ולא עוד אלא חוק-יסוד שנתקבל בכנסת ברוב מכריע - אלא משום שסותר הוא עיקר מעיקרי המישטר הדמוקרטי שאנו חיים בו ובחסותו. הדמוקרטיה כמו תבקע ממעמקי האדמה, תפרוץ את החוקה, את חוקי-היסוד ואת החוקים מן-המניין, תאחז בגרונו בחוזקה ותודיענו במפגיע כי החוק שנתקבל היה כחרס הנשבר.

33. אכן, עקרון השוויון במישטר דמוקרטי אינו משמיע אך זכויות ליחיד. אזרחות - וענייננו הוא, בעיקר, באזרחי המדינה - מצמיחה לא אך זכויות אלא חובות אף-הן. וכשם שהזכויות - כצו הדמוקרטיה - אמורות להיות מוענקות לבני הקהילה בשוויון, כן תחולקנה בשוויון החובות אף-הן, גם זאת כצו הדמוקרטיה. כך הוא היחיד בקהילה, שהקהילה מעניקה לו זכויות ובה-בעת מגבילה היא את זכויותיו כמתחייב

מחייבו במיסגרת הקהילה. היחס הוא של "תן וקח". אין הוא יחס של "הב-הב". כך גם צומחת הסולידריות בתוככי החברה. כך גם נולדת השותפות בין בני החברה ועימה ההשתתפות בחיי הקהילה. ברוח זו דוברת אלינו ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights) שאומצה ופורסמה בידי העצרת הכללית של האומות המאוחדות ביום 10.12.1948. וכך מודיע אותנו סעיף 29(1) להכרזה:

### Article 29

(1) Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible.

ובתרגום לעברית:

### סעיף 29

(1) כל אדם יש לו חובות כלפי הכלל, כי רק בתוך הכלל נתונה לו האפשרות להתפתחות החופשית והמלאה של אישיותו.

יחסי היחיד והחברה שבה הוא חי ופועל יחסים דו-סיטריים הם: החברה חבה חובות ליחיד ואולם בה-בעת חב היחיד חובות לחברה, שהרי רק בזכותה של החברה יכול היחיד לפתח את עצמו ואת אישיותו באורח חופשי. ראו והשוו: בג"ץ 164/97 קוֹנְטָרָם בע"מ נ' משרד האוצר - אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289. חז"ל ידעו, כדרכם, לתמצת אמת זו של יחיד וחברה באמירה ש"כל ישראל ערבים זה בזה" (שבועות, לט, ע"א). כשבועת המוסקיטרים איש לאחיו, כפי שאלכסנדר דיומה (Alexandre Dumas) שם בפיהם: "Tous pour un, un pour tous": כולם למען האחד, האחד למען כולם. וכפי שהוספתי וכתבתי במקום אחד (דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 747):

... הלוחם יילחם ביודעו כי לא לבדד הוא, כי לעת צרה ייחלצו חבריו להצילו. מצוונים ועומדים אנו שלא ננטוש פצוע בשדה, וכמותו של פצוע לא נשקוט עד לשחרור שבויינו משביים. לוחמים היו כמטפסי-הרים הקשורים אלה-אל-אלה בחבל ובגורל, ומטפס שידו שמטה וגופו נזרק אל-תהום, חבריו יצילוהו. כן הוא המטפס, כן הוא הלוחם. והוא ביטחון המדינה.

ומה שייאמר על הלוחמים ייאמר על המתגייסים לצבא. כל יחיד בישראל חב באחריות ובערבות הדדית לאָחיו. דומה כי לבני הישיבה אין צורך להזכיר אמירת-חכמים זו. למותר לומר - החכם יבין זאת מעצמו - כי פטור משירות בצבא לבני-ישיבה שתורתם אומנותם חורץ עמוקות בעקרון השוויון - וכמותו באחריות ובערבות ההדדית - עד כדי כיליון.

נוסיף ונזכיר בהקשר זה את הצעת החוקה שחיבר פרופ' בנימין אקצין (בנימין אקצין, סוגיות במשפט ובמדינאות, תשכ"ו, 179 ואילך) ואשר בהתאם לסעיף 32 בה (שם, 192):

סעיף 32  
כל אזרח ישראלי וכל תושב במדינה חייב ליטול חלקו  
בהגנת המדינה, בנטל מסים ותשלומי-חובה, ובשירותי  
עבודה וחירום, כפי שיוטלו עליו על-פי חוק בכפיפות  
לחוקה הזאת.

בדברי ההסבר לסעיף 32 כותב פרופ' אקצין (שם, 172) כי: "סעיפים 32 עד 34 מביעים במפורש עקרונות, שברוב המדינות רואים אותם כמובנים מאליהם..."

34. על רקע מעמדו זה המרכזי של עקרון השוויון, הבה נבחן את עיקריו של חוק דחיית השירות. צעירים בני-ישיבות יכולים וזכאים על-פי הוראות חוק דחיית השירות שלא לשרת כלל בצבא. זכאים הם לדחיות שירות עוד ועוד עד שיבואו אל הפטור הנכסף משירות בצבא. בכך מבדילים עצמם צעירים שתורתם אומנותם משאר צעירים בישראל. שכל צעירים אחרים בישראל, אם אך בריאים הם בגופם ובנפשם, חייבים בשירות סדיר של שלוש שנים בצבא. ושלוש שנים - ידענו כולנו - הן זמן רב, זמן רב מאוד, בחייו של אדם, בייחוד כך בחייו של איש צעיר. הפגיעה בעקרון השוויון בין צעירים אלה לבין צעירים אלה היא כה קשה וכה עמוקה, עד שלא ימצא לנו ולו טעם ראוי אחד להצדיקה. גם אם אמרנו כי לימוד בישיבה מקיים את מורשת ישראל מאז-ומקדם; וכי שומה עליה על המדינה לאפשר לבני-ישיבה שתורתם אומנותם לעסוק בתורה; דומה שלא יהיה זה מרחיק לכת אם נוסיף ונאמר כי לא ימצא בישראל של מינו אדם שיוכל להסביר ולהצדיק באורח רציונלי דחיית שירות ופטור הניתנים לעם רב של למעלה מ-45,000 צעירים בני ישיבה (נכון לחודש דצמבר 2005). נזכיר עוד, כי

לפי אותו הסדר - ועל-פי התחזית - יהיו בשנת 2007 המקישה על דלתנו 46,900 בני ישיבה שיזכו לדחיית שירות ולפטור, ואילו בשנת 2012 יהיו כ- 60,000 בני ישיבות שלא יגוייסי לשירות בצבא. על היעדר השיוויון - היעדר שיוויון בוטה - בין צעירים אלה לבין צעירים אלה לא יוכל איש לחלוק, אלא שהשאלה הנשאלת היא מה מסקנה משפטית ניתן להסיק מיחס מעוות זה של המדינה לצעירים בישראל?

35. חברי הנשיא ברק סובר כי פגיעתו של חוק דחיית השירות במי שאינם נהנים מטובו, כה קשה היא, עד שמביאה היא לפגיעה בכבוד האדם אף-הוא. ובלשונו (בפיסקה 41 לחוות-דעתו): "פגיעתו של חוק דחיית השירות בשוויון מקימה פגיעה בכבוד האדם. החוק פוגע באותם זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד-האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי. הוא פוגע באותו אגד של זכויות וערכים, ששמירתם נדרשת כדי לקיים את כבוד האדם של כל אחד מקבוצת הרוב, המחוייב בשירות צבאי". ובהמשך (שם, שם): יחס בלתי שווה לצעירים שאינם בני ישיבות ולצעירים בני ישיבות בעניינינו של שירות בצבא "פוגע במעמדו של האדם המחוייב בשירות צבאי כשווה בין שווים, על יסוד השתייכותו החברתית, אמונתו הדתית ואורחות חייו. הוא מפר הפרה קשה את השוויון בזכויות ובחובות האזרחיות הבסיסיות. הוא גורם לאפליה וקיפוח". ועוד (בפיסקה 42): "הפרת השוויון לגבי חובת השירות הצבאי וביחס להיקף חופש הבחירה הנתון לכל אדם מביאה להפליה הפוגעת בכבוד האדם". לא אחלוק, כמובן, על תיאור היחס המועדף - מועדף ביתר - הניתן לבני ישיבות שתורתם אומנותם; יחס מועדף הוא שחברה מתוקנת לא תוכל להסכיין עימו ולא תישא אותו לאורך ימים. ואולם אשאל ואקשה: האם יחס בלתי שווה ובלתי הוגן זה - בלתי שווה ובלתי הוגן בעליל - לצעירים אלה ולצעירים אלה אכן פוגע בכבוד האדם?

36. השאלה הראשונה הנשאלת היא - ושאלה זו בה עיקר - מהם גידרי התפרשותו של מושג "כבוד האדם" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? משנתווה גדרים אלה נוכל לשוטט בתחומיהם בהוסיפנו לבחון ולבדוק אם נורמה, מעשה או מחדל מסויימים פוגעים הם, או אם אין הם פוגעים, ב"כבוד האדם". לעניין קביעת תחומיה של ממלכת כבוד האדם שבחוק היסוד, גורס חברי, כי יש לאמץ מודל הקרוי בלשונו "מודל ביניים", ולפיו נכללים בו בכבוד האדם היבטים מהיבטים שונים הקשורים "קשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו)" (בפיסקה 38 לחוות דעתו). ובהמשך (שם, שם): "על פי גישה זו ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה ובלבד שהיא תהא שקולה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות

חוקתית". בהמשך דבריו (בפיסקה 41) מוסיף חברי לתחומיו של כבוד האדם גם "חופש פעולה של האדם כיצור חופשי". עוד מדבר חברי (בפיסקה 43) על "פגיעה באוטונומיה, בשלמות הפיסית והרוחנית של האדם ובמכלול אנושיותו". על כל דברים אלה נאמר אנו: אם אלו הן הנוסחאות הקובעות את תחומי התפרשותו של "כבוד האדם" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אחוש לאמצן אל ליבי באהבה. אכן, אין צורך בדימיון מפליג כדי להבין ולידע כי זה כבוד האדם שאנו מבקשים לבנות גדרות סביב לו, כי זה כבוד האדם שאנו מבקשים לגונן עליו, כי זה כבוד האדם במשמעותו העמוקה. וכפי שאמרנו במקום אחר (דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב (3) 1, 74):

אשר לכבוד האדם, ניתנת אמת להיאמר שנתקשה במאוד להבחין ולהבדיל בין האדם עצמו לבין כבוד האדם. האדם וכבודו ירדו לעולם שלובים ואחוזים זה בזה; האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם. "אדם וכבודו יבקעו יחדיו מרחם אם, והשניים היו לאחדים: האדם הוא כבודו וכבודו של אדם הוא האדם" (ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט (2) 578, 592). אדם שאיבד את כבודו אינו אלא צלם-אדם, אם תרצה: צל-אדם ...

ראו עוד: שם, 75.

37. משהיגענו לכאן שומה עלינו להציג נגדנו שאלה שניה, והיא, באלו נסיבות נסווג מערכת המוצגת לפנינו כמערכת הפוגעת בכבוד האדם והמזכה עותר בסעד? במקום זה אפרד מעל חברי ואלך בדרכי שלי. ובדרכי-שלי אומר - על-פי נוסחת כבוד האדם המקובלת גם על חברי גם עלי - כי פגיעה ב"אוטונומיה של הרצון החופשי" תציג עצמה לפנינו במקום שחוק הכנסת - בוודאי כך נורמה הנחותה מחוק הכנסת - פוגעים באוטונומיה של הרצון החופשי. כך, למשל, במקום שחוק פלוני מחייב אדם לעשות מעשה או לחדול מחדל בנסיבות שבהן אין הוא חייב לעשות אותו מעשה או אין הוא חייב לחדול אותו מחדל. כך הוא אף באשר ל"חופש הבחירה", שחוק או נורמה נחותה לו שוללים שלא בהצדק ראוי את חופש הבחירה של היחיד. בוודאי ייאמרו הדברים באשר ל"שלמותו הפיזית והרוחנית של אדם" או באשר ל"מכלול אנושיותו". הבחינה שלעניין בכל אחד ממקרים אלה מסיבה עצמה על השאלה אם נפגע היחיד באחת מאותן שלוחות של כבוד האדם, ופגיעה באחת השלוחות שקולה היא כנגד פגיעה בכבוד האדם.

לכל דברים אלה אסכים בלב שלם. אלא שענייננו שונה הוא מקצה אל קצה, שכן נעלם ממני כיצד זה שנפגעת "אוטונומיית הרצון הפרטי" של המתגייס לצבא אך כאשר בני ישיבה שתורתם אומנותם אינם מתגייסים לצבא, ולא ידעתי מה טעם נאמר כי "חופש הבחירה" של המתגייס נפגע אך כאשר מועמדים אחרים לגיוס שהם בני ישיבה שתורתם אומנותם, אינם מגוייסים לצבא. בוודאי יאמרו אותם דברים על "השלמות הפיסית והרוחנית" של האדם ועל "מכלול אנושיותו".

כללם של דברים: אינני כופר ולא אכפור בפרישתו של מושג כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על פני מרחבים כדברו של "מודל הביניים", ואולם כופר אני, ובכל תוקף, בפרישתו של כבוד האדם גם על מערכי עובדה שאפשר פוגעים הם בזכות מזכויותיו של היחיד אך פגיעה בכבוד האדם לא נמצאה לנו.

38. הנה הם ראובן ושמעון, שני צעירים שחבשו ספסל לימודים אחד בבית הספר. עם סיום הלימודים התגייס ראובן לצבא ואילו שמעון הפך בן ישיבה שתורתו אומנותו, ונפטר, הלכה למעשה, משירותו בצבא. במעשה ובמחדל אלה של הרשויות, האמנם נפגע "כבודו" של ראובן (במובנו האובייקטיבי של המושג)? האמנם ביחס בלתי שווה זה, מרגיש ראובן (על פי מיבחן סובייקטיבי), כי נפגע בכך שחייב הוא בשירות בצבא בעוד אשר חברו, שמעון, אינו חייב בשירות בצבא? אני מתיר לעצמי לפקפק בכך. אליס מילר (בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94) נפגעה בכבודה משסירבו הרשויות לרושמה לקורס טיס אך כאשר אשה היא. לני יפגע בכבודו משתסרב הרשות לבקשתו לספחו ליחידה לוחמת אך בשל השתייכותו לעדה מסויימת או בגלל צבע עורו. ואולם קשה בעיניי לומר כי כבודו של ראובן יפגע אך כאשר משרת הוא בצה"ל בעוד אשר חברו שמעון פטור משירות. שהרי השירות בצה"ל הוא גם זכות גם חובה, וראובן מסכים כי שומה עליו לקיים את חובתו ולשרת בצבא.

ראובן, לדעתי, לא יחוש פגיעה בכבודו - וכבודו כאדם, הכבוד באשר הוא, לא יפגע - אך מטעם זה שחייב הוא לשרת בצה"ל בעוד אשר שמעון פטור משירות. אכן, ראובן לא יישאר אדיש נוכח אי-ההגינות שבה נוהגת המדינה, בהפלותה בינו לבין שמעון. אלא שהתחושה שתפעפע בראובן - תפעפע ותעלה מעלה-מעלה עד רתיחה - תהיה תחושה של כעס ושל זעם על מדינה ועל מחוקק שכך רואים הם לפטור משירות בצבא מי שלומדים בישיבה אך כאשר תורתם היא אומנותם. אפשר אף שתחושה של תיסכול וייאוש ימלאו את ליבו של ראובן, תיסכול וייאוש על שהחברה בישראל הגיעה למקום שהגיעה אליו. אך לא תהא זו תחושה של פגיעה בכבוד. יתר-על-כן: תחושתם של בני החברה ברובם היא, כי התנהגותה של המדינה בפוטרה משירות בצבא בני-

ישיבות שתורתם אומנותם, התנהגות של-עוול היא, ואולם גם כך נתקשינו לאתר פגיעה בכבוד האדם כמשמעותו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ודוק: גם אם נאמץ לנו, כהצעת הנשיא, פרישה רחבה של מושג כבוד האדם - פרישה שתכלול בגידרי כבוד האדם גם אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, שלמותו הפיזית והרוחנית של האדם ומיכלול אנושיותו - גם אז לא נגיע בענייננו עדי פגיעה בכבוד-האדם. הזעם והכעס של היחיד ושל הכלל אפשר יעלו על גדוניהם וילחכו את סביבותיהם, אך אתקשה לזהות בהם פגיעה בכבוד האדם; מכל מקום, אם נאמר למלא את מושג "כבוד האדם" - אותו כבוד שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מדבר בו - בתכנים שהלשון מתירה לנו והמקובלים על בני החברה.

39. בסוף כל הסופות - ובעצם: בתחילת כל התחילות - האדם הוא נושא המשפט וסביבו ינועו-יחוגו כל חובות וזכויות. ואם כל מעשה או מחדל של הפליה מצידן של רשויות המדינה - ולו הפליה קשה היא - יתורגם על ידנו לפגיעה בכבוד האדם, אתקשה לאתר במשפט מעשה או מחדל שבהפליה אשר אינם פוגעים או שורטים בכבוד האדם. ראובן יחוש זעם וכעס על הרשויות שכך מעניקות הן יחס בלתי שווה - ובלתי צודק - לצעירים מכאן ומכאן. במובן מסויים יחוש ראובן - וכמותו בני החברה - עלבון על שרשויות המדינה נוהגות כפי שהן נוהגות. אך כעס ועלבון אלה יחוש ראובן כאזרח המדינה - כיחיד מבין הכלל - ולא כיחיד שכבודו נפגע. אפשר נפגע כבודו הלאומי של ראובן, שכן לא למדינה זו פילל והתפלל; לא כן כבודו האישי כמובנו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לא למותר להזכיר בהקשר זה, כי תחושת הכעס והתיסכול הממלאים את ליבם של המשרתים בצבא עלולה ללבוש פנים של הימנעות והשתמטות משירות. תופעה זו, הידועה בכינויה כתופעת "התפוח הרקוב", תופעה קשה היא, וקרני הרוע שהיא מקרינה - קרני רוע בנות-עוצמה - חודרות אל ריקמת החברה גם במקומות מרוחקים ממקום היווצרן.

40. על רקע כל אלה הבה נשוב אפוא ונשאל: הנספק עצמנו בציון התופעה כי ראובן ושכמותו - ובעצם, רוב בני החברה - כועסים וזועמים על התנהגותה הבלתי ראויה של המדינה, או שמא ימצא מוצא משפטי אופרטיווי לאותם זעם, כעס ותסכול? לדעתנו, יש להם לזעם ולכעס, לתסכול ולעלבון, מוצא משפטי אופרטיווי, ואין הכרח כי תחושות אלו תסתגרנה בדל"ת אמותיהן וללא מוצא. תחושות אלו תחושות-עומק הן, ומקורן בהפרתה הקשה של האמנה החברתית המשמיעה אותנו חובה של שיוויון בנשיאה בנטל הקיום. כבוד האדם כמשמעותו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא

נמצא לנו בו, אמנם, מקור ראוי ליצירת זכות בענייננו, ועדיין שאלה היא אם ימצא לנו מקור דין אחר למניעתה של הפרת האמנה. הימצאו צידוקים להפרתה של האמנה?

סיכום ביניים

41. בחנו את משמעות היותה של ישראל "מדינה יהודית". הוספנו ובחנו את משמעות היותה של ישראל "מדינה דמוקרטית". נמצא לנו כי חוק דחיית השירות פוגע אנושות הן ביהדותה של המדינה הן בעקרון השוויון הנדרש מתוך הדמוקרטיה. ושוויון, נזכור, פירושו הוא צדק והגינות. השאלה הנשאלת אינה אלא אם ימצאו ערכים ה"מאזנים" פגיעה קשה זו בערכי היסוד של המדינה. ניתן ליבנו לתופעה יחודית זו: בדרך כלל מבקשים אנו למצוא אם הוראת-חוק פלונית פוגעת בערך המוגן בחוק-יסוד, ומשנמצאת לנו פגיעה, עוברים אנו לשלב הבא, לבחינה אם כנגד הערך הנפגע מעמידה הוראת-החוק הפוגעת ערך נוגד שבכוחו "לאזן" את הפגיעה בערך המוגן, קרא: ערך נוגד שבכוחו לגבור על הפגיעה בערך המוגן. נמצא לנו שהפגיעה היא למיצער בשני ערכי-יסוד, ומזוויות-ראות שונות. נוכח חיזיון יחודי זה דומני שהערך ה"מאזן" - אם ימצא לנו ערך כזה - חייב שיהיה ערך כבד-מישקל במיוחד עד שיהא בכוחו להכריע את הכף. אקדים ואומר כי ערך מעין-זה לא נמצא לי.

על-אודות הערכים ה"מאזנים" את הפגיעה בערכי היהדות, הדמוקרטיה והשוויון (צדק והגינות)

42. בנתחו את פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8 לחוק), נדרש חברי הנשיא לשאלה אם חוק דחיית השירות חוק הוא "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה...". לעניין זה מונה חברי (בפסקה 54 לחוות-דעתו) ארבע תכליות לחוק, ואלו הן: אחת, לעגן בחוק של הכנסת הסדר דחיית שירות לבני ישיבה שתורתם אומנותם. שתיים, להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי. שלוש, להגביר את השתתפותו של הציבור החרדי במעגל העבודה. ארבע, להביא לפתרון הדרגתי של הקשיים שהיו קיימים בהסדר דחיית השירות קודם לכן. ארבע תכליות אלו, כך מוסיף חברי וקובע, תכליות ראויות הן, ומסקנתו הנדרשת היא כי חוק דחיית השירות עובר את משוכת הערכים והתכליות שבפסקת ההגבלה. צר לי, אך דעתי שונה מדעתו של חברי.



43. אשר לתכלית הראשונה, שאינה אלא מילוי תנאי הכרחי הקבוע בפיסקת ההגבלה - עיגון ההסדר בחוק - אין להרחיב עליה דיבור והרי כפויה היא עלינו על-פי החוק וכהילכת רובינשטיין. אשר לתכלית השלישית - הגברת השתתפותו של הציבור החרדי במעגל העבודה - לא נתקשה להבחין כי תכלית זו אינה, לאמיתם של דברים, אלא תכלית נגזרת. וזה טעם הדבר: על-פי ההסדרים ששררו עד לחוק דחיית השירות, זכו תלמידי ישיבות בדחיית שירות כל עוד למדו בישיבה. רשויות הצבא הוסיפו והיתנו המשך דחיית השירות בהימנעות בני הישיבה מכל עבודה שהיא, ובכך ביקשו לוודא כי בני הישיבה מקדישים את כל זמנם ללימודים. נמצא לנו, אפוא, כי כל עוד זכו בני ישיבה בדחיית שירות - וזה היה רצונם - ממילא לא השתלבו הם במעגל העבודה ונמצא המשק בישראל חסר. ומה עתה? מסתבר שלא חל בנושא זה כל שינוי של-ממש. שכן כל עוד מבקש בן הישיבה דחיית שירות, אסור הוא בכל עיסוק נוסף (סעיף 2(2) לחוק). כך בארבע שנות הדחייה הראשונות וכך לאחר סיומה של שנת ההכרעה (סעיף 5(ד)), אם מבקש הוא להוסיף וללמוד בישיבה.

אלא מה, ניתנת לו לבן הישיבה שנת חסד אחת - "שנת הכרעה" - וזה השינוי העיקרי שחולל חוק דחיית השירות. מה טיבה של אותה "שנת הכרעה"? "שנת הכרעה" מוענקת לבן ישיבה כדי שישקול ויחליט - והוא שיחליט, הוא ולא אחר זולתו - אם ברצונו להמשיך בלימודיו בישיבה ולזכות בהמשך דחיית השירות; אם יתגייס לצבא; או אם ישרת בשירות אזרחי במשך שנה אחת (בלבד). אין החוק - כדרכם של חוקים, לא-כל-שכן כחוק שירות ביטחון שהוא חוק-כפיה על-פי עצם טיבו - כופה דבר וחצי דבר על בן הישיבה. הכל ייעשה לרצונו, ואך-ורק לרצונו. וזה שאומרים עליו חוק ראוי הוא? ועל שנה זו נבנה את תכלית החוק? ושמא נשכח מאיתנו העיקר, נזכיר כי תכליתו העיקרית של החוק היתה להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות בצבא. ואנו נשאל: הזו הדרך לתכלית? אכן, הסדק שניבעה בחומת הדחיות והפטורים אין הוא אלא סדק דק-דק, דק-מכל-דק, דק-עד-דק-עד-אין-נבדק. נתקשה לראות בו תכלית ראויה ומספקת לחוק. אתקשה, אתקשה במאוד, למצוא בתכלית זו של הגברת השתתפותו של הציבור החרדי במעגל העבודה, ערך ראוי ובן-מישקל כנגד אי השתתפותם של בני-ישיבה בשירות בצבא. ואם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן ששילובם של בני ישיבה במעגל העבודה במדינה אמור לפעול, בראש ובראשונה, לטובתם-שלהם.

44. אשר לתכלית הרביעית - להביא לפיתרון הדרגתי של הקשיים שנכרכו בהסדר הקודם - אני חולק על חברי מכלל-וכלל. ראשית לכל, נזכור כי בן ישיבה רשאי לאחר שנת הכרעה לבחור ב"שירות אזרחי", ובשרתו שירות אזרחי שנה אחת בלבד פטור הוא מחובת שירות סדיר (סעיף 6(ג) לחוק). אתקשה למצוא "הדרגתיות" בשירות זה של

שנה, ומכל מקום: מה הצדקה יש לדבר? מדוע יהיה בן ישיבה (לשעבר) זכאי לשרת את המדינה ב"שירות אזרחי" שנה אחת בלבד תחת שלוש שנים שצעיר בן גילו, שאינו בן ישיבה, חייב לשרת את המדינה? במה סומק דמו של בן ישיבה טְפִי מדמו של צעיר שאינו בן ישיבה? ובאומרנו דם מתכוונים אנו לדם. דם לא כמשל. דם פשוטו כמשמעו. שנית, מה "הדרגתיות" יש בזכות הניתנת לבן ישיבה שיצא לשנת הכרעה, לחזור אל תורתו-אומנותו ולהוסיף ולזכות בדחיית שירות עד לפטור הסופי? דבר שלישי: כנראה שהמחוקק עצמו לא האמין בפתרונות שיצר בחוק, אשר-על-כן קבע את מישכו של החוק לחמש שנים (סעיף 16 (א)), בהוסיפו כי רשאת היא הכנסת, בהחלטה, להאריך את תוקפו "לתקופות נוספות, שלא יעלו על חמש שנים כל אחת" (סעיף 16 (ב)). לשון אחר: חוק דחיית השירות יכול שיהיה "חוק מתגלגל" משנה לשנה ומחמש שנים לחמש שנים. תכלית החוק היא, כלשונו של חברי: "להביא לפתרון הדרגתי של הקשיים שהיו קיימים בהסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבות, וזאת בדרך הדרגתית ובזהירות, ועל יסוד הסכמה רחבה וללא כפיה (שאינה אפקטיבית) של הגיוס" (בפיסקה 54). הנה הינו האליבי להארכתו של החוק שוב ושוב, עוד ועוד.

45. לאחרונה, כפי שנמסר לנו, נמצא לה לממשלה כי לא עשתה בשקידה ובמרץ את המוטל עליה בנושא השירות האזרחי, והועלו הצעות מטעם הממשלה לתיקון המצב. ועל כך נאמר זאת: ראשית לכול, לא שמענו כי בני הישיבות צבאו על פתח השירות האזרחי, הקישו על הדלת אך לא נענו. ואני נוטל היתר לעצמי להניח שבני הישיבות בהמוניהם לא יזמו כלל פניה להפעלתו של השירות האזרחי. שנית, עצם העובדה שהממשלה לא עשתה את הנדרש בנושא השירות האזרחי, מלמדת בעליל כי איש לא האמין - ואינו מאמין - ברצינות כי יש בהסדרים המוצעים בחוק דחיית שירות כדי להוות פיתרון ראוי ומועיל לנושא גיוסם של בני ישיבה לצבא. ועוד: לא הממשלה, אף לא אחרים מטעמה, לא עמדו בקשר עם ראשי הציבור החרדי, לשאול לדעתם אם ההסדרים המוצעים מקובלים עליהם; ואם לאו - מה יהא מקובל עליהם. המדינה מנהלת דיאלוג עם עצמה, ואת פי הנערה לא שאלו. אין זאת אלא שדרך פעולה זו - שמא נאמר: דרך מתדל זה - מזמינה, כמו מעצמה, הארכת תוקפו של החוק לחמש שנים נוספות, וסוף הדברים מי ישורם. ההדרגתיות שחברי מדבר עליה עשויה היתה להתקבל על הדעת, אולי, לו הצהיר החוק כי בתום חמש שנים דין בני הישיבות יהא כדין צעירים שאינם בני ישיבות. אלא שהמחוקק נזהר בדבריו, ביודעו היטב-היטב כי קלושים הסיכויים שהחוק ישנה סדרים שנהגו שנים כה רבות.

46. אשר לתכלית השנייה - להביא ליתר שיוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי - קרא: להביא לגיוסם של בני ישיבה לצבא - תכלית זו אמורה היתה להיות תכליתו העיקרית והראשה של החוק. מצב הדברים עובר לחוק היה מעוות מעיקרו - בני ישיבות נפטרו משירות בצבא אך באשר תורתם היתה אומנותם - וקלקול זה נועד החוק לתקן. ואולם נתקשינו להבחין בחוק במנגנון התיקון. בני ישיבה יכולים להמשיך בלימודיהם כרגיל ולזכות בדחיית השירות ללא גבול, בין בלא שנת הכרעה בין לאחר שנת הכרעה. אם אך יבקשו, זכאים בני ישיבה - לאחר שנת ההכרעה - לבחור בשירות אזרחי בן שנה אחת תחת שירות בן שלוש שנים בצבא. ככל מקרה, בני ישיבה יגיעו לצבא בגיל מאוחר יחסית - בגיל 23 ומעלה - ובאותו מועד יהיו רבים בהם נשואים ואף אבות לילדים. מצבם זה המשפחתי ישפיע במישורין, למותר לומר, על שירותם בצבא. וזה הפתרון שמצא החוק להשוות מעמדם של בני ישיבה למעמדם של מי שאינם בני ישיבה? אתקשה לקבל זאת ואכן לא אקבל זאת.

דעתי היא כי חוק דחיית השירות - חוק פגום הוא מעיקרו. והפגם - פגם הוא שאינו ניתן לתיקון. אין בו בחוק תקנה-של-אמת לפגיעה האנושה ביהודיותה של המדינה. אין בו פתרון ראוי ואמיתי למכה הקשה לעיקרי הדמוקרטיה בישראל, דמוקרטיה שאנו כה גאים ומשתבחים בה. ועל כל אלה, יגעתי ולא מצאתי כיצד כָּפֵא לאי-השיוויון הכה-קשה שהיה בגיוס לצה"ל עובר לחוק. אי-השיוויון נותר כשהיה. החוק החליק עליו ואף לא ניסה להפוך את העקוב למישור. העקוב נותר עקוב והמישור לא היה. על כן בטל הוא החוק מעיקרו.

ערכי המסד וביטול חוק הכנסת

47. מאז פרשת בנק המזרחי אין איש חולק על סמכותו של בית-המשפט להכריז דבר-חוק שיצא מלפני הכנסת והנוגד הוראה מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (או: חוק-יסוד: חופש העיסוק) להיותו דבר-חוק בטל מעיקרו. על דרך הכלל מדברים אנו בדבר-חוק הנוגד זכות מזכויות היסוד המנויות בחוקי-היסוד - זכות-יסוד או שלוחה שלזכות-יסוד - ואולם אין כל כורח אפריורי, בוודאי שאין הצדק ראוי, כך לצמצם את סמכותו של בית-המשפט לבטל דבר-חוק של הכנסת. יש עיקרי-יסוד בחיי המדינה שלא נוכל בלעדיהם ואין אנו זכאים להתעלם מהם. שאם נעבור ונתעלם, אנו לא עוד נהיה אנו. הדוגמה הבולטת ביותר שנקרתה על דרכנו עד כה היתה בפרשת ידדור. באותו מקרה לא דובר אמנם בביטול דבר-חוק של הכנסת, ואולם עיקרים

שנקבעו בפסק-הדין יפים - על דרך ההיקש הישיר - לעניין ביטולו של חוק הכנסת אף-הוא.

48. בפרשת ירדור, כזכור, אישר בית-המשפט פסילת רשימת מועמדים בבחירות לכנסת, לאחר שנמצא לו כי יוזמי הרשימה "שוללים את שלמותה של מדינת ישראל ואת עצם קיומה", ומטרות הרשימה היו מטרות "השוללות" שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה בפרט" (בעמ' 385 לפסק הדין). נוכח מטרותיה אלו של רשימת המועמדים, סמך בית-המשפט דבריו אל עקרון "הדמוקרטיה המתגוננת", ובשמו של עיקרון זה נטל היתר לעצמו לאשר את פסילתה של רשימת מועמדים חרף היעדרה של הוראת-חוק המסמיכה לפסול רשימת מועמדים מטעם זה. טעמו העיקרי של בית-המשפט (בדעת רוב) היה זה, שקיומה של ישראל הוא נתון שאין לערער עליו. ומשנמצא לו לבית-המשפט כי מטרת הרשימה ויוזמיה היא לשלול את קיומה של מדינת ישראל, המסקנה נדרשה כמו-מאליה כי אין להכיר ברשימה כמועמדת לגיטימית בבחירות. ובלשונו של הנשיא אגרנט (שם, 385, 387-386):

... לא יכול להיות ספק בדבר - וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה - כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה "כמדינה יהודית בארץ ישראל", כי האקט של הקמתה נעשה, בראש וראשונה, בתוקף "זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל".

למותר לציין, בשלב זה של חיי המדינה, כי הדברים האמורים מבטאים את חזון העם ואת האני מאמין שלו ושמחובתנו אפוא לשוותם לנגד עיניו "בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה" (בג"ץ 73/53 ; 87/53, קול העם נגד שר הפנים פד"י, כרך ג, ע' 871, 884). משמעותו של אותו "אני מאמין" הוא, שדבר המשכיותה - ואם תמצי לומר: "נצחיותה" - של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית, אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה - בין רשות מינהלית ובין רשות שיפוטית או מעין שיפוטית - להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה, שאם לא תאמר כן, פירוש הדבר יהיה זלזול גמור בשתי המלחמות שנלחמה מדינת ישראל, מאז הקמתה כדי למנוע את הכחדתה על ידי מדינות ערב העוינות: פירוש הדבר יהיה, סתירה מוחלטת להיסטוריה של העם היהודי

ולכיסופיו, לרבות הסתירה לעובדת השואה נתחוללה על עם ישראל בתקופה שלפני הקמת המדינה, אותה שואה, בה הוכרעו לטבח מיליונים של יהודים באירופה ואשר הוכיחה מחדש - בלשון ההכרזה - "את ההכרח בפתרון בעיית העם מחוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל".

.....

על כן, אם הנתון הקונסטיטוציוני, ששומה עלינו להתחשב בפרשנו את חוקי המדינה - ובפרט חוקים בעלי אופי קונסטיטוציוני - הוא הנתון, שמדינת ישראל הינה מדינה בת קיימא ושאינן להרהר אחרי המשכיותה ונצחיותה, כי אז ברור שדין זה חל גם על הפירוש שיש לתת לאותה הוראת חוק, הקובעת את המוסד השלטוני, אשר למען בחירתו מתקיימות הבחירות הנדונות, הלא היה ההוראה הבאה בסעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת, ואשר לשונה היא: "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה". הדיבור הזה מה כוונתו אם לא למוסד המורכב מהנציגים שנבחרו על ידי כלל האזרחים ואשר מתפקידו לשקוד, באמצעות הממשלה הנושאת באחריות כלפיו, על הבטחת קיומה של מדינת ישראל ושלמותה, ואשר מכל מקום השאלה, אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושליטת ריבונותה, ואם לאו - שאלה זו אינה יכולה כלל לעלות על סדר יומו: שהרי עצם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חזונו ואת האני מאמין שלו.

השופט זוסמן הזכיר בחוות-דעתו את ניסיונה המר של רפובליקת ויימר ואת מעלליה של גרמניה הנאצית, ובין השאר מצאנו אותו מדבר על זכותו של אדם לסרב למבקשים להורגו (שם, 390):

... כדרך שאדם אינו חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקה מן המפה, שופטיה אינם רשאים לשבת בחיבוק ידיים ולהתיימש מהעדר דין פוזיטיבי שבעל דין מבקש מהם, שיושיטו לו יד עזר כדי להביא את הקץ על המדינה. כיוצא בזה גם רשות אחרת מרשויות המדינה אינה צריכה לשמש מכשיר בידי מי ששם לעצמו את חיסול המדינה כמטרה, ואין לו - אולי - מטרה אחרת זולתה.

49. פסק-הדין בפרשת ירדור מהווה דוגמה מובהקת להכרה בערך ההישרדות והקיום כערך עליון בחייה של מדינה. בחייו של הפרט הוכר ערך זה מכבד. כך, למשל, בדין העונשין הוכר ערך זה בזכות ההגנה העצמית, בהגנת הצורך ובהגנת הכורח:

סעיפים 34, 34 ו- 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. לאמיתם של דברים, אימץ החוק אל חיקו את האינסטינקט שבאדם, בידעו כי מוטב לקיים את האינסטינקט ולקבוע לו גדרות מאשר לדחותו או להתעלם ממנו ולהיווכח כי אנשים אינם מקיימים את החוק. גם ההלכה נתנה דעתה לא אחת לערך העליון של יצר ההישרדות והקיום, ועשתה אותו אב-יוצר של זכויות וחובות במשפט. ראו, למשל, דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 102; ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 723. כל כך בחיי היחיד. פרשת ירדור למדה מן היחיד לחייה של ישראל, הנדרשת להגן על ביתם הלאומי של היהודים מפני הקמים עליו. הנה-כי-כן, קיומה של המדינה הוא נתון שאין מערערים עליו - אכסיומה הוא - לפעילותן של רשויות השלטון, וגם באין הוראה חרותה בחוקה או בחוק אין סמכות וכוח לרשות מרשויות השלטון - בהן הכנסת - "לבטל" את המדינה. להשלמה נזכיר, כי למיצער לעניין אי הכרה ברשימות מועמדים לכנסת, סירב בית-המשפט העליון להחיל את הילכת ירדור - על דרך ההיקש ההילכתי - על רשימת מועמדים שמצעה היה מצע גזעני: ע"ב 3,2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225.

לעניין שלילת קיומה של המדינה, אפוא, נדרש בית-המשפט לסמכות הטבועה שבו, ומחליט הוא לפסול רשימת מועמדים בבחירות לכנסת חרף היעדר הסמכה מפורשת לכך בחוק. הכוח המניע את בית-המשפט ליטול סמכות זו לעצמו הוא הערך של ההישרדות והקיום הטבוע ביצור החי ובמדינה אף-היא.

50. האם יחול אותו עיקרון גם על היותה של ישראל "מדינה דמוקרטית"? על היותה של ישראל "מדינה יהודית"? האם גם אלה - בצד שלילת קיומה של המדינה - עשויים לשמש כלי אופרטיבי בידנו לפסילה, חרף היעדרה של הוראה מפורשת לכך בחוק? ככל שהמדובר הוא בפסילתן של רשימות מועמדים לכנסת, הסדיר המחוקק את הנושא בהוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. ואולם מה באשר לחוק הכנסת שאין עניינו פסילתה של רשימת מועמדות בבחירות? ובכן: "מדינה יהודית", "מדינה דמוקרטית": המוסמכת היא הכנסת לחוקק חוק החותר תחת אחד משני עיקרים אלה הבונים את המדינה?

51. המישטר בישראל הוא מישטר דמוקרטי, ובחסותו של מישטר זה נבחרה הכנסת לכהן כרשות המחוקקת. הכנסת היא, אמנם, הרשות הנעלה מבין הרשויות, ואולם רשות עליונה היא, כפי שהערנו בדברינו למעלה, במיסגרת המישטר הדמוקרטי. המישטר הדמוקרטי (וכמותו עקרון יהודיותה של המדינה) הוא המעטפת שבתוכה ועל פי כלליה פועלות כל רשויות השלטון: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. אך

מובן הוא כי אין רשות מרשויות השילטון רשאית ומוסמכת לפרוץ אל-מעבר למעטפת, לפגום במעטפת או לנקב אותה. וכדברי הנביא ישעיהו (פרק י, טו):

הִתְפָּאֵר הַגֶּרֶזֶן עַל הַחֶצֶב בּוֹ  
אִם-יִתְגַּדֵּל הַמְּשׁוֹר עַל מְנִיפּוֹ

היחס בין המעטפת לבין חוקי-היסוד והחוקים מן-המניין הוא, בהתאמה, כיחס בין החוצב לבין הגרזן או כיחס שבין מניף המשור לבין המשור. ואמנם, אין זה מסמכותן ואף אין זה מדרכן של רשויות השילטון - ובהן הכנסת - לפגוע בעיקר מאותם עיקרים המהווים תשתית לחיי המדינה, לפגום בעיקר מעיקרי הדמוקרטיה. ואם עברה הכנסת את קו הגבול התוחם את סמכויותיה, חובה היא המוטלת על בית-המשפט להעמיד דברים על מכונם, קרא, להורות על היותה של חקיקה פלונית חקיקה בטלה מעיקרה.

52. כיום נחרת העיקרון הדמוקרטי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, ואולם עקרון-יסוד זה שלט בנו עוד לפני היות חוקי היסוד. כך באשר להיותה של ישראל "מדינה דמוקרטית" וכך באשר להיותה "מדינה יהודית". גם עיקרון זה גם עיקרון זה היו בבחינת נורמות תשתית לקיומה של המדינה, שבהיותן מתקיימת המדינה ופועלת ובהיעדרן אין המדינה עוד אותה מדינה. וגם זכויות היסוד של היחיד המנויות בחוקי-היסוד אינן, בעיקרן, אלא בנות לערכים נעלים כערך הקיום וההישרדות. שכן כבוד האדם ניתן לקיימו רק אם האדם עצמו קיים. ואף לא לאחת מרשויות המדינה ניתנה סמכות "לבטל" את המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. הוא שאמרנו בדברינו למעלה: הגרזן לא יתפאר על החוצב בו והמשור לא יתגדל על מניפו. אכן, חובה ראשונה במעלה חב השופט לחוק החרות, אך "חב הוא חובת נאמנות גם לדין הבלתי-חקוק, גם לעקרונות המונחים ביסוד השלטון הדמוקרטי": ח' כהן, "פרשנות נאמנה - תלתא משמע", משפטים ז' (תשל"ו-1976), 5, 8. ובהתנגשות בין החוק החרות לבין "העקרונות המקודשים של הדמוקרטיה ושל חירויות האדם" (שם, 8-9) יידחה החוק החרות מפני אותם עקרונות. ועוד: "מעשה חקיקה שיסתור את עקרונות העל של החברה הישראלית לא יעבור את ביקורת בתי-המשפט. כך אחרי חקיקתם של חוקי-היסוד וכך גם לפני חקיקתם" י' אדרעי, "מהפכה חוקתית האמנם?" משפט וממשל ג (תשנ"ו-1996) 453, 458. ראו עוד את דברי השופט ברק בפרשת תנועת לאו"ר (בטרם היות חוקי-היסוד): בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד (3) 529, 554. כך אף דברי המחבר ברק בספרו פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית, 632:

טול, למשל, מקרה בו הכנסת מחוקקת חוק המבטל את הדמוקרטיה ומכונן משטר דיקטטורי. נראה לי, כי בנסיבות חריגות ויוצאות דופן אלה שקשה להעלותן על הדעת, בית המשפט יוכל - מבחינתו של הקונצנזוס החברתי בישראל - להכריז על החוק כבטל. המחוקק הוא אורגן של העם. הוא נבחר במשטר דמוקרטי, והוא מניח את המשך קיומו של משטר זה. הכנסת אינה "מוסמכת" לבטל את הדמוקרטיה; היא אינה רשאית לכרות את הענף עליו היא יושבת. נראה לי, שהכרזה שיפוטית, כי החוק המבטל את הדמוקרטיה בישראל בטל ומובטל, תשקף את הקונצנזוס החברתי שלנו. על כל פנים, היא בוודאי תשקף את הקונצנזוס החברתי היום.

כך יהיה אם יפגע חוק הכנסת אנושות באחת משלוש אונות השילטון; למשל, אם חוק יורה על חסימת הדרך לפניה לבית משפט. כך יהיה, אם תבקשנה הכנסת או הממשלה לבטל או לפגוע אנושות ב"יהודיות" המדינה. עיקרי הדמוקרטיה ועקרון יהודיות המדינה, גם זה גם זה, היו בבחינת אכסיומות לקיומה של המדינה, והילכת ירדור תחול עליהם. לענין זה אמר השופט ברק בפרשת ניימן (שם, 305), כי "סמכות השליטה [של רשימת מועמדים בבחירות לכנסת בהיעדר חקיקה מפורשת] קיימת, הן לענין מצע השולל את עצם קיום המדינה והן לענין מצע השולל את אופייה הדמוקרטי של המדינה". ואולם סייג הוסיף השופט ברק לאמירתו זו, והוא: "אך הפעלת הסמכות בשני המקרים גם יחד עילתה חייבת שתהא, כי קיימת אפשרות סבירה של הוצאת 'האיום' מהכוח אל הפועל". אכן, בשל "היעדרה של הסכמה לאומית באשר לתוכנם של עקרונות היסוד של החברה בישראל" עשוי להתגנב חשש אל-לב כי ביטול הוראות-חוק אלו ואחרות יכול שייתפש בציבור "כניסיון לכפות את תפיסת עולמו של השופט, שכלל אינה מבטאת הסכמה לאומית רחבה" (רובינשטיין ומדינה, 62); ואולם משיימצא לו לבית המשפט כי דבר-חוק פלוני נוגד עיקר מעיקרי התשתית של המדינה - בהם המישטר הדמוקרטי או יהודיותה של המדינה אשר מצאו מעגן ברור ומפורש בחוקי היסוד - לא יוכל בית המשפט לעמוד מנגד. ראו עוד והשוו: 'דותן, "חוקה למדינת ישראל? - הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'", משפטים כ"ח (תשנ"ז-1997), 149, 150; רובינשטיין ומדינה, 61-65.



53. בארצות הברית של אמריקה חיה לה עדה הקרויה עדת האימיש (Amish). עדה-דת זו שורשיה במאה השש-עשרה באירופה, וזה כשלוש מאות שנה חיה היא את חייה בנפרד ובנבדל מהאוכלוסייה הכללית. במדינת ויסקונסין, אחת ממדינות ארה"ב שבהן מתגוררת העדה, היה חוק שחייב הורים לשלוח את ילדיהם לבית-ספר ציבורי או פרטי עד גיל 16, אך בני האימיש סירבו לשלוח את ילדיהם - בגילאים 14 ו-15 - ללמוד כנדרש על-פי החוק. על-כך הועמדו ההורים לדין, ולהגנתם טענו לפגיעה בזכותם החוקתית לחופש הדת. לטענתם, בשולחם את ילדיהם לבית ספר (שאינו של העדה) מסכנים הם - על פי אמונתם הדתית - את גאולתם-שלהם ואת גאולת ילדיהם. לדבריהם, מיצוות הדת שלהם היא לחיות בקהילה בנפרד ובנבדל מהעולם ומהשפעות העולם. שאיפתם היא לחיות חיי פשטות הדוחים רדיפה אחרי הצלחה ותחרות, ומטרתם היא לבודד עצמם מהעולם המודרני. עניינם זה של בני כת האימיש עבר כמה וכמה ערכאות עד שהגיע לבית המשפט העליון של ארצות הברית: *Wisconsin v. Yoder 406 U.S. 205, 92 S.Ct. 1526 (1972)*. וכך מתאר בית המשפט את אופייה של כת האימיש : (406 U.S. 210, 217; S.Ct. 1530, 1534)

As a result of their common heritage, Old Order Amish communities today are characterized by a fundamental belief that salvation requires life in a church community separate and apart from the world and worldly influence. This concept of life aloof from the world and its values is central to their faith.

.... [T]heir religious beliefs and what we would today call "life style" have not altered in fundamentals for centuries. Their way of life in a church-oriented community, separated from the outside world and "worldly" influences, their attachment to nature and the soil, is a way inherently simple and uncomplicated, albeit difficult to preserve against the pressure to conform. Their rejection of telephones, automobiles, radios, and television, their mode of dress, of speech, their habits of manual work do indeed set them apart from much of contemporary society; these customs are both symbolic and practical.

זו השקפת עולמם של בני כת האיימיש, וחששם הוא כי חינוך ילדיהם בבתי-ספר כלליים יפגע בערכים שהם מאמינים בהם. לא עוד, אלא שחינוך ילדיהם בבתי הספר הכלליים, כך חוששים הם, עלול לקרוע אותם מעל הקהילה, גם באורח פסי גם באורח נפשי.

נמצאנו למדים, כי כת האיימיש היא בבחינת "עם לבדד ישכון ובגויים לא יתחשב". בני-העדה חיים את חייהם בנפרד, בתוך-תוכם, קשריהם עם החברה סביבם הם מיזעריים, ומבקשים הם לחנך את ילדיהם בדרכם. יתר-על-כן: לא זו בלבד שכת האיימיש חיה את חייה כיחידה נפרדת ובאורח הרמטי מן החברה סביבה, אלא שחבריה דוחים כל עזרת-רווחה (public welfare) של המדינה הניתנת בכל דרך שהיא.

בית-המשפט העליון של ארצות הברית החליט כי מפאת ייחודיותם ומיוחדותם ראויים הם בני כת האיימיש שחובת החינוך מעל גיל 14 לא תחול עליהם.

54. במובנים מסוימים דומים הם בני כת האיימיש לנטורי-קרתא של ימינו, ולו דיברנו בנטורי-קרתא הייתי פוסק כדברו של בית-המשפט בארצות הברית. ואולם לא בהם ענייננו. בענייננו-שלנו מדברים אנו בבני-ישיבה שהם ומשפחותיהם חיים, אמנם - ברובם - בשכונות משלהם ובנפרד מן החברה החילונית והדתית-לאומית, אך בה-בעת מהווים הם חלק אינטגרלי של החברה בישראל. בוחרים הם לכנסת ולרשויות המקומיות; נציגיהם יושבים בכנסת, במועצותיהן של רשויות מקומיות ובמשלה; אנשיהם משמשים פקידים בכירים בממשל המרכזי והמקומי; משולבים הם ברשת הבריאות הממלכתית; זוכים הם להטבות כספיות ולהטבות אחרות מן המדינה ומן הרשויות המקומיות. אכן, חוטים רבים מאד, גלויים וסמויים, מתוחים בין בני-הישיבה ובני משפחותיהם וקהילתם לבין המדינה, מוסדות המדינה והחברה בישראל. אין הם כאותם אנשי כת האיימיש - שאין רואים אותם במימשל ואין הם נהנים ממנעמי-שורה - ואין הם כאותם אסקימואים החיים את חייהם במרחבי הקרח.

נציגיהם של בני-הישיבה יושבים בכנסת ומחוקקים על כל נושאים של החברה בישראל, קרא: קובעים הם אורחות חיים לכל, כגר כתושב; מסיבים הם אל שולחן המימשל - המימשל המרכזי והמימשל המקומי - ומחליטים הם על סידרי-עדיפויות בכלכלה, בבניה, בתשתית, בחינוך; כן קובעים הם לאן יופנו תקציבים - בין השאר אליהם. ועל כל אלה: דעתם יכולה שתכריע בנושאי שלום ומלחמה ובשילוחם של אחרים למלחמה.

בעשותם את שהם עושים, וכפי שהם עושים; בתובעם לעצמם את שהם תובעים; ובקבלם את שהם מקבלים; הוציאו עצמם בני העדה מרשות היחיד שלהם ובאו אל רשות הרבים. שלא כבני כת האימיש אשר נשאר ספונים ברשות היחיד, בני העדה סמוכים אל שולחן הקהל וזוכים הם להטבות מלוא-הטנא. ומי שיצא אל רשות הרבים ונהנה משררה ומהטבות ליחיד, חייב לנהוג כפי שנוהגים ברשות הרבים ולחוב בחובות שהרבים והיחיד חבים בהם. על רשות היחיד ורשות הרבים הרחבתי במקומות אחרים, ומהתם להכא. ראו: בג"ץ 3872/98 מיטראל נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז (5) 485, 507-508; בג"ץ 5016/96, 5025, 5090, 5434 ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא (4) 1, 142-146.

55. על רקע כל אלה, היכול מי להעלות על דעתו - בכנות ובאמת - כי בני אותה עדה שתורתם-אומנותם - והם רבבות רבבות - לא ישרתו כלל בצבא? הנקבל כי נציגי העדה יחליטו עבור זולתם - עבור כולנו - בשאלות של חיים ומוות; בשאלות של חינוך ושל איכות חיים; כי ייהנו מהטבות כספיות של הכלל; אך את תרומתם לכלל לא יעלו? השאלה שאלה והתשובה בה.

ולענייננו

56. חוק דחיית השירות - העומד הוא במיבחני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? חברי הנשיא ברק קובע כי לעת הזו כִּשְׁל החוק במיבחן, ולו חוייבנו להחליט היום על גורלו כי-אז סובר הוא שנכון היה להכריז על בטלותו בשל היעדר קשר רציונלי בין מטרותיו לבין האמצעים שנקבעו בו להגשמת אותן מטרות. ואולם, מיבחנו של החוק, כך סובר הנשיא ברק, אינו אך בהסדרים העקרוניים שקבע אלא "בהגשמתו הלכה למעשה. מבחנו הוא בשינוי החברתי שיושג בפועל". וכך, הואיל ומתוך חמש השנים (הראשונות) שנקבעו לחוק נותרו עוד כשנה ומחצה; ובשים לב למחדל הממשלה להעמיד את "השירות האזרחי" כאפשרות זמינה לפני בני הישיבות; יש לאפשר לחוק למצות את חמש השנים (הראשונות) ולהוכיח כי יתקיים קשר רציונלי בין מטרות החוק לבין האמצעים שנבחרו להגשמתן, בראשם "שנת ההכרעה".

57. צר לי, אך לא אוכל לצרף חתימתי לחוות-דעתו של חברי. לדעתי, נגוע החוק מלידתו בפגם גנטי, ופגם מעין-זה לא ניתן לא לריפוי ולא לתיקון. ראשית לכל, לא מצאתי כל הצדק שבעולם לאותן זכויות-יתר מפליגות שהחוק מעניק לבני ישיבה, בהעדיפו אותם על צעירים שאינם בני ישיבה. הפגיעה בעקרון השוויון היא כה קשה

וכה עמוקה עד שנתקשיתי להבין כיצד זה ניתן להצדיקה. הנה הן, למשל, ארבע שנות דחייה הניתנות לבן-ישיבה על מגש של כסף, בעוד שאין הן ניתנות - לא כולן אף לא חלקן - למי שאינו בן-ישיבה. לו, למשל, בתום ארבע שנים היה צעיר שתורתו אומנותו מתגייס לצבא ככל צעירים בני-גילו שאינם בני ישיבה, יכול הייתי להבין את ההסדר. לו בתום שנת ההכרעה היה בן ישיבה חייב להתגייס לצבא ככל צעירים בני גילו שאינם בני ישיבה, יכול הייתי להבין את ההסדר. ואולם דחיית שירות מכוח החוק למשך ארבע שנים; דחייה נוספת ל"שנת הכרעה", גם זו מכוח החוק; ולאחר כל דחיות אלו יכול הצעיר לחזור לתורתו אומנותו? הסדר זה הסדר בלתי נתפש הוא, ומכל בחינה רציונלית וראויה שהיא. ומדוע יחוב בן-ישיבה רק בשנה אחת של "שירות אזרחי" תחת שלוש שנות שירות שצעירים אחרים חבים בהן? אכן, גם אם תימלאנה כל מישאלות ליבם של המבקשים את טובתו של החוק, אתקשה לקבל שהחוק - כלשונו וכרוחו - עומד במיבחני התשתית של היהודיות והשיויון הממלכתי הנגזר מן הדמוקרטיה.

58. ועל כל אלה: כפי שראינו למעלה, יצר הקיום וההישרדות שבאדם ובלאום, נתגלגל בערך של קיום והישרדות; וערך הקיום וההישרדות ערך נעלה הוא, אפשר הנעלה בערכים. לא אדם ולא אומה יקרבו מרצונם את צווארם לשחיטה. וכדי שהיחיד והאומה לא יעמדו אל-מול הצר המשחית באין הגנה, הוקם צבא הגנה לישראל. קיומו של הצבא וההרתעה הנלווית לקיומו, הם המגינים עלינו מפני צר ואויב, פשוטם של דברים כמשמעם. והנה באה הכנסת ופוטרת עשרות-עשרות אלפים של בני ישיבה משירות בצבא. הנקבל זאת ונחריש?

59. נודה על אמת, והיא אחת: עיקרו של חוק דחיית השירות הוא - כניסוחו על פניו - שמקבע הוא בחוק הכנסת זכות לבני ישיבה שלא לשרת כלל בצבא. החוק מכיר מפורשות בזכותם של בני ישיבה שלא לשרת בצבא וחותרם הוא זכות זו בטבעת המלך. עד לפרשת רובינשטיין, היה זה הסדר מינהלי שאיפשר לבני ישיבה שלא לשרת בצבא. ומשפסלה הילכת רובינשטיין אותו הסדר כהסדר העומד בניגוד לעקרונות יסוד במישטר דמוקרטי של הפרדת הרשויות וביזור סמכויות, נתעשתה הכנסת והעניקה להסדר אי-השירות בצבא גושפנקה של הממלכה. "שנת הכרעה", והיא היהלום שבכתר חוק דחיית השירות, אינה אלא אבן זכוכית המתחפשת ליהלום. ביצועו של החוק עד עתה היה כה דל וכה חסר משמעות, ואין זו אלא תמימות לייחס קֶשֶׁל זה להיעדר הסדרים שעשתה הממשלה בעניינה של שנת השירות האזרחי. ומכל מקום, נחזור ולא נלאה: מה-טעם שנה אחת בלבד בשירות אזרחי תחת שלוש שנות שירות בצבא?

60. יצר הקיום וההישרדות של היחיד ושל הלאום היהודי בישראל הוליד את צה"ל, וצה"ל נועד - כשמו - להגן על המדינה. יצר הקיום וההישרדות נתגלגל בערך של הקיום וההישרדות, וערך זה הוליד מצידו את הילכת ירדור. והנה עתה באה הכנסת ובחקיקה מפורשת מתירה היא שלא לגייס לצבא עשרות עשרות אלפי בני ישיבה שתורתם אומנותם. כמעשה זה שעשתה פגעה הכנסת עמוקות בערך הקיום וההישרדות. נזכיר את דבריו של ראש הממשלה בן-גוריון על אותה אם שפולָה, ומי שעינו לא תדמע אינו בן הארץ הזו. אל יישכח מאיתנו כי מדברים אנו ביקר לנו מכל - בחיים. בחיים ובחדלונם. ואם בכך אין די, הנה באותו מעשה עצמו פגעה הכנסת גם ב"יהודיות" המדינה גם בעיקר השיויון הנגזר מן הדמוקרטיה. אכן, חוק דחיית השירות לא יסכון.

61. ישאל השואל: אם יוכרו החוק בטל - מה יהא לאחר מכן? היעלה על הדעת כי עשרות אלפי צעירים יגויסו לצבא בעל-כורחם? אלא ששאלה זו אינה כלל שאלה לגיטימית. נניח שאין, אמנם, בכוחה או ברצונה של המדינה לגייס בכפיה עשרות אלפים של חייבי-גיוס שאינם ממלאים את חובתם. האם תחזית זו תִּכְפֶּה את רוחנו מאמור את האמת? מעשות צדק ומשפט? מהכריז על חוק להיותו חוק בטל? שהרי לא יעלה על הדעת כי ניכנע למי שמפירים את החוק. שאם ניכנע להם, תהא זו תחילת סופה של הדמוקרטיה במדינת ישראל. יש לה למדינה אמצעים מתאימים להביא לקיום החוק, אם אך תבקש ברצינות לקיימו. כך, למשל, אתקשה להבין כיצד זה מי שאינו ממלא את חובתו למדינה זכאי בה-בעת ליהנות ממענקי מדינה. אך פשוט הוא בעיניי, שהמתחמק מחובתו כלפי הכלל לא יזכה בטובות הנאה מן הכלל.

על מוסר חברתי ועל מוסר אישי

62. בפרשת רובינשטיין החלטנו כי אין לו לשר הביטחון סמכות נורמטיבית-כללית להעניק פטור משירות בצבא. לא עוד אלא שאסור כי תהיה בידו, או אף בידי הממשלה, סמכות מעין-זו לקבוע הסדרים ראשוניים. החלטתו זו של בית המשפט ייסדה עצמה לא אך על פירושו של חוק במובנו המצומצם של מושג הפרשנות. החלטה זו נגזרה מן המוסר החברתי והבין-אישי של החברה בה אנו חיים. החיזיון של דחיית שירות ופטור משירות בצבא הניתנים למי שתורתם-אומנותם מלווים את המדינה מאז היותה. אלא שבעוד אשר בימים ראשונים של המדינה, ואף בימים שלאחר ימים ראשונים, באו הפטור-דחיה לשמירה על נר-התורה שלא יכבה, ותופעה היתה שולית וזניחה (יחסית) - בתחילה 400 פטורים-דחיות ולאחר מכן 800 פטורים-דחיות - הנה מאז שנת 1977, שעה שהגבולות נפרצו ובטלה ה"מיכסה", נתעצם החיזיון והפך תופעה חברתית של-

ממש. הפטור-דחיה היו כאפיקים בנגב. תחת 400 דחיות-פטורים כבתחילה זוכים היום בדחיות-פטורים למעלה מ 45,000 צעירים, והיד עוד נטויה. ואם בתחילה דובר על הצורך הדוחק לנסות ולהבעיר את הגחלת שכבתה - להחיות את לימוד התורה לאחר חורבן הישיבות בשואה הנוראה - הנה בשנים האחרונות אין עוד מדברים על-כך. אכן, כפי שכבר אמרנו, ספק אם בסורא, בפומבדיתא ובנהרדעא למדו בעת ובעונה אחת כה הרבה תלמידים כבישראל דהאינדא.

63. חובת שירות בצבא-העם אינה אך חובה אזרחית. מיצווה היא, מיצווה שיש לקיימה. והנה, ניגלה לעינינו כי בני-ישיבות נפטרים מעולה של חובה בשירות הכלל בעוד אשר צעירים בני-גילם, שאינם בני-ישיבות, משרתים את הכלל שנים על-גבי שנים: שלוש שנים (למיצער) בשירות סדיר ושנים רבות לאחריהן בשירות מילואים. לעת הצורך ייצאו למלחמה, ויש מהם שלא יחזרו לביתם. תחושת ההפלייה בין אלה לאלה היא כה חריפה, כה מרגיזה ומכעיסה, עד שיקשה לתארה במילים.

החברה בישראל - כמוה ככל חברה אחרת - מבוססת על אמנה בין בנותיה ובניה, ובאמנה חקוקות זכויות וחובות. אין זכויות בלא חובות כשם שאין "תן" בלא "קח". זכויות תבואנה בצמוד לחובות ו"תן" יבוא בצמוד עם "קח". "גם את הטוב נקבל מאת אלוהים ואת הרע לא נקבל?" (איוב ב, י). גריזים יבוא עם עיבל ומי שלא יישא בעול לא ייהנה מזכויות.

64. אכן, לא נוכל להעלים עין מן הפגם המוסרי הכבד שדבק בפטור-דחיה הניתנים לבני-ישיבות מעשה-שיגרה. הנשיא שמגר סבר בזמנו כי הסדר הדחיה-פטור "איננו בלתי חוקי" - ובכך אין אנו שותפים לדעתו - אך בה-בעת לא נרתע מהוקעתו כבלתי מוסרי ביסודו. וכלשונו בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441, 513:

ההסדר הקיים בדבר שחרורם משירות צבאי של חלק מבחורי הישיבה (לעומת בחורי ישיבה אחרים אשר משרתים ושירתו בכל מערכות ישראל יחד עם כל יוצאי הצבא) אמנם איננו בלתי חוקי, אך מן הבחינה העניינית הוא, לדעתי, בלתי מניח את הדעת, וקשה להשלים עימו. הוא מעורר שאלות נכבדות בתחום המוסר הציבורי והאישי גם יחד, שאלות הנותרות ללא פתרון. דברים אלו נאמרים כאן גם כדי שהתוצאה המשפטית לא תטשטש את השיפוט הערכי, הלאומי והאנושי, המקנן בעניין זה, לפי הערכתי, בלבו של חלק נכבד מן הציבור. (ההדגשה במקור - מ' ח')

האמנם פס ונעלם מחיינו המוסר החברתי והאישי?

סוף דבר

65. חוק דחיית שירות פורסם ביום 1 באוגוסט 2002, וכהוראת סעיף 16(א) בו, קצב לו המחוקק חמש שנות חיים מיום פירסומו. החוק אמור לפקוע אפוא ביום 31 ביולי 2007, דהיינו, בעוד כשנה ושלושה חודשים. כהיום הזה, לעת פירסומו של פסק-הדין, עברו כשלוש שנים ותשעה חודשים מתוך חמש שנות חיי של החוק, ולא שמענו כי נעשו מעשים של ממש ליישומו. ביצעו של החוק הלכה למעשה שאף לאפס. כיצד כך, ישאל השואל: והרי היום קצר והמלאכה מרובה ובעל הבית דוחק? אלא שהחדלים לעשות יודעים היטב את אשר לפניהם. ברוח הנבואה ששרתה עליה חזתה הכנסת היטב את אשר יארע לאחר חקיקתו של החוק, ועל-כן העניקה סמכות לעצמה להאריך את תוקפו של החוק עוד ועוד. וכלשונה של הוראת סעיף 16(ב) שלחוק:

16. הוראת  
שעה

(ב) הכנסת רשאית, בהחלטה, להאריך את תוקפו של חוק זה לתקופות נוספות, שלא יעלו על חמש שנים כל אחת; דיון בהארכת תוקפו של החוק יתקיים בכנסת לא יאוחר מששה חודשים לפני תום תוקפו.

אני נוטל היתר לעצמי ואני מְעֵז לומר כי בחלוף כארבע וחצי שנים מאז פירסומו של החוק, דהיינו, בסופה של שנת 2006 או בתחילתה של שנת 2007 - וכהוראת סעיף 16(ב) סיפה לחוק - ייערך בכנסת דיון בהארכת תוקפו של החוק, והממשלה תבקש את הכנסת להאריך את תוקפו של החוק בשנה, בשלוש שנים, בחמש שנים. ובחלוף אותה תקופה יחזור ההליך על עצמו. לשונו של החוק לשון מפורשת היא, והרי עומדת לה לכנסת סמכותה להאריך את תוקפו של החוק לתקופות נוספות עוד ועוד. ומה יאמר אז בית-המשפט הגבוה לצדק?

66. אם דעתי תשמע כי אז עשינו את הצו על-תנאי מוחלט והיכרזנו על בטלותו של חוק דחיית שירות מעיקרו.

67. קראתי את חוות-דעתם של חבריי הנשיא ברק, השופט לוי, השופטת פרוקצ'יה והשופט גרוניס, וביקשתי לומר על חוות-דעת אלו דברים אחדים.

אשר לחוות-דעתו של חברי הנשיא ברק

68. אסכים עם חברי בכל לב כי שומה עלינו לעשות כמיטבנו ולהכריע בשאלות הבאות לפנינו להכרעה תוך שאנו נעים-נדים בגידרי טקסטים כתובים שהרשויות המוסמכות ציוו בצווים, התקינו בתקנות, חוקקו בחוקים או בחוקי-יסוד. ידענו מכבר כי עיקר תפקידנו כשופטים הוא לעשות במיסגרת הדין, כי הוטל עלינו לקרב את הדין החרות והבלתי חרות לחיים. פרשני החיים אנו, ואולם כשופטים נמלא את המשימה שהוטלה עלינו רק אם נעשה כיכולתנו וכמיטבנו שלא לחרוג מן המעטפת שהמושג "חוק ומשפט" חרות עליה. כך על דרך הכלל, ובוודאי כך לעת שמציגה עצמה לפנינו להכרעה שאלה אם חוק פלוני - כולו או מיקצתו - נחקק בחריגה מסמכות. כל אלה קושט אימרי אמת הם. ואולם אין הם כל האמת. ענייננו כולנו הוא בעיקרים שעליהם מיוסדים הדמוקרטיה והמשפט - בַּתוֹךְ, במהות, בחומרים המזינים את הנורמות שבמשפט בשורשיהן, בעיקרים הנותנים רוח-חיים באותן נורמות. אותם חומרים, אותם עיקרים המהווים את הלז - לא בחוקי היסוד ימצאו הם לנו. חוקי-היסוד, אין הם אלא מניפסטציה, ביטוי חיצוני - אפליג ואומר: ביטוי חִינוּךְִין משהו - לערכי-עומק, להשקפות עולם, לאורחות חיים, לתכנים הממלאים את החוקים עד שפתם. תפקידנו כשופטים הוא, ידענו כולנו, לשחרר לאוויר העולם אותן אמיתות האצורות בחוקי-היסוד, וגם לגלות לכל וליישם אותם ערכים שחברתנו בנויה עליהם. לכל אלה נסכים בוודאי כולנו איש לא ייעדר.

69. ועוד נסכים כולנו, כי לעת פירושו של חוק לא נותר לחרוג מלשונו. הלשון, הכתובה והמדוברת, היא-היא אמצעי הקשר בינינו לבין עצמנו, ואם נחרוג מן הלשון יתקיים בנו מעשה מגדל בבל. ראו והשוו: ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ (3) 133, 172 ואילך; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589, 639 ואילך; דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב (3) 1, 97-98. ומה האלקטרון הותר לנוע אך במעטפת האטום, כן אנו השופטים הותרנו לנוע אך במעטפת הלשון, מכל מקום כל עוד מבקשים אנו באמת ובתמים לפרש דבר חוק חרות, ולו במובנו הרחב



של מושג הפרשנות. החוק החרות, המילה הכתובה והנאמרת, יפורשו על-פי הגיונם ותכליתם: נְמַצָּא את חידתם, נפצח את הצופן שיצרם, נגלה את סודם, ואולם לעולם - לעולם - ננוע במעגלותיהם, לא נחרוג מהגדרים שהלשון הציבה סביבם. וגם לכך, דומה, נסכים כולנו.

70. ומה נעשה במקום שהמילה הכתובה צרה מהכיל את הערכים הראויים? לפיתרונה של קושיה זו דרכים שונות, ולענייננו עתה אין צורך שנעמיק בהן חקר. המשימה שהוטלה עלינו עתה היא להציב גבולות, במיגזר מסויים, סביב מושג כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובנושא זה נלוש.

71. חברי הנשיא סובר כי מושג כבוד האדם פורש עצמו על השיוויון "עד כמה שיש בו ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה". סברתי וקיבלתי. אכן, יש בו בפירוש זה כדי להחליף מושג עמום אחד במושגים עמומים אחדים - אם תרצו, תחת אשר נפרש מושג אחד בעל "ריקמה פתוחה", נפרש מעתה שלושה מושגים בעלי "ריקמה פתוחה" כל אחד: אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, חופש הפעולה - ואולם אסכים שהתקדמנו בדרכנו להבנת מושג כבוד האדם. עתה הגיעה עת לבחון אם "כבוד האדם" של המתגייס לצבא - בין בפירושו כפשוטו בין בפירושו כהצעת חברי - נפגע אך באשר יש מביין האוכלוסיה מי שפטורים מן השירות. ילמדונו רבותינו: האם פטור משירות הניתן לבני-ישיבה פוגע באוטונומיית הרצון הפרטי של המתגייס? האם חופש הבחירה של המתגייס - במובנו הרגיל והאמיתי של מושג חופש הבחירה - נפגע אך באשר יש הנפטרים משירות בצבא מטעמים של תורתם-אומנותם? האם חופש הפעולה של המתגייס נפגע בשל פטור הניתן לבני-ישיבה? האם הלשון שאנו משיחים בה איש עם רעהו - ולו במתיחת פניה אל כל עבר - בכוחה להכיל פגיעה בכבוד בנסיבות כגון אלו? שאל אביך ויגדך, שאל בינך ויאמר לך, שאל חברך וישיבך. התשובה לשאלה היא, לדעתי, בשלילה נמרצת. אכן, הסוגיה של פגיעה בכבוד האדם היא, על דרך הכלל, ביחסו של השילטון אל היחיד, בפגיעה שהשילטון פוגע באוטונומיה של רצון היחיד, בחופש הבחירה או בחופש הפעולה שלו. לא כן בענייננו-שלנו, אלא אם כן נחל לשוחח בינינו בשפה שלא ידעתי.

72. לעניין זה, שלא בטובתי וכמעט שלא מרצוני, אין לי אלא לחזור ולצטט דברים שכתבתי במקום אחר, בשעה שסברתי כי אסורים אנו לפרש את המושג תום לב באורח אובייקטיווי, כביכול: רע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, פ"ד נה (1) 199, 253-254:

כל מילה, כל ביטוי בשפה ניתן לפרשם בצמצום וניתן לפרשם ברחבות, אף ברחבות-יתר. ואולם ככל שנרחיב ונוסיף ונרחיב נגיע לנקודה שבה יימתח קרום המעטפת עד לקצה-יכולתו. משהגענו לכאן, ואם נוסיף ונרחיב, יפקע הקרום והמילה או הביטוי יאבדו ממשמעותם הגרעינית ...

וכפי ששורר ת' ס' אליוט (Thomas Stearns Eliot) בקווארטט הראשון (Burnt Norton) של הפואמה Four Quartets:

Words strain,  
Crack and sometimes break, under the  
burden,  
Under the tension, slip, slide, perish,  
Decay with imprecision, will not stay in  
place,  
Will not stay still.

ובתרגומה של אסתר כספי (ת' ס' אליוט ארבעה קווארטטים (המעורר, 1999)):  
...מלים נדָרְכוֹת,  
נִסְדָּקוֹת, יֵשׁ וְנִשְׁפָּרוֹת, מִכְּבֹד הַנִּטָּל,  
מְעַצְמַת הַמְתַּח, מוֹעֲדוֹת, מַחְלִיקוֹת, אוֹבְדוֹת,  
נִמְקוֹת מְאִי-דִיוֹק וְלֹא יִפִּירֶן מְקוֹמָן,  
לֹא יִדְעוּ מְנוּחַ...  
וניזכר אף בשיחתה של אֵלִיס עם המפטי דמפטי, שיחה שנסבה על ענייני לשון:

"When I use a word", Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, "it means just what I choose it to mean – neither more nor less".  
"The question is", said Alice, "whether you can make words mean different things".  
"The question is", said Humpty Dumpty, "which is to be master – that's all" (Lewis Carroll *Through the Looking-Glass*, Ch.6).

ובתרגום לעברית:

"כשאני משתמש במלה", אמר המפטי דמפטי בנימה

של בוז ניכר, "מובנה הוא בדיוק המובן שאני בוחר

בשבילה – לא פחות ולא יותר".

“השאלה היא”, אמרה אליס, “אם אתה יכול לכפות על מלים מובנים כל-כך רבים ושונים”.

“השאלה היא”, אמר המפטי דמפטי, “מי כאן האדון – זה הכול”.

(לואיס קרול מבעד למראה ומה אליס מצאה שם (תרגמה מאנגלית ר' ליטוין, הספריה החדשה למנויים, מ' פרי עורך, 1999), פרק 6, עמ' 109-110).

“השאלה היא מי כאן האדון”. ובלשון המקור: “The question is”, said Humpty Dumpty “which is to be master – that’s all”. אשר לנו: בית-המשפט אינו ממציא השפה, ולא אנו ה”אדון” בלשונו של המפטי דמפטי. המושג תום-לב נבנה מסביב לגרעין של “תום-לב”, וסביבו של אותו גרעין יחוגו אירועים ומקרים הנמשכים אל מרכז הכבידה שלו. המשמעות הגרעינית היא שתקבע את תחום הפרישה של המושג. הכנסת אלמנט אובייקטיבי למערכת זו של תום-לב תשבש את הסדרים מעיקרם.

כך בתום לב וכך בכבוד האדם.

73. כך היה גם בפרשת פלוני נ' פלונית (לעיל), שעה שנדרשנו להחליט אם נורה על אימוצו של קטין חרף אי-הסכמתו של האב הביולוגי. כולנו היינו בדעה כי יש להורות על אימוצו של הקטין, אך דרכינו למסקנתנו המשותפת היו שונות. מיקצת מחבריי סברו כי מסכת העובדות המאוד-מיוחדת שנגולה נגד עינינו באה בגידרי עילת האימוץ של אי-מסוגלות הורית כהוראתה בסעיף 13(ב) לחוק האימוץ, תשמ”א-1981, ואילו המישנה לנשיא, השופט שלמה לוין, ואנוכי, סברנו כי דחיסת הפרשה שהיתה לפנינו לגידרי המושג של אי מסוגלות הורית יש בו מן המלאכותיות וחריגה מן הלשון. נזכרתי בפרשה זו בשל הדימיון שמצאתי בה לענייננו. שכן חברי הנשיא מבקש לדחוק אל תוככי המושג של כבוד האדם מסכת עובדות שאינה מתאימה כלל, לדעתי, לכבוד האדם, ואני שואל את עצמי: מדוע כך? אכן, בדרכו של חברי נִמְצָא במיסגרת המקובלת והמכובדת של חוק היסוד, ואולם במעשה פרשנות זה נפגע ונפגום, לדעתי, בלשון שהיא כה חיונית לשיח בינינו.

74. שלא כפירושו הרחב והנרחב של חברי הנשיא למושג כבוד האדם - שרואה הוא בו מושג הפורש עצמו גם על תופעות חיים שאינן עולות, לדעתי, ברישתו של כבוד האדם - קופץ חברי ידו בפירושו של מושג הדמוקרטיה. חוק דחיית שידות, לדעתו, אין הוא “פוגע בליבת הדמוקרטיה” (בפיסקה 74 לחוות-דעתו), ובהמשך: “הוא [החוק]

אינו שולל את תכונות המינימום הדרושות למישטר דמוקרטי" (שם). צר לי, צר לי מאוד, שכך מפרש חברי הנשיא את מושג הדמוקרטיה בישראל. עם ישראל לוחם בימינו לקיומו ולחירותו - עמדתי על כך בהרחבה בחוות-דעתי - ואם פטור משירות הניתן כיום ל- 45,000 ומעלה צעירים ("ועוד היד נטויה") - פטור שאליבא דכולנו אין לו הצדק ראוי ואשר על-פי החוק יכול הוא להימשך וללכת - אין הוא פגיעה ב"ליבת הדמוקרטיה", פגיעה בליבת הדמוקרטיה, מהי - לא ידעתי. וכי לצבא הצאר או לצבא השולטאן מבקשים אנו לגייס אותם צעירים בני-ישיבה? וכליבנו - ולא רק בליבנו - הרי יודעים אנו כי חוק דחיית שירות לא יקדם אותנו בדבר עוד שנים ארוכות, אם בכלל. וחדוש הוא בעיניי, חידוש מרחיק לכת, שהיהודי - ואנו על מושבנו, אנו הם היהודים האמיתיים - יסגיר למכה את לחיו השנייה.

75. חברי הנשיא מאמץ אל ליבו בחום (בפיסקה 40 לחוות דעתו) דברים שכתב חברנו השופט לוי בחוות-דעתו-שלו על מושג כבוד האדם, ודברים שכתבתי אנוכי על המיבנה שבנה הנשיא ייאמרו - בשינויים המחוייבים מן העניין - גם על הדברים שכתב חברנו השופט לוי. צר לי, אך מושג כבוד האדם כפירושי לחוק שונה הוא במאוד ממושג כבוד האדם של חברי השופט לוי - וכמסתבר עתה, שונה הוא גם ממושג כבוד האדם של חברי הנשיא - ותופעות חיים שחברי רואה אותן כתופעות של פגיעה בכבוד, לדידי אין הן מהוות כלל פגיעה בכבוד. חברי מרחיב את מושג הכבוד עד בלי-די, ולפירושו אתקשה להסכים. יתר-על-כן: חברי מפרש את תחושותיו של המתגייס לצבא כתחושות הזרות לי. הנה-כי-כן, האם המתגייס לצבא "מגלה כי לבחירותיו לא ניתן מישקל שווה לאלו של רעיו"? האם נפגע כבודו של המתגייס לצבא בהיווכחו לדעת "כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו"? האם המתגייס "מרגיש כי אינו זוכה להכרה"? וכו'. אכן, אם זה הוא כבוד האדם שבחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, אתקשה למצוא תופעת חיים בין בני אנוש שאינה מביאה עצמה אל תוכו של כבוד האדם. על כבוד האדם מעין זה ייאמר: כבודו מלא עולם. אלא שלא כבודו של האדם מלא עולם.

אשר לחוות-דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה

76. חברתי השופטת פרוקצ'יה מייסדת את חוות דעתה על הצורך להכיר בַּשׁוֹנָה ולכבדו, ועל ההכרה כי תהליך גישור על פערים חברתיים תהליך ארוך ומורכב הוא העשוי להתמשך זמן רב. כך כותבת היא (בפיסקה 4 לחוות-דעתה), כי "התהליך הדמוקרטי מתבסס על הכרה כי לא תמיד ניתן להשיג את תכלית השוויון בין קבוצות אוכלוסיה שונות על דרך פתרון של נוסחאות מוחלטות"; וכי "התהליך הדמוקרטי ...

טמון בהבנה עמוקה ... של המציאות החברתית על מורכבותה הגדולה, ובראייה כי השגת השוויון עשויה לחייב תהליך חברתי הדרגתי למציאת נקודות ההשקה בין חלקי האוכלוסיה השונים". עוד מוסיפה חברתי, כי המדובר בתהליך חברתי "ארוך טווח" ה"כרוך בדרך-יסורים, ואינו יכול להניב תוצאות ממשיות מיידיות" (בפיסקה 4 לחוות-דעתה); כי "תהליך הגישור ... אינו יכול להתרחש כבמטה קסם" (בפיסקה 7); ומוסיפה היא ומדגישה כי "אין נוסחת פלאים להגשמתו, זהו תהליך ארוך ומורכב" (שם). אלא שאם אכן אלה הם פני הדברים; אם אכן ניצבים אנו אל-מול תופעה חברתית ייחודית המחייבת אותנו לתהליך חברתי ארוך וממושך של גישור על פערים, תהליך הכרוך בייסורים לא-מעטים עד שנגיע אל היעד המקוּנה; אין לי אלא לתמוה כיצד זה שחברתי מסכימה להכרעת הדין כפי שנשמעה מפי חברנו הנשיא ברק - הכרעת דין הקובעת כי תהליך גיוסם של "תורתם אומנותם" אמור להסתיים תוך שנים ספורות שאם לא כן תהא הפגיעה בשוויון - פגיעה שגם חברתי מסכימה לה - פגיעה שאינה חוקתית. וכי סבורה חברתי כי מה שלא עשו חמישים ושמונה שנים תעשינה שנים ספורות בלא שנחתוך בדין?

77. זאת ועוד: חוששני כי חוות-דעתה של חברתי מייסדת עצמה על הנחות עובדה ועל תופעות חברתיות שאינן מדוייקות ואשר לא הוכחו לפנינו. חברתי מדברת בחוות-דעתה - לכל אורכה - על "הקהילה החרדית" ה"מתאפיינת במחוייבות עמוקה לעולם הרוח, האמונה והמסורת היהודית; בדבקותה הערכית בתורה, ובחובותיה, הבנויה על מורשת היסטורית בת אלפי שנים, לפיה ההתמסרות הטוטלית ללימוד התורה, וההעמקה בה, הם הכרח לקיומו הרוחני והפיסי של העם היהודי, ובלעדי זאת, צפויה היהדות לכליון" (בפיסקה 2 לחוות-דעתה). חברתי מניחה, כמסתבר, כי כל אותם המבקשים - והמקבלים - פטור משירות בצבא נמנים עם קהילה חרדית מתבדלת החיה את חייה-שלה במנותק מחיי הקהילה שאינה חרדית; קהילה ש"השוני [בינה] לקבוצות אוכלוסיה אחרות בחברה הישראלית" [הביא להסתגרותה של הקהילה בתוך עצמה, להתבדלותה ולהותרתה במידה רבה מחוץ למעגל העשייה הלאומי ....] (בפיסקה 2 לחוות-הדעת). לא ידעתי על מה מבססת חברתי קביעות אלו באשר למאפייניהם התרבותיים והחברתיים של החרדים כולם, ובייחוד לא ידעתי על בסיס מה קובעת היא כי בחורי הישיבות, פטורי השירות, משתייכים כולם לאותה קהילה חרדית מסתגרת ומבודלת.

המציאות מורכבת יותר. המושג "חרדים" פורש עצמו על-פני קבוצות אוכלוסיה שונות הנבדלות במאפייניהן התרבותיים והחברתיים. ניתן למצוא בהן ליטאים, חסידים, אנשי ה"עדה החרדית", ספרדים ועוד. קבוצות אלו אינן הומוגניות

במאפייניהן, ובוודאי שלא ניתן לומר על כולן כי מתבדלות וחיות הן את חייהן "במנותק מחיי הקהילה שאינה חרדית". סבורני, כי הניסיון לכנוס כל אותם המכונים על ידינו "חרדים" אל-תחת קורת גג אחת - ולו לענייננו - מטשטש את השוני התרבותי שבין הקבוצות השונות. אמנם כן: המושג "חרדים" בפנינו כולל בתוכו אף קבוצות העונות למאפיינים התרבותיים שעליהם מדברת חברתי, אלא שלצידן של קבוצות אלו ניתן למצוא קבוצות אוכלוסיה לא-מעטות שגם עליהן קורא השם "חרדים" ואשר קירבתן לחברה הישראלית והתערותן בה גדולה ומגוונת יותר. חשוב שנדע דברים אלה, שכן משליכים הם על ההצדק להענקת פטור משירות ביטחון.

78. אף אני סבור כי המדינה רשאית ומוסמכת להעניק דחיית שירות למספר מוגבל של בחורי ישיבות המבקשים ללמוד תורה, וכתבתי על כך. כן נכון הייתי לשקול החלת דין מיוחד על עדות מסוגרות ומתבדלות בעלות מאפיינים ייחודיים. ראו דבריי על כת האימיש. אלא שבענייננו שונה המצב לחלוטין: הפטור משירות צבאי ניתן לקבוצות אוכלוסייה שלמות ורחבות ועד כדי 45,000 פטורי שירות הגיע. אותם 45,000 פטורי שירות אינם נמנים רק עם זרמים מתבדלים בחברה החרדית. הם נמנים עם קבוצות אוכלוסייה מגוונות ורחבות שמידת מעורבותן והתערותן בחברה הישראלית שונה ורחב יותר, אלא שמפאת נסיבות היסטוריות ממשיכים הם ליהנות מאפשרות לקבלת פטור משירות צבאי. ניתן אף לומר, כי הזמן שחלף לא זו בלבד שלא עודד תהליכי התקרבות אלא הוסיף והרחיב את מניין הקבוצות המבקשות להצטרף לפטור, ובכך העצים תהליכים של התבדלות. כפי שאמרנו, מיקצת מאותם פטורי-שירות שייכים אמנם לזרמים מתבדלים ביהדות, ואולם נספחים אליהם אלפים רבים - אטול חרות לעצמי ואחריה: עשרות אלפים - של צעירים שאינם עונים למאפיינים אלה. האם סבורה חברתי כי דינם של אלה שונה?

79. נזכיר לעצמנו, כי מי ש"תורתם אומנותם" מעורבים הם גם-מעורבים בחיי המדינה, ותמהני כיצד זה שבהיותם פטורי-שירות כפי שהם פטורים, זכאים הם להוסיף ולשלוח לכנסת ולממשלה נציגים שיחליטו על שאלות של מוות וחיים ועל שאר נושאים האוצלים במישרין על חייהם של המשרתים ומי ששירתו בצבא ובמילואים.

80. יתר-על-כן: יהדות זו שחברתי מדברת בה, יהדות שבה מתמסרים "טוטאלית ללימוד התורה" למעלה מ- 45,000 צעירים חייבי-גיוס, אין היא יהדות שהיכרנו לכל אורך ההיסטוריה הארוכה של עם ישראל. יהדות היא של ישראל דהאידיא, אך לא ידעתי כי זו היתה היהדות של אבותינו. שכן מאז ומעולם שילבו בני העם היהודי - גם אדוקים בדתם ושומרי מיצוות - לימוד תורה בעבודה ובחיי הקהילה, והרי כבר רבי

אלעזר בן עזריה הורנו כי "אם אין קמח אין תורה" (פרקי אבות, פרק ג, מישנה יז). וכן היו דבריו של רבן גמליאל בנו של רבי יהודה הנשיא, שלימדנו כי "[כל תורה שאין עימה מלאכה, סופה בטלה וגוררת עוון]" (פרקי אבות, פרק ב, מישנה ב), וכי "יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ [מלאכה], שידיעת שניהם משכחת עוון" (שם, שם). וגדולים-שבגדולים ביהדות לדורותיה עבדו למחייתם, כראשם הנשר הגדול, הרמב"ם, אשר יצא בחריפות נגד הרעיון של "תורתם אומנותם". ראו בעניין זה את דבריו של השופט אנגלרד בבג"ץ 1/98 ח"כ כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג (2) 241, בעמ' 271-272:

... ביהדות פנימה יש חילוקי-דעות קשים בדבר תורה שאין עמה מלאכה. אין לי אלא להזכיר את דעתו הידועה של הנשר הגדול הרמב"ם, שיצא בתקיפות רבה נגד דרך חיים מעין זו. כבר בצעירותו, נתן הרמב"ם ביטוי להשקפתו בפירוש המשניות שלו. והנה דבריו הנוקבים והמפעימים (רמב"ם, פירוש המשנה, אבות ד, ז, לפי תרגומו של ר' יוסף קאפח):

.....

"דע שזה אמר, אל תעשה את התורה קרדום לחפור בה, כלומר אל תחשבנה כלי לפרנסה, ופירש ואמר שכל הנהנה בעולם הזה בכבוד תורה הרי זה הכרית את נפשו מחיי העולם הבא ... כאשר נתבונן בעקבות החכמים ז"ל לא נמצא להם שגבו מבני אדם ולא קבצו נדבות לשיבות המרוממות והמכובדות, ולא לראשי גליות ולא לדיינין ולא למרביצי תורה ולא לאחד מן הממונים ולא לשאר אדם, אלא מצאנו את כולם יש מהם שהיה מצבו דחוק בתכלית, ויש שהיה עשיר גדול בתכלית. ... אותו שמצבו דחוק אלו פשט ידו לקבל היו ממלאים לו את מקומו זהב ומרגליות, אבל לא עשה כן, אלא נתעסק במלאכה שיתפרנס ממנה אם ברווחה ואם בדחק, והיה בז למה שבידי בני אדם, כיון שהתורה מנעתו מכך. וכבר ידעת כי הלל הזקן היה חוטב במקצועו, חוטב עצים ולומר לפני שמעיה ואבטליון והוא בתכלית העניות ..."

על השקפתו זו חזר הרמב"ם, שנים רבות לאחר מכן, במפעלו ההילכתי האדיר משנה תורה (רמב"ם, משנה תורה, הלכות תלמוד תורה, ג, י):

"כל המשים על לבו שיעסוק בתורה ולא יעשה מלאכה ויתפרנס מן הצדקה הרי זה חלל את השם ובזה את התורה וכבה מאור הדת וגרם רעה לעצמו ונטל חייו מן העולם הבא. לפי שאסור ליהנות מדברי תורה בעולם הזה. אמרו חכמים כל הנהנה מדברי תורה נטל חייו מן העולם. ועוד צוו ואמרו אל תעשם עטרה להתגדל בהן

ולא קרדום לחפור בהן. ועוד צוו ואמרו אהוב את המלאכה ושנא את הרבנות וכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטילה וגוררת עון. וסוף אדם זה שיהא מלסטם את הבריות".

זו היתה אפוא דעתו של הגדול-שבגדולים, ומה לנו נוסף עליה. וגם אם היו מי שסברו אחרת, לא שמענו בכל ההיסטוריה הארוכה של עם ישראל כי למעלה מ- 45,000 צעירים התמסרו "טוטלית" ובה-בעת ללימוד התורה.

אשר לחוות-דעתו של חברי השופט גרוניס

81. חברי השופט גרוניס מתנגד להצעתו לבטל את חוק דחיית שירות, ומוסיף הוא (בפיסקה 11 לחוות-דעתו), כי בחוות-דעתי "אף אין התייחסות לשאלה מה הנפקות של פסילת החוק". על הערה זו אשיב, כי אין זה מתפקידי, אף אין זה מסמכותי, להציע למדינה הצעות מה תעשה. מכל מקום, אם נמצא לי כי חוק פלוני חוק פסול הוא בהיותו נוגד חוק-יסוד או עיקרים בקיומה של המדינה, האם אמנע מהצהרה על כך אלא אם אוסיף ואודיע "מה הנפקות של פסילת החוק"? אתמהה. בין כך ובין אחרת, יש-ויש דרכים לאכיפת חוק המדינה.

המישנה לנשיא (בדימ')

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה עם פסק דינו של חברי הנשיא ברק.
2. אני מבקשת להשאיר בצריך עיון, גם במקרה זה את השאלה על מי מוטל בענייננו נטל ההוכחה בשאלת המידתיות. לדעתי שאלה זו אינה מתעוררת, כיוון שבסופו של הדיון כל העובדות הצריכות לעניין התבררו (והשוו דברי הנשיא לנדוי בד"נ נוימן נ' כהן, פ"ד כד(2) 229, 244 בעניין נטל ההוכחה לגבי הכלל: הדבר מעיד על עצמו).

ש ו פ ט ת



השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לפסק דינו של חברי הנשיא ברק.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה לפסק-דינו של חברי, הנשיא ברק. תם ולא נשלם.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

אני מסכים לאמור בפסק-דינו של חברי, הנשיא ברק, ולתוצאה אליה הגיע. על אלה ראיתי להוסיף אך מקצת משל עצמי.

זכויות היסוד ועקרון האוטונומיה

1. זכויות הפרט, המנויות בחוקי היסוד שלנו, הן מביטוי המשפטיים הכולטים של העקרון השורשי, הרואה באדם ישות אוטונומית בעלת כושר בחירה ורצון עצמאי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל ואח', פ"ד מט(4) 221, 456; בג"צ 4330/93 גאנם נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 233; בג"צ 4804/94 סטיימן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 679; דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 72; בש"פ 92/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 240, 251; בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח' (טרם פורסם, 26.10.05, בפסקה 30 לפסק-דינו של חברי הנשיא)). תאר זאת יפה השופט ח' אריאל, בהידרשו לזכות החוקתית לפרטיות:

"הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי לייחוד אל מול האחרים. ייחוד זה הוא המאפשר לאדם להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכיבוד... זוהי המסגרת באמצעותה הוא עשוי, אם הוא בוחר בכך, לפתח את עצמיותו ולקבוע את מידת המעורבות של החברה בהתנהגותו ובמעשיו הפרטיים. זכות זו... היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של

המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו". [ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, לא פורסם, 13.6.99, בפסקה 9 לפסק-הדין]

העיגון החוקתי הקנה להיבטים מרכזיים של עקרון האוטונומיה מעמד נורמטיבי על-חוקי, הגודר את פעולתו של המחוקק ומצווה להתחשב בעקרון זה בעיצובם של דברי החקיקה היוצאים תחת ידיו (דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573, 605; בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נט(2) 481, 561).

2. עקרון האוטונומיה מיוסד על ההכרה בקיומה של יכולת בחירה חופשית, ככושרו של אדם לטוות את סיפור חייו על-פי השקפותיו ואמונתו, בכוחו להכריע בין חלופות על-פי העדפותיו, ובאפשרותו להביא הכרעה זו לכלל מימוש (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד נ(4) 661, 740; ע"א 10064/02 "מגדל" בע"מ ואח' נ' אבו חנא ואח' (טרם פורסם, 27.9.05, בפסקה 33 לפסק-הדין; וכן, J. Raz "Autonomy, Toleration, and the Harm Principle" in *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (R. Gavison ed., Oxford 1987) 313, 314). בבסיס הדברים מונחת התפישה כי הגשמתו, הלכה למעשה, של עקרון זה, תקנה לחייו של אדם ערך מוסף ותהפכם לטובים יותר וראויים יותר.

אך עקרון האוטונומיה האישית ונושאו, הפרטים, אינם שרויים בחלל ריק. לחיים בחברה אנושית השלכות בעלות משמעות ניכרת על החופש ממנו נהנה כל אחד מבני החברה. "זכויות האדם הן זכויותיו כיצור חברתי" – דברי חברי, הנשיא ברק, בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 413. אלו הן זכויותיו "כחלק מחברה ולא כמי שחי על אי בודד" (שם). "האדם הוא ייצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו וזאת במסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי" (בג"צ 5688/92 ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז(2) 812, 827). ראו גם בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי ואח' נ' שר האוצר ואח', טרם פורסם, 12.12.05, בפסקה 3 לפסק-דין; ובג"צ 693/91 ד"ר אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 770, 778. על-כן, האוטונומיה האישית משתרעת עד לנקודה בה היא מאיימת לפלוש לתחומו של הזולת (ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 329; ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ", פ"ד לב(3) 337, 343).

3. אולם יש לו, ליחס שבין אוטונומיה לבין חברה, היבט נוסף. דמותו של אדם כישות אוטונומית לא תוכל להתקיים בהיעדרה של תחושת ערך עצמי והכרה פנימית בכוחו לפתח את אישיותו, בכשירותו לעמוד על טיב העדפותיו, בתחושתו כי פעולותיו הרציונאליות מניבות תוצאות נטולות שרירות ובביטחון, כי אין ערכו של כוח ההגשמה האישית המסור לו נופל מזה של רעהו (ראו גם J. Christman "Autonomy in Moral and Political Philosophy", *Stanford Encyclopedia of philosophy* (E.N. Zalta ed., summer 2003 ed.) ; M. Friedman *Autonomy, Gender, Politics* (Oxford, 2003) 15 ; (D.T. Meyers *Self, Society and Personal choice* (New-York, 1989) 76).

מטבע הדברים, יתקשה הפרט לפתח את כל אלה בסביבה חברתית הנעדרת מרכיבים של הכרה הדדית, של התחשבות ושל כבוד, הן מצד בני החברה האחרים והן מצדם של גורמי השלטון (ראו J. Anderson & A. Honneth "Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice" in *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays* (Christman & Anderson eds., New-York, 2005) 127, הוא יתקשה לראות את עצמו כבעל בחירה חופשית בלא שיוכר ככזה בידי סביבתו (A. Honneth *The Struggle for Recognition: Moral Grammar of Social Conflicts* (Cambridge, 1995) 105). הוא יחוש כמי שניטל ממנו הכוח לערוך את בחירותיו בעצמו (P. Benson "Free Agency and Self-Worth" *Journal of Philosophy* 91 (1994) 599, 650). תיפגע המוטיבציה שלו להגשים יעדים הנראים בעיני אחרים, לרבות אחדים מפרנסי הציבור, כבעלי ערך מועט, ויאחז בו ספק שמא שגה בבחירותיו (J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971) 440).

4. האוטונומיה היא, אפוא, תלוית יחסים ("relational autonomy"). יסודות חברתיים ראויים הם תנאי הכרחי לקיומה. אלה מחייבים כי אנשים יתחשבו זה בזה. הם דורשים קיומה של אווירה בה לא יחוש עצמו אדם נפגע שלא בצדק בשל בחירותיו. הם אינם סובלים שרירות לב, אי-הוגנות וחוסר הגיון. הם ממאנים להשלים עם הפליה בין בחירות שוות-ערך של אנשים בעלי תכונות דומות. הם משקפים תפישה נכונה של זכויות-יסוד. הם מבטאים את כבודו של בעל הזכות כפרט-בין-פרטים. וראו J. Feinberg "The Nature and Value of Rights" in *Rights, Justice, and the bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy* (Princeton, 1980) 143 ; N. Fraser & A. Honneth *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophy Exchange* (London, 2003) 36).

5. אכן, קיימת זיקה ישירה בין עקרון האוטונומיה לבין מושג הכבוד. אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלו של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט שעה שבחירותיו משרתות גם את ענינם של אחרים זולתו, והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא שיש טעם ממשי לדבר, הוא, ללא ספק, אדם שכבודו נפגע.

6. מסקנתי זו מתחזקת בהינתן הדעת לזיקה שבין אוטונומיה וזכויות-יסוד לבין המשאבים שבכוחה של חברה להעמיד, דוגמת ביטחון, חינוך, רפואה, איכות סביבה, שוק חופשי, מפעלי תרבות וכדומה. זיקה זו מתבטאת בשניים: מצד אחד, קיומם של משאבים חברתיים מרחיב את כוח ההגשמה העצמית של היחיד. הוא יוצר תנאים המקלים על אדם לפתח את אישיותו, ופורש אופקים חדשים לכוח הבחירה (השוו A. C. Taylor *Philosophy ; MacIntyre After Virtue* (2<sup>nd</sup> ed. Notre Dame, 1984) 221 Y. ; and *the Human Sciences. Philosophical Papers II* (Cambridge, 1985) 204 Tamir *Liberal Nationalism* (Princeton, 1993) 30. מכך נהנים בני החברה כולם, וזאת בפרט שעה שמדובר במשאבים שלא ניתן לוותר על ההנאה הצומחת מהם – כמו ביטחון אישי ואיכות סביבה, שהם מה שנהוג לכנות "טובין ציבוריים" (collective goods, ראו ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros S.A ואח', פ"ד מח(4) 133, 161; בג"צ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63, 173; 252; 173; Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986) 252; 173; ד' לוינסון-זמיר "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות" משפטים יט (תשמ"ט) 143, 145 ובהפניות שם).

מצד שני, משאבים אלה, מטבעם, מוגבלים הם, וקיומם לאורך זמן דורש את השקעתו של מאמץ מתמשך, אשר חלקו הגדול מוטל על בני החברה. כוחו של מאמץ משותף זה, שבו השלם גדול מסכום חלקיו, הוא מן הצידוקים לקיומה של חברה מלכתחילה. בתחומים רבים, תורמת פעולתם הרצונית של בני החברה ליצירתם של המשאבים החברתיים. באחרים, אין מנוס מהפעלתו של כוח כופה בידי המדינה. הדוגמאות הבולטות הן גבייתם של מסים וגיוס חובה לשירות ביטחון. אדם הנדרש לשלם מסים, ניטל ממנו חלק מקנינו; אדם הנקרא לשירות ביטחון, ניטלים ממנו בין השאר חופש העיסוק, מקצת זכותו לפרטיות וחירותו האישית, ועלולה להיפגע אף זכותו להגנה על חייו ולשלמות גופו. אך ההנחה היא, כי אובדן זה של אוטונומיה, לראשיתם של דברים, יניב פירותיו בדמותו של כוח בחירה רב יותר, לסופם.

7. נוכח כל שנאמר עד כה, מתבררת חשיבותה של אוטונומיית היחיד, אולם גם החשיבות שבחלוקה שוויונית של הנטל, הכרוך ביצירתם של המשאבים החברתיים הקשורים בה. הסדר משפטי, הפוטר אוכלוסיה פלונית מנשיאה שווה בעול החברתי, מן ההכרח כי יפגע בכשרם של בני אוכלוסיה פלמונית ליהנות מן הפירות. זאת, בשני מובנים: ראשית, אי-מתן פטור דומה לאלה האחרונים יחייבם לשאת על גבם את הנטל כולו, והעול המוטל על כל אחד מהם, כשהוא לעצמו, יגדל. וככל שילך הפטור וירחיב גדריו, כן יכבד נטל זה; שנית, ככל שאכן מדובר בפירות, ששיעורם גדל בזכות מאמץ משותף של כלל בני החברה, הרי ששחרורו של חלק מנשיאה במאמץ זה, יביא בהכרח להקטנתה של ה"עוגה" הכללית, ובהתאם – לצמצום חלקו של היחיד בה. ואם נדרשה הוכחה נוספת לפגיעה בכבודו של אדם עקב צמצום האוטונומיה שלו, הרי זו מצויה במקום בו נאלץ הוא, על כורחו, להשלים עם היותו נדרש לשלם ב"מטבע האוטונומיה" עבור יצירתם של טובין משותפים, שעה שאחרים פטורים מתשלום זה שלא על יסודו של שוני רלוונטי.

אך לא רק פגיעה בכבוד יש כאן. שכן, כפי שהראיתי לעיל, הדבר כרוך בפגיעה בזכויות-יסוד נוספות, ובהן הזכות להגנה על החיים, הזכות לחופש עיסוק, הזכות לפרטיות, החירות האישית, הקניין, וזכויות נוספות הנגזרות מהן – כולן זכויות המעוגנות בחקיקת-היסוד שלנו. הסדר נורמטיבי המעגן פגיעה בזכויות אלו חושף עצמו, אפוא, לביקורת חוקתית.

8. יש להטעים, עם זאת, כי החברה האנושית, אף במדינה חופשית ודמוקרטית, אינה שוויונית במובן זה שכל אחד מן הפרטים בה תורם תרומה זהה לזו של חברו. גם צריכתם של המשאבים החברתיים אינה זהה. ניתן לטעון, כי קביעתו של שיעור אחיד של "השתתפות חברתית", שאינו מתחשב בהבדלים הרלוונטיים בין אדם לאדם, לא רק שאינו צודק אלא אף אינו יעיל. על השוויון להתבטא, אם כן, בהכפפתם של כל בני החברה להטדד זהה. הסדר זה עשוי אמנם לקבוע "טווח" של השתתפות חברתית, בין אם רצונית ובין אם כפויה. הוא עשוי להציע תנאים רחבים דים כדי לאפשר התייחסות פרטנית להבדלים שבין אנשים. בכוחו אף לפטור מהשתתפות במאמץ מסוים, ככל שיש לדבר בסיס רציונלי. תוצאותיו עשויות להשתנות על-פי תכונות-המוצא של בני החברה ולאור מאפייניהם הייחודיים. אולם, העיקר הוא, כי עצם החלתו על בני החברה כולם תיעשה באורח שוויוני.

“תורתם אומנותם”

9. חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, מחיל פרוצדורה שונה על מי שלומד בישיבה. הוא אינו מאפשר למי שאינו תלמיד ישיבה לפעול על-פי ההסדר המעוגן בו. מה משמעות הדבר? האם כרוכה בכך הקצאה לא שוויונית של הנטל החברתי? האם פוגע הדבר במרקם היחסים החברתיים? מענה על שאלות אלו מחייבנו להידרש למושג המצוי ביסודו של החוק, הוא – “תורתם אומנותם”.

על הרקע ההיסטורי לדחיית שירותם של תלמידי הישיבות עמד חברי, הנשיא ברק, בחוות דעתו, כמו גם בבג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 449. הטעם העיקרי שעמד ביסודו של מתן הדחייה במקור הוא, כפי שמסביר חברי, הבטחת קיומו של עולם הישיבות נוכח המכה האנושה שספג בתקופת השואה. עם זאת, נראה כי ברקע הדברים עמדו גם שיקולים אחרים, ובין היתר, הרצון לבסס את ריבונותו של השלטון הישראלי המתגבש, על כלל חלקי העם (מ' פרידמן, "ואלה תולדות הסטטוס-קוו; דת ומדינה בישראל", בתוך המעבר מיישוב למדינה 1947-1949: רציפות ותמורות (ו' פילובסקי עורכת, תשנ"א) 47, 63).

דומה כי רציונלים אלה, שניהם, תקפים גם בימינו-אנו. באשר לראשון, והוא העיקרי, יסודו במקומו הייחודי של עולם הישיבות בהווה היהודית לדורותיה. "הישיבה" היא מוסד המושרש בעם ישראל לאורך כל תולדותיו, כתבה "ועדת טל" בראשית חוות-דעתה (ע' 15 לדו"ח הוועדה). אכן, משך קיומן של ישיבות בעם ישראל הוא כמנין תולדות העם למן חורבן הבית. לימודי הקודש בישיבות התקיימו מאות-על-מאות בשנים, בכל מקום בו שכן קיבוץ יהודי ברחבי הגולה, מבבל שבמזרח עד לספרד שבמערב, ואף מעבר לכך. עיסוק זה נשען על "מורשת הסטורית של אלפים בשנים [של] מסירות נפש בלימוד התורה, מתוך ראייה אידאולוגית ומודעות דתית שיש בכך משום הכרח לקיומו של העם היהודי כולו" (ע' 2 לדו"ח). עמדה על כך גם המשנה-לנשיא, השופטת מ' בן פורת:

המושג "בחור ישיבה" [אינו] המצאה ישראלית אלא מושג, המושרש עמוק ביהדות ההיסטורית, מושג שטופח בשנות גלותו של העם היהודי מאדמתו, כאחד האמצעים להשרדות ולשמירה על זהותו. [בג"צ 200/83 וותאד ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לח(3), 113,

עולם הישיבות הוא, אפוא, מרכיב מהותי בזהותו של העם היהודי, זהות אשר פנים רבות לה, והוא מן הביטויים החשובים לרוחו של העם, למורשתו ולתרבותו. דומה, כי אף הרחוקים מן העולם התורני לא יתכחשו להשפעתו הניכרת, לאורך הדורות, על עיצובם של מרכיבים מהותיים בדמות העם והחברה. ומשקמה מדינת ישראל והפכה לעובדה מוגמרת, משמש הלימוד בישיבות, לצדם של מרכיבים נוספים, כיסוד מהותי בקיום ערכיה כמדינה יהודית.

10. מטבעו, ללימוד בישיבה מאפיינים ייחודיים. זוהי מסגרת חובקת-כל כמעט, הממלאת חלק עיקרי בעולמו של התלמיד ודורשת השקעה רבה, הן מבחינה אינטלקטואלית והן מבחינת משאבי הזמן ותעצומות הנפש. הדבקות בלימוד היא מרכיב עיקרי בהוויתם של חיי הישיבה. תלמידי חכמים מוותרים על רבים מן העיסוקים האחרים זולתו, למען יוכלו להעמיק ידיעותיהם בתורת ישראל. הללו אינן נקנות ביום אחד, כי אם בתהליך מתמשך ומתמיד של לימוד ושל העמקה, שלסופה מימוש השאיפה לעלות במדרגות הדעת ולרכוש כישורי הבנה וניתוח.

מאמץ זה של דבקות, התעמקות ומסירות נפש יש להעריך. את חשיבותו בהווייתם של העוסקים בו יש לכבד. זהו, עבורם, מרכיב ראשון במעלה בהגדרתם ובייעודם העצמי. בחשש מפני פגיעה ביסוד זה, שהוא כה מהותי באושיות חיהם, אין להקל ראש. ראוי הוא, כי כל השולחים ידם בסוגיה, ותהא השקפתם אשר תהא, יתנו דעתם על עומק האמונה והדחף הפנימי המניעים את העוסקים בלימוד, ועל מהותו של לימוד זה כאבן-הראשה בהווייתם.

11. אך לא רק משמעות אישית-פנימית יש ללימוד התורה בחייהם של העוסקים בו. הוא נושא עמו מאפיינים קהילתיים מובהקים, שהנם כה טבועים בחיי החברה החרדית, עד כי אין לתאר את קיומה בלעדיו, כשם שאין לדמיין את השתייכותו לקהילה זו של מי שאינו לוקח חלק – במידה כזו או אחרת – בלימוד תורה. עבור אדם כזה, הלימוד אינו אך אחת מבין מספר אפשרויות העומדות לבחירה בתהליך פיתוח האישיות וההגשמה העצמית. זהו מאפיין אינהרנטי, השזור בחיי הקהילה כולה והקושר בין חבריה בעבותות בלתי נראים אך מוצקים עד מאד. זהו מרכיב מהותי, המגדיר חלק משמעותי בזהותו של היחיד, ומשמש בבניית השלד עליו נישאת אישיותו (השוו ' לבנת "פרט וקהילה: ביקורת קומוניטריאנית על בג"ץ נוף" משפטים לא (תש"ס) 219, (229).

כד בכד, עבור הקהילה, המבקשת לשמר את מאפייניה הייחודיים והחוששת מפני התפרקות נוכח מרכיבים בעולם ה"חיצוני" הנראים בעיניה כמאיימים – ובפרט בקהילה שהתבדלות היא מקווי דמותה הבולטים, כל דרישה הנתפשת כקריאה ליציאה אל מחוץ למסגרת אינה דבר של מה בכך. היא מעוררת חשד והתנגדות. על אחת כמה וכמה נכון הדבר, שעה שמדובר ביסודות, הנדמים כמעמידים בסכנה את עולם לימוד התורה. להשקפתי, אין להמעיט מחשיבותו של יסוד קהילתי זה. תהא עמדתו של המביט מן החוץ אשר תהא, התעלמות מכך לא רק תהא שגויה מבחינה תפישתית, היא אף תסכל, להבנתי, כל מאמץ להגברת שילובה של הקהילה החרדית בחברה הישראלית. יפים לכאן, בפרפרזה, דברים שכתבה ר' גביון בהקשר עובדתי אחר:

"חובה לבחון היטב גם את המציאות החברתית שבתוכה התעורר עניין שהגיע לבית-המשפט. בתנאים של חיים יחד של קהילות שונות זו מזו, שאינן נטמעות ואינן רוצות להיטמע ואשר חיות עדיין בצל תחושת איום הדדית – מדיניות שוויון רגישה תיתן אפשרות רבה ומובנית לחיים קהילתיים מלאים לבני שתי הקבוצות".  
[ר' גביון "ציונות בישראל?" משפט וממשל ו' (תשס"א)  
[39, 25]

12. ברם, חשוב ומהותי ככל שיהיה, דבר אינו יכול להתקיים במנותק מסביבתו, מערכים אחרים ומן האירועים וההתרחשויות המשמשים לצדו. כשם ש"האדם לעולם אינו בבחינת 'טבולה ראסה', ואין אף נקודה בחייו שבה הוא מנותק לחלוטין ממאורעות המתרחשים סביבו ומאנשים החיים לצידו" (לבנת, שם, בע' 227), כך הוא באשר לקהילות, החולקות בצוותא קורת גג אחת. על היחיד, כמו על הקהילה כולה, להידרש גם לסובבים אותם. בין אם ירצו בכך ובין אם לאו, בין אם יביטו נכוחה ובין אם יעצמו עיניהם מראות, חיים ופועלים הם במסגרת המשתרעת אל מעבר לדלת אמותיהם. ומסגרת זו, כפי שצוין לעיל, מספקת הטבות משותפות לכל ומטילה, אגב ניהול החיים החברתיים, עול בו על בני החברה לשאת.

13. דומה כי במשך שנים ארוכות עמדו לה, למסגרת החברתית בישראל, כוחותיה להכיל את ההסדר המיוחד שהתגבש בענינם של תלמידי הישיבות. מאפייניו המיוחדים של רעיון "תורתם אומנותם" – שהם, כפי שצוין לעיל, שימור עולם הישיבות וההכרה בחשיבותו של יסוד הלימוד בחברה החרדית, הניחו תשתית ערכית שאף אם לא הכל השלימו עמה, היה בה, להשקפתי, די להלימתו של ההסדר שיושם, וזאת אף במחיר אשר נלווה לו.



אולם, לנוכח השינוי הדרמטי בנסיבות שחלקן השתנו במשך השנים עד לבלי היכר, ואשר לא היו לנגד עיניהם של אלה שהגו את אותו הסדר, ונוכח הקיטוב ההולך ומעמיק בחברה הישראלית וניזון במידה רבה מן המחלוקת בשאלת הגיוס, מתחייבת מציאתם של פתרונות שונים. את אלה ביקש חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 לספק, אולם הדבר לא הסתייע מן הטעם הפשוט שהכלים אשר נדרשו למימושו לא הוכנו מבעוד מועד, ורק לאחרונה החלה תזוזה מסוימת בכיוון זה. אי-יישומם של פתרונות אלה – שפירושו המעשי הוא המשכו של ההסדר הנוהג זה יובל שנים, עלול להקים חשש כי החוק יתקשה לעמוד בבחינה חוקתית לעתיד, וזאת מן הטעמים אותם ציינתי לעיל. יש לקוות, אפוא, כי גורמי השלטון ישכילו לתקן את הדרוש תיקון, וחוק דחיית השירות יוכל באמת ובתמים לקדם את התכליות לשמן נוצר.

14. אשר על כן, מקובלת עלי השקפתו של חברי הנשיא כי יש לאפשר למחוקק ולממשלה להשלים את שהחסירו עד כה, ורק אז לשוב ולהידרש, ככל שהדבר יתחייב, לשאלת חוקתיותו של החוק.

## ש ו פ ט

### השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי, הנשיא ברק, על היבט הניתוח החוקתי שבו, ועל קביעותיו לענין הסעד.

אבקש להוסיף, בתמצית, מספר הערות משלימות, המאירות, לטעמי, את דרך האיזון החוקתי הנדרש בבחינת החלתה של פסקת ההגבלה על הסוגיה שלפנינו. הערות אלה מכוונות, בעיקרן, לאופייה של הדילמה החברתית הניצבת בפנינו. הבנתה של דילמה זו עומדת ברקעו של ההסדר המשפטי-חוקתי הראוי.

### גרעינה של הדילמה

1. ברקע סוגיית דחיית שירות בטחון של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם שתי אמיתות שעומות עמוק ביניהן: מחד, קיומה של שונות חברתית עמוקה המאפיינת את בני הקהילה החרדית, המבדילה אותם בתפיסה הרוחנית ובאורח החיים מיתר חלקי הציבור בישראל, ואשר הביאה לניתוקם ההדרגתי ממירקם חיי החברה במדינה; ומנגד – חיוניות קיומו של שוויון בסיסי בין כל חלקי החברה, חרף השונות ביניהם, על בסיס

שותפות חיים אמיתית בנשיאה בחובות וזכויות, כיסוד מהותי עליו בנוי המשטר הדמוקרטי.

הצורך לגשר על פני הפער בין שתי אמיתות אלה הוא העומד ביסוד הסוגיה החוקתית העומדת לפתחנו. פתרונה של הסוגיה נעוץ בדרך היישוב בין שתי האמיתות הנוגדות, ובאמצעים ובקצב בהם יש לנקוט כדי לגשר על פני הניגוד העמוק שנוצר.

### הקהילה החרדית – שונות טבועה

2. החברה בישראל מתאפיינת בהטרונגניות חברתית מובהקת. היא מהווה מארג סבוך של פרטים השונים זה מזה בתרבותם, מנהגיהם, ואורח חייהם. היא בנויה מיגוון רב של קהילות ועדות הנבדלות בתפיסות עולמן ובדפוסי חייהן. במהלך המאה העשרים, התקבצו בארץ קהילות ישראל מפזורות העולם, והקימו מדינה המושתתת על עקרונות דמוקרטיים המאחדים, כבסיס משותף, את הקבוצות כולן, ובה בעת שומרים ומכבדים את ייחודן, סגנוןן ושונותן של העדות זו מזו.

בתוך מיגוון עדתי זה, חיה ופועלת הקהילה החרדית בישראל. היא מתאפיינת במחוייבות עמוקה לעולם הרוח, האמונה והמסורת היהודית; בדבקותה הערכית בתורה, ובתודעתה, הבנויה על מורשת היסטורית בת אלפי שנים, לפיה ההתמסרות הטוטלית ללימוד התורה, וההעמקה בה, הם הכרח לקיומו הרוחני והפיסי של העם היהודי, ובלעדי זאת, צפויה היהדות לכליון. היהדות החרדית מאמינה כי גורלו של העם היהודי ושימורו תלויים בתורתו, והיא "עמוד האש" ההולך לפני המחנה. ההתמסרות לתורה, ולעיסוק בה הם בבחינת מילוי חובה הסטורית שאין למעלה ממנה,

"להמשיך ולשאת את לפיד האש האלוקית עלי אדמות, וככל שיבוזו אל האורתודוקסיה, ויכונה בכל כינוי הנגזר מהשרש ח.ש.ך, כן תעלה וכן תפרוץ ההכרה כי שם טמון האור".

(דברי עו"ד ד"ר וינרוט בדו"ח הועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בחורי הישיבות (להלן – "דוח ועדת טל" (עמ' 124).

וממשיך הד"ר וינרוט בתיאורו ואומר (שם, עמ' 127):

"התורה אינה מדע, היא איננה תבונה, היא איננה מוסר. היא חלק אלוה ממעל, האמת שהושלכה ארצה. האברכים הלומדים, כמו האנשים הפשוטים, מוכנים להקריב הרבה. הם חיים ברובם בעוני מרוד... וכל זאת,

משום שהם מאמינים שלימוד התורה הוא דביקות המשכיל במושכל, שהוא מהווה מגע, כביכול, בשכינה עצמה, שהוא היוצר את אבן השתייה של העולם ושל העולמות. אין תפיסה כזו בדתות אחרות. זוהי היהדות בתמציתה".

תפיסת העולם של הקהילה החרדית אינה מוגבלת לתחום האמונה והדת. היא טובעת את חותמה הברור אף על אורחות החיים של בני הקהילה החרדית, ובתוך כך על תודעת החשיבות העליונה של לימוד התורה המתאפיין בטוטליות שאינה סובלת פשרות, ואינה מסכינה עם הסחת דעת מהמחוייבות לעיסוק בתורה. אין חובה ערכית הגוברת על חובת לימוד תורה, והעיסוק בה ניצב ככריח תיכון בתשתית קיומה של היהדות, כפי שהקהילה החרדית מייצגת בתפיסתה. זו תפיסה שיש בה שלמות משלה ואמת עמוקה למאמינים בה, והמחוייבות לה עומדת כערך עליון בעיני מאמיניה, עד כדי נכונות להקרבת נוחות ורווחה כדי להגשימה. נטלת את התורה מהקהילה החרדית – פגעת בבסיס הערכי העמוק ביותר עליו היא נשענת באמונתה ובאורח חייה, וביסוד המאחד והמלכד את בניה. תפיסת עולם זו של מחוייבות טוטלית ללימוד התורה מתוך אמונה ייחודית בערכה המוחלט לשמירה על קיומו וייחודו של העם היהודי, הביאו להתנגדות עזה מצד בני הקהילה לכל נסיון לפגוע או לגרוע בכפייה מליבת אמונתה ומהייחוד שבאורח חייה.

שוני עמוק בתפיסות חיים, אמונות, דעות, אורחות חיים ותודעת מחוייבות של הפרט והכלל להסדרי השלטון והמשטר יצר מרחק רב בין הקהילה החרדית לקבוצות אוכלוסיה אחרות בחברה הישראלית. השוני הביא להסתגרותה של הקהילה בתוך עצמה, להתבדלותה, ולהותרתה במידה רבה מחוץ למעגל העשייה הלאומי, ככל שהדבר לא התיישב עם אורח חיים של "תורתו-אומנותו". חל נתק עמוק בין בני הקהילה לזרמים העיקריים בחברה ישראלית, חילוניים ודתיים-לאומיים כאחד. נוצר פער של שונות תרבותית עמוקה בין הפלגים השונים, שהביא לניכור ואי הבנה ביניהם. תפיסת הקהילה החרדית את מהותם של החיים הלאומיים התרחקה יותר ויותר מתפיסות ואורחות חיים של רוב הציבור בישראל. כשמדובר בסירוב לקחת חלק בשירות הצבאי, עם השנים נצטרפו לניכור זה גם חששות להשפעות שליליות על בני הקהילה עקב חשיפתם לעולם החילוני, ואין לשלול, כי לכך חברו גם טעמי נוחות מסויימים, ושיקולים נוספים בעלי אופי מעשי.

### ערך השוויון: יסוד מיסודות הדמוקרטיה

3. חיי חברה תקינים של עם בארצו אינם יכולים להתקיים בלא שוויון בסיסי בין קבוצות האוכלוסיה השונות, חרף השונות ביניהן; שוויון בנשיאה בחובות, ושוויון

בהנאה מזכויות עומדים בבסיס המשותף לחיי חברה, ובלעדיהם נשמט מכנה משותף הכרחי של שותפות-גורל המאחד את בני כל העם. בלא שוויון בנשיאה משותפת בנטל המעמסה האזרחית, והנאה משותפת מפירות המאמץ וההשקעה, לא ניתן לכוון חברה בריאה. בלא שותפות אמיתית של זכויות וחובות נסדקת התשתית שביסוד המבנה החברתי ובבסיס המשטר. בלעדי שותפות כזו, נפגעים החוסן והאחדות שבמירקם החברתי הכולל.

השוויון הוא אבן יסוד ביחסים בין פרט לפרט בחברה; הוא מהותי ליחס שבין העדות והקהילות השונות בינן לבין עצמן; הוא מתגלם בעקרון החוקתי הנוגע בכבוד האדם כפרט. הוא מהווה נדבך חיוני למשטר דמוקרטי בראייה חברתית כוללת.

#### הקושי בגישור על פני פערי השונות

4. שונותה של קהילה והתבדלותה משאר מגזרי הציבור מעמידים לעיתים קושי בסיסי בקיום הדרישה המהותית לשוויון בנשיאת הנטל החברתי הכולל, ובקיום כלל החובות המוטלות על שכם האזרחים החיוניות לניהול חיי חברה תקינים. יש, ופערים ערכיים-אידיאולוגיים משפיעים על דפוסי חיייה של קהילה, ויוצרים מחסום אמיתי להשתלבותה בחיי החברה והמדינה, ולנשיאתה השוויונית בנטל החובה הציבורית. זוהי תופעה חברתית מוכרת. יש לרדת לחיקרה, להעריכה, להבין את משמעותה ולהגדיר את גבולותיה האמיתיים. אין להתייחס אליה, א-פריורי, כאל שונות המצדיקה הבחנה מותרת, והחלת דין שונה, משל היה מדובר "ביחס שונה אל שונים" שאינו בגדר הפלייה. ככלל, השונות התרבותית-רוחנית כשלעצמה אינה מעידה על שונות רלבנטית המכשירה מבחינה מושגית יצירת הסדר מפלה בנשיאת נטל החובה הציבורית. עם זאת, שונות זו עשויה להצריך מנגנון התאמה ייחודי; לעיתים, היא תחייב תהליך הדרגתי ורב-שלבי בדרך לגישור על פני פער הריחוק בין הקבוצות השונות, בדרך להשגת יעד השוויון. דרך זו עשויה לחייב פעולה על בסיס של שונות. יש להתמודד עם שונות זו כחלק מהתהליך הדמוקרטי החותר לאינטגרציה אמיתית בין קבוצות האוכלוסיה השונות, תוך יצירת הרמוניה ונקודות מיתאם ביניהן, אגב הכרה וכיבוד עצמאותן הערכית והאידיאולוגית.

ההליך הדמוקרטי אכן מכיר בקיומו של מארג אנושי מגוון, המאפיין את מרכיבי האוכלוסיה השונים הבונים את הקבוצה הלאומית, ואת שונותם זה מזה. הוא מכיר בקיומם של קשיים בסיסיים ביצירת מכנה משותף להשגת השוויון בנשיאה בנטלי החובות נוכח שונות זו; צמצום הפערים היוצרים את אי השוויון הוא אחד מאתגוריו המרכזיים של המשטר הדמוקרטי, מתוך הכרה כי השוויון אינו תמיד בר-השגה על

אתר, ולפעמים הוא מצריך תהליך חברתי ארוך טווח, המתנהל בהדרגה, עד להשגת היעד הנכסף. לעיתים, השגת השוויון באמצעים הדרגתיים מחייבת העדפה מתקנת; לעיתים היא מצריכה ביטול העדפה הניתנת מטעמים שונים לקבוצה אחת על פני חברתה. לענין זה אעיר, כי אין נפקא מינה אם הפגיעה בשוויון, המחייבת תיקון, מופנית כלפי קבוצת מיעוט, הנבדלת בצורה ברורה מן הרוב, או שהיא מופנית כלפי קבוצת מיעוט הנימנית עם הרוב – אבחנה אליה התייחס חברי, השופט גרוניס, בחוות דעתו. פגיעה בשוויון המופנית כלפי קבוצת מיעוט כלשהי, בין אם היא נימנית על הרוב ובין אם היא נבדלת ממנו, עשויה לחייב תיקון. השתייכותה של קבוצת המיעוט לרוב או התבדלותה ממנו איננה גורעת מהפגיעה הנגרמת לזכויותיה החוקתיות ובהן הזכות לשוויון, ואינה מפחיתה כהוא זה מזכותה לסעדים חוקתיים שייטיבו את ניזוקה, מה גם שהקלסיפיקציה ל"רוב" ו"מיעוט", היא עצמה מעלה שאלות קשות בהקשר זה. ומעבר לכך: ההגנה החוקתית ניתנת בעיקרה לפרט הנפגע. מבחינה זו אין כל משמעות לשאלה אם הוא נימנה על הרוב או על המיעוט. כך או כך, על פגיעה בזכות-אדם ככזו ניתנת לו הגנה חוקתית.

ולעמדת חברי, המישנה לנשיא חשין, אבקש להעיר ולומר: התהליך הדמוקרטי מתבסס על הכרה כי לא תמיד ניתן להשיג את תכלית השוויון בין קבוצות אוכלוסיה שונות על דרך פתרון של נוסחאות מוחלטות. הוא טמון בהבנה עמוקה של המציאות החברתית על מורכבותה הגדולה, ובראייה כי השגת השוויון עשויה לחייב תהליך חברתי הדרגתי למציאת נקודות ההשקה בין חלקי האוכלוסיה השונים מתוך הכרה בעומק הפער שבתפיסות העולם, אורחות החיים, והבנת מהותה של המדינה ותפקידיה העשויים להבדיל קהילה משאר חלקי הציבור. הוא נעוץ בהגדרת היעד והתכלית הראויים, ובנקיטת האמצעים המתאימים להגשמתם. הוא עשוי לחייב את הגשמת התכלית צעד אחר צעד, בלא שבירת מערכות, בלא הריסת מירקם חברתי-אנושי עדין, ובלא הנפת גרזן העלול להסב נזק חברתי שאינו בר-תיקון. הוא עשוי לחייב תהליך של בנייה, נדבך אחר נדבך, לא בדרך של גינוי והוקעה, אלא בדרך של כבוד, והבנה לשונה, תוך חתירה מתמדת להתקרבות, ותוך מחוייבות לפעול להנמכתן של המחיצות המפרידות. ההליך הדמוקרטי מגלה הבנה למיגוון הצרכים של בני העדות השונות, ופועל למציאת המכנה המשותף והאיזון ביניהן, במגמה לאפשר חיי חברה הרמוניים. פעמים, התהליך החברתי הוא ארוך טווח, כרוך בדרך-יסורים, ואינו יכול להניב תוצאות ממשיות מיידיות.

5. תהליך השגת המכנה המשותף בין העדות השונות לצורך השגת השוויון עשוי לחייב התייחסות שונה באשר לאופי האמצעים הננקטים וקצב הפעולה הנדרש, בשים לב לטיב העניין בו מדובר. חברה מוכנה להסכין עם תהליכים חברתיים ארוכי-טווח ומתונים להשגת שוויון בנשיאת נטל חובות שכובד משאם על שכם האזרחים אינו כה מודגש. שונה הדבר ביחס לחובות אזרחיות שמשאם כבד וקשה. במיוחד אמורים הדברים לגבי חובות אזרחיות שקיומן כרוך בסכנת חיים ממש, ולעיתים גם בהקרבת החיים. בחובות מעין אלה, הסיבולת החברתית למצב אי השוויון הולכת וקטנה, ונוצרת ציפייה, הקורמת עור וגידים לזכות במשפט, לסלק את פער אי השוויון באמצעים ראויים תוך קצב זמן סביר, כעולה מנסיבות העניין. כאשר מדובר בסיכון חיים, ולעיתים אף בהקרבת החיים למען הגנה על בטחון החברה, נדרשת פעולה חברתית נמרצת לגישור על פני הפער החברתי בחתירה להשגת השוויון. השאלה הנשאלת בהקשר זה היא – מהו גבול הסיבולת של המדינה – המשתקף בהסדר החוקתי – למצב של אי השוויון, ומהם האמצעים המידתיים, ומשך הזמן המידתי לגישור על פני פער אי השוויון.

#### מן הכלל אל הפרט: הסדר דחיית השירות

6. הקהילה החרדית בישראל מתאפיינת באמונה, בתפיסות חיים ובאורחות חיים בעלי אופי ייחודי שאינם מתיישבים מטיבם עם נשיאה בנטל השירות הצבאי בצה"ל. להוציא אותם צעירים המסתפחים לבני הקהילה החרדית במטרה תועלתית לזכות בפטור מן השירות, בני הקהילה עצמם מחוייבים לתפיסה כי לימוד התורה הוא ערך עליון המכוון את דרכה של הקהילה, ומגן על קיומה של היהדות. השבתת הלימוד לצורך שירות בצבא מהווה פגיעה עמוקה בשורש האמונה ואורח החיים של בני הקהילה החרדית. תפיסת העולם החרדי, על המחוייבות ללימוד תורה המבודדת את בחורי הישיבות מחיי המדינה ומחובת השירות בצה"ל, היא ביסודה אמיתית וכנה מבחינתו. היא אינה תופעה כוזבת שנועדה לחמוק ממילוי חובה אזרחית ככזו. היא תופעה אותנטית שאין בה יסוד של צביעות.

בסמוך לאחר קום המדינה, כאשר מספר מקבלי דחיית השירות בקהילה החרדית היה, יחסית, קטן, הפער החברתי והיקף אי השוויון שנוצר בעטיו היה נסבל. ככל שהשנים נקפו, ומספר מקבלי הדחיות עלה באופן ניכר, הלך וגדל פער אי השוויון והפך עם הזמן בלתי נסבל. הפגיעה בשוויון התייחסה בעיקר לחובת השירות בצבא. אולם היא השיקה גם להיבטים ציבוריים אחרים, בהגדילה את הנטל הכלכלי הכרוך בקיומם של בני הישיבות שתורתם אומנותם על מגזרי הציבור האחרים בישראל. לפגיעה זו אכן השלכות כלכליות, תעסוקתיות ותקציביות בעלות משמעות ממשית.

נדרש גישור על פני הפער העמוק הקיים בין הקהילה החרדית לשאר חלקי הציבור בישראל. נדרש תהליך חברתי של קירוב לכבות ויצירת מעורבות הדרגתית של בני הקהילה החרדית בחיי החברה והמדינה, אשר יביאו עם הזמן גם לנשיאה בנטל חובות האזרחיות, ובראש כולן – חובת השירות הצבאי בצה"ל.

### תהליך הגישור על פני הפער החברתי

7. תהליך הגישור על פני הפער החברתי החותר להשגת שוויון חברתי, ובתוך כך, לשוויון בנטל חובות השירות הצבאי, אינו יכול להתרחש כבמטה קסם. אין נוסחת פלאים להגשמתו. זהו תהליך מורכב וארוך, המניח קיום יסוד של שונות בסיסית בתפיסות ערכיות ואורחות חיים של בני העדות השונות, אך, בה בעת, תר אחר נקודות האיזון שתאפשרנה שילובם של בני הקהילה החרדית בחיים האזרחיים במדינה, ובתוך כך גם בשירות הצבאי. ועדת טל וחוק דחיית שירות שבא בעקבותיה, יצרו תשתית שביסודה טמונה ההכרה כי לפנינו תופעה חברתית שיסודה, מצד אחד, התבדלות הקהילה החרדית משאר מגזרי האוכלוסייה עקב הייחוד שבתפיסותיה הערכיות ואורח חייה. תופעה זו מעמידה קושי עמוק ביצירת אינטגרציה וחיי שיתוף. מצד שני, השגת השוויון בנשיאת נטל החובות האזרחיות, ובראשן השירות הצבאי, הוכר כיעד שיש לחתור אליו כיסוד מהותי וחיוני במשטר דמוקרטי. בגרעין השקפתה של הוועדה, שבא לידי ביטוי בחוק, טמונה התפיסה כי מורכבות הסוגיה החברתית היא העומדת בשורש הפער שנוצר, והיא שצריכה לעמוד במוקד התהליך לפתרון. הקטנת הפער החברתי על ידי הגברת מעורבותם של בני הקהילה החרדית בחיי החברה, הכלכלה, והתעסוקה היא האמצעי שנועד להביא להתקרבות, והיא שתוליך לקראת הגשמת יעד השוויון בטווח הארוך ודרכו תוגשם בעתיד. באמצעותה, תוגשם בעתיד, בהדרגה, גם חובת הנשיאה השוויונית בנטל השירות הצבאי. יסוד הפתרון טמון בהכרה כי אין לצפות, בטווח הקצר, לבניית גשר אמיתי על פני תפיסות ערכיות שונות שהמרחק ביניהן הוא קוטבי. מתוך הנחה כי הגישור על פני תפיסות אלה הוא קשה, ואולי בלתי ניתן להשגה, יש לחתור לפתרונות מעשיים-פרגמטיים, אגב דרישה לעשיית ויתורים הדדיים, בדרך להשגת תכלית השוויון בעתיד. מטרת האמצעים העיקריים שיש לנקוט היא לצמצם את הניכור והריחוק החברתי של בני הקהילה החרדית מיתר הציבור בישראל, ולהגביר את מעורבותם בחיי החברה. תהליך זה סופו שיביא, במבט צופה פני העתיד, להתערות הדרגתית של צעירי הקהילה החרדית בעולם האזרחי, ולהקטנת פער אי השוויון בנטל הנשיאה בחובות האזרחיים.

### התכלית הראויה

8. תוך הסכמה למסקנת הנשיא בחוות דעתו, כך גם דעתי כי חוק דחיית השירות לא ביטל את הפגיעה הקיימת בזכות לשוויון הנתונה לציבור יוצאי הצבא, בתורת זכות חוקתית לכבוד האדם, בקובעו הסדר שיסודו נשיאה בלתי שוויונית בנטל השירות בצבא על ידי בחורי הישיבות. כן אני מסכימה למסקנה כי ניתוחה של התופעה החברתית המביאה לאי השוויון, והתפיסה הבסיסית המונחת ביסוד דו"ח ועדת טל וחוק דחיית שירות החותרת לתיקונו של הפער החברתי העמוק המביא לאי שוויון, מבטאים תכלית ראויה לפתרון הסוגיה, המתיישבת עם ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. חוק דחיית השירות נועד לתכלית ראויה בשווותו לנגד עיניו את המורכבות החברתית העומדת ביסוד אי השוויון, ואת ההדרגתיות הנדרשת בתהליך לפתרונו, בבחינת תהליך המחייב, בראש וראשונה, גישור על פני הפער והריחוק החברתי שבין הקהילה החרדית ליתר בני הציבור. החוק מניח, ובצדק, כי לא תתכן נוסחת פלאים בערכים מוחלטים אשר תכפה על צעירי הקהילה החרדית שירות בצבא בטרם הושלם תהליך חברתי הדרגתי האמור לסלול ולהכשיר את הדרך להשגת תוצאה זו. הוא מניח כי התהליך ההדרגתי להשגת האינטגרציה החברתית בין הפלגים השונים הוא המפתח להתקדמות בתהליך לקראת השגת השוויון. דרך זו להשגת היעד המיוחל משקפת תכלית ראויה.

### טיב האמצעים וקצב הפעלתם

9. מוקד השאלה שנותרה שבפנינו איננו, אפוא, בשאלת קיומה של תכלית ראויה לחוק דחיית השירות, אלא באמצעים שהוא בחר להגשמת התכלית, ובקצב יישומם של האמצעים שבחר לצורך השגתה. השאלה היא, האם נוכח עוצמתה של הזכות לשוויון בהקשר לנשיאה בנטל השירות הצבאי, ונוכח עוצמתה של הפגיעה בה לאור מספרם ההולך וגדל של מקבלי דחיית שירות, ובהינתן משך הזמן הרב שבמהלכו נגרמה פגיעה הולכת וגוברת, האם האמצעים שהוגדרו בחוק לתיקון המעוות מתאימים למטרה; האם אמצעים אלה מיושמים כראוי ובמלוא היקפם, הלכה למעשה; האם קצב יישומם מניח את הדעת בשים לב, בין היתר, לזמן הרב שחלף מאז הועמדה סוגיה קשה זו לראשונה על הפרק ועד היום; האם הושג האיזון הראוי בין עומק הפגיעה בזכות לשוויון לבין אופי האמצעים שנבחרו כדי לתקנה, והקצב שנועד לתיקונם; זוהי תמציתה של השאלה.



10. האמצעים שהחוק עיצב לצורך תחילת תהליך הגישור על פני פער הריחוק והניכור שבין בני הקהילה החרדית ליתר בני הציבור בישראל וליצירת מעורבות הדרגתית מצידם בחיי החברה הם מינימליסטיים ביותר. גם בהנחה שפתרון סוגיית גיוס בחורי הישיבות לצבא טמון בתהליך חברתי מורכב, שעיקרו בפעולות שנועדו להביא להתערות הדרגתית של בחורי הישיבות בחברה האזרחית, הרי שנדרשים צעדים ממשיים כדי להתחיל ולהעמיק בתהליך זה. האמצעים שעוגנו בחוק ספק אם הם מספיקים, לכשעצמם, להביא, ולו להישגים התחלתיים כלשהם לגישור על פני הפער החברתי. בהינתן עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית, ובהינתן מורכבות הבעיה החברתית, אפשר והיה מקום כבר בשלב זה לעצב תשתית אמצעים נמרצת, מעשית, ומשמעותית יותר, לשילוב הדרגתי של בני הקהילה החרדית בחיי המדינה. יתר על כן, גם בהינתן האמצעים הקיימים על פי החוק, היקף הפעלתם הלכה למעשה היה עד כה מצומצם ביותר, זניח במהותו, ובקצב איטי ביותר. הדברים משתקפים בתוצאות שהושגו בשטח, המעידות על היעדר הישג משמעותי כלשהו.

11. לאור זאת, אפשר, וניתן היה כבר עתה לבטל את ההסדר שבחוק דחיית שירות כבלתי חוקתי, משפגיעתו הקשה בציבור יוצאי הצבא אינה עומדת בתנאיה של חובת המידתיות בפיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומשהחוק, לכאורה, אינו נוקט באמצעים מידתיים להשגת התכליות הראויות שהציב בפניו. אולם על רקע האיפוק והריסון שבית משפט זה גוזר על עצמו בהתערבות חוקתית בחקיקת הכנסת, אין הצדקה לכרות בהנפת גרזן את חיותו של החוק כבר עתה. נוכח התקופה הקצרה, יחסית, שנותרה עד לסיום תוקפו של החוק בבחינת הוראת-שעה, אני מסכימה כי ראוי לתת למדינה פסק-זמן כאורך התקופה שנותרה עד למועד פקיעת החוק, כדי למצות את כוחה ויכולתה לפעול וליישם את האמצעים הנתונים בידיה על פי ההסדר הקיים, על מנת לקדם במלוא ההיקף האפשרי את תהליך שילובם של בני הקהילה החרדית בחיי החברה והכלכלה במסגרת שהחוק עיצב, ובקצב נמרץ כפי שמתבקש בנסיבות הענין.

12. אין לשלול אפשרות, כי יישום נמרץ בקצב ראוי של האמצעים הקיימים הנתונים על פי החוק יקרין גם לעצם שאלת התאמתם של האמצעים עצמם, לכשיעמדו אלה בעתיד לבחינה חוקתית נוספת. השלמת תקופת המבחן שניתנה להוראת השעה תאפשר קבלת תמונה שלמה וברורה לגבי טיב האמצעים ודרך יישומם, וניתן יהא להסיק מכך לגבי העתיד. בבחינה החוקתית יש להתחשב גם בעצם העובדה שהחוק במיבנהו הפנימי הניח כנקודת מוצא כי הוא מהווה "קדם-הסדר", ונועד בכך לשמש תשתית - ניסוי לקראת הבאות. מבחן תוצאות הניסוי עם חלוף התקופה שנקבעה לתקופה של הוראת השעה יקרין באופן ממצה על שאלת התאמת האמצעים ודרך

יישומם להשגת התכלית הראוייה. עם זאת, במבט צופה פני העתיד, הובהר הבהר היטב, כי החוק ודרכי יישומו נגועים כבר עתה ב"וירוס" אי החוקתיות. ניתנת שהות למדינה להתמודד עם "וירוס" זה, שמא תוכל לו. הנטל מוטל כולו עליה. הנטל כבד מאד, והשעה דוחקת. בה בעת, יש להכיר בכך כי המפתח לפתרונה של הדילמה הקשה הוא בהבנת מורכבות התופעה, ולא בגינוייה; בהבנה כי לפנינו תהליך ארוך-טווח, ולא דרך קצרה סלולה שהליכה בה עלולה להביא למבוי סתום. הכרה, כי נדרש פתרון שיסודו הבנה מצד אחד, תוך הצבת גבולות ברורים של מחוייבות לחברה ולמדינה מצד שני, גבולות אשר מהם אין לסטות. הבנה, כי מדובר בעם אחד, בעל שותפות גורל היסטורית, שעליו לעבור דרך חתחתים לקראת יצירת הרמוניה בין פלגיו השונים, תוך מיצוי המשותף והמאחד, וכיבוד מלא של השונה, הנבדל, והייחודי.

## ש ו פ ט ת

### השופטת ד' ביניש:

מסכימה אני לפסק דינו של חברי הנשיא א' ברק.

רואה אני אך להעיר כי לא בכדי שבה שאלת דחיית השירות של תלמידי הישיבות שתורתם אמונתם, ועולה על סדר יומו של בית משפט זה משך שנים רבות. ימיה של השאלה כימי המדינה, אך פניה של הבעיה השתנו משך השנים, פשטו ולבשו צורה, וכיום מדובר בהתפתחות שהפכה לתופעה רחבת-היקף של הפליה בין קבוצות אוכלוסיה, מקום שמתחייב שוויון לשם קיומה של החברה בישראל, ולשם הגנה על שלמותה. אכן החברה בישראל היא חברה פלורליסטית המורכבת מקהילות שונות ובעלת ערכים מגוונים, ערכי תרבות, ערכי דת וערכי יהדות שאנו מבקשים לשמרם. עם זאת, על החברה שקמה במדינת ישראל להתקיים כחברה שוויונית שאינה מכירה בניצול והעדפה של קבוצה אחת על חשבון רעותה, למען המשך קיומה כישות מדינית וחברתית אחת המושתתת על ערכי צדק ושוויון.

מאז שבא הסדר דחיית השירות לראשונה בפני בית המשפט בראשית שנות ה-70 עד לשאלת החוקתיות של החוק המונח לפנינו כיום, צעדה החברה בישראל ככרת דרך ארוכה, ושיטת המשפט שלנו התפתחה בהתאם. באותם ימים רחוקים כשבית משפט זה סירב להיזקק לסוגיית דחיית השירות, החל מבג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד(1) 238; ובשורת הבג"צים בפרשות רסלר שנדונו בראשית שנות ה-80 היה היקפו של ההסדר מצומצם יחסית והשלכותיו החברתיות לא הותירו עקבות צורבים

בבשרה של החברה. מאז השתנו פני החברה בישראל והתכליות שעמדו ביסוד הסדר דחיית השירות בימיה הראשונים של המדינה אינן עומדות עוד בתוקפן.

הנתונים שהובאו בפנינו ושימשו בסיס לפסק דינונו בפרשת רובינשטיין שניתן ב-1998, העידו על התעצמותה והתרחבותה של תופעת דחיית השירות הצבאי ודרכם נחשפו פערים חברתיים בעלי היקף מדאיג בכל הנוגע להימנעות מנשיאה בעול חובת השירות הצבאי - שירות שהוא בלב ליבן של החובות המוטלות על אזרחי ישראל. התמונה שנתגלתה חייבה, לדעתנו, קביעת הסדר ראשוני בחקיקה, נוכח ההסדר הכוללני שהונהג ללא בסיס הולם בחוק. הכנסת קיבלה את המלצותיה של ועדת טל שהוקמה לשם כך והכירה בצורך בשינוי התפיסה החברתית על-פי מתווה שניתן לו ביטוי בחוק.

לפנינו, אפוא, חקיקה שהיא פרי הסדר ערכי ופשרה פוליטית, אשר מבקשת להנהיג למעשה סדר חברתי חדש בישראל. החוק שהוא, על-פי טיבו, בגדר נסיון לתקופה מוגבלת מאזן בין מגמות שונות, וקובע הסדר שנועד לגשר על פני תפיסות דתיות ותפיסות חברתיות שונות המתקיימות זו לצד זו בישראל. כל זאת במטרה למזג אותן וליישמן בחברה שיחידה נושאים בחובות צבאיות ואזרחיות על-פי הצורך ומתוך חתירה לשוויון.

לשאלה האם החוק במתכונתו הנוכחית אכן יצר מודל שיהיה בו כדי להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי; והאם המהלכים שקבע החוק יובילו בהדרגה לשינוי ההסדר של דחיית שירות בדרך של תהליך חברתי מוסכם, לא ניתן מענה בעמדה שהציגה לפנינו המדינה. שאלה זו מרחפת מעל החוק אך טרם בשלה להכרעה שיפוטית בדבר חוקתיותו של ההסדר. מוכנה אני להניח על-פי היריעה שנפרשה לפנינו כי תכליתו של החוק ראויה היא, אולם, כפי שתיאר הנשיא ברק בהרחבה בפסק דינו, ההסדרים שקבע טרם עמדו במבחן הביצוע, ואינם בשלים כדי לקבוע אם אכן מותאמים הם לתכלית שלשמה נועדו. טרם התבהרה התמונה, מדוע לא קידם החוק את התכלית שביקש להשיג. האם החוק היה לאות מתה בשל מחדלי הממשלה בקביעת הדפוסים והכלים החיוניים ליישום, או שמא מדובר בחוק שאינו ניתן ליישום, ומתבקשת המסקנה כי החוק עצמו פוגע באופן בלתי מידתי בזכות לשוויון ואינו מציב תנאים מידתיים ומותאמים להשגת תכליותיו ולמזעור הפגיעה בכבוד האדם.

אודה כי האופן שבו התייחסה הממשלה עד כה לחובתה להציע כלים במסלולי השירות הצבאי והשירות האזרחי לשם ביצוע החוק, מעורר חשש כבד שמא החוק אינו ישים כלל, ואין כוונה רצינית להעמידו במבחן המציאות. עם זאת, תקופת הניסיון שהציב החוק עצמו - תקופה של חמש שנים - לא תמה, ונוכח חשיבותה של התכלית החברתית שהחוק ביקש להשיג, מצטרפת אני למסקנה אליה הגיע הנשיא, כי יש לאפשר לחוק להבשיל לכדי ביצוע, ולבחון את חוקתיותו לאחר שיעמוד במבחני המציאות. אף אני סבורה כי אם במשך הזמן שבו יעמוד החוק בתוקפו לא יחול שינוי משמעותי בכל הנוגע להגשמתו, יהיה בכך כדי לבסס את המסקנה שהחוק אינו חוקתי.

## ש ו פ ט ת

### השופט א' גרוניט:

מבוא

1. סוגיית גיוסם של בני ישיבות לצבא ההגנה לישראל עומדת על סדר היום הלאומי זה שנים רבות. במהלך השנים הוגשו מספר עתירות לבית משפט זה. בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (להלן - פרשת רובינשטיין), נקבע כי הפטור משירות צבאי לבני ישיבות אינו יכול להינתן על דרך של הסדר משני, אלא שעל מנת ליתן לו תוקף יש צורך בחקיקה של הכנסת. ואכן, הכנסת חוקקה בשנת 2002 את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן - החוק). העתירה שבפנינו תוקפת את חוקתיותו של החוק. חברי הנשיא א' ברק (פיסקה 82 לחוות דעתו) הגיע למסקנה "שחוק זה פוגע קשות בכבוד האדם של בני קבוצת הרוב, המחויבים בשירות צבאי" (ההדגשה שלי - א' ג'). לאור הנתונים שהיום באשר ליישומו של החוק, קובע חברי כי לעת הזו לא מתקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים הכלולים בו לשם הגשמת מטרתו. הואיל ותוקפו של החוק נקבע לחמש שנים, והואיל ונותרה תקופה של שנתיים עד לפקיעתו של החוק, קיימת אפשרות שבתקופת השנתיים ייעשה הנדרש על מנת שייושמו כהלכה האמצעים שבחוק לשם מימוש מטרתו. מכאן עמדתו של חברי הנשיא שאפשר ובהתחשב בהתפתחויות עתידיות, יינצל החוק מהצהרת בטלות. חברי המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין מרחיק לכת וקובע את דבר פסלותו של החוק בשל כך שאינו מתיישב עם עיקרי התשתית של המדינה - המשטר הדמוקרטי ויהודיותה של המדינה (פיסקה 48 לחוות דעתו). בחינת שלי את הסוגיה נעשית מזווית שונה לחלוטין מזו של חבריי. להשקפתי, אין מקום שבית משפט זה יקבע את דבר בטלותו של החוק. זאת, מאחר שאין צידוק להפעיל

ביקורת שיפוטית על החוק, שכן מדובר בחוק המעניק זכות יתר למיעוט כאשר טענת הרוב היא לפגיעה בשוויון. במילים אחרות, כאשר הרוב פועל בדרכים דמוקרטיות ומקבל חוק הנותן עדיפות למיעוט, אין מקום שבית המשפט יהפוך לפטרוננו של הרוב. קביעה שמעשה הרוב פסול הוא בהיותו מפלה, מהווה מעשה של פטרונות שאין לו צידוק בנסיבות דוגמת אלה בהן אנו עוסקים. לעניין הנסיבות, כוונתי לכך שהחוק הינו פרי של פשרה חברתית (כדברי הנשיא בפיסקה 54 לחוות דעתו) בין קבוצת הרוב לקבוצת המיעוט (ראו בפיסקה 9 להלן).

#### החוק והפגיעה

2. דומה שרבים הנימנים על קבוצת הרוב, אלה המשרתים בצבא, אינם שבעי רצון, בלשון המעטה, מכך שקבוצת מיעוט מסוימת נהנית מהטבת יתר כה מרחיקת לכת כמו פטור משירות צבאי (מדובר אני במכוון על פטור משירות ולא על דחיית שירות, שכן המציאות מגלה שלמעשה מדובר בפטור). מוכן אני אף לקבל את שסובר חברי המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין שבין קבוצת הרוב יש כאלה החשים תחושות "של כעס ושל זעם על מדינה ועל מחוקק שכך רואים הם לפטור משירות צבאי מי שלומדים בישיבה אך באשר תורתם אומנותם" (פיסקה 35 לחוות דעתו). תחושות אלה כמעט מתבקשות הן אצל הנקראים לשירות צבאי ואשר אינם מתחמקים מחובה אזרחית זו. מכל מקום, התחושות אותן אנו חשים, בין אם מדובר בחוסר שביעות רצון, בכעס, בזעם או אף תחושות הפוכות מאלה כמו קורת רוח, סיפוק או התרוממות רוח - אינן, דרך כלל, מדריך ראוי ומתאים להכרעות חוקתיות.

3. אין ספק בדבר, שהחוק מעניק זכות יתר לקבוצת מיעוט מוגדרת בחברה הישראלית. מדובר באלה הלומדים בישיבה באופן סדיר ואינם עוסקים בעיסוק נוסף בצד לימודי הישיבה (סעיף 2 לחוק, המונה תנאים נוספים שאין צורך להזכירם). בניגוד לאלה שהחוק פטר אותם משירות צבאי, מחויבים יתר אזרחי המדינה ותושביה לשרת בצבא. עם זאת, חייבים אנו לדייק: בין אזרחי המדינה ותושביה שהחוק אינו חל עליהם קיימים אחרים שאינם משרתים בצבא, אם בשל סיבות בריאות ואם בשל אי התאמה מטעמים אחרים. השירות הצבאי הינו מעצם טבעו בעל אופי כופה ויש בו כדי לצמצם את חופש הבחירה של המשרתים בצבא. לעומת זאת, אלה אשר ניתן להם פטור משירות נהנים מחופש בחירה רחב בהרבה מאלה המתגייסים לשירות צבאי. כמוכך, שבהקשר זה יש להזכיר את ההבדל האולטימטיבי בין המשרתים בצבא לאחרים, כוונתי היא לסיכון החיים הקיים אצל הראשונים (אף שלא באותה מידה אצל כולם, שהרי אין להשוות בין המשרתים כלוחמים או כלוחמות ביחידות קרביות לבין אלה המשמשים

בתפקידים תומכי לחימה או שמשימותיהם אינן כרוכות בסיכון חיים). דומה שלא יהיה מי שיחלוק על כך שקבוצת המיעוט עמה נימנים בני הישיבות שאינם מתגייסים זוכה להטבת יתר על פני קבוצת הרוב, שכניה ובנותיה נדרשים לשרת בצבא ואמנם משרתים בו. ברם, עלינו לזכור כי מצב זה נוצר כתוצאה מהחלטה של קבוצת הרוב, כפי שנתקבלה על ידי הכנסת. עוד נזכיר כי בהצבעה בקריאה השלישית הצביעו 51 חברי כנסת בעד הצעת החוק הממשלתית, בעוד ש-41 חברים הצביעו נגדה ו-5 נמנעו. כל זאת לאחר שהתנהל דיון ציבורי מקיף בנושא ולאחר שוועדת טל ישבה על המדוכה.

4. לצרכי הדיון מוכן אני לקבל את עמדתו של חברי הנשיא א' ברק שמתן הפטור משירות צבאי יש בו משום פגיעה מסוימת בשוויון. איני מסכים שמקרה זה, בו הרוב העניק זכות יתר לקבוצת מיעוט, מצדיק פסילתו של החוק. גישתי מבוססת על התפיסה לפיה ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מן הטעם של פגיעה בשוויון תהא מוצדקת כאשר החוק פוגע במנגנונים הדמוקרטיים, כאשר הוא פוגע ביחידים ככאלה או שפגיעתו היא בקבוצות מיעוט. המקרה הנוכחי אינו בא בגדר אלה. במקרה דנא הסכימה קבוצת הרוב, כחלק מפשרה חברתית, ליתן זכות יתר לקבוצת המיעוט. אדגיש, כי עסקינן בדבר חקיקה של הכנסת.

מתן זכות יתר למיעוט וביקורת שיפוטית

5. הדמוקרטיה הייצוגית מבוססת על שוויון בכוח האלקטורלי של כל אזרח ועל זכותם של אזרחים וקבוצות להתארגן ולהצביע עבור אלה שייצגו אותם ברשות המחוקקת. רשות זו, עוסקת בראש ובראשונה בקביעת נורמות כלליות שיחולו על כלל האזרחים. החלטותיה של הרשות המחוקקת מתקבלות על דרך הצבעת רוב. חרף מרכזיותו של עקרון הרוב, מקובל עלינו שבדמוקרטיה חוקתית נתון בידי בית המשפט הכוח לבטל חוקים. כיצד נצדיק, אם כן, את כוחו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה המשקפים את רצון הרוב? (ראו, א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004), עמ' 321 ואילך). הצדקה פורמלית לקיומו של הכוח האמור נמצא במדינות בהן כוללת החוקה הוראות המקנות סמכות לבית המשפט או לגוף אחר שאינו נבחר, לקבוע כי אין תוקף לחוק הסותר את החוקה, הגם שנתקבל על ידי הפרלמנט (למשל: סעיף 167 לחוקת דרום אפריקה; סעיפים 93 ו-100 לחוקת גרמניה). גם במדינות אחרות, בהן החוקה אינה כוללת הוראה בדבר ביקורת שיפוטית, ניתן להצדיק קיומה של ביקורת שיפוטית על יסוד הטיעון שבית המשפט הוא המוסד היחיד שיכול ליתן משמעות להוראותיה של החוקה המגבילות את כוחו של המחוקק (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי בע"מ, פ"ד מט(4) 221 (להלן - פרשת

בנק המזרחי), 421-422 (פסק דינו של הנשיא ברק); (Marbury v. Madison, 5 U.S. ; (1803) 137). הסברים אלה אין בהם די על מנת לשכנע מדוע בכוחו של גוף שאינו נבחר - בית המשפט - לאיין את החלטתו של הרוב. פרופסור Sherry הצביעה על כך שהביקורת השיפוטית מעוררת שאלה כפולה מבחינת היותה אנטי-רובנית (counter-majoritarian): ראשית, כאשר בית המשפט מבטל חוק, שמטבע הדברים נתקבל ברוב דעות על ידי נציגי הריבון, הוא מבטל את רצונו של הרוב. שנית, הביטול נעשה על ידי גוף שלא נבחר על ידי הריבון, אינו נושא באחריות ואף אינו חייב במתן דין וחשבון (accountable). (ראו: S. Sherry "Issue Manipulation by the Burger Court: (Saving the Community from Itself" 70 *Minn. L. Rev.* (1986) 611, 612-613).

ובדבריו של המלומד א' ביקל (A. Bickel):

"When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not on behalf of the prevailing majority, but against it". A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 16-17 (Yale University Press, 1986) 16-17.

כיצד אם כן נצדיק קיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ?

6. במסתו "על החירות", אמר ג' ס' מיל (J. S. Mill) את הדברים הבאים :

"The will of the people, moreover, practically means the will of the most numerous or the most active part of the people; the majority, or those who succeed in making themselves accepted as the majority; the people, consequently, may desire to oppress a part of their number; and precautions are as much needed against this as against any other abuse of power." (J.S. Mill, *On Liberty* (1859), p. 4)

ידועה אמרתו המפורסמת של הלורד אקטון (Lord Acton) על כך שכוח משחית וכוח מוחלט משחית באופן מוחלט. אמירה זו יפה היא לא רק לגבי יחיד אלא נכונה היא אף לגבי קבוצה של אנשים, אפילו מדובר ברוב. ובלשונו של דה-טוקוויל (A. De Tocqueville):

“מהו בעצם הרוב בכללו, אם לא יחיד, שכוונות לו ועניינים, שרובם מתנגדים לאלה של יחיד המכונה מיעוט? ואם תסכימו שמי שניתן לו שלטון בלתי-מוגבל יכול להשתמש בו לרעה כנגד מתנגדיו, מדוע לא תודו, שזה חל גם על רוב? כלום אנשים שחברו יחדיו שינו את אופיים? (א' דה-טוקוויל הדימוקראטיה באמריקה (מוסד ביאליק, תש"ל, תרגמו 'י' טברסקי ו'י' מרגלית) (75).

כל האמירות הללו מתמצות בביטוי “עריצות הרוב” (tyranny of the majority).

7. הצורך להגן על מיעוט מפני רוב כצידוק מרכזי לקיומה של ביקורת שיפוטית, הינו מוטיב חוזר בהגותו של המלומד ג' ה' איליי (J. H. Ely). בספרו *Democracy and Distrust* (Harvard University Press, 1980) ובכתיבתו האחרת הוא חזר והדגיש את תפקידו של בית המשפט בהגנה על מיעוטים. איליי הצביע על כך שהפליה של הרוב על ידי עצמו אינה בעייתית על פניה. כך למשל, הוא התייחס לשאלה האם נמצא פגם של הפליה גזעית המכוונת נגד לבנים, כאשר הלבנים מהווים את קבוצת הרוב. תשובתו לשאלה זו הינה שלילית. עם זאת, מדגיש הוא כי אפשר שקבוצת הרוב כוללת בתוכה קבוצות מיעוט. במקרה מעין זה, ייתכן שמתן זכות יתר לקבוצת מיעוט מסוימת שאיננה חלק מן הרוב, ייחשב כהפליה אסורה מבחינת קבוצת מיעוט אחרת, המהווה חלק מקבוצת הרוב. בהקשר זה מביא איליי בספרו דוגמה שיש לה נגיעה לישראל. לשיטתו, יהא פסול בחוק שיתקבל באחת ממדינות ארצות-הברית אם מטרתו תהא להקטין בעתיד את מספרם של הרופאים הלבנים, שרבים מהם הינם יהודים, על מנת ליתן עדיפות לשחורים. לעומת זאת, אם חוק דומה יתקבל על ידי הכנסת, מתוך כוונה להעדיף קבוצת מיעוט בחברה הישראלית, לא יהא בכך פגם (Ely, 171). הדוגמה האמורה מתאימה ככפפה למקרה שבפנינו. כאשר מדובר בחוק המתקבל באחת ממדינות ארצות הברית, ונותן עדיפות לקבוצת מיעוט אחת (השחורים) על פני קבוצת מיעוט אחרת (יהודים), שעה שזו האחרונה מהווה תת-קבוצה מתוך הרוב, תהא הצדקה להתערבותו של בית המשפט. לעומת זאת, במדינת ישראל לא תהא הצדקה להתערבות דומה בשל היחסיות השונה בין קבוצת הרוב לבין המיעוט. איליי מסכם את דעתו במילים אלה:

“There is thus nothing constitutionally suspicious about a majority's discrimination against itself, but we must never relent in our vigilance lest something masquerading as that should in fact be something else” (Ely, 172).



אלמנט חשוב נוסף בכתיבתו של איליי הוא תפקידו של בית המשפט בשמירת כללי המשחק הדמוקרטי. לשיטתו, בית המשפט אמור לדאוג לכך שהרשויות האחרות לא תפגענה בהסדרים המאפשרים להביא לידי שינוי פוליטי. הוא מקביל את תפקידו של בית המשפט לזה של שופט במשחק ספורטיבי (referee) (Ely, 102-103). האחרון אינו אמור להשפיע בהחלטותיו על תוצאותיו של המשחק, אלא עליו להקפיד על כך שהספורטאים ישחקו על פי כללי המשחק (התיאוריה של איליי שימשה בסיס לכתיבה נרחבת בתחום המשפט החוקתי בצפון אמריקה. תמיכה בגישה התיאורטית של איליי ניתן למצוא, בין היתר, אצל אלה: M. J. Klarman "Symposium on Democracy and Distrust: Ten Years Later: The Puzzling Resistance to Political Process P. J. Monahan "Judicial Review and Theory" 77 Va. L. Rev. 747 (1991) ; Democracy: A Theory of Judicial Review" 21 U.B.C.L. Rev. 87 (1986). ראוי להוסיף, כי התערבות של בית המשפט תהא מוצדקת אף במקרים בהם המחוקק משנה את כללי המשחק, באופן שעלול לעוות את עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, לשבש את הכלל לפיו לכל אחד יש קול אחד או להקשות על קבוצת מיעוט להפוך לקבוצת רוב. דוגמה קיצונית שניתן לחשוב עליה בהקשר זה, היא של חוק הקובע שלאנשים מסוימים תהיה זכות בחירה כפולה בבחירות לכנסת. חוק מעין זה יהא פסול בוודאי אם קבוצת הרוב נוטלת לעצמה זכות כאמור, אך דבר בטלותו יהא נכון אפילו כאשר הזכות האמורה תוענק על ידי הרוב לקבוצת מיעוט בלבד (ראו והשוו, בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 45, בין האותיות ה'-ו'). הוא הדין בחוק המאריך את תקופת כהונתו של הפרלמנט (ראו, ע"א 6821/93 הנ"ל, 544-545 (השופט מ' חשין)). דוגמה נוספת שניתן לחשוב עליה היא העלאה של אחוז החסימה לרמה כה גבוהה עד שהדבר עלול להביא להדרה של קבוצות מיעוט מן המערכת הדמוקרטית-ייצוגית (אולם ראו, בג"ץ 4329/91 סער נ' ועדת חוקה חוק ומשפט (לא פורסם)). דוגמה אחרת היא קבלתו של חוק בהליך פסול, בו חברי כנסת מסוימים מצביעים פעמיים והצבעתם הכפולה מכריעה את התוצאה מבחינת הרוב (ראו, בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577). במצבים דוגמת אלה, על בית המשפט לעמוד על המשמר ולתקן את המעוות, שכן אין גורם אחר מלבדו שיש בידו לעשות כן.

בצד אלה, חייבים בהחלט להכיר בכך שייתכנו מצבים בהם פגיעה ברוב על ידי עצמו תהא פסולה. ניטול מקרה בו הכנסת מחוקקת חוק המפלה נשים לרעה. יטען הטוען כי אין פסול בחוק, שהרי הנשים מהוות רוב מקרב אזרחי ישראל (50.6% מכלל האוכלוסייה, על פי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, נתונים לרגל יום האישה הבין-

לאומי, 7.3.2006, www.cbs.gov.il). אם כך יוסיף הטוען ויטען, שהרוב החליט את שהחליט ומדוע שנלין על כך? התשובה לפירכה הינה פשוטה. אכן, הנשים מהוות רוב באוכלוסייה, אך אחוז חברות הכנסת מכלל החברים נמוך בהרבה. כך למשל בבחירות לכנסת השבע-עשרה שנערכו לאחרונה נבחרו אך 17 נשים מתוך 120 חברי וחברות הכנסת. לאור נתונים אלה, לא ניתן לומר שקבוצת הרוב - הנשים - החליטה להפלות את עצמה. למען הסר ספק, אבהיר שאין כוונתי לומר שבכל מקרה ובכל שעה חייב הייצוג בפרלמנט של קבוצה, המוגדרת לצורך מסוים כקבוצת רוב, לתאום את חלקה היחסי באוכלוסייה.

העדפה מתקנת ותכליות החוק

8. העדפה מתקנת כשמה כן היא: מטרתה ליתן עדיפות לקבוצה מסוימת בחברה על פני הרוב או על פני קבוצות מיעוט אחרות, על מנת לתקן מצב חברתי פסול. נזקקים להעדפה מתקנת בעיקר כאשר המצב החברתי הטעון תיקון מקורו בעוולות עבר שבוצעו על ידי הרוב כנגד קבוצת המיעוט המועדפת עתה (לעניין העדפה מתקנת ראו: בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, בעיקר עמוד 516 ואילך (השופט א' מצא); פ' רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 145). הסוגיה בה אנו עוסקים אינה חוסה תחת כנפיה של העדפה מתקנת. החוק אינו בא לתקן או לכפר על עוולות שבוצעו בעבר על ידי קבוצת הרוב - אלה המתגייסים לצבא - כלפי אלה שאינם מתגייסים. התכלית הראשונה של החוק היא ליתן תוקף בהסדר ראשוני לפרקטיקה שנהגה מכוח החלטות מינהליות מאז קום המדינה, לפיה תלמידי ישיבות אינם חייבים להתגייס לצבא (לעניין התכליות ראו פסקה 54 לחוות דעתו של חברי הנשיא). ברור כי זו התכלית הראשית של החוק, שהרי בפרשת רובינשטיין נפסק כי על מנת ליתן תוקף חוקי לפטור משירות צבאי לבני ישיבות יש צורך בהסדר ראשוני, היינו חקיקה של הכנסת, ולא ניתן להסתפק בהסדר מינהלי. מבחינה זו ברור שהחוק היווה ויתור מנקודת מבטה של קבוצת הרוב שבנותיה ובניה מתגייסים לשירות בצבא ההגנה לישראל. בצד תכלית זו, מיועד החוק להקטין באופן הדרגתי את זכות היתר שהרוב נתן בעבר, וממשיך לתת, בידי קבוצת המיעוט. צמצום זכות היתר אמור להתבצע על דרך פתיחת פתח לשירות צבאי של בני הישיבות וכן העמדת חלופה של שירות אזרחי. מזווית הראיה של המגזר החרדי, שאלה המשתייכים אליו קיבלו פטור משירות צבאי, יש בתכליות האמורות משום ויתור מסוים. ניתן בהחלט לטעון כי הויתור האמור איננו שקול, ולו במקצת, כנגד הויתור שעשה הרוב בעצם מתן הפטור לבני הישיבות. אף אם כך הוא, אין עסקינן בשקילה הדדית של הויתורים. הואיל והפטור משירות הותנה בכך שבני קבוצת המיעוט לא יעסקו בעבודה

כלשהי אלא בלימוד בישיבה, תרם הדבר למצב הכלכלי הקשה של אלה המשתייכים למגזר החברתי המסוים. החוק בא אף לקדם השתלבות של אותו ציבור בשוק העבודה. נראה שהתכליות האחרונות באות לשרת הן את האינטרסים של קבוצת הרוב והן את אלה של קבוצת המיעוט. בהקשר זה, ראוי להזכיר את "שנת ההכרעה" הכלולה בחוק, לפיה יכול תלמיד ישיבה לקבל דחיית גיוס לתקופה של שנה אחת גם אם התנאים השונים שהחוק מציב, כמו לימודים בישיבה ואיסור עבודה, אינם מתקיימים באותה שנה. מכל מקום, אין לתכליות השונות של החוק ולהעדפה מתקנת דבר ולא כלום. ברי, כי החוק אינו מכוון לתקן עוולות עבר שנגרמו על ידי קבוצת הרוב לבני הציבור החרדי. היפוכו של דבר: החוק בא וצועד צעד קטן, ויש שיאמרו צעד בלתי מספיק, על מנת להקטין את זכות היתר של קבוצת המיעוט.

פשרה חברתית וביקורת שיפוטית

9. בצדק רב ציין חברי הנשיא (בפיסקה 54 לחוות דעתו) כי החוק הוא פרי של פשרה חברתית. הפשרה נעשתה בין קבוצת הרוב, שאלה הנימנים עמה משרתים בצבא, לבין קבוצת המיעוט, שחבריה אינם מתגייסים לצבא ההגנה לישראל. כמובן, שלא כל אדם ואדם המשתייך לאחת משתי הקבוצות נתן את הסכמתו לפשרה. בהחלט ניתן לשער שבכל אחת משתי הקבוצות הנזכרות קיימים אנשים המסתייגים מן הפשרה, ואולי אף מתנגדים לה בתוקף. ברור, כי העותרים שבפנינו הם אך חלק מן המתנגדים המשתייכים לקבוצת הרוב. הואיל ועסקינן בויתורים הדדיים של שתי הקבוצות, יש ליתן לכך משקל כנגד הפעלתה של ביקורת שיפוטית על החוק (אפילו נקבל שויתוריה של קבוצת הרוב עולים על ויתוריה של הקבוצה האחרת). בדברנו על ויתורים, לא נוכל אף להתעלם משתי נקודות חשובות אשר ניתן להניח כי תרמו את תרומתן בגדר השיקולים האם להמשיך במתן פטור לבני הישיבות, חרף המספר הגדל והולך של מקבלי הפטור. עניין אחד נוגע להיבט המעשי של גיוס אלפי אנשים בכפייה לשירות צבאי. נראה שהמחשבה שיקשה מאוד לגייס אלפים בכפייה נלקחה בחשבון בעת ההכרעה על קבלת החוק. בנוסף לכך, עולה השאלה האם חברי קבוצת המיעוט שיתגייסו שלא מרצונם יתרמו תרומה כלשהי לביטחון המדינה. נוסף על השיקולים המעשיים האמורים, בהחלט ייתכן ששיקול נוסף, בעל אופי מופשט משהו, היה הרצון למנוע מה שמכונה לעיתים "קרע בעם". השיקולים האמורים שצינתי הם הם שמגלמים יחדיו את הפשרה החברתית. פשרה כאמור מהווה שיקול שבית המשפט לא יכול להתעלם ממנו שעה שעולה בפניו שאלת חוקתיותו של חוק. כמובן, שהשיקול האמור יפעל לצמצום היקף הביקורת השיפוטית (השוו, Societe des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education

1 S.C.R. 549, 578 [1986]. עם זאת, בהחלט ייתכן שעצם קיומה של פשרה חברתית שמצאה ביטוי בחוק כלשהו לא תחסן אותו מפני תקיפה חוקתית ולא תמנע את בית המשפט מלקבוע כי החוק בטל בהיותו סותר חוק יסודי. אם אכן נפגעה זכות חוקתית של יחיד או של יחידים, מדוע שבית המשפט לא יתערב אף אם הפגיעה מקורה בפשרה חברתית, היינו שהרוב הסכים לה אפילו היא פוגעת בו? מקובל עלי שבמקרה כאמור אפשר שתהא הצדקה להתערבות שיפוטית. ברם, במקרה הנוכחי לא אוכל להסכים שאופי הפגיעה בזכותם של חברי קבוצת הרוב מצדיק התערבות. לכל היותר ניתן לומר, כי עסקינן במקרה זה בפגיעה קבוצתית שאינה כוללת פגיעה אישית ממשית בכל אחד מן הפרטים המרכיבים את הקבוצה. כוונתי לכך, שלא הוכח, ודומה שהדבר אף אינו בר-הוכחה, כי גיוסם של בני הישיבות לצבא יצמצם באופן מקביל ויחסי את הנטל המונח על כתפיהם של חברי וחברות קבוצת הרוב המתגייסים לצבא (אולם ראו עמדתו של חברי השופט א' א' לוי בפסקה 6 לחוות דעתו). במילים אחרות, הסיטואציה אינה זו של משחק שסכומו אפס (zero sum game). אילו ניתן היה להוכיח שגיוסם של חברי קבוצת המיעוט היה מקטין בצורה ישירה וממשית את הנטל על קבוצת הרוב, ייתכן שהיה מקום להתערבות שיפוטית על אף שמדובר בפשרה חברתית בגדרה מסכימה קבוצת הרוב ליתן זכות יתר למיעוט (ראו גם שניים מפסקי הדין הקודמים בנושא גיוסם של בחורי הישיבות: בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 238, 247; בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 81, 86-87. אלא, שבאותם מקרים ביסס הטעם האמור את הקביעה בדבר היעדר זכות עמידה של העותרים. לעומת זאת, מבחינתי טעם זה הינו רלוונטי בכל הנוגע לשאלה האם קיימת הצדקה להפעלתה של ביקורת שיפוטית במקרה שבפנינו, בו קבוצת הרוב העניקה זכות יתר למיעוט; אולם ראו ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708; בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 469-471).

הערות לפני טיוט

10. אין ספק שהנתונים המספריים שהוצגו בפנינו באשר למספרם המצטבר של "דחויי" השירות, של אלה שיצאו לשנת הכרעה ושל אלה שבחרו להתגייס לשירות צבאי מעוררים תמיהה ותהייה. עם קום המדינה מדובר היה בהסדר שחל לגבי מאות בלבד של בני ישיבות והנה הגענו לכך שכיום מדובר על קרוב ל-50,000. במשך תקופה של כשלוש שנים מאז שהחוק נכנס לתוקף יצאו לשנת הכרעה אך 1,432 בני ישיבות. מתוך אותם אלה שסיימו את שנת ההכרעה החליטו להתגייס 74 בלבד. ואולם, חשוב לזכור כי לא נעשה דבר על מנת לאפשר לאלה שיבחרו זאת לשרת במה שהחוק מכנה "שירות אזרחי". הכוונה היא לשירות למטרות בריאות, רווחה, קליטת עליה, שמירת

הסביבה וביטחון הפנים ושירותי הצלה (סעיף 6 לחוק). על מנת לאפשר חלופה זו של "שירות אזרחי" היה על שר העבודה והרווחה להתקין תקנות בהסכמת שר הביטחון ושר האוצר, בהתייעצות עם השרים הנוגעים בדבר ובאישורה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת. חברי הנשיא קובע "כי על פי מצב הדברים היום - ולפי מבחן התוצאה - לא מתקיים קשר רציונלי בין מטרות החוק לבין האמצעים להגשמתו" (פיסקה 66 לחוות דעתו). מכאן הייתה מתחייבת המסקנה שהחוק אינו עומד במבחן החוקתי. חרף זאת קובע חברי הנשיא, כי יש להמתין עד חלוף חמש שנים מעת חקיקת החוק, שכן ייתכן כי בשנתיים הקרובות ינוצל הזמן על מנת שמטרות החוק אמנם יוגשמו. נראה לי כי אחת הבעיות המרכזיות שנתגלו היא אי-כינונו של הסדר בדבר "שירות אזרחי". פגם זה ניתן היה לתיקון אילו העתירה הייתה מכוונת לא כנגד חוקתיותו של החוק אלא כנגד אי יישומו על ידי השרים הנוגעים בדבר, באשר לשירות האזרחי.

11. חברי המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין מגיע למסקנה כי החוק פסול הוא משום שאינו מתיישב עם המשטר הדמוקרטי ויהודיותה של המדינה. קביעה זו אינה מבוססת על כך שהחוק סותר את חוקי היסוד אלא משום שהוא מנוגד לעקרונות על-חוקתיים. נראה לי שבעניין זה נעשה שימוש בנשק לא קונבנציונלי על מנת לטפל בבעיה הדורשת טיפול עדין. כבר צוין כי החוק הינו פרי של פשרה חברתית. בהחלט ניתן להבין שחלק מקבוצת הרוב אינו מרוצה מן הפשרה האמורה ורואה בה משום ויתור מוגזם כלפי המיעוט החרדי. אין די בכך, לטעמי, כדי להצדיק קביעה כי החוק פסול הוא, ובוודאי שאין צידוק לעשות כן תוך שימוש בעקרונות על-חוקתיים. בחוות דעתו של חברי אף אין התייחסות לשאלה מה הנפקות של פסילת החוק.

12. והערה אחרונה בנקודה שונה לחלוטין: שאלה נכבדה היא מהו המיקום הגיאומטרי של סוגיית הביקורת השיפוטית בבחינה החוקתית. בפסיקתנו נקבע כי לרשות המחוקק עומד מרחב תמרון חקיקתי (margin of appreciation) שבגדרו "יכול לנוע המחוקק בלא שיקבע כי פגע בהוראותיהם של החוקה או של חוק יסוד" (עע"מ 4436/02 תשעים הכדורים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782, 813). המרחב האמור שניתן למחוקק מגדיר למעשה את גבולותיה של הביקורת השיפוטית. אותו מרחב נכלל בגדר מבחני המידתיות, המהווים חלק מפסקת ההגבלה. הגישה המוצגת על ידי בחוות דעתי בכל הנוגע לביקורת שיפוטית אינה מצומצמת לסוגיית המידתיות אלא רחבה היא בהרבה. ייתכן שיש לראות בה מעין מעטפת או מטריה של הבחינה החוקתית כולה (גישתי בעע"מ 4436/02 הנ"ל הייתה מצומצמת יותר והוגבלה, כמקובל, למבחני המידתיות).

13. חוות דעתי נכתבה אחרי חוות דעתו של חברי הנשיא א' ברק. חברי הוסיף הערות המתייחסות לחוות דעתי שלי. אתייחס עתה בקצרה לחלק מאותן הערות, תוך שאבהיר דברים מסוימים בחוות דעתי.

כמובן, שאיני חולק על הצורך בביקורת שיפוטית ועל הצידוק לקיומה. דומה, שהוויכוח העיקרי עוסק בשאלת היקפה של הביקורת השיפוטית. אכן, גישתי מצומצמת יותר מגישתו של חברי הנשיא. עוררתי את השאלה מהו המיקום הגיאומטרי של ביקורת שיפוטית במבנה החוקתי, האם אוצלת היא על המערך השלם של הבחינה החוקתית או שמא מהווה היא חלק ממרחב התימרון החקיקתי בגדר מבחני המידתיות (פיסקה 12 לעיל). למעשה, מרחב התימרון החקיקתי הוא שקובע את היקפה של הביקורת השיפוטית במקרה קונקרטי. חברי הנשיא מכיר בכך שקיים מרחב תימרון חקיקתי (פרשת בנק המזרחי, עמ' 437-439; א' ברק, פרשנות במשפט: כרך שלישי - פרשנות חוקתית, עמ' 554-557, 625). אף אם אין מסכימים לגישה לפיה סוגית הביקורת השיפוטית עוטפת את כל הבחינה החוקתית, אלא מצומצמת היא למרחב התימרון החקיקתי, הרי שלטעמי אין החוק חורג מגדרו של מרחב זה. אותם גורמים שצינתי - ובהם העובדה שהחוק מקנה זכות יתר למיעוט על ידי הרוב כביטוי לפשרה חברתית - הם שמובילים למסקנה שמרחב התימרון החקיקתי במקרה הנוכחי, רחב הוא. לפיכך, אין מקום לקבוע את דבר בטלותו של החוק.

14. חברי הנשיא משיג על גישתי (פיסקה 79 לחוות דעתו), באומרו כי חוות דעתי אינה מתיישבת עם פסיקתו של בית משפט זה מאז פסק הדין בפרשת בנק המזרחי. איני חולק על ההלכה שבפרשה זו, וברי מחוות דעתי כי מסכים אני שבשיטתנו המשפטית קיימת ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה. אבהיר מדוע אין כל סתירה בין עמדתי לבין הפסיקה בפרשות בנק המזרחי, לשכת מנהלי השקעות (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367), צמח (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241) ואחרות. בכל אחת מן הפרשות הנזכרות מדובר היה בפגיעה ממשית ביחידים, אשר אף נימנו עם קבוצת מיעוט. כך, בפרשת בנק המזרחי נפגעו נושיהם של החקלאים; כך, בפרשת לשכת מנהלי השקעות נפגעו מנהלי השקעות בעלי וותק של פחות משבע שנים בתחום עיסוק זה, אשר נדרשו לעמוד בבחינה כתנאי להמשך עיסוקם במקצוע; וכך, בפרשת צמח נפגעו אותם חיילים שנעצרו ללא צו שופט לפרק זמן של 96 שעות, בעוד שמעצר כאמור לגבי אזרחים היה קצר יותר. ביטולן של

הוראות החוק נשוא הדיון בפרשות לשכת מנהלי השקעות וצמח השפיע, מניה וביה, על יחידים אלה. במילים אחרות, הביטול הביא לשינוי משמעותי לטובה במצבם. זו אף הייתה התוצאה אילו בוטלו הוראות החוק שעמדו לדיון בפרשת בנק המזרחי. אין להשוות את המקרה דנא לאותן פרשות. כאמור, ביטולו של החוק, אשר העניק זכות יתר לבחורי הישיבות שהינם קבוצת מיעוט, לא ישפר באופן ממשי את מצבם של אלה המתגייסים לשירות צבאי, שהינם קבוצת רוב.

סיכום

15. דומה, כי אין מחלוקת שהחוק הפוטר בני ישיבה משירות בצבא מעורר רגשות עזים. אלה המתגייסים לצבא הגנה לישראל, ולעיתים מסכנים את חייהם, אפשר שיחוו תסכול ואף זעם על כך שקבוצת מיעוט נהנית מזכות יתר, במובן זה שבניה אינם חייבים להתגייס לצבא. ניתן להניח שהיה והחוק לא ישיג את מטרותיו, כי אז אותם רגשות יתגברו ויתעצמו. אם כך יקרה, ייתכן שקבוצת הרוב, או למצער חלקים מתוכה, יפעלו לחקיקת חוקים שישללו הטבות שונות מאלה שיימנעו משירות צבאי וגם משירות אזרחי (ראו דעתו של חברי המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין בפיסקה 57 לחוות דעתו). אולם, לעת הזו עלינו לזכור כי זכות היתר ניתנה לקבוצת המיעוט באמצעות הכרעה דמוקרטית שנתקבלה בכנסת. משמע, קבוצת הרוב היא זו שהחליטה ליתן את זכות היתר לבני קבוצת המיעוט. נתון זה מחייב אותנו, על פי השקפתי, להתייחס לביקורת השיפוטית על החוק בצורה שונה לגמרי ממקרה בו דבר חקיקה מפלה לרעה קבוצת מיעוט. הצידוק המרכזי לקיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה הינו הצורך להגן על מיעוט ועל יחידים מפני עריצותו של הרוב. בית המשפט הינו המחסום האחרון שיכול למנוע מן הרוב לפגוע ביחידים ובקבוצות מיעוט. הפגיעה של החוק במקרה דנא הינה פגיעה קבוצתית בבני קבוצת הרוב. אין מדובר בפגיעה ביחידים, שכן לא הוכח שגיוסם של בני הישיבות לצבא יקטין במקביל, באופן יחסי ובצורה נקודתית את הנטל על מי מבין קבוצת הרוב. כאשר לכל אלה מצרפים אנו את העובדה שהחוק הינו פרי של פשרה חברתית, אין מקום לקבוע כי בטל הוא. אין זה מתפקידו של בית המשפט לשמש כאפוטרופוס לבני קבוצת הרוב ולהוציא עבורם את הערמונים מן האש.

16. אילו נשמעה דעתי, היינו דוחים את העתירות אך לא מטעמיהם של שופטי הרוב.

הוחלט ברוב דעות – כנגד דעתו החולקת של המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין  
 – לדחות את העתירות, כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, י"ג באייר התשס"ו (11.05.2006).

שופט	המישנה לנשיא (בדימ')	הנשיא
------	----------------------	-------

שופט	שופט	שופט
------	------	------

שופט	שופט	שופט
------	------	------