



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6298/07

בג"ץ 6318/07

בג"ץ 6319/07

בג"ץ 6320/07

בג"ץ 6866/07

בפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

העותר בבג"ץ 6298/07 : יהודה רסלר, עו"ד רס"ן בדימוס

העותרת בבג"ץ 6318/07 : התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותר בבג"ץ 6319/07 : עו"ד איתי בן חורין

העותרים בבג"ץ 6320/07 :
1. עו"ד אברהם פורז
2. עו"ד אילן שלגי
3. ח"ץ – מפלגה חילונית ציונית

העותרים בבג"ץ 6866/07 :
1. ח"כ רן כהן
2. ח"כ יוסף ביילין
3. ח"כ חיים אורון
4. ח"כ אבשלום וילן
5. ירון שור, מזכ"ל מפלגת מר"צ-יחד

נגד

המשיבים בבג"ץ 6298/07 :
1. כנסת ישראל
2. שר הביטחון

המשיבים בבג"ץ 6318/07 :
1. הכנסת
2. שר הביטחון

המשיבה בבג"ץ 6319/07 : כנסת ישראל

המשיבים בבג"ץ 6320/07 :
 1. הכנסת
 2. ממשלת ישראל
 3. שר הביטחון
 4. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים בבג"ץ 6866/07 :
 1. היועץ המשפטי לממשלה
 2. שר הביטחון

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריכי הישיבות : ט"ו בסיון התשס"ט (07.06.2009)
 כ"ה בשבט התשע"א (30.01.2011)

בשם העותר בבג"ץ 6298/07 : עו"ד יהודה רסלר ; עו"ד יפה דולב

בשם העותרת בבג"ץ 6318/07 : עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד צרויה מידד ;
 עו"ד דפנה קירו ; עו"ד מיקה קונר-קרטרן

בשם העותר בבג"ץ 6319/07 : עו"ד איתי בן חורין

בשם העותרים בבג"ץ 6320/07 : עו"ד גדעון קורן ; עו"ד גיא קדם

בשם העותרים בבג"ץ 6866/07 : עו"ד אורי קידר ; עו"ד איל מינץ

בשם המשיבה 1 בבג"ץ 6298/07,
 בבג"ץ 6318/07, בבג"ץ 6319/07
 בבג"ץ 6320/07 : עו"ד איל ינון ; עו"ד גור בליי

בשם המשיב 2 בבג"ץ 6298/07
 ובבג"ץ 6318/07, בשם המשיבים
 4-2 בבג"ץ 6320/07 ובשם
 המשיבים 2-1 בבג"ץ 6866/07 : עו"ד אסנת מנדל ; עו"ד חני אופק

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

1. הסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" מצוי במרכז הדיון הציבורי בישראל מראשית ימיה של המדינה. במשך השנים השתנו פניה של הסוגיה, ושאלת גיוסם של תלמידי הישיבה הלכה ותפסה מקום מרכזי בשיח הציבורי והחברתי ככל שמספרם של המצטרפים להסדר דחיית השירות גדל והלך, עד שהגיע

למימדים משמעותיים ביותר. מטבע הדברים העסיקה סוגיה זו את כל רשויות המדינה ואף בית משפט זה נדרש לה מספר פעמים. עתה ניצבת היא בפנינו בפעם השמינית.

2. אקדים את המאוחר ואציין כבר בפתח הדברים כי לגישתי חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן: חוק דחיית השירות או החוק) – שנמצא בעבר כי הוא פוגע בזכות לשוויון כחלק מן הזכות לכבוד האדם – אינו מקיים את תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה, ולפיכך אינו חוקתי.

עמדה זו מבוססת על ניתוח נתוני יישום החוק כפי שהוצגו על ידי המשיבים לעתירות. הנתונים – שיפורטו לעומק ובהרחבה להלן – מצביעים על כך שבחוק קיימים חסמים טבועים המשפיעים השפעה ניכרת על האפשרות ליישמו ולהגשים את תכליותיו. אמנם, מן הנתונים ניכרת מגמה של שינוי, אך לא שוכנענו שדי במגמה זו בחלוף כעשר שנים לחקיקת החוק. מהנתונים שנמסרו לנו עולה כי בשנת 2010 התגייסו למסלולים הייעודיים אשר הוקמו בצה"ל מכוח החוק כ-600 חרדים בלבד. לשירות האזרחי הצטרפו בשנה זו 1,122 חרדים; ולשנת ההכרעה יצאו עד לשלהי שנת 2008 3,269 חרדים. רוב החרדים שסיימו את שנת ההכרעה חזרו למעמד "תורתו אומנותו" (ונהנו מדחיית השירות הצבאי או שקיבלו פטור משירות צבאי מטעמים שונים).

לצד הנתונים המספריים הללו, דומה כי אחד הנתונים המשמעותיים ביותר נוגע למספר המצטרפים להסדר תורתו אומנותו מידי שנה. המשיבים עצמם מודים כי מספר דחויי השירות עלה בהתמדה מאז נחקק החוק. בשנת 2007, למשל, הצטרפו 6,571 חרדים להסדר תורתו אומנותו. המשמעות היא שיותר חרדים מצטרפים להסדר מידי שנה מאלה הבוחרים לשרת בשירות צבאי או אזרחי. מספרם הכולל של דחויי השירות עומד, נכון למועד מסירת הנתונים, על כ-61,000 איש. חלקם של המצטרפים להסדר תורתו אומנותו מתוך מחזור הגיוס עולה אף הוא בהתמדה בשנים האחרונות, ובשנת 2007 עמד על 14% ממחזור הגיוס.

כפי שיפורט בהרחבה להלן, אין הנתונים המספריים חזות הכל. עמדתי בסוגיה קשה וחשובה זו מושפעת גם מאיכות השירות הצבאי או האזרחי המוצע מכוח החוק וגם מהאופן שבו החוק יושם על ידי הרשות המבצעת במשך השנים. בהתחשב במכלול הנתונים הללו, דעתי היא כי לצד מגמת שיפור ביישום החוק, אין ניתן לומר כי האמצעים שנקבעו בחוק מגשימים את תכליותיו ונראה כי קיימים בחוק חסמים המשפיעים על חוסר היכולת להביא להגשמתו המלאה. משכך, אין מנוס מלקבוע כי החוק אינו חוקתי.

3. בטרם נצלול לעומקה של השאלה שהוצבה לפתחנו, ובטרם נסקור את השתלשלות הדברים, נציין כי המפנה בפסיקתנו חל בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן: פרשת רובינשטיין). מפנה זה היווה ציון דרך משמעותי במסלול הדיונים בסוגיית גיוס בחורי הישיבות. באותה פרשה קבע בית משפט זה כי שר הביטחון הפעיל את הסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם שלא כדין כיוון שלא ניתנה לכך הסמכה בחוק; וכי הסמכות לקביעת הסדר דחיית השירות מצויה בידי הכנסת בהיותה "הסדר ראשוני". בעקבות פסק הדין חוקקה הכנסת את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן: חוק דחיית השירות או החוק). שאלת חוקתיותו של החוק הובאה בפני בית משפט זה בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא (1) 619 (2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון). בפסק הדין, שנדון בו בהרחבה בהמשך, קבע בית המשפט, מפי הנשיא א' ברק ובדעות רוב השופטים, כי חוק דחיית השירות פוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם – בהיותו מפלה ופוגע בשוויון פגיעה הנוגעת לערכים היסודיים ביותר עליהם מושתת כבוד האדם. עקב קביעה זו בחן בית המשפט את עמידת החוק בתנאיה של פסקת ההגבלה ומסקנתו הייתה כי לחוק ארבע תכליות, אשר בהשתלבן יחד מקימות לחוק תכלית ראויה, העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לצד התכלית הראויה, בית המשפט בחן אם החוק עומד במבחן המידתיות. באשר למידתיות הפגיעה מצא בית המשפט כי על פניו החוק אינו מידתי, שכן על פני הדברים אין בהסדריו של החוק קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים להגשמתו; וכפי שהתברר בעת הדיון מהנתונים שהובאו בפני בית המשפט, "מטרת החוק הוגשמו אך באופן שולי וזניח" (שם, עמ' 712-713). לפיכך, נקבע כי הוגשמה אך תכליתו הראשונה של החוק – כלומר, הסדר דחיית השירות עוגן בחוק. בית המשפט ציין כי תכליתו של החוק הייתה "לקדם פשרה ואיזון בין התכליות הנוגדות" וכי לצד עיגון ההסדר בחוק נועד החוק לקדם את השוויון בנשיאה בנטל הביטחון ולשלב גברים חרדים בשוק העבודה. תכליות אלה לא הוגשמו. לפיכך, בית המשפט קבע כי "בהינתן הקשר ההדוק בין תכליותיו השונות של החוק, אין מנוס מהמסקנה שתכליתו העיקרית והכוללת של חוק דחיית השירות אינה מתגשמת" (שם, עמ' 712).

על אף מסקנתו כי חוק דחיית השירות אינו מקיים את מבחן המידתיות הראשון, נמנע בית המשפט מהכרזה על אי חוקתיות החוק. בית המשפט עמד על כך

שבחינת קיומו של קשר רציונלי בין תכלית החוק לאמצעי הננקט להגשמתה (הוא מבחן המשנה הראשון במסגרת בחינת המידתיות) אינה עניין תיאורטי אלא עניין מעשי, הנבחן לפי תוצאות הגשמת החוק ויישומו למעשה. נוכח היקף השינוי החברתי הנדרש לשם הגשמת החוק, קבע בית המשפט כי יש לאפשר למבצעי החוק "לתקן את שקלקלו" (שס, עמ' 713). בית המשפט ציין כי על רקע מחדלי הממשלה בביצוע החוק קשה להשיב אם הפגם בחוק הוא "גנטי" – כלומר, פגם בעצם הסדרי החוק, או שהתקלה היא מינהלית. על כן, ובהתחשב בכך שחוק דחיית השירות נחקק על דרך של הוראת שעה שתוקפה לחמש שנים (עם אפשרות להארכה לתקופות נוספות של חמש שנים כל אחת), קבע בית המשפט כי יש להמתין לחלוף חמש השנים, שבסופן יהא על הכנסת לבחון האם החוק מגשים הלכה למעשה את תכליותיו. לפיכך, בית המשפט ציין כי "בצד החלטתנו כי העתירות נדחות, שכן לעת הזו לא נוכל להכריע באי חוקתיותן, הננו ממשיכים וקובעים כי אם תימשך המגמה ולא יהיה שינוי של ממש במצב הדברים, קיים חשש כי חוק דחיית השירות יהפוך לבלתי חוקתי... אם לא יחול שינוי משמעותי בתוצאות הגשמתו הלכה למעשה" (שס, עמ' 714).

יצוין כי פסק הדין ניתן כנגד דעתו החולקת של המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין, שבפסק דין מעמיק ומפורט הביא טעמים לכך שהחוק בטל מעיקרו. לגישתו, גם אם ניתן לשקול החלטת דין מיוחד על קבוצות מצומצמות בעלות מאפיינים ייחודיים ועל זרמים מתבדלים בחברה החרדית, אין הצדק ראוי לפטור הרחב שניתן במסגרת הסדר "תורתו אומנותו". השופט א' גרוניס הצטרף לדעת הרוב לפיה יש לדחות את העתירות, אך לא מטעמיה.

4. חמש השנים הראשונות לחייו של חוק דחיית השירות חלפו, ובסופן החליטה הכנסת, ביום 18.7.2007, להאריך את תוקפו של החוק בחמש שנים נוספות (עד ליום 1.8.2012). על רקע החלטה זו הוגשו העתירות שלפנינו. העתירות מעמידות לדיון את השאלה שנתרה פתוחה בפרשת התנועה לאיכות השלטון, היא השאלה בדבר עמידת החוק במבחן המידתיות. בפרט, נדרשים אנו להכריע האם חל אותו "שינוי משמעותי" בתוצאות הגשמת החוק, שיש בו כדי ללמד על כך שהפגם עליו הצביע בית המשפט אינו טמון בעצם ההסדרים הקבועים בחוק, אלא באופן יישומו על ידי הרשויות המופקדות על כך.

תחילה נשמעו העתירות בפני הרכב של שלושה שופטים. ביום 29.5.2008 ניתן צו על תנאי בעתירות ונקבע כי הן תידונה בפני תשעה שופטים. הדיון בפני ההרכב המורחב התקיים ביום 7.6.2009, ולאחריו ניתנה החלטת ביניים. בהחלטה, מפי השופטת א' חיות, נקבע כי:

"בחנו את הטענות שהעלו הצדדים בפנינו הן בכתב והן על-פה... והגענו לכלל מסקנה כי טרם שנקבע עמדה סופית באשר לחוקתיותו של חוק דחיית השירות ובאשר להארכת תוקפו למשך חמש שנים נוספות, יש לאפשר למנגנונים המיועדים ליישום שאך זה מקרוב קרמו עור וגידים והחלו לפעול (המסלולים המיוחדים שהוקמו בצה"ל ומערך השירות האזרחי), להוכיח את יעילותם או אי-יעילותם במבחן התוצאה למשך פרק זמן קצוב נוסף. בחלוף פרק זמן זה נשוב ונבחן את נתוני הגיוס לצה"ל ולשירות האזרחי של דחויי השירות וכן את יתר הטענות והשיקולים הצריכים למתן פסק-דין בעתירות שבכאן. עם זאת, נבקש להדגיש שני עניינים כבר בשלב זה. ראשית, פסק-הדין שניתן בעניין התנועה לאיכות השלטון מהווה נקודת מוצא לצורך החלטה זו ולצורך פסק-הדין שיינתן בעתירות שבכאן ואין מקום להידרש לטענות המועלות על-ידי חלק מן העותרים המבקשות לערער על קביעות ומסקנות בעניינים שכבר הוכרעו במסגרת פסק-הדין הנ"ל. שנית, עד כה קצב הטיפול במנגנונים המיועדים להפעלת החוק וקצב הקצאת המשאבים הנדרשים לצורך כך רחוקים מאוד ממה שניתן היה לצפות לו בנסיבות העניין. זאת, בייחוד בהינתן פרק הזמן המשמעותי שחלף מאז נחקק החוק בשנת 2002" (פסקה 9 להחלטת השופטת א' חיות מיום 8.9.2009).

בהתאם להחלטת ביניים זו, הורינו כי נקיים דיון בעתירה בחלוף כ-18 חודשים, בסופו נחליט "אם המנגנונים הקבועים בחוק שהחלו לפעול יש בכוחם לחולל שינוי משמעותי" (פסקה 10 להחלטת השופטת א' חיות). ביום 30.1.2011 התקיים הדיון, במהלכו הוצגו בפנינו הנתונים העדכניים ביותר באשר ליישום החוק. הנתונים התמקדו בשינוי בהיקפי הגיוס לצבא ובמסלולים השונים לגיוס בחורי ישיבה; בעבודת מינהלת השירות האזרחי-לאומי (להלן: המינהלת או מינהלת השירות האזרחי) ובמספר המתנדבים למסגרת זו; במספר בחורי הישיבה הבוחרים לצאת לשנת הכרעה ובמעשיהם בתום שנת הכרעה. כן הובאו בפנינו שני דוחות שעסקו ביישום החוק הלכה למעשה. האחד, דוח "צוות פלסנר", בראשות חבר הכנסת יוחנן פלסנר, שמונה לכך על ידי ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, והובא במסגרת תגובת הכנסת לעתירה. השני, דוח הצוות הבין-משרדי בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה, שמונה על ידי

הממשלה, והובא במסגרת תגובות הממשלה. נתונים אלה, המהווים את התשתית לדיון בעתירות שלפנינו, יוצגו בהרחבה להלן.

השתלשלות העניינים

5. הרקע העובדתי הרלוונטי להסדר דחיית השירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם פורט בהרחבה בפסקי הדין הקודמים של בית משפט זה, בפרשת רובינשטיין ובפרשת התנועה לאיכות השלטון, ועל כן נעמוד עליו בקצרה בלבד. ראשיתו של ההסדר, כידוע, ביום 9.3.1948, עת הודיע ראש המטה הארצי של ההגנה (הרמ"א) כי "נתקבלה החלטה כי בני הישיבות, לפי רשימות מאושרות, פטורים משירות בצבא", וכי "החלטה זו כחה יפה למשך שנת תש"ח ובסוף השנה תבחן הבעיה מחדש" (ראו הוועדה לגבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות דוח הוועדה (2000) (להלן: ועדת טל), עמ' 32; ראו גם בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, מב(2) 441, 449 (1988) (להלן: פרשת רסלר)). עם קום המדינה, הורה שר הביטחון הראשון, דוד בן-גוריון, לדחות את גיוסם לצבא של תלמידי ישיבות אשר "תורתם אומנותם". היו אלה השנים הקשות שלאחר השואה; ולאחר שהישיבות באירופה נהרסו, ריחף חשש כי נשקפת סכנת סגירה לישיבות בישראל בשל גיוסם של בני הישיבות לצבא. על מנת ש"נר התורה לא יכבה", הוחלט להחיל את ההסדר על כ-400 תלמידי ישיבה בשנה, שלמדו במספר קבוע ומוגדר של ישיבות. ברבות השנים התרחב ההסדר משמעותית. ההגבלה על מספר הישיבות השותפות להסדר בוטלה, ומכסת התלמידים שזכו לדחייה גדלה בהדרגה, ולבסוף בוטלה כליל. כמו כן, הורחב היקף התלמידים הזכאים לדחיית השירות והוקלו הדרישות מבעלי הדחייה (ראו: נעמי מי-עמי, גיוס תלמידי ישיבות לצה"ל וחוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם ("חוק טל"), מחקר מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת מיום 28.2.2007. המחקר צורף לתגובת הכנסת מיום 21.5.2008 (סומן מש/3). בד בבד, שונו הטעמים המונחים ביסוד ההסדר. החשש המקורי מסגירת הישיבות בשל גיוס תלמידיהן לצבא שכך, והתחלף ברצון לאפשר לתלמידי ישיבה להמשיך בתלמודם. לצידו התגבשה התפיסה כי "יעילות שירותם של תלמידי ישיבה מוטלת בספק עקב קשיי ההסתגלות שלהם לצבא ושל הצבא אליהם" (פרשת רובינשטיין, עמ' 491).

6. במרוצת השנים רבו הניסיונות לתקוף את חוקיות וחוקתיות הסדר דחיית השירות בבית המשפט העליון. העתירות הראשונות בנושא נדחו מטעמי העדר זכות עמידה ואי שפיטות (ראו: בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 238 (1970); בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 81 (1981); ד"נ 2/82 רסלר נ' שר

הביטחון, פ"ד לו(1) 708 (1982); בג"ץ 179/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(4) 421 (1982)). תפנית בעמדת בית המשפט חלה בפרשת רסלר (בג"ץ 910/86 הנ"ל), עת נקבע כי לעותר זכות עמידה בדין, וכי עתירתו שפיטה. עם זאת, לגופה של עתירה נפסק כי דחיית השירות לתלמידי הישיבות אינה חורגת מסמכותו של השר או ממתחם הסבירות הנלווה להפעלתה. קביעה זו נסמכה על הנתונים העובדתיים שהוצגו באותה פרשה, לפיהם מתוך המחזור שהתגייס לצה"ל ב-1987 קיבלו 1,674 תלמידי ישיבות דחיית גיוס (כ-5.4% מכלל המחזור) ו-17,017 תלמידים בסך הכל נמצאו בהסדר דחיית שירות (שס, בעמ' 451). בית המשפט קבע כי ישנה חשיבות למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה, וכי "הכמות עושה איכות". בהתאם, נקבע, קיים גבול, שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור. גבול זה לא נחצה עת נידונה דחיית השירות בפרשת רסלר (שס, 505).

7. בשנת 1997 הוגשה עתירה נוספת בעניין דחיית שירותם של תלמידי הישיבות, שהציגה נתונים בדבר גידול משמעותי במספר תלמידי הישיבות ששירותם נדחה. מקבלי הדחייה נכון לשנת 1996 היוו כ-7.4% משנתון הגיוס, ובסך הכל דובר ב-28,547 תלמידים ששירותם נדחה, והלכה למעשה קיבלו פטור מגיוס (פרשת רובינשטיין בעמ' 493; כן ראו מבקר המדינה – דוח שנתי 48 לשנת 1997 ולחשבונות שנת הכספים 1996, בעמ' 1004). בנסיבות אלו, נקבע כי שר הביטחון אינו רשאי עוד ליטול לעצמו את הסמכות להכריע בסוגיית דחיית השירות. בית המשפט קבע כי השאלה הפכה לכזו הדורשת הכרעה באמצעות הסדר ראשוני, בחוק הכנסת:

"על רקע מספרם ההולך וגדל של תלמידי ישיבה ש'תורתם אומנותם' המקבלים דחיית שירות צבאי, ולימים פטור משירות צבאי; על רקע הקרע בחברה הישראלית בשאלת דחיית גיוסם של תלמידי ישיבה ש'תורתם אומנותם'; על בסיס הבעיות המשפטיות והרקע האידאולוגי והחברתי הקשה שבכסיסן, ולאור הצורך לתת להן פתרון לאומי כולל, נדרשת מעורבותה של הכנסת למצוא פתרון לבעיה קשה זו." (שס, בעמ' 530).

על מנת לאפשר לשר הביטחון ולכנסת לקיים דיון בסוגיה ולהיערך לקראת שינוי ההסדר הקיים, הושעתה תוצאת ההכרעה למשך שנה מיום מתן פסק הדין. בהמשך לכך, ועל מנת לגבש הסדר ראוי בנושא גיוס תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם לצה"ל, מונתה באוגוסט 1999 ועדת טל, בראשות שופט בית המשפט העליון (בדימוס) צ' א' טל. 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: דוח ועדת טל, עמ' 1).

8. ועדת טל הגישה המלצותיה באפריל 2000. על בסיס המלצות אלו פורסמה ברשומות הצעת חוק שירות ביטחון (דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם) (הוראת שעה), תש"ס-2000. הליכי החקיקה נמשכו כשנתיים, וביום 24.7.2002 התקבל בכנסת חוק דחיית השירות. לחוק ניתן מעמד של הוראת שעה, ונקבע כי הארכתו תיבחן מחדש על ידי הכנסת בחלוף חמש שנים. החוק קובע שבהתקיים תנאים מסוימים, בהם מכסת שעות לימוד מינימלית ואיסור על עבודה בשעות הלימוד, שר הביטחון רשאי להעניק צו דחיית שירות, למשך שנה, לתלמידי ישיבות (סעיפים 2 ו-3 לחוק). החידוש העיקרי בחוק, לעומת המצב שקדם לו, הוא קיומם של מסלולים חלופיים להסדר הדחייה. המסלול הראשון הינו "שנת הכרעה" (סעיף 5 לחוק). לפי הסדר זה יכול תלמיד ישיבה שגיוסו נדחה במשך ארבע שנים והגיע לגיל 22, לקבל צו לדחיית גיוס למשך שנה אחת, אפילו לא מתקיימים בו התנאים הרגילים לשם דחיית השירות. במהלך שנה זו יכול התלמיד לצאת לעבודה, ללא הגבלה. לאחר "שנת ההכרעה" יכול תלמיד הישיבה לבחור האם לשוב למסלול הקודם של לימודים בישיבה – תוך המשך דחיית השירות הצבאי – או שמא להתגייס למסלול של שירות ביטחון או שירות אזרחי. האפשרות לצאת ל"שנת הכרעה" נתונה לכל תלמיד ישיבה פעם אחת בלבד. מסלול נוסף המעוגן בחוק הינו מסלול של שירות אזרחי (סעיף 6 לחוק). האפשרות לבחור בו נתונה גם היא רק למי ששירותו נדחה במשך ארבע שנים והוא בן 22. מי שאינו בוחר לצאת לשנת הכרעה או להצטרף לשירות האזרחי, וככל שהוא עומד בתנאי החוק, מוסיף לקבל דחיית שירות.

פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת

9. שאלת חוקתיותו של חוק דחיית השירות נדונה לראשונה, כאמור, בפרשת התנועה לאיכות השלטון. בלב העתירות הראשונות כנגד החוק עמדה הטענה כי חוק דחיית השירות פוגע בשוויון, בהפלותו בין בני החברה המשרתים שירות ביטחון לבני החברה הפטורים משירות זה, מבלי שקיים שוני רלוונטי בין הקבוצות, ומבלי שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. בנוסף טענו העותרים כי בני החברה המשרתים נאלצים לשרת בצבא זמן רב יותר, הסיכון לחייהם ולשלמות גופם גובר, והפגיעה

בקניינם מתעצמת. מהנתונים העובדתיים שהומצאו לבית המשפט התברר כי בשנת 2003 נמנו בישראל 38,449 דחויי שירות; בשנת 2005 עמד מספרם על 41,450, ובשנת 2006 גדל מספר זה לסך של 45,639 (שם, עמ' 665-667). ואכן, המדינה מסרה בהודעותיה כי יישום חוק דחיית השירות אינו משביע רצון וכי חלקים ניכרים בחוק אינם מיושמים. כן הסכימה המדינה כי "יש צורך בשינוי מידי במצב הקיים" (שם, בעמ' 666, במכתבה של שרת המשפטים דאז לראש הממשלה מיום 18.7.2005 שצורף להודעת המדינה). ראש הממשלה הורה לנקוט בשורה של צעדים ליישום החוק, ובפרט ליישומו של מסלול השירות האזרחי, שלא יושם כלל נכון למועד הדיון בעתירה (שם, שם).

10. לאחר בחינה של הנתונים העובדתיים וטענות הצדדים, קבענו בפסק דיננו, ברוב דעות, כי חוק דחיית השירות פוגע בכבוד האדם. בית המשפט, מפי הנשיא א' ברק, קבע כי הזכות המרכזית הניצבת בלב המחלוקת היא הזכות לשוויון, וזו נפגעת מדחיית השירות הגורפת, המפלה, ללא כל שוני רלוונטי, בין בני החברה המשרתים שירות ביטחון ובני החברה ששירותם נדחה (שם, בעמ' 677-679). אמנם, נקבע, לא כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בכבוד האדם; אולם, בהתאם לפרשנות שניתנה לכבוד האדם על פי מודל הביניים שנבחר בפסק הדין, נקבע כי פגיעה בשוויון הנוגעת לערכים היסודיים עליהם מושתת כבוד האדם עולה כדי פגיעה בכבוד, וכי כזו היא הפגיעה הנוצרת כתוצאה מחוק דחיית השירות. הפליה באשר לחופש הבחירה הנתון לאדם בתקופת שירות צבאי ארוכה וממושכת, התובעת מחיר אישי וכלכלי מובהק, וכרוכה לא פעם בסיכון החיים ושלמות הגוף – היא הפליה באשר לחיים עצמם. ככזו, קבע בית המשפט, היא הקשה בהפליות, ופגיעתה בכבודו של האדם כיצור חופשי ואוטונומי הינה מובהקת (שם, עמ' 689-690).

משנמצא כי חוק דחיית השירות פוגע בשוויון כחלק מכבוד האדם, פנה בית המשפט לבחון האם פגיעת החוק בזכות לכבוד הינה כדין, בשל עמידתה בתנאי פסקת ההגבלה. במילים אחרות, האם הפגיעה נעשתה בחוק או על פי חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל; והאם החוק נועד לתכלית ראויה והפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש. כאמור, במסגרת בחינה זו קבע בית המשפט שביסוד החוק ניצבות ארבע תכליות מרכזיות – לעגן בחוק את הסדר הפטור משירות צבאי; להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי, במובן זה שיותר גברים בני הקהילה החרדית ישרתו בסופו של יום בשירות צבאי, ולמצער ישרתו שירות אזרחי; להגביר את השתתפות הציבור החרדי בשוק העבודה; ולהביא לפתרון הקשיים שהיו קיימים בהסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבות, וזאת בדרך הדרגתית ובזהירות, ועל יסוד הסכמה רחבה

וללא כפיה (שאינה אפקטיבית) של הגיוס. ארבע התכליות, נקבע, מקימות במצטבר ובמשולב תכלית ראויה לחוק. משכך, הדיון התמקד במידתיות החוק. בבחינת החוק מצאנו, בהסתמך על מבחן המשנה הראשון של המידתיות, הבוחן את קיומו של קשר רציונלי בין תכלית החוק לאמצעי הננקט להגשמתה, שהפגיעה הנגרמת על ידי החוק אינה מידתית. קביעה זו נסמכה על הנתונים שהוצגו בפני בית המשפט, מהם עלה כי בעוד שמספר דחויי השירות גדל בהתמדה עם השנים ועמד, נכון לסוף שנת 2006, על 45,639 איש, המסלולים החלופיים כמעט ולא יושמו (שם, בעמ' 711). פחות מ-3% מכלל דחויי השירות יצאו לשנת הכרעה, ורק 9% מבין אלו שסיימו את שנת ההכרעה בחרו להתגייס. שאר מסיימי שנת ההכרעה חזרו רובם ככולם למסלול "תורתו אומנותו" או שקיבלו פטור מלא משירות; הם לא השתלבו בחברה הישראלית ובשוק העבודה. באשר לחלופת השירות האזרחי, מספר מועט של דחויי שירות הביע עניין בביצועה, והמדינה עצמה, גם בחלוף שלוש שנים לחקיקת החוק, טרם התקינה תקנות והכשירה מסגרות שיאפשרו שירות כזה (שם, שם). נוכח ממצאים חמורים אלה, נקבע בפסק דינו כי לו הייתה מתקבלת הכרעה בעתירות על פי מצב הדברים שהוצג בפנינו, היה צורך להכריז על בטלותו של החוק בשל העדר מידתיותו. עוד נקבע כי בהעדר קשר רציונלי בין המטרה לאמצעי, הדיון בשני מבחני המשנה הנוספים הופך תיאורטי.

11. על אף קביעות אלה, סברנו כי יש מקום להמתין בגיבוש המסקנה באשר לחוקתיות חוק דחיית השירות, וזאת עד לתום התקופה של חמש השנים בהן יעמוד החוק בתוקפו, הואיל ונחקק כהוראת שעה. פרק הזמן נדרש גם כדי לבחון את טענת המשיבים, לפיה האשם במצב הדברים שהוצג לבית המשפט אינו בחוק עצמו אלא בהסדרים שנקבעו להגשמתו. תשובה לשאלה זו תוכל להינתן, קבע בית המשפט, רק בחלוף פרק זמן מסוים בו ייושם החוק ותוכל להיבחן התקדמות המגמות המעוגנות בתכליתו והשפעת החוק על היקף דחיית השירות של תלמידי הישיבות. לפיכך, ביקשנו להמתין ולראות אם החוק יצליח לחולל את השינוי החברתי הנדרש, וקבענו כי "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" (שם, בעמ' 722; הנשיא א' ברק).

12. מאז ניתן פסק-הדין בפרשת התנועה לאיכות השלטון חלפו כשש שנים. שוב עומדים אנו בפני בחינת מידתיות החוק, על רקע יישומו בשנים האחרונות. כפי שקבענו בהחלטתנו מיום 8.9.2009, הכרעת בית משפט זה בפרשת התנועה לאיכות השלטון לפיה החוק נגוע, כלשונה של השופטת א' פרוקצ'יה, ב"וירוס" אי החוקתיות (שם, עמ' 795), מהווה את נקודת המוצא להכרעתנו בעתירות הנוכחיות. השאלה הנשאלת היא אם

תוצאות הגשמת החוק מעידות על כך שיש ביישום החוק כדי לרפא את ה"וירוס" שהתגלה או שאין מנוס מן המסקנה לפיה מדובר בחוק שאינו מותאם להשגת תכליותיו.

העתירות שלפנינו

13. כאמור, חוק דחיית השירות נחקק לראשונה לתקופה של חמש שנים. על פי סעיף 16(ב) לחוק, הכנסת רשאית להאריך את תוקפו של החוק לתקופות נוספות, שלא יעלו על חמש שנים כל אחת. ביום 31.7.2007, כחצי שנה לפני פקיעת החוק, התקיים דיון במליאת הכנסת, ובסופו הוחלט שוועדת החוץ והביטחון של הכנסת תגיש המלצה באשר להארכת החוק. ועדת החוץ והביטחון שמעה מגוון של מומחים שבחנו את ההיבטים השונים של החוק ובתום דיוניה המליצה למליאת הכנסת להאריך את תוקפו של החוק. המלצת הוועדה התבססה בעיקרה על הקמתו של מנגנון השירות האזרחי-לאומי בשנת 2008, ועימו הצפי לשינוי ביישומו של החוק. הכנסת קיבלה את ההמלצה וביום 18.7.2007, החליטה, ברוב של 56 תומכים מול 9 מתנגדים ו-2 נמנעים, להאריך את תוקפו של החוק בחמש שנים נוספות, עד ליום 1.8.2012. העתירות שלפנינו הוגשו עקב הארכת תוקפו של החוק.

טענות העותרים

14. חמש עתירות הוגשו נגד חוק דחיית השירות. חלק מן העותרים מלווים את המערכה המשפטית בסוגיה שלפנינו מזה שנים. רבות מן הטענות משותפות לעותרים השונים, ועל כן, למען הנוחות הן יוצגו במאוחד. טענות העותרים מכוונות בעיקרן נגד ההסדרים הקבועים בחוק דחיית השירות והארכת תוקפו בחמש שנים נוספות. הטענה המרכזית של העותרים הינה כי לא ניכר שחל שינוי ביישום החוק הלכה למעשה. העותרים מבקשים מבית המשפט לקבוע כי החוק אינו חוקתי, או לחלופין, חלק מן העותרים ביקשו מבית המשפט להורות על קביעת קריטריונים ומדדים לבחינת הצלחתו.

העותרים טוענים שהחלטה להאריך את תוקפו של החוק בחמש שנים נוספות מעמיקה את ההפליה והחלוקה הבלתי שוויונית בנטל הגנת המדינה וסיכון החיים. לטענתם, למחוקק ולרשות המבצעת הייתה הזדמנות ראויה להגשים את מטרות החוק, ונתוני היישום בפועל מצביעים על כך שהלכה למעשה ניתנת לבחורי ישיבות דחיית שירות גורפת אשר עם השנים הופכת לפטור משירות צבאי. העותרים טוענים כי מספר המתגייסים או הפונים לשירות אזרחי מהווה "טיפה בים" לעומת המספר ההולך וגדל

של בחורי ישיבה הנהנים מדחיית שירות או מפטור מלא משירות צבאי, וחלקם היחסי בכל שנתון גיוס מצוי בעלייה מתמדת. עוד נטען כי הנתונים מצביעים על כך שהגידול המרכזי הוא בשיעור המצטרפים לשירות האזרחי, ומכאן ניתן להסיק כי החוק כלל אינו מעודד גיוס לשירות צבאי; וכי הנתונים מוכיחים ששנת ההכרעה אינה משפיעה על הבחירה להתגייס או להישאר בישיבה.

העותרים טענו עוד כי די בעובדה שאין כל הגבלה בחוק על מספר הפטורים מגיוס כדי לקבוע ששאלת המידתיות כלל לא נשקלה במסגרתו. על מנת להשיג את מטרת החוק, נטען, ניתן היה לנקוט באמצעים אשר פגיעתם בשוויון פחותה, ובהם, קביעת מכסות, יעדים, סייגים וקריטריונים המקנים פטור על בסיס ענייני והתחשבות במספר ההולך וגדל של המבקשים פטור משירות צבאי. כן נטען כי הפטור הגורף שניתן לבחורי הישיבות מצביע על כך שלא מתקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח מן החוק ובין הפגיעה בזכות החוקתית, נוכח העובדה שהמחוקק הקנה חופש בחירה מוחלט לתלמידי ישיבות בעוד שכפה מסלול ארוך שנים, תובעני ומחייב על צעירים אחרים.

15. חלק מן העותרים הוסיפו כי המדינה מודדת את הצלחת החוק רק במדדים כלכליים הבוחנים את שילוב החברה החרדית בשוק העבודה. אלה, לגישתם, הם בבחינת טפל ההולך אחר העיקר בעתירות שלפנינו, ועל כן, אין מקום שבית המשפט יבחן מדדים אלה. בכל מקרה, גם ביחס למדדים אלה, נטען, לא זו בלבד שמספר מקבלי הפטור גדל באופן משמעותי ומספר המתגייסים לא גדל באופן מספק, אלא שגם התכליות הכלכליות של החוק לא הושגו.

טענות המשיבים

16. בהתאם למסגרת הדיון בעתירות שלפנינו, אשר נקבעה בפרשת התנועה לאיכות השלטון ובהחלטת הביניים שניתנה על ידינו ביום 8.9.2009, טיעוני המשיבים – הכנסת מזה וממשלת ישראל, שר הביטחון והיועץ המשפטי לממשלה, מזה – התמקדו בהשתלשלות האירועים לאחר הארכת החוק ובנתונים באשר ליישומו של החוק הלכה למעשה. נתונים אלה מצביעים, לפי הטענה, על כך שחוק דחיית השירות עומד במבחן המידתיות.

17. משיבה 1, כנסת ישראל (להלן: הכנסת), הגישה לבית המשפט שלושה כתבי טענות מרכזיים (תגובה מיום 21.5.2008; הודעה מעדכנת מיום 4.1.2009; והודעת

עדכון מיום 19.1.2011). בשלושת כתבי הטענות טענה הכנסת כי אין מקום להורות על בטלות חוק דחיית השירות. בתגובה הראשונה מיום 21.5.2008 נטען כי יש לדחות את העתירות מן הטעם שמנגנון השירות האזרחי, שהינו אחד האדנים המרכזיים בהסדר שנקבע בחוק דחיית השירות, החל לפעול חודשים ספורים לפני הארכת תוקפו של החוק, ויש לבחון את פעולתו לאורך זמן. בתגובה פורטו בהרחבה הדיונים שקיימה ועדת החוץ והביטחון, שהחליטה, טרם המליצה לכנסת להאריך את תוקף החוק, להדק את הפיקוח שבוצע מטעמה על יישומו. לפי הטענה שהועלתה אז, למרות שנתוני היישום של החוק מצביעים על כך שלא נעשה די לקידומו, אין מקום לקבוע כי טבוע בחוק "פגם גנטי".

ביום 19.1.2011 הוגשה תגובה עדכנית מטעם הכנסת. לתגובה צורף דוח הביניים של "צוות פלסנר" (להלן: דוח הביניים או דוח פלסנר), שמונה על ידי ועדת החוץ והביטחון במסגרת מאמציה להדק את הפיקוח על ביצוע חוק דחיית השירות. בראש הצוות עומד חבר הכנסת יוחנן פלסנר, וחברים בו חברי הכנסת: אריה אלדד, משה גפני, נסים זאב, ישראל חסון, איתן כבל ומשה (מוץ) מטלון. הצוות קיים שורה ארוכה של ישיבות, סיורים ופגישות עם גורמים שונים האחראים ליישום החוק. מסקנת דוח הביניים הייתה כי יישום החוק נכשל. דוח הביניים מציין כי נתוני הגיוס וההצטרפות לשירות האזרחי הם נמוכים; כי אין די מסלולים מתאימים לגיוס בחורי ישיבה; וכי יש לקבוע יעדים למימוש החוק ולשקול קביעת מכסות להצטרפות להסדר דחיית השירות. על אף המסקנה כי יישום החוק נכשל, עמדת צוות פלסנר הינה ש"אין לבטל את החוק אלא לבצע שינויי מדיניות ושינויי חקיקה שיאפשרו להתאים את המנגנונים הקבועים בו לתהליכים החיוביים שעוברת החברה החרדית וללקחים אשר הצטברו עד כה באשר לתנאי גיוסם של החרדים לצה"ל" (עמ' 11 לדוח הביניים). בא-כוח הכנסת ציין כי בעקבות הגשת דוח הביניים (שעל המלצותיו חתמו חמישה משבעת חברי הצוות) התקיים דיון בועדת החוץ והביטחון (ללא הצבעה). בתום הדיון הביע יו"ר הוועדה, חבר הכנסת שאול מופז, את תמיכתו בעקרונות המובאים בדוח הביניים. לפיכך, בעקבות ממצאי הדוח, ובהמשך לדיונים שקוימו בועדת החוץ והביטחון ובמליאת הכנסת, עמדתה העדכנית של הכנסת סוכמה כך:

"נוכח ההתפתחויות החיוביות המובאות בדו"ח הביניים של צוות פלסנר, נוכח המורכבות של השינוי החברתי העמוק הכרוך בחוק, והזהירות והריסון הראויים ביחס לסוגיה כה רגישה וישנויה במחלוקת בחברה הישראלית, אין להורות על בטלות החוק ואי חוקתיותו. עם זאת, הכנסת סבורה כי על הממשלה להסיר את החסמים, לקבוע מדיניות, יעדים ברורים ודרכי פעולה להשגתם,

ולהגביר בצורה משמעותית את המאמצים ליישום החוק. כמו כן, בכוונת הכנסת לעשות שימוש בכלים העומדים לרשותה כדי להמשיך ולעקוב באופן הדוק אחר אופן יישומו של החוק...” (הודעה מעדכנת מטעם הכנסת מיום 19.1.2011, עמ' 6).

18. משיבים 2-4 (ממשלת ישראל, שר הביטחון והיועץ המשפטי לממשלה; להלן: הממשלה) הגישו אף הם מספר כתבי טענות לבית המשפט. בכתבי הטענות עמדה הממשלה על המסלולים השונים ליישום חוק דחיית השירות וצירפה נתונים עדכניים באשר לשיעור המצטרפים לכל אחד מן המסלולים. הטענה המרכזית של הממשלה היא כי אבן הבוחן להערכת יישומו של חוק דחיית השירות אינה צריכה להיות תוצאתית – קרי, בחינה בכל רגע נתון של מספר המשרתים בצבא ובשירות אזרחי-לאומי – כי אם גישה תהליכית הבוחנת את השינוי ההדרגתי ביישום החוק. לטענת הממשלה, נוכח מורכבות השינוי החברתי הנדרש, יש לבחון את התהליך ליישום החוק ולא את התוצאה הכמותית בנקודת הזמן הנוכחית. לפי הטענה, המדד התהליכי מקפל בתוכו מספר מדדי משנה, שבחינתם תסייע בקביעה האם “עמדה המדינה בחובת השקידה הראויה” (הודעה מעדכנת מיום 24.1.2011, עמ' 12). המדדים שהוצעו על ידי הממשלה היו ארבעה במספר: (א) מחויבות ארוכת טווח באמצעות הקמת תשתית מנגנונית המלווה ביעדי ביניים כמותיים; (ב) הגדלה הדרגתית (ונמשכת) של התשתית הארגונית באמצעות חותרת המדינה להנהגת הגיוס השוויוני; (ג) הלימה בין היקף האמצעים הננקטים לבין קצבו הפוטנציאלי של השינוי בהינתן האילוצים הנובעים מן המורכבות החברתית ומידת הבשלות החברתית לשינוי; (ד) קיום מעקב ובקרה אחר קצב ההתפתחות ההדרגתית הכולל הגדרת יעדי ביניים המהווים עוגנים להפעלת הפיקוח. לפי הטענה, בחינת יישום מרכיבי המדד התהליכי מובילה למסקנה שהממשלה שקדה על הקמת תשתית מנגנונית רחבה שהובילה לגידול במספר המשרתים במסלולים השונים. כמו כן, הממשלה הפנתה להחלטה האחרונה שהתקבלה על ידה ביום 9.1.2011, אשר קובעת “תוכנית חומש” ובה יעדים כמותיים למספר המשרתים עד לשנת 2015. כן נקבע בהחלטה כי צוות בין-משרדי בראשות מנכ”ל משרד ראש הממשלה, שהגיש לממשלה דוח טרם קבלת ההחלטה האמורה, יקיים מעקב שוטף אחר יישום ההחלטה ויגיש דיווח עד ליום 1 ביולי 2012.

נוסף על טענות אלה, הממשלה סבורה כי אין לבחון את הנתונים המספריים מתוך כלל אוכלוסיית דחויי השירות, אלא אך מתוך אותו פלח אוכלוסייה צעירה המורכבת, בדרך כלל, מגברים נשואים צעירים שטרם נולדו להם ילדים. לפי הטענה, קבוצת בני הישיבות המבוגרים יותר הם בעלי משפחות, שקיים ספק גדול אם יעזבו בשלב זה של חייהם את חיי לימוד התורה ויצטרפו לצבא או לשירות הלאומי. על כן,

השינוי החברתי אותו ביקש חוק דחיית השירות לכונן אינו רלוונטי לקבוצה זו. הממשלה טענה כי כשבוחנים את השינוי בהתייחס לקבוצת האוכלוסייה הצעירה המצטרפת להסדר דחיית השירות מידי שנה, המספרים בשנים האחרונות מעידים על שינוי משמעותי. כך למשל, הממשלה ציינה כי מספר המתגייסים החדשים לשירות צבאי ולשירות אזרחי מקרב האוכלוסייה החרדית מצביע על גידול של פי שישה בקירוב בארבע השנים האחרונות. בדומה, הממשלה ציינה כי מספר המצטרפים לשירות האזרחי עמד בארבעת החודשים האחרונים של שנת 2010 על שיעור של כ-120 אנשים מדי חודש. עלייה זו מלמדת, לפי הטענה, "כי אפיק שירות זה והלגיטימיות שבבסיסו מתרחבים ואף צפויים להתרחב עם הגדלת היצע אפשרויות השירות במסלול זה" (הודעה מעדכנת מטעם משיבים 2-4 מיום 24.1.2011, עמ' 7). לטענת הממשלה, הגידול במספר המצטרפים למסלולי השירות השונים מעיד על כך שהמנגנונים הקיימים מצליחים להביא לגידול בשיעור המצטרפים אליהם; וכי הגידול הנוכחי "מבטא את המאמצים המירביים האפשריים נכון לעת הזו, נוכח המגבלות הנובעות מקצב הבשלת השינוי החברתי" (שם, עמ' 9).

ד"ר

19. אין צורך להכביר מילים על כובדה של השאלה שהונחה לפתחנו. משך שנים נבחנת על ידינו הסוגיה של גיוס בחורי הישיבות ומתן הפטור לאוכלוסייה זו בדרך של איפוק וריסון, כשאנו צועדים עקב בצד אגודל במעקב אחר התהליכים החברתיים המתחייבים מיישום התכליות המורכבות הגלומות בחוק דחיית השירות. כמו כל הגופים הציבוריים שנדרשו לנושא גיוס בחורי הישיבות, שיווינו לנגד עינינו את הצורך להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי, ואת החשיבות הרבה שיש בשילוב הציבור החרדי בשוק העבודה. והכל, ללא שימוש באמצעי כפייה, ותוך חיזוק ההסכמה החברתית שביסוד השגת התכליות הללו. כאמור בהחלטתנו מיום 8.9.2009, נקודת המוצא להכרעתנו בפסק דין זה הן הקביעות בפסק דיננו בפרשת התנועה לאיכות השלטון. המשמעות היא כי לאחר שכבר הכרנו בפסיקתנו בתכליות הראויות של החקיקה הנדונה, הרי נוכח מידת פגיעתה בזכות לשוויון מתחייבת בדיקה אם עומדת היא בדרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה. הבחינה שאנו מקיימים כעת, בשלב אליו הגענו בדיון הנוכחי, מצויה, אפוא, בדלת אמותיו של אותו פסק דין.

20. עתה ניצבת בפנינו השאלה הראשונה הטעונה הכרעה על פי מבחן המידתיות: האם האמצעים שנבחרו בחוק אכן מגשימים את התכליות ביסודו. פסק הדין בפרשת התנועה לאיכות השלטון ניתן כשלוש שנים לאחר חקיקת החוק. מאז, חלפו מספר שנים

נוספות. הגענו ל"קו הסיום" (ראו דברי השופטת א' פרוקצ'יה בהחלטת הביניים מיום 8.9.2009). הניסיון המצטבר הוא רב. המנגנונים המרכזיים ליישום החוק הוקמו. מספר מחזורי גיוס הסתיימו. ניתן כיום לבחון מבחינה כמותית את מספר המתגייסים למסלולי הגיוס השונים אל מול מספר המצטרפים להסדר דחיית השירות בכל שנה ואלה הבוחרים להישאר בו עד קבלת הפטור המלא מן השירות הצבאי. הנתונים המספריים העומדים בפנינו כיום מספיקים בכדי לגבש עמדה אם תכליות החוק הוגשמו, או למצער, אם ניכרת מגמה כלשהי ביישום החוק באופן המשנה את המאזן שניכר בפרשת התנועה לאיכות השלטון, כך שניתן יהיה לקבוע שהחוק עומד במבחן המידתיות.

21. מבחן המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה מחייב כי פגיעתו של החוק בזכות המוגנת תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש". דרישת המידתיות מבטאת הכרה בכך שאין די בהלימת החוק לערכיה של מדינת ישראל או בכך שהוא משרת תכלית ראויה; יש לבחון גם את האמצעים שנבחרו על ידי המחוקק להגשמת תכליתו של החוק. בחינה זו, כפי שפורשה בהלכה הפסוקה, מורכבת משלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי, הבוחן את מידת ההתאמה בין תכלית החוק לאמצעי שנבחר להגשמתה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הבודק האם, לצורך הגשמת תכלית החוק, נבחר האמצעי שעוצמת פגיעתו בזכות החוקתית היא הנמוכה ביותר, מבין האמצעים האפשריים; ולבסוף, מבחן המידתיות במוכנה הצר, המחייב את קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין היתרון הצומח מהפגיעה (על מבחן המידתיות ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 279-280 (2002), להלן: פרשת מנחם; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 546 (2005), להלן: פרשת המועצה האזורית חוף עזה; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ד) 58-026630-2, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, בפסקה 46 לפסק דיני (טרם פורסם, 19.11.2009); להלן: פרשת הפרטת בתי הסוהר). נפתח במבחן המשנה הראשון.

מבחן המשנה הראשון: מבחן הקשר הרציונלי

22. על פי מבחן הקשר הרציונלי על האמצעי שהחוק נקט בו להתאים לתכלית שהחוק מבקש להגשים, כך שיהא בכוחו להגשימה (ראו, מבין רבים אחרים: בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 12.12.2006), פסקה 29 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 776, 728 (1999), להלן: פרשת סטמקה; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997), להלן: פרשת חורב; פרשת המועצה האיזורית חוף

עזה, עמ' 550). במסגרת מבחן הקשר הרציונלי יש להראות "כי האמצעי שנבחר הוא רלוונטי להגשמת המטרה במובן זה שעם חקיקת החוק גדל הסיכוי להגשמת המטרה. על כן, אם אין בכוחה של הגשמת האמצעי להגשים את מטרות החוק, השימוש באותו אמצעי אינו מידתי" (אהרן ברק מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 374 (2010), להלן: מידתיות במשפט). בפרשת התנועה לאיכות השלטון קבענו כי הכרעה באשר לקשר הרציונלי שבין האמצעי למטרה אינה אך עניין תיאורטי, אלא, בנסיבות המקרה שלפנינו, ביקשנו לבחון את הקשר הזה במבחן מעשי. האם ניתן לומר, בחלוף תשע שנים מחקיקת חוק דחיית השירות, כי האמצעים שנקבעו בו אכן עשויים להגשים את מטרותיו?

23. המשיבים מסרו בתגובותיהם לעתירות נתונים רבים באשר ליישום החוק. הנתונים מפרטים את מידת היישום של החוק בהתאם לשלושת המסלולים שנקבעו בו – השירות הצבאי, השירות האזרחי ושנת הכרעה. לאלה נלווה המסלול הרביעי, שלמעשה קבוע אף הוא בחוק, הוא מסלול דחיית השירות. מהנתונים, שיפורטו בהרחבה להלן, עולה תמונה מורכבת. מחד גיסא, ניכרת מגמת עלייה במספר המתגייסים לצבא ובמספר המצטרפים לשירות אזרחי. מסלולי השירות הצבאי הורחבו והותאמו לשירות חרדים. גם מינהלת השירות האזרחי הוקמה, הגם שבאיחור ניכר. מאידך גיסא, על אף העלייה במספר החרדים המשרתים בצבא או בשירות האזרחי, המספרים המוחלטים אינם גבוהים. למעשה, מספרם הכולל של המתגייסים לצבא והמצטרפים לשירות אזרחי בשנת 2010 – שהוא המספר הגבוה ביותר מאז נחקק חוק דחיית השירות – נמוך משמעותית ממספרם של המצטרפים להסדר דחיית השירות באותה שנה. בפועל, הנתונים מצביעים על כך שצעירים חרדים רבים יותר בוחרים בדחיית השירות מאשר בגיוס לצבא או בהצטרפות לשירות אזרחי. יצוין כי בחלוף הזמן מאז נמסרו לנו נתונים אלה לא השתנה היחס בין מספר המצטרפים להסדר דחיית השירות לבין המתגייסים לשירות צבאי או אזרחי. מגמה זו מסתמנת מפרסומים אודות הדיונים שהתקיימו לאחרונה בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת.

כדי שנוכל לבחון האם בסופה של דרך חוק דחיית השירות מקיים את מבחן הקשר הרציונלי, נעמוד על הנתונים שהומצאו לנו ביחס ליישום החוק. כאמור, נתונים אלה מסכמים את המצב עד תחילת שנת 2011. תחילה ננתח את הנתונים ביחס לכל אחד ממסלולי השירות, ולאחר מכן נבחן האם הנתונים, בהצטברם יחד, מובילים למסקנה שהחוק עומד או לאו במבחן המידתיות.

השירות הצבאי

24. מתגובות הממשלה לעתירות שלפנינו עולה כי בצבא קיימים כיום שני מסלולים ייחודיים לציבור החרדי. המסלול הראשון הוא גדוד הנח"ל החרדי "נצח יהודה", בו משרתים, ככלל, בשירות צבאי רגיל, שאורכו 36 חודשים. מסלול זה אינו מסלול חדש, אלא מסלול שהיה קיים בצבא עוד טרם חקיקת חוק דחיית השירות, אלא שאישו היה מצומצם יחסית. למסלול זה מתגייסים, ככלל, בני נוער חרדים שנשרו מן הישיבות. לצד מסלול זה הוקמו בחיל האויר שני מסלולים המיועדים לציבור החרדי בלבד ("שח"ר כחול" ו"שח"ר באופק"). המתגייסים למסלולים אלה עוברים תחילה הכשרה במכינה קדם צבאית. לאחר גיוסם, ובתום הטירונות, הם עוברים הכשרה נוספת במקצועות טכניים או במקצועות המחשב, לאחריה הם משרתים במערך הטכני של חיל האויר או ביחידות הטכנולוגיה של חיל האויר. בשנים 2009-2010 הורחבו מסלולי שח"ר, ופרט למסלול הקיים בחיל האויר קיימים מסלולים נוספים בחיל המודיעין; באגף התקשוב; בחיל הים; באגף הטכנולוגיה והלוגיסטיקה; באגף כוח אדם ובפיקוד העורף. יוער כי משך השירות במסלולי השירות השונים אינו אחיד. בעוד המתגייסים לנח"ל החרדי משרתים, ככלל, שירות מלא של 36 חודשים, במסלולים האחרים משך השירות משתנה בין 16 חודשים ל-24 חודשים, כתלות במשך ההכשרה ובמצב המשפחתי.

25. בתגובתה האחרונה עדכנה הממשלה אודות שינוי מדיניות משמעותי לעניין נהלי הגיוס לצבא. שינוי זה נקבע בהחלטת ממשלה מס' 2698 מינואר 2011. בהחלטת הממשלה שונו נהלי הגיוס לצבא בהתאם להמלצה של צוות בין-משרדי בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה, אשר התבקש לגבש "המלצות בעניין שינוי בנהלי הגיוס, בשים לב, בין היתר, לצורך הלאומי בשילוב המגזר החרדי בתעסוקה ולנטל התקציבי של תשלומי המשפחה על תקציב הביטחון" (הצוות מונה בהחלטת ממשלה מס' 2000 מיום 15.7.2010). קודם לשינוי, קבעו נהלי הגיוס כי חרדים נשואים עם ילדים מגיל 22 ומעלה, המבקשים להמיר את חובת השירות הצבאי בשירות אזרחי, יזכו ככלל כי תיעתר בקשתם; ואילו בקשות כאלו מצד חרדים ללא ילדים יעותרו רק מגיל 26 ואילך. הנהלים החדשים קובעים כי גם חרדים רווקים או נשואים ללא ילדים יוכלו מגיל 22 ומעלה לשרת בשירות אזרחי, במסלולי ביטחון אזרחי ("שירות לאומי בטחוני", כגון: משטרה, שב"ס, מד"א ויחידות הכיבוי). כן הוחלט להפנות באופן חד-פעמי למאגר המילואים את כל דחויי השירות להם שלושה ילדים ויותר (ללא קשר לגילם), ובכך לפטור אותם, למעשה, הן משירות צבאי פעיל, הן מחלופותיו הקבועות בחוק.

הממשלה אימצה את מסקנות הצוות הבין-משרדי גם לעניין קביעת יעדים לשירות חרדים. לפי היעדים שהותוו, בשנת 2011 יצטרפו לשירות 2,400 חרדים, מתוכם חצי (1,200) יגויסו לצבא וחצי (1,200) יצטרפו לשירות אזרחי. בכל שנה לאחר מכן מתוכנן גידול של 600 מצטרפים נוספים, כך שבשנת 2015 יצטרפו לשירות 4,800 חרדים, מתוכם 2,400 יגויסו לצבא ו-2,400 יצטרפו לשירות אזרחי – כמות שתהווה, לפי הטענה, כ-60% משכבת הגיל הרלוונטית. עוד המליץ הצוות הבין-משרדי על הרחבת היצע מסגרות השירות הזמינות לחרדים בצבא והוספת שלושה מסלולים נוספים: מסלול ישיבת הסדר לחרדים, המשלב תקופת לימודים עם שירות פעיל; מסלול חינוך טכנולוגי (בשיתוף עם משרד התמ"ת ומשרד החינוך), המיועד בעיקר לבני נוער חרדי נושר, ויוביל לשירות צבאי מלא במערך הטכנולוגי; ומסלול שירות מקוצר של שלושה חודשים לחרדים מגיל 26, ולאחריו שיבוץ במילואים. לטענת הצוות הבין-משרדי, ההמלצה האחרונה לעניין השירות המקוצר הופיעה עוד בדוח ועדת טל, ויישומה אינו מחייב עיגון בחקיקה (עמ' 14 לדוח הצוות הבין-משרדי).

26. כאמור, מסקנות הצוות הבין-משרדי אומצו בהחלטת הממשלה מיום 9.1.2011. נוסף על מסקנות אלה, הוחלט עוד כי גם חרדים בני 28 ומעלה יופנו למאגר מילואים, ללא הכשרה מיוחדת, וזאת בשל צרכי הצבא ויכולתם הנמוכה לשרת שירות משמעותי. כתוצאה מהחלטת הממשלה, טבלת נהלי הגיוס ומסלולי השירות השונים, למי שבוחר להפסיק את הסדר דחיית השירות או לא להצטרף אליו מלכתחילה, היא כדלקמן. יצוין כי יישום הנהלים המעוגנים בטבלה, שצורפה כנספח להחלטת הממשלה מיום 9.1.2011, החל ביום 10.3.2011:

סוג השירות		גיל
שירות צבאי רגיל (36 חודשים), או שירות צבאי משולב בלימוד בישיבת הסדר		21-18
שירות צבאי (16 חודשים או 24 חודשים למסלולים עתירי הכשרה)	הפנייה לשירות לאומי-בטחוני	22-25 ללא ילדים
שירות צבאי (16 חודשים או 24 חודשים למסלולים עתירי הכשרה)	הפנייה לשירות אזרחי	22-25 עם ילד אחד לפחות
שירות צבאי (16 חודשים או 24 חודשים למסלולים עתירי הכשרה)	שירות צבאי (3 חודשים) מקוצר	26-27
הפנייה למאגר מילואים		28-34
פטור משירות צבאי		+35

27. אשר לנתונים המספריים. מהודעות הממשלה עולה כי נכון לחודש מאי 2008 שירתו במסלול "שח"ר כחול" 39 חיילים, ובמסלול "שח"ר באופק" שירתו 28 חיילים. בתשובת הממשלה מיום 30.12.2008 נמסר כי בגדוד הנח"ל החרדי משרתים "מספר מאות" חרדים, ובמסלולי שח"ר כחול ושח"ר באופק משרתים כ-150 חיילים (הממשלה לא פירטה בתגובה כמה מתוכם הינם מתגייסים חדשים באותה שנה). בתגובה העדכנית ביותר, מיום 24.1.2011, נמסר כי בשנת 2009 מספר המשרתים בשירות צבאי עמד על כ-1,357 חרדים, מתוכם 729 מתגייסים חדשים באותה שנה למסלולים השונים (הנח"ל החרדי ומסלולי שח"ר); ובשנת 2010 שרתו כ-2,048 חרדים בצבא, מתוכם 898 מתגייסים חדשים באותה שנה למסלול הנח"ל החרדי ולמסלולי שח"ר (עמ' 21 לתגובת הממשלה מיום 24.1.2011).

28. הממשלה טענה שיש לנתח את הנתונים הללו על רקע מחזור הגיוס השנתי, ולא על רקע מספרם הכולל של דחויי השירות, שעמד, נכון להגשת התגובה, על 61,877 איש. לפי הטענה, קבוצת כלל דחויי השירות מייצגת את "דור המדבר" וכוללת אנשים שאין, כך נטען, יכולת אמיתית לגייסם לצבא או לשירות אזרחי. התייחסות למחזור הגיוס השנתי ולא לכלל דחויי השירות, נטען, מאפשרת התמקדות באוכלוסייה הצעירה, ומוציאה מן החישוב את כל אותם חרדים שמפאת גילם או מצבם המשפחתי יש להניח שלא יגויסו לצבא.

29. גם אם נקבל את טענת הממשלה לפיה יש להתמקד בדור הצעיר בבחינת שיעורי הגיוס לצבא וההצטרפות לשירות האזרחי, הרי שטענת הממשלה לפיה יש לבחון שיעורים אלה ביחס למחזור הגיוס הנוכחי היא בעייתית ביותר. שהרי, נוכח האפשרות הקבועה בחוק להפסיק את דחיית השירות ולהתגייס לצבא או לשירות אזרחי בכל שלב ובכל גיל, המתגייסים או המצטרפים לשירות אזרחי בכל שנה אינם בני אותו מחזור, אלא משתייכים למספר מחזורי גיוס שונים. מכאן, קיבוצם לקבוצה אחת ובחינתם על רקע מספר דחויי השירות במחזור גיוס של שנה בודדת, כפי שמציעה הממשלה, אינו מניב נתון שמשקף באופן מדויק את מצב הדברים. הממשלה עצמה לא סיפקה נתונים המאפשרים לבצע בחינה זו. משכך הדבר, מדויק יותר לבחון את מספר המתגייסים ומספר המצטרפים לשירות אזרחי על רקע כלל דחויי השירות, שהם הקבוצה הכללית מתוכה יוצאים המתגייסים למסלולים השונים. מצב זה הוא תוצר של ההסדרים שנקבעו בחוק עצמו, מכוחם המתגייסים לצבא או המצטרפים לשירות אזרחי אינם משתייכים לקבוצת גיל אחידה, או במילים אחרות, לאותו מחזור גיוס. זאת, כמובן, בשונה מיתר המועמדים לשירות ביטחון המשתייכים, ברובם הגדול, למחזור גיל אחד.

זאת ועוד. טענת "דור המדבר", מצודדת ככל שתישמע, היא טענה תמוהה בהתחשב בתקופה הרלוונטית. מרבית החרדים הנמנים על קבוצת דחויי השירות הנוכחית הם צעירים שהצטרפו להסדר דחיית השירות לאחר חקיקת חוק דחיית השירות, לפני כעשר שנים. טענת "דור המדבר" תקפה, לכל היותר, ביחס לאלה שהצטרפו להסדר קודם לחקיקת החוק וכלכלו צעדיהם בהתאם למצב המשפטי הקודם. אך לאחר שנחקק החוק, לא ניתן עוד להסתמך על המצב הקודם. זאת בפרט בהתחשב בעובדה שאין המדובר בקבוצה מצומצמת. קבוצת דחויי השירות מנתה, נכון לעת מסירת הנתונים, 61,877 אנשים. מתוכם, לפחות 22,000 איש "פנויים" לשירות אזרחי (כפי שנקבע בדוח הצוות הבין-משרדי, עמ' 29). המשמעות של טענת "דור המדבר" היא שמוותרים מראש על כל שאיפה לגייס קבוצה זו לצבא או לשירות אזרחי.

30. לפי גישת הממשלה, כאמור, יש לחשב את נתוני המתגייסים לצבא מתוך מחזור הגיוס האחרון. נכון לאפריל 2010 נרשמו במשרד הביטחון 7,700 בני 18 המשתייכים למחזור הגיוס של אותה שנה ורשומים כ"דחויי גיוס". הממשלה טענה כי מתוך המספר הכולל (7,700), בפועל, רק כ-5,400 מהווים פוטנציאל גיוס למסלולי שח"ר ולשירות האזרחי. לפי הטענה, מתוך אותם 7,700 דחויי שירות, מוערך כי כ-1,000 אינם חרדים, אלא צעירים דתיים המצויים במסלול ישיבות הסדר ולכן ממילא עתידים להתגייס לצבא, וכ-900 צפויים להשתחרר מסיבות בריאותיות ואחרות עד גיל 22 (יוער כי בדוח הצוות הבין-משרדי נטען כי כ-600 צפויים להשתחרר מסיבות בריאותיות ואחרות). אם כן, נותרו כ-5,800 חרדים המהווים מחזור גיוס פוטנציאלי. מתוכם, כ-400 צפויים להתגייס לנח"ל החרדי (מרביתם, כאמור, נוער חרדי נושר המתגייס לצבא בגיל 18). מכאן, לפי הטענה, יש לחשב את אחוז המתגייסים ואחוז המצטרפים לשירות אזרחי מתוך קבוצה של כ-5,400 חרדים.

31. כאמור, גישת זו בעייתית, והחשוב על פיה אינו מניב נתונים מדויקים. אך גם אם לצורך הדיון נקבל את טענת הממשלה ונניח קיומו של מספר "וירטואלי" של 5,400 חרדים המייצגים מחזור גיוס כלשהו, עדיין התמונה העובדתית רחוקה מלהשביע רצון. בהנחה ש-400 המתגייסים לשירות צבאי מלא בגדוד הנח"ל החרדי הם נתון קבוע, פחות או יותר, שכן הוא מתייחס לנוער חרדי שנשר ולא נמצא עוד בישיבות, הרי שעיקר המאמץ במסגרת הגיוס לצבא, גם לשיטת הממשלה בתגובתה היא, מופנה לגיוס חרדים למסגרות שח"ר. בפועל, בשנת 2009 התגייסו למסלולי שח"ר 382 חרדים – שהם כ-7% ממחזור הגיוס ה"וירטואלי". בשנת 2010 המצב השתפר קמעא, אך עדיין

אחוזי הגיוס היו נמוכים מאוד – כ-10% (530 חרדים) התגייסו בשנת 2010 למסלולי שח"ר.

הנתונים הופכים מדויקים יותר – ולמרבה הצער גם בעייתיים יותר – כשבוחנים אותם על רקע כלל דחויי השירות. בדיקה כזו מעלה כי מספר המתגייסים לצבא בשנת 2010 (898 חרדים בסך הכל – הן לנח"ל החרדי הן למסגרות שח"ר) מהווה 1.45% מכלל דחויי השירות; מספר המתגייסים למסלולי שח"ר בלבד מהווה 0.8%, וסך כל המשרתים בצבא בשנת 2010 (2,048 חרדים) מהווה 3.3% בלבד מכלל דחויי השירות. אלה נתונים מזעריים. משמעותם היא שלמרות העלייה במספר המתגייסים ובמספר המצטרפים לשירות האזרחי, לא ניתן להצביע על תמורה משמעותית בחברה החרדית ועל גידול ניכר במידת ההשתלבות של בני חברה זו במסלולי השירות השונים.

32. זאת ועוד, נוכח נהלי הגיוס החדשים שנכנסו לתוקף במרץ 2011, מתעורר ספק רב אם מגמת הגידול הנוכחית במספר המתגייסים לצבא מידי שנה (הגם, שכאמור, במספרים מוחלטים מגמה זו עודנה נמוכה) תימשך גם בשנים הקרובות. כפי שפירטנו לעיל, השינוי המרכזי בנהלי הגיוס החדשים מתבטא בכך שמגיל 22 יכול דחוי שירות לבחור בין שירות צבאי ובין שירות אזרחי-בטחוני, וזאת, אף אם אינו נשוי או שהוא נשוי ללא ילדים. החלטה זו שינתה החלטת ממשלה קודמת שקבעה כי רווקים או נשואים ללא ילדים יופנו לשירות אזרחי רק מגיל 26 ואילך. משמעותה של ההחלטה המקורית הייתה מתן בכורה לשירות הצבאי על פני השירות האזרחי. הבחנה זו אינה קיימת כעת. למעשה, לדחויי השירות עומדת פרוגטיבה כמעט מלאה לבחור את המסלול הנראה בעיניו – דחיית השירות והצטרפות למסלול "תורתו אומנותו", גיוס לצבא או הצטרפות לשירות אזרחי. נהלי הגיוס לצבא אינם מפרטים כל אמות מידה לפיהן על שר הביטחון לאשר או לדחות בקשה להצטרף לשירות אזרחי על פני גיוס לצבא ואף החוק אינו מפרט אמות מידה כאלה. נראה כי בהחלטת הממשלה האחרונה הונחה למעשה שר הביטחון לאשר כל בקשה להצטרף לשירות אזרחי, ללא כל תלות בפרופיל הצבאי/רפואי של דחויי השירות או בגילו. יצוין בהקשר זה כי סעיף 13 לחוק דחיית השירות, שעניינו "ביצוע ותקנות", קובע כי שר הביטחון רשאי להתקין תקנות לביצוע החוק במספר עניינים, ובהם, כפי שנקבע בסעיף קטן (3): "הטיפול בבקשות לשרת שירות אזרחי לפי סעיף 6(ה) ואמות המידה לאישורן". שר הביטחון עשה שימוש בסמכותו והתקין תקנות לביצוע החוק (תקנות דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, תשס"ה-2005), אך אין בהן כל התייחסות לשירות האזרחי, אלא רק לדחיית השירות ולשנת ההכרעה. מכאן עולה כי אין כיום אמות מידה לאישור בקשת דחוי

שירות לשרת בשירות אזרחי, ובפועל, נראה כי החוק מיושם באורח הנוטה להעדפה של השירות האזרחי.

33. לא זו בלבד אלא שנהלי הגיוס החדשים התוו מסלול נוסף לשירות צבאי מקוצר, בן 3 חודשים בלבד, לדחויי שירות בגילאי 26-27 (דחויי שירות מבוגרים יותר, מגיל 28 ואילך, מופנים אוטומטית למאגר מילואים ללא כל הכשרה). השירות המקוצר יכול חודש טירונות וחדשיים של הכשרה לקראת שיבוץ ביחידות מילואים. כפי שעולה מדוח הצוות הבין-משרדי, ומדברי ההסבר להחלטת הממשלה מיום 9.1.2011, הממשלה סבורה כי השירות המקוצר "מהווה חלופה חשובה לשירות חרדיים" (דברי ההסבר להחלטת הממשלה צורפו לתגובת הממשלה מיום 24.1.2011 וסומנו מ/ש3(ב)), וכי "מצב בו מספר רב של גברים חרדיים, נקראים מדי שנה לשירות מילואים פעיל במדים, ונותנים מענה משמעותי לכלל האוכלוסייה בעיתות חרום, [הוא] לדעת הצוות מצב אשר יכול ליצור שינוי משמעותי הן בשילוב המגזר החרדי בכלל החברה, והן בלגיטימציה המיוחסת במגזר החרדי לשירות בצבא בכלל" (שם, עמ' 9 לדברי ההסבר). כתוצאה מהוספת חלופת גיוס זו עומדות בפני דחוי שירות בן 26 שבחר להפסיק את דחיית השירות שלוש אפשרויות: גיוס "רגיל" לצבא (שאז ממילא ישרת בשירות צבאי מקוצר של 16 או 24 חודשים); שירות אזרחי במשך שנה אחת; או שירות מקוצר של שלושה חודשים. לא למותר לומר כי שירות צבאי בן שלושה חודשים, גם אם הוא מלווה בשירות מילואים, אינו שקול כנגד שירות צבאי ממשי (שגם הוא, במרבית המקרים, עשוי להימשך 16 חודשים בלבד). יתירה מזו, מסלול השירות המקוצר הוצע על ידי ועדת טל אך לא התקבל במסגרת חקיקת חוק דחיית השירות. בהוספה שלו כעת, במסגרת נהלי הגיוס, יש משום עקיפה של הכרעת הכנסת בעניין.

34. מדוח הצוות הבין-משרדי עולה כי נהלי הגיוס החדשים נועדו ליצור אחידות בנהלי הגיוס, כך שמסלולי הגיוס ייקבעו בהתאם לגילו של דחוי השירות ולא בהתאם לפרופיל הצבאי שלו – כפי שמקובל ביחס לכל מתגייס אחר שאינו חרדי, וכפי שאף היה מקובל ביחס לדחויי שירות חרדים קודם להחלטת הממשלה מיום 9.1.2011. המטרה, כפי שהוצגה בדוח הצוות הבין-משרדי, היא ליצור וודאות רבה יותר במסלולי השירות, שכעת "אינם נקבעים [] בהתאם לקריטריון שאינו ידוע לבחור החרדי והוא הפרופיל הרפואי שלו" (דוח הצוות הבין-משרדי, עמ' 25). ואכן, אין ספק כי הנהלים החדשים מגבירים את הודאות. אולם ודאות אינה אחת מתכליות החוק, ובד בבד עם הגברתה, מתעורר חשש ממשי שיש בנהלי הגיוס החדשים כדי להקטין משמעותית את התמריץ לשרת שירות צבאי מלא (בגוד הנח"ל החרדי) או חלקי (במסלולי שח"ר

השונים). תוצאתם הישירה היא כי צעיר חרדי שבחר בגיל 18 להצטרף להסדר "תורתו אומנותו" ונותר בהסדר עד גיל 22, אינו מחויב למעשה בשירות צבאי, אך אם יבחר לצאת מהסדר דחיית השירות ולהצטרף לצבא בגיל 22 הוא יגויס לשירות צבאי מקוצר בלבד, בן 16 חודשים או 24 חודשים. לחלופין, עומדת בפניו האפשרות לשרת שירות אזרחי, במקום שירות צבאי, הנמשך שנה אחת בלבד. היה ואותו צעיר הינו רווק, או נשוי ללא ילדים, ישא השירות האזרחי אופי בטחוני, כדוגמת שירות אזרחי במשטרה, בכיכוי אש, במד"א וכו'. הבחירה בין המסלולים נתונה בידי אותו צעיר דחוי שירות, ואין היא תלויה בפרופיל הצבאי שייקבע לו או באמות מידה אחרות. המשמעות הינה העברת אפשרות הבחירה לידי דחויי השירות: ברצותם יצטרפו להסדר דחיית השירות, ברצותם יעזבו את ההסדר; ואם החליטו להפסיק את דחיית השירות, בידיהם הבחירה להתגייס לצבא או להצטרף לשירות אזרחי – שהוא על פי הגדרתו שירות מקוצר של שנה אחת בלבד, המהווה חלופה לשירות צבאי מלא. מיותר לציין שאפשרויות בחירה דומות אינן עומדות בפני צעירים שאינם חרדים.

35. על הרציונל לשינוי נהלי הגיוס ניתן ללמוד מדוח הצוות הבין-משרדי. לדעת הצוות, "פעולות אלו [שינוי נהלי הגיוס, ד.ב.] לא יפגעו באופן משמעותי בנכונות החרדים להתגייס למסלולים המוצעים, אך הן יאפשרו להאיץ את השתלבותם של חלק מהחרדים בתעסוקה, ובאופן זה להגדיל את השוויון והשותפות בנטל הכלכלי" (עמ' 6 לדוח הצוות הבין-משרדי; ההדגשה במקור). כלומר, המוטיבציה המרכזית ביסוד ההחלטה להפנות צעירים מגיל 22 לשירות האזרחי ולהוסיף מסלול של שירות צבאי מקוצר היא כלכלית. השיקול הכלכלי והרצון לאפשר שילוב של חרדים בשוק העבודה עמד גם ביסוד מינויו של הצוות הבין-משרדי. כך, בהחלטת הממשלה על הקמת הצוות הבין-משרדי (החלטה 2000 מיום 16.7.2010) נקבע במפורש כי הצוות "יגבש המלצות בעניין שינוי בנוהלי הגיוס בשים לב, בין היתר, לצורך הלאומי בשילוב המגזר החרדי בתעסוקה ולנטל התקציבי של תשלומי המשפחה על תקציב הביטחון". מהחלטה זו עולה כי הממשלה רואה בגיוס חרדים לשירות ביטחון נטל תקציבי, ולפיכך, כעניין שיש לצמצמו. ואכן, במצבים מסוימים, ה"נטל התקציבי" המעורב בגיוס לצבא של חרדים עשוי להיות כפול מה"נטל התקציבי" שכרוך בשירות אזרחי. הפחתת הנטל אפשרית על ידי הרחבת השירות האזרחי וצמצום הגיוס לצבא – כפי שנראה שנעשה עם ההנחייה לשר הביטחון להפנות דחויי שירות לשירות אזרחי מגיל 22 ואילך ועם יצירת מסלול השירות המקוצר לדחויי שירות בגילאי 26-27.

36. אותו רציונל כלכלי עמד גם ביסוד החלטת הממשלה, בהתאם להמלצת הצוות הביין-משרדי, להפנות באופן חד פעמי למאגר מילואים את כל דחויי השירות שלהם שלושה ילדים או יותר. בדוח הצוות הביין-משרדי נכתב כי מהלך זה נעשה "מכיוון שצפוי לעבור זמן מה עד שיתבססו מסלולי השירות המתאימים לאוכלוסייה שכזו, ויש רצון למנוע עיכוב מיותר של יכולת קבוצה זו להשתלב בתעסוקה" (שם, שם). בדוח הצוות הביין-משרדי, בהחלטת הממשלה או בתגובת הממשלה לבית המשפט אין נתון כלשהו אודות מספר האנשים שהופנו כעת למאגר מילואים, והלכה למעשה קיבלו פטור משירות צבאי או אזרחי; אך כפי הנראה מדובר בקבוצה משמעותית של דחויי שירות שנהנים מהחלטה חד-פעמית זו.

כאמור, הצוות הביין-משרדי סבר כי השינויים בנהלי הגיוס לא יפגעו באופן משמעותי בנכונות החרדים להתגייס לצבא ולשירות האזרחי. על פי הדוח:

"המלצות הצוות מנסות לאזן את ההשפעה על השירות האזרחי. מחד ההמלצה על כינון השירות המקוצר, עשויה לצמצם את מספר הפונים לשירות האזרחי – כיוון שהשירות המקוצר יהווה תחליף לשירות האזרחי (עבור אוכלוסיית החרדים שתסכים ללבוש מדים ולהשתתף בשירות מילואים). מאידך, מתן אפשרות לאוכלוסייה צעירה לפנות לשירות האזרחי צפויה להגדיל את מספר הפונים לשירות האזרחי, ולאזן את ההשפעה על סך מספר המשרתים בשירות האזרחי" (עמ' 25 לדוח).

אף על פי כן, הצוות הביין-משרדי המליץ לבחון את תוצאות יישום ההסדרים בפועל לאחר שנתיים. לגישת הצוות, "במידה ולאחר יישום כל המלצות הצוות, יסתמן כי צה"ל והשירות האזרחי מתקשים לאתר מספיק דחויי שירות אשר מעוניינים לשרת, יש לבחון שינוי נוסף בנהלי הגיוס וכן הגדלת התמריצים ליציאה לשירות תוך שמירת העדיפות להשתלבות בשירות הצבאי" (עמ' 7 לדוח הצוות הביין-משרדי, ההדגשה הוספה, ד.ב.).

37. המלצה אחרונה זו נמצאת תמוהה לאור פרטי ההמלצות והנתונים שהובאו לעיל. כבר היום אין ניכר מיישום החוק כי נשמרת העדיפות להשתלבות בשירות הצבאי וספק גדול אם תישמר בעתיד בהתחשב בנהלי הגיוס החדשים. גיוס של 530 חרדים בלבד למסלולי שח"ר, תשע שנים לאחר חקיקת החוק, מצביע על כשלון ביישומו. העובדה שישנה מגמת עלייה במספר המתגייסים היא, כמובן, חיובית, אך אין די בהצגת מגמה מסוימת של שיפור. תשע שנים לאחר חקיקת החוק אפשר היה לצפות

למספר משמעותי יותר של מתגייסים לצבא. המספר המועט של המתגייסים, לצד הקלות היחסית בה ניתן לשנות באופן משמעותי ביותר את נהלי הגיוס, כפי שנעשה בהחלטת הממשלה האחרונה, ממחשיים קושי יסודי בחוק דחיית השירות עצמו. העובדה שבהחלטת ממשלה ניתן להורות על הפנייה למאגר מילואים של קבוצת אוכלוסייה גדולה שלא ביצעה שירות כלשהו ולא קיבלה כל הכשרה, רק בשל מצבה המשפחתי של החברים בה (היותם הורים לשלושה ילדים); והעובדה שבהחלטת ממשלה ניתן ליצור מסלול לשירות צבאי מקוצר ביותר, שספק אם ניתן לראות בו שירות בכלל, מעוררות קשיים לא מבוטלים. העדיפות לשירות הצבאי, שנקבעה במסגרת התכליות של חוק דחיית השירות בפרשת התנועה לאיכות השלטון, והוכרה גם בדוח הצוות הבין-משרדי (עמ' 7 לדוח, כפי שהובא לעיל), אינה ניכרת בהחלטה לשנות את נהלי הגיוס; נהפוך הוא. נהלי הגיוס הותוו כך שבגילאים צעירים תינתן עדיפות לשירות האזרחי.

38. השינויים בגישת הממשלה ביחס ליישום החוק לאורך השנים מצביעים על החסר הקיים בחוק דחיית השירות. החוק קובע את מסלולי השירות האפשריים, אך מותר פתח רחב מדי לשיקול הדעת של הרשות המבצעת באשר לאופן יישומו ולקצב יישומו. במסגרת אותו שיקול דעת יכולה הממשלה לקבל החלטות שהשלכתן על ביצוע החוק מרחיקת לכת עד כדי איון תכליותיו של החוק. בהיעדר אמות מידה בחוק באשר לביצועו, יכולה הממשלה לקבל החלטות שיש בהן כדי להשפיע השפעה מכרעת על קצב הביצוע של החוק או למצער, שיש בהן כדי לצמצם משמעותית חלק ממסלולי השירות המוגדרים בחוק, עד כדי ריקונם מתוכן.

39. אין חולק כי מאמצי הממשלה לקדם את השתלבות החרדים בשוק העבודה, כחלק מאותו רציונל כלכלי שעמד ביסוד החלטת הממשלה האחרונה, הם מאמצים חשובים שיש לקדם. אכן, התכלית בדבר שילובם של בני הקהילה החרדית בשוק העבודה היא תכלית חיונית, שהוכרה כאחת מן התכליות הראויות של חוק דחיית השירות. ככל שמעורבות החברה החרדית בשוק העבודה תגדל, יקטנו מימדי העוני הקשים בקרב קבוצה זו ויצומצם הקרע שהלך וגדל בין החברה החרדית והחברה החילונית בישראל. זוהי משימה חברתית ולאומית מן הדרגה הראשונה, אך אין היא יכולה להפוך למטרה העיקרית או הבלעדית של חוק דחיית השירות. ארבע המטרות ביסוד החוק הוכרו כמטרות שהן "לתכלית ראויה" בהשתלבות יחד (פרשת התנועה לאיכות השלטון, עמ' 704). האחת יונקת מן האחרת ומקרינה עליה. התכלית היא ראויה רק כאשר החוק מאפשר קיומו של הסדר חוקי שמטרתו צמצום הפגיעה בשוויון הנגרמת כתוצאה מאי גיוסם לצבא של החרדים על ידי גיוסם לצבא או לכל הפחות

לשירות אזרחי ועידוד השתלבותם בשוק העבודה, וכל זאת בדרך של הסכמה וללא כפיית הגיוס. שילובן של המטרות הללו הוא שהקים לחוק את תכליתו הראויה מבחינה חוקתית, אך גם מבחינה חברתית. יישום החוק כיום אינו יכול לפגוע באחת מן התכליות הללו. פירוש הדבר יהא שהאמצעים אינם מובילים להגשמת המטרות.

משכך, אין ניתן ליישם את החוק באופן שפוגע באחת מתכליותיו – שלא לומר אחת מתכליותיו היסודיות – בתואנה של נטל תקציבי. העובדה שגיוסם לצבא של חרדים כרוך בנטל תקציבי משמעותי היא תוצר לוואי הכרחי של ההסדרים שנקבעו בחוק; ובפרט, העובדה שלמעט מתגייסי הנח"ל החרדי יתר המתגייסים לצבא הם מעל גיל 22 – כלומר, בשלב שבו הם על פי רוב נשואים וחלקם הורים לילד אחד לפחות. משניתנה בחוק האפשרות לדחות את הגיוס בארבע שנים לפחות, המשמעות ממילא היא שהאוכלוסייה שתתגייס בחלוף תקופה זו תהא מבוגרת יותר, ובהתחשב במאפייני החברה החרדית, גם בעלת משפחות. העלות התקציבית הגבוהה הנוצרת מתשלומי המשפחה לה זכאים המתגייסים בשל מצבם המשפחתי, היא לפיכך גזירת המחוקק.

40. מעבר לכך, בשורה ארוכה של פסקי דין של בית משפט זה קבענו שהגנה על זכויות יסוד עולה כסף; ואין בטיעון כלכלי כשלעצמו כדי להצדיק מצב מתמשך של פגיעה בשוויון (ראו, למשל, בג"ץ 4541/94 מילרד נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 121-120 (1995), להלן: פרשת מילרד). משכך, העלות הכלכלית לבדה אינה מצדיקה את צמצום מסלול השירות הצבאי בו נוקטת הממשלה. למעלה מן הצורך נעיר כי בחינת העלות הכלכלית בראי תשלומי המשפחה בלבד הינה חלקית ואינה משקפת את התמונה במלואה. אמנם, אין חולק כי על הצבא לשאת בנטל משמעותי של תשלומי משפחה למתגייסים הנשואים ובעלי המשפחות, אך אם מביאים בחשבון את העובדה שבתקופת הגיוס אותם מתגייסים אינם נהנים מתמיכות אחרות אותן הם מקבלים בהיותם תלמידים בישיבה (ובהן, הקצבות לתלמידי ישיבה, תשלומי הבטחת הכנסה, תקצוב המורים ועלויות הקמה והפעלה של ישיבות, מתן הקלות והנחות בתשלום ארנונה; ראו, דוח ועדת טל, עמ' 54) נראה כי בסך הכול הנטל על תקציב המדינה הוא נמוך יותר.

לזאת יש להוסיף את התועלת הכלכלית המוכחת הצומחת למדינה מגיוסם של בני הישיבות לצבא דווקא, למול המסלולים האחרים. מהנתונים שסיפקה הממשלה לגבי שיעור המצטרפים לשוק העבודה מקרב המתגייסים לצבא עולה כי כ-80% מבוגרי מסגרות שח"ר משתלבים עם שחרורם בשוק העבודה. זהו נתון משמעותי ביותר המעיד על יכולתו של השירות הצבאי לספק הכשרה מקצועית שמהווה קרש קפיצה לשוק העבודה. השירות הצבאי, יותר מהשירות האזרחי ובוודאי שיותר משנת ההכרעה,

מכשיר חרדים לעבודה במקצועות טכנולוגיים להם יש ביקוש בשוק העבודה. והמספרים מדברים בעד עצמם. הנתון הגבוה – כ-80% חרדים ששרתו במסלולי ש"ר השתלבו בשוק העבודה – מלמד על כך שיש לעודד את השירות בצבא לא רק כאמצעי לצמצום הפגיעה בשוויון אלא גם כאמצעי להגדלת אחוז המשתתפים בשוק העבודה מקרב המגזר החרדי.

השירות האזרחי-לאומי

41. הוצאתו של מסלול השירות האזרחי-לאומי מן הכוח אל הפועל הייתה רצופה קשיים. בפועל, למרות שחוק דחיית השירות נחקק בשנת 2002, מינהלת השירות האזרחי הוקמה רק בשנת 2007 והחלה לפעול רק במרץ 2008. ראשית הליכי הקמת מינהלת השירות האזרחי בוועדה לתכנון שירות לאומי אזרחי בישראל בראשות האלוף (בדימוס) דוד עברי, שמונתה על ידי שר הביטחון לאחר פסק דינו של בית משפט זה בפרשת התנועה לאיכות השלטון (להלן: ועדת עברי). ועדת עברי הגישה לשר הביטחון דוח ביניים בפברואר 2005 בו הדגישה את ההכרח בשימור העדיפות והבכורה של שירות החובה הצבאי, והמליצה על הרחבת השירות האזרחי לכל אזרחי ותושבי ישראל אשר אינם נקראים לשירות ביטחון או שפטורים משירות צבאי. ביום 18.2.2007 אימצה הממשלה את המלצות דוח ועדת עברי (החלטת ממשלה מס' 1215). בהחלטת הממשלה נקבע, בין היתר, כי פרויקטור באחריות מנכ"ל משרד ראש הממשלה יפעל לקידום הקמת המינהלת ויגיש לממשלה המלצות בעניין. בהחלטה מס' 2295, מיום 19.8.2007, אימצה הממשלה את המלצות הפרויקטור, וקבעה כי תוקם מינהלה לשירות אזרחי ולשירות לאומי, "במסגרתה יתרמו צעירים וצעירות, אזרחי מדינת ישראל מכל קבוצות האוכלוסייה אשר אינם משרתים ע"פ דין בשירות ביטחון, שנה או שנתיים מזמנם לפעילות אזרחית שיש בה תועלת לחברה בכלל ולאוכלוסיות חלשות בפרט, שתחזק את הקשר וההזדהות של האזרח הצעיר עם הקהילה, החברה והמדינה, תחזק את יכולותיו המקצועיות ואת הכנתו לתעסוקה בעתיד ותפעל לפיתוח אישיותו וכישורי מנהיגותו". בהחלטה נקבעו תפקידי המינהלת וכן הותוו הנחות היסוד לשירות האזרחי-לאומי, ובהן, בין היתר, היותו של השירות מיועד למי שקיבל פטור או דחייה משירות ביטחון; ההפנייה לשירות תהיה על בסיס התנדבותי; השירות יכיל בתוכו את כל המגזרים, הקבוצות והדתות בחברה הישראלית; השירות יתקיים כגוף עצמאי ויתבצע בתחומי פעילות לתועלת הציבור, הקהילה והחברה. בהחלטה נקבע עוד כי למסיימי השירות האזרחי יינתנו הטבות כלכליות שיהיו זהות להטבות המוענקות למתנדבי השירות הלאומי, בהתחשב במשך השירות, ובלבד שלא יעלו על ההטבות הכלכליות המשולמות לחיילים עורפיים. יצוין כי ביום 16.11.2008 התקבל בכנסת חוק שירות אזרחי (תיקוני

חקיקה), התשס"ט-2008, שתכליתו להשוות את מעמדם של משרתי השירות האזרחי למשרתי השירות הלאומי והשירות הצבאי על פי חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963 וחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994 (באופן יחסי למשך השירות).

42. בפועל, כאמור, המינהלת הוקמה בראשית 2008. מאז החלה לפעול, הצטרפו לשירות האזרחי כ-2,575 חרדים. נכון לחודש מאי 2008 שירתו בשירות האזרחי כ-70 חרדים. בחודש דצמבר 2008 שירתו בשירות האזרחי כ-450 חרדים. בשנת 2009 הצטרפו לשירות האזרחי 1,003 חרדים, ובשנת 2010 הצטרפו לשירות האזרחי 1,122 חרדים. גם מנגנון המינהלת הורחב והוספו מספר תקני כוח אדם. המינהלת פעלה נמרצות להגדלת מספר ה"מפעילים" הקולטים את החרדים המצטרפים לשירות האזרחי, ולאחרונה היא אף התקשרה עם גוף חיצוני שיסייע בפיקוח על פעילות המשרתים בשירות אזרחי. הפיקוח נדרש, בין היתר, כדי להתמודד עם התופעה לפיה מרבית המשרתים בשירות אזרחי עד כה שירתו במסגרת הקהילה החרדית. כפי שציין מנהל המינהלת בדיוני ועדת החוץ והביטחון, בעוד שבתחילת שנות הפעילות עמד שיעור המתנדבים לשירות אזרחי במסגרת הקהילה על כ-90%, הרי שנכון לחודש ינואר 2011 צומצם השירות במסגרת הקהילה לכ-57% (כך לדברי מנהל המינהלת, שר-שלום גרבי בישיבת ועדת החוץ והביטחון מיום 18.1.2011 עמ' 29).

43. נתונים אלה מצביעים על תמונה מעודדת, לכאורה, בכל הקשור ביישום מסלול השירות האזרחי. אך, למרות הגידול במספר המצטרפים לשירות האזרחי, הליכי הקמת מינהלת השירות האזרחי ופעולותיה מעוררים קשיים. כאמור, למרות שחוק דחיית השירות הורה על הקמת המינהלת עוד בשנת 2002, בפועל היא הוקמה רק במרץ 2008. תחילה פעלה המינהלת בחסות משרד ראש הממשלה ובאפריל 2009 הועברה האחריות על המינהלת למשרד המדע והטכנולוגיה. בעיות וקשיים התעוררו גם באיוש התקנים במינהלת, בהתקשרות עם ארגונים פוטנציאליים שיוכלו לקלוט את המתנדבים ובהקמת מנגנונים לפיקוח על המתנדבים. גם תזכיר חוק המסדיר את כל ההיבטים הכרוכים בשירות הלאומי, אשר אמור היה להיות מוגש עד לחודש אוקטובר 2007, הוגש לבסוף רק בדצמבר 2008, ורק בפברואר 2010 העבירה המינהלת את נוסח החוק למשרד המשפטים לקראת הגשתו לוועדת השרים לענייני חקיקה.

44. בדוח מבקר המדינה לשנת 2009 (הוגש במאי 2010) נבחנה פעילות המינהלת ויישום חוק דחיית השירות בהיבט השירות האזרחי (מבקר המדינה דוח שנתי 160 – לשנת 2009 ולחשבונות שנת הכספים 2008 913-991 (2010)). דוח המבקר התייחס לפרק הזמן ממרץ 2008, אז החלה המינהלת לפעול, ועד אוקטובר 2009. דוח המבקר מצביע

על מספר ליקויים בעבודת מינהלת השירות האזרחי וביישום חוק דחיית השירות בהיבט של מסלול השירות האזרחי. בממצאי הביקורת נמצא כי כ-40% מהמשרתים בשירות אזרחי עושים שירות בתחומי חינוך מיוחד וחונכות. זאת, למרות שהכנסת בחרה, במסגרת הליך החקיקה של חוק דחיית השירות, להוציא מתחומי השירות את תחום החינוך (כך שהשירות האזרחי ייעשה, לפי סעיף 6 לחוק דחיית השירות, למטרות בריאות, רווחה, קליטת עלייה, שמירת הסביבה, ביטחון פנים ושירותי הצלה שונים). עוד נמצא כי המשרתים בתחום החינוך אירחו חניכים בכתיבה בסופי שבוע, "כדבר שבשגרה", ודיווחו על 24-36 שעות שירות רצופות. בחודשי הקיץ, כשהחניכים בחופשה, נערכו בכפרי נוער פעילויות משותפות שכללו לינה. גם בגין פעולות כאלה דיווחו המשרתים כרצף של שעות שירות. בפועל, נקבע בדוח המבקר, המשרתים שעוסקים בחונכות "השלימו את כל שעות השירות במהלך ימים ספורים או בסופי שבוע בלבד" (שם, עמ' 976). הדוח התריע עוד על ליקויים הקשורים בעבודת הגוף המתפעל – שהוא גוף פרטי אליו הועברו סמכויות הפיקוח והבקרה של המינהלת. נמצא כי רכזים, שאמורים לפקח על פעילות המתנדבים, היו אחראים לכמות גדולה יותר של מתנדבים מזו שהגוף המתפעל התחייב במכרז; וכי דוחות נוכחות, שהיה חשד שאינם משקפים את הנוכחות בפועל או שלא היו חתומים, לא טופלו בדרך כלשהי. עוד נמצא כי הגוף המתפעל ערך ביקורות בהן נמצאו קשרי משפחה בין המשרתים לבין בעלי תפקידים בגופים בהם שירתו. למרות החשש לניגוד עניינים, המינהלת לא הפסיקה את שירותם של אותם בני משפחה, אלא רק הכפיפה אותם לאנשים אחרים שאינם קרובי משפחתם (שם, עמ' 976-977).

45. ממצאים דומים נזכרו גם בדוח הביניים של צוות פלסנר. דוח הביניים מציין כי במשך שנתיים בהן נבחן תפקודה של מינהלת השירות האזרחי-לאומי התגלו קשיים בתפקודה. הדוח מציין כי נציגי המינהלת לא הציגו תוכנית עבודה הכוללת מדיניות ויעדים קונקרטיים בשאלת המספר הרצוי של המתנדבים בתחומי השירות השונים; יעדים רב שנתיים לתמהיל השירות; ניתוח צרכי הגופים הממלכתיים בראי סדר העדיפויות הלאומי ובניית מערך תוכניות הכשרה על מנת לספק אופק תעסוקתי לאחר סיום השירות האזרחי. כן צוין בדוח הביניים כי המינהלת לא גיבשה שיטות לפיקוח על נוכחות המתנדבים במקומות השירות ועל איכות ההתנדבות (שם, עמ' 24). לגישת חברי הצוות, "מנהלת השירות האזרחי-לאומי צריכה להפוך לגוף מתווה חזון, קובע מדיניות, מציב יעדים, נושא ונותן בדבר פתיחת מסלולי שירות ממלכתיים נוספים, ומפקח על העמותות העוסקות באיתור השמה, וכן על הגופים המפעילים בלבד. גוף זה חייב להיות גוף רגולטורי ומנחה מדיניות ומומלץ כי יעביר תפקידי הביצוע לגופים חיצוניים". (שם, עמ' 25) התוצאה של העדר חזון וקווי מדיניות היא שהמינהלת לא

הצליחה לאייש את תקני המתנדבים שאושרו לה עד כתיבת דוח הביניים (שס, עמ' 28-27).

גם דוח הביניים התריע על כך שבפועל מספר רב של מתנדבים (68%) מתנדבים במסגרות בתוך הקהילה החרדית, ומרביתם בתחום הרווחה. מדוח הביניים עולה עוד כי חרדים רבים מתנדבים בתחומי חינוך – חלקם בתחומי חינוך שהוגדרו כרווחה. זאת, כאמור, למרות שתחום החינוך לא נכלל במסגרת תחומי השירות הקבועים בחוק. לגישת הצוות, בעוד השירות בתוך הקהילה נכון "כתמהיל התחלתי" להתנדבות חרדים (שס, עמ' 27), הרי לגישתם יש לשאוף לשינוי המגמה, כך שהשירות יבוצע במסגרות ממלכתיות, באופן שיתרום לשילוב החרדים בחברה.

46. הנה כי כן, לצד הגידול במספר המתנדבים בשירות האזרחי, ניכרות בעיות בפיקוח על איכות השירות, בקביעת יעדים ובאיוש התקנים שנקבעו למתנדבים בשירות. יישום הולם של חוק דחיית השירות אין משמעו רק הגדלת כמות המתנדבים לשירות אזרחי. יישום הולם של החוק מחייב בדיקה מהותית של טיב השירות האזרחי ואיכותו כדי שהוא יוכל להשיג את מטרותיו, ובעיקר, כדי שהשירות האזרחי אכן יהווה חלופה הולמת לשירות הצבאי. מסלול השירות האזרחי נקבע בחוק דחיית השירות על מנת לאפשר לחרדים הן שירות שיתאים לאורח החיים שלהם, הן שירות שיביא לצמצום חוסר השוויון באי הגיוס לצבא. כדי להשיג מטרה זו אין די בהצגת גידול במספר המתנדבים לשירות אזרחי. יש להוביל להפיכת השירות האזרחי לחלופה אמיתית באיכותה, בטיבה ובמשכה, לשירות הצבאי ובכלל זאת, יש לחייב בשירות אזרחי לתקופה ממושכת יותר משנה אחת. יש להצביע על כך שהשירות האזרחי הוא משמעותי ושיש בו כדי לקדם את מכלול תכליותיו של חוק דחיית השירות. כל זאת, בין היתר, על ידי הגברת אמצעי הפיקוח כדי לוודא שהשירות נעשה למטרות שנקבעו בחוק, ובמסגרות ממלכתיות המשלבות הכשרה מקצועית.

שנת ההכרעה

47. כשלוש ברור ניכר בכל הנוגע למה שהייתה אמורה להיות ההבטחה הגדולה של חוק דחיית השירות, היא שנת ההכרעה. בפרשת התנועה לאיכות השלטון כינה המישנה לנשיא (בדימ') השופט חשין את שנת ההכרעה "היהלום שבכתר חוק דחיית השירות", אך ציין כי שנת ההכרעה "אינה אלא אבן זכוכית המתחפשת ליהלום" (שס, עמ' 766). ואמנם, למרבית הצער התברר כי כך היא.

שנת ההכרעה נועדה לאפשר לצעיר ששירותו הצבאי נדחה ארבע שנים והוא בן 22 שנים לפחות, לדחות את גיוסו בשנה נוספת למרות שהוא אינו לומד בישיבה באותה שנה. במהלך השנה יוכל המיועד לשירות לצאת לעבודה ללא הגבלה. המטרה המרכזית בבסיס ייסודה של שנת ההכרעה הייתה לאפשר לצעירים לבחון את חייהם מחוץ לישיבה, מבלי לאבד את הסטטוס של מי ש"תורתו אומנותו" (ראו, דוח ועדת טל, עמ' 121). שנת ההכרעה הייתה הכלי המרכזי שהתוותה ועדת טל והיא נועדה ליצור דרך מעבר מחיי הלימוד בישיבה לשוק העבודה. חשוב לציין כי גיוס לצבא או לשירות אזרחי אינם תלויים ביציאה לשנת הכרעה. כלומר, דחוי שירות יכול להפסיק את דחיית השירות ולהתגייס לצבא או לשירות אזרחי בין אם יצא או לא יצא קודם לשנת הכרעה. אלא, שנת ההכרעה נועדה להקל על דחוי השירות את המעבר האמור, וככזו נחזתה על ידי ועדת טל ככלי המרכזי שיוביל להגברת השוויון וחלוקת הנטל.

48. הנתונים מצביעים על כך שמספר לא מבוטל של דחויי שירות בחרו לצאת לשנת הכרעה. עד ליום 31.12.2007 יצאו לשנת הכרעה 2,935 דחויי שירות בסך הכל. מבין אלה שסיימו את שנת ההכרעה (2,334), 649 חזרו למעמד "תורתו אומנותו". 163 ביקשו לשרת שירות אזרחי, אולם המינהלת טרם הוקמה במועד זה. מבין היתר, 253 גויסו לצבא; 315 היו בתהליכי גיוס (אולם לא ידוע אם אכן גויסו בפועל), ו-725 קיבלו פטור משירות צבאי. 191 דחויי שירות נוספים הועברו ל"מאגר" – יחידת רישום של מיועדים לשירות שהוחלט לא לקרוא להם לשירות, אך הם נמנים עם מערך המילואים ועשויים להיקרא לשירות על פי צרכי השעה הביטחוניים. 20 דחויי שירות נוספים שהו מחוץ לישראל.

התפלגות נתונים דומה באה לידי ביטוי גם בנתונים שהוצגו בתשובה מיום 30.12.2008. מהתשובה עולה כי נכון ליום 27.11.2008 יצאו לשנת הכרעה 3,269 דחויי שירות בסך הכל (קרי, בשנת 2008 יצאו לשנת הכרעה 334 דחויי שירות). 567 מהיוצאים טרם סיימו באותה עת את שנת ההכרעה. מבין אלה שסיימו, 759 חזרו למעמד "תורתו אומנותו"; 25 שהו מחוץ לישראל ו-148 המתינו להצטרפות לשירות האזרחי. מבין היתר, 905 דחויי שירות קיבלו פטור מטעמים שונים; 276 היו מצויים בהליכי גיוס ו-348 גויסו לצה"ל. 241 דחויי שירות הועברו ל"מאגר".

פרט לנתונים המתייחסים לשנים 2007 ו-2008 לא נמסרו על ידי המדינה נתונים עדכניים ביחס לשנים 2009 ו-2010. לפיכך, אין בפנינו נתונים אודות היציאה לשנת ההכרעה בשנתיים האחרונות, ובעיקר, אודות פועלם של מסיימי שנת ההכרעה בשנתיים האחרונות.

49. מן הנתונים שהוצגו על ידי הממשלה עולה כי למרות שמספר גדול יחסית של צעירים בחרו לצאת לשנת הכרעה, היא לא הובילה לגיוס לצבא, להצטרפות לשירות האזרחי או להשתלבות בשוק עבודה. בפועל, מרבית מסיימי שנת ההכרעה קיבלו פטור משירות צבאי או חזרו למעמד "תורתו אומנותו". מספר קטן בלבד של יוצאים לשנת הכרעה גויסו לצבא (או הועברו למאגר מילואים) או הצטרפו לשירות אזרחי. הנתונים אינם מפתיעים בהתחשב בחסם האינהרנטי אליו מובילה שנת ההכרעה. כאמור, על פי החוק ניתן לצאת לשנת הכרעה רק מגיל 22 ואילך ורק לאחר ארבע שנים של דחיית שירות. צעיר חרדי שיצא לשנת הכרעה בגיל 22, מסיים את שנת ההכרעה בגיל 23, כשהוא, על פי רוב, נשוי, ובדרך כלל הורה לילד אחד לפחות. במצב הזה, כפי שכבר הצבענו לעיל, לצבא אין תמריץ לגייס אותו נוכח העלות התקציבית הכרוכה בכך. גם הממשלה הייתה ערה לכך, וציינה בתגובתה במפורש כי: "כפי שמעידים הנתונים של מי שלאחר שנת ההכרעה ביקש להתגייס לצה"ל, רבים מבין דחויי השירות אינם צפויים להתגייס אף אם תיפסק דחיית שירותם מטעמים שונים" (תגובת הממשלה מיום 18.5.2008, עמ' 27).

הדברים נכונים ביתר שאת שעה שדחוי השירות בוחר לצאת לשנת הכרעה בגיל מבוגר יותר. מאחר שהגיוס לצבא כרוך וקשור בגילו של דחוי השירות, הרי ככל שזה נדחה, קטנים הסיכויים להתגייס לצבא. הדברים אמורים גם ביחס לשירות האזרחי. אמנם, אין מגבלת גיל פורמאלית בהצטרפות לשירות האזרחי, אך ככל שדחוי השירות מצוי במעמד "תורתו אומנותו" שנים רבות יותר (אף אם במהלך תקופה זו הוא יצא לשנת הכרעה), הרי שהתמריץ לצאת מן ההסדר ולהצטרף לשירות האזרחי הולך וקטן. יתירה מזו: דחוי שירות שיצא לשנת הכרעה בגיל 23 או 24 יוכל לבקש לשרת בצבא בתום שנת ההכרעה, ומרבית הסיכויים הם – כפי שמצביעים הנתונים הקיימים – שהוא יקבל פטור מן השירות הצבאי וכך לא יחויב אף לשרת בשירות אזרחי. אם זהו המצב, מהו הטעם בשנת ההכרעה? ברי כי אין בשנת ההכרעה כדי להגשים את המטרה שהוצבה ביסודה. בפועל, ייתכן ששנת ההכרעה מסייעת לחלק מדחויי השירות להחליט איזה אורח חיים ברצונם לאמץ, אך אין בה כדי לתרום לגיוס לצבא, לשירות האזרחי או – ככל הנראה – להצטרפות לשוק העבודה (אם כי לא נמסרו לנו נתונים על כך). יוער עוד כי הנתונים העדכניים ביותר שנמסרו לבית המשפט מתייחסים ליוצאים לשנת הכרעה עד לשנת 2009, ובתגובתה האחרונה לבית המשפט הממשלה כלל לא צרפה נתונים עדכניים אודות שנת ההכרעה. האם משמעות הדבר שהממשלה זנחה מסלול זה? דומה כי העובדה שהממשלה לא ראתה לנכון למסור לבית המשפט נתונים עדכניים לגבי שנת ההכרעה אומרת דרשני.

50. מהי המסקנה העולה מניתוח הנתונים ביחס ליישום חוק דחיית השירות? אמנם, אין ניתן להתעלם ממגמת העלייה במספר המתגייסים לצבא והמצטרפים לשירות האזרחי. מסלולי השירות הצבאי הורחבו. אם בעבר המסלול הבלעדי לשירות חרדים בצבא היה בגדוד הנח"ל החרדי "נצח יהודה", הרי שכיום נפתחו מסלולים ייחודיים בחיל האויר ולאחרונה גם בחילות אחרים. מסלולים אלה מציעים לחרדים הכשרה מקצועית ייחודית שיש בה לא רק הכנה לשירות הצבאי, אלא גם רכישת ידע מקצועי שמאפשר השתלבות מרשימה בשוק העבודה בסיום השירות הצבאי. לצד השירות הצבאי הורחבו גם אפשרויות השירות האזרחי. לאחר הקמת מינהלת השירות האזרחי הושקעו מאמצים ניכרים באיתור מפעילים והותקנו התקנות שאפשרו את שיבוץ המצטרפים לשירות האזרחי. כיום מתאפשר השירות בחלקו לא רק במסגרת הקהילה החרדית, אלא גם במסגרות ממלכתיות (ראו דברי ראש המינהלת, שר שלום ג'רבי, בדיון בוועדת החוץ והביטחון מיום 18.1.2011, עמ' 29).

אולם, על אף העלייה במספר החרדים המשרתים בצבא או בשירות אזרחי, מספרם הכולל של המתגייסים לצבא והמצטרפים לשירות אזרחי נמוך; והוא בוודאי נמוך משמעותית ממספרם של המצטרפים להסדר דחיית השירות. מהנתונים שהציגה הממשלה עולה כי נכון לינואר 2011 מספרם הכולל של דחויי השירות עמד על 61,877. מספר דחויי השירות עולה בהתמדה משנה לשנה, והערכת הממשלה הינה כי בכל שנה מצטרפים להסדר דחיית השירות כ-4,000 אנשים. נכון לשנת 2007 היוותה קבוצת דחויי השירות 14% ממחזור הגיוס של אותה שנה. עוד עולה מנתוני הממשלה כי על אף חקיקת חוק דחיית השירות והצעדים ליישומו כפי שנדונו לעיל, טרם נבלמה או נעצרה העלייה במספר דחויי השירות (תגובת הממשלה מיום 24.1.2011, עמ' 20).

51. משעמדנו על הנתונים העדכניים ביחס ליישום החוק נשאלת השאלה האם יישומו מעמידו במבחן המידתיות והאם הצטברות הנתונים מצביעה על כך שהאמצעים שנקבעו בחוק מגשימים את תכליותיו. מענה לשאלה זו מחייב התייחסות לרמת ההסתברות הנדרשת כדי שנוכל לקבוע שהאמצעים מגשימים או לא מגשימים את תכליות החוק. האם רמת ההסתברות, כחלק מבחינת עמידת החוק במבחן המידתיות, תלויה במהותה של הזכות הנפגעת? שאלה אחרונה זו התעוררה בפסיקת בית משפט זה מספר פעמים בעבר ביחס לחלקים שונים של פסקת ההגבלה. בבג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת בנק

המזרחי) העלה הנשיא א' ברק את האפשרות ליצור דרגות שונות של בדיקה חוקתית המושפעת ממהותה של הזכות הנפגעת (שס, עמ' 434). משמעותה של אפשרות זו היא שתנאי פסקת ההגבלה יבחנו על ידי בית המשפט בהתאם לזכות הנפגעת ולמכלול של שיקולים נוספים. באותה פרשה קבע הנשיא ברק כי "מוקדם מדי להכריע בשאלה מהו הדין בישראל על-פי פסקת ההגבלה, והאם עניין לנו ברמה אחידה של בחינה (כמו במשפט הקנדי) או ברמות שונות (כמו במשפט האמריקני)" (שס, עמ' 435).

52. מאז ניתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי צעדה הפסיקה כברת דרך בהכרה בקשר הישיר שבין חשיבותה של הזכות הנפגעת ורמת הבדיקה החוקתית הנדרשת, אף כי בשונה מהמדג הקיים במשפט החוקתי האמריקאי. בשורה של פסקי דין קבענו כי עוצמתה של הזכות הנפגעת ומידת הפגיעה בה משפיעים על מכלול הניתוח החוקתי ומשליכים על האופן שבו יבחן בית המשפט כל אחד מרכיביה של פסקת ההגבלה. תפיסה זו מבוססת על כך שלא כל הזכויות – בין אלה המנויות בחוקי היסוד ובין אלה שאינן – הינן זכויות בעלות אותה מידת חשיבות. מידת ההגנה הניתנת להן כרוכה באופיין ובחשיבותן בעומדן אל מול האינטרס הציבורי שלשמו מתחייבת הפגיעה בזכות. בשל הצורך לאזן בין הזכות לבין האינטרס הציבורי המצדיק פגיעה באותה זכות, תנאי פסקת ההגבלה אינם נבחנים על ידי בית המשפט באופן טכני. הליך האיזון קשור קשר ישיר במידת ההגנה הניתנת לזכות הנפגעת. כיום מקובלת במשפטנו הגישה לפיה יש להפעיל את האיזונים הגלומים במבחני פסקת ההגבלה בכל מקרה לגופו, בהתאם למכלול של פרמטרים, בהם, כפי שצינתי בפרשת מנחם, "הטעמים שבבסיס הזכות המוגנת וחשיבותה החברתית היחסית, מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי, נסיבות הפגיעה והקשרה, וכן מהות הזכויות או האינטרסים המתחרים" (שס, עמ' 258). גישה זו מדגישה את מרחב התמרון של המחוקק. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר ועוצמת הפגיעה בה רבה יותר, קטן מרחב התמרון ולהפך. מקום בו מדובר בזכויות שמשקלן – בהתאם לערכיה של החברה הדמוקרטית והיהודית שאנו מקיימים כאן – נמוך יותר, כך יעמוד למחוקק מרחב תמרון רחב יותר לפגוע בזכות.

במסגרת זו קבענו בעבר שאופיה של הזכות ועוצמת הפגיעה בה משפיעים על בדיקת תכלית החוק, במובן זה שככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שמידת הפגיעה בזכות קשה יותר, כך יש להצביע על אינטרס ציבורי משמעותי שיצדיק את הפגיעה (ראו, למשל, בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג' (5) 241, 262 (1999), השופט י' זמיר (להלן: פרשת צמח); פרשת חורב, עמ' 49, הנשיא א' ברק; פרשת מנחם, עמ' 258, השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש (להלן: פרשת מנחם); פרשת עדאלה, פסקה 28 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם,

11.6.2008), פסקה 30 לפסק דיני; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009) פסקה 45 לפסק דיני. ראו גם אהרן ברק, מידתיות במשפט, עמ' 619-628)). בדרך דומה צעדנו בפרשת התנועה לאיכות השלטון. בית המשפט, מפי הנשיא א' ברק, קבע כי נוכח הפגיעה בשוויון כחלק מכבוד האדם "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" (שם, עמ' 700).

בדומה, כבר הבעתי עמדתי כי "טיב הזכות הנפגעת, הטעמים המונחים בבסיסה ועוצמת הפגיעה בה" משפיעים על פרשנות הדרישה ל"הסמכה מפורשת" בחוק, הקבועה בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה (ראו פסק דיני בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 20.8.2008) וכן דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (טרם פורסם, 19.10.2009)). עוד קבענו כי גם שלושת מבחני המשנה של מבחן המידתיות "יופעלו וייושמו בהתחשב במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 420 (1997), השופטת ד' דורנר (להלן: פרשת לשכת מנהלי השקעות)) וכי "כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה [של] הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות" (פרשת סטמקה, עמ' 777, השופט (כתוארו אז) מ' חשין. כן ראו: בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 544 (1997), השופט א' גולדברג; פרשת צמח, עמ' 282, השופט י' זמיר; פרשת מנחם הנ"ל, עמ' 280 לפסק דיני).

53. על דרישת ההסתברות הקבועה במבחן המשנה הראשון כתב לאחרונה הנשיא (בדימ') פרופ' אהרן ברק בספרו מידתיות במשפט. הנשיא ברק מציע כי מקום בו הפגיעה היא בזכות חוקתית חשובה, הרי שהנטל על המדינה יהיה להצביע על הסתברות ממשית שהאמצעים הקבועים בחוק יגשימו את מטרותיו, ואין להסתפק ברמת הסתברות נמוכה או סבירה להגשמת המטרות (מידתיות במשפט, עמ' 628). גישה זו מבטאת את התפיסה שעלתה בעבר בבית משפט זה ביחס להתאמת הבדיקה החוקתית לזכות הנפגעת ויש בה פיתוח של משפטנו החוקתי. דרישה לרמת הסתברות ממשית ומשמעותית לכך שהאמצעים שבחר המחוקק יהיו מותאמים לתכלית אותה ביקש להגשים, מבססת את מבחן המשנה הראשון. גישה זו אף מחזקת את משקלו של המבחן הראשון על רקע שני מבחני המשנה האחרים – שהם מבחן האמצעי הפוגעני פחות ומבחן המידתיות במובן הצר. הדרישה להסתברות ממשית ומשמעותית מחייבת,

במקרים המתאימים, בחינה מעמיקה של ההסתברות להגשמת תכליות החוק, אשר אינה מסתפקת בהיתכנות סבירה או מינימאלית להגשמת התכליות באמצעים שנקבעו בחוק.

54. הזכות הנפגעת במקרה שלפנינו – הזכות לשוויון – הוכרה כזכות יסוד במשפטנו מקדמת דנא. הזכות לשוויון היא מאבני היסוד של שיטת המשטר בישראל עוד בטרם נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הזכות לשוויון מעוגנת בהכרזת העצמאות ויש הכותרים לה כתרים של עקרון על בשיטת המשטר שלנו, כחלק מהתשתית לקיומה של המדינה בהיותה מדינה יהודית ודמוקרטית (ראו, למשל, עמדת המישנה לנשיא (בדימ') השופט חשין בפרשת התנועה לאיכות השלטון). בשורה ארוכה של פסקי דין נזכר מעמדה המרכזי של הזכות לשוויון כ"נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 699 (1969), השופט מ' לנדוי). הזכות לשוויון, קבע השופט (כתוארו אז) מ' שמגר, היא "עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (בג"ץ 114/79 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806 (1978); וראו גם: יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (1999); בג"ץ 869/92 זיילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, 707 (1992); בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 229 (1998) פרשת מילר, פסק דינה של השופטת ד' דורנר; בג"ץ 4124/00 יקותיאלי ז"ל נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם, 14.6.2010), פסקאות 35-36 לפסק דיני). הזכות לכבוד האדם אף היא מוכרת במשפטנו כזכות חוקתית מאז נכללה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבוד האדם "הוא הגורם המאחד את זכויות האדם לשלמות. הוא מבטיח את האחדות הנורמטיבית של זכויות האדם" (פרשת התנועה לאיכות השלטון, עמ' 681, הנשיא א' ברק). הזכות לכבוד האדם היא זכות חוקתית בפני עצמה והיא אגד של זכויות יסוד אחרות. הזכות לכבוד האדם מטילה על רשויות השלטון חובה שלילית וחיובית כאחד – החובה שלא לפגוע בכבוד והחובה להגן על הכבוד (ראו: אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" מבחר כתבים 417 (חיים כהן, יצחק זמיר, עורכים, 2000)).

אכן, הזכות לשוויון והזכות לכבוד האדם, יחד עם שורה של זכויות נוספות, הן מן הזכויות הראויות להגנה הרחבה ביותר במשפטנו. בודאי כך כשאנו דנים בהפרת השוויון במילוי החובות הבסיסיות ביותר בחברה הישראלית ובחלוקת הנטל בו נושאים אזרחי המדינה המקיימים בגופם, בנפשם ובמיטב שנותיהם את בטחונה של החברה בישראל. אל מול הצורך להגן על השוויון מצוי האינטרס החברתי, שאת תכליתו, בין היתר, מבקש החוק לקדם. בנושא גיוס בחורי הישיבות הפך האינטרס החברתי להיות מורכב, ומטעם זה סברנו כי גיבושו הוא עניין מובהק להגדרת המחוקק. נוכח הקושי

במציאת פתרון לבעיות הנובעות מהפגיעה בשוויון, בקביעת השיקולים הצריכים לעניין ובהערכת משקלם, נכונים היינו בפרשת התנועה לאיכות השלטון להכיר ב"מרחב פעולה חקיקתי ניכר" הנתון לכנסת (שס, עמ' 704; הנשיא א' ברק). ציינו כי זוהי שאלה מובהקת של מדיניות חברתית שעליה מופקדת הכנסת, אך הדגשנו שהאינטרס החברתי אינו מצוי בחלל ריק. על כן, קבענו כי התכלית שנקבעה על ידי הכנסת תהא ראויה אם היא מגשימה מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ (שס, עמ' 700). בהתחשב במורכבות השאלה החברתית, קבענו בפרשת התנועה לאיכות השלטון כי תכליות החוק, בשילובן ההדדי, נופלות למסגרת מתחם ההגבלה של המחוקק והן חלק ממרחב התמרון החקיקתי הניתן לו (שס, עמ' 704). כאמור, באותו פסק דין הותרנו לבחינה מאוחרת את שאלת התאמת האמצעים שנקבעו בחוק להגשמת מטרותיו.

55. בשלב הבדיקה הנוכחי, ובהתחשב במעמדן ובחשיבותן של הזכויות העומדות על הפרק, ההסתברות הנחוצה לשם הוכחת הקשר הרציונלי בין האמצעים למטרה היא ברמה ממשית ומשמעותית. כלומר, אין די בכך שנקבע כי האמצעים שנקבעו בחוק דחית השירות עשויים להגשים את התכליות שביסודו ברמה מסוימת כלשהי. רמת הסתברות כזו לא תשקף את מידת ההגנה הניתנת במשפטנו לזכויות העומדות במרכז הדין שלפנינו. לפיכך, נדרשת רמת הסתברות גבוהה יותר, שתצביע על כך שברמה ממשית ומשמעותית יש בכוחו של האמצעי שנבחר על ידי המחוקק להוביל להגשמת מטרות החוק. בשלב בו אנו מצויים כיום אין המדובר אך בהערכה תיאורטית של העתיד. אין אנו בוחנים את החוק טרם החלה הרשות המבצעת ליישמו, במצב שבו אפשרויות הגשמת התכליות הן בגדר הערכה בלבד. יישום החוק החל זה מכבר. בשלב הנוכחי נדרשים אנו לבחון את יישום החוק בשנים שחלפו מאז נחקק ולהעריך את ההסתברות שהאמצעים שנבחרו בו יוכלו להוביל בעתיד להגשמת תכליותיו. עיקרון של תכליות אלה הוא להביא לגיוסם של אלפי צעירים לשירות צבאי או לכל הפחות לשירות אזרחי המהווה תחליף הולם לשירות הצבאי, ואף לקדם את השתלבותם של אותם צעירים בשוק העבודה.

56. המסקנה המתבקשת, לאחר הבחינה המקיפה של הנתונים ביחס למסלולים השונים שהותוו בחוק – כל אחד בפני עצמו וכולם במצטבר – כי האמצעים שנקבעו בחוק לא הגשימו ואינם עשויים להגשים את תכליותיו ברמת הסתברות ממשית. יישום החוק במהלך תקופת הניסיון הממושכת שניתנה עד כה מצביע על כך שקיימים בחוק חסמים אינהרנטיים המשפיעים השפעה ניכרת על האפשרות ליישמו, עד כדי פגיעה ביכולת להגשים את תכליותיו. חסמים אלה מונעים הגשמה של תכליות החוק גם אילו היו הרשויות המופקדות על יישומו שוקדות על מלאכתן – דבר שלא נעשה במידה מספקת

משך כל שנות קיומו של החוק בספר החוקים שלנו. בחלוף תשע שנים היה על המדינה להצביע על הגשמה ניכרת של כל תכליות החוק במשולב, ואין להסתפק עוד במגמות או בתהליכים לשינוי, חשובים ככל שיהיו. האם ניתן לקבוע כי בחלוף תשע שנים גיוס לצבא של 898 חרדים (מתוכם כ-400 בני נוער חרדי נושר) והצטרפות של 1,122 נוספים לשירות אזרחי קצר, בלתי ברור ובלתי מוגדר מתוך קבוצה של 61,877 דחויי שירות מהווים הגשמה של מטרות החוק? האם ניתן לראות כהגשמה של מטרות החוק מצב בו מרבית היוצאים לשנת הכרעה מקבלים פטור משירות צבאי או חוזרים למעמד "תורתו אומנותו", ולא משתלבים בשירות צבאי או תחליפיו או בשוק העבודה? האם ניכרת הגשמה של התכליות שעה שמספר גדול הרבה יותר של צעירים מצטרף מידי שנה להסדר "תורתו אומנותו" במקום לבחור באחד ממסלולי השירות הקבועים בחוק? בכל קנה מידה באמצעותו נבחן מספרים אלה, לא נוכל לומר שמדובר בשינוי של ממש במצב הדברים. אמת, מקובל עלינו שמדובר בתהליך חברתי מורכב ולא פשוט. אין חולק כי גורם הזמן הוא מרכיב משמעותי בתהליך הזה. אין גם חולק כי אין להסתפק בצילום תמונת המצב הנוכחית, אלא יש לבחון את התהליך בכללותו; והתהליך אכן מעיד על התקדמות מסוימת במסגרת הניסיונות ליישום של החוק. אבל ראוי היה שבזמן הניכור שעבר מאז חקיקת החוק תתברר מגמה משמעותית יותר ליישום החוק, וכזו לא ניכרת. מרבית הפעולות שנעשו לשם יישום החוק נעשו מאוחר מדי ומעט מדי. חלקן אף נעשו בסמיכות מטרידה למועדי הדיון בבית המשפט.

57. הבעיה העיקרית בחוק אינה אך תוצאה של הכשלים ביישומו. המספרים הנמוכים בגיוס לצבא; הכישלון החרוץ של שנת ההכרעה; והעובדה שהחוק תלוי באופן בלעדי במידת הרצון של הרשות המבצעת האם ליישמו וכיצד ליישמו, כל אלה מעידים על הכשלים הטבועים בחוק גופו. כל עוד החוק אינו קובע אמות מידה או יעדים לביצועו, הגשמת התכליות נתונה לחסדי הרשות המבצעת, שחופשייה לבחור אם וכיצד ליישם את החוק. הרשות המבצעת יכולה לנקוט בפעולות נמרצות ליישומו, להקצות משאבים ליישום חלקים מסוימים של החוק בלבד או לתמרץ באמצעים שונים את הגורמים המופקדים על כך ליישם את החוק. באותה מידה יכולה הרשות המבצעת לבחור בדרך של חוסר מעש ולהפוך את החוק לאות מתה. שיקול הדעת הרחב הנתון לרשות המבצעת, מצד אחד, וחופש הפעולה שהעניק החוק לדחויי השירות מן הצד האחר, מעידים על כך שההסדר שנקבע בחוק נמצא חסר. אמנם, אין חולק כי כל דבר חקיקה תלוי בביצועו על ידי הגורמים הרלוונטיים, וזהו חלק מקשר הגומלין שבין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בשיטת המשפט הדמוקרטית. אך, דומה כי בחוק דחיית השירות טושטש הגבול שבחלוקת התפקידים בין שתי רשויות אלה עד כי נותר בידי הרשות המבצעת הכח לרוקנו מתוכן.

58. כעולה מן האמור, שני מאפיינים בולטים בחוק דחיית השירות מפחיתים מעוצמת ההסתברות שהאמצעים שנקבעו בו יובילו באופן ממשי להגשמת המטרות שביסודו. ראשית, החוק מאפשר דחיית שירות "אוטומטית" של ארבע שנים מגיל 18 ועד גיל 22. שני המסלולים המיוחדים שנוצרו בחוק דחיית השירות – שנת ההכרעה ומסלול השירות האזרחי – רלוונטיים לבחורי ישיבה מגיל 22 ואילך. גם המסלולים המיוחדים בצבא (מסלולי שח"ר) מיועדים לדחויי שירות בני 22 ואילך. עצם הקביעה בחוק לפיה מסלולי השירות השונים מתחילים רק מגיל 22 ולא קודם לכן, משמעה שמרבית דחויי השירות מגיעים לצומת הגיוס כשהם נשואים, וחלק לא מבוטל מהם כשהם הורים לילד אחד או יותר. יכולת הצבא לקלוט דחויי שירות אלה קטנה באופן משמעותי נוכח הגידול התקציבי הנדרש בשל הצורך לשלם להם תשלומי משפחה. כתוצאה מכך, מנותבים מראש אותם צעירים לשירות אזרחי שהוא קצר יותר ו"זול" יותר מבחינת המדינה – וזאת בהנחה שלא בחרו להישאר בהסדר "תורתו אומנותו". האין לומר כי בכך נוצר בחוק חסם אינהרנטי נגד השירות בצבא? האין בכך סתירה לתכלית החוק לפיה יש להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי, במובן זה שיותר גברים בני הקהילה החרדית ישרתו בשירות צבאי, ולמצער ישרתו שירות אזרחי בעל משמעות? (ראו, פרשת התנועה לאיכות השלטון, עמ' 700).

59. שנית, החוק מפקיד בידי בחורי הישיבות את הבחירה המלאה בין המסלולים המותרים בחוק. צעיר חרדי בגילאים 18-21 יכול לבחור בין דחיית שירות וגיוס לצבא. בגיל 22 אותו צעיר יכול לבחור להמשיך את דחיית השירות או להתגייס לצבא או לשירות האזרחי. אותו צעיר גם יכול לבחור לצאת לשנת הכרעה, בסופה יעמדו בפניו אותן אפשרויות בחירה בדיוק. אפשרויות בחירה נוספות ניתנו לאותו צעיר במסגרת החלטות ממשלה ונהלי הגיוס. אפשרויות אלה כמעט ואינן מוגבלות. הן אינן תלויות במצבו המשפחתי של אותו צעיר או בפרופיל הצבאי שנקבע לו. הן אינן תלויות במספר השנים בהן דחה את גיוסו הצבאי, או בפועלו במהלך שנת ההכרעה. אפשרויות אלה גם אינן מובילות לחובה לשרת שירות כלשהו באיזה שהוא שלב בחייו. אותו צעיר יכול לדחות את שירותו הצבאי במשך מספר שנים שבסופן יקבל פטור משירות צבאי או משירות חובה אזרחי. מבנה זה של חוק דחיית השירות, למותר לומר, מהווה תמונת ראי של המצב הקיים ביחס לצעירים שאינם חרדים. צעירים אלה אינם חופשיים לבחור אם לשרת בצבא אם לאו. החוק בישראל מטיל עליהם חובה לשרת בצבא, והאפשרויות להמיר את שירותם הצבאי בשירות אזרחי מצומצמות ושוליות בהיקפן.

אמנם, אין חולק על כך שאחת התכליות של חוק דחיית השירות הייתה ליצור הסדר מוסכם שלא יחייב כפיית גיוס. הכרנו בכך שזוהי תכלית ראויה, המשקפת את הרצון ביצירת הסדר חברתי המבוסס על פשרה ואיזון בין הצרכים של הקבוצות השונות. אולם, בהיעדר כל מרכיב של חובה, יישום החוק והגשמת תכליותיו אינם תלויים אך ברצונה של הרשות המבצעת, אלא גם, ואולי בעיקר, ברצונם של דחויי השירות. גם אם הרשות המבצעת תעמיד את המשאבים הנדרשים ותפתח מסלולי שירות מתאימים, עדיין הדבר לא יבטיח הצטרפות משמעותית של חרדים, אלא אם יהיה במסלולים אלה תמריץ כלשהו המעודד הצטרפות אליהם. תמריץ זה אינו מצוי בחוק כיום, ואף לא בצעדים הננקטים ליישומו.

60. זאת ועוד. חוק דחיית השירות אינו כולל אמות מידה למתן פטור משירות צבאי ואין בו יעדים לגיוס לצבא או להצטרפות לשירות אזרחי. אין בחוק מסגרות ביניים לבחינת התקדמות היישום של החוק ואין בו כל אמצעי פיקוח על יישומו. אף אין בחוק קביעה המחייבת שירות משמעותי – מכל סוג שהוא – לכל. המשמעות היא שיישום החוק תלוי במידה מכרעת ברצונם של בחורי הישיבות לבחור באחד המסלולים הקבועים בו. במצב דברים זה, ובהתחשב בנתונים שהוצגו בפנינו, קשה לקבוע שהאמצעים שנקבעו בחוק מגשימים את מטרותיו הלכה למעשה, או שיש הסתברות ממשית ומשמעותית שיגשימו את מטרותיו בעתיד. אמנם כמה מאות חרדים מתגייסים מקרב הציבור החרדי הוא שינוי מסוים לעומת המצב ששרר לפני עשור, אך מנגד עולה משנה לשנה מספרם של דחויי השירות, שהופכים לפטורי שירות, וכאמור, עומד מספרם כיום על למעלה מ-60,000 איש. משמעות הדבר היא שהתכלית המוצהרת שלשמה חוקק החוק אינה בת הגשמה בנסיבות הקיימות, על אף הניסיונות של הממשלה בהחלטותיה להפיח בה רוח חיים. לכך יש לחזור ולציין שמאמצי הממשלה, ככל שנעשו, מיועדים בעיקרם לשלב את דחויי השירות בעבודה – תכלית חשובה לעצמה – אך אין בה כדי לתת מענה לא לשירות הצבאי ולא לשירות האזרחי.

61. נוכח כל אלה דומה כי הפגמים שהובילו למצב הדברים הנוכחי טבועים בחוק גופו. בלשון פסק הדין בפרשת התנועה לאיכות השלטון, מדובר בפגמים "גנטיים" (שם, עמ' 712) ולא בפגמים מינהליים הנוגעים לאופן שבו יישמה הרשות המבצעת את החוק. המסקנה היא שחוק דחיית השירות אינו עומד במבחן המידתיות על פי מבחן המשנה הראשון, כלומר אין באמצעים שנקבעו בו כדי להגשים את תכליותיו, והוא הפך למעשה לכלי להנצחת המצב שהיה קיים עובר לחקיקתו. נוכח מסקנתנו זו, מתייתר הצורך לבחון את שני מבחני המשנה האחרים. התוצאה היא שחוק דחיית השירות אינו מקיים את תנאי פסקת ההגבלה.

תוצאת אי החוקתיות של חוק דחיית השירות

62. מן האמור מתחייבת הקביעה אלינו הגענו בסופה של דרך ארוכה בה צעדנו מספר שנים כי חוק דחיית השירות אינו מקיים את תנאי המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה, ועל כן, אינו חוקתי. התוצאה המעשית של מסקנה זו היא הכרזה על בטלותו של חוק דחיית השירות או במלים אחרות, וכאשר אנו צופים פני העתיד, קביעה כי אין ניתן להאריך את החוק במתכונתו הנוכחית.

לצד הכרזה זו עלינו להתחשב בעובדה שחוק דחיית השירות נחקק על דרך של הוראת שעה. תוקפו של החוק, שהוארך על ידי הכנסת בפעם השנייה, עתיד להסתיים ביום 1.8.2012. נוכח העובדה שהסדרים רבים נקבעו בהתאם לכללים הקבועים בחוק, ובשים לב לכך שיש להניח שרבים כלכלו צעדיהם בהתאם לקבוע בחוק, הייתי מציעה לחבריי להשהות את הכרזת הבטלות ולאפשר לחוק לסיים את התקופה שנקצבה לו. פרק זמן זה יאפשר למחוקק לבחון את ההערות שנקבעו בפסק הדין ולחוקק הסדר חדש שיתחשב בפסק דין זה ובפסקי הדין הקודמים בפרשת רסלר, בפרשת רובינשטיין ובפרשת התנועה לאיכות השלטון – שהיוו את המצע לחקיקת חוק דחיית השירות ולהסדרת הסוגיה בכללותה.

63. לא הגענו למסקנה זו בנקל. ערים אנו לעובדה שלצד הפגמים בחוק דחיית השירות ולצד הקשיים העולים מיישום החוק, החברה הישראלית, והחברה החרדית בתוכה, צעדה כברת דרך. נראה כי בשכבות שונות ובחוגים שונים של האוכלוסייה, ואף בקרב האוכלוסייה החרדית, מתחדדת ההכרה כי לצד השמירה על הערכים הדתיים, החברתיים והתרבותיים של הקהילה החרדית, ניתן לשלב את צעירי הקהילה החרדית בחברה הישראלית, תוך כיבוד מחויבותם לערכי הדת ולאורח החיים שהם מבקשים לקיים. ואכן, יותר צעירים וצעירות חרדים פונים ללימודים ומשתלבים בשוק העבודה. יש גם צעירים המשתלבים בצבא ובמסגרות השירות האזרחי, אך המספרים רחוקים מאוד מלשקף תמורה חברתית. בעיקרם של דברים נותר בעינו הפער המקיים חוסר שוויון בגיוס לצבא והימנעות מנשיאה שוויונית במילוי חובות אזרחיות.

חיים משותפים בחברה מחייבים שילוב של ערכים והתחשבות הדדית. לצד ההכרה בזכות של קבוצה ייחודית לשמר את אורחות חייה, תרבותה ואמונתה הדתית, עומדת החתירה לנשיאה שווה בנטל לשם קידום המטרה המשותפת של קיומה של ישראל כחברה אחת. נשיאה שוויונית בנטל אין משמעה בהכרח שכולם תורמים לחברה

באותו אופן ובאותה מידה. כלשונו של חברי, השופט א' א' לוי, "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" (פרשת התנועה לאיכות השלטון, עמ' 783). נשיאה שוויונית בנטל מחייבת קיומם של הסדרים ומנגנונים שוויוניים המתחשבים ביכולתם של הפרטים בחברה לתרום בדרכים המותאמות לכישוריהם, למאפייני החיים שלהם ובמידת האפשר, להעדפותיהם. חוק דחיית השירות התיימר ליצור הסדר כזה, אשר יוכל לאזן בין הקבוצות השונות; בין האינטרסים והזכויות; בין פערי התפיסות והאמונה ומבלי לפגוע בצורך בחלוקה שוויונית, ככל הניתן, של הנטל. החוק ניסה לתת פתרונות לבעיה מורכבת. בית המשפט היה נכון לאפשר את בחינת יישום החוק לאורך תקופה ממושכת כדי לברר אם הפתרונות המוצעים מובילים לצמצום הפגיעה בשוויון ולהגשמת ההוראות והתכליות של החוק. בסופו של יום, הזמן הוכיח שהחוק לא הגשים את התכליות שבסודו, ובפועל, עיגן החוק, רובו ככולו, את הסדר דחיית השירות שהיה קיים טרם חקיקתו. לא חל שינוי משמעותי במספר המצטרפים לפתרונות הקונסטרוקטיביים שהחוק הציע כדי לצאת ממעגל דחיית השירות, וטרם נמצאה הנוסחה לבלית הצמיחה המהירה בגודלו של מאגר דחויי השירות.

בית המשפט נהג משך שנים בריסון כדי להימנע מפתרונות דרסטיים וכדי לאפשר התגבשותם של תהליכים חברתיים בחברה החרדית עצמה, אשר יביאו לידי גישור בין קבוצות האוכלוסייה. מספרם הגדל והולך של דחויי השירות מציב סימני שאלה כיצד הגענו עד הלום. הסדר "תורתו אומנותו" השפיע לא רק על מספרם של דחויי השירות, אלא גם הזין תהליכים פנימיים בתוך החברה החרדית. נוכח האיסור על יציאה לעבודה נוצר מצב בו מרבית הגברים החרדים אינם עובדים לפרנסתם והעוני פשה בחברה. ההסתמכות על קצבאות המדינה גדלה באופן משמעותי. בהיעדר כל מגבלה על מספר דחויי השירות גדל מספרם בקצב מסחרר. כתוצאה מכך, המציאות החברתית השתנתה עד לבלי הכר. הסדר דחיית השירות שינה את אופיו מזכות יתר הניתנת לקבוצת מיעוט ייחודית והיה לתופעה רחבת היקף שגבולותיה נפרצו. חלקם היחסי של דחויי השירות מתוך מחזור הגיוס גדל באופן משמעותי. אם בעבר מדובר היה בקבוצה מצומצמת וקטנה של תלמידי חכמים המקדישים מרצם ועיתותיהם ללימוד התורה הרי שכיום מצביעים המספרים על קבוצה של כ-14% ויותר ממחזור הגיוס בכל שנה, והמספרים רק הולכים וגדלים. אם לא תיבלם הצמיחה במאגר דחויי השירות, מספרם יכפיל עצמו תוך עשור. מצב דברים זה גורם לתחושת עוול בשל חוסר השוויון שפושה בקרב שכבות שונות ואף מגביר את הפערים והניכור בין חלקיה השונים של

החברה בישראל. מעבר לכל אלה, נוכח האיום הביטחוני עימו מתמודדת המדינה מיום הקמתה, עם השנים אף התגבר הצורך המעשי בגיוס בני הישיבות לשירות צבאי.

כפי שציין הנשיא ברק בפרשת רסלר, "הכמות עושה איכות" (שם, עמ' 505). משך שנים יכולה הייתה החברה בישראל לשאת את דחיית השירות הגורפת, כל עוד מדובר היה בקבוצה מצומצמת של דחויי שירות. אך יכולתה של חברה לשאת מצב בו קבוצה מסוימת פטורה מחובה המשותפת לכל, הינה מוגבלת. ההכרה בחשיבות שיש לשמירה על זכויות קהילתיות, דתיות ותרבותיות הינה חלק מתפיסתנו הדמוקרטית לפיה זכויות אלה ראויות להגנה. עם זאת, ההגנה על זכויות אלה אינה מוחלטת. ההכרח בקיום חיים חברתיים מחייב איזון בין זכויות אלה ובין חובתה של המדינה להבטיח הסדרים שוויוניים בניהול החיים במדינה. אלה אינם ניכרים בחוק דחיית השירות. הסדריו – רובם ככולם – מהווים תשליל של ההסדרים החלים על צעירים שאינם חרדים. ביסוד חקיקת החוק עמדה תקווה שהחוק יעורר תהליך חברתי שיביא לכך שאף ללא כפייה ואף ללא הטלת חובה כלשהי, חרדים יבקשו להתגייס או להצטרף לשירות אזרחי. התקווה שתלו בחוק נכזבה.

בפרשת התנועה לאיכות השלטון ציינו כי הפתרון לבעיה חברתית סבוכה זו אינו יכול להיות תוצר בלעדי של כפייה. ברי כי אחריות, ערכות הדדית ורצון לשאת בנטל החברתי אינם יכולים להיות רק תוצר של חקיקה. יש בכוחה של חקיקה להבטיח את הסדר הציבורי; לעודד ולתמרץ פעולות שהמחוקק מאמין בנחיצותן; למנוע מהפרט או מהרשות הציבורית לבצע פעולות שיש בהן כדי לפגוע בפרטים או בחברה כולה. עם זאת, אף כי אחריות וערכות הדדית אינם אך תוצר של חקיקה, הרי חקיקה יכולה לעודד או לדכא את היווצרותם. פתרון המצב החברתי שנוצר בעקבות שנים ארוכות של פטור, הלכה למעשה, משירות צבאי, הוא משימה סבוכה. הנתונים שיש בידינו כעת מקלים על המשימה. פרק הזמן שבו עמד חוק דחיית השירות למבחן מספק בידי המחוקק מידע אודות הדרכים היעילות יותר והיעילות פחות לפתרון הבעיה. זהו מידע חיוני לגיבוש הסדר חוקי חדש שיתחשב בפגמים שהתגלו בחוק דחיית השירות.

64. התוצאה היא אם כן שיש לראות את חוק דחיית השירות כחוק שדינו להתבטל. נוכח העובדה שהחוק נחקק כהוראת שעה ותוקפו יפוג ב-01.08.2012 אין אנו רואים מקום להורות על בטלות החוק. המשמעות היא שהחוק יעמוד בתוקף עד לסיום תוקפו ביום 1.8.2012, אך הכנסת לא תוכל לשוב ולהאריכו במתכונתו הנוכחית הארכה נוספת. על הכנסת יהא לגבש הסדר חדש, שיכול ויתבסס על המסגרת שהוקמה כחלק מחוק דחיית השירות, אך מתחשב בקביעותינו בפסק דין זה. בכלל זה על הכנסת ליתן

דעתה לפגמים עליהם הצבענו, הנובעים, בין היתר, מכך שהחוק אינו כולל כל אמות מידה, קריטריונים ויעדים לביצועו, וכך מכך שהחוק אינו כולל מרכיב כלשהו של חובת שירות (לא על בסיס של גיל, לא על בסיס של כשירות לשירות ולא על חובת תחליף של שירות אזרחי או השתלבות בעבודה). בתיקון הפגמים שמצאנו בחוק והתאמתו לתכליותיו על רקע הלקחים שהופקו מיישומו הלכה למעשה, תוכל הכנסת להיעזר גם בממצאי הדוחות הציבוריים, ובהם דוח הביניים של צוות פלסנר ומסקנותיו, שהוגש לנו כחלק מתשובת הכנסת לעתירות שלפנינו. נשוב ונדגיש כי חקיקה המנציחה את הפערים והפגמים של העדר השוויון בהיקף שבו הם נחשפו במצב הקיים אינה יכולה לעמוד.

אחרית דבר

65. אחר הדברים האלה קראתי את חוות דעתם של חבריי, השופטת ע' ארבל והשופט א' גרוניס. אשר לחוות הדעת של חברתי השופטת ארבל, דומה כי בין תפיסות היסוד שלנו המרחק איננו רב. המחלוקת בינינו נוגעת לשאלה האם קצב יישום החוק משיע רצון ומספק כדי להעמיד את החוק במבחן המידתיות, וזאת בשים לב למשך חייו של חוק דחיית השירות. לגישת השופטת ארבל, ההתפתחויות שחלו בתקופה האחרונה מעידות על סיכוי לשינוי כאמור ועל כן, יש להמתין תקופה נוספת לבחינת הגשמת החוק הלכה למעשה. לגישתי, הנתונים המצויים בדינו כעת, אשר מתבססים על יישום הוראות החוק במשך כעשר שנים, מספיקים כדי ללמד על קיומם של חסמים ופגמים אינהרנטיים, שאופיינו על ידינו כפגמים "גנטיים" בחוק, אשר אם לא יתוקנו לא ניתן יהיה להגשים בעתיד את תכליותיו השלובות. זאת, הגם שאיני חולקת על כך שחל שינוי מסוים לטובה ביישום החוק.

66. כמו חברתי, השופטת ארבל, אף אני סבורה כי צמצום אי-השוויון בחלוקת הנטל בין קבוצות שונות באוכלוסייה הינו תהליך ממושך. אף אני שותפה לעמדה לפיה מורכבותה של הסוגיה ועוצמת הרגשות שהיא מעוררת משליכים באופן ישיר על מורכבותו של ההליך והתהליך לפתרונה. מטעמים אלה הביע בית משפט זה בהליכים שקיימנו לאורך השנים את העמדה לפיה אין לנקוט בצעדי כפייה חד-צדדיים שספק אם יש בהם כדי לפתור מחלוקת חברתית, ערכית, שורשית וארוכת שנים. בעניין זה לא שיניתי מדעתי.

67. החלטות בית המשפט בפרשת התנועה לאיכות השלטון ובעתירות שלפנינו מעידות על הריסון והאיפוק שנהג בית המשפט לאורך השנים. למרות שחלפו למעלה מתשע שנים מאז נחקק החוק, לא מיהרנו להכריע בשאלת חוקתיותו של החוק על רקע

הגשמתו הלכה למעשה. על אף שהנתונים אשר הוצגו בפנינו לא היו משביעי רצון, בלשון המעטה, בחרנו לתת למדינה שהות נוספת להגשמת תכליות החוק. פסק דיננו זה בא רק לאחר חלוף תקופה נוספת, ממושכת, בה נבחנה הגשמת תכליות החוק. עתה עומד העשור הראשון לחקיקת חוק דחיית השירות בפני סיומו. אין זה עניין של מה בכך. זהו פרק זמן משמעותי ביותר, שמצטרף לשנים הארוכות בהן הסוגיה נבחנת על ידי כלל הגורמים הרלוונטיים. לגישתי, די בפרק זמן זה כדי לעמוד על השאלה המרכזית שהציב בית המשפט עוד בפרשת התנועה לאיכות השלטון – האם החוק כולל חסמים טבועים המונעים את הגשמת תכליותיו באופן מלא? זוהי שאלה משפטית-חוקתית מובהקת. כפי שהראיתי בהרחבה בחוות דעתי, אני סבורה שהתשובה לשאלה זו בחיוב. אין מקום לחזור על הדברים כאן, ובקצרה בלבד אזכיר את הבעייתיות העולה משנת ההכרעה – שאינה תורמת כלל לבחירה באחד מן המסלולים בחוק; את אפשרויות הבחירה הכמעט בלתי מוגבלות שעומדות בפני הצעירים החרדים; את שיקול הדעת הרחב המסור לרשות המבצעת בביצוע החוק ובאופן ביצוע החוק, ובכלל זה את הדגש שהושם על הגשמת אחת מתכליותיו על חשבון התכליות האחרות; ואת הצורך להתמודד עם ההשלכות התקציביות, שהן נגזרת בלתי נמנעת של ההסדרים הקבועים בחוק. חסמים אלה מונעים הגשמה של החוק, ותיקונם עשוי להבטיח שהחוק לא יותנה רק ברצון טוב ליישמו. עמדתי בהרחבה בחוות דעתי גם על הנתונים המספריים. לא שוכנעתי כי הנתונים משביעים רצון, בהתחשב בפרק הזמן הממושך שחלף מאז נחקק החוק. אין חולק כי המספרים מצביעים על מגמה – אך בשלב הנוכחי אין בכך די. גם אם מידי שנה נרשמת עלייה במספר המתגייסים לצבא או לשירות האזרחי, עלייה מתמדת ביחס דומה נרשמת גם במספר המצטרפים להסדר "תורתו אומנותו"; וחלקם של מקבלי הדחייה או הפטור משירות צבאי או אזרחי מביין כלל מחזור הגיוס הולך וגדל. המשמעות היא שבפועל החוק לא הביא לתמורה של ממש.

68. לזאת יש להוסיף כי בחינה מהותית של הנתונים המספריים מחייבת גם בחינת איכות השירות. חתירה לנשיאה שווה בנטל אינה טכנית או פורמלית גרידא. אין ספק שניתן להצביע על נתוני גיוס מרשימים שעה שמתווים מסלול גיוס מקוצר בן שלושה חודשים בלבד. אולם, קשה לומר כי שירות צבאי כזה שקול כנגד שירות צבאי בן שלושה שנים בו מחויב כל מי שאינו חרדי או אף כנגד שירות צבאי בן 16 חודשים כפי שמתאפשר לחלק מהצעירים החרדים הבוחרים להתגייס לצבא. והדברים אמורים גם ביחס לשירות האזרחי. ניכר כי כיום מסלול השירות האזרחי הפך למסלול השירות המרכזי של הצעירים החרדים שבחרים לצאת מהסדר "תורתו אומנותו". גם בחינת השירות במסלול זה חייבת להתבצע במישור מהותי ולא מספרי בלבד. שהרי, אין מקום לדבר על נשיאה שווה בנטל אם השירות האזרחי נעשה במסגרת הקהילה, ללא פיקוח,

ובמקרים מסוימים – כפי שפורט ברוח מבקר המדינה המובא בפסקה 44 לפסק דיני – במהלך ימים ספורים או בסופי שבוע בלבד.

69. ומכאן לחוות הדעת של חברי השופט גרוניס, שסבר כי העניין איננו מתאים לדיון בבית המשפט. לגישת השופט גרוניס, על בית המשפט להימנע מדיון בחוקתיות חוק דחיית השירות, הואיל ובחוק ניתנה למיעוט זכות יתר על ידי הרוב. תפיסה זו עמדה גם ביסוד חוות דעתו של חברי השופט גרוניס בפרשת התנועה לאיכות השלטון.

הנשיא א' ברק, שכתב את פסק הדין העיקרי בפרשת התנועה לאיכות השלטון, עמד על הקשיים הטמונים בתיאוריה של ביקורת חוקתית המצדיקה הימנעות של בית המשפט מהפעלת ביקורת שיפוטית על חוק המשקף הענקת זכות יתר למיעוט על ידי הרוב (ראו: פרשת התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 717-721) ואין מקום לחזור על הדברים כאן. אני אעמוד רק על מספר נקודות בעייתיות העולות מעמדה זו.

70. ראשית, ביסוד תפיסתו של השופט גרוניס עומדת ההנחה לפיה הביקורת השיפוטית נועדה להגן על תקינות ההליך הפוליטי. ואכן, הביקורת השיפוטית אמורה, בין היתר, להגן גם על תקינות ההליך הפוליטי; לשמור מפני פגיעה של הרוב בזכויות המיעוט ולוודא שהרוב אינו מנצל את כוחו באופן פסול. אבל, הביקורת השיפוטית אינה נעצרת שם. הביקורת השיפוטית אינה מוגבלת לתפיסה הצרה של הדמוקרטיה כשלטון רוב בלבד, אלא משתרעת על תפיסת הדמוקרטיה כשלטון המגן על זכויות היסוד של האדם. זהו הלקח המרכזי שנלמד לאחר מלחמת העולם השנייה ואשר הופנם בחוקותיהן של מדינות רבות. אין די בהבטחת ההליך הדמוקרטי; יש לשמר גם את המהות הדמוקרטית הבאה לידי ביטוי בהגנה על זכויות אדם. הגנה זו אינה מוגבלת למצבים של פגיעה במיעוט.

שנית, ספק בעיני אם הגישה המוצגת על ידי חברי מתאימה למציאות הפוליטית בישראל. במציאות הקואליציונית בישראל, ההגנה על ההליך הדמוקרטי התקין – במסגרתה נבחן רצונו של הרוב לתת זכות יתר למיעוט – מקבלת משמעות ייחודית. במערך פוליטי המורכב ממספר רב של מפלגות, במסגרתו מפלגות קטנות המשמשות לשון מאזניים, האם ניתן לדבר בפשטות על יחסי רוב ומיעוט? באילו מצבים נוכל לומר שהרוב מעניק מיוזמתו הטבת יתר למיעוט? דומה שאין דוגמה המייצגת יותר את הקושי של חלוקה בין זכויות הרוב לזכויות המיעוט כמו העניין שלפנינו. מבחינת הרקע העובדתי אין זה סוד שבכל תולדות הטיפול בהסדר דחיית השירות, מדובר היה

באילוץ קואליציוני בו הרוב מקבל את דין המיעוט, בין היתר, בשל אינטרסים פוליטיים קואליציוניים. קשה בנסיבות אלה להבחין מהו ביטוי לרצון הרוב ומהו אילוץ.

מעבר לכך, לגישה זו קשיים יישומיים משמעותיים. באילו תנאים נאמר כי מדובר ברוב המעניק זכות יתר למיעוט? מהן אמות המידה לאבחנה בין קבוצת רוב לקבוצת מיעוט? האם ההבחנה נשענת על חלוקה מספרית? האם ההבחנה מבוססת על היכולת להתמודד בהצלחה בהליך הפוליטי? האם ההבחנה מבוססת על מעמד חברתי? כלכלי? פוליטי? האם קבוצה יכולה בנסיבות מסוימות להיחשב קבוצת רוב ובנסיבות אחרות להיחשב כמשתייכת לקבוצת מיעוט?

שלישית, וזה העיקר, ביקורת חוקתית הנוגעת לפגיעה בזכויות מתייחסת לאדם כפרט, כיחיד. ככלל, העובדה שרבים נפגעים מפעולה שלטונית כזו או אחרת – והעובדה שהם אולי מהווים את הרוב בחברה – אינה פוטרת את בית המשפט מלבחון את חוקתיות הפגיעה. המשפט החוקתי מתמקד בחוקתיות הפגיעה – ולא במיהות הנפגע. העובדה שפרט שנפגעו זכויותיו משתייך לקבוצה כזו או אחרת תהא רלוונטית לא לעצם השאלה אם יש מקום לביקורת חוקתית, אלא מהו אופייה של הביקורת החוקתית ומהו היקפו של מרחב התמרון שיינתן למחוקק.

71. לבסוף, חברי מעלה את החשש שמא בעקבות הכרעתנו בהליך הנוכחי תוגש לבית המשפט בעתיד עתירה נוספת שתבקש לבחון את העניין שלפנינו שוב. לגישתו, "ההתעסקות החוזרת ונשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות שיפוטית, בוודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט". אני מתקשה לקבל עמדה זו. ראשית, מבחינה עובדתית אינני סבורה שניתן לומר כי לא הושגה התקדמות ממשית. מאז החל בית המשפט לבחון את הסדרי דחיית השירות, הוסדרה הסוגיה בחקיקה, וחרדים החלו לשרת בשירות צבאי ובשירות אזרחי. מעורבות בית המשפט היוותה, במידה מסוימת, קטליזטור לתהליכים בכנסת. שנית, בעניינים כדוגמת העניין שלפנינו, שביסודו מחלוקת ערכית-אידיאולוגית בין קבוצות שונות בחברה הישראלית, אין לצפות שניתן יהיה לפתור אותם באבחת פסק דין אחד – אם בכלל ניתנות הן לפתרון מלא. הסוגיה שלפנינו קשה ומורכבת, בין הסוגיות הקשות ביותר בחברה הישראלית. משכך, הציפייה שהיא תיפתר בפרק זמן קצר אינה ריאלית.

אך מובן שבית המשפט אינו מתיימר להביא לשינוי חברתי מלא, אבל הוא בהחלט אחד מהגורמים החברתיים החשובים ביותר לקידום תהליכים של שינוי. בית המשפט, בישראל כמו גם בדמוקרטיה אחרות, הוא אחת מהזרועות הפועלות במסגרת המוסדות השלטוניים, וביכולתו לסייע בכלים שבידיו בפתרון – גם אם פתרון הדרגתי או חלקי – של מחלוקות חברתיות. לא תמיד תרומתו של בית המשפט לקידום פתרון המחלוקת החברתית היא ברורה או מיידית; ולא אחת הדיון בבית המשפט ופסיקותיו מניעים תהליכים חברתיים מגוונים – ולעיתים אף שונים מאלה שנתבקשו בעתירות לבית המשפט (השוו: לעניין ההשפעות המגוונות של פסק הדין המונומנטאלי *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Martha Minow, IN WAKE: LEGACIES OF AMERICA'S EDUCATIONAL LANDMARK* (2010), ובפרט בעמ' 33-5). אכן, מורכבותה של המחלוקת שבפני בית המשפט משפיעה מיניה וביה על אופי מעורבותו של בית המשפט ועל היקף תרומתו לפתרון הסוגיה, אך אין בעצם המורכבות כשלעצמה כדי להוביל למסקנה שעל בית המשפט למשוך ידיו מהעיסוק בסוגיה החברתית. משום כך, איני רואה כל קושי בכך שבית המשפט יידרש לסוגיה שלפנינו שוב בעתיד, היה ותקום לכך עילה משפטית-חוקתית.

107 דבר

72. חוק דחיית השירות נחקק, כאמור, על דרך של הוראת שעה. תוקפו עתיד להסתיים בקרוב. זוהי ההזדמנות לערוך חשבון נפש ולבחון בקפידה את הוראותיו. כל מהותה של חקיקה על דרך של הוראת שעה מבוססת על זמניות ועל הצורך להעריך, ולשוב ולהעריך, את התאמת החוק לתכליותיו ולמציאות על רקע השינויים שחלים במשך הזמן ועל רקע הגשתו הלכה למעשה. הצבעתי בחוות דעתי על הכשלים הקיימים בחוק. ניתן, וצריך, לתקן את הכשלים לפני שתסתיים תקופת חייו של חוק דחיית השירות.

כאמור, ערה אני לכך שאם דעתי תקבל עדיין אפשר שבהתפתחויות הטבעיות ישוב הנושא ויגיע לפתחו של בית המשפט. אין סיבה לחשוש מכך. התהליכים החברתיים כבר יצאו לדרך. איננו עומדים במקום בו עמדנו לפי שלושים או ארבעים שנה. בית המשפט היה שותף לתהליכים שתוצאתם חקיקת חוק דחיית השירות. ביטולו של החוק אין משמעו חזרה לנקודת ההתחלה. את השינויים אין ניתן להשיב. המטרה כעת היא לתקן את שנמצא פגום בהסדר הנוכחי.

73. לפני סיום אציינן כי כתיבתו של פסק דין זה החלה זמן ניכר לפני ששבה ועלתה סוגיה זו על סדר היום הציבורי בעוצמה שאנו עדים לה בימים אלה. העיסוק הציבורי, כפי שציינתי קודם, אינו יכול למנוע בעדנו מלבחון את היבטיו המשפטיים של ההסדר שלפנינו, תוך שאנו עושים מאמץ להישאר בדלת האמות שלנו ולהתעלם מהרוחות הנושבות סביבנו. כמצוות חוק דחיית השירות, משעתיד החוק לסיים תוקפו בעוד כחצי שנה, עבר העניין לדיון בכנסת, ומתפקידה כעת לחוקק חוק שיביא בחשבון את הצורך לבטל את הפגמים שעמדנו עליהם בפסק דין זה.

סוף דבר, אם דעתי תישמע הייתי מציעה לחבריי להורות כי חוק דחיית השירות יישאר בתוקף עד לסיום תוקפו ב-01.08.2012 ולא יוארך שוב במתכונתו הנוכחית.

ה נ ש י א ה

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה לחוות דעתה של הנשיאה.
2. רואה אני להתייחס בקצרה לעמדתו של חברי השופט גרוניס. השופט גרוניס צופה שני תרחישים: לפי התרחיש הראשון אם לא תחוקק הכנסת חוק אחר בעקבות פסק דיננו זה, יהיו צעירים חרדים חייבים להתגייס, ואולם מעטים במדינת ישראל סבורים שצפוי גיוס המוני של בני ישיבות לצה"ל, ויהיה צורך בעתירה חדשה לכפיית הגיוס. גם במקרה של פסק דין שיקבל את העתירה לא יבוא, לדבריו של חברי, הגיוס המיוחל. לפי התרחיש השני הנראה בעיניו ריאלי יותר אם יתקבל חוק חדש שינסה לתקן את הפגמים שבחוק הנוכחי מן הסתם תוגש עתירה נוספת לגבי החוק החדש. בענין תרחיש שני זה אומר חברי כי "ההתעסקות החוזרת ונשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות שיפוטית, בוודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט. זאת ועוד, זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל ולכניסתם לשוק העבודה. שינויים חברתיים וכלכליים עשויים להביא לתוצאה המקווה. היכולת של בית המשפט להשפיע במקרה דוגמת זה שבפנינו הינה מועטה".

3. לענין זה אבקש להבהיר: החשש כי צווי בית המשפט לא יאכפו הוא לדעתי חשש שאינו במקומו וממילא אל-לנו להשלים עמו. מדינת ישראל היא מדינת חוק. במדינת ישראל החשש כי צווים לא יאכפו אינו מוצדק. הניסיון העשיר של פסיקתנו לרבות בסוגיות קשות, סבוכות ורגישות הוא שיוכיח. אכן, ניסיונות לסכל צווים של בית משפט סופם להיכשל. כפי שכבר נזדמן לבית משפט זה לציין לגבי פרשת *Brown* הידועה "ניסיונות סיכול שכאלה – דינם להיכשל לבסוף במדינת חוק, גם אם הדבר קורה בתום הליכים משפטיים ממושכים. ואמנם בידוע הוא שהצדק והשוויון, אף אם הם מתמהמהים לעתים – סופם לנצח" (בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פסקה 14 (טרם פורסם, 14.9.2010); ולפרשת *Brown* ראו: *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954); לענין הספר, GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE* (2^d ed. 2008), ראו את ביקורתו של פרופסור גד ברזילי (גד ברזילי "המשפט כשדה במסגרת של כוח פוליטי: האם בתי משפט הם נשאי שינוי חברתי-פוליטי, ואם כן – כיצד?" האם המשפט חשוב? 107, 109 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010)).

4. חברי סבור כאמור כי העיסוק החוזר ונשנה בנושא של גיוס חרדים בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות שיפוטית, אינו תורם למעמדו של בית המשפט. לדעתי, ההתקדמות המעטה שהושגה, ובראש ובראשונה הניסיון של הכנסת ושל הרשות המבצעת להסדיר את הסוגיה בהסדרים ראשוניים, היא דווקא תוצאה ישירה של התערבותו של בית משפט זה. בית משפט זה הפגין במשך עשרות שנים איפוק וזהירות, וכך נעשה גם בפסק דינו הניתן היום. בית משפט זה לא עשה בפסק דינו זה צו החלטי המורה לרשות המבצעת לגייס לאלתר לצה"ל את בחורי הישיבות כולם. בנסיבות אלה ממילא אין לדעתי מקום לדבר על אי אכיפתו של צו שטרם ניתן או על פגיעה במעמד בית המשפט בעקבות אי אכיפה שכזו.

5. סיכומם של דברים: איני סבורה כי הרשות המבצעת של מדינת ישראל תימנע מאכיפתם של פסקי דין. מכל מקום, תפקידנו הוא לקבוע מהו הדין ולפסוק בהתאם. להשקפתי שלי, לעת הזו אין מקום להמתין עוד. גם אין מקום להימנע מהתערבות. על כן מצטרפת אני כאמור לעמדת הנשיאה.

"חוק דחית השרות 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;" (הנשיא ברק, בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד ס"א(1) 619, 713 (2006)). להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון).

הסוגיה של דחיית שירות לתלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם", על גלגוליה, מונחת במשך שנים על שולחנו של בית משפט זה. בכל פעם שנדרש לסוגיה זו, חזר בית המשפט והנחה את עצמו לנהוג באיפוק וריסון, מתוך הכרה בכך שמדובר בנושא המצוי באחד מהתפרים הרגישים ביותר של החברה הישראלית, ואולי הרגיש מכולם. גזירת האיפוק והריסון שגזר בית המשפט על עצמו נעשתה תוך מעקב אחר תהליכים "זוחלים" המתרחשים במציאות חברתית מורכבת, בתקווה להגיע לפתרון מוסכם ככל הניתן בין תפיסות עולם ואורחות חיים.

1. חברתי, הנשיאה ד' ביניש, סקרה בחוות דעתה בהרחבה את השתלשלות העניינים מראשיתו של הסדר הפטור משירות צבאי בשנת תש"ח, עבור בעתירות שניסו לתקוף את חוקיות ההסדר וחוקתיותו בפרשת רסלר (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988)) ובפרשת רובינשטיין (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998)), שבעקבותיה חוקקה הכנסת את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן: חוק דחיית השירות או החוק), וכלה בפרשת התנועה לאיכות השלטון, שם נידונה שאלת חוקתיותו ומידתיותו של החוק. בפרשה אחרונה זו נמנע בית משפט זה מהכרזה על אי-חוקתיות החוק, וקבע שיש להמתין עד תום תקופת תוקפו של החוק, אשר הועמדה על-ידי הכנסת על חמש שנים, שלאחריה יהיה על הכנסת לבחון אם החוק מגשים הלכה למעשה את תכליותיו. נקבע כי "...אם לא יחול שינוי מהותי בתוצאות הפעלתו של החוק, יהא מקום לשקול את הכרזתו כבטל" (בעמ' 714). בחלוף חמש שנותיו הראשונות של החוק, ולאחר שמיעת עמדתם של הגורמים המקצועיים, שסברו כי מדובר בתהליך הטמעה ויישום של שינוי חברתי מהותי, אשר מצריך זמן, האריכה הכנסת את תוקפו בחמש שנים נוספות, עד ליום 1.8.2012.

על רקע האמור הוגשו העתירות שלפנינו, שבמוקדן שאלת מידתיותו של החוק. ביום 29.5.08 הוצא צו על תנאי, וביום 8.9.09 ניתנה החלטה בעתירות (מפי השופט חיות) בה נקבע כי בטרם הכרעה בחוקתיותו של החוק יש לאפשר למנגנוניו "שאך זה מקרוב קרמו עור וגידים והחלו לפעול...להוכיח את יעילותם או אי-יעילותם במבחן התוצאה למשך פרק זמן קצוב נוסף" (פסקה 9 להחלטתה של השופטת חיות). בהתאם לכך קצב בית משפט זה 15 חודשים נוספים שלאחריהם התחדש הדיון בעתירות, וכעת הגיע מועד ההכרעה.

בסיומה של חוות דעתה המקיפה, מגיעה חברתי הנשיאה למסקנה כי חוק דחיית השירות אינו חוקתי, שכן הוא אינו מקיים את דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל כן יש להכריז על בטלותו. עם זאת הציעה להשהות את הכרזת הבטלות ולאפשר את השלמת התקופה שנקצבה לתוקפו של החוק, כדי לאפשר למחוקק לבחון את ההערות שניתנו בפסק דינה ולקבוע הסדר חדש שיתחשב בו ובפסקי הדין הקודמים בפרשות רטלר, רובינשטיין והתנועה לאיכות השלטון.

2. לצערי, לא אוכל להצטרף לתוצאת פסק דינה של חברתי הנשיאה. צועדת אני עימה כברת דרך ארוכה ומסכימה לעקרונות הכלליים שבחוות דעתה, שהם בבחינת המשכם של פסקי הדין הקודמים בסוגיית גיוסם של בחורי הישיבות. יחד עם זאת, דעתי היא כי לא יהיה זה נכון להכריע בשלב זה בגורלה של העתירה. לטעמי, גם לאחר הארכת תקופת תקפו של החוק, ולאור המגמה, המאוחרת אמנם, שהוצגה בפנינו, יש ליתן בידי הגורמים המוסמכים הפועלים אל מול הממשלה שהות נוספת לפעול, באופן שיאפשר לבחון האם בידו של החוק לקדם את מטרותיו. לפיכך אני סבורה כי יש להמשיך באיפוק ובריסון שגזר על עצמו בית משפט זה מאז ומתמיד בסוגיה זו. לכן אציע כי לעת הזו תישאר העתירה תלויה ועומדת בבית המשפט, תוך מעקב אחר השלבים ליישומן של תכליות חוק דחיית השירות, והאם הצליח לחולל את השינוי החברתי המקווה.

3. בטרם אפרוש טעמי אבהיר, כי הדברים אינם קלים לי. אני מזדהה בכל לב עם אלה הקובלים על אי-השוויון ועל חלוקת הנטל המפלה. אני עצמי חולקת את חיי עם בעל ששירת כקצין בכיר בצבא הקבע, מפקד ולוחם. בני משפחתי כולם - בנותיי, חתניי, שקיבלו פרסי ביטחון, ונכדיי - שירתו ומשרתים בצה"ל מתוך תחושת מחויבות ונכונות לתרום. ליבי נוטה אל אלה האומרים: לא עוד אי-שוויון, לא עוד פטור מנשיאה בנטל השירות הצבאי - חובה שהיא, לטעמי, זכות - למי שמבקשים ליהנות מכלל

הזכויות להן זכאים אזרחי ישראל. קל היה לי גם להצטרף לאלה הסבורים שיש גבול למידת הסבלנות שחברה יכולה לשאת בהמתנה לצמצום פערים המשקפים אי-שוויון חברתי, ובמיוחד כאשר אי-שוויון זה עניינו בחובה שיש בה משום סיכון חיים. קל היה לי על כן להצטרף אל חבריי הגורסים כי חוק דחיית השירות אינו עומד בדרישת המידתיות.

יחד עם זאת, לאחר שהפכתי והפכתי בסוגיה, הגעתי, ולא בלב קל, למסקנה כי אין לבטל בשלב זה את חוק דחיית השירות. זוהי מסקנה המבוססת על נתונים עובדתיים יחד עם אמונה ותקווה. זוהי מסקנה בדבר הצורך לתת לתהליכים שבליבת החוק את הזמן הדרוש כדי להבשיל ולהיווכח האם אכן הביא החוק לשינוי המיוחל, לשיתופם של בני הישיבות במסגרות השירות הצבאי והאזרחי, בשוק העבודה ובחייה של מדינת ישראל. ביסוד מסקנתי ההתרשמות כי טרם הגיע רגע האמת וטרם באה השעה להוריד את המסך ולקבוע כי החוק אינו חוקתי. קביעה שכזו משמעה החזרתה של הדילמה החוקתית והחברתית הסבוכה והכאובה לנקודת הפתיחה. ומה אז?

אבקש להבהיר את עמדתי.

חוק דחיית השירות

4. הליך חקיקתו של החוק התבסס על עבודת ועדה שישבה ארוכות על המדוכה. ועדת טל נתבקשה לגבש הסדר ראוי בנושא גיוס בני ישיבות לצה"ל. הוועדה כדברה בדו"ח ביקשה לבחור פתרון מגשר. הוועדה לא התעלמה מעקרון השוויון וביקשה לאזן בינו לבין אינטרסים אחרים המתנגשים איתו בקובעה "יש לתת משקל מתאים להבדלים בין הקבוצות, ומשקל מתאים לערך השוויון, כך שהשוני ביחס לא יחרוג מהמתחייב מהשוני הרלוונטי בין הקבוצות". המחוקק אימץ את המלצות הוועדה ובדברי ההסבר צוין:

"השינויים המומלצים על ידי הוועדה נועדו לאפשר לצה"ל לקלוט את האוכלוסיה החרדית למסגרות המתאימות להם ובמקביל לאפשר לתלמידי הישיבה "שנת הכרעה", שבסיומה רשאי התלמיד לחזור ללימודיו התורניים בישיבה או להשתלב, כפוף לצורכי הצבא, בשירות צבאי מקוצר או בשירות אזרחי, וכן בשירות מילואים" (הצעת חוק שירות ביטחון (דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם) (הוראת שעה), התש"ס-2000, ה"ח 455).

הליך החקיקה היה הליך יסודי, קפדני ומעמיק. חוק דחיית השירות שהתקבל בסופו של דבר מבטא הסדר של פשרה חברתית, תכליתו לאזן ולפשר בין מגמות נוגדות (ראו דבריו של הנשיא ברק בעניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 54 רישא). זאת, מתוך הכרת מורכבות המציאות שנוצרה מאז הקמת המדינה, מתוך הצורך והרצון לגשר בין מגזריה השונים של החברה הישראלית בסוגיה שהיא בליבת חיינו כאן – השירות הצבאי. החוק מבקש לכבד את תפישות העולם השונות ואורחות החיים המתקיימים בחברה הישראלית, מבלי לפגוע בצורך בחלוקה שוויונית של הנטל בו נושאים אזרחי המדינה. החוק עושה כן על ידי הנחת תשתית לשילוב הדרגתי של בני הישיבות במסגרות השירות הצבאי והאזרחי.

דומה כי לכל אורך הדרך היה ברור לכל כי נדרש זמן כדי לחולל שינוי חברתי אמיתי שיביא לצמצום אי-השוויון, וכי אין מדובר בתהליך שיתרחש כהרף עין, אלא עקב בצד אגודל. ההבנה כי שינוי חברתי יקרום עור וגידים בתהליך הדרגתי שיש לאפשרו עמדה גם ביסוד החלטת בית משפט זה שלא לחרוץ את דינו של החוק בטרם מלאה תקופת תקפו. ראויים בהקשר זה דברי השופטת א' פרוקצ'יה בעניין התנועה לאיכות השלטון:

“התהליך הדמוקרטי מתבסס על הכרה כי לא תמיד ניתן להשיג את תכלית השוויון בין קבוצות אוכלוסייה 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 האוכלוסייה 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” (שם, בעמ' 791).

5. קרוב לעשר שנים חלפו מאז חקיקת החוק. אין לכחד כי מדובר בפרק זמן ארוך וממושך. התמונה העולה מהנתונים שהוצגו לנו היא כי בפרק זמן זה לא הביא החוק לשינוי חברתי בולט, ודאי שלא לשוויון הנכסף, אך לצד זאת ניכרת מגמת התקדמות ברורה באופן יחסי למצב שקדם לחוק. תוצאות אלה עלולות מטבעם של דברים לגרום לאיבוד סבלנות ולמסקנה בדבר חוסר התוחלת שבחוק. ואולם, אני סבורה כי טעמים שונים – עליהם אעמוד – יכולים להוביל למסקנה שונה, ולפיה גם אם חלפו מספר שנים, וגם אם ניתן היה לעשות יותר, לא די בפרק זמן זה כדי להשלים את תהליך השילוב המורכב לפי החוק, ולא יהיה זה נכון לגדעו כעת. נדרש עוד זמן, נדרשת יותר סבלנות, ובעיקר, נדרשות התמדה ונחישות במסלול רב המהמורות שהחברה הישראלית כולה, על כל מגזריה, תצא נשכרת ממנו. אני ערה לכך שמדובר בתהליך שעשוי להימשך שנים, אך לטעמי כבר עתה מתחילים להיראות ניצנים ראשונים של שינוי, ויש לאפשר להם להתפתח.

6. לדידי מסקנה זו נכונה ביתר שאת אם מביאים בחשבון את הרקע לבחינת פעולתו של החוק: מאז קום המדינה חיה החברה החרדית על-פי תפיסת עולמה, על-פי אורח חיים מוגדר שכלל, בין היתר, דחיית שירות עבור הגברים בני הקהילה, שחיהם סובבים סביב לימוד בישיבות. אורח חיים זה הינו מרכיב דומיננטי בהגדרה העצמית של הקהילה. לכן ברי שלשינוי המיוחל יהיה סיכוי רק אם הוא ישתלב בתהליך ארוך המלווה באורך רוח וסבלנות. זהו תהליך שיש לקדמו, כפי שנעשה עד כה במסגרת החוק, באופן הדרגתי ומתואם עם חברי הקהילה, באופן שלא יפגע באמונותיהם הבסיסיות (דברי השופט לוי בעניין התנועה לאיכות השלטון, עמ' 785). את התהליך יש לבחון בעיניים פקוחות ומפוכחות, המבינות כי מדובר בתהליך שאינו מתרחש תוך יום ואף לא תוך מספר שנים. לא רק החברה החרדית צריכה להסתגל לשינוי. גיוסם של בני הקהילה לצה"ל עלול לעורר וכבר מעורר בעיות שונות הנובעות מן המתח בין אורח החיים הצבאי לאורח החיים החרדי, דוגמת התאמות לדרישות הכשרות והשתלבות במרקם הצה"לי בכללותו. הצלחת התהליך מותנית גם במציאת פתרונות לקשיים אלה, מתוך זהירות, רגישות וכבוד הדדי. ודוק: אני טוענת כי מדובר בקשיים בלתי-פתירים. הדבר ניתן ואף הכרחי, אך עליו להיעשות בשום שכל, ברגישות, תוך גילוי אורך רוח, אופטימיות וסובלנות.

הנתונים המספריים

7. נדבך מרכזי עליו מתבססת עמדתי מצוי בנתונים שהוצגו בפנינו.

בפסק דינה בוחנת חברתי הנשיאה את מספר המתגייסים לצבא ולשירות האזרחי מקרב המגזר החרדי ביחס לקבוצת דחויי השירות בכללותה. קבוצה זו עומדת כיום על כ-61 אלף איש. אני מציעה לבחון את הנתונים בצורה שונה, שכן איני סבורה כי יהיה זה מעשי לצפות שחברי הקהילה המבוגרים יותר ובעלי המשפחות יתגייסו היום לצבא או אפילו יפנו לשירות אזרחי. לטעמי, אין להסתכל אל העבר אלא להתמקד בהווה, עם הפנים אל העתיד. לפיכך, אני מציעה לבחון את הנתונים על פי מספר דחויי השירות המתווספים בכל שנה מקרב הקהילה החרדית, לעומת מספר המצטרפים החדשים מקרב קהילה זו מידי שנה, אל מסגרת השירות הצבאי או אל מסגרת השירות האזרחי. זוהי לטעמי בחינה ריאלית המתחשבת בקיומו של תהליך ובציפיה להתקדמות הדרגתית לאורך השנים. בחינת מספר המצטרפים לשירות בכל שנה ביחס לכלל דחויי השירות בשנים שחלפו מתעלמת לטעמי מכך שאחת מתכליותיו של החוק הינה "להביא לפתרון הדרגתי של הקשיים שהיו קיימים בהסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבות, וזאת בדרך הדרגתית ובזהירות" (עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 54 לפסק דינו של הנשיא ברק).

להשקפתי, בחינת הנתונים באופן זה מצביעה על ראשיתה של מגמה מעודדת. מהנתונים שהציגו המשיבים 4-2 עולה כי בשנת 2007 הוערך מחזור הגיוס הפוטנציאלי בכ-4,850 איש (כולל אלו הצפויים להתגייס לנח"ל החרדי). 303 אנשים בלבד מבני הקהילה החרדית התגייסו בשנה זו לצבא (כולל נח"ל חרדי) או הצטרפו לשירות האזרחי, דהיינו כ-6% בלבד ממחזור הגיוס הפוטנציאלי. בשנת 2008 לעומת זאת, מדובר על מחזור גיוס מוערך של כ-5,000 איש, אל מול 823 חרדים שהצטרפו לשירות צבאי או אזרחי, דהיינו כ-16%. בשנת 2009 מחזור הגיוס הפוטנציאלי הוא כ-5500 איש, כאשר 1732 איש הצטרפו לשירות כזה או אחר, כלומר כ-31%. בשנת 2010 מחזור הגיוס הפוטנציאלי עמד על כ-5,800 איש. בשנה זו התגייסו לצה"ל או הצטרפו לשירות האזרחי כ-2020 איש בני החברה החרדית, שהם כ-35% מהנתון המספרי של המצטרפים החדשים. בהתחשב במגמה זו צופים המשיבים כי בשנת 2012 כ-50% ממחזור הגיוס החרדי באותה שנה יתגייסו לצבא או יצטרפו לשירות האזרחי. ביחס לשנת 2015 הצפי הוא ל-65%. עוד יש להוסיף כי בתגובה העדכנית ביותר מטעם המשיבים, מיום 24.1.2011, נמסר כי בשנת 2009 מספר המשרתים בשירות צבאי עמד על 1,357 חרדים, מתוכם 729 מתגייסים חדשים למסלולים השונים (הנח"ל החרדי ומסלול שח"ר). בשנת 2010 שרתו 2,048 חרדים בצבא, מתוכם 898 מתגייסים חדשים למסלול הנח"ל החרדי ולמסלול שח"ר (עמ' 21 לתגובת הממשלה מיום 24.1.2011).

אני סבורה כי על פניו הנתונים המספריים חושפים התקדמות מסוימת וגידול במספר בני המגזר החרדי שהתגייסו לשירות, התקדמות שאף הנשיאה הזכירה (בפסקה 50 לחוות דעתה). נתונים אלה, ועימם הצפי האופטימי, גם אם יש להתייחס אליו בספקנות ובזהירות, מצדיקים לדעתי ליתן הזדמנות ראויה לחוק להוכיח את יכולתו לקדם את מטרותיו.

8. אציין כאן במאמר מוסגר, בהמשך לאמור לעיל, כי לאחר שקראתי את תגובתה של חברתי הנשיאה לחוות דעתי, מצאתי כי יש לחדד בשניים:

ראשית, סברתי, ועדיין אני סבורה, כי יש מקום להתחשב במתגייסים לנח"ל החרדי במסגרת הנתונים המספריים המשמשים תשתית להכרעה. ההנחה היא כי לולא מסלול ייחודי זה לא היו בחורים אלה מתגייסים לצבא והיו מצטרפים ל"דחויי השירות", שכן אין מדובר בבחורים שעזבו את החברה החרדית. על כן, גם אם מסלול זה לא נוצר מכוחו של חוק דחיית השירות, עדיין הוא ממלא אחר תכליותיו. יצוין כי מתגייסים אלה כלולים גם במספרים המבטאים את גודל מחזור הגיוס החרדי, בנתונים שהוצגו על ידי לעיל. משכך, יש להתחשב בנתון זה גם בבדיקת מספר המתגייסים מתוך גודל המחזור.

זאת ועוד, אם נשמיט נתון זה ונתעלם מהנתון של בני החברה החרדית שבחרו להתגייס לנח"ל החרדי, נגלה כי המגמה של שילוב החרדים בשירות כלשהו, אזרחי או צבאי, דווקא מתחדדת. כך, בשנת 2007 הצטרפו רק 53 חרדים לשירות צבאי או אזרחי, שלא במסגרת הנח"ל החרדי. מתוך מחזור הגיוס באותה שנה, המהווה 4600 איש, מדובר על כאחוז אחד בלבד. לעומת זאת, בשנת 2010 הצטרפו 1652 חרדים לשירות צבאי או אזרחי, מבלי לכלול את משרתי הנח"ל החרדי. מתוך מחזור הגיוס של אותה שנה, שעמד על כ-5470 איש, מדובר על כ-30%.

9. נקודה נוספת נוגעת להכללת המצטרפים לשירות האזרחי בנתונים המספריים. חברתי הנשיאה מנתחת את הנתונים ומציגה אחוזים המבוססים על הצטרפות לשירות צבאי בנפרד, ללא חיילי הנח"ל החרדי ואף ללא המצטרפים לשירות אזרחי (ראו פסקה 31 לפסק דינה). לטעמי, בשלב זה ראוי לבחון את נתוני המצטרפים לשירות צבאי ולשירות אזרחי יחד. אכן, על מנת להגיע לשוויון מלא על בני המגזר החרדי להתגייס לצבא ולא להסתפק בשירות אזרחי, כפי שמחויבים רוב המגזרים האחרים במדינת ישראל. עם זאת, בית משפט זה הכיר זה מכבר בכך שתכליתו של חוק דחיית השירות להביא יותר גברים בני הציבור החרדי לשירות צבאי או לשירות אזרחי, הינה מטרה

ראויה העומדת בפסקת ההגבלה (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקאות 54-55 לפסק דינו של הנשיא ברק). וכך גרס הנשיא ברק:

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 כפייה ובהסכמה (עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 63 לפסק דינו של הנשיא ברק).

דהיינו, בתהליך המורכב והארוך הנדרש לצורך חתירה לשוויון מלא יש להכיר בכך שתרומה למדינה באמצעות שירות אזרחי תהווה אף היא מטרה ראויה, גם אם אין בה כדי להשיג שוויון מוחלט.

10. בהמשך לנתונים שהובאו בזמנו על ידי באת-כוח המדינה, אבקש להביא נתונים עדכניים מדיון שהתפרסם בוועדת חוץ וביטחון מיום 23.1.12 (כפי שתומלל מתוך שידור ערוץ הכנסת), שעסק בנושא גיוס חרדים, מתוך דברים שנאמרו על ידי הגורמים המקצועיים הרלוונטיים ליישומו של החוק. נתונים אלו תומכים אף הם בגישתי ומצביעים אף הם על תחילתה של מגמה חברתית חיובית להשגת תכליותיו של החוק, מגמה שגם הגורמים המקצועיים אופטימיים לגבי המשכה.

פרופ' יוג'ין קנדל, ראש המועצה הלאומית לכלכלה, שאף היה חבר בצוות הבין-משרדי שבחן את עידוד התעסוקה וקידום השירות הצבאי והאזרחי במגזר החרדי (ועדת גבאי), טען כי "הכוס היא עוד לא כל כך ריקה, והיא מתמלאת בשנים האחרונות במהירות די גוברת והולכת". פרופ' קנדל הצביע על המגמה ההולכת וגוברת של שילוב חרדים הן במסגרות צבאיות והן בשירות האזרחי. כך למשל, בעוד שבשנת 2007 מספר המתגייסים החרדים לצה"ל עמד על 288 איש בלבד, גדל מספר זה בשנת 2011 ל-1,282 איש. בשירות האזרחי עמד מספר המצטרפים מהמגזר החרדי בשנת 2007 על 15 איש, כאשר בשנת 2011 קפץ מספר המצטרפים ל-1,090 איש. הוא הדגיש כי הממשלה עמדה ביעדי הגיוס שהציבה לעצמה עד כה, כאשר היעדים גדלים בכל שנה ושנה וצפויים להגיע בשנת 2015 למעל 60% חרדים אשר יצטרפו לשירות צבאי או אזרחי. לבסוף הוא ציין כי בעקבות מגמות חיוביות אלו ניתן לאתר גם מגמה הולכת וגדלה בשלוש השנים האחרונות של השתתפות גברים חרדים בכוח העבודה.

האלופה אורנה ברביבאי, ראש אכ"א, ציינה כי בשנת 2011 צה"ל גייס לשורותיו יותר מכפי שתכנן במסגרות החרדים השונות. התכנון היה לגייס 1,200 חרדים, בעוד שבפועל גויסו 1,409 חרדים, כולל לנח"ל החרדי. היא הדגישה כי לצבא ישנן תוכניות מפורטות כיצד לקלוט ולשלב את החרדים הצפויים להתגייס בהתאם ליעדי הממשלה בשנים הבאות. היא הסכימה עם פרופ' קנדל כי ניתן להצביע על גידול ועל מגמה שהולכת ומתפתחת בגיוס חרדים לצבא. לדבריה, מדובר בנתונים מעודדים – "הנתון של הגיוס הוא מבורך, ואנחנו חושבים שצריך לקדם אותו".

שר שלום ג'רבי, מנכ"ל מינהלת השירות האזרחי הלאומי, טען כי יש מהפך אמיתי בתפישת העולם במגזר החרדי בכל מה שקשור לשירות. אף הוא הצביע על המגמה ההולכת וגדלה של בני המגזר החרדי המצטרפים לשירות אזרחי. הוא הדגיש שבניגוד לביקורות הנשמעות, המשרתים החרדים אינם משולבים בשירות בישיבות, אם כי יש כאלו שמסייעים לנוער בסיכון. התחומים שבהם משולבים המשרתים הם רווחה, בריאות הציבור, קליטת עליה, הגנת הסביבה, בטחון פנים ושירותי הצלה. כן ציין הוא כי רק 57% משרתים בתוך הקהילה וכי מגמת המינהלת היא לאפשר פחות שירות בתוך הקהילה. לבסוף הפנה לסקר שנערך בקרב מסיימי השירות האזרחי החרדים, המצביע על כך ש-78% מתוכם מתכוונים ללמוד או לעבוד לאחר תום השירות.

ד"ר ראובן גל, סוציולוג, ממקימי השירות האזרחי-לאומי וחוקר אקדמאי, טען כי על פי הנתונים, הציבור החרדי נעשה שותף בשירות בקצב מהיר ביותר, וכי ישנה קפיצה בנתונים החל משנת 2005 ועד לשנת 2011. לדבריו, אין תופעות חברתיות שמתרחשות בקצב כל כך מהיר כמו זו. מדובר על כ-10,000 חרדים שהצטרפו למסגרות שירות ממלכתיות ב-5-6 השנים האחרונות. כן ציין הוא כי שני המסלולים, הן זה של השירות הצבאי, הן זה של השירות האזרחי, מהווים מנופים לשילוב האוכלוסייה בתעסוקה. המלצתו של ד"ר גל היא להאריך את החוק בחמש שנים נוספות, במקביל להכנסת שיפורים במסלולי השירות האזרחי והצבאי.

האלוף (במיל') דוד עברי, יו"ר המועצה הזמנית הציבורית לשירות האזרחי-לאומי, הבהיר כי מינהלת השירות האזרחי-הלאומי החלה לפעול רק בשנת 2007, וכי יש להביא בחשבון שהתחלת יישומה של כל חקיקה חדשה ייקח שנים רבות. לטעמו, יש להמשיך וליתן הזדמנות לחוק הקיים שהביא להתפתחות יפה מאוד, כדבריו, בנתוני המשרתים מהמגזר החרדי. הוא סיפר כי בתחילת הדרך חשב שיש לחייב את המגזר החרדי בגיוס ותו לא, אך לאחר שנחשף למורכבותה של החברה והקשיים הכרוכים

בגיוסה שינה את משנתו בעניין. לשיטתו, אין מקום להטיל חובת שירות בשלב זה ויש להשאיר את אלמנט ההתנדבות שבחוק.

ענינו הרואות כי כל הגורמים המקצועיים שנכחו בדיון סברו כי הנתונים מלמדים על התקדמות משביעת רצון שיש להמשיך ולעודד אותה במסגרת החוק הקיים. אף גורם מקצועי אחר לא סתר את הדברים בדיון.

תכליות החוק

11. נדבך נוסף שיש להזכיר עניינו בתכליות של חוק דחיית השירות, לגביהן קבע הנשיא ברק כי הן תכליות ראויות, בפסק דינו בעניין התנועה לאיכות השלטון. כזכור, החוק עומד על ארבע תכליות: האחת, לעגן בחוק של הכנסת הסדר של דחיית שירות לתלמידי ישיבות אשר תורתם אומנותם ומבקשים ללמוד בישיבות. השניה, להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית, כך שיותר גברים בני הקהילה החרדית ישולבו בשירות צבאי או למצער בשירות אזרחי. השלישית, הגברת השתתפותו של הציבור החרדי במעגל העבודה. הרביעית, להביא לפתרון הדרגתי של הקשיים שהיו קיימים בהסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבות, על יסוד הסכמה רחבה וללא כפיה (עניין התנועה לאיכות השלטון, עמ' 700-701). וכך קבע הנשיא ברק באשר לתכליות אלו:

“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 שבאיונו הכולל עולה בקנה אחד עם תפיסות היסוד של החברה הישראלית” (עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 55 לפסק דינו של הנשיא ברק).

בשל מאפייניו של הציבור החרדי ואורח החיים בו הורגל משך עשרות שנים מאז הוקמה מדינת ישראל, סבורני כי בשלב הראשון של התהליך יש לצפות לתמהיל שונה של תכליות אלו מהתמהיל המצופה בסופו של תהליך. יתכן שבשלבים הראשוניים תודגש התכלית של שילוב הציבור החרדי בשוק העבודה, תכלית לגביה נראה שקיימת התנגדות נמוכה יותר בקרבו של ציבור זה והיא ניתנת לתמרוץ באופן משמעותי יותר (על ההשלכות של העדר שותפות של המגזר החרדי בשוק התעסוקה

ראו דו"ח הצוות הבינמשרדי לעידוד תעסוקה וקידום השירות הצבאי והאזרחי במגזר החרדי (להלן: דו"ח ועדת גבאי)). הקושי הכלכלי בו נתונים רבים מבני הקהילה החרדית עשוי להביא, ונראה שכבר עתה הוא מביא, להשתלבות רבה יותר של בני קהילה זו בשוק העבודה. תורמים לכך גם מאפייניו של שוק העבודה לעומת מאפייני השירות הצבאי. על כך יש להוסיף כי הקהילה החרדית נרתעת משילובם של צעירים ורווקים בחברה הכללית, בשל החשש מפני ההשפעה עליהם שתהיה קלה ומשמעותית יותר. ברי כי שילובה של האוכלוסייה החרדית בתעסוקה תהווה כשלעצמה הישג שאין להקל בו ראש.

להערכתנו, ככל שתתרחב השתלבותם של בני הקהילה החרדית בשוק התעסוקה, והכל ייווכחו, כך התקווה, כי ניתן יהיה לשלבם בחברה הכללית ללא פגיעה בצביונה המיוחד של הקהילה, קל יהיה יותר להגביר את הדרישה להשתלבות בני הקהילה במסגרות של צבא ושירות אזרחי משמעותי יותר (וראו דבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 793). במילים אחרות, מאזן המידתיות ישתנה ככל שתהליך השילוב יתקדם. לפיכך, איני סבורה שיש להירתע בשלב זה מלהסתפק בדרישה לשירות צבאי ואזרחי מקוצר יחסית, ומהפטור הניתן לבני גילאים מסוימים משירות סדיר המאפשר יציאה לעבודה.

אחזור ואבהיר כי לטעמי, התכלית של השגת השוויון בחלוקת הנטל לא תושג בדרכים של כפייה (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 659 המפנה לדו"ח ועדת טל; וכן בעמ' 702), אלא אך ורק בתהליך ארוך וסבלני. מסקנה זו עולה בהתאמה עם התכלית הרביעית שביסוד חוק דחיית השירות, דהיינו השגת פתרון הדרגתי על יסוד הסכמה רחבה. כן יש להביא בחשבון כי אחת מתכליות החוק, אשר הוכרה כתכלית ראויה על ידי בית משפט זה, הינה לעגן חוקית את הסדר דחיית השירות לתלמידי ישיבות, ולפיכך יש להכיר בכך כי חלק מסוים של החברה החרדית – והדעת נותנת כי נוכח תכלית השוויון העומדת גם היא ביסוד החוק, יהא זה חלק קטן באופן יחסי – ימשיך גם בעתיד ללמוד בישיבות מבלי לשאת בנטל השירות הצבאי.

שנת הכרעה

12. חברתי הנשיאה נתנה בחוות דעתה משקל נכבד לכישלון החרוץ של מנגנון שנת ההכרעה לפי החוק. אני מסכימה עימה שמנגנון זה אינו מוכיח עצמו לצורך השגת השינוי הנדרש. עם זאת, לצורך גיוס לצבא או הצטרפות לשירות אזרחי לא נדרשת יציאה לשנת הכרעה. לפיכך נראה כי המנגנונים הנוספים שבחוק וכן התמריצים שיצרה

ויוצרת הרשות המבצעת בשנים האחרונות מביאים לשינוי הדרגתי, גם אם בקצב איטי. כישלון מנגנון שנת ההכרעה אינו מצדיק לטעמי, כשהוא לעצמו, הכרזה על בטלותו של החוק.

שירות אזרחי-לאומי

13. מנגנון השירות האזרחי החל לפעול רק בחודש מרס של שנת 2008, בעקבות הקמת מנהלת השירות האזרחי (להלן: המנהלת) בשנת 2007. המנהלת הוקמה על-פי המלצות ועדה בראשות האלוף (מיל') דוד עברי, אשר מונתה על-ידי שר הביטחון והמליצה על הרחבת השירות האזרחי לכל תושבי ישראל ואזרחיה שאינם נקראים לשירות ביטחון או פטורים משירות צבאי. זאת, לצד ההכרח בשימור העדיפות והבכורה לשירות החובה הצבאי. מנגנון השירות האזרחי הוא מרכיב מרכזי של התהליך לפי החוק. המנהלת פועלת זמן קצר בלבד, באופן יחסי. לדעתי, רק לאחר שהמערך שהוקם לצורך מימושו של תהליך השילוב יפעל כסדרו, לאורך זמן מסוים, ניתן יהיה להעריך את מידת הצלחתו של החוק להגשים את תכליותיו.

איני מתעלמת מן הביקורת על אופן התנהלות השירות האזרחי ועל העדר פיקוח מספק. בכל מנגנון גדול המתחיל את פעולתו יש צפי לכשלים ולקשיים בבחינת "חבלי לידה". קשיים אלו אינם מצדיקים את ביטול המנגנון וודאי שלא את ביטול החוק כולו. הדעת נותנת כי גם בקרב האוכלוסייה החרדית יש מי שמבקשים ליהנות מהיתרונות שהחוק טומן בחובו מבלי להקנות תוכן של ממש לשירות האזרחי בו הם מחויבים לשם כך. להשקפתי, ולו בשלב הנוכחי, כשלים אלה מחייבים טיפול, בין היתר על דרך של הידוק הפיקוח והקצאת המשאבים הדרושים לשם כך. השירות האזרחי צריך להוות תרומה מהותית לחברה ולא רק מס שפתיים, כרטיס כניסה אל שוק העבודה. יחד עם זאת, מכאן ועד המסקנה בדבר בטלות החוק רחוקה הדרך. אוסיף כי הביקורת על פעילות המנהלת מבוססת על דו"ח מבקר המדינה לשנת 2009. בפרק הזמן שחלף מאז, כך נטען בפנינו, חלו שינויים משמעותיים: המנהלת התקשרה עם גוף חיצוני שמסייע לה בכל הפעילות אל מול המשרתים. בין היתר הוקצה רכז לכל 45 משרתים בממוצע, והוא אחראי עליהם ומבצע ביקורות שוטפות. הוסבר כי הרכז מגיע למקום הפעילות של כל משרת בממוצע פעם בשבועיים. כל ממצא לא תקין מועבר ישירות למנהלת. בנוסף, על כל משרת להגיש דו"ח נוכחות חודשי המצריך הן את אישור הגוף המפעיל, הן את אישור הרכז. המינהלת מדווחת כי במקרים של דיווח שקרי לגבי נוכחות טופל העניין בחומרה, וחלק מהמשרתים אף הוחזרו לטיפול רשויות

הצבא. את תוצאות הצעדים האמורים ותרומתם להשגת תכליות החוק ניתן יהיה לבחון רק על ציר הזמן.

אוסף כי בני ישיבה בגילאים 22-25 ללא ילדים, יחויבו בשירות צבאי או בשירות אזרחי-בטחוני במסגרות כגון משטרה, שירות בתי הסוהר, גופי כיבוי ופינוי רפואי, אשר ניתן להקבילם לשירות הצבאי. אני רואה חשיבות בנקיטת פעולות אשר תעודדנה את בני הישיבות לפנות לשירות הצבאי, כמו-גם למסגרות השירות האזרחי-ביטחוני. בפועל, ניכר מהנתונים כי ההכשרה הקיימת כיום במסגרת השירות הצבאי כבר יוצרת תמריץ מעין זה, שכן היא מכינה את בוגרי המסלול להשתלבות בשוק העבודה. לטעמי, יש לשקול אמצעים נוספים שיתמרצו בחירה במסלול השירות הצבאי, כפי שימצאו הגורמים המקצועיים לנכון.

תפקודה של הרשות המבצעת

14. טעם נוסף שביסס את הקביעה כי החוק אינו חוקתי נובע מכך שהחוק מעניק חופש פעולה נרחב מדי לרשות המבצעת. איני סבורה כי טעם זה יש בו כדי להביא לבטלותו של החוק, כי אם לפיקוח של בית המשפט על אופן ביצועו. מורכבותה של הסוגיה שבפנינו עמדה בפני המחוקק. הבנת השונות והרגישות של האוכלוסייה החרדית, וההכרה בכוחם המוגבל של אמצעי כפייה בהקשר זה, חייבה מתן מרחב פעולה גדול יחסית לרשות המבצעת. שילובן של תכליות רבות וסותרות במסגרתו של חוק אחד הצריך אף הוא כי נוסח החוק יהא כללי ורחב, כך שיאפשר יציקת תוכן בהתאם למציאות ולתנאים המשתנים. כל עוד הרשות המבצעת פועלת באופן סביר לביצועו ויישומו המיטבי של החוק איני סבורה כי יש בטעם זה להצדיק את פסילת החוק.

כאמור, נראה כי אכן בשנים הראשונות לקיומו של החוק לא נעשה די לשם יישומו וקצב הדברים לא היה משיע רצון. ברם, נראה כי כיום המאמצים הוגברו באופן ניכר, אם כי קיימים עדיין אמצעים נוספים שניתן לנקוט בהם. כך, המשיבים דיווחו לנו כי צה"ל שוקד על הקמת מסגרות חדשות שתאפשרנה קליטה ושילוב של האוכלוסייה החרדית במסגרת צבאית. לשם כך התקבלה החלטה על הגדלת התקציב לצה"ל ויעודו למשימה זו. מגוון מסלולים משלבים כיום חרדים (שח"ר), מלבד הנח"ל החרדי המוכר, בחיל האוויר, בחיל המודיעין, באגף התקשוב, בחיל הים, באגף הטכנולוגיה והלוגיסטיקה, באגף כוח אדם ובפיקוד העורף. חלק מן המסלולים נפתח זה מקרוב ויש לקוות כי אלה יתפתחו וימשכו אליהם משרתים חרדים נוספים. כן

דווחנו כי מסלולים רבים נוספים עתידים להיפתח בזמן הקרוב. יצוין כי במהלך השירות או לפניו עוברים המשתתפים במסגרות אלה השלמת "השכלה ישימה" וכן הכשרה במקצועות השונים. כך מתאפשרת ההשתלבות במסגרת הצבאית ובה בעת גדלים סיכוייהם של המשתתפים להשתלב בשוק העבודה לאחר השירות הצבאי, כעולה גם מן הנתונים המלמדים כי 80% לערך מהמצטרפים למסלולי שח"ר בצבא משתלבים בשוק העבודה.

עוד צוין בפנינו כי הממשלה החליטה על יצירת מסלול מקוצר של שירות צבאי בן שלושה חודשים למי שהינו בן 26 ומעלה. בוגרי מסלול זה אמורים לשמש כחלק ממערך ההכנה לשעת חירום, שם מסתמן כיום מחסור בכוח אדם. באשר לבני ישיבות מבוגרים יותר, אלה מופנים, החל מגיל 28, למאגר המילואים. בנקודה זו אעיר כי גם אם אין בהסדרים אחרונים אלה כדי להשיג שוויון מלא, אני סבורה כי לשם יצירת שינוי ממשי נדרשת גישה ריאלית המקבלת, ולו בשלב הנוכחי, כי האפשרות לשלב בני ישיבות מבוגרים בשירות היא מוגבלת, מה גם שספק מה תועלתה. זאת, בפרט נוכח העובדה שהחוק הכיר דה-פקטו בכך שלא כל בני הישיבות יגויסו, כפי שהוזכר לעיל.

בנוסף, מנהלת השירות האזרחי שוקדת על הגדלת היצע המסגרות, ובמקביל על הגדלת מספר המשרתים. רשימת המפעילים בעת מתן תגובת המשיבים עמדה על 209. נעשים מאמצים לפרסם את מסלול השירות האזרחי בקרב הקהילה החרדית, באופן שלא יעורר התנגדות. המנהלת התקשרה, כאמור, עם גוף חיצוני שחלק מתפקידיו הוא לפקח ולבצע ביקורות שוטפות על פעילות המשרתים. הממשלה אף החליטה על הקמת אפיק שירות אזרחי-בטחוני, ואכן לאחרונה התבררנו בכלי התקשורת כי נפתח המחזור הראשון של חרדים אשר גויסו למשטרת ישראל כחלק מהשירות האזרחי. גם במסגרת זו פועלים כיום להגדלת התמריצים באמצעות תוכניות שיסייעו למשרתים להשתלב בתעסוקה לאחר השירות. מעבר לאמור הטילה הממשלה על הצוות הבינמשרדי שהוקם לצורך העניין לקיים מעקב שוטף אחר היעדים שקבעה ואחר יישום החלטת הממשלה לעניין השגת יעדים אלו. כן הוטל על הצוות לבחון את הצורך בשינוי הצעדים הננקטים אם ידרש, ולהגיש את המלצותיו לממשלה עד ליום 1.7.12.

15. התמונה המצטיירת ממכלול הפעולות שננקטות היא כי הרשות המבצעת פועלת כיום למען יישום החוק וקידום מטרותיו ואף עוקבת אחר התקדמות הטיפול בעניין. ייתכן שהמאמצים נעשו בשלב מאוחר יחסית. ייתכן שלקצב דברים אחר ייחלנו. ואולם, לטעמי, הפעילות האמורה והאופק שלה משאירים מקום לתקווה ואינם

מצדיקים קביעה בדבר בטלות החוק. מאמצים אלו, לצד הנתונים המלמדים על מגמה חיובית, ובהתחשב בכוחות הפועלים נגד מאמצי השינוי, מצדיקים לדעתי בשלב זה אורכה מתאימה נוספת שתאפשר להמשיך ולבחון האם אכן מדובר במגמה נמשכת.

התרחיש החלופי

16. כידוע, לצורך פסילתו של חוק לא מתחייב שהשופט יצביע על נפקות הפסילה (ראו דברי המשנה לנשיא מ' חשין בעניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 778). יחד עם זאת, במקרה רגיש זה, כאשר לנגד עינינו תכליותיו הראויות של החוק, אני סבורה כי יש להיות ערים לתוצאות ההכרזה על ביטול החוק.

מקובלת עליי עמדת המדינה כי פסילת החוק לא תביא לשיפור היכולת להשיג את תכליותיו, ויש אף סיכוי ממשי כי היא תפגע באפשרות השגתן. דומני כי אף התומכים בביטול החוק אינם סבורים כי ביום שלאחר הביטול יושג השוויון המיוחל. פסילתו של החוק משמעה טלטלה וזעזוע. למעשה יהא על הכנסת לחוקק חוק חדש. אין לשלול האפשרות כי הדבר יצריך הקמת ועדה נוספת שאף היא תידרש לתקופת זמן משמעותית על מנת לדון בנושא כה רגיש ומורכב. יהיה על הכנסת למצוא פתרון יצירתי אחר, שאף הפעלתו ויישומו יארכו זמן רב, ושאינן כל ערובה להצלחתו. עוד יש להניח כי ועדה שכזו, כמו-גם הכנסת, תעדפנה להימנע מהסדר שעיקרו בכפיית הגיוס, ולו מהטעם שהדבר אינו אפקטיבי ועלול להביא לתופעה הפוכה של הסגת התהליך אחורה. אני חוששת אם כן מהשגת תוצאה הפוכה לזו העומדת לנגד עינינו. משכך, וככל שרגשות הכעס והתסכול מובנים לי, אני סבורה כי יש לקטוע תהליך שכבר החל להניב פירות, גם אם בהיקף מצומצם, ולהערכת סבלנות ואורך רוח הם שעשויים להביא להשגת התוצאה המקווה. אין מנוס מכך - בית המשפט העליון יושב בתוך עמו, ובדונו בסוגיה כה רגישה ומורכבת עליו לשקול גם שיקולים פרקטיים שיהפכו את פסק הדין לרלוונטי ולא לאות מתה בחיי המעשה. מובן כי אם במקביל להפעלת חוק דחיית השירות תמצא הכנסת לנכון לשנות את החוק, לתקנו או לחוקק אחר תחתיו, באופן אשר יהיה בו כדי להשיג את השוויון ואת ההשתתפות בנטל בקצב מהיר יותר, לא יהיה בדינו אלא לברך על כך. וכפי שהדגיש הנשיא ברק:

”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" (עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 56 לפסק דינו של הנשיא ברק).

עמדת הוועדות שעסקו בעניין

17. ברקע הדברים חשוב להזכיר את המלצותיהן של שתי ועדות מרכזיות שבחנו את נושא גיוסם של בחורי הישיבות לאחר ועדת טל, שחוק דחיית השירות מבוסס על המלצותיה. ועדה אחת היא ועדת גבאי - ועדה בינמשרדית שהוקמה בהחלטת ממשלה ביום 15.7.10. המלצותיה של ועדה זו הוגשו לממשלה ביום 19.12.10 ואומצו ברובן בהחלטת ממשלה מיום 9.1.11. בוועדה זו ישבו מנכ"ל משרד ראש הממשלה, ראש המועצה הלאומית לכלכלה, נציג צה"ל, ראש מנהלת השירות האזרחי-לאומי, וכן נציגי היועץ המשפטי לממשלה ומשרדי האוצר והתמ"ת. הוועדה בחנה הן את סוגיית גיוס החרדים לצבא ולשירות האזרחי, והן את שילוב המגזר החרדי בתעסוקה. מתוך ראייה רחבה זו הגישה הוועדה את המלצותיה ליישום חוק דחיית השירות, תוך שהיא מציבה יעדים ברורים וריאליים לשירות חרדים עד לשנת 2015. הוועדה סברה כי יעדים אלו ניתנים להשגה באמצעות חוק דחיית השירות והמליצה על הוספת מסלולי שירות, ובהם מסלול שירות מקוצר, מסלול שירות משולב ומסלול חינוך טכנולוגי לנוער חרדי. הוועדה אף המליצה על שירות אזרחי-בטחוני מגיל 22, על שילוב הכשרה מקצועית ותעסוקתית במסגרות השירות השונות ועל תקצוב מתאים למשרד הביטחון לצורך יישום ההמלצות. לבסוף העירה הוועדה כי אם לאחר יישום כל ההמלצות לא יהיו מספר מספק של משרתים מהמגזר החרדי בצה"ל או בשירות האזרחי, יהיה מקום לשקול שינוי במערך התמריצים לשירות, תמריצים חיוביים ותמריצים שליליים גם יחד.

צוות נוסף שישב על המדוכה הוא צוות לבחינת יישום "חוק טל" בראשות תה"כ יוחנן פלסנר (להלן: צוות פלסנר). צוות זה מונה על ידי ועדת החוץ והביטחון של הכנסת ומנה שישה חברי כנסת ממפלגות שונות. הצוות הגיש דו"ח ביניים ביום 16.1.11 וזאת ללא הצטרפותם של שניים מחברי הצוות החרדים למסקנותיו. הצוות סבר אמנם כי יישום החוק נכשל, אך עם זאת עמדתו היתה כי אין לבטל את חוק דחיית השירות כי אם "לבצע שינויי מדיניות ושינויי חקיקה שיאפשרו להתאים את המנגנונים הקבועים בו לתהליכים החיוביים שעוברת החברה החרדית וללקחים אשר הצטברו עד כה באשר לתנאי גיוסם של החרדים לצה"ל". בסופו של יום ההבדלים בין המלצותיו של צוות פלסנר להמלצותיה של ועדת גבאי אינם משמעותיים ביותר. גם צוות פלסנר סבר כי יש להרחיב את המסלולים הקיימים היום בצה"ל לשילוב חרדים ולפתוח

מסלולים חדשים, הן במודל הקיים והן בתפיסה חדשה, כגון שירות צבאי משולב עם לימודים בישיבה. לצד זאת סבר צוות פלסנר כי יש לשים דגש על הרחבת מסלולי שירות קרביים לחרדים. באשר לשירות האזרחי סבר הצוות כי יש לשייך את מנהלת השירות האזרחי למשרד ראש הממשלה ולהפוך אותה לגוף של חזון והתווית מדיניות. כמו כן המליץ הצוות על העלאת מספר מאתרי המתנדבים שיפעלו בחברה החרדית וכן בגופים הקולטים; על התאמת מסגרות השירות לאורח חייהם של החרדים; על שיווק ההטבות הנלוות לשירות ועל ליווי המשרתים בהשמה במקומות תעסוקה עם יציאתם לאזרחות. כן תמך הצוות בשירות אזרחי-בטחוני לבני 22 ומעלה.

הממשלה החליטה לקיים מנגנון מעקב ובקרה כפול. האחד על-ידי הצוות הבינמשרדי בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה, שאמור לקיים מעקב שוטף אחר יישום ההחלטות, כמו-גם לקבוע צעדים נוספים לאור הניסיון שיצטבר. השני הינו דו"ח שיגיש צוות זה עד ליום 1.7.12 ובו המלצותיו לממשלה, באופן שיאפשר מעקב ובקרה שוטפים.

כפי שניתן לראות, שני הצוותים שבחנו את הנושא לעומק סברו כי יש להמשיך וליישם את חוק דחיית השירות. המלצותיה של ועדת גבאי אומצו ברובן על ידי הממשלה. המלצותיו של צוות פלסנר אינן שונות באופן משמעותי, מלבד דגש רב יותר ששם צוות זה על שירות קרבי ומשמעותי יותר של המגזר החרדי. כמובן, בית משפט זה אינו מחויב להמלצותיהן של ועדות אלו, אך ודאי שאלה יכולות להוות שיקול במערך שיקוליו.

ועוד לעניין השוויון

18. עניין אחרון שעליו אבקש להוסיף נוגע לעקרון השוויון. דיו רבה נשפכה באשר לחשיבותו של השוויון בכלל ובהקשר לגיוס תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם בפרט. דומה כי לא נמצא מי שיחלוק כי השוויון הוא אבן הראשה במשטר דמוקרטי ונדבך מרכזי ביחסים שבין הפרט למדינה. לא ניתן לקיים חברה במדינה דמוקרטית ללא שוויון שהוא אחד מנגזרות הצדק וההגינות. השוויון הוא שם נרדף לצדק והגינות כפי שהוא נראה לבני החברה בתקופה מסוימת. שוויון המוליך אלי צדק, שוויון שדרכו היא דרך ההגינות (ראה בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 502 (1996)). בעניין בחורי הישיבות בגלגול הקודם קבע בית משפט זה כי הזכות לשוויון היא חלק מכבוד האדם – המעוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ככל שזו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק.

כמובן שאין לי מחלוקת עם חברתי הנשיאה ולא עם חבריי באשר למעמדה ולמקומה של הזכות לשוויון בשיטת המשפט שלנו. כמוה, אני מאמצת את הניתוח החוקתי של הנשיא ברק בעניין זה על קביעותיו, כמו גם לעניין הסעד (פרשת התנועה לאיכות השלטון, עמ' 683-685). אף אני שותפה לשאיפה לשוויון בהנאה מזכויות ובנשיאה בחובות ובעיקר בחלוקת הנטל בו נושאים אזרחי המדינה בשמירה על בטחונה של המדינה. הפגיעה בשוויון במקרה זה הינה קשה ועשויה לסדוק במרקם החברתי ולפגוע בבסיס המשטר. יש אפוא לעשות הכל במטרה לרפאה מהר ככל הניתן. עם זאת, לטעמים שפורטו ומצדיקים לדידי מתן זמן נוסף לריפוי הפגיעה בזכות יש להוסיף מספר שיקולים נוספים שמאירים על נושא הפגיעה בשוויון.

ראשית, לדעתי יש להכיר בכך שאת הפגיעה בשוויון לא ניתן לרפא באופן מיידי. הדרך הקצרה והמבטיחה ביותר להגיע לשוויון המיוחל היא דרך שנראית כרגע ארוכה וקשה. כפי שציינתי, הכרזה על בטלות החוק תוך שאיפה ליצור חוק חדש אשר יזרז את התהליך נראית אולי על פניה כדרך מהירה וקלה יותר להשגת השוויון, אך קיימת סבירות גבוהה שתתגלה כארוכה אף יותר. ויודגש, אין משמעות הדברים כי יש להסתפק במה שהושג עד כה. הקביעה לפיה הפגיעה בשוויון מידתית בשלב זה היא למעשה קביעה "על תנאי" המתבססת על מגמת ההתקדמות שהציגה בפנינו המדינה בגיבוי נתונים של הצטרפות חרדים לשירות צבאי או אזרחי, כמו גם מה שלמדנו מהגורמים המקצועיים שהופיעו בפני ועדת חוץ וביטחון כפי שפורט לעיל. על המדינה להמשיך ולעשות שימוש באמצעים הקיימים, כמו גם להוסיף אמצעים חדשים, שיעודדו את המשך המגמה שהוצגה בפנינו. עצירת מגמת הגידול בהצטרפות בני הקהילה החרדית לשירות צבאי או אזרחי עלולה לאותת על סיום תפקידו של חוק דחיית השירות בהשגת תכליותיו, דבר שיוביל להכרזה על החוק כפוגע בשוויון באופן בלתי מידתי.

שנית, כאמור, גיוסו של המגזר החרדי לצבא דורש היערכות מיוחדת (מערך הכשרה מקצועית מיוחד, מערך כשרות מיוחד, וכיו"ב). שילובם של בני המגזר החרדי בצבא יכול אף לטמון בחובו פגיעה במגזרים אחרים, כגון נשים, שלהבטחת שילובם בצה"ל קיימת חשיבות ציבורית. השונות של המגזר החרדי, כפי שציינה השופטת פרוקצ'יה בעניין התנועה לאיכות השלטון, אינה מכשירה יצירת הסדר מפלה, אך יש בה כדי לחייב "תהליך הדרגתי ורב-שלבי בדרך לגישור על פני פער הריחוק בין הקבוצות השונות, בדרך להשגת יעד השוויון" (בעמ' 790). ואכן, על הצבא מוטלת משימה מורכבת של שילוב בני המגזר החרדי בצבא, תוך התאמת השירות לצרכיהם הייחודיים,

מתוך סובלנות והבנה. השילוב והשוויון יבואו מתוך השטח ולא בכפייה. וכבר אמר הנשיא שמגר כי-

”בניה ובנותיה של חברה חופשית שכבוד האדם הוא חלק מעיקריה נקראים לכבוד את התחושות האישיות-רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה כי הדגשים הרגשיים-אישיים ואורחות הביטוי שלהם שונים מאדם לאדם... חברה נאורה גם מכבדת אמונותיו ודעותיו של מי שדבק בהן בלהט ובהזדהות שאינם בהכרח מדרכו של אדם מן השורה” (בג”ץ 257/89 הופמן נ’ הממונה על הכותל המערבי, פ”ד מח(2) 354, 265 (1994)).

משימה זו דורשת סבלנות לתהליכים המורכבים והרגישים, תוך הפקת לקחים תוך כדי תהליך השילוב עצמו, וסובלנות של קבוצה אחת כלפי רעותה.

סיכום ותוצאה

19. חוות דעת זו אינה סופה של הדרך, כי אם רק אחת מאבני השביל. ערה אני לדרך הארוכה שנעשתה עד כה ולציפייה כי בשלב זה התוצאות תהיינה משמעותיות וברורות יותר. עם זאת, כבר כעת, למרות המקטרגים, ניתן להבחין בהתקדמות חיובית, גם אם בפסיעות קטנות ומדודות. מה שנעשה עד כה אין לבטלו במחי יד ואין להקל ראש במאמצים שהושקעו ובתוצאות שהושגו. יש כאמור ליתן בידי הגורמים המוסמכים הפועלים אל מול הממשלה שהות נוספת להמשיך ולקדם את מטרותיו של החוק הקיים. כפי שציינתי, נכון יהיה להרחיב את נקודת המבט ולהסתכל על נקודת הזמן בה אנו נמצאים כחלק משינוי מצב שנוצר והתקיים מאז קום המדינה. יש להכיר במציאות החברתית המורכבת, ולהשלים עם כך שהשגת השוויון מחייבת תהליך חברתי רב-שלבי, ארוך ואיטי, תוך חיפוש אחר נקודת ההשקה בין חלקי האוכלוסייה הקוטביים שתהום פעורה ביניהם. אין מנוס מלתת את הדעת לרקע הדברים ולקשיים שבהנעת התהליך, ליצור ציפיות ריאליות המותאמות למציאות רגישה ומפולגת בין תפיסות עולם ומנהגים.

כפי שציינה חברתי הנשיאה, ההבדל בינינו אינו רב ומטרה אחת לנו לקדם את השוויון, לדרבן את הגיוס לצה”ל ואת שותפות בני המגזר החרדי בשירות האזרחי. אלא שכפי שציינתי ברישא של הדברים אני סבורה שכפיה במקרה זה הינה חסרת סיכוי ולא תשיג דבר. ביטול החוק אולי יצור תחושה שהנה הושג השוויון המיוחל, אך ההפך הוא הנכון. להערכתו, ביטול החוק יביא למבוכה ויצור כעסים ויקטע את ההישגים

ההתחלתיים שכבר הושגו, אשר אין לבטלם באבחת החלטה. הוא יגדע את הענף האחרון המחבר את שני הקטבים. אותו ענף שעליו נראים כבר עתה ניצנים ותקוותי היא כי במבט של שנים, יצמח לפריחה של אחדות. כל חוק – יהיה אשר יהיה – גם אם החוק הנוכחי יבוטל ויחוקק חדש וטוב ממנו כהצעת חלק מחברי, מה שאיני רואה כי יקרה בזמן הקרוב, חייב להיות על בסיס של פשרה להגיע להשתתפות בנטל. השוויון, שהוא בליבת המטרה, ימשיך לצמוח אך ורק מתוך השטח על בסיס התשתית שכבר הותוותה. השגתו תיעשה בתהליך הדרגתי ורב שלבי הדורש זמן, ואשר יביא, כך אני מאמינה, בסופה של דרך לגיוס רחב יותר תוך הבנה, סבלנות וסובלנות.

אני סבורה על כן כי יש לאפשר ולעודד את המשכה של המגמה החיובית האמורה, בתהליך של המשך עשייה ושיפור האמצעים הקיימים, כשפנינו להשגת התכליות שבבסיס החוק. הותרת העתירה תלויה ועומדת בפני בית משפט זה היתה לטעמי תמריץ לקידום הנושא ולהתפתחויות שחלו ואי אפשר להתעלם מהן. לפיכך יש להמשיך בשלב זה במעקב ופיקוח של בית המשפט על מהלכיה של עתירה רגישה ומורכבת זו שבפנינו תוך המשך הותרתה תלויה ועומדת בפנינו. אני רוצה להאמין כי השירות המשותף במסגרות השונות – הצבאית, האזרחית ומסגרות תעסוקה אחרות שהשירות הוא מנוף לקידומן, ישכיל להנחיל ערכים של סובלנות וכבוד הדדי תוך שיתוף פעולה ולא על ידי כפיה. הדברים אמורים במיוחד לגבי השירות הצבאי, המתנהל על פי עקרונות של שוויון וערכים בסיסיים הנגזרים מהיותו צבא העם במדינה יהודית ודמוקרטית.

20. לאחר כתיבת דברים אלה, שב ועלה נושא גיוסם של בחורי הישיבות לכותרות והוא עומד במרכז השיח הציבורי והפוליטי. אנו השופטים, חבריי ואני, הגם שהגענו למסקנות שונות, יודעים להתעלם מכך ולא צריכים להיות מושפעים מרוחות השעה הסוערות. זאת, מתוך הכרה שיש לשמור מכל משמר שלא להיגרר לזירה שהיא מבחינתנו מחוץ לד' אמות המשפט, ולהחליט על פי מיטב הכרתנו ומצפוננו השיפוטי. וכך אמר הנשיא לנדוי, שדבריו יפים גם לכאן:

“...עדיין רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית

בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" (בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979)).

21. לו נשמעה דעתי, היינו מותירים את העתירות תלויות ועומדות ומבקשים עדכון מהמשיבים באשר לקצב התקדמות התהליכים, ובאשר לאמצעים שמוסיפה ונוקטת הרשות המבצעת ליישום תכליותיו של החוק. מאחר שכרגע תלויה ועומדת שאלת הארכתו של החוק על ידי הכנסת, ולזירה הזו, כאמור, אין בכוונתי להיכנס, הייתי מציעה לקבל עדכון מעין זה ביולי 2012, שאז תגיע לסיימה תקופת ההארכה האחרונה של החוק. אם אכן יוחלט להאריכו או לתקנו יהיה אז מקום לטעמי לקבל עדכונים מהמדינה כאמור, ולקיים מעקב שיפוטי, כאשר תיקבע נקודת זמן עתידית בה ישוב בית משפט זה ויבחן את חוקתיותו של החוק לאור ההתפתחויות האחרונות.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

בחור בשיבת קול תורה בירושלים, ביקש מראש הישיבה הרב שלמה זלמן אויערבך זצ"ל (מגדולי פוסקי הדור האחרון) רשות לנסוע בזמן הלימודים לקברי צדיקים בצפון, ענה לו הרב: בשביל להתפלל על קברי צדיקים יש צורך לנסוע עד הגליל? כשאני מרגיש צורך להתפלל על קברי צדיקים אני הולך להר הרצל, לקברי החיילים שנפלו על קידוש ה' (בשם הרב ישראל מאיר לאו; מתוך ספרו של הרב י"צ רימון, הלכה ממקורה - צבא (תש"ע); וכן בגרסה מקוצרת אצל הרב יוסף אליהו, אורו של עולם (תשס"ג) 380).

א. חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, תשס"ב - 2002 (להלן חוק טל או החוק) היה ניסיון רב רגש ורגישות, בעקבות פסיקתו של בית משפט זה (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481), ובעקבות עבודת הועדה בראשות השופט צבי טל אשר ראתה במשימתה מלאכת קודש, לתרום - ולוא חלקית - לאיחוי של פצע מדמם בחברה הישראלית בחלקה היהודי; קרי, סוגיית שירות בני הישיבות בצה"ל. חברתי הנשיאה סקרה את תולדות הנושא, אשר נסקר ונדון בהרחבה בפסקי דינו של בית משפט זה מאז פרשת רסלר משנת 1986 (בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441), עבור בפרשת רובינשטיין הנזכרת, ועד פרשת התנועה

לאיכות השלטון (בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619). אשתדל ככל הניתן שלא לחזור על דברים שכבר נאמרו ונסקרו.

ב. אקדים ואומר, כי בשורה התחתונה מקובלת עלי חוות דעתה של חברתי הנשיאה. המצב הנוכחי אינו בא בגדרי הנספּל-החוקתי (ראו להלן). יתכן שהאחריות לכך מתחלקת בין שתי הרשויות המשיבות בתיק זה: הרשות המחוקקת, שהוציאה תחת ידה חוק שאינו פשוט מלכתחילה, והרשות המבצעת האמונה על יישומו. יתכן, כי אילו היתה עושה הרשות המבצעת יותר ליישומו האפקטיבי של החוק - אף שבעייתיותו מיניה וביה - היה המצב שונה ונסבל יותר. לשיטת השופט טל "החוק, לפי שעה, הוכשל על ידי הממשלה ומשרד הביטחון" (צ' א' טל, עד בוא השמש (תש"ע) 300), ואולם גם לדבריו מלכתחילה "אין בהמלצות ועדת טל שיוון גמור" (שם, עמוד 299; ראו גם צ' א' טל, "לבעיית גיוס בני הישיבות" בתוך ספר זיכרון לפרופסור זאב פלק ז"ל (ר' הורוביץ, מ' ד' הר, י' ד' סילמן ומ' קורניאלדי עורכים, תשס"ה) 355, 366); הדברים נאמרו מפורשות גם בדו"ח שהגישה "ועדת טל" (דין וחשבון הועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות (כרך א', תש"ס) 97), וכן מעל דוכן הכנסת עם הבאת החוק לקריאה שניה ושלישית: "כל הסדר שלא יוצר שיוון מלא בין האזרחים... הוא הסדר רע. השאלה היא האם מדובר ברע במיעוטו או ברע בהתגלמותו" (דברי הכנסת 23.7.02 עמוד 8584; דברי חבר הכנסת יוסי כ"ץ).

ג. חלק משמעותי נוסף של האחריות למצב הקיים מונח, לדעתי, גם לפתחה של החברה החרדית - "ככל שניתן לייחס לציבור מגוון זה נקודת מבט אחת" (בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (לא פורסם) פסקה כ"ט) - אשר נקטה עמדה שהיא לדעתי כמעט בלתי נתפסת מבחינה תורנית-מוסרית-אזרחית (לשאלות של הלכה מטבע הדברים אינני נדרש), ובחירה שלא לעשות שימוש רחב יותר במנגנונים הקבועים בחוק, ובמסלולי השירות הייחודיים והמותאמים שהציעה המדינה. בגדרי המשפט החוקתי-מינהלי, קבוצה אזרחית זו אינה "משיבה" בתיק שלפנינו, אל הכרעותיה יש להתייחס בנסיבות כנתון עובדתי שאין בידינו לשנותו אופרטיבית במסגרת הליך זה, אך יש בו כדי להשפיע על הכרעתנו בדבר סבירות המצב הנתון, והאפשרות להתירו על כנו. למותר לציין, כי אילו ביקשו גורמים חרדיים רלבנטיים להשמיע עמדתם בהליך זה, היו דלתות בית המשפט פתוחות בפניהם.

ד. לפיכך, אין מנוס מן הבחינה האם בנסיבות הנתונות המצב שמאפשר חוק טל, גם לאחר שניתנה לו ארכה בעקבות פסק הדין בפרשת התנועה לאיכות השלטון, נסבל מבחינה חוקתית. התייחסותי היא למצב ולשאלת היותו נספּל, שכן יתכן שבקונסטלציה

אחרת, בהינתן התנהלות אחרת מצד המשיבים לעתירה ומצד מי שאינם משיבים לה, היה החוק מביא למצב נסבל - לפחות בגדרי "קדם ההסדר הראוי" (כלשון שנקטה ועדת טל לגבי ההסדר שעיצבה; ראו עמוד 97 לדו"ח הועדה), בכל הנוגע לפגיעה האנושה בשוויון בין אזרחי המדינה, בנושא של חיים ומוות כפשוטם.

ה. במובנים רבים, הסיטואציה שנוצרה בעקבות פסק הדין בפרשת התנועה לאיכות השלטון ייחודית בגדרי המשפט החוקתי-מינהלי. ככלל, בבוא בית המשפט לבחון את חוקתיותו של חוק שכתוצאה ממנו נפגעות זכויות מוגנות, עליו לבחון אם הרשות המבצעת מפרשת ומיישמת כדבעי את החוק; וככל שרשות זו פועלת כראוי, מכוונים מבטי הביקורת לחוק עצמו. ואילו כאן, מִשְׁתַּנָּה משמעותי קשור לאופן התנהלותו של הציבור החרדי; האֶפְקָט הבלתי חוקתי (אם נשתמש במונח בדומה לאופן בו נדרשה לו השופטת נאור בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)) נובע בנסיבות משילוב של מספר גורמים, שהמגזר החרדי הוא העיקרי שבהם, כי בו הראשית והאחרית, אך למציאות שנוצרה שותפות הכנסת והממשלה לדורותיהן. יתכן, כאמור, כי שיתוף פעולה נרחב מצד המגזר החרדי עשוי היה - מבלי לקבוע מסמרות - להביא לתוצאה אחרת; ולכך נועדה תקופת המבחן שנקבעה בפרשת התנועה לאיכות השלטון, הנגזרת ביסודה ממסקנות ועדת טל.

ו. ואולם, משהונחו בפנינו הנתונים שנסקרו בחוות דעתה של הנשיאה, ומשניתן לכל הגורמים המעורבים פרק זמן משמעותי על מנת לנסות להביא לתוצאות טובות יותר, אין מנוס מקביעה כי המצב הנוכחי אינו יכול להימשך; קרי, לקבוע כי ערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כפי שנקבעו בחוקי היסוד ופורשו בפסיקת בית משפט זה, אינם יכולים לשאת מצב עובדתי זה, ולפיכך לא ניתן להאריך עוד את תקפו של החוק. בהינתן הקביעה, כי הסוגיה טעונה הסדרה בחקיקה ראשית (כפי שנקבע אל נכון בפרשת רובינשטיין), אין מנוס מיצירת הסדר נורמטיבי חדש - והדבר מסור למחוקק. עד כאן "השורה התחתונה" ומכאן הנמקתה.

על לימוד תורה כחלק מערכיה של מדינת ישראל

ז. המהלך ההיסטורי שסופו במציאות עמה בא חוק טל להתמודד, החל כמתן יד וכתף לקיום עולם התורה לאחר השואה. ראש הממשלה ושר הביטחון הראשון, דוד בן גוריון, דמות היסטורית גדולה - שחרף היותו אדם חילוני בהשקפת עולמו דבק מאוד בתנ"ך כביטוי לקיומנו הלאומי - הביין את הצורך לשקם את ההריסות ולהקים לתחיה את שכמעט עלה עליו הכורת. על כן ניתן כבר בשנת 1948 פטור משירות צבאי לבני

ישיבה (ראו פרשת רס"ל, עמודים 449-451); זאת, אף שבמלחמת הקוממיות היו גם בחורי ישיבות שנטלו חלק במאמץ המלחמתי, והדבר הוגדר על ידי פוסקי ההלכה כהשתתפות במלחמת מצוה:

”שלפי המצב העכשוי שהמדינה נמצאת בו, שזה עתה יצאה כמעט מחיתוליה והיא מוקפת מסביב אויבים מושבעים הרוצים לבלעותה חלילה, מוטלת חובה מיוחדת של החלצו חושים, למהר לעלות ארצה ולבוא לעזרת ישראל מיד צר הבא עליהם, שנובע מחיוב של מלחמת מצוה” (שו”ת ציץ אליעזר [הרב אליעזר יהודה ולדנברג, המאה העשרים - ירושלים] חלק ז’, סימן מ”ח; ראו גם שו”ת ציץ אליעזר, חלק ג’ סימן ס’; שו”ת היכל יצחק, אורח חיים סימן ל”א).

גם מעמדן של מלחמות ישראל שבאו, לצערנו, אחרי מלחמת הקוממיות לא היה - במישור ההלכתי - שונה (ראו, לדוגמה, שו”ת יחווה דעת (הרב עובדיה יוסף) חלק שני סימן י”ד). לא למותר לציין, כי במאמרו הגדול משנת תש”י (1950) ”ייחוד וייעוד” (נדפס בתוך ייחוד וייעוד (תשל”א) 108) דן בן גוריון בחוקי הגיוס ההיסטוריים בעם היהודי, ומציין כי ”חובת ההגנה על העם מהתקפת חוץ היתה חלה על כל איש ואשה בלא יוצא מן הכלל” (עמוד 133), אף כי אינו נדרש לנושא בני הישיבות.

ח. הפטור שניתן בראשית ימי המדינה היה, לדעתי, גם ברוחה של ההכרזה על הקמת מדינת ישראל (למעמדה של ההכרזה ראו, בין היתר, סעיף 1 לחוק יסוד: חופש העיסוק ולחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; בג”צ 153/87 שקדיאל נ’ השר לעניני דתות, פ”ד מב(2) 221, 274), הפותחת בהתייחסות לנכסי ”תרבות לאומיים וכלל-אנושיים” אשר יצר העם היהודי בארץ ישראל, והנדרשת גם לתביעת ”שארית הפליטה... ויהודי ארצות אחרות... לחיי כבוד, חירות ועמל-ישרים במולדת עמם”. כפי שכתב חברי השופט א’ א’ לוי בפרשת התנועה לאיכות השלטון:

”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 יתכחו להשפעתו הניכרת, לאורך הדורות, על עיצובם של מרכיבים מהותיים בדמות העם והחברה” (עמוד 784).

אכן, לא יתכן חולק, כי בכלל אוצרות התרבות להם נדרשת הכרזת העצמאות, ובכלל הזכות לחיי כבוד, חירות ועמל ישרים נכללת גם הזכות לפיתוח אישי וקיבוצי של

התרבות היהודית התורנית; זכות שהיא חלק מהותי ביסודות "החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל" אשר עליהם מושתתת מדינת ישראל, וחלק מחופש הדת, החינוך והתרבות המובטחים בפסקה האופרטיבית של הכרזת העצמאות (ראו גם בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (לא פורסם) - פסקה 14 לפסק דינו של השופט לוי).

ט. גם בגדר חוקי היסוד, ומצד היותה של מדינת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית", נדרש בית משפט זה לא אחת לחופש הדת אשר "כולל בחובו, בין השאר, את החופש לקיים את מצוות הדת ודרישותיה" (פרשת רובינשטיין, עמוד 528 - הנשיא ברק), ולקשר בין חופש זה לבין מתן האפשרות לבחורי ישיבה להתמיד בלימודם (שם); ראו גם ג' ספיר, "גיוס בחורי ישיבות לצה"ל: הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים", פלילים ט' (תשס"א) 217, 248. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כוללים איפוא את לימוד התורה; למשל, מניעת לימוד תורה עלולה לדעת להיות פגיעה בכבודו של אדם מישראל, ולדעתי הוא זכאי - בגדרי חוקי היסוד - להגנה מפניה.

י. ואכן, איני סבור שיש צורך להכביר מלים כדי לבאר את היותו של לימוד תורה אחד מערכיה של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית". דומני כי גם העותרים אינם חולקים על כך. יהודי שומר מצוות קורא קריאת שמע בכל יום, פעמיים ויותר ("שמע ישראל" היה לסמל ההמשכיות היהודית), שם נאמר "נְהִיּוּ הַדְּבָרִים הָאֵלֶּה אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּךָ הַיּוֹם עַל לְבָבְךָ: וְשָׁנַנְתָּם לְבִנְיָךָ וְדַבַּרְתָּ בָם בְּשַׁבְּתְךָ בְּבֵיתְךָ וּבְלֶכְתְּךָ בַדֶּרֶךְ וּבְשֹׁכְבְּךָ וּבְקוּמְךָ" (דברים ו', ו'-ז'); ועוד נאמר "וְשָׁמַתָּם אֶת דְּבָרֵי אֱלֹהֵי עַל לְבָבְךָ וְעַל נַפְשְׁךָ... וְלִמְדַתְּם אֹתָם אֶת בְּנֵיכֶם לְדַבַּר בָּם בְּשַׁבְּתְךָ בְּבֵיתְךָ וּבְלֶכְתְּךָ בַדֶּרֶךְ וּבְשֹׁכְבְּךָ וּבְקוּמְךָ" (דברים י"א, י"ח-י"ט). את הפסוק "אִם בְּחִקְתִּי תִלְכוּ" (ויקרא כ"ו, ג') מפרש רש"י על פי המדרש, "שתהיו עמלים בתורה". נהיר איפוא, כי "החובה ללימוד תורה - כמצוה דתית - אינה בחינת לימוד חכמה בעלמא, אלא מהוה פן מרכזי בעיצוב עולמו וארחות חייו של האדם" (עע"מ 10673/05 מכללת הדרום נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה ז(3)).

יא. המשנה (פאה א', א') מונה לימוד תורה בגדר הדברים "שאינ להם שיעור". בחתימת רשימת הדברים "שאדם אוכל פירותיהן בעולם הזה והקרן קיימת לו לעולם הבא" - ושכללם "כיבוד אב ואם וגמילות חסדים והבאת שלום בין אדם לחברו" - קובעת אותה משנה: "ותלמוד תורה כנגד כולם". עד כדי כך החובה להגות בתורה "יומם וְלַיְלָה" (יהושע א', ח') נתפסת כערך עליון, עד שהתנא רבי שמעון אומר: "המהלך

בדרך ושונה ומפסיק ממשנתו ואומר מה נאה אילן זה ומה נאה ניר זה מעלה עליו הכתוב כאילו מתחייב בנפשו" (משנה אבות ג', ז'). וכך היא לשון הרמב"ם בספרו ההלכתי - יצירה נורמטיבית מופלאה - "משנה תורה":

"כל איש מישראל חייב בתלמוד תורה, בין עני בין עשיר, בין שלם בגופו בין בעל יסורין, בין בחור בין שהיה זקן גדול שתשש כחו, אפילו היה עני המתפרנס מן הצדקה ומחזר על הפתחים, ואפילו בעל אשה ובנים חייב לקבוע לו זמן לתלמוד תורה ביום ובלילה, שנאמר 'והגית בו יומם ולילה'" (הלכות תלמוד תורה א', ח').

סוף דבר, הן בעיניהם של חכמי התורה, והן בעיניו של המשפט הישראלי, לא יתכן חולק כי ללימוד תורה מקום ייחודי, כחלק מזהות ותרבות - לצד היותם חלק מחובה דתית - של הפרט ושל הכלל בישראל.

על לימוד תורה וצרכים וערכים אחרים

י"ב. ואולם, בתכיפה אחת עם האמור מעלה נזכיר, כי לא רק מהיותה של מדינת ישראל מדינה "יהודית ודמוקרטית" מתחייב איזון בין ערכים; איזון זה מתחייב גם מהיותה מדינה "יהודית ודמוקרטית". לפי ההלכה קיימת דרישה - ולא רק היתר - לאזן בין חובת לימוד התורה אף "שאינ לו שיעור", לבין צרכים וערכים אחרים. איזון עם צרכים אחרים כיצד: "לא ימוש ספר התורה הזה מפיד", יכול דברים ככתבן? תלמוד לומר: 'ואספת דגנך' - הנהג בהן מנהג דרך ארץ" (בבלי ברכות לה ע"ב), וכבר פסק הרמב"ם להלכה:

"כל המשים על לבו שיעסוק בתורה ולא יעשה מלאכה ויתפרנס מן הצדקה הרי זה חלל את השם ובזה את התורה וכבה מאור הדת... וכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטילה וגוררת עוון..." (הלכות תלמוד תורה ג', י').

ובהמשך: "מַעֲלָה גדולה היא למי שהוא מתפרנס ממעשה ידיו, ומדת חסידים הראשונים היא, ובזה זוכה לכל כבוד וטובה שבעולם הזה ולעולם הבא שנאמר יגיע כפיו כי תאכל אשריו וטוב לך אשריך בעולם הזה וטוב לך לעולם הבא שכולו טוב" (שם, הלכה י"א). גם בעל השלחן ערוך פוסק: "אחר כך [אחרי התפילה - א"ר] ילך לעסקיו, דכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטלה וגוררת עון, כי העוני יעבירונו על דעת קונו; ומכל מקום לא יעשה מלאכתו עיקר... " (אורח חיים, סימן קנו); ומפרש בעל משנה ברורה בחיבורו באור הלכה: "שזהו נאמר לכלל העולם שאין כולם יכולים לזכות

לעלות למדרגה רמה זו להיות עסקם רק בתורה לבדה אבל אנשים יחידים יוכל להמצא בכל עת באופן זה" (שם). איזון עם ערכים אחרים כיצד: "מבטלין תלמוד תורה להוצאת המת ולהכנסת כלה" (בבלי כתובות יז ע"א). ולמען הסר ספק יובהר, אין מדובר בהיתר לבטל תורה אלא בחיוב: "מבטלין תלמוד תורה - פירוש חובה לבטל" (שפתי כהן, יורה דעה סימן שס"א סעיף קטן א').

י"ג. בהקשר דנא, של מלחמה לעזרת "ישראל מיד צר שבא עליהם" (כלשון הרמב"ם בהלכות מלכים ה', א'), נאמר מפורשות: "במלחמת מצוה הכל יוצאין אפילו 'חתן מחדרו וכלה מחופתה'" (משנה סוטה ח', ז'); ולמען הסר ספק פירש רבי נתן בן יחיאל מרומי (המאות הי"א-י"ב - איטליה) "וכל שכן תלמידי חכמים" (ספר הערוך, ערך אנגריא). ואולי לא למותר לציין, כי חלק ניכר מיוצאי הצבא להם מעניקה התורה פטור מיציאה למלחמת רשות (ולא ניכנס להגדרות המדויקת של מלחמת מצוה לעומת מלחמת רשות) אינם פטורים משירות הציבור בדרכים אחרות: "כל אלו שחוזרין מעורכי המלחמה... ומספקין מים ומזון לאחיהם שבצבא, ומתקנין את הדרכים" (רמב"ם, הלכות מלכים ז', ט'). גם ההלכה איזנה איפוא בין חיוב תלמוד תורה לבין חיובים אחרים, הן חיוב פרנסה והן חיוב הגנה; בין החיוב האבסולוטי והבלתי-מתפשר "לא ימוש ספר התורה הזה מפייך וְהָגִיתָ בוּ יוֹמָם וְלַיְלָה" (יהושע, שם), לבין חובותיו של אדם כלפי עצמו ומשפחתו, כלפי זולתו וכלפי החברה בה הוא חי. על כן, גם חיוב תלמוד תורה אינו כזה שאין אחריו ולא כלום. דברים אלה מתחדדים במיוחד במדינה שבה השירות הצבאי הוא חובה שיש עמה לעתים גם סיכון לחיים.

על הנסיבות הישראליות

י"ד. ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. אופיה הייחודי כולל את שני הפנים, ושניהם כוללים חובת איזון, חובה שבצדה דרישה לשוויון - שוויון אמיתי ומהותי ככל הניתן - בנשיאה בנטל הביטחון על סיכון החיים הכרוך בו. בהיבט "היהודי", בתקופה בה עדיין יש ה"עומדים עלינו לכלותנו" (כלשון ההגדה של פסח), מהדהדים דבריו של משה רבנו: "הֲאֵחֵיכֶם יָבֹאוּ לְמַלְחָמָה וְאַתֶּם תֵּשְׁבוּ פֹה" (במדבר ל"ב, ו'); וכבר נדרש לכך המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת התנועה לאיכות השלטון:

"האמנם נאמר על בני הישיבות שתורתם אומנותם - כדברי ההתרסה של משה כלפי שבטי ראובן, גד וחצי המנשה - כי 'אחיכם יבואו למלחמה ואתם תשבו פה'...?"

גם ההיבט של 'מורשת ישראל' בְּעִיקְרָהּ של 'מדינה יהודית'... 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" (עמוד 737 ועמודים 740-741).

ט"ו. כך גם בהיבט הדמוקרטי: השויון הוא ערך מהותי בו, "עקרון-על, המשתקף בחקיקה הישראלית לאורכה ולרוחבה" (בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (לא פורסם) - פסקה 29 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה). אכן, לא הכל נושאים בנטל במידה שווה. לא הרי החייל הקרבי כהרי חייל יחידות המטה. ואולם, עדיין יש בידי צה"ל להורות גם לחייל המטה לצאת לתפקיד שיסכן את חייו, ואין הוא ברשותו שלו, והאוטונומיה האישית שלו מוגבלת (ראו גם סעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). ישנם גם מגזרים ויחידים שאינם משתתפים במטלת השירות, בראש וראשונה מרבית המגזר הערבי - למעט הדרוזים, הצ'רקסים וכן מתנדבים בדוים מסוימים ועוד מקצת מוסלמים ונוצרים - בנסיבות המצערות של הסכסוך המדיני באזורנו, וכן לא מעטים מהציבור היהודי המוצאים דרך שלא לשרת.

ט"ז. ועדיין - חרף קיומם של הבדלים בין סוגי שירות ובין סוגי אוכלוסיות, ואף בהינתן חשיבותו של לימוד התורה גם בגדרי המשפט הישראלי - עולה השאלה, האם עקרון השויון מתיר להעניק פטור גורף משירות צבאי לאחוז כה גבוה מכל מחזור גיוס? האם הוא יכול לאפשר הסדר פטור כה רחב, אף אם תכליתו ראויה וכוונתו טובה? האם הוא יכול לשאת את הפגיעה ביתר אזרחי המדינה הנדרשים לשירות צבאי בסדיר ובמילואים? ונשוב ונזכיר, כי נכון לשנת 2007 מדובר היה על 14% (!) ממחזור הגיוס של אותה שנה, כי מדובר בעליה עצומה אפילו מאז נחקק חוק טל עצמו בשנת תשס"ב, וכי הנתונים מלמדים על עליה מתמדת משנה לשנה (ראו פסקה 50 לחוות דעתה של הנשיאה). מצער הדבר ככל שיהא, אין מנוס מן השאלה: האם באמצעות חוק שתכליתו ראויה וכוונותיו טובות, חוק שמטרתו לאפשר פרוזדור לטרקלין השירות הצבאי בפרט ולמשק ולחברה הישראלית בכלל, ניתן להצדיק אי-שויון (שכמותו כאי-צדק) בהיקף שכזה ובנושא שכזה?

י"ז. חוק טל לא היה שוויוני מראשיתו. אבל בפרשת התנועה לאיכות השלטון נתן לו בית משפט זה סיכוי משפטי, מתוך ההנחה כי ראוי להניע את עגלת הגיוס לחרדים. התקוה היתה, שאין מדובר בפגם "גנטי" בעצם הסדרי החוק" אלא בתקלה מינהלית ביישומו (כלשון הנשיא ברק בעמוד 712), וכי אף אם דבק בחוק כבר בעת לידתו "וירוס" אי החוקתיות" (כלשון השופטת פרוקצ'יה בעמוד 795), תוכל לו המדינה

באמצעות יישום נכון וראוי של המנגנונים הקבועים בחוק. ואולם, במבחן התוצאה לא צלחה דרכו של החוק. הנתונים שמנתה חברתי הנשיאה מדברים בעדם: אחוז המצטרפים לשירות על מתכונותיו השונות קטן ביותר. מצב זה, בו מוענק פטור גורף לציבור הולך וגדל משירות צבאי (וכאמור, גם אם הנתון המספרי אינו תוצאה מחויבת של החוק, שורתו התחתונה מדברת בעד עצמה), פוגע לדעתי פגיעה שאינה מידתית בזכויותיהם של אזרחי ישראל הנדרשים לשרת בצבא ומשרתים בו, באופן המחייב את שינוי המצב מעיקרו.

י"ח. בחוות דעתי במסגרת החלטת הביניים מיום 8.9.2009 נדרשתי לקצב יישום החוק: "התקדמות ההסדר שקבעה ועדת טל היא בזחילה, טיפין טיפין, עם כל רצונם הטוב של מוסדות המדינה והמינהלת... השינוי המהותי לא הגיע, עודו בשוליים, ולא נענתה השאלה 'מאי חזית דדמך דידך סומק טפי' (מה ראית שדמך אדום יותר נמדם חברך)) (בבלי פסחים, כ"ה ע"ב)". העתירה שלפנינו מכוונת - מטבעו של המשפט החוקתי - כלפי רשויות המדינה, ואולם הקריאה המוסרית שביסודה מכוונת - כפי שנאמר בהמשך חוות דעתי - גם כלפי בני הציבור החרדי שאינם מתגייסים לשירות צבאי:

"האתגר להפוך את המגמה מזרם דקיק של מצטרפים להחלה רחבה מונח לפתחם של מנהיגי הציבור החרדי; הרי מה שהחל בקימום עולם התורה לאחר השואה, הפך לסוציולוגיה של חברה שלמה שאינה נושאת כמעט בעול מרכזי במדינת ישראל, השירות הצבאי; ובטוחני שבסתר ליבם חשים בקושי ובמבוכה גם ראשי הציבור החרדי ורבים רבים מבני ציבור זה... המדובר בחברה שלמה שכמעט שאינה ממלאת חובה שבחוק וגם במוסר, והיכן המוסר והמידות הטובות?"

י"ט. בשנת 2007 נזדמן לי לציין, כי: "חוק טל ניסה - מתוך תקווה גדולה ובמאמץ רב, ולא נוכל לומר עדיין עד כמה בהצלחה - ליצור איזון בין מגמות ערכיות מנוגדות, שביסודן פער אנושי העלול להיות הרה תוצאות של חיים ומוות" (בג"צ 5803/06 גוטמן נ' שר הבטחון (לא פורסם) פסקה ל"א). הנתונים עליהם הצביעה חברתי הנשיאה מעידים, כי כיום ניתן לומר בצער רב, שהמאמץ "ליצור איזון" לא עלה יפה; והנה שבנו למצב הבסיסי אותו תיארה השופטת ארבל בעניין גוטמן, תחושת "אפליה... שהינה קשה ומוצדקת".

כ. חיצוי העתירה מכוונים כאמור כלפי הרשויות, אשר חובתן להגן על הפרט מפני נשיאה שאינה שווה ומפלה לרעה בעול הנטל הביטחוני (ואינני סבור כי בהקשר זה ניתן לזקוף לחובתו של הפרט את היותו חלק מקבוצת רוב המעניקה הטבות-יתר למיעוט); ואולם האחריות - במובנה הרחב - מונחת גם לפתחו של הציבור החרדי. מבחינה משפטית, "הייחודיות המגזרית אינה מהווה עילה לפגיעה באחריות המשותפת החלה על כלל אזרחי המדינה" (בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לעניני דתות (לא פורסם) - פסקה 7 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה); ומבחינה מוסרית-אזרחית התמיהה, בעיני, קשה ונוקבת, כיצד אין משתתף כל הציבור בקרבנות הציבור? היא מהדהדת את דבריו של משה רבנו "הֲאֵחֵיכֶם יָבֹאוּ לְמַלְחָמָה וְאַתֶּם תֵּשְׁבוּ פֹה?", וכדברי הנצי"ב מוולוז'ין (הרב נפתלי צבי יהודה ברלין, המאה הי"ט - רוסייה):

"זה עֲנֵה נגד ישראל [מצד המבקשים לישוב בעבר הירדן ולא להשתתף במלחמה לכיבוש ארץ ישראל], שיהא לכם ארץ שכבר נכבשת על ידי כולם, והמה יסכנו עצמם למלחמה" (ההדגשה הוספה - א"ר).

כ"א. בראש חודש אייר תש"ח - כחמישה ימים לפני הכרזת העצמאות - כתב הרב שלמה יוסף זוין (מחבר תורני חשוב, ועורכה הראשון של האנציקלופדיה התלמודית; המאה הכ' - מזרח אירופה-ירושלים) נגד הקוראים לבני הישיבות "לא להירשם ולא להיפקד ולא להתייצב" לשירות צבאי. מדובר בדיון הלכתי מפורט, ואולם בכל הנוגע לטענה המוסרית הוא כותב:

"כלום הצלת אחרים בלבד הוא המדובר שלפנינו? כלום אין כל אחד ואחד מאתנו, באין יוצא ובאין הבדל, עומד בפני סכנת נפשות, הוא וביתו וכל אשר לו? וכי כך היא המדה, שהעוסקים בתורה לא יהיו מחויבים להציל את עצמם, אלא יעמדו מנגד ויטילו חובת הצלה, הצלתם הם, על אחרים? וכי כך היא המדה, או וכי זו היא דעת תורה?" (ש"י זוין, לשאלת הגיוס של בני הישיבות (תש"ח) 5).

טיעון זה, מזכיר את עמדת רבי דוד אבן זמרא (הרדב"ז, המאות ה"ו-ט"ז, ספרד-צפת), לפיה הפטור מנשיאה בהוצאות ביטחון אשר התלמוד (בבלי בבא בתרא ז ע"ב) מעניק לתלמידי חכמים, אינו חל במקרים בהם תלמידי החכמים עצמם מודים בצורך בשמירה:

"והם בעצמם [החכמים] מודים דבעו נטירותא [שיש צורך בשמירה] היש מן הדין, או כן הסברא, שיכופו את הבעלי בתים להעמיד שומרים ולא יסייעו עמהם? ... על כיוצא בזה לא אמרה אדם מעולם... כי לקתה מדת הדין, אבל יכולין לכופף אותם" (שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תשנ"ב).

ואף החתם סופר (רבי משה סופר, גרמניה-הונגריה, המאות הי"ח-י"ט) - ממנהיגי האורתודוקסיה בדורו - הזכיר, כי הפטור התלמודי אינו חל במסגרת חלוקת נטל צרכי הביטחון המדינתיים, שהרי "כדרך שמלכות נשמרים ממלכיות אחרים גם תלמיד חכם חייב" (חידושי חתם סופר, בבא בתרא ח ע"א; שני המקורות האחרונים הובאו אצל הרב י' ברנדס, אגדה למעשה - אדם בחברה (2011) 137-139, שהרחיב בסוגיה זו; עוד ראו גם הרב א' ליכטנשטיין, "זאת תורת ההסדר", תחומין ז' (תשמ"ז) 314; ומנגד, הרב א' שרמן, "גדול תלמוד תורה יותר מהצלת נפשות", שם 335; וכן הרב ז"ב מלמד "גדולי תורה - זהו צורך האומה", שם, 330).

כ"ב. כאמור, בחירותיו של הציבור החרדי, יהיו שיקוליו אשר יהיו, אינן עניין לבית משפט זה לענות בו - ובודאי לחלק מתמיהותי ישנן תשובות. ואולם, אילו היתה ההיענות מצד הציבור החרדי רחבה ומשמעותית יותר (וכאמור, יתכן שגם למידת היעילות והפעילות של הרשות המבצעת חלק בכך), היו המשיבים ניצבים היום בפנינו כשבידיהם נתונים אחרים. לצערנו לא זה המצב.

על החברה החרדית והיחס לשירות הצבאי

כ"ג. אכן, גם החברה החרדית אינה קופאת על שמריה, לרבות בכל הנוגע ליחסה לשירות הצבאי. גם אם מדובר היה מתחילה בגיוסם של מי שאינם מסוגלים או רוצים להיות בבחינת "תורתם אומנותם", ישנם גם צעירים חרדים בני תורה ובני אוריין שהגיעו בעצמם למסקנה שחשובה להם אם תרומה למדינה ואם מציאת מלאכה המפרנסת את בעליה, והצטרפו למסלולים הייחודיים שעיצב למענם צה"ל.

כ"ד. ואולם, נודה על האמת, בשונה מן החברה היהודית-חרדית בארצות אחרות, שהבינה כי רק יחידי סגולה יכולים להיות באהלה של תורה בלבד כל ימיהם, בישראל נבנה מערך סוציולוגי שלם וקשה, שגם מנהיגיו יודעים בסתר ליבם כי אינו טוב ואינו ראוי, שבשל השירות הצבאי יושבים בישיבות אלפי אנשים שלא זה מקומם (השוו, ראוי,

בהקשרים שונים, עניין רגן פסקה כ"ב). אנשים אלה, אילו שירתו בצה"ל, ואילו עבדו ככל האדם וגם קבעו עתים לתורה כ"בעלי בתים" (קרי, מי שעוסקים בעבודה "רגילה" ומקדישים זמן ללימוד תורה תדיר), היו מועילים הן למדינה, הן לקהילתם והן לעצמם. חביבה "היא המלאכה, שכל הנביאים נתעסקו בה" (מדרש תנאים לדברים ה', י"ד). תמהני אם מנהיגי הציבור החרדי ערים די הצורך, ופועלים די הצורך, בכל הנוגע למצוקה הכלכלית הנובעת מהיעדר מקצוע בגלל המלכוד של הליך "תורתו אומנותו".

כ"ה. בבית הכנסת בו אני מתפלל יום יום, בית כנסת מרכזי רב מניינים, באים בוקר וערב מקבצי נדבות לא מעטים, כמעט כולם (המלה "כמעט" הוספה בעיקר מתוך זהירות ונקיון הדעת) מן הציבור החרדי, רבים מהם אנשים חסונים ובריאים, שיכלו לעבוד למחייתם ולפרנס את ביתם בכבוד. אך הם כלואים בסיטואציה בלתי אפשרית, ולא קם מי שיאמר שבגדי המלך ("מאן מלכי, רבנן") אינם תואמים כל אחד, ועלול הוא להגיע למצבו של מי שאין לו בגד ללבוש. ודוק: לא יהא מי שיחלוק כי המורשת היהודית והמשכיותו הרוחנית של העם היהודי, מצדיקים קיומו של גרעין ממשי ורציני של מי שתורתם אומנותם באופן תדיר. עו"ד רסלר, ותיק העותרים בתחום זה שהחל בכך כבן 40 והיום הוא איש שיבה, אמר במענה לשאלתי באולם בית המשפט, כי לא היה פוצה פה ומצפצף אילו היו מספר אלפי אנשים בכל עת שתורתם אומנותם. אפשר, וגם ראוי, להתייחס בגישה פתוחת דעת לאנשי האמת המבקשים להמשיך עוד ועוד בלימוד תורה, אך דבר זה אינו חל על רבים מאלה הממשיכים בלית ברירה, כ"חובה חברתית" עצובה, במעמד תורתו אומנותו, ואין תורתם אומנותם לאמיתה, ותחת אומנותם באה הימנעותם - משירות ומעבודה; והם מבליים ימיהם בתסכול כשבינתיים הקימו משפחות, הזקוקות לפרנסה. הרב הראשי לישראל, הרב שלמה משה עמאר, נדרש לפרקטיקה המקובלת כיום בעולם הישיבות:

"בני הישיבות בימינו, שמוסרים נפשם על התורה ועבודת ה' בטהרה, ועמלים ויגעים בה יומם ולילה ולא ישבותו, ואינם מחשבים תכלית קיומם לאמור מה נאכל ואיך נקים בית בישראל, ומה יהיה קיומנו, הן לא נזרע ולא נחרוש, וגם מקצוע אינם לומדים אשר יהיה בו לספק צרכיהם ולוא במועט, ובמה יזונו נשיהם ובניהם? (ברכת אליהו (שמות חלק שני) עמוד ר"ל).

בהמשך מבקש הרב עמאר ליישב בין דבריו הידועים של הרמב"ם: "דרך בעלי דעה שיקבע לו אדם מלאכה המפרנסת אותו תחילה, ואחר כך יקנה בית דירה..." (הלכות דעות ה', י"א), לבין מציאות זו. לשיטתו, הרמב"ם מדבר באותם "בעלי דעה" שנוהגים:

"לפי הטבע שהטביע הקב"ה בעולמו. ואולם אלו הנוהגים מעל הטבע ואינם משתעבדים לטבעו של עולם... כמו שהם מוסרים כל כוחותיהם ומאוייהם על דבר ה' לעשות רצונו, גם הוא עושה רצונם ונותן להם מידו הרחבה מעל הטבע" (ברכת אליהו, עמודים ר"ל-רל"א).

מכבד אני את דבריו, אך כמובן נשאלת השאלה, האם ניתן לומר בפה מלא ובהגינות, ומבלי לפגוע כלל ועיקר באותם שנותנים נפשם על לימוד התורה, כי כל עשרות האלפים הרשומים כמי שתורתם אומנותם נמצאים בין אלו "הנוהגים מעל הטבע"?

כ"ו. אמנם, בברכת המדינה על מקורותיה השונים - הביטוח הלאומי, תקציבי עולם הישיבות ועוד, בצד נכונות אמיתית ומסירות נפש מצד ציבור הלומדים, שהרי "כך היא דרכה של תורה פת במלח תאכל ומים במשורה תשתה ועל הארץ תישן וחיי צער תחיה ובתורה אתה עמל" (משנה אבות ו', ד') - יכול אדם להגיע לפרנסה דחוקה ולהמשיך להיות חובש בית המדרש. ואולם, כאמור האם באמת כל חובשי בית המדרש שנים ארוכות מקומם שם, או שמא דנים חלק מהם עצמם לחיי בטלה וניוון - וגם אם מציאות כלכלית זו אינה קשורה במישרין לשאלת השויון בין יוצאי צבא בישראל, היא בודאי רלבנטית לבחינתו של דבר חקיקה שאחת ממטרותיו המוצהרות היתה "למצוא דרך שתביא לשילוב תלמידי הישיבות גם בשוק התעסוקה" (מדברי חבר הכנסת יוסי כ"ץ, יו"ר הועדה המיוחדת שהוקמה לטיפול בחוק, עם הבאתו לקריאה שניה ושלישית ביום 23.7.02, דברי הכנסת ל"ד עמוד 8585). ושוב, איננו מדברים באותם שחשקה נפשם בתורה עד כלות, "השרידים אשר ה' קורא" שעליהם תבוא ברכה - וגם לגביהם או רבים מתוכם, מה מהם יהלוך אם ישאו בעול לתקופה קצובה, במועד שכמעט מסור לבחירתם, ובשירות (צבאי או אזרחי) התפור לפי מידותיהם בגדרי הכשרות, הצניעות והמשפחה. כזכור, חוק טל יצר גם את אופציית השירות האזרחי, המוגנת מ"סיכונים" השירות הצבאי ושהיא חריגה כשלעצמה מן השויון באופן מובהק במיוחד, אך גם היא לא הועילה להטות את הכף.

כ"ז. כאן המקום להעיר, כי אמת המידה הכלכלית שבה נבחן הנושא גם על-ידי צה"ל בהקשרים מסוימים (ראו עד בוא השמש, עמוד 298) אינה יכולה להיות הרלבנטית והנכונה, כשבשירות צבאי על סכנותיו המובנות עסקינן. כשם שנדרש צה"ל להשקיע כספים מרובים על מנת לאפשר לאשה הרוצה להתגייס לעשות זאת באופן שיווני (ראו בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94; ד' פרידמן, "שירות נשים

במקצועות לחימה ושוויון בחלוקת הנטל: בעקבות בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון", המשפט ד' (תשנ"ט) 27, כך עליו להשקיע את כל המשאבים הנדרשים על מנת להבטיח את זכויותיהם של חייליו לחלוקה שווה של הנטל. לשון אחר, המדינה אינה בת חורין לגייס אותם אזרחים שנוח (או שזול) לגייסם בלבד ולהטיל עליהם את מלוא הנטל, גם אם הרחבת מעגל המגויסים מחייב השקעת משאבים כלכליים ואחרים. במישור הערכי קשה מאוד להלום גישה "כלכלית" שבעטיה תהיה הבחנה בין דם לדם.

כ"ח. מה נלמד מכל האמור? כי אותו "שינוי ראש", לא חלילה ביחס ללימוד תורה אלא בהערכה נכונה של הפסיפס האנושי הרלבנטי, לא חל אצל ההנהגה החרדית גם לאחר "חוק טל". באופן שהוא - במשקפי המשפט החוקתי-מנהלי - ייחודי במובנים מסוימים, חוקתיותו של חוק טל היתה מותנית, מעבר ליישום ראוי וקפדני מצד המדינה, גם בהיקף ההיענות מצד הציבור החרדי ובעמדת הנהגתו (אף שמעשית מדובר בפרטים יחידים שהתנהלותם לכאן או לכאן באה בגדר החוק). הנתונים המונחים לפנינו מראים, כי שני תנאים אלה לא נתקיימו. בהיעדר תמורה בחזית רחבה, להבדיל מתמורות נקודתיות מבורכות ככל שיהיו, קצב ההליכה לקראת שוויון נותר מדשדש, והשותפות בנטל, ולוא שותפות שאינה זהה ואינה מלאה, לא נוצרה. בפרפרזה על לשון ועדת טל שהובאה מעלה (פסקה ד') לא רק שלהסדר ראוי בעניין גיוס בחורי הישיבות לא באנו, אלא שאף לאותו "קדם-הסדר ראוי" מסתבר כי לא זכינו. הנתונים מציגים תזוזות קטנות עד מאוד.

כ"ט. נדגיש שוב, הציבור החרדי אינו משיב בתיק זה. הסוגיה העומדת להכרעתנו היא חוקתיותו של חוק טל במצב עובדתי נתון. יתכן, כי אילו היתה עושה האוכלוסייה החרדית שימוש רחב יותר בהסדרי החוק היתה בעיית אי-השוויון מתמתנת ובאה בגבולות הנסבל-החוקתי. במטפורה בה נקט הנשיא ברק בפרשת התנועה לאיכות השלטון, יתכן שהיענות נרחבת יותר מצד החברה החרדית היתה עוזרת לחוק טל להתאושש מקשיי הלידה החוקתיים, ואולי כבר היה מתקרב לגיל "מצוות" או "בגרות חוקתית"; ואולם, גם לאחר שניתנה לחוק טל תקופת בחינה והתאוששות, וגם אם האחריות לחלק מן הנתונים המאכזבים מונחת לפתחה של הרשות המבצעת - שאולי יכולה היתה להתאמץ יותר ביישום החוק ואכיפתו; וכן לפתחו של הציבור החרדי שלא אץ לעשות בו שימוש - בסופו של יום התוצאה אינה בגדר הנסבל-החוקתי. ובמלים פשוטות, המצב הנוכחי - אשר חוק טל הוא הבסיס הנורמטיבי לו - פוגע בשוויון באופן המחייב שינוי של המסגרת הנורמטיבית.

ל. האפשרות השניה, של מתן הזדמנות לרשות המבצעת מזה, ולחברה החרדית מזה, לפעול לשיפור הנתונים, נוסתה ברוב סבלנות - ואל מול סבלנותו של בית המשפט עומדת הפגיעה בזכויותיהם של אזרחים הנקראים לשירות סדיר ומילואים, ומסכנים את חייהם. חוק טל התקבל מלכתחילה כהודאת שעה לחמש שנים (סעיף 16 לחוק), זאת בעקבות הנחת הועדה כי הצעדים עליהם המליצה:

“דינם בחינה ועיון מחדש מעת לעת. הועדה ממליצה על צעדים שמטרתם יצירת מגמה. מגמה זו מן הדין כי תבחן בתוך מספר שנים: האמנם נוצרה כלל מגמה? האם התפתחותה היא בקצב הראוי... יתכן ובעוד חמש שנים, מתכונת השירות הצבאי בצה"ל תהיה שונה לחלוטין, ושאלת תלמידי הישיבות וגיוסם לא תהיה כה חריפה, קשה ושנויה במחלוקת...” (עמוד 98 לדו"ח הועדה).

בשנת 2006 החליט בית משפט זה (בפרשת התנועה לאיכות השלטון) ליתן לחוק תקופת ניסיון נוספת. בתום כמעט עשור מקבלת החוק, מלמדים הנתונים על מצב שאינו נסבל-חוקתית. התקוה כי החוק כנתינתו “יצור מגמה” נכזבה, ובנסיבות הפגיעה בשוויון מחייבת התערבות. חברתי השופטת ארבל מבקשת, מתוך הכרת הבעייתיות מכל כיוונה - קרי, הקושי החוקתי אל מול הצורך בשינוי חברתי בחברה החרדית, תהליך שהוא איטי - ליתן לחוק סיכוי נוסף. אך חוששני - בכל ההערכה לעמדתה - שהנעשה עד כה מצדיק היערכות שונה.

על ההנמקות לעניין אי השירות

ל"א. והנה שני הסברים עיקריים, לפי הבנתי ונסיוני, בפיהם של הדוגלים בהמשכו של המצב הקיים (ראו גם ספיר, עמודים 240-247; וכן טל, לבעיית גיוס בני הישיבות, עמוד 362). ראשית נטען, כי “תורה... מגנא ומצלא [מגינה ומצילה]” (בבלי סוטה כא ע"א); קרי, בן הישיבה הלומד מגן על הארץ כמותו כחייל. לכאורה, זכאי הסבור כך לחשוב כך (אם כי לא נכחד, כפי שכתב הרב זוין בשנת 1948 (עמוד 6), כי סגולה זו משמשת בעיקר להשתמטות משירות צבאי, אך אינה פרוגרמה מעשית בכל הנוגע להתנהגות הציבור החרדי בשעת סכנה; לביקורת נוספת על טיעון זה ראו ספיר, עמודים 244-245), ואולם, האם טענה זו חלה באמת על כל הציבור הנהנה מפטור מגיוס? ועוד, המדובר בנושא שבתחום האמונה הצרופה, וקשה להלום חיבורו להכרעות אופרטיביות, ומה יהא גורלה של המדינה אם רבים נוספים, אלפים ורבבות, יטענו כי לשיטתם שלהם לימודים אחרים “מגינים ומצילים”, ויבקשו גם הם להיפטר משירות צבאי? אכן, יכולים הדוגלים בגישה זאת לומר, כי הם צודקים ואילו האחרים טועים;

ואולם, אף אם נתעלם מהבעייתיות המעשית (וספק אם ניתן להתעלם ממנה), איזו חברה דמוקרטית וסובלנית כלפי כל מרכיביה ניתן לקיים על יסוד טיעונים אלה? ולא למותר להדגיש, לכל שיטה לא היא לעולם מצב שבו לא יהיו חלילה לומדי תורה השוקדים על תורתם.

ל"ב. הסבר אחר הוא קשיים מעשיים בצה"ל גופו: שירותן של נשים, שאלות של כשרות המזון, והחשש פן ישפיע השירות לרעה על התנהגותו הדתית של החייל החרדי. איני מקל ראש בכך, אך התשובה היא בנכונות בצה"ל, שכבר הוכחה במידה ניכרת, ושראוי עוד להגבירה, להסדרים של מסלולי שירות שאינם בעייתיים מבחינות אלה, ומאפשרים תנאי שירות ומזון כשרים למהדרין. הדבר אינו בשמים. מעניין להזכיר, כי הרב אברהם ישעיהו קרליץ ("החזון איש"), אשר היה פוסק ממעלה ראשונה בראשית ימי המדינה, מתואר בספרו רחב ההיקף של המלומד ד"ר בני בראון (החזון איש - הפוסק, המאמין ומנהיג המהפכה החרדית (תשע"א)), כמי שאמנם התנגד לגיוס הלומדים באמת (על המתחזים ללומדים כדי להשתמט מן השירות קבע, כי יש להם "דין רודף את כלל הישיבות בארץ"; עמוד 305), אך סבר כי את שיש לגייסם ראוי לשלב ביחידות מעורבות, ואף "לא היה... שותף מלא לחששות מפני התקלקלות בצבא, על כל פנים לא בכל המקרים, ואף ראה את השירות המשותף כאמצעי לקרב חילונים ליהדות" (עמוד 306). על פי מקורות שבדק מציין ד"ר בראון, כי החזון איש "ראה את הגיוס כהכרח לא יגונה, וכדרך נאותה לצעיר שאינו מתמסר ללימוד תורה" (שם), ולשיטתו צעדה החברה החרדית אל מעבר למה שהתווה החזון איש (עמוד 304).

סוף דבר

ל"ג. נוכח תמונה זו יש לבחון את חוקתיותו של חוק טל כיום. ולצערי הרב, כאמור, התשובה אינה יכולה להיות בחיוב. במונחי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק טל הולם את ערכיה של מדינת ישראל במובן של לימוד תורה; הוא נועד לתכלית ראויה של שילוב בני הישיבות בשירות הצבאי תוך מתן אופציות מסוגים שונים. אך תוצאתו בפועל - ולא בשל הוגיו, מציעיו או מנסחיו, אלא בשל נמעניו והרשויות - לא הולידה מידתיות אלא הנציחה כמעט את אי השוויון, שכן הקצב הנוכחי של הצטרפות למסלולים למיניהם עלול להימשך עד אין קץ, ומה הועילו חכמים בתקנתם. שאלת המידתיות היא תמיד שאלה מורכבת, ובפרט כשמדובר בפגיעה בזכויות שהן מטבען מורכבות. את המצב הנוכחי ניתן לנתח הן כפגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון (מבחינות מסוימות, פגיעה בזכות חיובית), והן כפגיעה בזכויות נקודתיות של הנדרשים לשרת במידה העולה על הנדרש עקב היקף הפטור (ובמובן זה,

פגיעה בזכויות שליליות; ראו א' ברק, מידתיות במשפט (תש"ע) 513-514). אף דומה כי הקושי העיקרי באיזון אינו נובע - כפי שהדבר מצוי בדרך כלל במשפט החוקתי - בקושי לאזן בין שתי זכויות בעלות ערך דומה; אלא נוכח קושי מעשי להניע תהליך חברתי, ושאלת האמצעים אשר מידתי להפעיל כדי להניע תהליך כאמור. ואולם, חרף המורכבות האנליטית, ובהתחשב בדברים שנאמרו בפרשת התנועה לאיכות השלטון, אין לדידי ספק כי המצב הנוכחי אינו יכול לעמוד. על כן איני רואה מנוס מהצטרפות לתוצאה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה.

ל"ד. הנשיאה הניחה לפתחה של הכנסת את ההכרעה בדבר פתרון, משלא ניתן יהא להאריך את החוק הנוכחי. היא לא נדרשה לפתרון עצמו. ארשה לעצמי להוסיף, כי בתוך עמנו אנו יושבים, ועל הפתרון להיות רדיקלי בהרבה הפעם, כדי שיעמוד במבחן פסקת ההגבלה. מובן כי אחת האפשרויות היא שיבה להגבלה מספרית כפי שנהגה מכבר, אם גם במספרים שונים; קרי, שלאחר גיל מסוים - נאמר 21 או 22, כתום שלוש או ארבע שנות ישיבה גבוהה - יתגייסו הכל למעט מספר שיוסכם על פי מדדים שייקבעו, ואשר יביאו בחשבון את צרכי עולם התורה והמשכיותו לצד צרכי המדינה; ואלה שייכללו ימשיכו בתורתם כאומנותם ככל שיחפצו בכך, ונר' לא יכבה. יתכנו גם כיוונים אחרים מסוגים שונים, ואולם ההסדר צריך להיות מותאם ומכוון למציאות כפי שהיא כיום, ולהתבסס - לצערי - פחות על ציפיות ותקוות לשינויים חברתיים עתידיים.

הערה בטרם סיום

ל"ה. איני יכול שלא להידרש בקצרה - הנושא ראוי ליותר מזה, אך כולנו עבדי הזמן ואילווציו - לדברי חברי השופט (הנשיא הנבחר) גרוניס. חברי מציע לא לנקוט התערבות חוקתית בתיק זה, שכן "עסקינן בהחלטה של הרוב במדינה (על פי הייצוג בכנסת) לקבל חוק הנותן זכות יתר - שלא להתגייס לצבא - למיעוט"; לשיטתו, החלטה זו אינה כרוכה "בפגיעה ביחידים ככאלה או בפגיעה בקבוצת מיעוט" ולפיכך "אין צידוק להפעיל בקורת שיפוטית" (פסקה 3). דעתי שונה. לטעמי, מדובר בנושא היורד לשורש בעולם הזכויות. תפקידו של בית משפט זה הוא ליתן בעניין דנן פתחון פה לזכויות האדם של יחידים הרוב - ואף איני יודע אם העותרים אכן רואים עצמם בעניין זה חלק מאותו רוב פרלמנטרי אשר העניק "על חשבונם" הטבות לקבוצת מיעוט אחרת שאין הם נמנים עליה, ואין הם יכולים להצטרף אליה כדי לזכות באותן הטבות שחילק אותו רוב. זכויות אלה אינן יכולות להירמס על-ידי הרוב הפרלמנטרי בלא שייבחנו בחינה חוקתית, והבחינה מגלה את שנאמר בחוות דעתם של השופטים התומכים בביטול החוק.

ל"ו. גם אם יש לדעתי לנהוג ריסון בהתערבות שיפוטית (ראו, לדוגמה, פסקה כ"ח לחוות דעתי בכג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם)), יתר על זה הנוהג במשפט המינהלי בכלל - שבו מניסיון רב שנים בתפקידים שונים ובמערכות ממשל שונות, סבורני כי לבית משפט זה נודע תפקיד חשוב ממדרגה ראשונה, ואילולא מילא אותו לא היה ממלא את שליחותו; בתחומי חיים שונים, ויקצר המצע מפירוטם, בעקבות הכרעות בית המשפט חלו שינויים חיוביים בהתנהגות המינהל הציבורי, וכן נחקקו חוקים ותיקוני חקיקה לא מעטים והם זרועים על פני תולדות המדינה. אך גם במשפט החוקתי, אין בית המשפט רשאי להתנצל ולהתפרק ממה שהטיל עליו המחוקק-המכונן, הוא ולא אחר, בחוקי היסוד הנוגעים לזכויות.

ל"ז. מעבר להנמקות המלומדות והמפורטות של הסמכות החוקתית (ראו"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221), דעת לנכון ואף להדיוט נקל, מקריאה בחוקי היסוד שלזכויות כפשוטם, משמדברים הם בזכויות יסוד ובהגבלת האפשרות לפגוע בהן - אפילו בחקיקה - באופן שאינו עומד במבחני המידתיות של פסקת ההגבלה, כי על בית המשפט הוטל לבחון אם נפגעות זכויות ואם הפגיעה ראויה ומידתית היא. חברי סבור, כי נושא זה שבפנינו אינו עניין להידרש אליו. חלוק אני, כאמור, על גישתו.

ל"ח. יש אולי הבדל בגישותינו באשר לתרומה האפשרית של בית המשפט בנושא זה, ואולם אין חולק כי ענייננו בחובה, שיש בה ערכיות מהסוג הרגיש ביותר, עד כדי סיכון החיים. אין לדעתי דרך שבעולם שבית משפט זה יתנער מעיסוק בה. אם יש מתחם שויון במובן הערכי - גם אם לא במובן המעשי, אחד לאחד, דבר בלתי אפשרי - אולי אין נושא שיוני נעלה מן השירות הצבאי. ועוד, לטעמי גם השינויים שבכל זאת אירעו בחברה החרדית בהקשר הגיוס, היו קשורים לפחות בחלקם בהתערבות השיפוטית, שאילולא היא ספק אם היו מתרחשים כל עיקר. בחברה שמרנית (החרדית) עסקינן, על כל המשתמע, על כן גם אם תרומתנו בהעמדת הגבול החוקתי לא תהפוך את סדרי החברה החרדית מהיום למחר, יש לקוות כי היא זורעת זרעים שגם ינבטו ויעשו פרי.

ועוד הערה אחת

ל"ט. חוק טל נקרא על שמו של השופט צבי א' טל שעמד בראש הועדה אשר עסקה בנושא. לא למותר לציין כי השופט טל עצמו הוא תלמיד חכם וירא שמים, מקפיד על

קלה כחמורה, ושירת כלוחם בצה"ל במלחמת הקוממיות ועוד, כפי שהוא מתאר בהרחבה בספרו האוטוביוגרפי המרגש (עד בוא השמש). בנו, תלמיד ישיבת הסדר, נפל במלחמת יום הכיפורים, ובן בנו שנולד לאחר נפילת האב הוא איש קבע בצה"ל; משפחה של תורה והגנת הארץ המעידה כי שילוב ראוי אפשרי, ואין להתיימש ממנו.

בנתון לאמור אצטרף להכרעת הנשיאה, ואציין כי דברי, כמו דבריה, נכתבו הרבה בטרם הדיון הציבורי העכשווי, שאליו איננו נדרשים.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה של הנשיאה, השופטת ד' ביניש. עם זאת, בשל חשיבות הנושא וההיבטים המשפטיים הכרוכים בו – מרשה אני לעצמי להוסיף דברים אחדים.

2. חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבה שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן: חוק דחיית שירות) – בביצועו במהלך תשע וחצי שנים לקיומו (עד למועד חתימת חוות דעת זו) – לא הגשים את התכליות שתלו בו מנסחיו. לכן דינו להתבטל והסדר אחר – חוקתי ומאוזן יותר – חייב לבוא תחתיו. אסביר קביעות אלו להלן.

הבדיקה החוקתית

3. נקודת המוצא לבדיקה החוקתית מצויה בקביעתו של הנשיא, השופט א' ברק ב-בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון), אליה הצטרפו השופטים שהסכימו לחוות דעתו שם, ולפיה:

"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". (שם, בעמ' 691).

לקביעה זו אני רואה להוסיף שלוש השלמות:

(א) כפי שהעיר חברי, השופט א' א' לוי, בעניין התנועה לאיכות השלטון (שם, בעמ' 783):

"לא רק פגיעה בכבוד יש כאן ... הדבר כרוך בפגיעה בזכויות-יסוד נוספות, ובהן הזכות להגנה על החיים, הזכות לחופש עיסוק, הזכות לפרטיות, החירות האישית, הקנין, וזכויות נוספות הנגזרות מהן – כולן זכויות המעוגנות בחקיקת-היסוד שלנו".

(ב) האוכלוסיה הנפגעת היא לא רק מי שמשרתים בצבא (בחובה ובמילואים), אלא גם המיועדים לשירות בטחון, כמשמעם בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חש"ב), שאף הם מופלים לרעה, למצער בשים לב לכך שאין הם זוכים לדחיית שירות אוטומטית לצרכי לימודים, בהשוואה לחברייהם החרדים, שנהנים מפריבילגיה זו עד הגיעם לגיל 22. יתר על כן כאשר זוכים המיועדים לשירות בטחון שאינם חרדים בדחיה לצרכי לימודים (לרוב במסגרות של עתודה אקדמית) הם נדרשים לחזור לשירות חובה מלא לאחר הלימודים ואף מתבקשים, לעתים קרובות, להתחייב לשירות קבע.

(ג) ברבות השנים אכן "הכמות הפכה לאיכות" (במשמעות האמור בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988)) במכלול זה. נוכח המחסור בכוח אדם בצה"ל יש לדבר נפקות אפילו באשר לאורך השירות של המשרתים, שכן זה מושפע מהירידה בהיקף סדרי הכוחות (עיינו: דברי ההסבר להצעת חוק שירות בטחון (הוראת שעה) תיקון מס' 14) התשע"ב-2011, שבעקבותיה הוארכה בחוק הוראת שעה, שנתקבל בכנסת בתאריך 16.1.12, תקופת השירות הסדיר הקבועה ב-חש"ב – בששה חודשים, שאלמלא כן חיילי החובה היו משרתים ככלל 30 חודש). בהקשר זה לא למותר לציין שמבין המדינות בעולם בהן קיים עדיין שירות חובה – השירות הסדיר המקובל מתמשך בין 18 ל-24 חודשים ורק בצפון קוריאה אורך התקופה הוא מעבר לזה הנהוג אצלנו. ראו: Panu Poutvaara and Andreas Wagner, THE POLITICAL ECONOMY OF CONSCRIPTION in THE HANDBOOK ON THE POLITICAL ECONOMY OF WAR (Christopher J. Coyne & Rachel L. Mathers eds., 2011) (להלן: פוטברא ווגנר). עיינו גם: גיא ישראל זיידמן הזכות לשרת בצה"ל, פרק ו' שם: הסדרים צבאיים במדינות אחרות, עמ' 121-143 (1996) (להלן: פרופ' זיידמן); Bjørn Møller, *Conscription and its Alternatives*, 277 ; Rafael Ajangiz, *The European Farewell to Conscription*, 307 in: THE COMPARATIVE STUDY OF CONSCRIPTION IN THE ARMED FORCES (Lars Mjøset and Stephen Van Holde ed.,) 20 Comparative Social Research (2002).

4. הנה כי כן ההסדר הנורמטיבי הגלום בחוק דחיית שירות יש בו פגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות. יחד עם זאת בכך לא מסתיימת הבדיקה החוקתית, אלא רק השלב הראשון שלה. בשלב השני עלינו לברר האם ההסדר האמור תואם את דרישות "פיסקת ההגבלה", הכלולה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

טרם שנמשיך – אף פה מתחייבות שתי הערות:

(א) נראה שניתן להגיע לתובנה דומה לזו שהוצגה לעיל גם על דרך של החלת "פיסקת הגבלה שיפוטית" על סעיף 4 לחוק יסוד: הצבא, הקובע כדלקמן:

"החובה לשרת בצבא והגיוס לצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו".

לפרשנות סעיף זה ולהקשר שלו לעניננו ראו: מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור חוק יסוד: הצבא 67-73 (במסגרת הסדרה: פירוש לחוקי היסוד בעריכת יצחק זמיר – 2000). ל"פיסקת ההגבלה השיפוטית" – עיינו: ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16, פ"ד נז(3) 793, 811 (2003); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 314 מפי הנשיא א' ברק (2006); ד"ר אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוקי יסוד" הפרקליט מח 293 (תשס"ו).

(ב) ייתכן ובהקשרים מסוימים (הפנים-צבאיים בעיקר) רלבנטית למכלול גם פיסקת ההגבלה המיוחדת לכוחות הביטחון, הכלולה בסעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המורה כדלקמן:

"אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות."

לנפקותה של הוראה זו ולפרשנותה – עיינו: בג"ץ 5000/95 ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מט(5) 64, 73, 75 (1995); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); חוות דעתי ב-בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום הגמלאות

(לא פורסם, 12.1.2011) ומאמרי: "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" (עתיד להתפרסם בכתב העת: משפט ועסקים של המרכז הבינתחומי בהרצליה בכרך לכבודו של פרופ' אמנון רובינשטיין) (להלן: מאמרי על צה"ל).

בעקבות האמור לעיל בשלים אנו איפוא לעבור עתה לניתוח "פיסקת ההגבלה", הקוראת כך:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא [1] בחוק [2] ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, [3] שנועד לתכלית ראויה, [4] ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או [1] לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". (הספרור שבנוסח המצוטט הוא תוספת שלי – ח"מ).

במסגרת זו נצטמצם בבדיקת החלטה של פיסקת ההגבלה האמורה על חוק דחיית שירות.

5. כפי שנפסק בדעת הרוב בעניין התנועה לאיכות השלטון – הפגיעות בזכויות אדם מוגנות, הכלולות בחוק דחיית שירות – צולחות בהצלחה את התנאים (1)–(3) הנ"ל שבפיסקת ההגבלה, הכל כמפורט להלן:

(א) הן מעוגנות בחוק, כנדרש. לעניין זה אוסיף כי אין נפקא מינה אם מדובר בחוק רגיל, או בחוק שהוא בבחינת "הוראת שעה", או Sunset Law (חוק שיש לו תפוגה אינהרנטית, כמו החוק שלפנינו). יתר על כך בהקשר זה כמעט ואין חשיבות למחלוקות שהתעוררו ב-בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 20.8.2008) באשר למשמעות הביטוי: "או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" שבפיסקת ההגבלה, שהרי גם הארכת תוקפו של חוק דחיית שירות לחמש שנים (עד לתאריך 1.8.2012), שנעשתה על פי החלטת הכנסת (ראו: י"פ תשס"ז 5702 מתאריך 9.8.2007, עמ' 3910) היתה בהתאם להסמכה מפורשת בחוק דחיית שירות עצמו, שקובע בסעיף 16(ב) שבו כדלקמן:

"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 משישה חודשים לפני תום תוקפו".

זה המקום להעיר עם זאת כי קונסטיטוציונית עדיף שחוק מעין זה שבפנינו – אם יוארך ולא כל שכן אם ישונה (ככל שהדבר ידרש) – יתקבל בהליך חקיקה רגיל (בשלוש קריאות) – ולא בהחלטה של הכנסת בלבד (השוו: סעיף 39 (1) לחוק יסוד: הממשלה).

(ב) החוק הולם, בנסיבות, את ערכיה של מדינת ישראל, כמשמעותם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונותן בתוך כך גם ביטוי להיותנו מדינה יהודית ודמוקרטית, ולא ארחיב.

(ג) לחוק דחיית שירות, שהוא פרי פשרה חברתית, ארבע תכליות משולבות:

(1) הוא מעגן הסדר של דחיית שירות לתלמידי ישיבות, אשר תורתם אומנותם והם מבקשים להגות בתלמודם יומם ולילה.

(2) הוא מבקש להשיג הגברה של השוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית (היהודית), במובן זה שיותר גברים בני הקהילה החרדית ישרתו בסופו של יום בשירות צבאי (רגיל או מיוחד), או לכל הפחות ישרתו שירות אזרחי.

(3) הוא חותר להביא להשתתפות הציבור החרדי בשוק העבודה בישראל, מה שאמור לשפר את מצבן הסוציאלי של המשפחות החרדיות מחד גיסא ולתרום להגדלת התוצר הלאומי מאידך גיסא.

(4) הוא שואף להגיע לפתרון של הקשיים שליוו לאורך זמן (מאז קום המדינה ואף לפני כן – ראו: פרופ' זיידמן 188-194) את הסדר דחיית השירות של בני הישיבות, וזאת בדרך הדרגתית ובזהירות ועל יסוד הסכמה רחבה וללא כפייה של הגיוס (שנראה היה שאין היא אפקטיבית).

ארבע התכליות הנ"ל, הכרוכות זו בזו – הוכרו כראויות עוד בעניין התנועה לאיכות השלטון. עם זאת מסתבר כי החוק איננו חולף על פני המשוכה הרביעית שבפיסקת ההגבלה, שכן דרך ביצועו הוכיחה שאין הוא מידתי, שהרי המימוש לא השיג את המטרה. דברים אלה יובהרו מיד בסמוך.

כשלי המידתיות שבחוק דחיית שירות

6. למידתיות, כידוע, שלושה מבחני משנה:

(א) מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי שנבחר, הפוגע בזכות החוקתית, לבין התכלית.

(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הבוחן האם לצורך הגשמת תכליות החוק נמצא הפתרון, שהיקף הפגיעות בזכות החוקתית הכלול בו הוא המצומצם ביותר מבין האמצעים האפשריים.

(ד) מבחן האמצעי המידתי במובן הצר ("מבחן היחסיות" – כהצעתו של פרופ' א' בנדור במאמרו: "מגמות במשפט ציבורי בישראל – בין משפט לשפיטה" (עתיד להתפרסם במשפט וממשל בשנת 2012). ראו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.2.2010) מפי חברי המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין, בפסקה 26. מבחן זה דורש כי לשם הצדקת הפגיעה בזכות החוקתית יהיה יחס ראוי וחיובי בין תוספת התועלת הצומחת מהגשמת התכלית החקיקתית לבין תוספת הנזק העלולה להיגרם בשל כך לזכות החוקתית.

ראו: אהרון ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה, עמ' 295-455 (2010).

7. חוק דחיית שירות, במהלך שנות הפעלתו, הוכיח כי אין הוא צולח אפילו את מבחן המשנה הראשון הנ"ל (מבחן הקשר הרציונאלי), שכן האמצעים שננקטו לביצועו – לא הצליחו להביא למימוש ארבע תכליות שעמדו בבסיסו, הכל כמבואר בפרוטרוט בפסק דינה של הנשיאה. אף דו"ח "צוות פלסנר", שמונה ע"י ועדת החוץ והבטחון של הכנסת על מנת לעקוב אחר ביצוע חוק דחיית שירות, הגיע למסקנה כי יישום החוק נכשל. ואכן כל החלופות המקלות, שהועמדו לרשות בני הישיבות, נוצלו מעט מדי ולאט מדי. יחד עם זאת גם פה רואה אני מחובתי להעיר מספר הערות:

(א) אף שבסיס הנתונים הרלבנטי לצורך הקביעה האמורה – קיים, הרי שאין בנמצא קריטריונים אחידים להשוואה ולבירור עמידתו של חוק דחיית שירות ב"מבחן התוצאה". מכאן נובע עיקר הפער שבהצגת הדברים בין העותרים לבין המשיבים ובכך נעוץ גם, לדעתי, השוני שבניתוח המספרים שנעשה בחוות הדעת של הנשיאה אל מול זה שהוצג בחוות הדעת של חברתי, השופטת ע' ארבל. ברור עם זאת שסך כל דחויי השירות והמפוטרים החרדים משירות בצה"ל – הולך ועולה משנה לשנה, אף שניכרת גם התרחבות במספר המתגייסים מקרב אוכלוסיה זו לנח"ל החרדי ולמסגרות שח"ר למיניהן. בצד זה ניתן להבחין בגידול מתמיד במספר החרדים הבוחרים בשירות האזרחי (לתופעה זו הסברים אחדים ותורמות לה, בין השאר, גם ההטבות הנלוות שניתנות למי שנכלל במסגרת זו, לרבות אלו שעוגנו בחוק שירות אזרחי (תיקוני חקיקה), התשס"ט-2008).

(ב) הכשל איננו נובע רק מגישתם של בני הישיבות ופרנסיהם. אף הממשלה – בשל אילוצים תקציביים, "גררה רגליים" במימוש חוק דחיית שירות (כך בכל מה שקשור בהקמה ובקיום של גופי הפיקוח על השירות האזרחי וכך גם בהקצאת התקציבים הנדרשים לפעולות המתחייבות לשם הרחבת המסגרות הצבאיות הרלבנטיות (גופי שח"ר למיניהם)). ראו: החלטת ממשלה 2000 מתאריך 6.7.10 בדבר מינויו של צוות בין-משרדי למעקב ולגיבוש המלצות בעניין שינוי בנהלי הגיוס החלים על המגזר החרדי – ממנה אנו למדים כי הממשלה רואה בחיול חרדים נטל תקציבי, וחבל.

גם צה"ל לא סיגל עצמו עד כה בצורה מספקת, למרות הצהרות שניתנו בהקשר זה ומאמצים מסוימים שנעשו (ראו: הודעה מעדכנת מטעם המשיבים 2-4 מתאריך 24.1.2011) – לתנאים המתחייבים משירות של חרדים בקרבו ולצורך לשמור על חופש הדת שלהם, ולא אוסיף. עיינו עוד: גדעון ספיר "גיוס בחורי ישיבות לצה"ל: הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלבנטיים" פלילים ט 217 (דצמבר 2000).

(ג) נהלי הגיוס החדשים (שהונהגו עת העתירות היו תלויות ועומדות והתבססו על החלטת ממשלה מתאריך 9.1.11) פתחו לפתע מסלול נוסף לשירות צבאי סדיר מקוצר בן שלושה חודשים בלבד – לדחויי שירות חרדים בגילאים 26-27 (דחויי שירות מבוגרים יותר מופנים ממילא אוטומטית למאגר מילואים ללא הכשרה ובסופו של דבר הם זוכים לפטור). בהחלטה זו שלושה ליקויים בולטים:

(1) היא הוסיפה – בניגוד לחלופות שאמורות להיות ממצות, הקבועות בחוק דחיית שירות – אלטרנטיבה נוספת, העומדת לכאורה בסתירה לחוק מושא העתירות ולאורך השירות הקבוע ב-חש"ב.

(2) היא נטלה בפועל שלא כדין את סמכויותיו של שר הביטחון בהקשרים אלה – המסורות לו מכח חש"ב, זאת בניגוד להוראות חוק יסוד: הממשלה.

(3) היא התיימרה לקבוע "עובדות בשטח" טרם פסיקה במכלול העומד בפנינו.

מנגד – חלופה זו מצביעה על כך שיש גם אמצעים נוספים על אלה שנמנו בחוק דחיית שירות, להשגת תכליותיו, וראוי היה שאלה יבחנו עוד במסגרת הליך החקיקה עצמו, או טרם הארכת תוקפו של חוק דחיית שירות, שהרי הדבר בא בגדר המבחן השני למידתיות, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. משלא נעשה כן – זהו ענין לביקורת שיפוטית, והדבר מחזיר אותנו לפיכך למבחני המידתיות.

8. נוכח האמור בפסקה 7 שלעיל, שבגדרה הוסק כי חוק דחיית שירות איננו צולח אפילו את מבחן המשנה הראשון למבחני המידתיות – לכאורה הנני פטור מלדון בשאר מבחני המשנה של המידתיות. ואולם לא זה הדין ביחס למי מחברי שסבור כי החוק, מושא העתירות, עומד במבחן המשנה הראשון הנ"ל. הגורס כך חייב עדיין להראות שהחוק חולף בהצלחה גם את מבחני המשנה הבאים בתור: השני והשלישי, מה שלא נעשה פה.

מבלי לגרוע מהשגתי זו מוצא אני להוסיף כאן, למעלה מן הצורך ובקצרה – מתוך יחס של כבוד לדעות המנוגדות לשלי – כי חוק דחיית שירות לא נקט, לשיטתי, בפתרון שפגיעתו בזכויות החוקתיות הוא הפחות ביותר מבין האמצעים האפשריים (והאמור בפסקה 7(ג) שלעיל – הוא בבחינת דוגמה המוכיחה את הטענה). ממילא אין החוק עומד גם במבחן המשנה השלישי של המידתיות, הוא מבחן היחסיות. הנה כי כן לא הוכח לנו כי התועלת החברתית בהסדרי חוק דחיית שירות, כפי שמומשו – עולים על הפגיעה בזכויותיהם של רוב המתגייסים בפועל, או בכוח.

מסקנות אלו מביאות אותנו לשלב השלישי בבדיקה החוקתית, המתמקד בסעדים החוקתיים. עניין זה אפתח מיד בסמוך.

9. הדיון עד כאן מוביל לתוצאה החוקתית שדין חוק דחיית שירות – במתכונתו הקיימת – להתבטל. מה שנגזר מכך הוא שאין מקום להאריך את תקפו של החוק האמור מעבר למועד תפוגתו – בתאריך 1.8.12. מאידך גיסא לא ראוי גם להורות כאן על ביטול מיידי, וזאת על מנת שאת התקופה הנותרת יוכלו לנצל כל הנוגעים בדבר לשם התארגנות למצב החדש. עתה אציג את ההנמקה המשפטית לכך.

10. כפי שהבהרתי בחוות דעתי ב-בג"ץ 466/07 חה"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 11.1.12) (להלן: עניין איחוד המשפחות) – המשפט המשווה מלמד אותנו כי שימוש בחקיקה זמנית הוא ראוי בארבעה מצבים חלופיים (ראו: Jacob : (Garsen, *Temporary Legislation*, 74 U. CHI. L. REV. 247, 273-279 (2007) :

(א) אילוצים של דחק, או שעת חירום.

(ב) ניסוי מבוקר של שיטה חדשה, או מדיניות חדשה, או כאמצעי לקבלת מידע. (הערה: מצבים (א) ו(ב) הנ"ל נדונו ואושרו ב-בג"ץ 4908/10 חה"כ רוני בראון נ' כנסת ישראל (לא פורסם, 7.4.2011)).

(ג) תגובה לתקלות במצבים נורמטיביים קיימים.

(ד) ניסיון להתגבר על הטיות קוגניטיביות (ראו: Christine Jolls, Cass R. Sunstein, Richard Thaler, *Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. (1997-1998) 1471), או למצבים של מידע א-סימטרי (ראו: George K. Yin, *Temporary Effect Legislation, Political Accountability, and Fiscal Restraint*, 84 N.Y.U. L. REV. (2009) 174).

בשונה ממה שעמד בפנינו בעניין איחוד המשפחות – לכאורה אף אחת מארבע החלופות הנ"ל איננה מתקיימת עוד פה, זאת לאחר שלחוק דחיית שירות ניתנו עד כה כתשע שנים ומחצה של ניסוי וטעייה. יתר על כן בנסיבות אלו הארכת תוקפו של חוק דחיית השירות במתכונתו הקיימת ולו לתקופה קצרה נוספת איננו אפשרי, שהרי על פני הדברים אף תקופת ההארכה שמעבר למועד התפוגה צריכה לעמוד במבחנים חוקתיים (עיינו: יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל 39 (תשס"ו); חוות דעתי בעניין איחוד המשפחות, שם בפיסקה 43).

11. הנה כי כן אם מבקשים לשמר את התכליות שעמדו בבסיסו של חוק דחיית שירות, תכליות שהוכרו בפסיקתנו כלגיטימיות וכראויות – יש להמיר את החוק בהתאם לאחר – חוקתי ומאוזן יותר. אין אני מתיימר, כמובן, להציע במסגרת זו פתרון לבעיה, או להצביע על כיוון כלשהו בתחום המצוי במובהק במרחב התמרון החקיקתי (ובלבד שהאמצעים שייבחרו יהיו חוקתיים). עם זאת מוצא אני לנכון לציין, לנוחות הכלל, מספר קווי מחשבה ורעיונות רלבנטיים שמצאתי במשפט המשווה (תוך הקבלתם להקשרים מקומיים) וכן להדגיש נושאים אחדים המחייבים תשובה נוכח ביטולו של חוק דחיית שירות במתכונתו הקיימת. לכך אקדיש את הפרק הבא.

לקחים מהמשפט המשווה וסוגיות המחייבות הסדר

12. המשפט המשווה, אותו בדקנו במספר מדינות בהן קיים (או היה נהוג) שירות חובה (אוסטריה, ברזיל, גרמניה, דנמרק, יוון, נורבגיה, סינגפור, פינלנד, קוראה-הדרומית, קוראה-הצפונית, קפריסין, שווייץ ותורכיה) מלמד מספר דברים מאלפים:

(א) בשווייץ – היהודים נקראים לשרת שירות חובה ואולם ליהודים דתיים (וגם לחרדיים שבהם) נותנים הנאים הולמים, המבטיחים בין השאר: שמירת כשרות, שבת וחגי ישראל (עיינו פקודות מטכ"ל השויצריות מס' 51.024 ו-51.003). הם אף מקבלים החזרי הוצאות בעבור תשלומים ששילמו לשם השגת ארוחות בכשרות מיוחדת (שלא מסופקות ע"י הצבא). עיינו: חוזר מטעם איחוד הקהילות היהודיות בשווייץ: http://www.swissjews.ch/pdf/de/religioeses/merkblatt_militaer_2010.pdf.

(ב) בגרמניה, שעד לשנה האחרונה היה נהוג בה שירות חובה סדיר, או שירות אזרחי חלופי – היהודים (וכן הצוענים) קיבלו פטור מגיוס נוכח הצורך לשקם את עמם ומשפחותיהם, שנספו ונפגעו בשואה (ראו: הוראת נוהל של משרד הביטחון הגרמני מתאריך 22.3.89: WE2-A2 04-05-24, שמתבססת על סעיפים 12 IV s.1 וכן - VI s.2 של 12 Wehrpflichtgesetz (חוק שירות החובה הגרמני); באשר לפטור המקביל בשירות האזרחי החלופי – עיינו: הוראת נוהל מס' 76 של משרד השירות האזרחי הפדרלי הגרמני מתאריך 3.3.06).

הנמקה דומה הביאה אצלנו בשעתו להיווצרות הסדר דחיית שירות בני הישיבות, שתוחם בזמנו למספר מאות של תלמידי ישיבות בלבד. מי שנתן הסכמתו לדבר היה ראש הממשלה ושר הבטחון דאז, דוד בן גוריון, שתיאר בדיון בכנסת את הרקע לעניין כך (דברי הכנסת 25 תשי"ט):

"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 מעטים, יש לשחררם משירות צבאי. דבריהם נתקבלו על דעתי. נדמה היה לי כי הם צודקים ונתתי הוראה לשחרר בחורי ישיבה".

למען ההגינות והשלמות נציין שבהמשך דבריו באותו מעמד התבטא דוד בן גוריון כדלקמן:

"בינתיים נשתנו 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: יתכן שאילו היו עם בני עוד בחורים אחדים, לא היה נופל. האם לגבי הגנת העם יש גוי של שבת? האין זו חובת כל אחד? כאדם המבין ומכבד מאוד את רחשי ליבם של חברי אגודת ישראל אני מציע שתעינו בדבר הזה. אין אנו רוצים בחורבן הבית השלישי".

הצעתו זו של דוד בן גוריון לא התקבלה, כידוע, ולאחר המהפך השלטוני ב-1977 ובהתאם להסכמים הקואליציוניים שנכרתו לצורך כינון ממשלתו של מנחם בגין – ביטל שר הביטחון דאז עזר וייצמן, לאחר שהממשלה הוקמה, את המכסה השנתית שקצבה את מספר החרדים הנהנים מהדחיה/הפטור.

כך הגענו עד הלום – עיינו: פרופ' זיידמן, עמ' 190.

(ג) ניתן להכיר, לעתים, בפטור משירות צבאי מטעמי דת ואולם עקרון השוויון מחייב שמי שנהנה מפטור שכזה יחוייב בשירות אלטרנטיבי (אזרחי) הולם, ועל המדינה להעמיד אפשרות כזאת לרשותו. עיינו: *Bayatyan v. Armenia*, [2011] ECHR 23459/03.

(ד) במדינות בהן ניתן לתחלף את שירות החובה הצבאי בשירות אלטרנטיבי אזרחי – אורכו של השירות החילופי האמור עולה בדרך כלל על משכו של שירות החובה הצבאי (השוו אצלנו לסעיף 9 (3) לחוק דחיית שירות). יתר על כן למי שמשרת במסגרת הצבאית מעניקים ככלל תנאים כלכליים עוֹדֵפִים בעת השירות (והטבות ייחודיות לאחר השחרור), בהשוואה לזכויות המקבילות המוענקות למי שבחרו בשירות האזרחי. עיינו: פוטברה ווגנר, בעמ' 3.

גם אצלנו נפסק שהעדפה שכזו – מותרת. עיינו: בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (לא פורסם, 13.12.06); דנג"ץ 1241/07 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (לא פורסם, 14.10.07); פסק דיני ב-בג"ץ 11088/05 הייב נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 19.8.10).

בהקשר זה יש לציין עוד כי המגמה הרווחת כיום בעולם (במיוחד באירופה) היא לעבור משירות חובה – לשירות וולנטרי, ולשפר משמעותית – הן למשרתי החובה, הן למשרתים בהתנדבות את שכרם והנלוות. עיינו: EUROPE WITHOUT SOLDIERS? RECRUITMENT AND RETENTION ACROSS THE ARMED FORCES OF EUROPE (Tibor Szvircsev Tresch and Christian Leuprecht, eds., 2010).

(ה) במדינות שבהן חל שירות חובה צבאי – הפטורים הם מצומצמים ויש תבחינים (מתוחמים ומוגבלים, מספרית או איכותית) ומנגנוני פיקוח הדוקים לסינון הזכאים לפטור ולפיקוח עליהם. עיינו:

Central Intelligence Agency (CIA), *The World Factbook*, available at: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2024.html>; War Resisters International (WRI), "Refusing to Bear Arms: A World Survey of Conscription and Conscientious Objection to Military Service" (2005), available at <http://www.wri-irg.org/system/files/Rrtk-update-2008-Austria.pdf>

גם אצלנו נוהגת גישה דומה לגבי פטורים והקלות אחרים מאלה הנדונים פה והם מוסדרים לרוב בפקודות הצבא ומוגבלים, לעתים, במכסות מספריות, או בתנאי סף איכותיים.

13. בצד המידע המובא בפיסקה 12 שלעיל, שניתן לעשות בו שימוש לצרכי חקיקה עתידית – ראוי לשים אל לב כי בכל חקיקה שכזו, ככל שתיעשה, יהיה צורך (לאחר בדיקות מתחייבות מתאימות):

(א) להבטיח את קיומן של ישיבות ההסדר, שפעילותן מעוגנת כיום בסעיף 9 לחוק דחיית שרות (וקודם לכן – באין חוק – היה להן ביטוי ובסיס בפקודות הצבא).

(ב) לאפשר את המשך טיפוחם של העילויים שבקרב תלמידי הישיבות – המשמרים, בבחינת אודים מוצלים, את לפיד האש ואת הגניוס היהודי, אשר הגנו על עם ישראל אלפים בשנים מפני מי שקמו עליו לכלותו.

(ג) לדאוג לקיום תשתית נורמטיבית ותקציבית הולמת לשירות האזרחי (שניתן גם להרחיבו אף ביחס למפוטרים אחרים משירות צבאי) ולגורמים המפקחים עליו.

(ד) לקבוע מדדים מוסכמים, שיאפשרו לבדוק את "מבחן התוצאה".

14. לקראת נעילה – זה המקום להבהיר כי אין בביטול חוק דחיית שירות כדי להביא לביטול מסגרות ישיבות ההסדר, הנח"ל החרדי, או יחידות שח"ר למיניהן, שכן את קיומן של כל המסגרות הללו ניתן לנטוע במסגרת חש"ב הקיים ופקודות הצבא. כך פעלו רשויות הצבא אף בעבר טרם חקיקת חוק דחיית שירות.

15. זאת ועוד – אחרת. כיום (ולמעשה מאז תיקון מס' 7 לחש"ב) ניתן למצוא גם במסגרת התשתית הנורמטיבית הקיימת – פתרונות לחלק מהבעיות שניסו לתת להם תשובות במסגרת חוק דחיית שירות, ולו לגבי החרדים המבקשים לשרת. את אלה ניתן לשלב בגדר מה שמכונה "שירות מוכר", המוסדר בסעיף 26א לחש"ב. על פי סעיף זה שר הבטחון רשאי לקבוע בצו – באישור הממשלה וועדת החוץ והביטחון של הכנסת, כי יוצאי צבא שנמצאים כשרים לשירות ועברו אימון צבאי ראשוני – ישרתו (אם נתנו הסכמתם לכך) בשירות סדיר, או חלק ממנו, במסגרת של שירות מוכר.

שירות מוכר לעניין זה הוא בין השאר:

"(2) שירות ביחידות צבאיות במסגרת משרד ממשלתי או במסגרת הארגונית של גוף ציבורי ובפיקוח משרד ממשלתי, שתכליתו להשיג יעד בטחוני-לאומי באחד

התחומים הבאים: עליה וקליטה, חינוך, בריאות, הגנת העורף או פעולות התנדבות למען חיילי צה"ל, והכל אם שוכנע שר הביטחון, בשים לב לנסיבות הענין באותה העת, ובהתייעצות, לפי הענין, עם השר לקליטת העליה, שר החינוך, התרבות והספורט או שר הבריאות וכן עם שר המשפטים כי אם לא תיעשה הפעילות בידי יוצא צבא בשירות סדיר לא יושג היעד כנדרש."

להבנתו של מוסד "השירות המוכר" והרקע לחקיקת ההסדר הכרוך בו – עיינו: אליקים רובינשטיין, "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", נתיבי משפט וממשל 225, 242-248 (2003); מאמרי על צה"ל.

ביחידות מיוחדות אלו, שמחוץ לסדר-הכוחות הרגיל של הצבא, ניתן לכבד גם בצורה מיטבית את אורח חייהם של החרדים.

התובנות האחרונות מביאות אותנו אל הסיום.

סוף דבר

16. נוכחנו לדעת שחוק דחיית שירות – במתכונתו הנוכחית – איננו יכול לסכון עוד. עם זאת הפתרון איננו בהתלהמות, אלא במציאת הסדרים אמיתיים, מידתיים ומדורגים, שהם אפשריים במסגרת התכליות שעמדו בבסיס חוק דחיית שירות. ניתן להגיע לכך ולהשיג תוצאות ממשיות ובלבד שכל המעורבים בנושא ילמדו לוותר על מקצת דרישותיהם למען "דרך האמצע" וכירו בשלושה עקרונות:

- (א) השירות בצה"ל, או בשירות אזרחי חלופי – איננו רק חובה, אלא גם זכות.
- (ב) יש לכבד את חופש הדת של החרדים מחוץ לצבא ובתוך הצבא (במסגרות השונות שמיועדות לחרדים שבוחרים לשרת). מאידך גיסא גם על החרדים להכיר בתרומתם האדירה של המשרתים לביטחון המדינה ולשלום הכל.
- (ג) עדיף הסדר מתוך הסכמה (שמעוגן בחוק) על פני הסדר שבכפייה. לצורך זה החלופה המועדפת היא לא זו הדורשת להשיג הכל, אלא זו המביאה לשילובם – במסגרות שונות – של אותם רבים מבין החרדים, שממילא אינם מצליחים לשקוד על תלמודם בישיבות מבוקר עד ערב.

17. אם יושג הסדר חקיקתי ברוח האמור בפסקאות 12-16 שלעיל, תוך הפקת לקחים ממה שקרה עד כאן ולימוד מהמשפט המשווה – ייתכן ולא יהיה עוד צורך במעורבות של בית המשפט בנושא. ואולם בעבר – הביקורת השיפוטית במכלול זה היתה חיונית, הוא הדין אף בעתירות שלפנינו ואפשר שנידרש לכך גם בעתיד. זאת ועוד – נראה לי שהביקורת השיפוטית היתה אחד הגורמים שהביאו להתקדמות המסוימת (הלא מספקת עדיין) שחלה בנושאים מושאי העתירה, כמובהר בחוות דעתה של הנשיאה. בכך תורם בית המשפט – באמצעות המשפט – לשינויים חברתיים נדרשים, בצד העמדת הלכה על מכונה, וההישגים שהושגו כתוצאה מכך, בתחומים מגוונים, רשומים בתולדותיו של בית משפט זה ובדפי ההיסטוריה הישראלית. תפיסה דומה מקובלת מזה שנים גם במרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם ובארצות-הברית, למשל, אם נרחיק עדותנו, רוב המאבקים החשובים – הפוליטיים, החברתיים והכלכליים – התנתכו, בין היתר, למסגרות משפטיות, וההכרעות בהן עיצבו, כידוע, את דמותה של אמריקה, כפי שהיא נראית היום. עיינו: ארנון גוטפלד "פסיקת 'בראון נגד מועצת החינוך של טופיקה' ומקומה בהיסטוריה האמריקנית" משפט והיסטוריה 231 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999); Stephen Breyer, MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW, PART I, pp. 1-74 (2010).

מיותר איפוא להרחיב עוד בסוגיה זו בשלב זה, מה שמביא אותי לפסקה האחרונה.

18. חברי, השופט א' רובינשטיין פתח את חוות דעתו במעשה שסופר על הרב שלמה זלמן אויערבך זצ"ל. חברי, השופט נ' הנדל חתם את חוות דעתו בדברים שאמר הרב יצחק גוסטמן זצ"ל. מסתבר שיש פתח לתקווה, שהרי קיימים עדיין גורמים רכי-משקל בעולם החרדי האוחזים בגישה דומה אף בימינו. הנה קראנו לאחרונה שאחד מראשי ישיבת פוניבז' (העומדת בשורה הראשונה של הישיבות החרדיות), הרב הגאון ירחמיאל גרשון אדלשטיין יבדל"א, השיב לתוקפיו (שביקרו אותו על "חיבת יתר" לציונות ולחיילי צה"ל) כך: "גם חילונים שאינם שומרי תורה ומצוות, אם הם מוסרים את נפשם על הצלת אחרים מתוך אהבת הבריות, יש להם עולם הבא כמו הרוגי לוד שמסרו את נפשם לטובת בני העיר". בהמשך דבריו סיפר הרב את סיפורם של הרוגי לוד: "בלוד היתה בת מלך שנהרגה, וחשדו שהיהודים הם הרוצחים, והיתה גזירה שאם לא ימצאו את הרוצח – יהרגו את כל היהודים. באו שני אחים ואמרו שהם הרוצחים, למרות שהם לא היו הרוצחים, כדי להציל את כל בני העיר, ואמרו חז"ל שאין אדם יכול לעמוד במחיצתם של הרוגי לוד". פורסם בכיכר השבת ב-ח' בשבט התשע"ב.

לעיון בגמרא במעשה הרוגי לוד – ראו: פסחים נ' ע"א; תענית י"ח ע"ב; בבא בתרא י' ע"ב, ורש"י במקומות הנ"ל.

אם רוח פייסנית מעין זו של אהבת ישראל תשרה על כולם ותודעת השירות תתקבל – נראה שניתן יהיה להשיג הבנה, וצה"ל יוכל להמשיך להיות צבא העם.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש ולכל נימוקיה ואבקש להוסיף מספר הערות.

1. חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, תשס"ב-2002 (להלן: חוק דחיית השירות) נחקק בעקבות המלצותיה של הועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות (בראשותו של השופט צבי א' טל) (להלן: ועדת טל), והוא נועד למצוא פתרון ישים ומעשי לאחת הסוגיות המורכבות, הרגישות והמרכזיות המונחות זה שנים על סדר יומנו. מעשה החקיקה בא מתוך הכרה כי סוגיית גיוס בחורי הישיבות חייבת למצוא את פתרונה בחוק של הכנסת (ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998)) וכן מתוך ההכרה כי חוסנה ואחדותה של החברה הישראלית מחייבים טיפול בסוגיה זו ללא דיחוי, בשל המספר ההולך וגדל של חרדים אשר אינם משרתים בצבא מאז ביטול מכסות הפטור למי ש"תורתם אומנותם" בשנת 1978 (ראו הנתונים בעניין זה בעמ' 16 לדו"ח של הצוות הבין-משרדי ל"עידוד תעסוקה וקידום השירות הצבאי והאזרחי במגזר החרדי", שהוגש לממשלה ביום 19.12.2010 (להלן: דו"ח ועדת גבאי)). יחד עם זאת - ועמדה על כך ועדת טל בדו"ח שהגישה - השוני הניכר בין המגזר החרדי למגזר החילוני, המתבטא בין היתר באורח החיים, בחינוך ובחשיבה הערכית, חייב מציאת פתרון המתחשב בשונות של החברה החרדית ובצרכיה.

ניתן, אפוא, לאפיין את חוק דחיית השירות שחוקקה הכנסת בשנת 2002 כחוק שהינו פרי של פשרה חברתית, אשר נועדה להגביר את הלכידות בין חלקיה השונים של החברה הישראלית ואת שילובם של בני המגזר החרדי בה באמצעות המנגנונים השונים שנקבעו בחוק. ואכן החוק, על פי תקוות מתקיניו, ביקש לרתום חלקים משמעותיים מבני המגזר החרדי לנשיאה, גם אם מופחתת, בנטל השירות הצבאי וכן להגביר את

נוכחותם במעגל העבודה הישראלי (ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 700-701 (2006) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון)).

2. בשל ייחודיותו של חוק דחיית השירות, כחוק המבקש להוביל שינוי חברתי תוך שימוש במודל המתאפיין בתהליך הדרגתי, נדרשנו להתאים את הביקורת השיפוטית למאפיינים היחודיים הללו. עמד על כך הנשיא א' ברק בהתייחסו לתנאי המשנה הראשון של המידתיות (מבחן הקשר הרציונאלי), שעניינו בקיומם של התאמה וקשר רציונאלי בין מטרותיו של חוק דחיית השירות לבין האמצעים שבחר המחוקק להגשמתן של מטרות אלה. הנשיא ברק הדגיש בהקשר זה כי בחינת קיומו של קשר רציונאלי כאמור:

”צריכה להיעשות, לעניין החוק שלפנינו, לא כעניין תיאורתי, אלא כעניין מעשי, הנבחן בתוצאות הגשמתו. אכן, כשאלה תיאורתית הנבחנת בעת חקיקת החוק, יתכן שיש בהסדרים הקובעים בחוק כדי להגשים את תכליותיו... 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” (עניין התנועה למען איכות השלטון, 710. לגישה לפיה בחינתו של הקשר הרציונאלי היא, ככלל, בחינה הנמשכת לאורך כל ימי חייו של החוק, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 384-387 (2010)).

תימוכין ל”מבחן התוצאה” שאומץ בעניין התנועה למען איכות השלטון, נמצאו לנו בסעיף 16 לחוק לפיו נקצבו לתוקפו חמש שנים מיום פרסומו (תוך הסמכת הכנסת להאריך את תוקפו בהחלטה לתקופות נוספות שלא יעלו על חמש שנים כל אחת) וכן בדברי ההסבר להצעת החוק, אשר בהם צוין כי תוקפו של החוק נקבע לפרק זמן קצוב “כדי לאפשר מעקב אחר התקדמות המגמות במסגרת הסדרי דחיית הגיוס לתלמידי ישיבות שתורתם אמנותם, ובעיקר על השפעת החוק המוצע על היקף תלמידי הישיבות הכלולים בהסדר...” (הצעת חוק שירות בטחון (דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם) (הוראת שעה), תש”ס-2000 ה”ח תש”ס 2889, 455, 458).

ויודגש, בעניין התנועה למען איכות השלטון לא התעלמנו מכך שבמבחן התוצאה ועל פי מצב הדברים באותו שלב (שנת 2006) לא התקיים קשר רציונאלי בין מטרות החוק לבין האמצעים להגשמתו, משום שהנתונים הראו אז כי מטרות החוק

הוגשמו באופן שולי וזניח ותכליתו העיקרית והכוללת של חוק דחיית השירות לא הוגשמה (עניין התנועה למען איכות השלטון, 712). עם זאת סברנו כי ראוי להמתין עד שיחלוף מלוא פרק הזמן שקצב המחוקק לצורך מעקב אחר הגשמת מטרותיו הלכה למעשה (חמש שנים), על מנת לאפשר לכנסת לבדוק בהתאם למתווה שקבעה היא עצמה האם הזמן שחלף מאז ניתן פסק הדין שינה באופן מהותי את התמונה.

3. העתירות דנן הוגשו בעקבות הארכת תוקפו של חוק דחיית השירות לחמש שנים נוספות על ידי הכנסת ביום 18.7.2007 ובהחלטה שניתנה על ידנו ביום 8.9.2009 סקרנו את הנתונים העדכניים הנוגעים ליישומו של החוק באותו שלב והבענו מורת רוח מכך ש"מכלול הנתונים שהוצגו לעיל בעניין שילובם של דחויי השירות בצה"ל ובשירות האזרחי אין בו כדי לשקף שינוי משמעותי מן הסוג אליו כיוון פסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון" (פסקה 10 להחלטה). עם זאת, נאמנים לגישתנו לפיה "מבחנו של חוק דחיית השירות הוא בהגשמתו, הלכה למעשה. מבחנו הוא בשינוי החברתי שיושג בפועל" (עניין התנועה למען איכות השלטון, 711), החלטנו כי גם באותו שלב מן הראוי לאפשר לחוק ולמנגנונים הקבועים בו, שהחלו לפעול, להוכיח כי יש בכוחם לחולל שינוי כזה. לפיכך הורנו כי הדיון בעתירות יחודש בחלוף חמישה-עשר חודשים מיום מתן ההחלטה וזאת על מנת שניתן יהיה לשוב ולבחון אז את הנתונים העדכניים הנוגעים ליישומו של החוק.

4. למרבה הצער לא התחולל השינוי המיוחל גם בחלוף פרק הזמן הנוסף שקצבנו בהחלטתנו ותמימת דעים אני עם חברתי הנשיאה כי עשר השנים בקירוב שחלפו מאז חקיקת החוק (1.8.2002) הן פרק זמן משמעותי ביותר אשר די בו "כדי לעמוד על השאלה המרכזית שהציב בית המשפט עוד בפרשת התנועה לאיכות השלטון - האם החוק כולל חסמים הטבועים בו ומונעים הגשמת תכליותיו באופן מלא?" (פסקה 68 לחוות דעתה). כמו כן תמימת דעים אני עם חברתי באשר לתשובה שיש ליתן לשאלה זו ולפיה "מבחן התוצאה" מלמדנו לאורך זמן כי החוק אינו עומד בתנאי המשנה הראשון של מבחן המידתיות וכי אין התאמה בין מטרות החוק ובין האמצעים שנבחרו על מנת להגשימן. כך למשל בשנת 2010 עמד מספרם של המתגייסים החדשים לצה"ל מבני המגזר החרדי בכל שכבות הגיל על 530 גברים בלבד (368 המתגייסים לנחל החרדי אינם נמנים עם קבוצה זו משום שמתגייסי הנחל החרדי אינם קשורים ליישומו של חוק דחיית השירות), ואילו מספרם המצטבר של כלל דחויי הגיוס נכון ליום 6.1.2011 עמד על 61,877 איש (ראו עמ' 7 ו-20 לתגובת המשיבים 2-4 מיום 23.1.2011 בעתירות דנן). המדינה טענה כי מספרם של כלל דחויי הגיוס קטן יותר בין היתר בשל הפחתה של בני 30 ומעלה שהתועלת בגיוסם נתונה בספק, אך גם על פי גישה זו עומד מספרם

של כלל דחויי הגיוס על כ-50,000 איש, ומשכך אין מנוס מן המסקנה כי אחוז המתגייסים מן המגזר החרדי (530 בשנת 2010 מכל שכבות הגיל) היה ונותר שולי וזניח ביותר. אם מביאים בחשבון את העובדה כי קצב הריבוי הטבעי במגזר החרדי מהיר בהרבה מקצב הריבוי הטבעי של יתר האוכלוסייה היהודית בישראל (כ-7% לשנה במגזר החרדי לעומת כ-1.3% ביתר האוכלוסייה היהודית - עמ' 8 לדו"ח ועדת גבאי), אין תמה כי מספר דחויי השירות בקרב בני הציבור החרדי גדל בהתמדה משנה לשנה (ראו פסקה 50 לחוות דעתה של הנשיאה). הנה כי כן, הנתונים שהצטברו עד כה אין בהם כדי להצביע על מגמה חיובית משמעותית בכל הנוגע להשגת התכליות שאליהן כיוון החוק. נהפוך הוא, מדובר בנתונים מדאיגים המלמדים כי מימדיה של הבעיה אותה ביקש חוק דחיית השירות לפתור רק הולכים ומתעצמים. כך עולה מדו"ח ועדת גבאי כי בשכבת הגיל הצעירה (29-20) רק 11% מהגברים החרדים שירתו בצבא לעומת 90% מהגברים היהודיים בקבוצת גיל זו (עמ' 12 לדו"ח) והתוצאות במסלול השירות האזרחי עגומות אף הן (ראו פסקאות 42-46 לחוות דעתה של הנשיאה).

5. המסקנה הבלתי נמנעת העולה מן האמור לעיל היא כי חוק דחיית השירות לא הצליח להגשים את התכליות שלשמן נחקק. זאת משום שהמנגנונים שנקבעו בו אין בכוחם להניע תהליכי עומק במגזר החרדי אשר יצמצמו את חוסר השוויון הניכר שהתהווה בחברה הישראלית בכל הנוגע לנשיאה בנטל השירות הצבאי, למצער על דרך של שירות אזרחי. כך ההסדרים שקובע החוק מתייחסים בעיקרם לגברים מעל גיל 22 ובשלב זה הגבר החרדי הממוצע הינו נשוי ולעיתים אף הורה לילד (ראו עמ' 19 לדו"ח ועדת גבאי). על כן יכולתו או רצונו להתגייס לשירות משמעותי בשלב זה של חייו פחות בהרבה. כמו כן ההסדרים הקבועים בחוק אינם הדוקים דיים ומשכך פותח הדבר פתח לרשויות לעקר אותו מתוכנו ולהכשיל את הגשמת התכליות שלשמן נועד (ראו לעניין זה פסקאות 24-26, 44-46 לחוות דעתה של הנשיאה). כך למשל, אין כיום עדיפות לשירות צבאי על פני שירות אזרחי כבר מגיל 22; השירות האזרחי עשוי להיות בן שנה בלבד (ראו תקנות דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (שירות אזרחי), תשס"ז-2007) והוא נעשה ברובו בתוך הקהילה (68% לפי ראש המנהלת ו-57% לפי עמדת שר המדע - ראו עמ' 27 לדו"ח הביניים של הצוות לבחינת יישום "חוק טל" בראשות חבר-הכנסת פלסנר מיום 16.1.2011) ואינו מפוקח כראוי; נוצר מסלול של שירות מקוצר בן שלושה חודשים לבני 26 ומעלה; וגברים מעל גיל 28 מופנים ישירות למאגר מילואים ללא חובת שירות.

6. בשולי חוות הדעת ראיתי להוסיף דברים אחדים באשר לעמדה שהביע חברי השופט א' גרוניס בהתייחסו לתרחישים שיקרו למחרת הינתן פסק הדין דנן ולמסקנה שאותה ראה לגזור מתוך עמדה זו.

אומר חברי השופט א' גרוניס כי "זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל ולכניסתם לשוק העבודה. שינויים חברתיים וכלכליים עשויים להביא לתוצאה המקווה. היכולת של בית המשפט להשפיע במקרה דוגמת זה שבפנינו הינה מועטה" (פסקה 2 לחוות דעתו).

השאלה באיזו מידה יש בכוחה של הכרעה שיפוטית לחולל שינוי חברתי היא שאלה שמשפטנים ומלומדים בתחום מדע המדינה שיברו עליה את קולמוסם בארץ ובעולם. חבריי השופטים מ' נאור וח' מלצר וחברתי הנשיאה ד' ביניש הפנו לחלק מן הספרות המשפטית בנושא זה (וראו גם: רות גביון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי?" מעשי משפט ב 15 (2009), המבקרת את חיבורו של THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?, GERALD N. ROSENBERG (2nd ed., 2008); מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי - הערכה" עלי משפט ד 7 (תשס"ה) (להלן: מאוטנר); רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד - מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (תש"ס); יובל אלבשן "אהרן ברק - בין משפט למחאה" ספר ברק - עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 139 (אייל זמיר, ברק מדינה, סיליה פסברג עורכים, 2009); Neal Devins, *Judicial Matters*, 80 (1992); David Schultz & Stephen E. Gottlieb, *Legal Functionalism and Social Change: A Reassessment of Rosenberg's The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 12 J.L. & POL. 63 (1996). כשלעצמי אני נוטה לדעה כי יש בכוחם של בתי המשפט, בין היתר בדרך של ביקורת שיפוטית, להיות שותפים לתהליכים המניעים שינויים חברתיים. מכל מקום, וגם אם צודק חברי בגישתו כי יכולתו של בית המשפט להשפיע על שינויים חברתיים וכלכליים היא מועטה, נשאלת השאלה האם הדבר מצדיק את המסקנה שאליה הגיע לפיה על בית המשפט לעמוד מנגד ולמשוך ידו מכל ניסיון להשפיע על תהליכים אלה ולו במעט?

לפי תפישתי, ההכרעה השיפוטית על כל גווניה - בייחוד זו שבשדה ההגנה על זכויות אדם והשמירה על שלטון החוק ועל טוהר המידות - היא הכרעה הטובלת מעצם טיבה בסוגיות ערכיות. ערכים אלה עוצבו במשפט המדינה משחר ימיה והם יסוד המסד ואבני הבניין של הדמוקרטיה הישראלית כולה. משהופקד בית המשפט על הגנת זכויות אדם ועל שמירת שלטון החוק, ומשיש בידיו כלים משפטיים-ערכיים לממש את תפקידו

זה, בין היתר, בדרך של ביקורת שיפוטית מחויב בית המשפט למלא אותו בלא שמידת ההשפעה המעטה או המרובה של פסיקתו תרפה את ידיו. דברים ברוח זו הביע פרופסור מנחם מאוטנר במאמרו הנזכר לעיל על אקטיביזם שיפוטי באומרו:

“שאלה אחרת כמובן היא באיזו מידה מצליח בית- המשפט להשריש את הערכים הראויים של המשפט המינהלי במינהל הציבורי של המדינה. התשובה לשאלה זו חייבת ודאי להיות מעורבת. אבל אין זאת אומרת שבית- המשפט צריך להימנע מהמאמץ. כמשפטנים, אנחנו יודעים שתמיד קיים פער בין האידאליים של המשפט לבין המידה שבה הם ממומשים בעולם האמיתי. אבל אין זאת אומרת שצריך לוותר על האידאליים האלה” (מאוטנר, 10).

7. דוגמאות למאמצים שעשה ועושה בית משפט זה על-מנת להגן על עקרונות היסוד החוקתיים של משטרנו הדמוקרטי פזורות בפסיקתו לאורך כל שנות קיומו לפני ואחרי חקיקת חוקי-היסוד של תחילת שנות התשעים. תקצר היריעה מלפרט את הדברים, אך דוגמא אחת ראויה בכל זאת לאזכור בהקשר זה וכוונתי לבג”ץ 153/87 שקדיאל נ’ השר לענייני דתות, פ”ד מב(2) 221 (1988), שם לא נרתע בית המשפט מלהגן על עקרון השוויון ולבטל הפליה מטעמי מין בקובעו כי יש לכלול את העותרת בהרכבה של המועצה הדתית בירוחם כמועמדת מטעם הרשות המקומית. ההגנה על עקרון השוויון באותו מקרה כרוכה הייתה בהידרשות לנושא בעל רגישויות חברתיות והלכתיות ובית המשפט היה ער לכך וציין מפי המשנה לנשיא מ’ אלון כך:

“ערים אנו לרגישותו של הנושא, מבחינה הלכתית, חברתית וציבורית, ומודעים אנו ללבטים הקשים המתלווים לנושא זה ולקבלת הכרעה בו על-ידי אלה הממונים על כך מטעם החוק ומבקשים - בצדק - שלא לבוא לכלל עימות אידיאולוגי ומעין הלכתי עם נושאי הסמכות ההלכתית בישראל כיום. וגם ערים אנו לחשש של תקלות אפשריות, לתקופת מה, בפעילות התקינה והשוטפת של המועצה הדתית. אך אין בכל אלה כדי לפטור אותנו מעולו של החוק בישראל, האוסר הפלייתה של העותרת מלכהן כחברה במועצת הדתית בירוחם. צר לנו, כי אף-על-פי שהנושא נדון ונמשך במשך תקופה כה ארוכה, ואף-על-פי שנסתמנה הדרך ליישובה הנכון, הן מבחינה חוקית והן מבחינה ציבורית, לא נמצא עוז הרוח הדרוש לקבלת החלטה ראויה, שלא היה ואין מנוס ממנה. ובמיוחד צר לנו על אי קבלת החלטה חיובית בעניינה של העותרת, דבר שלדעת גדולים וטובים מעוגן היטב גם בעולמה של הלכה” (שם, 270-271).

8. על תפקידו של שופט בחברה דמוקרטית כמגן זכויות אדם ושלטון החוק עמדו רבים וטובים (ראו למשל: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004); יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט יז 647 (1993); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי" 99 גבריאל בך 383 (דוד האן, דנה כהן-לקח, מיכאל בך עורכים, 2011); Beverley M. McLachlin, *The Role of the Court in* (1990) 39 U.N.B.L.J 43 (*the Post-Charter Era: Policy-Maker or Adjudicator?*). מתוך תפקידו זה נגזרת גם חובתו של בית המשפט לפעול ככל יכולתו לצמצום הפער הקיים לא אחת בין ערכי יסוד אלה - עליהם יש להגן בראייה ארוכת-טווח - ובין המציאות החברתית העשויה להיווצר כתוצאה מפעולותיהן של רשויות השלטון האחרות, המונעות לא אחת משיקולים קצרי-טווח ומאילוצים פוליטיים כאלה ואחרים. יפים לעניין זה גם דבריו של המשנה לנשיאה מ' חשין בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2002):

"... חלילה לנו מערב מציאות בערכים, ואמנם, המיבחן הקובע חובת שוויון - וכמותו האיסור על הפלייה - מעיקרם נוצרו ומתקיימים הם, כזה כן זה, דווקא כדי להילחם ב'תפיסות חברתיות מקובלות'. כן היא הפלייה מחמת גזע, כן היא הפלייה מחמת מין, כן היא הפלייה מחמת נטיה מינית, כן היא הפלייה מטעמים אחרים אף-הם. כל מעשי הפלייה מאלה שהיזכרנו מקורם ב'תפיסות חברתיות מקובלות': תפיסה חברתית כי בן גזע אחד נחות מבן גזע אחר; כי נשים אינן כשירות לבצע לעשות פעילויות כגברים; כי אנשים בני גיל מסויים אינם כשירים למקצועות מסויים וכו'. אכן, לשירות 'תפיסות חברתיות מקובלות' - מקובלות אך פסולות - נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המישמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטראוטיפ שדבק בקבוצה שפלוני נמנה עם חבריה" (שם, 452; ראו והשוו גם: בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר, מר בנימין נתניהו, פסקה 24 (טרם פורסם, 15.6.2008); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 769 (1990); מאוטנר, 11).

9. הסוגיה העומדת להכרעה בעתירות אלה הובאה שוב ושוב לדיון בפני בית משפט זה על-ידי עותרים המשמשים פה לציבור שלם החי לאורך זמן בתחושה קשה של פגיעה בשוויון, בכל הקשור לנשיאה בנטל השירות הצבאי. בהידרשו לסוגיה זו נקט בית המשפט זהירות רבה מתוך מודעות לרגישות החברתית הכרוכה בה וכן בשל הזהירות, האחריות ומידת הענווה אשר ראוי כי ינחו תמיד את הילוכו של בית המשפט בהפעילו ביקורת שיפוטית על רשויות השלטון האחרות, ובמקרה זה על הרשות

המחוקקת. אולם עתה הגיעה שעת ההכרעה ובשל הטעמים אותם היטיבה חברתי הנשיאה למנות בחוות דעתה וכן בשל התובנות המפורטות לעיל אותן צברתי לאורך השנים שבהן התנהלו בפנינו ההליכים בנושא זה, אני מצרפת את דעתי לדעתה של הנשיאה ולתוצאה אליה הגיעה לפיה אין מקום לשוב ולהאריך את חוק דחיית השירות במתכונתו הנוכחית ויש צורך לגבש הסדר חדש, אשר לא לנו לקובעו, ואשר יבטיח באופן יעיל ומידתי יותר את התכליות אשר לשמן נחקק.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

1. ישאל השואל מה בין בית המשפט העליון הדין בעתירה חוקתית לבין בחינת יעילותו או אי יעילותו של החוק נשוא העתירה (להלן: חוק טל או החוק) (ראו: החלטת הביניים מיום 08.09.2009 שניתנה בעקבות הוצאת צו על תנאי, פסקה 9 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות). רוצה לשאול, מדוע "מבחן התוצאה" (ראה שם) כה גורלי בבוא בית משפט זה להכריע אם דין חוק טל להתבטל, אם לאו. אין עיקר הבדיקה של חוק טל להיערך מלכתחילה, אלא בדיעבד, בין היתר על פי הצלחתו בשדה המעשה. נדמה כי נקודה אחרונה זו היא הניצבת בסלע המחלוקת בין חוות דעתה של הנשיאה לבין חברתי השופטת ע' ארבל. כדי להסביר מדוע מבחן התוצאה ראוי ונכון במקרה זה, אציג בקצרה את הרקע הרלוונטי.

סוגיית דחייתו של שירות צבאי – עד כדי הענקת פטור מלא בפועל – לתלמידי ישיבות המצהירים כי "תורתם אומנותם" נידונה מספר פעמים לפנינו. הווריאציה הנוכחית של הפטור בדמות חוק טל עומדת לדיון בתיק זה בפעם השנייה (ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא (1) 619 (2006) (להלן: התנועה למען איכות השלטון)). הגלגול הדיוני של העתירה בחוק טל תוחם את ההכרעה בו.

חוק טל פוגע בזכות לשוויון באופן שיוצר פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לא כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בחוק הנזכר. אולם, הפגיעה הנגרמת כתוצאה מההסדר החקיקתי לגבי דחיית שירות ביטחון עד כדי הענקת פטור נוגעת לליבת כבוד האדם, וייתכן אף יותר לחירותו. משמעותו היא: בחור בן 18 שמקיים את הקריטריונים של "תורתו אומנותו" רשאי לבחור אם לשרת שירות ביטחון לעומת רעהו בן גילו שחייב לשרת למשך שלוש שנים במהלך תקופה חשובה בחייו, תוך כדי שהוא

עלול לסכן את גופו ונפשו. תחולתו של הפטור היא על קבוצה רבת היקף – כעת אחד מתוך כל שבעה בחורים (משנתון הגיוס האחרון שנבדק והוגש לנו). ההפליה הינה גורפת וקשה שלא על בסיס שונות רלוונטית שבכוחה להצדיק את ההבחנה. מכאן נובעות שתי מסקנות. האחת, החוק פוגע בשוויון לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השנייה, אופייה של הפגיעה הישירה וההקרבה הנדרשת מהפרט – בחור בן 18 שמחויב להתגייס לשירות ביטחון – אינה מאפשרת להתעלם ממנה רק מן הסיבה שהנפגע נמנה על קבוצת הרוב. לאמור: מדוע בחור בן 18 – רק אתמול היה קטין ועתה עבר את שער הבגירות – שגויס ללא אפשרות בחירה, נדרש לשאת על כתפיו את "נטל מעמדו" של הרוב. על כן, אין מקום לטעמי לדון במקרה דנא בשאלה באיזו מידה הרוב רשאי להפלות את עצמו. משכך אין גם צורך להידרש לקשיים בדבר הגדרת המונחים 'רוב' ו'מיעוט' כאשר ברי שהחברה והשלטון אינם מחולקים בצורה בינארית (ראו והשוו: חוות דעתו של השופט א' גרוניס בעניין התנועה למען איכות השלטון בעמ' 803 מול האות ז', עד עמ' 804 מול האות ב' ביחס לחוק המפלה נשים לרעה).

לצד זאת, בעניין התנועה למען איכות השלטון נקבע כי בבסיס ההסדר בחוק טל מונחות מספר מטרות. לשון אחר, המטרה אינה רק להביא ליתר שוויון. גישה זו נעוצה בהכרה במציאות, בהיסטוריה של גיוס הציבור החרדי לשירות הביטחון, בהיעדר התבונה של שינוי רבולוציוני לעומת שינוי אבולוציוני, וביתרונו של פתרון מוסכם בכגון דא על פני פתרון כפוי. חוק טל ייבחן, אפוא, ביכולתו להשיג ארבע תכליות: לעגן בחוק הסדר של דחיית שירות לתלמידי ישיבות תוך "הכרה בייחודיותה של החברה החרדית ובתרבותה, והכרה בערך הלימודים התורניים" (פסקה 55 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק בתנועה למען איכות השלטון, המפנה לדו"ח ועדת טל); להביא להגברת השוויון בנשיאת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית; לשלב את הציבור החרדי בשוק העבודה; יצירת פתרון הדרגתי המתחשב בקשיי הסדר דחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות וזאת על יסוד הסכמה רחבה. נקבע כי תכליות אלו הינן ראויות בפריזמה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, דהיינו הולמות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 700).

הנה כי כן, חוק טל מכיר בקיומה של פגיעה חוקתית בעיקרון השוויון, אך מצדיקה באמצעות השגת ארבע התכליות שמתחשבות במורכבות הנושא ואף במידה מסוימת ברב-תרבותיות ביחס לקבוצה הסוציולוגית של הציבור החרדי (מנחם מאוטנר משפט ותרבות, 246-247 (תשס"ח-2008)). התחשבות זו מוצדקת ביתר שאת במדינה שמגדירה עצמה בחוק יסוד כיהודית ודמוקרטית. ברם, יש להדגיש שתכלית חשובה ומרכזית של החוק היא בקידום שינוי לכיוון של צמצום הפגיעה בשוויון. פסק הדין

בעניין התנועה למען איכות השלטון למעשה דחה את הדרישה לשוויון עכשיו, והיה מוכן לקבל שינוי הדרגתי אך ניכר. חשיבות התכלית לצמצום הפער בחלוקת נטל השירות הצבאי נובעת מסוג הפגיעה החוקתית הטמונה בחוק גופו – חוסר השוויון. לכן, במסגרת הבדיקה החוקתית של חוק טל יש משמעות להצלחתו בצמצום הפער האמור במבחן התוצאה. לכך יש להוסיף שיקול מעשי והוא שעסקינן כעת בבחינת החוק בחלוף תקופה של כעשור המאפשרת לבחון את תוצאתו של החוק, לא כהערכה צופה פני עתיד אלא באמצעות בחינת העובדות בשטח. בית משפט זה בעניין התנועה למען איכות השלטון דחה את הכרעתו תוך הכרה בתכליותיו השונות של החוק, שדורשות את בדיקת המצב לאורכו של ציר הזמן. מן הנימוק האמור הנני מסתייג מגישת חברתי השופטת ע' ארבל ביחס לנתונים המספריים שהוצגו על-ידי המשיבים. כמדומני, שכדי לבחון את תחזיתה לאור המספרים שאוזכרו בחוות דעתה, ניאליץ להמתין מספר שנים נוספות וכן הלאה, ואין לכך הצדקה בעיניי. די בעשור שחלף מאז חקיקת החוק כדי שתשתקף התמונה. הסתייגות נוספת היא שאף אם אכן קיימת עלייה מסוימת במספר המתגייסים מתוך ציבור תלמידי הישיבות, נוכח העלייה במספר החרדים מתוך כל שנתון של מיועדי גיוס, התוצאה הכוללת אינה מטיבה אלא נהפוך הוא.

בראייה זו, אין לי אלא להסכים לתוצאה אליה הגיעה הנשיאה. אין טעם לחזור על סקירתה המקיפה והיסודית. די לומר שעל פי הנתונים שהוצגו לנו מדובר באחוזים בודדים של תלמידי ישיבות המתגייסים לשירות הביטחון (ראו סעיפים 10 ו-31 לחוות דעתה של הנשיאה). אף לא עולה מהם כי הושגה התכלית של הגברת השתתפותו של הציבור החרדי במעגל העבודה. חרף הרצון הטוב של הגורמים שעמלו על מלאכת חקיקת החוק, כישלוננו במבחן התוצאה אינו גבולי, אלא משמעותי. כישלון זה אינו בהכרח טמון בהסדר העומד בבסיס החוק, כי אם ייתכן שהוא נובע מנכונות המעורבים לצעוד בנתיב שסלל. הבחירה, או ליתר דיוק "עודף הבחירה", שהוענקה לתלמידי ישיבות במתווה של חוק טל עמדה לו לרועץ.

אם אכן החוק נכשל ביישומו או בפער בין כוונותיו לתוצאותיו, ראוי להתייחס לקרקע הניצבת לרגליו, לשורשי הסוגיה, ולהציג מספר נקודות שייתכן שאינן נהירות דיין.

2. תלמוד תורה הוא הכתר שבמצוות. "תלמוד תורה כנגד כולם" (תלמוד בבלי מסכת שבת, דף קכז, עמוד א). "גדולה מצוות תלמוד תורה מכל המצוות" (שולחן ערוך חושן משפט, סימן רמז, סעיף יח). הגדולה שבמצווה זו נובעת מהיות התורה המקור

לדין, אך לא רק. בתקופת התלמוד "נשאלה שאלה...תלמוד גדול או מעשה גדול? נענה רבי טרפון ואמר: מעשה גדול. נענה רבי עקיבא ואמר: תלמוד גדול. נענו כולם ואמרו: תלמוד גדול, שהתלמוד מביא לידי מעשה" (תלמוד בבלי, מסכת קידושין, דף מ', עמוד ב'). ההרמוניה ברורה, כך גם המתח. בכירותה של מצוות תלמוד תורה טמונה דווקא בכך שהיא מביאה לידי המעשה. ברם, מצוות תלמוד תורה אינה חשובה רק משיקולים מעשיים, תרתי משמע. מנקודת מבטה של ההלכה, "התורה – דבר ה' היא. לפיכך, המגע שלי בתורה הוא מגע עקיף עם הקדוש ברוך הוא... מכאן נובעת אותה תחושה מיוחדת של רוממות רוח בלימוד תורה. תחושה ייחודית זו מפרה, מזינה ומעצבת את עיסוקי בתורה. היא מטבעת את חותמה על כל עולמי" (ח' סבתו מבקשי פניך – שיחות עם הרב אהרן ליכטנשטיין 18-19 (2011)). אף יודגש כי תלמוד תורה איננו רק חוויה דתית עם בורא העולם, אלא הוא גם נדבך היסטורי ותרבותי, ונכס לאומי מן הדרגה הראשונה. נכונים בהקשר זה דברי אחד העם: "אפשר לומר בלי שום הפרזה, כי יותר משישראל שמרו את השבת - שמרה השבת אותם; ולולי היא, שהחזירה להם את נשמתם וחידשה את חיי רוחם בכל שבוע, היו התלאות של ימי המעשה מושכות אותם יותר ויותר כלפי מטה, עד שהיו יורדים לבסוף לדיוטה התחתונה של חומריות ושפלות מוסרית ושכלית" (אשר צבי גינצברג "שבת וציונות" השילוח ג (ו) תרנ"ח-1898). אולם ניתן לשאול שבת מנין? מסיפור מעשה הבריאה בספר בראשית ודיני שבת המופיעים בספר שמות ובתלמוד הבבלי והירושלמי, במסכת שבת. צא ולמד: יותר משישראל שמרו את מצוות תלמוד תורה – מצווה זו שמרה אותם.

בל נשכח כי המשפט העברי איננו חד ממדי. מצוות תלמוד תורה ודאי אינה בגדר בת יחידה. העולם בנוי לא רק על התורה לבדה, אלא גם על החסד (ראו: מסכת אבות, פרק א, משנה ב). כלשונו של הרב א' ליכטנשטיין, ראש ישיבת גוש עציון, לפני ועדת טל: "לצד העיסוק בתורה קיים גם הערך של גמילות חסדים, וגמילות חסדים התובענית ביותר היא השירות הצבאי" (הועדה לגבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות דו"ח הועדה 51 (2000)). תובענות השירות הצבאי מתבטאת לא רק בסיכון גופו של החייל אלא גם בחשיפת נפשו לסכנה בשל העיסוק הלא טבעי בלחימה, על כל שהיא טומנת בחובה. זוהי חלק ממסירות הנפש. ההלכה מודעת לקשיים בקיום מצוות הלחימה; חרף המחיר הכבד שאדם עלול לשלם עודנה מצווה היא (ראו: אגרת הרב יוסף דוב הלוי סלוביצ'יק בהמשך). הנשר הגדול, הרמב"ם, פרש את כנפיו על דיני המלחמה ופירט כי אחד המצבים הנכללים במלחמת מצווה הוא: "עזרת ישראל מיד צר שבא עליהם" (משנה תורה, הלכות מלכים, פרק ה, הלכה א; וראו ספר חזון איש: אורח חיים, מועד, עירובין ליקוטין, סימן ו, עמוד קסו). צה"ל – צבא ההגנה לישראל – במהותו עונה על ההגדרה ההלכתית. ועל מי העול להשתתף במלחמת המצווה? המשנה

קובעת: "...במלחמת מצוה הכל יוצאין ואפילו חתן מחדרו וכלה מחופתה" (מסכת סוטה, פרק ח, משנה ז; משנה תורה, שם, הלכה ד). במשנה זו כתב הגר"י מקארלין: "ומשמע הכא דבמלחמת מצוה הכל יוצאין ואפילו תלמידי חכמים צריכים ליבטל מלימודם" (קרבן אורה למסכת סוטה). בעל הערוך אף לומד את העניין מכוח קל וחומר: "אמר רב יהודה אמר רב אפילו חתן מחדרו וכלה מחופתה, פירוש וכל שכן תלמידי חכמים" (90 הערוך, ערך אנגריא, מפי הרב נתן בן יחיאל אשר חי במאה ה-11 באיטליה, על סמך תלמוד בבלי, מסכת סוטה, דף י, עמוד א, וראה: דברי המהרש"א שם). החזון איש מבהיר: "נראה דהא דתנן [זה שלמדנו] דבמלחמת מצוה אפילו חתן מחדרו, לא איירי [לא מדובר] בזמן שצריכין לעזרתם לנצחון במלחמה, דזה פשיטא [וזה ברור] דבשביל פיקוח נפש והצלת העם כולם חייבין, אלא אפילו בזמן שאין צורך אלא למספר מסוים [של חיילים], היה רשות ליקח חתן מחדרו, שאין להחזורים [הפטורים מן המלחמה] שום זכות [זכות פטור] במלחמת מצוה. וכן במלחמת רשות, אינן פטורין אלא בזמן שאין נצחון ישראל תלוי בהם, שמספר הצבא שצורך בהן יש בלעדן. אבל אם יש צורך בהן, חייבין לבוא לעזרת אחיהם" (90 חזון איש, שם, עמוד קסז).

בהיעדר מדינה או שלטון יהודי, התפיסה בימי הביניים ועד לתקופת הקמת מדינת ישראל הייתה כי דיני מלחמת מצוה בדמות הגנה על העם היהודי אינם בעלי תחולה. לכן, דיני מלחמה אינם מופיעים בד' חלקיו של ספר שולחן ערוך שנועד לפסוק הלכות שרלוונטיות לזמן הזה, דהיינו לתקופה שלאחר חורבן בית המקדש. לעומת זאת, הלכות המלחמה אכן מוזכרות בספר ערוך השולחן העתידי שנכתב על-ידי הרב יחיאל אפשטיין, בעל ערוך השולחן, שחי ברוסיה בתחילת המאה ה-20. חרף האמור, בתקופה שבין המאה ה-19 לתחילת המאה ה-20 יהודים החלו להשתתף במלחמות של מדינות מגוריהם. הרב דוד צבי הופמן, מגדולי רבני גרמניה, פסק לאחר מלחמת העולם הראשונה שאין להתחמק משירות צבאי שאורכו "...שנה שנתיים או שלוש שנים..." בשל האפשרות של חילול שבת משום "...שהוא יותר מדבר מצווה כי מי שעושה כן גורם חס ושלום לחילול השם אם יודע הדבר" (שו"ת מלמד להועיל, חלק א', סימן מב).

כמובן, השירות הצבאי בצבאות זרים יצר בעיות הלכתיות. טול לדוגמא את השאלה הבאה: "בנידון הצעירים החרדים, העומדים להילקח לצבא ולחיות אז אנוסים לשבור רעבונם במאכלות אסורות...האם רשאים ליזון במאכלות אסורות מיד בהיכנסם, או שלא יטעמו מהם עד הגיעם לידי סכנה? ובהגיעם לידי מצב כזה, האם יהיו מחוייבים לברך...?" נפסק כי יהיו רשאים לאכול מאכלות אסורות בליט ברירה, ואף לברך עליהם (שו"ת מערכי לב, יורה דעה, סימן מג מפי הרב יהודה לייב צירלסון, שהיה הרב הראשי של חבל בסרביה וקשינב בתקופה שלפני מלחמת העולם השנייה).

בתחילת שנות ה-50 של המאה הקודמת שאלו רבנים בארצות הברית האם עליהם להשתתף במלחמת קוריאה כרבנים צבאיים, וזאת בשל החשש שיאלצו למשל לחלל שבת. הרב יוסף סולוביצ'יק פסק שראוי להתגייס תוך הרחבת היריעה בנוגע לאתגרים גדולים יותר: "ההלכה שהפגינה ערנות והבנה כה גדולות לכל החולשות והחסרונות האנושיים, הקדישה מחשבה רבה לפסיכולוגיה הייחודית של הלוחם, אשר בהיותו בסכנה מתמדת, הוא מאבד את הפרספקטיבה של ערכי הרוח וציוויי המוסר... לפיכך ביקשה היהדות לשקם את מחנה הלוחמים ולעלות אותו לרמה גבוהה של מוסריות וכבוד. אם רוצים הרבנים של היום להמשיך את המסורת המפוארת הזאת של הגשת שירותיהם למקום שבו הם נצרכים יותר – המחנה הצבאי הוא המקום" (הרב יוסף דוב הלוי סולוביצ'יק איש על העדה (2010) 102 (האיגרת נכתבה במקור באנגלית)). החפץ חיים, שחי בפולין לפני כמאה שנה, כתב ספר מחנה ישראל: על ההלכות וההנהגות השייכות לאנשי הצבא כל ימי היותם בצבא. בספר מיוחד זה שפורסם מספר פעמים, התייחס הרב לדיני לימוד תורה במסגרת הצבאית והשווה את המשוכה של לימוד תורה בצבא ליוסף שבהיותו כלוא בבית סוהר שינן את דברי יעקב אביו. כן התייחס לדיני תפילה בצבא, תוך שימת דגש שאין להימנע מלהתפלל מדי יום חרף הקשיים הרבים. בפרספקטיבה היסטורית זו, אודה כי חשתי שיש צורך בהכרת טובה לצבא ישראל שמספק שירותים דתיים כגון רבנים צבאיים, מניינים, אוכל כשר, רגישות לשמירת השבת בהיעדר פיקוח נפש, שיעורי תורה רבים בנח"ל החרדי, ואפשרות לשלב שירות צבאי עם מסגרת ישיבתית.

לא כתבתי לחדש. האמור ידוע היטב לתלמידי חכמים. אלא יש לשאול מנין הבסיס להתנגדות לשירות צבאי בימינו? הרי ידוע כי "בימי מלחמת העצמאות הצטרפו צעירים חרדים לצבא הלוחם למען העצמאות...גיליונות אלו [ביטאון צעירי אגודת ישראל] מלאים ביטויים של הזדהות עם הלוחמים ומלמדים על המוטיבציה הגדולה שנלוותה לשירותם הצבאי" (בנימין בראון החזון איש: הפוסק, המאמין והמנהיג המהפכה החרדית 247 (תשע"א-2011)). רוצה לומר, העקרונות והכללים בדבר המצווה בהשתתפות במלחמת הגנה מוכרים ומקובלים על-ידי רבנים ותלמידי חכמים. וכי ניתן להתעלם מכך שאברהם (בראשית, פרק יד), משה (שמות, פרק יז, ח; במדבר, פרק ג; שם, פרק לא; דברים, פרק ב), יהושע (יהושע, פרק יב) ודוד המלך (שמואל ב, פרק ה, פסוקים ו-י; דברי הימים א, פרק יא, ד-ט) – כולם הנהיגו מלחמה. התשובה לשאלה היא שעמדת החרדים כיום נובעת לשיטתם מקיום סוג של הוראת שעה. כלל הוראת השעה מוכר בהלכה (ראו למשל את השימוש במונח בתלמוד בבלי, מסכת יבמות, דף לה, עמוד א; וכן ברמב"ם, היד החזקה הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה ד). זהו שיקול מעשי הנובע מהתמודדות עם מציאות מורכבת בעלת צרכים מיוחדים.

דא עקא, המציאות משתנה. היום, המספר הכולל של תלמידי הישיבות שדוחים את שירותם לפי החוק נע סביב 60,000 איש. כאמור, בשנים האחרונות, היחס הוא אחד מכל שבעה בחורים בגיל מחזור הגיוס השנתי. התחזית על סמך ניסיון העבר היא שמספר זה יעלה. לשם המחשה, ישנה הערכה לפיה בין השנים 1968-1988 עלה מספר תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם פי ארבעה, מ-4700 ל-18,400 ואחוז תלמידי הישיבות מכלל אוכלוסיית מיועדי הגיוס הכפיל עצמו מ-2.5% ל-5.3% (מבקר המדינה, דו"ח שנתי מספר 39 (1989), 904; מנחם הופנונג, ישראל- בטחון המדינה מול שלטון החוק, 245 (1991)). שיעור דחויי השירות לפי החוק מתוך שנתון גיוס באוכלוסייה עלה מ-8.4% בשנת 1998 ל-14% בשנת 2007 (כתב תשובה מטעם המשיבים מיום 30.12.08). בתקופת קום המדינה, קבוצת דחויי השירות מנתה 400 איש בלבד. ראש הממשלה הראשון, דוד בן גוריון, הביע דעתו בדמי ימיו כי טעה במתן הפטור לתלמידי הישיבות כיוון שסבר דאז שהקבוצה האמורה בת 400 איש לא תחזיק מעמד במדינת ישראל המודרנית ולבטח לא תגדל (דברי הכנסת 25, 13 (ישיבה מיום 13.10.1958)); על פי שיחה של הרב שלמה ריסקין, הרב הראשי של יישוב אפרת, אשר ביקר את דוד בן גוריון בשדה בוקר בתחילת שנות ה-70; כן ראו: מכתב מדוד בן גוריון, ללוי אשכול, ראש הממשלה (12.9.1963) ארכיון בן גוריון).

העדה החרדית חייבת, אפוא, להתמודד עם הצלחתה המספרית והשלכותיה. הצלחה וצמיחה שרבים לא צפו כלל. נתון מספרי זה בשילוב עם העובדה שהציבור החרדי מהווה כיום נתח הולך וגדל מהאוכלוסייה הישראלית אף הם מבנים את המציאות הנוכחית. הוראת השעה ההלכתית נדרשת לתת דעתה בעניין. בעת קום המדינה היה חשש שנר התמיד בבית המקדש ייכבה. כדברי הרב הראשי לארץ ישראל בשנת 1949 בן ציון עוזיאל לדוד בן גוריון: "אסיפת הרבנים החליטה להביע...את התנגדותה לגיוסם של בני ישיבות משום שלא תשתכח תורה בישראל" (הרב עוזיאל, מכמני עוזיאל - חלק ה', מכתבים ואגרות, חלק ט, עמוד תקצא (תשס"ז-2007)). פשוטו כמשמעו. חשש זה הורגש במיוחד מאחר שבתקופת השואה נחרבו רבות מן הישיבות באירופה. זהו אינו המצב עוד. הטיב לתאר את השינוי כבר לפני עשרות שנים הרב הראשי של נתניה, הרב דוד שלוש: "יירושלם בירת ישראל שוקקת מבניה והולכת ופורצת ימה וקדמה וצפונה ונגבה בבנייני פאר וכבוד, כעשרות אלפים של ת"ח [תלמידים חכמים] ותלמידים יושבים והוגים בתורה, וקול התורה והתפלה בוקע מכתלי בתי כנסיות ובתי מדרשות שבירושלם", וכך בעיירות רבות נוספות (שו"ת חמדה גנוזה, שאלה כא, עמוד רלג, חלק ח). ניתן להתייחס לבנייה מחודשת זו כתחילת קיומו של הפסוק: "ונתתי מטר ארצכם בעתו" (דברים, פרק יא, יד). מטר על פי פירושו המקראי –

גשמי ברכה של ארץ ישראל (דברים, פרק כח, יב; שם, פרק כח, כד; ישעיה פרק ל, כג). לצד זאת, ברי כי השינוי המספרי הינו משמעותי גם ביחס לגיוס הצבאי. קבוצה כה גדולה שתתגייס לשירות צבאי וודאי ביכולתה לתרום לביטחון המדינה ואף לגרום לחלוקה שוויונית יותר של נטל זה. אין זו הערה עיונית, אלא עובדה קונקרטית. דבר זה נכון ביתר שאת משעה שהצפי הוא כי מספרי תלמידי הישיבות יאמירו.

האירוניה היא שקיים חוק מדינתי שנחקק כהוראת שעה שהוארכה באופן זמני למשך חמש שנים נוספות בהחלטת הכנסת משנת 2007 (סעיף 16 לחוק) בד בבד עם גישת פוסקים חרדים שאף עניינה סוג של הוראת שעה הלכתית. ברור שבית משפט זה אינו פוסק בענייני הלכה וגם אינו אמור להחליף את שיקול דעתה של הכנסת. המטרה בהבאת הדברים היא להציג את מלוא התמונה הרלוונטית. כפי שנפסק בעניין התנועה למען איכות השלטון והובהר לעיל, בית משפט זה הכיר בתכליות השונות של החוק כראויות: לעגן בחוק הסדר דחיית שירות תוך הכרה בערך הלאומי של תלמידי ישיבות; צמצום פער השוויון; שילוב הציבור החרדי במעגל העבודה; יצירת הסדר הדרגתי מוסכם. מציאת פתרון ראוי לסוגיה הינה מלאכה קשה ביותר. כאמור דעתי היא שהחוק אינו חוקתי בשל היותו בלתי מידתי על פי מבחן המשנה הראשון, לאמור הקשר הרציונאלי בפועל בין האמצעי שננקט בחוק לבין תכליותיו. אם השגת המטרה באמצעות ההסדר, דבר שאמור לבסס את מידתיות החוק, איננה מתקיימת – וכאן הכישלון הוא חד וברור – אזי נותרנו רק עם הפגיעה הקשה בשוויון. במקרה זה, החסר בקשר הרציונאלי או בהתאמה שבין המטרה לאמצעי אינו במובן הרגיל. שכן, הבדיקה בענייננו נערכת בדיעבד ולא מראש. דהיינו, עסקינן בבדיקת עובדות וניסיון חייו של החוק לאורך העשור האחרון, ולא בהערכה מקדמית של החוק, לרבות הגיונו. הכשל החוקתי מצוי בהיעדר קשר בין האמצעי למטרה במציאות.

המשמעות המעשית לעת הזאת היא כי לא ניתן להאריך את החוק. תוצאה זו מותירה חלל משפטי ואתגר למחוקק. נוצר צורך לחוקק חוק חדש שיעמוד בדרישות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מלאכה זו אין היא תפקידו של בית המשפט. תפקידנו לאתר מתי ההסדר החקוק אינו חוקתי. הניסיון של חוק טל לא צלח במבחן התוצאה שהציב לעצמו. האפשרויות להסדר חדש רבות ומגוונות הן. כדי להגיע לפתרון ראוי מהבחינה החוקתית ידרשו יצירתיות, רצון טוב ונכונות כנה ואמיתית מטעם כל צד לוותר ולהתפשר.

3. טרם נעילה, נכון להעמיד את סוגית חיוב הגיוס לשירות ביטחון במקומה הערכי המתאים. לשם כך, ניתן להיעזר בתחום הפילוסופיה של הלוגיקה. הפילוסוף דיוויד יום, אשר חי בסקוטלנד במאה ה-17, השכילנו כי ישנן שתי צורות של הסקות: הסקה דדוקטיבית והסקה אינדוקטיבית. דוגמא לראשונה (Deductive Reasoning) היא שאם א' גדול מ-ב', וב' גדול מ-ג', אזי יוצא שא' גדול מ-ג'. זוהי מסקנה לוגית שהינה בגדר עובדה בכפוף להנחות שהוצגו. דוגמא לצורה השנייה (Inductive Reasoning) היא שאם השמש עלתה אתמול ושלשום ולמעשה בכל תקופת הזיכרון האנושי, ניתן להסיק כי היא תזרח גם מחר. מסקנה זו, שמבוססת על ניסיוננו עם חוקי הטבע, אינה בגדר עובדה הכרחית מבחינה לוגית (ראו למשל: DAVID HUME, AN ENQUIRY (CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING (1748)).

מדינת ישראל קיימת מזה 64 שנים. מאז היווסדה, מדי יום ביומו זורחת השמש ברקיע ולהבדיל – גם לא היה יום בו לא התעורר איום ביטחוני כלפי המדינה ואזרחיה. בעוד אנו מקבלים בברכה את השמש בטבע ומסיקים שתמשיך לזרוח, אנו נרתעים מקרניה של "שמש" האיום הביטחוני, מנסים להתערב ולמנוע המשך תנועתה, ומקווים ופועלים שמה שהיה אתמול לא יהיה מחר. כך גם על פי גישת המשפט העברי. מלחמת ההגנה הינה בגדר מצווה, ובה בעת השלום נותר האידיל הנשגב. כפי שכתוב: "גדול השלום שכל התורה ניתנה לעשות שלום בעולם, שנאמר [במשלי ג', יז] דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום" (הרמב"ם, היד החזקה, הלכות חנוכה, פרק רביעי, הלכה יד).

אל לנו ליתן לעיסוק במלחמה, לרבות לדיונים המשפטיים בדבר חובת הגיוס לצבא, להשכיח את האידיל הנשגב על פי מקורותינו. ברם, עד שיגיע השלום, מלחמת ההגנה על מדינתנו היא מצווה שכוחה רב באיחוד העם סביבה. על אף כיעורה, היא מלמדת גם שהמשותף בינינו רב על המבדיל בינינו.

"לחשיבות ערך מצוות השירות בצבא אביא כאן סיפור ששמעתי מד"ר פיינגולד על הגאון הגדול הרב יצחק זאב גוסטמן זצ"ל, אחרון גאוני וילנא, שהיה בבית דינו של הגאון רבי חיים עוזר גרודזינסקי, עבר את אימי השואה ושכל שם את בנו יחידו. לאחר שנים הקים ישיבה ברחביה שבירושלים. בין המקורבים אל הרב גוסטמן היה פרופ' אומן (חתן פרס נובל) ובנו שלמה אומן הי"ד, שהיה תלמיד ישיבת ההסדר בשעלבים. שלמה נהרג במלחמת שלום הגליל. לאחר שנודעה השמועה על נפילתו של שלמה, בא ד"ר פיינגולד לקחת

את הרב גוסטמן להלוויה. לאחר תום ההלוויה, הסתובב הרב גוסטמן בין הקברים הטריים של החיילים שנפלו, ונאנח והצטער עליהם, והתקשה לעזוב את בית הקברות. בחזרתם מההלוויה אמר "כולם קדושים". שאל אחד הנוסעים שישב במושב האחורי: "כולם? גם הלא דתיים?" פנה הרב גוסטמן למושב האחורי, ואמר בהדגשה: "כולם! כולם!".

כשהתקרבו לרחביה, פנה הרב גוסטמן ואמר (ביידיש): "ד"ר פיינגולד, אולי נעלה לפרופ' אומן להגיד דבר... ופנה לאלמנה, להורים, לאחים ולאחיות, ואמר: "הבן שלי מאירקה נלקח מידיי ונזרק על משאית בקינדראקציון..." ואז הזדקף הרב ופשט את ידיו לצדדים ואמר: "עכשיו אגיד לכם מה שקורה בעולם האמת. מאירקה שלי אומר לשלמה: אשריך שלוימלה שזכית. אני לא זכיתי! אני לא זכיתי לזרוק את עצמי מנגד כדי להציל את כלל ישראל. אתה זכית!" קם פרופ' אומן מהארץ וחיבק את הרב גוסטמן ואמר: "ניחמתני, ניחמתני".

כשהגיעו בניו של ד"ר פיינגולד לקראת גיל גיוס, שאל את הרב גוסטמן, שהיה נערץ על כל גדולי הרבנים, גם מחוגי החרדים: "מה כתוב בתורת משה, הולכים לצבא או לא?". השיב הרב גוסטמן: "בתורה של משה רבנו כתוב: "הֲאֵחֶיכֶם יבֹּאוּ לְמִלְחָמָה וְאַתֶּם תָּשׁוּבוּ פֹּה?!". (כך אמר משה רבנו לבני ראובן וגד) (הרב אליעזר מלמד פניני הלכה בענייני העם והארץ 86-85 (תשס"ה)).

הדברים מבטאים פן ערכי נוסף של חובת הגיוס והוא שהשירות בצה"ל אינו רק חובה, אלא גם זכות.

4. סוף דבר, דעתי היא כדעת הנשיאה שחוק דחיית שירות ביטחון לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (התשס"ב-2002) אינו חוקתי. בהינתן המועד שבו פג תוקפו של החוק, המשמעות היא שלא ניתן יהא להאריכו.

השופט א' גרוניט:

1. שוב ניצבת בפנינו הסוגייה בדבר אי גיוסם של בני ישיבות חרדיות לצבא ההגנה לישראל. דעתי היא, בניגוד לדעת חבריי, כי עדיף היה לו לבית המשפט שלא להידרש כלל לסוגייה ולהותירה במרחב הציבורי, מחוץ לתחומו של בית המשפט. בחוות דעתי שניתנה לפני כשש שנים בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (לא פורסם, 11.5.06), הסברתי את עמדתי, כי אין צידוק להפעיל בקורת שיפוטית במקרה זה לגבי חוק של הכנסת. זאת, משום שהחוק הרלוונטי – חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 – הינו חוק בו הרוב העניק זכות יתר למיעוט. כפי שכתבתי, "כאשר הרוב פועל בדרכים דמוקרטיות ומקבל חוק הנותן עדיפות למיעוט, אין מקום שבית המשפט יהפוך לפטרוננו של הרוב" (פיסקה 1 לחוות דעתי בבג"ץ 6427/02 הנ"ל).

2. על פי התוצאה של עמדת הרוב בהליך דנא (הנשיאה ד' ביניש, השופטת מ' נאור, השופט א' רובינשטיין, השופטת א' חיות, השופט ח' מלצר והשופט נ' הנדל), יעמוד החוק בתוקף עד ליומו האחרון - 1.8.12 - ולא ניתן יהיה להאריכו שוב. עקב הכרעה זו פתוחות בפני הכנסת שתי אפשרויות: האחת, אי קבלה של חוק אחר תחת החוק שיפקע; השנייה, קבלתו של חוק חדש שינסה לענות בצורה טובה יותר לבעיות ולפגמים עליהם מצביעים שופטי הרוב.

אם תאומץ האפשרות הראשונה, היינו הכנסת לא תחוקק חוק חדש בנושא, המשמעות התיאורטית תהא שהצעירים החרדים, שאינם מתגייסים כיום לצבא, יהיו חייבים להתגייס, כבני הרוב. דומני שמעטים במדינה (ואולי אף זו הגזמה) סבורים שאכן צפוי גיוס המוני של בני ישיבות חרדיות לצה"ל. אם אכן לא יתקבל חוק חדש ותוגש עתירה חדשה בה תידרש הממשלה, כולל שר הביטחון, לכפות גיוס, האם פסק דין שיקבל את העתירה יביא את הגיוס המיוחל?! דומה שהתשובה מתבקשת מאליה.

האפשרות האחרת, ונראה שזו ריאלית יותר מן הקודמת, היא שבעקבות פסק הדין תקבל הכנסת חוק חדש שינסה לתקן, במידה כלשהי, את הפגמים שבחוק הנוכחי. ניתן להעריך כבר עתה שחוק כזה לא יספק את הדרישות של חלקים מן הרוב (המורכב מחילוניים, מסורתיים ודתיים המתגייסים לצבא). על כן, אין ספק שתוגש בעתיד עתירה נוספת בה תבואנה השגות לגבי החוק החדש. ההתעסקות החוזרת ונשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות

שיפוטית, בוודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט. זאת ועוד, זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל ולכניסתם לשוק העבודה. שינויים חברתיים וכלכליים עשויים להביא לתוצאה המקווה. היכולת של בית המשפט להשפיע במקרה דוגמת זה שבפנינו הינה מועטה.

3. לסיכום, אין הצדקה להתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק במקרה זה. זאת, משום שבמקרה דנא עסקינן בהחלטה של הרוב במדינה (על פי הייצוג בכנסת) לקבל חוק הנותן זכות יתר - שלא להתגייס לצבא - למיעוט. כאשר מדובר בזכות כאמור, שאינה כרוכה בפגיעה במנגנונים הדמוקרטיים, בפגיעה ביחידים ככאלה או בפגיעה בקבוצת מיעוט, אין צידוק להפעיל בקורת שיפוטית. מה גם שהתרומה של בית המשפט לשינוי בהתנהלות החברתית של מגזר שלם בחברה הישראלית מצומצמת ביותר, ואינה מצדיקה את מעורבותו של בית המשפט בנושא.

4. אילו נשמעה דעתי היינו דוחים את העתירות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

שותף אני לדעת חברי, השופט א' גרוניס, כי ספק אם היה מקום לקיומו של דיון בסוגיה שעל המדוכה. טעמי לכך הוא שסוגיית גיוסם (או אי גיוסם) של בני הישיבות החרדיות לצבא ההגנה לישראל היא, בראש ובראשונה, סוגיה חברתית מורכבת, שהפתרון לה הוא אבולוציוני. כבר נפסק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) כי "השינוי שוועדת טל המליצה עליו, ושהכנסת ביקשה להגשימו, הוא שינוי הדרגתי המבוסס על הסכמה... 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... 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". בית המשפט הגיע אז למסקנה כי "אם לא יחול שינוי מהותי בתוצאות הפעלתו של החוק, יהא מקום לשקול את הכרזתו כבטל". כחברתי, השופטת ע' ארבל, סבורני כי על אף חלוף הזמן מאז שניתן פסק הדין בבג"ץ 6427/02, עדיין לא הגענו אל סופה של הדרך וכי לא יהא זה נכון להכריע בשלב זה בגורלה של העתירה. על כן,

מצטרף אני לעמדתה של השופטת ע' ארבל כי יש לאפשר למשיבים להגיש בחודש יולי 2012 עדכון באשר לקצב התקדמות ההליכים ובאשר לאמצעים בהם נוקטת הרשות המבצעת ליישום תכליותיו של החוק.

כפי שמציינת חברתי, הנשיאה ד' ביניש, נראה כי חוק דחיית השירות לא מילא עד היום את התקוות הרבות שתלו בו. למסקנה זו שותפים כיום גם הגופים הפוליטיים השונים, עד כי יש להניח כי התוצאה שמציעה חברתי הנשיאה, המשקפת את עמדת רוב שופטי ההרכב, תואמת בפועל את הפרקטיקה הפוליטית המסתמנת. יש לקוות כי הגוף המחוקק, שעומד ממילא לבחון מהותית את הוראות החוק, ינצל את פרק הזמן שנותר לבחינה קפדנית וכי בשים לב להערותיו של בית המשפט – בפסק דין זה ובפסקי הדין הקודמים שעסקו בנושא – יעלה בידיו לקבוע הסדר חדש, חוקתי, המסדיר את הסוגיה בכללותה.

אשר על כן, מצטרף אני לעמדת חברתי, השופטת ע' ארבל, לפיה יש להותיר את העתירות תלויות ועומדות, ולהורות למשיבים להגיש בחודש יולי 2012 הודעת עדכון באשר לקצב התקדמות ההליכים ובאשר לאמצעים בהם נוקטת הרשות המבצעת ליישום תכליותיו של החוק.

המשנה לנשיאה

הוחלט ברוב דעות הנשיאה ד' ביניש, השופטת מ' נאור, השופט א' רובינשטיין, השופטת א' חיות, השופט ח' מלצר והשופט נ' הנדל לקבל את העתירות ולהפוך את הצו על תנאי למוחלט במוכן זה שחוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, במתכונתו הנוכחית לא יוארך ותוקפו יפוג ביום 01.08.2012. זאת, כנגד דעתם החולקת של המשנה לנשיאה א' דיבלין והשופטת ע' ארבל, שסברו כי יש להותיר את העתירות תלויות ועומדות תוך קבלת הודעות מעדכנות באשר ליישום העתידי של החוק; וכנגד דעתו החולקת של השופט א' גרוניס שסבר כי יש לדחות את העתירות.

ניתן היום, כ"ח בשבט התשע"ב (21.02.2012).

שופט

המשנה לנשיאה

הנשיאה

שופט

שופטת

שופטת

שופט

שופט

שופטת