



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1877/14

בג"ץ 1937/14

בג"ץ 2260/14

בג"ץ 8017/15

לפני :

כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט א' שהם

העותרת בבג"ץ 1877/14 : התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותרים בבג"ץ 1937/14 :
1. עו"ד איתי בן חורין
2. הפורום לשוויון בנטל, ע"ר
3. עו"ד איתן גינזבורג

העותרת בבג"ץ 2260/14 : עמותת הרצליה למען תושביה, ע"ר

העותרות בבג"ץ 8017/15 :
1. מפלגת "יש עתיד" בראשות יאיר לפיד
2. התאחדות הסטודנטים והסטודנטיות בישראל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 1877/14 :
1. הכנסת
2. ממשלת ישראל
3. שר הביטחון
4. צה"ל
5. המדפיס הממשלתי

המשיבים בבג"ץ 1937/14 :
1. כנסת ישראל
2. ממשלת ישראל
3. שר הביטחון

המשיבים בבג"ץ 2260/14 :
1. מדינת ישראל – ממשלת ישראל
2. משרד הביטחון
3. מדינת ישראל – כנסת ישראל – המדפיס
הממשלתי

- המשיבים בבג"ץ 8017/15 :
 1. ראש ממשלת ישראל
 2. שר הביטחון
 3. היועץ המשפטי לממשלה
 4. הממשלה ה-34
 5. כנסת ישראל

התנגדות לצו על תנאי

תאריכי הישיבות : י"ח בחשוון התשע"ה (11.11.2014)
 ט' בניסן התשע"ו (17.4.2016)

- בשם העותרת בבג"ץ 1877/14 : עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד תומר נאור ;
 עו"ד צרויה מידד-לוזון
- בשם העותרים בבג"ץ 1937/14 : עו"ד איתי בן-חורין ; עו"ד איתן גינזבורג
- בשם העותרת בבג"ץ 2260/14 : עו"ד ד"ר שמואל סעדיה ; עו"ד עמית המפל
- בשם העותרות בבג"ץ 8017/15 : עו"ד גיא בוסי ; עו"ד רונן אביאני
- בשם המשיבה 1 בבג"ץ 1877/14
 ובבג"ץ 1937/14, המשיבה 3
 בבג"ץ 2260/14 והמשיבה 5
 בבג"ץ 8017/15 : עו"ד ד"ר גור בליי
- בשם המשיבים 2-5 בבג"ץ
 1877/14, המשיבים 2-3 בבג"ץ
 1937/14, המשיבים 1-2 בבג"ץ
 2260/14 והמשיבים 1-4 בבג"ץ
 8017/15 : עו"ד דנה בריסקמן ; עו"ד נחי בן אור ;
 עו"ד אבישי קראוס

פסק-דין

הנשיאה מ' נאור:

1. לפנינו ארבע עתירות חוקתיות המופנות נגד תיקונים מספר 19 ו-21 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות ביטחון או: החוק) שבהם הסדירה הכנסת את סוגיית גיוסם לצבא של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם" (להלן: תלמידי הישיבות).

רקע הדברים

2. בשנת 1949 החליט שר הביטחון דוד בן גוריון לדחות את שירותם הצבאי של 400 תלמידי ישיבה. החלטה זו הולידה את מדיניות דחיית השירות של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם", מדיניות שממשלות ישראל לדורותיהן המשיכו בה. לימים עוגנה מדיניות זו בחקיקה ראשית של הכנסת ובמרוצת הזמן נכנסו למעגל הדחייה עשרות אלפי תלמידי ישיבה. רובם המוחלט קיבל פטור מהשירות בצבא.

הסדר הדחייה יצר מחלוקת קשה ונוקבת בחברה הישראלית. לעמדתם של המצדדים בהסדר, יש לאפשר לתלמידי הישיבות להתמסר ללימודיהם תחת שירות בצבא ובדרך זו לשקם את העולם התורני המפואר שכמעט ונחרב בשואה. המצדדים בהסדר מוסיפים ומטילים ספק ביעילות שירותם הצבאי של תלמידי הישיבות עקב קשיי ההסתגלות הכרוכים בכך. לעומתם עומדים המתנגדים להסדר על ההפליה, תחושות הקיפוח וההשלכות החברתיות השליליות שהוא הוליד. להשקפתם, אין הצדקה לכך שרבים מבנותיה ובניה של החברה יישאו על גבם את עיקר העול הצבאי והכלכלי במדינה, שעה שרבים אחרים, ובהם חרדים, לא תורמים את חלקם במידה שווה. ההיסטוריה של מחלוקת חברתית זו היא כהיסטוריה של מדינת ישראל עצמה (כדברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 491 (1998) (להלן: פרשת רובינשטיין)). היא הפכה ברבות הימים לסוגיה משפטית חוקתית שנדונה והוכרעה על ידי בית משפט זה כבר כמה פעמים, ועתה - פעם נוספת.

מדיניות דחיית השירות – פסיקת בית המשפט העליון

3. הסדר דחיית השירות של תלמידי הישיבות החל כאמור בשנת 1949 מכוח החלטה של שר הביטחון לדחות את שירותם הצבאי של תלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם" ובהמשך לפטור אותם מהשירות בצבא. העתירות הראשונות שבהן נתקפה מדיניות זו הוגשו לבית משפט זה בתחילת שנות השבעים של המאה הקודמת. באותן עתירות נטען כי שר הביטחון חורג מסמכותו בהעניקו דחיית שירות למספרים גדלים והולכים של מיועדים לשירות ביטחון מקרב הציבור החרדי. פעם אחר פעם נדחו העתירות על הסף בשל היעדר זכות עמידה ואי-שפיטות (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)). נקודת מפנה משמעותית נרשמה בעתירה שהוגשה בשנת 1986 (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988)). בעתירה זו הסיר בית המשפט את מגבלות הסף והסכים לבחון את מדיניות דחיית

השירות. עם זאת לגופה של העתירה נפסק כי אין מקום להתערב במדיניות בהתחשב בנתונים העובדתיים שהוצגו באותה פרשה, שהצביעו על כך שרק כ-5.4% מכלל מחזור הגיוס באותה תקופה היו תלמידי ישיבות שקיבלו דחיית גיוס. בפרשת רובינשטיין שהוכרעה בשנת 1998 התערב בית משפט זה לראשונה בסוגיית דחיית השירות. בפרשה זו הוצג לבית המשפט נתון, עדכני לשנת 1996, שלפיו כ-7.4% משנתון הגיוס הם תלמידי ישיבות ששירותם נדחה. לאור היקפם הגדל והולך של תלמידי הישיבות שנכנסו ל"מעגל הדחייה" קבע בית המשפט בפרשת רובינשטיין כי שאלת גיוסם של תלמידי הישיבות הפכה כזו המחייבת הכרעה באמצעות "הסדר ראשוני", דהיינו הסדר המעוגן בחקיקה ראשית של הכנסת ולא מכוח מדיניות הנקבעת כולה על ידי הרשות המבצעת. על כן נקבע בפרשת רובינשטיין כי שר הביטחון מפעיל שלא כדין את סמכותו בעניין דחיית השירות של תלמידי הישיבות ש"תורתם אומנותם" והוא אינו רשאי עוד להכריע בשאלת גיוס תלמידי הישיבות מבלי שהכנסת תאמר את דברה.

4. העניין הגיע לפתחה של הכנסת כדי שתפעל להסדרת העניין בחקיקה ראשית. על מנת לאפשר דיון מקיף בנושא החליט בית המשפט כמה פעמים להשעות את תוצאת ההכרעה שנפלה בפרשת רובינשטיין. בסופו של יום קיבלה הכנסת את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן: חוק דחיית השירות). החוק התקבל על בסיס המלצותיה של ועדה ציבורית שבראשה עמד השופט (בדימ') צ' א' טל, ומכאן הכינוי שדבק בחוק "חוק טל". חוק דחיית השירות הסמיך את שר הביטחון לתת לתלמיד ישיבה צו דחיית שירות למשך שנה, שניתן להארכה בשנה נוספת כל פעם, ובלבד שהתלמיד עמד בתנאים הפרטניים לכך. התנאים המרכזיים לקבלת צו דחיית שירות היו השלמת מכסת שעות לימוד מינימלית בישיבה ואיסור על עבודה בשעות הלימוד. עוד נקבע בחוק כי תלמיד ישיבה שגיוסו נדחה במשך ארבע שנים לפחות ושמלאו לו 22 שנים רשאי יהיה לצאת ל"שנת הכרעה" שבמהלכה יוכל לעבוד ושבסיומה יוכל לבחור אם לשוב ללימודים בישיבה או להתגייס לשירות צבאי או לשירות אזרחי. החוק גם איפשר לתלמיד ישיבות כאמור להצטרף מיד למסלול של שירות אזרחי, מבלי לצאת קודם לכן ל"שנת הכרעה". תלמיד ישיבה שהחליט שלא לצאת ל"שנת הכרעה" יכול היה להמשיך לקבל דחיית שירות ובלבד שעמד בתנאים שנקבעו בחוק.

5. שאלת חוקתיותו של חוק דחיית השירות נדונה לראשונה בבית משפט זה בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) (לפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין והשופטים ד' ביניש, א' פרוקצ'יה, א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור, ס' גובראן ו-א' חיות) (להלן: פרשת התנועה

למען איכות השלטון). בפסק הדין נקבע מפי הנשיא א' ברק ובדעת רוב שופטי ההרכב כי אף שחוק דחיית השירות נחקק לתכלית ראויה, הוא פוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם בהיותו מפלה ופוגע בשוויון. בפסק הדין נקבע שלא כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בכבוד האדם. אולם בהתאם לפרשנות שניתנה לכבוד האדם בפסק הדין נקבע כי חוק דחיית השירות גורם לפגיעה בשוויון העולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד. כן נקבע בפסק הדין כי החוק אינו מקיים את מבחן המידתיות הראשון הבודק קיומו של קשר רציונאלי בין תכליות החוק לבין האמצעי שננקט להגשמתן. קביעה זו נסמכה בעיקרה על הנתונים שהוצגו לבית המשפט, שהצביעו על כך שמספרם של תלמידי הישיבות דחויי השירות המשיך לגדול בהתמדה במשך השנים; שהמסלולים החלופיים לשירות הצבאי כמעט ולא יושמו; ושכמעט ולא נרשמה השתלבות של תלמידי הישיבות בכלכלה הישראלית ובשוק התעסוקה. בית המשפט הבהיר לעניין זה כי חוק דחיית השירות נועד "לקדם את השוויון" ולהביא לכך ש"חוסר השוויון יפחת" (שס, בעמ' 712 ו-710 (בהתאמה) (הנשיא א' ברק)). על אף המסקנה כי אין בהסדריו של החוק קשר רציונאלי בין מטרותיו לבין האמצעים שנקבעו בחוק להגשמת המטרות (שס, בעמ' 713 (הנשיא א' ברק)), נמנעו שופטי הרוב מלהכריז על החוק לא-חוקתי. זאת, משום שהוא נחקק במתכונת של הוראת שעה שתוקפה חמש שנים ובהתחשב בטענת המשיבים כי הנתונים שהוצגו לבית המשפט אינם תוצר של פגמים שנפלו בחוק עצמו אלא של ההסדרים שנקבעו בפועל להגשמתו. בית המשפט סבר שיש להמתין בגיבוש המסקנה בדבר חוקתיותו של חוק דחיית השירות עד לתום תוקפה של הוראת השעה, שאמורה הייתה לפקוע כעבור כשנה ושלושה חודשים. במועד זה, כך נפסק, ניתן יהיה לבחון אם האשם נפל בחוק עצמו או שמא בהסדרים להגשמתו כפי שטענו המשיבים. בית המשפט הבהיר שאם השינוי לא יבוא "קיים חשש רציני שהחוק יהפוך לבלתי חוקתי" (שס, בעמ' 722 (הנשיא א' ברק)). דעת הרוב ניתנה בניגוד לדעתו החולקת של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין שסבר שיש להצהיר על החוק בטל מעיקרו. השופט א' גרוניס סבר כי יש לדחות את העתירה אך נימוקיו היו שונים בתכלית מאלו של שופטי הרוב. עמדתו הייתה שאין מקום להפעיל ביקורת שיפוטית על חוק שבו הסכימה קבוצת הרוב להקנות זכות יתר לקבוצת המיעוט כחלק מפשרה חברתית.

6. בחלוף חמש השנים הראשונות ליישומו של חוק דחיית השירות החליטה הכנסת להאריך את תוקפו בחמש שנים נוספות. על רקע זה הוגשו בשנת 2007 חמש עתירות חוקתיות חדשות שתקפו פעם נוספת את הוראות החוק וכן תקפו את ההחלטה להאריך את תוקפו בחמש שנים. לאחר דיון בעתירות, ביום 8.9.2009 ניתנה החלטת ביניים מפי השופטת א' חיות, בהסכמת הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין

והשופטים א' פרוקצ'יה, א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור, א' רובינשטיין ו-ח' מלצר (בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (8.9.2009) (להלן: החלטת הביניים בפרשת רסלר)). בהחלטה ציינה חברתי השופטת א' חיות, בין השאר, כך:

"...עד כה קצב הטיפול במנגנונים המיועדים להפעלת החוק וקצב הקצאת המשאבים הנדרשים לצורך כך רחוקים מאד ממה שניתן היה לצפות לו בנסיבות העניין. זאת, בייחוד בהינתן פרק הזמן המשמעותי שחלף מאז נחקק החוק בשנת 2002. בית משפט זה הביע את מורת רוחו בהקשר זה כבר בפסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון שניתן ביום 11.5.2006, אך נראה כי גם מאז לא אצה הדרך לגורמים המופקדים על כך ברשות המבצעת וגרירת הרגליים נמשכת..." (שם, בפיסקה 9)

עם זאת, בית המשפט עמד על כך שבתקופה שקדמה לאותו מועד ביצעה הממשלה שורה של מהלכים לקידום הנושא שייתכן כי יובילו לשינוי מסוים. בהתחשב בכך החליט בית המשפט ליתן שהות נוספת בטרם הכרעה בשאלת חוקתיותו של חוק דחיית השירות ובדבר הארכת תוקפו. זאת, על מנת שניתן יהיה לברר האם יש ביכולתם של המנגנונים ליישום החוק שהחלו לפעול זמן קצר קודם לכן לחולל "שינוי משמעותי מהסוג שאליו כיוון פסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון" (שם, בפיסקה 10 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות).

7. ביום 21.2.2012 קבע בית המשפט העליון בדעת רוב של הנשיאה ד' ביניש והשופטים מ' נאור, א' רובינשטיין, א' חיות, ח' מלצר ו-נ' הנדל, כי חוק דחיית השירות אינו מקיים את תנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפיכך אינו חוקתי (בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012) (להלן: פרשת רסלר)). בכך חזר בית המשפט על העמדה העקרונית שהובעה על ידי שופטי הרוב בפרשת התנועה למען איכות השלטון. אלא שהפעם הוא הוסיף ובדק את אופן יישומו של החוק במבחן הזמן. מסקנתם של שופטי הרוב, שנסמכה על הנתונים הכמותיים שהוצגו לבית המשפט, הייתה כי דרך יישום החוק מלמדת שאין בו כדי להגשים את תכליותיו וכי הוא נכשל במבחן הקשר הרציונאלי. בכך נדחתה למעשה הטענה שהעלו המשיבים בפרשת התנועה למען איכות השלטון, שלפיה הנתונים הלא מעודדים בדבר קצב גיוס תלמידי הישיבה אינם תוצר של החוק עצמו כי אם של ההסדרים למימושו. מסקנתם של שופטי הרוב הייתה כי בחוק נפל "פגם גנטי", וכי הוא הפך "לכלי להנצחת המצב שהיה קיים עובר לחקיקתו" (שם, בעמ' 70 (הנשיאה ד' ביניש)). מאחר שהחוק נחקק כהוראת שעה ותוקפו עמד לפקוע בסמוך למועד מתן פסק הדין ובהתחשב בנסיבות שתוארו בפסק הדין, קבעו שופטי הרוב כי החוק יעמוד על כנו עד לסיום תוקפו ביום

1.8.2012. פסק הדין ניתן בניגוד לדעתם החולקת של המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטת ע' ארבל שסברו כי יש להותיר את העתירות תלויות ועומדות לצורך קבלת הודעות מעדכנות בדבר יישומו העתידי של החוק, ובניגוד לדעתו החולקת של השופט א' גרוניס, שחזר על העמדה המשפטית העקרונית שהביע בפרשת התנועה למען איכות השלטון.

8. ביום 1.8.2012 פקע, אם כן, תוקפו של חוק דחיית השירות. עד אותו מועד לא עלה בידי הכנסת לחוקק הסדר חדש בנושא גיוסם של תלמידי הישיבות. הדבר הוביל להגשת עתירות לבית משפט זה: בשתיים מהן נטען כי בשל פקיעת תוקפו של החוק מחויבת המדינה לאכוף את הוראות חוק שירות ביטחון על כלל תלמידי הישיבות ולגייסם לצבא (בג"ץ 5823/12 ובג"ץ 6704/12). בעתירה אחרת נטען נגד המשך התמיכה הכספית במוסדות התורניים (בג"ץ 6101/12). הדיון בשלוש העתירות עבר גלגולים שונים וניתנו בהן כמה צווי ביניים (ראו את השתלשלות העניינים המפורטת בפסקה 2 בפסק הדין בעתירות הנ"ל (בג"ץ 5823/12 התנועה למען איכות השלטון נ' שר הביטחון (1.4.2014) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון 2)). בשעה שהעתירות היו תלויות ועומדות נערכו בחירות לכנסת ה-19 וביום 18.3.2013 הושבעה ממשלה חדשה בראשות חבר הכנסת בנימין נתניהו. ביום 7.4.2013 החליטה הממשלה החדשה להקים ועדת שרים לעניין השוויון בנטל בשירות הצבאי, בשירות האזרחי ובשוק העבודה, בראשות השר יעקב פרי. ועדת פרי קיימה דיונים רבים, שמעה מומחים וגיישה את המלצותיה. בחודש יוני 2013 הופץ תזכיר חוק ממשלתי לתיקון חוק שירות ביטחון ותזכיר חוק נוסף שבו ביקשה הממשלה להסדיר את נושא השירות הלאומי-אזרחי. שתי הצעות החוק עברו בקריאה ראשונה בכנסת בחודש יולי 2013. מיד לאחר מכן הוקמה בכנסת ועדה מיוחדת לדיון בהצעות החוק בראשות חברת הכנסת איילת שקד. גם ועדה זו ניהלה הליך מורכב ומקיף שכלל כ-50 דיונים. הוצגו בפניה סקירות והערכות מפי אנשי צבא, גורמי ממשלה ואישי ציבור שעסקו בסוגיה בעשורים האחרונים, ובדיוניה השתתפו נציגים ממרבית סיעות הכנסת. ביום 4.3.2014 סיימה ועדת שקד את מלאכתה וביום 12.3.2014 התקבל בקריאה שנייה ושלישית בכנסת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד-2014 (להלן: תיקון 19). בו ביום קיבלה הכנסת אף את חוק שירות לאומי-אזרחי, התשע"ד-2014 (להלן: חוק שירות לאומי-אזרחי), שלהוראותיו נתייחס בהמשך הדברים. בעקבות קבלת תיקון 19 נמחקו העתירות בעניין התנועה למען איכות השלטון 2.

9. לאחר מכן הוגשו העתירות בבג"ץ 1877/14, בג"ץ 1937/14 ובג"ץ 2260/14 שתקפו את תיקון 19 (להלן: עתירות תיקון 19), וביום 13.6.2014 ניתן בהן צו-על-

תנאי. הדיון בתשובות התקיים ביום 11.11.2014 לפני הרכב מורחב (הנשיא א' גרוניס, המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים א' רובינשטיין, א' חיות, ח' מלצר, י' דנציגר, נ' הנדל, ע' פוגלמן ו-י' עמית), ובהמשך הוגשו על ידי המשיבים נתונים עובדתיים שונים שנתבקשו על ידי בית המשפט. בטרם עלה בידינו לתת את פסק הדין ובטרם יבש הדיון על תיקון 19 התקיימו ביום 17.3.2015 הבחירות לכנסת העשרים. ביום 14.5.2015 הושבעה ממשלה חדשה בראשות חבר הכנסת בנימין נתניהו. ביום 16.11.2015 פורסמה הצעת חוק ממשלתית לתיקון חוק שירות ביטחון. ביום 24.11.2015 קיבלה הכנסת את חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015 (להלן: תיקון 21) שבו נערכו שינויים נוספים בחוק שירות ביטחון, ביחס לסוגיית גיוסם של תלמידי הישיבה. מיד נתאר את הוראות החוק בעקבות קבלת תיקון 21. באותו יום ממש הוגשה על-ידי סיעת "יש עתיד" בכנסת ועל ידי התאחדות הסטודנטים והסטודנטיות בישראל עתירה חוקתית נגד תיקון 21 (בג"ץ 8017/15) (להלן: עתירת תיקון 21). העתירה כללה גם בקשה למתן צו ביניים שיורה למשיבים להימנע מדחיית או מהענקת פטור משירות צבאי לתלמידי הישיבות החרדיות עד תום בירור העתירה. בקשה דומה הוגשה ביום 2.12.2015 גם במסגרת עתירות תיקון 19. ביום 6.1.2016 הוצא צו-על-תנאי בעתירת תיקון 21, והוחלט על איחוד הדיון בעתירה זו עם עתירות תיקון 19. הבקשות לצווי ביניים נדחו. דיון מאוחד בכל העתירות התקיים בפנינו ביום 17.4.2016.

לפנינו אפוא ארבע עתירות חוקתיות. שלוש מהן הוגשו נגד תיקון 19. העתירה הרביעית הוגשה נגד תיקון 21.

הערה מקדימה – מסגרת הדיון

10. לפני שנפנה לדון בהוראותיו המעודכנות של חוק שירות ביטחון נקדים ונבהיר כבר עתה כי אין בכוונתנו להידרש לשאלת חוקתיותו של תיקון 19 לבדו או של תיקון 21 לבדו, כתיקונים העומדים בפני עצמם. כמו כן לא נשווה בין הוראותיהם של שני התיקונים בבחינת "מצא את ההבדלים" ולא נביע עמדה בשאלה אם הוראותיו של התיקון האחד עדיפות – מבחינה חוקתית – על הוראותיו של התיקון האחר. הדיון המשפטי בפסק-הדין יתייחס למכלול הוראותיו של החוק החל היום, לאחד קבלת תיקון 21. זאת משני טעמים מרכזיים. ראשית, בית המשפט אינו אמור להעסיק עצמו בשאלות תיאורטיות. השאלה אם תיקון 19 צולח את תנאיה של פסקת ההגבלה – במנותק מתיקון 21 – הפכה תיאורטית בעקבות חקיקת תיקון 21, שקבע הסדרים שחלקם שונים משמעותית מהוראות תיקון 19. לכל העותרים – כולל העותרים בעתירות תיקון 19 – ניתנה הזדמנות דיונית מלאה להתייחס להוראותיו של תיקון 21. מעבר להיבט

התיאורטי, ניתוח חוקתי השוואתי בין תיקון 19 לבין תיקון 21 אך יכביד ויסרב את הדיון שלפנינו שלא לצורך. להמחשת הדברים די לעיין בעמדותיהם השונות של העותרים עצמם ביחס לשני התיקונים: חלק מהעותרים טוענים כי יש לבטל את תיקון 21 אך לקבוע כי תיקון 19 חוקתי. זו עמדתה של העותרת 1 בבג"ץ 8017/15, מפלגת "יש עתיד", שהייתה אחד הגורמים הפוליטיים המרכזיים שהובילו לחקיקת תיקון 19. מצד עותרת זו לא נשמעה כמובן כל טענה כי תיקון 19 אינו חוקתי והדברים ברורים. מנגד, חלק מהעותרים שהגישו את העתירות שהופנו נגד תיקון 19 טוענים כי שני התיקונים אינם חוקתיים.

11. לסיכום נקודה זו, הכנסת בחרה לתקן את הוראות תיקון 19 ולחוקק תיקון חדש לחוק שבו נערכו שינויים משמעותיים בהסדר הגיוס החל על תלמידי הישיבות – הוא תיקון 21. בהתחשב באמור לעיל אין מקום לקיים ביקורת שיפוטית כפולה, לתיקון 19 בנפרד ולתיקון 21 בנפרד, ואף אין מקום לביקורת שיפוטית השוואתית בין שני התיקונים. נפנה אפוא עתה לסקירת ההוראות העומדות לביקורת שיפוטית, דהיינו לתיאור ההסדר הנוכחי שקבעה הכנסת ביחס לשאלת גיוסם של תלמידי הישיבות ש"תורתם אומנותם". מעתה ואילך נתייחס להוראות הסדר זה כולו – בעקבות קבלתו של תיקון 21 – כאל "הסדר הגיוס החדש".

הסדר הגיוס החדש – גיוס תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" – בסיס ההסדר

12. הסדר הגיוס החדש שקבעה הכנסת מעגן בחקיקה ראשית את סמכותו של שר הביטחון לדחות את שירותם הצבאי של תלמידי הישיבות ולפטור אותם בשלב מסוים מהשירות. בהסדר הגיוס החדש נערכו שינויים תפישתיים ומבניים, בהשוואה לחוק דחיית השירות, ונקבע בו הסדר מורכב יותר מזה שנקבע בחוק האמור. כבר עתה ייאמר שהסדר הגיוס החדש בנוי, מבחינת מבנה החוק והסדר הפנימי שבו, באופן מפותל וסבוך. דרך ניסוחו של החוק וסדר הוראותיו, המפנות זו לזו כמעין "פלונטר", מקשה מאד על הבנתו. על מנת שלא להלאות את הקורא בסבך רב של סעיפי חוק, נציג תחילה את עקרונותיו הבסיסיים של הסדר הגיוס החדש תוך הפנייה להוראותיו המרכזיות. בהמשך נידרש להוראות פרטניות נוספות שלא עמדו במוקד טענותיהם של בעלי הדין.

13. אין עוררין שאחד החידושים המרכזיים בהסדר הגיוס החדש עניינו במעבר ממודל אישי של דחיית גיוס למודל קולקטיבי של דחיית גיוס. מודל קולקטיבי זה מבוסס על שני נדבכים מרכזיים שנקבעו בחוק:

(א) הנדבך הראשון עניינו בסמכותה של הממשלה לקבוע יעדי גיוס לכלל הציבור החרדי. עמידה ביעדי הגיוס אמורה לאפשר לאלו שלא התגייסו להמשיך בלימודיהם בישיבה ולדחות את שירותם. בעוד שחוק דחיית השירות איפשר את דחיית שירותו של תלמיד ישיבה בהתאם להכרעתו האישית כל עוד הוא עמד בתנאי החוק (ובפרט במילוי מכסת שעות לימוד בישיבה), הרי שדחיית גיוס לפי ההסדר החדש כפופה לכאורה לעמידתו של כלל הציבור החרדי במכסות גיוס לפי יעדים שקבעה הממשלה. יש לציין שגם במסגרת המודל הקולקטיבי שנקבע בהסדר הגיוס החדש נותרו עדיין תנאים אינדיבידואליים שרק בהתקיימם ניתן לדחות את שירותו הצבאי של תלמיד ישיבה פלוני, ועל כך נרחיב בהמשך.

(ב) הנדבך השני עניינו משמעות העמידה או אי-העמידה ביעדי הגיוס. בהקשר זה מבחין החוק בין שתי תקופות שבכל אחת מהן חל משטר גיוס שונה: (1) "תקופת הסתגלות ראשונה" (עד שנת 2020), שבה אין למעשה כל נפקות ליעדי הגיוס; (2) "תקופת הסתגלות שנייה" (בשנים 2020-2023), שבה יש נפקות מסוימת ליעדים (לאחר תקופת ההסתגלות השנייה לא קבוע כל הסדר בחוק ועל משמעות הדבר עוד ידובר להלן). להמחשת הדברים, והמספרים מובאים לצורך הדוגמה בלבד: אם בשנה מסוימת עומד מספרם של המיועדים לשירות ביטחון בקרב הציבור החרדי על 10,000 תלמידי ישיבות, ויעד הגיוס שקבעה הממשלה הוא 4,000, אזי עמידה ביעד זה אמורה לאפשר ל-6,000 תלמידי ישיבות להמשיך בהסדר הדחייה ולא להתגייס. יצוין כבר עתה כי בתקופת ההסתגלות השנייה ניתנה לשר הביטחון הסמכות לאפשר את המשך הסדר הדחייה גם כאשר לא נרשמה עמידה ביעדים, בסייגים מסוימים. על פי הדוגמה המספרית שהובאה לעיל, אם בתקופת ההסתגלות השנייה התגייסו רק 3,000 תלמידי ישיבה ולא הוגשם יעד הגיוס של 4,000, השר עדיין רשאי לאפשר לחלק מתלמידי הישיבות שלא להתגייס.

נתאר להלן את הוראות הדין הרלוונטיות לכל אחד מהנדבכים הללו ודרכם נעמוד על עיקריו של הסדר הגיוס החדש. בהמשך נידרש גם לתנאים האישיים שבהם חייב לעמוד תלמיד ישיבה על מנת להיכנס להסדר הדחייה.

(א) נדבך ראשון - סמכות הממשלה לקביעת יעדי גיוס

14. כאמור אחד החידושים המרכזיים של הסדר הגיוס החדש נוגע לסמכות שהוקנתה לממשלה לקבוע יעדי גיוס לציבור החרדי כולו, דהיינו קביעת יעד גיוס

קולקטיבי עבור כלל תלמידי הישיבות. מילוי מכסה זו אמור לאפשר לחברי הקבוצה שלא התגייסו להמשיך בהסדר הדחייה (עד לקבלת פטור משירות) ולהתמסר ללימודיהם בישיבה, ובלבד שכל תלמיד ששירותו נדחה עמד בתנאי הדחייה האישיים. עם זאת, כפי שנראה בהמשך אין מדובר בכלל ברזל וקיימת אפשרות להמשיך את הסדר הדחייה גם בהיעדר עמידה ביעדים. דרך קביעת יעדי הגיוס על ידי הממשלה הוסדרה בסעיף 26טו לחוק הקובע:

”(א) ...

(ב) הממשלה תפעל, בתקופת ההסתגלות הראשונה ובתקופת ההסתגלות השנייה, להגדלה הדרגתית של מספר המתגייסים בפועל לשירות סדיר ולשירות לאומי-אזרחי (בסעיף זה – גיוס לשירות) מקרב תלמידי הישיבות ובוגרי מוסדות החינוך החרדים.

(ג) לשם הגדלה הדרגתית של מספר המתגייסים, תחליט הממשלה, בין השאר, על יעדים שנתיים של גיוס לשירות, בתקופת ההסתגלות הראשונה ובתקופת ההסתגלות השנייה, ועל אופן השגתם; היעדים השנתיים יכללו –

(1) יעד שנתי לגיוס לשירות סדיר שייקבע בשם לב להמלצת שר הביטחון;

(2) יעד שנתי לגיוס שירותי לאומי-אזרחי, בחלוקה לשירות אזרחי-ביטחוני ושירות אזרחי-חברתי שייקבע בשם לב להמלצת השר הממונה על חוק שירות לאומי-אזרחי (בפרק זה – השר הממונה);

(3) יעד שנתי מצטבר, הכולל את היעדים השנתיים המפורטים בפסקאות (1) ו-(2) (בסעיף זה – יעד שנתי כולל).

(ג) בקביעת אופן השגתם של היעדים השנתיים כאמור בסעיף קטן (ג), תיתן הממשלה את דעתה לתכניות הרב-שנתיות שגיבש הצוות לפי סעיף 26טו.

(ד) בקביעת יעדי הגיוס תיתן הממשלה את דעתה גם למספר המיועדים לשירות ביטחון שניתן להם צו דחיית שירות לפי סעיף 26כ(ב) עד הגיעם לגיל 26, ולמספר יוצאי הצבא שניתן להם פטור לפי סעיף 26ה(ד) או 26ט(ו).

(ה) יעדי הגיוס יעלו מדי שנת גיוס ובלבד שהיעד השנתי הכולל לשנת הגיוס שתחילתה בחודש יולי 2013, לא יפחת מ-3,300 מתגייסים לשירות.

(ו) עלה על 1,000, בשנת גיוס מסוימת, מספר המתגייסים לשירות סדיר עד גיל 20 כלוחמים, יראו,

לעניין יעדי הגיוס, כל שני מתגייסים נוספים עד גיל 20 כלוחמים, כשלושה; לעניין זה, 'לוחם' – כהגדרתו בפקודות הצבא."

15. הממשלה אכן קבעה יעדי גיוס כאמור לגבי השנים הראשונות של ביצוע החוק. ביום 28.7.2013, ועל רקע המהלכים המתגבשים לחקיקת תיקון 19, נתקבלה החלטת ממשלה משלימה להצעת החוק (החלטה 638 של הממשלה ה-33 "שילוב חרדים ובני מיעוטים בשירות צבאי ואזרחי לצורך שילובם בשוק העבודה וליצירת שוויון בנטל הביטחוני והכלכלי" (28.7.2013)) (להלן: החלטה 638)). בסעיף 14 להחלטה זו קבעה הממשלה את יעדי הגיוס עד לשנת הגיוס 2016, שתסתיים ביום 30.6.2017 (שנת גיוס נמנית, בהתאם לסעיף 26ב, לחוק מיום 1 ביולי ועד 30 ביוני). יעד הגיוס הכולל בשנת הגיוס 2013 נקבע על 3,300 מתגייסים (2,000 לשירות סדיר ו-1,300 לשירות האזרחי); בשנת הגיוס 2014 – 3,800 מתגייסים (2,300 לשירות סדיר ו-1,500 לשירות האזרחי); בשנת הגיוס 2015 – 4,500 מתגייסים (2,700 לשירות סדיר ו-1,800 לשירות האזרחי); ובשנת הגיוס 2016 – 5,200 מתגייסים (3,200 לשירות סדיר ו-2,000 לשירות האזרחי).

16. לצורך שאלת העמידה ביעדים יש לבחון כמובן מי נמנה עם קבוצה זו. יעדי הגיוס הנ"ל מתייחסים למי שהם "תלמידי הישיבות ובוגרי מוסדות החינוך החרדים" (סעיף 26טו(ב) לחוק). המונח "ישיבה" הוגדר בסעיף 26ב כ: "ישיבה או כולל שמתקיימים בהם לימודים תורניים והכלולים ברשימה שגיבש לעניין זה שר הביטחון..." (ראו גם סעיף 26כד המסדיר את אופן גיבוש רשימת הישיבות הרלוונטיות לצורך הסדר הגיוס החדש על ידי שר הביטחון). "בוגר מוסד חינוך תרבותי", שגם אליו כאמור מתייחסים יעדי הגיוס, הוגדר בסעיף 26טו(א) לחוק כדלקמן:

"בוגר מוסד חינוך חרדי" – מי שלמד בין גיל 14 לגיל 18, שנתיים לפחות, במוסד חינוך שהוא אחד מאלה:

- (1) מוסד חינוך תרבותי ייחודי, כהגדרתו בחוק מוסדות תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, המיועד לקבוצת האוכלוסייה המפורטת בפסקה (1) להגדרה 'קבוצה תרבותית ייחודית' בחוק האמור;
- (2) מוסד לימודי חרדי או חלק ממוסד לימודי המיועד לתלמידים חרדים, שקבע, בצו, שר הביטחון, בהתייעצות עם שר החינוך או עם שר הכלכלה, לפי העניין, ובאישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת." (ההדגשות נוספו, מ.נ.)

(כ) נדבך שני – משמעותם המעשית של יעדי הגיוס

17. הנדבך השני של הסדר הגיוס החדש עניינו משמעותם המעשית של יעדי הגיוס. הסדר הגיוס החדש תוחם לעניין זה שתי תקופות זמן נפרדות: התקופה שמתחילה ביום תחילת החוק (20.3.2014) ומסתיימת ביום 30.6.2020, המכונה "תקופת ההסתגלות הראשונה"; והתקופה שמתחילה ביום 1.7.2020 ומסתיימת ביום 30.6.2023 אשר מכונה "תקופת ההסתגלות השנייה" (שתי תקופות אלו הוגדרו בסעיף 26ב לחוק).

תקופת ההסתגלות הראשונה

18. תקופת ההסתגלות הראשונה (20.3.2014-30.6.2020) הוסדרה בסימן ב' בפרק ג' 1 לחוק. בתקופה זו אין ליעדי הגיוס כל נפקות בחיי המעשה. המחוקק קבע כי אי-העמידה ביעדי הגיוס במהלך תקופה זו אינה מונעת משר הביטחון להפעיל את סמכותו ולדחות את שירותם הצבאי של תלמידי ישיבה. סמכות זו אינה תלויה כלל וכלל ביעדי הגיוס והיא עומדת בפני עצמה, אך קיימים הבדלים בין שלוש קבוצות גיל שונות:

קבוצת הגיל הראשונה היא תלמידי הישיבות שמלאו להם 22 שנים ביום 20.3.2014, הוא יום תחילת החוק (כלומר, מי שיהיו בני 28 ומעלה בתום תקופת ההסתגלות הראשונה, ביום 30.6.2020). מדובר בתלמידים המבוגרים יותר ששירותם הצבאי כבר נדחה בעבר מכוח חוק דחיית השירות, וצו דחיית השירות שניתן לכל אחד מהם עמד בתוקף ביום פקיעת אותו חוק (סעיף 26ט(א) לחוק). הסדר הגיוס החדש מעניק למי שנמנה עם קבוצה זו את האפשרות לבחור אם לשרת בצבא או בשירות הלאומי-אזרחי, או שלא לשרת כלל. מי שיבחר שלא לשרת, יוכל לקבל משר הביטחון פטור מיידי מחובת שירות בצבא, כבר עם כניסתו לתוקף של החוק, ללא קשר ליעדי הגיוס שקבעה הממשלה (סעיף 26ט(ו) לחוק).

קבוצת הגיל השנייה היא תלמידי הישיבות שמלאו להם 18 עד 22 שנים ביום תחילת החוק (משמע, אלה שיהיו בני 24 עד 28 שנים בתום תקופת ההסתגלות הראשונה, ביום 30.6.2020). תלמיד המשתייך לקבוצה זו יוכל לקבל צו דחיית שירות מדי שנה עד הגיעו לגיל 24, שאז יוכל לקבל פטור מהשירות הצבאי ובלבד שעמד בתנאים האישיים לדחיית שירות (סעיף 26ה לחוק). כל התלמידים המשתייכים לקבוצה זו יגיעו לגיל 24 במהלך תקופת ההסתגלות הראשונה וכולם יוכלו לקבל בסופו של דבר פטור מהשירות הצבאי, גם כן ללא כל קשר ליעדי הגיוס שקבעה הממשלה.

בקבוצת הגיל השלישית נכללים מי שטרם מלאו להם 18 שנים ביום תחילתו של החוק (כלומר מדובר באלה שמלאו להם 12 עד 18 שנים ביום תחילת החוק ושימלאו להם 18 עד 24 שנים בתום תקופת ההסתגלות הראשונה, ביום 30.6.2020). גם בני קבוצה זו יוכלו לקבל צו דחיית שירות מדי שנה, בלא כל קשר ליעדי הגיוס שקבעה הממשלה. עם זאת, בניגוד לשכבות הגיל המבוגרות יותר, שכבת גיל זו, שהנמנים עמה לא יגיעו לגיל 24 בתחילת תקופת ההסתגלות השנייה, תהא בהכרח כפופה למשטר שיחול בתקופת ההסתגלות זו, כפי שיפורט להלן.

19. לסיכום, במהלך תקופת ההסתגלות הראשונה, הסמכות שהוקנתה לשר הביטחון לדחות את שירותם של תלמידי הישיבות ואף לפטור את המבוגרים שביניהם מהשירות, אינה תלויה בעמידה ביעדי הגיוס שקבעה הממשלה. התלמידים שהיו בני 18 שנים לפחות ביום תחילת החוק יוכלו במהלך תקופה זו לקבל פטור מהשירות, ללא קשר ליעדי הגיוס. לעומת זאת התלמידים הצעירים יותר, שהיו בני 18 שנים ומטה בעת תחילת החוק, יוכלו לקבל דחיית שירות עד תום תקופת ההסתגלות הראשונה ולאחר מכן יהיו כפופים לדין החל בתקופת ההסתגלות השנייה שיפורט מיד. מכל מקום, המשמעות היא שהסדר הגיוס בתקופת ההסתגלות הראשונה הוא הסדר וולונטארי לחלוטין שנעדר ממנו כל רכיב של כפיית שירות.

תקופת ההסתגלות השנייה

20. פני הדברים שונים לכאורה בתקופת ההסתגלות השנייה (1.7.2020-30.6.2023). תקופה זו הוסדרה בסימן ה' בפרק ג' 1 לחוק. בתקופה זו רשאי שר הביטחון להמשיך ולדחות מדי שנה את שירותם של תלמידי הישיבות, עד הגיעם לגיל 21 (סעיף 26 לחוק), וזאת בין אם נרשמה עמידה ביעדי הגיוס ובין אם לא. גם במהלך תקופת ההסתגלות השנייה אין אפוא נפקות ליעדי הגיוס ככל שמדובר בתלמיד ישיבה שמבקש את דחיית השירות וטרם מלאו לו 21 שנים. אולם, בשנה שבה מלאו לתלמיד הישיבה 21 שנים נודעת משמעות ליעדים וזו "השנה הקובעת" מבחינתו. זאת במובן הבא:

(א) אם הושגו יעדי הגיוס בשנת גיוס מסוימת במהלך תקופת ההסתגלות השנייה רשאי שר הביטחון להמשיך את דחיית השירות של תלמיד ישיבה שמלאו לו 21 שנים באותה שנה. השר רשאי להמשיך ולדחות מדי שנה את שירותו הצבאי עד הגיעו לגיל 26, שאז הוא רשאי לפטור את התלמיד מהשירות הצבאי. היינו, עמידה ביעדי הגיוס בשנה זו "מחסנת" את בני השנתון הרלוונטי מפני אי עמידה ביעדי הגיוס גם

בשנים שלאחר מכן, והם יוכלו להוסיף ולקבל דחיית שירות עד שיגיעו לגיל המאפשר מתן פטור משירות (גילאי 22-26). כך קובע לעניין זה סעיף 26כ לחוק:

”26כ. (א) הושגו יעדי הגיוס שעליהם החליטה הממשלה בשנת גיוס מסוימת החל משנת הגיוס שתחילתה בחודש יולי 2019, רשאי שר הביטחון להמשיך ולדחות, בצו, את מועד התייצבותו לשירות סדיר של מיועד לשירות ביטחון שמתקיים בו האמור בסעיף 26יט רישא, באותה שנת גיוס, עד הגיעו לגיל 26, אף אם לא הושגו יעדי הגיוס בשנות הגיוס שלאחר אותה שנת גיוס והכול במהלך תקופת ההסתגלות השנייה.

(ב) מיועד לשירות ביטחון שהוא תלמיד ישיבה ששירותו נדחה לפי סעיף קטן (א), עד הגיעו לגיל 26, רשאי שר הביטחון לפטור אותו, בצו, מחובת שירות סדיר.

(...)” (ההדגשות הוספו, מ.נ.)

(ב) ומה הדין אם לא הושגו יעדי הגיוס בשנת גיוס מסוימת במהלך תקופת ההסתגלות השנייה? במקרה כזה שר הביטחון לא יוכל (לכאורה) להפעיל את סמכותו ולדחות את שירותם הצבאי של מי שמלאו להם 21 שנים באותה שנה (סעיף 26כא לחוק). תחת זאת, יחול משטר הגיוס שנקבע בסעיף 26ז לחוק:

”26ז (א). מיועד לשירות ביטחון שניתן לו צו דחיית שירות לפי פרק זה, ופקע תוקפו של הצו לאחר שמלאו לו 21 שנים, רשאי פוקד, בצו, לקרוא לו להתייצב לשם בדיקת התאמתו לשרת בשירות ביטחון במקום ובזמן שהפוקד או מי שהוא הסמיך לכך קבע בצו; מי שנקרא להתייצב בצו לפי סעיף קטן זה חייב להתייצב במקום ובזמן שנקבעו בצו כאמור...”.

חשוב לציין כי הפוקד לא יוכל להפעיל את סמכותו לפי סעיף 26ז(א) לחוק עד לאחר חצי שנה מתום שנת הגיוס שבה לא נרשמה עמידה ביעדים, וזאת לנוכח סעיף 26כא(ד) לחוק הקובע כי:

”26כא. (ד) על אף האמור בסעיף קטן (א), לא יפעיל הפוקד את סמכויותיו לפי סעיף 26ז עד ליום 1 בינואר שלאחר תום שנת הגיוס שבה לא הושג יעד שנתי...”.

במילים אחרות, המחוקק העניק תקופת חסד של שישה חודשים מתום שנת הגיוס, שבמהלכה לא יפעיל הפוקד את סמכותו לצורך גיוס תלמידי הישיבות הרלוונטיים. לדוגמה: מיועד לשירות ביטחון הגיע לגיל 21 בשנת הגיוס 2021. התברר,

שבשנה זו לא נרשמה עמידה ביעדים. הפוקד יהיה רשאי לקרוא לו להתייצב, אך רק החל מיום 1.1.2023 (בהינתן ששנת הגיוס 2021 תסתיים ביום 30.6.2022).

21. על אף האמור, המחוקק מצא לנכון להסמיך את שר הביטחון לאפשר את המשך הסדר הדחייה, במסגרת תקופת ההסתגלות השנייה, גם כאשר לא נרשמה עמידה ביעדים (סעיף 26כב לחוק). זאת, בהתאם לשיקול דעתו של השר. המחוקק קבע כי ההחלטה על מספר תלמידי הישיבות הללו שיינתן להם צו דחיית שירות גם כאשר לא הושגו יעדי הגיוס תתקבל על ידי שר הביטחון "בשים לב ליעד השנתי הכולל לגיוס שקבעה הממשלה" (סעיף 26כב(ד) סיפה לחוק). וכך קובע סעיף 26כב לחוק:

"26כב. (א) על אף הוראות סעיף 26כא, לבקשת מיועד לשירות ביטחון שהוא תלמיד ישיבה שאינה ישיבה גבוהה ציונית, שפוקד רשאי לקרוא לו להתייצב לפי סעיף 26ז, רשאי שר הביטחון לדחות, בצו, את מועד התייצבותו לשירות סדיר, אם מצא כי מתקיימים לגביו התנאים לדחיית שירות וראה לנכון לעשות כן בהתחשב בצורכי הביטחון ובהיקף הכוחות הסדירים.

(ב) צו דחיית שירות לפי סעיף זה יינתן לתקופה שלא תעלה על שנה.

(ג) שר הביטחון רשאי במהלך תקופת ההסתגלות השנייה לחזור ולתת למיועד לשירות ביטחון כאמור בסעיף קטן (א) צו דחיית שירות לפי סעיף זה עד לגיל 26.

(ד) שר הביטחון יחליט על מספר המיועדים לשירות ביטחון שיינתן להם צו דחיית שירות לפי סעיף זה בכל שנת גיוס, בשים לב ליעד השנתי הכולל לגיוס שקבעה הממשלה לפי סעיף 26טו.

(ה) (בוטל)

(ו) נדחה שירותו של מיועד לשירות ביטחון שהוא תלמיד ישיבה לפי הוראות סעיף זה, מזמן לזמן, עד הגיעו לגיל 26, רשאי שר הביטחון לפטור אותו, בצו, מחובת שירות סדיר.

(ז) פקע תוקפו של צו דחיית שירות שניתן לפי סעיף זה בטרם הגיע המיועד לשירות ביטחון לגיל 26, ולא הוארך, יחולו על המיועד לשירות ביטחון הוראות סעיף 26ז, ואם בוטל צו דחיית השירות בשל אי-עמידה בתנאים לדחיית שירות – יחולו הוראות סעיף 13 [שעניינו התייצבות לשירות סדיר, מ.נ.]."

22. מן האמור לעיל עולה אפוא כי גם במהלך תקופת ההסתגלות השנייה ניתן להמשיך ולדחות את שירותם הצבאי של תלמידי הישיבות אף אם לא נרשמה עמידה ביעדי הגיוס, תוך התחשבות בשיקולים שנמנו. נחזור ונזכיר כי המחוקק לא קבע כל הסדרה חוקית לתקופה שלאחר יום 30.6.2023.

23. לסיכום, את הסדר הגיוס החדש ניתן להציג באופן הבא:

א. בתקופת ההסתגלות הראשונה: כל תלמידי הישיבות העומדים בתנאים האישיים יכולים לקבל דחיית שירות עד גיל 26 (שאז ניתן לקבל פטור).

ב. בתקופת ההסתגלות השנייה: כל תלמידי הישיבות העומדים בתנאים האישיים יכולים לקבל דחיית שירות עד גיל 21.

1) אם הוגשמו יעדי הגיוס כשמלאו לתלמיד 21 שנים: ניתן לקבל דחיית שירות עד גיל 26 (שאז ניתן לקבל פטור);

2) אם לא הוגשמו יעדי הגיוס כשמלאו לתלמיד 21 שנים: חלה עליו חובת גיוס, אלא אם כן קיבל דחיית שירות משר הביטחון.

ג. הוראות מעבר:

1) מי שביום תחילת החוק היה בן 22 שנים ומעלה – זכאי לפטור מיידי.

2) מי שביום התחילה היה בן 18-22 שנים – יוכל לקבל דחיית שירות עד גיל 24 שאז יוכל לקבל פטור.

ג) התנאים האישיים לקבלת דחיית שירות

24. עד עתה תיארנו את ה"פן הקולקטיבי" של הסדר הגיוס החדש, ואולם כפי שכבר הוזכר, לצד זה קיימים תנאים אינדיבידואליים שרק בהתקיימם ניתן לדחות את שירותו הצבאי של תלמיד ישיבה פלוני. דהיינו, במהלך תקופת ההסתגלות הראשונה והשנייה תלמיד ישיבה מסוים אינו יכול לקבל משר הביטחון דחייה אוטומטית של הגיוס מבלי שהראה שהוא עצמו עומד בתנאי הדחייה האישיים. תנאים אלה נקבעו בסעיף 26כג לחוק, הקובע:

" (א) לא יינתן צו דחיית שירות לפי פרק זה אלא למיועד לשירות ביטחון שהוא תלמיד ישיבה שמתקיימים בו כל אלה:

(1) הוא לומד בישיבה לימודים תורניים, באופן סדיר, בהיקף שלא יפחת מ-45 שעות בשבוע, ובכולל – 40 שעות בשבוע, למעט בתקופות חופשה שקבע שר הביטחון;

(2) הוא לא עוסק בכל עיסוק נוסף על לימודיו בישיבה; ואולם בתקופת ההסתגלות הראשונה, ובתקופת ההסתגלות השנייה – לגבי מי שסעיף 26 חל עליו, רשאי תלמיד ישיבה נשוי שמלאו לו 22 שנים, לעסוק בעיסוק נוסף על לימודיו בישיבה, ובלבד שלא יעסוק בעיסוק כאמור בשעות הלימודים בישיבה כאמור בפסקה (1)...

(3) הוא קיים את חובותיו לפי חוק זה, ובכלל זה התייצב לרישום ולבדיקה רפואית לפי סעיפים 3 ו-5;

(4) הוא הצהיר, בתצהיר בכתב שניתן לפי סעיף 15 לפקודת הראיות, כי מתקיימים בו התנאים שבפסקאות (1) עד (3);

(5) ראש הישיבה שבה הוא לומד אישר, בתצהיר בכתב שניתן לפי סעיף 15 לפקודת הראיות, כי מתקיים במיועד לשירות ביטחון התנאי שבפסקה (1) והתחייב כי אם יחדל להתקיים במיועד לשירות ביטחון התנאי האמור, יודיע על כך לפוקד בתוך 21 ימים;

(6) תנאים מוקדמים שקבע שר הביטחון, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת.

(ב) ביקש מיועד לשירות ביטחון לחזור ולקבל צו דחיית שירות לפי פרק זה, יצרף מחדש לכל בקשה כאמור תצהירים והתחייבות כאמור בסעיף קטן (א)(4) ו-(5).

25. מבין התנאים יש לציין במיוחד את הדרישה להגשת תצהירים מטעם תלמיד הישיבה ומטעם ראש הישיבה בדבר עמידה בהוראות החוק ואת חובת הדיווח שהוטלה על ראש הישיבה על כל אי-עמידה במכסת שעות הלימוד השבועית (סעיפים 26כג(א)-(4)-(5) לחוק). ראש הישיבה אף נדרש להתחייב לדווח בתוך 21 ימים על כל אי-עמידה במכסת שעות הלימוד השבועיות (סעיף 26כג(א)(5) לחוק). אי-עמידה בחובה זו מאפשרת לשר הביטחון להסיר ישיבה מרשימת הישיבות שתלמידיה יכולים לקבל דחיית שירות (סעיף 26כד(ג)(2) לחוק). חובה נוספת המוטלת על ראש הישיבה היא להעביר לשר הביטחון מידע בעניינים שונים הנוגעים לסדרי הלימוד הכלליים ולימי החופשה הנהוגים בישיבה וכן מידע ביחס לעניינים נוספים (סעיף 49ה לחוק). נוסף לכך נקבע בחוק פרק שלם - פרק ו' - המסדיר סמכויות פיקוח. ה"מפקחים", שהם עובדי מדינה, הוסמכו לפקח אחר ביצוע הוראות החוק ובכלל זה על עמידתם של תלמידי הישיבות שניתן להם צו דחיית שירות בתנאים האישיים לכך. המפקחים

הוסמכו לדרוש מגורמים שונים מידע נרחב הדרוש לביצוע החוק ולהיכנס לשיבות עצמן (סעיף 49ב לחוק). כמו כן שר הביטחון הוסמך למנות "בודקים", שאינם עובדי מדינה, ולהסתייע גם בהם לצורך עריכת רישומי נוכחות בישיבות (סעיף 49ג לחוק).

הסדר הגיוס החדש – הוראות דין נוספות

26. מלבד ההוראות שנסקרו לעיל הסדר הגיוס החדש מסדיר בחוק שורה של נושאים נוספים. ראשית, הוא מאפשר לתלמיד ישיבה שנדרש להתגייס לבחור, ככלל, בין שירות בצבא לבין שירות לאומי-אזרחי. סעיף 26ז(ג) לחוק מסמיך את הפוקד, לאחר שבחן את כל אפשרויות ההצבה בשירות סדיר, להפנות תלמיד ישיבה לשירות הלאומי-אזרחי במקום לשירות צבאי. תלמידי הישיבות שבחרים בחלופה של השירות הלאומי-אזרחי יימנו במסגרת בחינת העמידה ביעד הגיוס לשירות זה כאמור לעיל. אפשרות השירות מוסדרת בחוק שירות לאומי-אזרחי. חוק זה, שנחקק בד בבד עם תיקון 19, אינו נתקף בעתירות שלפנינו (למען שלמות התמונה יוער כי היבטים משלימים של השירות הלאומי-אזרחי קבועים גם במסגרת חוק שירות אזרחי, התשע"ז-2017, שפורסם ביום 5.4.2017. אף חוק זה אינו נתקף בעתירות שלפנינו ולא מצאנו כי יש להוראותיו נפקות לסוגיה העומדת להכרעה בעתירות דנן). חוק שירות לאומי-אזרחי כונן שני מסלולים של שירות: "שירות אזרחי-חברתי" בתחומים של ביטחון פנים, הגנת העורף, בריאות, רווחה, חינוך ועוד (ראו סעיף 3 לחוק שירות לאומי-אזרחי), ו"שירות אזרחי-בטחוני" במסגרת גופים בטחוניים כגון המשטרה, שירות בתי הסוהר, הרשות הארצית לכבאות והצלה, ועוד (לרשימה המלאה ראו סעיף 4 לחוק שירות לאומי-אזרחי). בשני המסלולים השירות הלאומי-אזרחי שונה במשכו והיקפו מהשירות הסדיר בצבא (סעיף 7 לחוק שירות לאומי-אזרחי). יש להדגיש שלפי הוראות תיקון 21, חוק שירות לאומי-אזרחי יפקע כולו ביום 30.6.2023.

27. בהסדר הגיוס החדש נקבעו בנוסף שורה של הוראות שמטרתן לעודד את השתלבותם של בני המגזר החרדי במעגל התעסוקה. בין השאר, בסעיף 26יב לחוק נקבע מנגנון המאפשר להעביר למשרד הכלכלה ולמרכזי התעסוקה הפועלים מטעמו מידע בדבר זהותם של תלמידי הישיבות שהיו בני 18 שנים ומעלה בעת כניסתו של החוק לתוקף ושקיבלו פטור משירות במהלך תקופת ההסתגלות הראשונה. כמו כן, בסעיף 26יג לחוק נקבע שבמסגרת מכסת השעות השבועיות שתלמיד ישיבה נדרש לעמוד בה לצורך קבלת צו דחיית שירות, ניתן יהיה למנות גם את השעות השבועיות שבהן השתתף בהכשרות המיועדות לקדם את שילובו המקצועי בתעסוקה, עד למכסה של 15 שעות שבועיות.

28. במסגרת הסדר הגיוס החדש נקבעו הוראות לעניין גיוסם לצבא של שתי קבוצות אוכלוסייה נוספות – בוגרי ישיבות ההסדר ובוגרי הישיבות הציוניות הגבוהות. לפי סעיף 22א(א) לחוק, בוגרי ישיבות ההסדר הם תלמידים הלומדים בישיבת הסדר במסלול של "שירות משולב", דהיינו שירות המשלב תקופה של שירות צבאי פעיל שלא תפחת מ-17 חודשים עם תקופת לימודים בישיבה בתנאים של שירות בלא תשלום. שר הביטחון הוסמך בסעיף 22א(ד) לחוק לקבוע את רשימת ישיבות ההסדר על בסיס קריטריונים שונים. הסדר מיוחד נקבע גם לגבי בוגרי הישיבות הציוניות הגבוהות. אלה יכולים לקבל מדי שנה דחיית שירות בת שנה, עד הגיעם לגיל 23, ובלבד שעמדו בתנאים האישיים שנקבעו בסעיף 22ג(א) לחוק. החל מגיל זה חלה על בוגרי הישיבות הציוניות הגבוהות חובת גיוס פרט למכסת "מתמידים" המונה 300 תלמידים לכל היותר, שניתן להמשיך ולדחות את שירותם הצבאי עד לגיל 26, שאז תחול עליהם חובת הגיוס הכללית (וראו פסקה 134 לתשובת המדינה מיום 6.10.2014).

29. הסדר הגיוס החדש מתייחס גם למשך השירות של גברים ונשים. במסגרת זו נקבע כי החל מיום 1.7.2015 יעמוד משך השירות הצבאי של גברים על שלושים ושניים חודשים (פרט לחריגים המפורטים בסעיפים 15(2) ו-15(3) לחוק (ראו סעיף 1(1) לתיקון 19)). אשר לנשים, בתיקון 19 נקבע כי תקופת השירות הצבאי שלהן תוארך בארבעה חודשים ותעמוד על עשרים ושמונה חודשים, ובלבד ששר הביטחון יביא לאישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, בתקופה שבין יום 1.7.2016 לבין יום 30.6.2019, תקנות שיבטיחו שוויון הזדמנויות בין נשים לגברים בהליכי האבחון, המיון והשיבוץ בצבא (סעיף 15(א) לתיקון 19). החוק מתנה את כניסתן לתוקף של ההוראות בדבר הארכת משך השירות לנשים בהתקנת תקנות כאמור, ואם אלה לא יובאו לאישור ועדת החוץ והביטחון עד ליום 30.6.2019 יפקעו ההוראות בחוק בעניין זה. לא נמסר לנו כי הותקנו תקנות כאמור.

30. לבסוף, מכוח סעיפים 26טו ו-26טז לחוק הוקם צוות בין-משרדי שתפקידו לגבש תכניות רב-שנתיות הכוללות אמצעים שנועדו לקדם עמידה ביעדי הגיוס בתקופת ההסתגלות הראשונה והשנייה (להלן: הצוות הבין-משרדי). צוות כאמור הוקם לפי החלטת הממשלה 933 של הממשלה ה-34 "הקמת צוות בינמשרדי לקידום עמידה ביעדי הגיוס לפי סימן ד' בפרק ג' לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986" (7.1.2016). חברים בו ראש המועצה הלאומית לכלכלה, הממונה על התקציבים במשרד האוצר, המנהלים הכלליים של משרד הכלכלה, משרד החינוך והרשות לשירות לאומי-

אזרחי, נציג בכיר של הרמטכ"ל ונציג היועץ המשפטי לממשלה. החוק מורה כי התכנית הרב שנתית הראשונה תימסר לשר הביטחון ולשר הממונה על השירות הלאומי-אזרחי לא יאוחר מתום 120 ימים מיום תחילת תיקון 21. לקראת תום תקופת ההסתגלות הראשונה נדרש הצוות להגיש תכנית רב שנתית נוספת. ואכן הדו"ח הראשון של הצוות הוגש לממשלה ביום 13.4.2016. עוד קובע החוק כי על שר הביטחון להביא לאישור הממשלה הצעת החלטה בהתאם לתכנית הרב שנתית שגיבש הצוות בתוך 40 ימים מיום שזו הוגשה לו. החוק מוסיף וקובע כי ועדת החוץ והביטחון של הכנסת תקיים אחת לשנה דיון בדיווח שהגיש הצוות לשם מעקב על ביצוע הוראות החוק.

העתירות

31. העותרת בבג"ץ 1877/14 (התנועה למען איכות השלטון) והעותרים בבג"ץ 1937/14 (עו"ד איתי בן-חורין, הפורום לשוויון בנטל ועו"ד איתן גינזבורג (לשם הנוחות, יכוננו העותרים בבג"ץ 1937/14 : הפורום לשוויון בנטל)) טוענים כי יש לבטל את הסדר הגיוס בשל פגיעתו בשוויון בין אלה המשרתים בצבא לבין אלה שניתן לדחות את שירותם הצבאי מכוח הסדר הגיוס החדש. לטענתם מדובר בהפליה פסולה המבוססת אך ורק על השקפת עולם דתית. העותרות בבג"ץ 8017/15 (מפלגת "יש עתיד" והתאחדות הסטודנטים), שהוגש לאחר חקיקת תיקון 21, מלינות על הפגמים שנפלו לשיטתן בתיקון 21, להבדיל מתיקון 19 (שהעותרת 1 הייתה מעורבת בקידומו בכנסת). העותרים בבג"ץ 2260/14 (עמותת הרצליה למען תושביה) תוקפים בעתירתם את תיקון 19. לטענתם מי שהופלה לרעה בתיקון זה הם תלמידי הישיבות שחלקם נאלצים לשרת בצבא מכוח התיקון בעוד שאוכלוסיות אחרות בחברה אינן נדרשות לשרת כלל.

32. התנועה למען איכות השלטון והפורום לשוויון בנטל העלו שורה של טענות דומות ואלה יוצגו במשותף. לטענתם, הסדר הגיוס החדש לוקה באותם "פגמים גנטיים" שנפלו בחוק דחיית השירות. הוראות ההסדר פוגעות, לשיטתם, בעיקר בזכות החוקתית לשוויון כפי שהותוותה בפרשת התנועה למען איכות השלטון וכן בזכויות החוקתיות לחירות, לקניין ולחופש העיסוק. לדעתם, ההסדר יצר הבחנה פסולה בין אוכלוסיות שונות בחברה הישראלית על בסיס השקפת עולם דתית: מי שאינם לומדים בישיבה ממשיכים ככלל להיות מחויבים בשירות צבאי מלא החל מגיל 18. לעומת זאת, בפני תלמידי הישיבות עומדת האפשרות לבחור לשרת בשירות הלאומי-אזרחי תחת שירות צבאי או לקבל דחיית שירות ובחלוף מספר שנים, פטור משירות. תוצאת הדברים היא שמרבית תלמידי הישיבות אינם משרתים בצבא. התנועה למען איכות

השלטון והפורום לשוויון בנטל מוסיפים ומצביעים על הפגיעה בשוויון בין המשרתים בשירות הלאומי-אזרחי לבין רוב המגויסים המחויבים בשירות צבאי רגיל. פגיעה זו נגרמת בשל איכותו ואופיו של השירות הצבאי אל מול השירות הלאומי-אזרחי ובשל אורכו השונה של השירות בשני המסלולים. לטענת העותרים הללו, ההסדרים בתקופת ההסתגלות הראשונה המאפשרים לשר הביטחון לתת פטור מידי לעשרות אלפי תלמידי ישיבות, בהתעלם מיעדי הגיוס שקבעה הממשלה, מעצימים את הפגיעה בשוויון. הסדרים אלה מכשירים, לטענתם, את אותם הסדרים ממש שנפסלו על ידי בית משפט זה בפרשת רסלר. לטענת עותרים אלה, פגמים חוקתיים רבים נפלו אף בהסדרי תקופת ההסתגלות השנייה. זאת בשם לב לכך שבתקופה זו רשאי הביטחון להמשיך בהסדר הדחייה, בהיקפים שיקבע, גם אם יעדי הגיוס לא יושגו.

33. התנועה למען איכות השלטון והפורום לשוויון בנטל סבורים כי פגיעתו האמורה של הסדר הגיוס החדש בזכות החוקתית לשוויון, אינה צולחת את תנאיה של פסקת ההגבלה. בטיעוניהם הם מתמקדים במבחן המידתיות הראשון אשר בוחן אם קיים "קשר רציונאלי" בין תכליותיו השונות של החוק לבין האמצעי שננקט להגשמתן. לטענתם, הפגמים הרבים שנפלו בחוק מלמדים שאין בכוחו להגשים את תכליותיו. כך למשל מדגישים העותרים הללו כי הענקת פטור מידי לעשרות אלפי תלמידי ישיבות, עם תחילתה של תקופת ההסתגלות הראשונה, בוודאי שאינה מקדמת את התכלית של צמצום הפערים בשוויון בנטל. הם מוסיפים ותוקפים את עצם הסמכת הממשלה לקבוע בעצמה את יעדי הגיוס ללא שנמנו בחוק השיקולים הרלוונטיים להפעלת סמכות זו וללא שנקבע מנגנון של פיקוח פרלמנטרי כלשהו. לדידם, בכך מתאפשר לממשלה לסכל ולאייץ את תכלית החוק באמצעות קביעה בזמן נתון של יעדי גיוס מסוימים, משיקולים שאין להם קשר לשאיפה לצמצום אי-השוויון בנטל. התנועה למען איכות השלטון והפורום לשוויון בנטל מציינים לעניין זה, כי בפרשת התנועה למען איכות השלטון ובפרשת רסלר נקבע כי כישלוננו של חוק דחיית השירות נבע בין השאר מהותרת הסמכות לקביעת אמות המידה לגיוס בידי הרשות המבצעת. לגישתם, הסדר הגיוס החדש לוקה בפגם זה בדיוק. טענה מרכזית נוספת שהעלו העותרים מתייחסת להגדרה הקבועה בסעיף 26טו לחוק ל"בוגר מוסד חינוך חרדי", שלדעתם היא רחבה יתר על המידה ותביא בהכרח לכך שמתגייסים רבים ייחשבו כתלמידי ישיבות לצורך בחינת העמידה ביעדים, אף שאינם חרדים.

34. העותרות בבג"ץ 8017/15 (מפלגת "יש עתיד" והתאחדות הסטודנטים) הפנו את טיעוניהן כנגד תיקון 21 המהווה, לגישתן, "נסיגה משמעותית לאחור" בהשוואה להתקדמות הרבה שהושגה לדעתן בזכות תיקון 19 – אותו יזמה העותרת 1 בכנסת.

הטענה המרכזית שהעלו עותרות אלה היא כי קביעת תקופת הסתגלות באורך כולל של תשע שנים (משנת 2014 עד שנת 2023) אינה מידתית. כן הן סבורות שנפל פגם חוקתי בהוראות החוק אשר מסמיכות את שר הביטחון להמשיך בהסדר הדחייה במהלך תקופת ההסתגלות השנייה, גם כאשר יעדי הגיוס לא הושגו. הלכה למעשה, סבורות העותרות בעתירה זו שהוראות אלה מרוקנות מכל תוכן את יעדי הגיוס ודה פקטו מאפשרות לשר הביטחון להחליט, לפי שיקול דעתו המלא, כמה חרדים יתגייסו לצבא. לטענת מפלגת "יש עתיד" והתאחדות הסטודנטים, הכנסת העניקה למעשה לשר הביטחון סמכות להכריע בעניין המהווה הסדר ראשוני. זאת, על אף שבפרשת רובינשטיין נפסק כי השר אינו רשאי להכריע בשאלת דחיית שירותם של תלמידי הישיבה, מבלי שהכנסת תאמר את דברה שכן מדובר בהסדר ראשוני שצריך להיקבע על ידי הרשות המחוקקת. לגישתן, הסמכת שר הביטחון לקבוע, הלכה למעשה, כמה חרדים יתגייסו לצבא, מהווה במובן זה פגם חוקתי המצדיק את ביטולו של תיקון 21. אותן עותרות ערות לכך שהמחוקק מחייב את השר, בהפעילו סמכות זו, להתחשב ביעדי הגיוס שקבעה הממשלה. אולם, לטענתן, מדובר בהוראה ריקה מתוכן שכן, לפי הוראות החוק, יעדי הגיוס נקבעים על ידי הממשלה "בשים לב להמלצת שר הביטחון". בהתחשב בטעמים האמורים סבורות מפלגת "יש עתיד" והתאחדות הסטודנטים שהסדר הגיוס החדש, בעקבות חקיקתו של תיקון 21, אינו צולח את מבחניה של פסקת ההגבלה ובפרט את מבחן ה"קשר הרציונאלי".

35. בניגוד לעותרים בעתירות שתוארו לעיל, העותרת בבג"ץ 2260/14 (עמותת הרצליה למען תושביה) סבורה כי יש לבטל את הסדר הגיוס החדש בשל פגיעתו בתלמידי הישיבות. טענתה המרכזית של עותרת זו היא שהחוק מפלה את תלמידי הישיבות ביחס לקבוצות אחרות בחברה שאינן מתגייסות לצבא.

טענות המשיבים

36. המשיבים המיוצגים על ידי פרקליטות המדינה (להלן: המדינה) והכנסת סבורים כי לא קמה עילה להתערבות חוקתית בהסדר הגיוס החדש. טענותיהן של הכנסת והמדינה הן משותפות בעיקרן ולכן אף הן תוארנה במאוחד (אלא אם כן נאמר אחרת). לטענת המשיבים, בפעם הראשונה מאז קום המדינה נקבע בחקיקה ראשית הסדר המחיל חובת שירות מדורגת על תלמידי הישיבות. לטענתם, ההסדרים הקבועים בחוק חותרים להגדלה משמעותית של השוויון בנטל הצבאי והאזרחי ולשילוב האוכלוסייה החרדית במעגל העבודה. המשיבים אינם חולקים על כך שהוראותיו של הסדר הגיוס החדש מקימות פגיעה בכבוד האדם. אולם, על רקע מורכבות סוגיית

שירותם הצבאי של תלמידי הישיבות, ובהתחשב בשאיפה לקביעת הסדר המבוסס על הסכמה רחבה, מוצדק היה לשיטתם לקבוע "מודל תהליכי" של גיוסם. זאת, תחת קביעת הסדרים כופים המיועדים להביא לגיוס מידי של כלל תלמידי הישיבות, שלדידם ספק אם היו מביאים במבחן התוצאה לצמצום הפערים בשוויון בנטל. המשיבים מדגישים כי המחוקק הקפיד ליצוק תוכן לכל החוסרים עליהם הצביע בית משפט זה בפרשת רטלר. כך למשל קובע ההסדר אמות מידה ברורות לקבלת פטור מהשירות; הוא קובע יעדים לגיוס או להצטרפות לשירות הלאומי-אזרחי; והוא קובע מסגרות ביניים ואמצעי פיקוח קפדניים לבחינת יישומו של החוק.

37. המשיבים סבורים עוד כי פגיעתו של הסדר הגיוס החדש בשוויון נועדה לתכלית ראויה ועולה בקנה אחד עם קביעותיו של בית משפט זה בפרשת רטלר. מדובר, לגישתם, בפגיעה מידתית בשוויון העומדת במבחניה של פסקת ההגבלה, ומכל מקום, אפילו קיים ספק בדבר עמידתו של ההסדר במבחני המידתיות הרי שנוכח אופיו וטיבו ההדרגתי אין מקום להכרעה סופית בעת הנוכחית בשאלת חוקתיותו. לדעתם, על מנת להכריע בשאלה החוקתית יש להעניק לרשות המבצעת שהות מסוימת להפעיל את המנגנונים שנקבעו בחוק ובכך לאפשר את "הבשלתם" של התהליכים החברתיים המורכבים הכרוכים בו. לגופה של הבחינה החוקתית טוענים המשיבים כי ההסדר תואם את ערכיה של המדינה כיהודית ודמוקרטית ונועד לארבע התכליות שנמצאו כראויות, בהשתלבן יחד, בפרשות התנועה למען איכות השלטון ורטלר: קידום השוויון בחלוקת הנטל; הגברת השתתפות החרדים במעגל העבודה; עיגון הסדר הדחייה בחקיקה ראשית של הכנסת; והשאיפה לקבוע הסדר הדרגתי המבוסס על הסכמה חברתית רחבה. אף שלגישת המשיבים ראוי להמתין כמה שנים עם הבחינה החוקתית, הרי שלא קיים לדעתם קושי עקרוני לקבוע כבר היום שהחוק עומד במבחני המידתיות. לטענתם, המרכיבים השונים שנקבעו בהסדר הגיוס החדש הם בעלי פוטנציאל לתרום במידה סבירה להשגת התכליות השונות שלו. לדעתם, די בכך כדי לצלוח את מבחן הקשר הרציונאלי. בהקשר זה, הם מדגישים כי הסדר הגיוס החדש מצמצם משמעותית את הפערים בשוויון בנטל בקובעו אמות מידה ברורות לדחיית השירות ובכך שאין הוא מאפשר חופש בחירה מוחלט לתלמיד ישיבה אם לשרת בצבא או לא. ההסדר אף מחייב את הממשלה להגדיל את יעדי הגיוס מדי שנה וגם בכך לטענתם יש כדי להבטיח את צמצומו ההדרגתי של הפער בשוויון בנשיאה בנטל. המשיבים מדגישים לעניין זה כי ההסדר נועד לצמצם את הפגיעה בשוויון; הוא לא נועד והוא אף אינו מסוגל להביא לשוויון מוחלט בנשיאה בנטל. כן עומדים הם על אופיו המיוחד של השירות הלאומי-אזרחי, המיועד להשיג תכלית זו באופן מוסכם ולא בכפייה, ועל ההסדרים המפורטים שנקבעו בחוק שמטרתם להביא לשילובם של תלמידי הישיבות במעגל העבודה. לדעת

המשיבים, החוק עומד גם במבחן המשנה השני של המידתיות: המחוקק בחר באמצעי שפגיעתו בשוויון היא הפחותה ביותר מבין מגוון האפשרויות שעמדו לפניו, בהינתן שעסקינן ב"חוק מתקן" המיועד לרפא מצב דברים נמשך. לטענתם, כל פתרון אחר עליו "נרמז" בעתירות, כגון גיוס מלא, יחייב גיוס מיידי וכפוי באופן שעשוי לגרום לקרע עמוק בחברה. לשיטת המשיבים החוק עומד גם במבחן המשנה השלישי של המידתיות, "מבחן המידתיות הצר", הבוחן את קיומו של יחס ראוי בין הפגיעה החוקתית בשוויון לבין התועלת שיביא החוק.

38. המדינה מוסיפה ומתייחסת לטענה כי נפל פגם חוקתי בהסדר הגיוס החדש בכך שנקבעו בו שתי תקופות הסתגלות (שיסתיימו בשנת 2023) בלא שנקבעה בו כל תקופת קבע, שבה יחולו הסדרים קבועים ושוויוניים. תשובתה לטענה זו היא כי יש לראות את ההסדר הנוכחי כ"הוראת שעה מהותית" הכוללת מועד פקיעה, בתום תקופת ההסתגלות השנייה. לטענת המדינה, הכנסת בחרה במתכונת חקיקה זו, שכן עסקינן ב"תמונת מציאות משתנה", ומשכך אין מקום לטעת מסמרות באשר לאופיים של הסדרי הקבע, וודאי שאין מקום לקבוע הסדרי קבע שאינם שוויוניים כבר כעת. על רקע היעדר הסדרה של תקופת קבע מסכימה המדינה כי ההסדר הקיים נותן דגש רב יותר לתכלית החוק שעניינה שילוב הדרגתי של תלמידי הישיבה מתוך הסכמה רחבה וזאת "על חשבון" כניסתה המהירה של חובת שירות ביחס לבני האוכלוסייה החרדית. אולם לעמדת המדינה אין בכך כדי להוציא את ההסדרים הקיימים בחוק מן המתחם החוקתי. היא מסבירה כי עימות חזיתי עם בני האוכלוסייה החרדית היה מסיג לאחור את מה שהושג במאמץ רב עד כה. משהושגה "התקדמות של ממש" בקצב גיוס החרדים לצבא, מבקשת המדינה להבין ולקרוא את הוראות ההסדר – חרף היעדר הסדרתה של תקופת קבע – על רקע המגמות החיוביות שהתאפשרו דווקא בשל היעדר מרכיב של כפייה ומתוך הסכמות "שקטות".

39. לעניין סמכותו של שר הביטחון לקבוע את היקף הגיוס בתקופת ההסתגלות השנייה, גם כאשר לא הושגו יעדי הגיוס, מציינת המדינה כי השר לא יוכל להפעיל סמכות זו אלא אם כן יצביע על "טעמים כבדי משקל" המצדיקים זאת. אולם, המדינה לא הבהירה מהם אותם "טעמים כבדי משקל" והאם הם קיבלו ביטוי בהוראות החוק. הכנסת טוענת לעניין זה כי יש לפרש את שיקול דעתו של שר הביטחון כמוגבל, במובן זה שכמות הצווים של דחיית השירות שיוכל לתת בהיעדר עמידה ביעדי הגיוס, חייב יהיה להיות "בסביבת" היעדים שאושרו בממשלה. במילים אחרות, הכנסת סבורה כי בתקופת ההסתגלות השנייה יוכל השר להעניק דחיית שירות רק בהיקף שיבטיח עמידה ב"מעין מכסות" הנקבעות על בסיס יעדי הגיוס. לפי פרשנותה של הכנסת, נוכח

הדרישה הקבועה בחוק שיעדי הגיוס יגדלו מדי שנה, ברור שמספר הדחיות ששר הביטחון יהיה רשאי לתת בתקופת ההסתגלות השנייה ילך ויצטמצם ככל שיחלוף הזמן.

דיון

40. השאלה הניצבת להכרעתנו הינה חוקתיותו של הסדר הגיוס החדש שקבעה הכנסת בחוק שירות ביטחון. נקודת המוצא של הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת היא חובתו של בית המשפט לנהוג בריסון. לא על נקלה יתערב בית המשפט בחקיקה ראשית שנתקבלה על ידי הכנסת, המבטאת את רצון העם. עם זאת, הריסון הנדרש אינו מונע הפעלת ביקורת שיפוטית על פי המבחנים הנהוגים בשיטתנו המשפטית שכן לצד חובתו של בית המשפט לפעול באיפוק ובריסון מוטלת עליו חובה נוספת שאינה פחות חשובה: להגן על זכויות האדם בישראל על פי גבולותיה של פיסקת ההגבלה ולהבטיח שזכויות אלה תכובדנה על ידי כל רשויות השלטון (ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 372-373 (2008); בג"ץ 3752/10 דובינשטיין נ' הכנסת, פיסקה 22 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (17.9.2014)). עקרונות יסוד אלה עומדים בבסיס המבחנים החוקתיים והם ינחו אותנו בעת בחינתו של הסדר הגיוס החדש שקבעה הכנסת.

41. הבחינה החוקתית מתפצלת כידוע לשלושה שלבים מרכזיים. בשלב הראשון ("שלב הפגיעה"), בוחן בית המשפט אם החוק העומד לביקורת שיפוטית פוגע בזכות יסוד חוקתית. אם התשובה לכך שלילית מסתיימת הבחינה החוקתית (ראו למשל, בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 816-817 (הנשיאה ד' ביניש) (2012) (להלן: עניין חסן); בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פיסקאות 23-24 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (26.6.2013)). אם הוכחה פגיעה עובר הניתוח החוקתי לשלב השני, בו נבדקת השאלה האם החוק עומד בתנאיה של פיסקת ההגבלה. אם נמצא שהחוק אינו עומד בתנאיה של פיסקת ההגבלה מגיעה הבדיקה החוקתית לשלב האחרון, הוא שלב התוצאה. בשלב זה נדרש בית המשפט להכריע מהו הסעד הנדרש לנוכח הפגיעה החוקתית בזכויות (לעניין שלבי הבדיקה החוקתית ראו, מבין רבים, בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428 (הנשיא א' ברק) (1995); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 383-389 (הנשיא א' ברק) (1997) (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258-259 (2002) (להלן: עניין מנחם); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 543-544 (2005); בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת, פיסקה 23 לחוות דעת

(11.8.2015) (להלן: עניין דסטטה); וראו גם אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 53-51 (2010) (להלן: ברק, מידתיות במשפט)).

השלב הראשון – שלב הפגיעה

42. השלב הראשון בבחינה החוקתית - שלב הפגיעה - אינו מעורר בענייננו קושי. הכל מסכימים כי הסדר הגיוס החדש פוגע בשוויון באופן המקיים פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. בעניין זה אנו צועדים בקרקע שנחרשה בפרשת התנועה למען איכות השלטון, שבה נפסק כי הזכות לכבוד האדם כוללת את ההיבטים של השוויון המגשימים את הערכים המונחים ביסוד כבוד האדם (בהקשר זה, ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 688-690 (2014)). יישומו של מודל זה בפרשת התנועה למען איכות השלטון הוביל למסקנה כי חוק דחיית השירות פוגע בכבוד האדם, וכדברי הנשיא א' ברק:

“על פי מודל הביניים, פגיעתו של חוק דחיית השירות בשוויון מקימה פגיעה בכבוד האדם. החוק פוגע באותם זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי. הוא פוגע באותו אגד של זכויות וערכים, ששמירתם נדרשת כדי לקיים את כבוד האדם של אחד מקבוצות הרוב, המחויב בשירות צבאי. בעוד שמרבית בני החברה מחויבים בשירות צבאי מלא וממושך, תוך סיכון לעתים של היקר מכל, לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם ניתנת האפשרות להשתחרר משירות זה. מצב דברים זה פוגע בשוויון הבסיסי והאלמנטרי ביותר שבין בני החברה. הוא פוגע במעמדו של האדם המחויב בשירות צבאי כשווה בין שווים, על יסוד השתייכותו החברתית, אמונתו הדתית ואורחות חייו. הוא מפר הפרה קשה את השוויון בזכויות ובחובות האזרחיות הבסיסיות. הוא גורם להפליה ולקיפוח... שכן זאת יש לזכור: שירותו של אדם בשירות הצבאי היא זכות וחובה גם יחד. חובת השירות פוגעת בשורה של חירויות יסוד של הפרט המשרת... הפליה באשר ליקר מכל – החיים עצמם – היא הקשה שבהפליות. האדם מוכן ליתן חייו להבטחת מולדתו. הוא אינו מצפה לכל טובת הנאה מכך. הוא מצפה רק לכך שגם אחרים ינהגו כמוהו” (שם, בעמ' 689-690).

43. במבט ראשון עשוי הסדר הגיוס החדש להיראות כהסדר שמצמצם את הפגיעה בשוויון בהשוואה להסדר שנקבע בחוק דחיית השירות. קביעת יעדים קשיחים של גיוס לצבא ולשירות הלאומי-אזרחי, שאמורים לעלות מדי שנה בשנה, מחייבת לכאורה כי

אלפים מבני הציבור החרדי יתגייסו למסגרות אלה. אולם, אפילו נניח בשלב זה עמידה ביעדי הגיוס שנקבעו ושייקבעו, אין בכך כדי לאיין את הפגיעה בשוויון כפי שיפורט עתה. פגיעה משמעותית בשוויון, באופן המקים פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם, נגרמת בתקופת ההסתגלות הראשונה, שבמהלכה הוסמך שר הביטחון לתת פטור מידי לעשרות אלפי תלמידי ישיבות, במנותק משאלת העמידה ביעדי הגיוס שנקבעו. אי-עמידה ביעדי הגיוס בתקופה זו אינה גוררת סנקציה כלשהי ואינה מחייבת את גיוסם של תלמידי הישיבות. בכך למעשה שימר ההסדר, במהלך תקופת ההסתגלות הראשונה, את מודל הגיוס הוולונטרי שנפסל בפרשות התנועה למען איכות השלטון ורסלר. מדובר בתקופה בת שש שנים ואין להתעלם מהפגיעה המשמעותית הנגרמת בשוויון כתוצאה מהסדר מפלה זה.

44. הפגיעה בהיבטים של השוויון המוגנים בזכות החוקתית לכבוד האדם אינה מסתיימת בתקופת ההסתגלות הראשונה והיא נמשכת, אף אם בעוצמה נמוכה יותר, במהלך תקופת ההסתגלות השנייה. למעשה מודל יעדי הגיוס, העומד בליבת הסדר הגיוס החדש, פוגע מעצם קיומו בשוויון. בעוד שלגבי רוב המשרתים בצבא חלה חובת גיוס כללית, הרי שביחס לתלמידי הישיבות נקבע הסדר המאפשר לדחות את שירותם של רבים – ובשלב מאוחר יותר לפטור אותם כליל – ובלבד שקבוצה אחרת של תלמידי ישיבות, בהיקף שקבעה הממשלה, התגייסה לצבא או לשירות הלאומי-אזרחי. נוסף על כך, שר הביטחון רשאי להמשיך לדחות מדי שנה את שירותם של כלל תלמידי הישיבות עד הגיעם לגיל 21 גם אם לא הושגו יעדי הגיוס שקבעה הממשלה. מתן דחיית שירות כמעט אוטומטית לכלל תלמידי הישיבות בישראל (העומדים בתנאים הפרטניים לכך) עד הגיעם לגיל 21 פוגעת אף היא בשוויון. בצדק ציין חברי השופט ח' מלצר בפרשת רסלר (שם, בעמ' 126), כי האוכלוסייה הנפגעת כתוצאה מכך אינה רק המשרתים בצבא, אלא גם המיועדים הרבים לשירות ביטחון שאינם זוכים לדחיית שירות כמעט אוטומטית לצורכי לימודים או לצרכים אחרים. גם מערך המשרתים במילואים נפגע מכך, שכן אילו היקפי הגיוס היו גדולים יותר המשרתים במילואים היו נדרשים לשרת פחות. יפים לעניין זה דברי הנשיא א' ברק בפרשת התנועה למען איכות השלטון:

“... מתן דחיית שירות גורפת – שעם השנים הופכת לפטור משירות צבאי – לאלפי מיועדים לשירות בטחון אך מטעמים של לימוד בישיבה, מהווה פגיעה בשוויון של כל אחד מקבוצת הרוב, המחויב בשירות צבאי. יש בה הפליה ללא שוני רלוונטי המצדיק אותה. אכן, אין דבר בדתיותו של אדם שימנע ממנו שירות צבאי. רבים מחיילי צה"ל הם בעלי השקפת עולם דתית. חלקם נמנים גם עם הקהילה החרדית. הבחנה בין מיועדים לשירות

ביטחון על בסיס השקפת עולם דתית היא הפליה ללא כל שוני רלוונטי." (שם, בעמ' 678).

45. פגיעה נוספת בשוויון נגרמת בשל הקניית הסמכות להפנות תלמידי ישיבות לשירות הלאומי-אזרחי במקום לשירות צבאי. טיבו של השירות הלאומי-אזרחי שונה בתכלית מהשירות הצבאי, בין אם עסקינן בשירות אזרחי-חברתי ובין אם בשירות אזרחי-בטחוני (שני מסלולי השירות שכונן חוק שירות לאומי-אזרחי). גם משכו של השירות האזרחי-בטחוני הוא קצר משמעותית מהשירות הצבאי על פי ההסדרים שנקבעו בתיקון 19 ובחוק שירות לאומי-אזרחי (אף השירות האזרחי-חברתי שונה בתקופת השירות והיקפו מהשירות הצבאי, וראו סעיף 7 לחוק שירות לאומי-אזרחי).

46. סיכומו של דבר, פגיעתו של הסדר הגיוס החדש בשוויון במובנים המפורטים לעיל מקימה פגיעה משמעותית בזכות החוקתית לכבוד האדם של בני החברה המחויבים לשרת בצבא. כאמור המשיבים לא חלקו על כך וזו תהיה נקודת המוצא לדיוננו. העותרים העלו אמנם טענות בדבר פגיעתו של החוק בזכויות חוקתיות נוספות כגון הזכות לחיים, הזכות לאוטונומיה אישית, הזכות לחירות, הזכות לקניין וחופש העיסוק (לעניין פגיעתו של חוק דחיית השירות בזכויות נוספות מלבד כבוד האדם ראו גם את עמדתו של השופט א' א' לוי בפרשת התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 783). עם זאת, טענות אלה נותרו שוליות ביחס לטענותיהם בדבר הפגיעה בשוויון ובכבוד האדם. בהתאם, אף אני אתמקד בבחינה החוקתית בזכות לכבוד האדם, משום שבסופו של יום על פיה יוכרעו העתירות שלפנינו (ראו והשוו, פרשת התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 674-675 (הנשיא א' ברק)).

47. בנקודה זו יצוין כי התנועה למען איכות השלטון טענה בעתירתה הנוכחית כי החוק מעצים את הפגיעה בשוויון, באופן המקים פגיעה חוקתית בזכות לכבוד האדם, בשל כך שהוא מוביל להארכת תקופת השירות של גברים המתגייסים לשירות צבאי רגיל. בהסדר הגיוס החדש אכן נקבעו הוראות המתייחסות לתקופת השירות של גברים ונשים, אך דומה כי הוראות אלה, במבחן המעשה, אינן מאריכות את תקופת השירות של גברים אלא דווקא מקצרות אותן. בעת שנחקק לראשונה חוק שירות ביטחון נקבע בסעיף 15(1) לו, כי בכפוף לחריגים שונים מחויבים גברים בשירות סדיר של שלושים חודשים (החריגים מפורטים בסעיפים 15(2) ו-15(3) לחוק). בפועל, עד לשנת 1995 הוארכה תקופת השירות הצבאי של גברים לשלושים ושישה חודשים מכוח צו של שר הביטחון. החל משנת 1995 הוארכה תקופת השירות של גברים לשלושים ושישה חודשים מכוח הוראות שעה שונות שקבעה הכנסת (ראו דברי ההסבר להצעת חוק

שירות ביטחון (תיקון מס' 6), התשנ"ד-1994, ה"ח 2252, 312). אורך שירותם הצבאי של גברים עמד, אם כן, בעשורים האחרונים על שלושים ושישה חודשים. במסגרת הסדר הגיוס החדש החליט המחוקק להעמיד את תקופת השירות של גברים על שלושים ושניים חודשים, במסגרת הוראת חוק קבועה ולא בדרך של הוראת שעה כפי שהיה נהוג קודם לכן (סעיף 1(1) לתיקון 19). כלומר, תקופת השירות של גברים קוצרה במבחן התוצאה בארבעה חודשים. מטעמים אלה לא שוכנעתי שהתנועה למען איכות השלטון עמדה בנטל להראות כי מתקיימת פגיעה חוקתית מעצם העמדת תקופת השירות של גברים על שלושים ושניים חודשים, ודין טענותיה בנושא זה - להידחות.

48. התנועה למען איכות השלטון והפורום לשוויון בנטל הוסיפו וטענו כי קביעתם של הסדרי גיוס מיוחדים בחוק לגבי בוגרי ישיבות ההסדר ולבוגרי הישיבות הגבוהות הציוניות פוגעת בכבודם של חברי קבוצת הרוב הנדרשים לשירות רגיל בצבא. זאת, בדגש על תקופת השירות המקוצרת בה מחוייבות אוכלוסיות אלו, אשר החוק קובע כי לא תפחת משבעה עשר חודשים (סעיף 22א(ו) לחוק). בתשובת המדינה הודגש כי בעשורים האחרונים גויסו תלמידי ישיבות ההסדר לשישה עשר חודשי שירות צבאי פעיל, כך שההסדר החדש האריך למעשה את שירותם הצבאי בחודש ימים. עוד צוין כי בהחלטה 638 נקבע כי שר הביטחון יביא לדיון בפני הממשלה, לא יאוחר מחודש יולי 2017, את שאלת הצורך בשינוי משך השירות הצבאי במסלול ההסדר. זאת, בשים לב לעקרון השוויון בין המשרתים בצה"ל (סעיף 6 להחלטה 638). עוד הדגישה המדינה כי בוגרי הישיבות הציוניות הגבוהות היו זכאים לפטור במסגרת ההסדר הקודם בחוק דחיית השירות ולמרות זאת, בחרו רובם המוחלט לשרת בצבא בתום שנות הדחייה. בחלק מהמקרים, כך הודגש, הם השלימו שירות צבאי של שלוש שנים (פיסקה 130 לתשובה מיום 6.10.2014). מעמדת המדינה עולה כי אף בהיבט הכמותי קיים הבדל ניכר בין שתי הסוגיות. לפי המידע שנמסר לנו, שנתון גיוס ממוצע של תלמידי ישיבות ההסדר מונה כ-1,400 תלמידים ומספרם הכולל מסתכם בכ-4,950 בלבד (ראו פיסקה 11 לתגובת המדינה מיום 25.2.2015. מספרם המדויק של תלמידי הישיבות הציוניות הגבוהות לא נמסר לנו).

49. מתכונת שירותם הצבאי של בוגרי ישיבות ההסדר ושל בוגרי הישיבות הציוניות אינה עומדת במוקד העתירות שלפנינו או במוקד הטענות שנשמעו לפנינו בדיון על פה. טענותיהם של התנועה למען איכות השלטון והפורום לשוויון בנטל בעניין זה היו כוללניות ונסמכו במידה רבה על קביעותיו של בית משפט זה בפסקי הדין הקודמים שעסקו בסוגיה דנן, ובפרט על פסקי הדין בפרשות התנועה למען איכות השלטון ורסלר. ואולם, לא ניתן לעשות כן בלא הבחנה כנדרש בין סוגיית גיוסם של תלמידי ישיבות

ההסדר והישיבות הציוניות לבין סוגיית גיוסם של תלמידי הישיבות החרדים. עיון בפסקי הדין הללו מלמד כי הקביעות העקרוניות העיקריות שנקבעו בהם לא נאמרו ביחס להסדר הגיוס החל על תלמידי ישיבות ההסדר ותלמידי הישיבות הציוניות הגבוהות. כך, בחוות הדעת העיקרית בפרשת רסלר, שנכתבה על ידי הנשיאה ד' ביניש אין כל התייחסות לישיבות אלו. בחוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר באותה פרשה אף נכתב מפורשות כי "אין בביטול חוק דחיית שירות כדי להביא לביטול מסגרות ישיבות ההסדר..." (שם, בעמ' 138). כפי שניתן להתרשם מהאמור לעיל, ההוראות שנקבעו בהסדר הגיוס החדש בעניינם של תלמידי ישיבות ההסדר ותלמידי הישיבות הציוניות הגבוהות שונות בתכלית מאלו שנקבעו בעניינם של תלמידי הישיבות החרדיות. גם תכליות ההסדרים, הפגיעה הנוצרת בעקבותיהם ונסיבותיהם שונות באופן מהותי בשני המקרים. העובדה שההסדרים בנושאים אלה מצויים באותו החוק אינה מצדיקה להתייחס אליהם כמקשה אחת ולדון בהם יחד במסגרת עתירות אלו, כפי שהוגשו. מטעמים אלה אין מקום שנכריע בשאלת חוקתיותם של הסדרי הגיוס החלים על תלמידי ישיבות ההסדר והישיבות הציוניות הגבוהות במסגרת העתירות שלפנינו. אשר על כן אציע לחברי למחוק את העתירות בבג"ץ 1877/14 ובבג"ץ 1937/14 בהיבטים אלה.

50. בעתירה בבג"ץ 2260/14 נטען כאמור כי הסדר הגיוס החדש מפלה את תלמידי הישיבות ביחס לקבוצות אחרות בקבוצה שאינן מתגייסות לצבא. על מנת למקד את הדיון מכאן ואילך אציין כבר עתה כי דינה של עתירה זו להידחות שכן העותרת, עמותת הרצליה למען תושביה, לא עמדה בנטל להראות פגיעה בזכות חוקתית. כידוע, לא כל פגיעה בשוויון מהווה בהכרח פגיעה בכבוד האדם ולא כל פגיעה בשוויון מעלה שאלה בעלת אופי חוקתי (ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 670 (הנשיא א' ברק); בבג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581, 614 (השופטת א' פרוקצ'יה) (2011)). טענותיה הנוספות של העותרת בבג"ץ 2260/14 לגבי הליך החקיקה של תיקון 19 היו כוללניות ואף הן אינן עומדות ברף הנדרש להוכחתה של פגיעה בזכות חוקתית, לא כל שכן להצדיק התערבות שיפוטית בחוק בשל כך. לפיכך, דינה של העתירה בבג"ץ 2260/14 להידחות.

אתיחס מעתה לטענות שהועלו בבג"ץ 1877/14, בבג"ץ 1937/14 ובבג"ץ

8017/15.

לסיכום חלק זה, הפסיקה בפרשות רסלר והתנועה למען איכות השלטון, מובילה למסקנה ברורה כי הוראות הסדר הגיוס החדש, המתייחסות לגיוס תלמידי ישיבות

ש"תורתם אומנותם" פוגעות בשוויון באופן המקיים פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם.

שלב הניתוח החוקתי השני – חוקתיות הפגיעה

51. השלב השני של הניתוח החוקתי בוחן האם הפגיעה בזכות היא בהתאם לפיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה:

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

פיסקת ההגבלה מבטאת את תפישתנו החוקתית שלפיה זכויות האדם הן יחסיות ולא מוחלטות. מידת ההגנה על הזכויות החוקתיות בישראל נגזרת מהיחס שבין אותן זכויות לבין זכויות וערכים אחרים שהחברה מעוניינת להגן עליהם (ראו, למשל, ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782, 803 (2004); פרשת התנועה למען איכות השלטון, עמ' 692-691 (הנשיא א' ברק); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 619-620 (הנשיא ד' ביניש) (2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר); עניין חסון, בעמ' 839 (הנשיא ד' ביניש)). לכן, המחוקק רשאי לפגוע בזכויות החוקתיות ובלבד שכל התנאים המצטברים הקבועים בפיסקת ההגבלה מתקיימים. התנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה הם ארבעה במספר: התנאי הראשון הוא שהפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. לפי התנאי השני, על החוק הפוגע להלום את ערכיה של מדינת ישראל. התנאי השלישי קובע כי ניתן לפגוע בזכות חוקתית רק בחוק שנועד לתכלית הראויה. התנאי הרביעי והאחרון הוא תנאי המידתיות: על הפגיעה בזכות להיות במידה שאינה עולה על הנדרש.

52. נפנה, אפוא, לבחון האם בענייננו מתקיימים תנאי פיסקת ההגבלה, תוך שנתמקד בתנאי בדבר מידתיות הפגיעה. איני רואה צורך להרחיב את הדיון בתנאים הקודמים לכך: פגיעה בחוק או מכוחו, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל ושלו תכלית ראויה. בעלי הדין בעתירות שלפנינו לא מיקדו את טיעוניהם במישורים אלה, שבהם אנו צועדים במידה רבה בנתיב שכבר נסלל בפסיקה ובעיקר בפרשת התנועה למען איכות השלטון. די אם נאמר כי לצורך הדיון, ניתן לקבל כי מתקיים התנאי שלפיו על הפגיעה להיעשות בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק. התנועה למען איכות

השלטון טענה בעתירתה הנוכחית כי הסדר הגיוס החדש אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית משום שהוא נוגד את ערכי הערכות ההדדית היהודית בכך שהוא יוצר הפליה קשה בין אדם לאדם. טענתה זו מסתמכת אך ורק על דעת המיעוט של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין בפרשת התנועה למען איכות השלטון, שסבר כך לגבי חוק דחיית השירות. ואולם, קיים קושי להסתמך על עמדה זו, שכן באותה פרשה נותר המשנה לנשיא (בדימ') בדעת מיעוט בקובעו כי חוק דחיית השירות אינו חוקתי, בין השאר על בסיס זה. בנוסף, הסדר הגיוס החדש נועד להסדיר את אותה סוגיה חברתית בדיוק שעליה יצא קצפה של התנועה למען איכות השלטון בעתירה זו. אשר לתכליתו של ההסדר, בדומה לחוק דחיית השירות, גם לפנינו עומד חוק שהוא פרי פשרה חברתית (ראו, פרשת התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 700 (הנשיא א' ברק)). ביסוד חוק דחיית השירות עמדו מספר תכליות, שעליהן עמד הנשיא א' ברק בפרשת התנועה למען איכות השלטון:

”התכלית הראשונה הינה לעגן בחוק הסדר של דחיית שירות לתלמידי ישיבות אשר תורתם אומנותם והמבקשים ללמוד בישיבות. התכלית השנייה הינה להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית, במובן זה שיותר גברים בני הקהילה החרדית ישרתו, בסופו של יום, בשירות צבאי (רגיל או מיוחד), או לכל הפחות ישרתו שירות אזרחי. התכלית השלישית הינה הגברת השתתפותו של הציבור החרדי במעגל העבודה, בכך שיותר גברים בני הציבור החרדי ישתלבו בשוק העבודה בישראל... התכלית הרביעית הינה להביא לפתרון הדרגתי של הקשיים שהיו קיימים בהסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבות, וזאת בדרך הדרגתית ובזהירות, ועל יסוד הסכמה רחבה וללא כפייה (שאינה אפקטיבית) של הגיוס.” (שם, בעמ' 700-701, ההדגשות במקור, מ.ג.)

הנשיא א' ברק הוסיף וקבע כי ארבע מטרות אלה, בשילובן זו בזו, הן תכליות ראויות (שם, בעמ' 701). בענייננו מסכימים העותרים והמשיבים כולם כי ארבע התכליות “המשולבות” של חוק דחיית השירות הן אותן מטרות בדיוק העומדות בבסיס הסדר הגיוס החדש. תכליות אלה משקפות איזון בין מטרות חברתיות חשובות שקיים ביניהן מתח, ובעיקר בין השאיפה לשמר את ערך לימוד התורה, גילוי רגישות וסובלנות לצרכיה של החברה החרדית והרצון להגיע להסדר מוסכם והדרגתי, לבין ההכרח לצמצם את חוסר השוויון בין קבוצות האוכלוסייה בחברה הישראלית. בחינתנו החוקתית תיעשה, אפוא, בהתייחס לארבע תכליות אלה ועל בסיס ההנחה שבהינתן

איזון ראוי ביניהן מדובר בתכלית ראויה. נותר לנו, אם כן, לבחון את הסדר הגיוס החדש בהתאם למבחני המידתיות.

מבחני המידתיות

53. כידוע, כדי לצלוח את מבחני פסקת ההגבלה, הפגיעה בזכות נדרשת להיות במידה שאינה עולה על הנדרש (פרשת התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 705 (הנשיא א' ברק); בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 13-11 (המשנה לנשיא א' ברק) (1996)). מידתיות החוק נבחנת באמצעות שלושה מבחני משנה: מבחן "הקשר הרציונאלי" הבוחן האם האמצעי שנבחר על ידי המחוקק מממש או תורם למימוש תכליתו של החוק הנדון; מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה", במסגרתו נבחן האם ניתן לממש את התכלית בדרך אחרת, הפוגעת פחות בזכויות חוקתיות; ומבחן "המידתיות במובן הצר", הבוחן את היחס בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת הצומחת מהשגת תכליתו של החוק. חשוב לציין שבמרבית המקרים יישום מבחני המידתיות אינו מוביל בהכרח לתוצאה ספציפית אחת ויחידה, שאותה ורק אותה רשאי המחוקק לבחור. במשפטנו החוקתי מקובל להכיר ב"מתחם של מידתיות" המקנה למחוקק פרוגטיבה לבחור מבין מגוון האמצעים המידתיים השונים את האמצעי המתאים להגשמתה של תכלית החוק (ראו למשל עניין חסן, בעמ' 842-843 (הנשיאה ד' ביניש)). בית המשפט יתערב בחקיקה ראשית של הכנסת רק כאשר האמצעי שבחר המחוקק חורג באופן משמעותי ממתחם זה ונמצא בלתי מידתי באופן ברור (ראו עניין מנחם, בעמ' 280 (השופט ד' ביניש); פרשת התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 709-708 (הנשיא א' ברק); עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 623 (הנשיאה ד' ביניש); ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 500).

מבחן הקשר הרציונאלי

54. מבחן המשנה הראשון של המידתיות, אפוא, הוא "מבחן הקשר הרציונאלי", במסגרתו נבחנת יכולתו של האמצעי שנבחר על ידי המחוקק להגשים את תכליתו או לתרום לכך (ראו, למשל, בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 36-37 (הנשיא (בדימ') א' ברק) (2006); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 783 (2008); ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 374-373). כפי שציינתי לעיל, למחוקק נתון מרחב תמרון גם בעניין זה. משמעות הדבר במסגרת המבחן הנדון היא כי הוא אינו מוגבל בהכרח לאמצעי אחד, אלא באפשרותו לבחור כל אחד ממגוון האמצעים

העומדים לרשותו, ובלבד שקיים קשר רציונאלי בינו לבין תכלית החוק (עניין לשכת מנהלי ההשקעות, בעמ' 386-388 (הנשיא א' ברק); עניין התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 706, 709-708 (הנשיא א' ברק)). עוד יובהר, כי האמצעי שנבחר אינו חייב להגשים את תכלית החוק באופן מוחלט וודאי, אך עליו להיות בעל תרומה מספקת לכך, כלומר נדרש "מיתאם אמיתי" בין השניים (ראו, למשל, בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 665-666 (2002); פרשת התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 707-706 (הנשיא א' ברק); בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פסקה נד לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (26.3.2015); דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני: בני סברה 281, 289 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 377-378)). שאלה נפרדת שעשויה לעלות היא מהי רמת ההסתברות הנדרשת כדי לקבוע שמתקיים קשר רציונאלי בין החוק לבין תכליתו. שאלה זו נדונה בפרשת רסלר, וכך נפסק שם לגבי חוק דחיית השירות על ידי הנשיאה ד' ביניש:

"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 דחיית השירות עשויים להגשים את התכליות שביסודו ברמה מסוימת כלשהי. רמת הסתברות כזו לא תשקף את מידת ההגנה הניתנת במשפטנו לזכויות העומדות במרכז הדיון 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... (בעמ' 65-66. ההדגשות במקור, מ.נ.)"

(לגישה דומה ראו עניין לשכת מנהלי ההשקעות, בעמ' 420-422 (השופט ד' דורנר); ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 387-388. לתפישה שלפיה מהותה של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה משפיעות על אופן הניתוח החוקתי ועל הדרך שבה נבחנים מבחני המידתיות, ראו למשל עניין מנחם, בעמ' 258-259 (השופט ד' ביניש); פרשת רסלר, בעמ' 62-63 (הנשיאה ד' ביניש); עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 623 (הנשיאה ד' ביניש)).

55. ההכרעה במבחן הקשר הרציונאלי נעשית באמצעות בחינת הוראות החוק הנדון או תוך הערכה צופה פני עתיד, על בסיס מושכלות יסוד, ניסיון החיים והשכל הישר (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 323-324 (הנשיא א' ברק) (2006); פרשת התנועה למען לאיכות

השלטון, בעמ' 706-707 (הנשיא א' ברק); ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 382-383). במקרים מסוגו של המקרה הנדון לפנינו, שבהם תכלית החוק היא להביא לשינוי חברתי רחב וכאשר הדבר תלוי במגוון רחב של שיקולים מורכבים, ייתכן כי יהא צורך לבחון את הקשר הרציונאלי גם במבחן המעשה, על בסיס נתונים עובדתיים (ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 710 (הנשיא א' ברק); פרשת רסלר, בעמ' 40-41 (הנשיאה ד' ביניש); ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 384-387). על כך ארחיב עוד בהמשך.

56. עלינו לבחון, אם כן, האם הסדר הגיוס החדש מקיים קשר רציונאלי לתכליותיו. כזכור, ביסוד ההסדר עומדות ארבע תכליות משנה: עיגון הסדר דחיית השירות של תלמידי הישיבות בחקיקה ראשית של הכנסת; קידום השוויון על ידי גיוס חרדים לשירות צבאי או למצער לשירות הלאומי-אזרחי; הגדלת השתתפות הציבור החרדי במעגל העבודה; וקביעת הסדר הדרגתי על בסיס הסכמה חברתית רחבה. בהתאם לאמור בפרשת התנועה למען איכות השלטון, אין לבודד כל מטרה לעצמה אלא יש לבחון את התאמתו של החוק לתכלית המשולבת (שם, בעמ' 709-710 (הנשיא א' ברק)). בהקשר זה, יש להכיר בכך שארבע התכליות אינן שוות במעמדן. תכליתו המרכזית של הסדר הגיוס החדש היא התכלית של קידום השוויון בחלוקת נטל הגיוס באמצעות גיוסם של תלמידי הישיבות לשירות צבאי או למצער לשירות הלאומי-אזרחי. כך עולה מעמדות המשיבים (ראו פסקה 61 לתשובת הכנסת מיום 6.4.2016 וכן פסקה 128 לתשובת המדינה מיום 3.4.2016). הדבר עולה בקנה אחד גם עם האמור בפרשת רסלר, אם כי לעיתים נעשתה שם כריכה בין תכלית זו לבין התכלית של קידום השתלבות חרדים בתעסוקה (שם, בעמ' 66, 68-70 (הנשיאה ד' ביניש)). זו, אפוא, נקודת המוצא לדיון בהתאמתו של הסדר הגיוס החדש לתכליותיו השונות.

מבחן הקשר הרציונאלי – הסדר הגיוס החדש

57. בשני פסקי הדין האחרונים שעסקו בסוגיה שלפנינו, החוק שביקש להסדיר את נושא גיוסם של תלמידי הישיבות (חוק דחיית השירות) נכשל למעשה כבר במבחן הקשר הרציונאלי. הסדר הגיוס החדש מספק מענה מסוים לחלק מהכשלים שעליהם הצביע בית משפט זה בפרשת רסלר. הסדר הגיוס החדש מעגן בחקיקה ראשית את הסמכות לדחות, בתנאים מסוימים, את שירותם של תלמידי הישיבות ובהמשך לפטור אותם מהשירות. בנוסף לכך, בהמשך להערות בית משפט זה בפרשת רסלר, נקבעו בהסדר הגיוס החדש יעדים מדידים בדמות "מכסה" של תלמידי ישיבות שלכאורה יידרשו להתגייס לצבא או לשירות הלאומי-אזרחי מדי שנה. לצד זאת, נקבעו מנגנונים שונים לעידוד הגיוס לצבא ולשירות הלאומי-אזרחי כמו גם הסדרים שתכליתם לקדם

את שילובם של תלמידי הישיבות בשוק התעסוקה. בכלל זה, מורה החוק על הקמת הצוות הבין-משרדי לקידום עמידה ביעדי הגיוס (סעיף 26טו לחוק). צוות כאמור אכן הוקם וביום 13.4.2016 הוגש הדו"ח הראשון מטעמו אשר כלל המלצות, בין היתר, בנושאים הבאים: פיקוח ואכיפה; תמריצים כלכליים; יצירת כלים לשילוב בתעסוקה; עידוד הצטרפות לשירות הלאומי-אזרחי; טיפול בהסתה והתנכלות לתלמידי ישיבות המתגייסים לצבא; תכניות הכנה לגיוס ייעודיות לחרדים; פרסום ותקשורת. דו"ח נוסף אמור להיות מוגש על ידי הצוות הבין-משרדי לקראת תום תקופת ההסתגלות הראשונה. על פי החוק, המלצות הצוות יובאו בחשבון על ידי הממשלה בקביעת יעדי הגיוס והצוות יערוך מעקב אחר יישום החלטות הממשלה בנושא (ראו סעיפים 26טו-טז לחוק). עוד מחייב החוק את שר הביטחון למסור דיווח מפורט בנושא יישום החוק לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת (ראו סעיף 26כח לחוק).

58. יש לברך על התיקונים הללו. עם זאת, בחינת הסדר הגיוס החדש מעלה כי חלק ניכר מהפגמים האינהרנטיים שמהם סבל חוק דחיית השירות ואשר הובילו לקביעה בפרשת רטלר כי הוא נכשל כבר במבחן הקשר הרציונאלי ואינו חוקתי, קיימים גם בהסדר הגיוס החדש. ייאמר כבר עתה כי הכשלים המבניים בחוק שלפנינו הם מרובים. מבין כשלים אלה אתמקד בשניים בולטים: הראשון, העובדה שאף הסדר הגיוס החדש נותר בפועל תלוי באופן בלעדי ברצונם הטוב של הרשות המבצעת ושל תלמידי הישיבות והציבור החרדי, משלא נקבעו בו סנקציות ממשיות (ובמילים אחרות – הוא "חסר שיניים"). הפגם השני נעוץ בזמניותו של הסדר הגיוס החדש ובהיעדר הסדרה כלשהי של פתרון קבע בנושא זה. אדון בדברים כסדרם.

הסדר הגיוס החדש הוא "חסר שיניים"

59. המשיבים ייחסו חשיבות רבה לעובדה שהסדר הגיוס החדש גובש בדרך של הסכמה, ללא כפייה. ואכן, ישנם יתרונות בלתי מבוטלים בהגעה להסדר מוסכם, במיוחד לאור רגישותה של הסוגיה הנדונה. עם זאת, יש להבחין בין הדרך שבה נולד ההסדר לבין אופן יישומו והיכולת לממשו. בחינת הוראות הסדר הגיוס החדש מעלה כי הוא למעשה אינו כולל סנקציות ממשיות והוא נטול כוח כופה. בתקופת ההסתגלות הראשונה (עד ליום 30.6.2020), אין ליעדי הגיוס שנקבעו כל נפקות במציאות. כלומר, אף שהרשות המבצעת מחויבת לקבוע יעדים לגבי תקופה זו, אין ליעדים כל השפעה על דחיית השירות של תלמידי הישיבות באותה עת או על הפטור משירות שיקבלו בהגיעם לגיל המתאים. תלמיד ישיבה שמלאו לו 22 שנים בתחילת תקופת ההסתגלות הראשונה, יוכל לקבל פטור משירות באופן מיידי. תלמיד ישיבה שבתחילת התקופה מלאו לו 22-

18 שנים יוכל לקבל דחיית שירות מדי שנה עד הגיעו לגיל 24 שנים, שאז יוכל לקבל פטור משירות (סעיף 26 לחוק). משמעות הדבר היא כי בפני כל תלמידי הישיבות שמלאו להם 18 שנים לפחות בתחילת תקופת ההסתגלות הראשונה עומדת אפשרות מעשית לקבל פטור משירות בלא כל סייג ממשי (למעט עמידה בתנאים האישיים הנדרשים). לאמיתו של דבר, בכך יש משום "ויתור" מראש של המחוקק על אותם מגוייסים פוטנציאליים. לא בכדי בחרו המשיבים לכנות הסדר זה בכינויים (הבלתי מוצלחים להשקפתי) "ריקון המאגר" או "ריקון הבריכה".

60. עינינו הרואות כי בתקופת ההסתגלות הראשונה, שאורכה כשש שנים, גיוסם של תלמידי הישיבות לצבא או לשירות הלאומי-אזרחי למעשה נתון לבחירתם (ובלבד שעמדו בתנאים האישיים לדחיית השירות). היינו, מדובר בהסדר וולונטרי המנציח את המצב הקודם שהוביל להתערבותו החוקתית של בית המשפט זה בפרשת רטלר. כזכור, הסדר הגיוס הקודם – חוק דחיית השירות – כלל אף הוא הסדר רצוני לגמרי וללא כפייה כלשהי, מתוך תקווה שבכך יהיה כדי להניע תהליך חברתי שיביא לגידול במספר המתגייסים החרדים לצבא. אולם, כפי שנקבע בפרשת רטלר, המציאות הוכיחה כי תקווה זו נכזבה (ראו למשל, בעמ' 73 (הנשיאה ד' ביניש) ובעמ' 152 (חברי השופט נ' הנדל)). בית המשפט הבהיר שם כי הותרת שאלת הגיוס לרצונם הטוב של תלמידי הישיבות היא אחד הגורמים הבולטים שהביאו לכישלוננו של אותו חוק במבחן הקשר הרציונאלי (שם, בעמ' 69-70 (הנשיאה ד' ביניש)). והנה, מקץ חמש שנים בלבד, ניצב לפתחנו הסדר גיוס חדש הכולל את אותו פגם ממש, לפחות בכל האמור לתקופת ההסתגלות הראשונה. בנסיבות אלה, מתעורר ספק ממשי אם יש ביכולתו של הסדר הגיוס החדש להביא לעמידה ביעדי הגיוס או קרוב לכך בתקופת ההסתגלות הראשונה, קל וחומר בהסתברות הגבוהה הנדרשת.

61. לשיטת המשיבים, הסדר הגיוס החדש אמור להבטיח תהליך הדרגתי של גיוס החרדים לצבא ושילובם בחברה. לפי גישה זו, ניתן לראות בתקופת ההסתגלות הראשונה תקופת לימוד גרידא או תקופת מעבר (תקופה "להפקת לקחים, קידום תהליכי הגיוס והמשך הקמת מנגנוני אכיפה ופיקוח", כדברי יו"ר ועדת חוץ וביטחון של הכנסת, חבר הכנסת צחי הנגבי (פרוטוקול ישיבה מס' 66 של הכנסת ה-20, 162 (23.11.2015)). בהתאם לכך, אניח כי יש לבחון את ההסדרים בתקופה זו בנדיבות ובאיפוק, גם אם מדובר בפרק זמן בלתי מבוטל של כשש שנים, מתוך הנחה (לטובת המשיבים) כי זהו שלב הכרחי בדרך להסדר מחייב. במילים אחרות, נתבונן על "התמונה המלאה", הבוחנת את ההסדר כמכלול ולא נסתפק בהערכת תקופת ההסתגלות הראשונה בפני עצמה. על רקע זה יש לבחון האם יש ליעדי הגיוס כוח כופה כלשהו

במהלך תקופת ההסתגלות השנייה.

62. לעניין זה ספק אם קיים הבדל משמעותי בין שתי התקופות. נזכיר כי במהלך תקופת ההסתגלות השנייה, עד הגיעו של תלמיד הישיבה לגיל 21, רשאי שר הביטחון להמשיך לדחות מדי שנה את גיוסו בלא כל תלות בהשגת יעדי הגיוס (סעיף 26(ג) לחוק). משמע עד גיל 21 אין כוח כופה כלשהו ליעדי הגיוס גם בתקופה זו. "המועד הקובע" בתקופת ההסתגלות השנייה הוא השנה שבה ימלאו לתלמיד הישיבה 21 שנים. אם בשנה זו הושגו יעדי הגיוס, רשאי שר הביטחון להמשיך לדחות את התייצבותו לשירות עד הגיעו לגיל 26, שאז יוכל לקבל פטור משירות (סעיפים 26(ט) ו-26(כ) לחוק). כלומר, השגת יעד הגיוס בשנה שבה מלאו לתלמיד הישיבה 21 שנים תביא, בסופו של דבר, לכך שהוא יהא פטור מלהתגייס. לגבי כל אותם תלמידי ישיבות, הסדר הגיוס החדש הוא וולונטרי – ברצותם יתגייסו וברצותם לא (ובלבד שעמדו בתנאים האישיים לדחיית שירות). בכך בא לידי ביטוי "ההיגיון המסדר" העומד ביסוד הסדר הגיוס החדש, שלפיו מילוי "מכסות" הגיוס פוטר את שאר חברי הקבוצה מחובת גיוס. לקשיים הכרוכים בהיגיון זה, כמו גם בשימוש ב"מכסות גיוס" עוד אתייחס בהמשך, אך לצורך הדיון שלפנינו ובשלב זה אקבל עניין זה כנתון.

לעומת זאת, במידה שבשנת הגיוס שבה מלאו לתלמיד הישיבה 21 שנים לא הושגו יעדי הגיוס, הרי שבתום אותה שנה דחיית השירות שלו לא תחודש והוא אמור להיקרא לשירות (סעיפים 26(ז), 26(ט) ו-26(כא) לחוק; לשם הנוחות יכוננו הנמנים עם קבוצה זו: המיועדים לגיוס). ואולם, אף לגבי קבוצה מצומצמת זו (המונה ילידי שלושה שנתונים בלבד), כלל לא ברור כי הנמנים עמה אכן יידרשו לשרת בצבא. במקרים אלה, ולמרות שלא נרשמה עמידה ביעדי הגיוס, מקנה החוק לשר הביטחון סמכות להמשיך ולדחות מעת לעת את גיוסם של תלמידי הישיבות המיועדים לגיוס, עד הגיעם לגיל 26, שאז כזכור יוכלו לקבל פטור משירות (סעיף 26(כב) לחוק). הסמכת שר הביטחון להמשיך ולדחות את גיוסם של תלמידי ישיבה שאמורים היו להתגייס בשל אי עמידה ביעדים יוצרת שני קשיים מרכזיים שעליהם נעמוד עתה.

63. ראשית, הסמכות שהוקנתה לשר הביטחון עלולה לכרסם במידה משמעותית בכוח הכופה שיש להסדר הגיוס החדש לגבי אותה קבוצה מצומצמת למדי הנדרשת להתגייס (המיועדים לגיוס). השאלה אם המיועדים לגיוס מבין תלמידי הישיבות אכן יידרשו להתייצב לשירות צבאי – אף כשלא הושגו יעדי הגיוס – הופכת תלויה בהחלטתו של שר הביטחון. בחוק נקבע כי השר יוכל לדחות את התייצבותו לשירות של מיועד לגיוס בנסיבות אלה, "בהתחשב בצורכי הביטחון ובהיקף הכוחות הסדירים"

וכי הוא יחליט כמה צווי דחיית שירות יינתנו "בשים לב ליעד השנתי הכולל לגיוס" (סעיף 26 כב(א) ו-(ד) לחוק). המדינה טענה כי מבחינה מעשית, שר הביטחון יידרש "לטעמים כבדי משקל" כדי להוסיף ולהעניק דחיית שירות במקרים אלה (פיסקה 45 לתשובה מיום 3.4.2016). בנוסף, טענה הכנסת כי מספר צווי דחיית השירות שבסמכותו לתת בנסיבות אלה חייב להיות "בסביבה" של יעדי הגיוס שאושרו על ידי הממשלה (פיסקה 46 לתשובה מיום 3.4.2016). אולם, בכך אין כדי להגביל באופן אמיתי את שיקול דעתו. זאת, בין השאר לנוכח העובדה שיעד הגיוס השנתי נקבע ממילא "בשים לב להמלצת שר הביטחון" (סעיף 26 טו(ג)(1) לחוק). לכאורה ניתן היה להתלות בקביעה כי הממשלה תידרש לפעול ל"הגדלה הדרגתית של מספר המתגייסים" ולראות בה משום סייג לשיקול דעתו של השר (סעיף 26 טו(ב) לחוק). אולם, משלא נקבע כל מדד לעניין זה, אף התועלת הטמונה בכך היא מוגבלת למדי. מכל אלה נמצאנו למדים שבידי שר הביטחון נותר שיקול דעת רחב ביותר לגבי אופן הפעלת סמכותו לדחות את גיוסם של המיועדים לגיוס (ובהמשך, לפטור אותם משירות). במצב דברים זה, כלל לא ברור כי בסופו של דבר תלמיד הישיבה המיועד לגיוס אכן יידרש להתגייס. בכך יש משום חזרה על אחד הכשלים המרכזיים שנפלו בחוק דחיית השירות, שקדם להסדר הגיוס הנוכחי, שהובילו לקביעה כי הוא אינו חוקתי. כפי שנאמר בפרשת רטלר:

"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. ...אמנם, אין חולק כי כל דבר חקיקה תלוי בכיצועו 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." (שם, בעמ' 67 (הנשיאה ד' ביניש)).
ההדגשות הוספו, מ.ג.)

64. יתרה מכך, הקניית הסמכות לדחות (ובסופו של דבר לפטור) את תלמידי הישיבות המיועדים לגיוס מהתייצבות לגיוס אף כשלא הושגו היעדים שנקבעו, מייצרת פגם נוסף במישור אחר. היא מביאה למציאות שבה חובת הגיוס של אותם תלמידי ישיבות תלויה באופן כמעט בלעדי במידת רצונו של שר הביטחון לממשה. הדבר עלול להוביל לאיון חובת הגיוס ולהעברת מרכז הכובד והשליטה ביישום החוק לידי של השר. יש לתהות האם אין בכך, הלכה למעשה, כדי להחזירנו שנים רבות אחורנית,

לתקופה שבה מדיניות הפטור מגיוס של תלמידי הישיבות נקבעה על ידי הרשות המבצעת. כידוע, כבר בפסק הדין בפרשת רובינשטיין, שניתן בשנת 2000, נקבע כי שאלת גיוסם של תלמידי הישיבות החרדים הפכה כזו המחייבת הכרעה באמצעות "הסדר ראשוני", המעוגן בחקיקה ראשית של הכנסת וכי לא די בהחלטה של הרשות המבצעת. כזכור, בעקבות פסק הדין באותה פרשה נחקק מלכתחילה חוק דחיית השירות שבסופו של דבר הוכרז בלתי חוקתי בין השאר בשל שיקול הדעת הרחב שנמסר בו לשר הביטחון. הנה כי כן, הסדר הגיוס החדש צועד בתלם של קודמיו ואינו מרפא כשל חוזר ונשנה זה שנפסק כי הוא מהווה "פגם גנטי" בחוק. כפועל יוצא מכך, נפגמת לא רק היכולת להשיג את התכלית של קידום השוויון אלא גם מתעורר ספק ניכר האם מושגת התכלית של עיגונו בחוק של הסדר גיוסם של תלמידי הישיבות, כנדרש על פי פרשת רובינשטיין.

65. בסיכומו של שלב זה ניתן לראות כי קיימים כשלים מבניים חמורים בהסדר הגיוס החדש, המאתגרים, אם לא למעלה מכך, את יכולתו להגשים את התכלית של קידום גיוס משמעותי של תלמידי הישיבות. זאת, הן כאשר בוחנים כל תקופת הסתגלות בפני עצמה הן כאשר מתבוננים על ההסדר, על שתי תקופותיו, כמכלול. בתקופת ההסתגלות הראשונה, ההסדר נטול סנקציות וכוח כופה. בתקופה זו הצלחתו תלויה למעשה ברצונם הטוב של תלמידי הישיבות. בתקופת ההסתגלות השנייה, תלויה הצלחתו של ההסדר ברצונו הטוב של שר הביטחון, שלו העניק המחוקק את המפתח להפעלתו בלא התוויה ממשית של שיקול דעתו. בעקבות זאת, קיים ספק ממשי האם גם בתקופת ההסתגלות השנייה יוכל הסדר הגיוס החדש לתרום במידה הנדרשת להגשמת התכלית האמורה (ראו והשוו פרשת רסלר, בעמ' 67 (הנשיאה ד' ביניש)). בנוסף, אין זה ברור כי העברת שיקול הדעת לשר באופן שבו נעשתה אכן מיישמת כהלכה את הקביעה בפרשת רובינשטיין בדבר הצורך להסדיר נושא זה בהסדר ראשוני. כשלים אלה דומים במהותם לכשלים מהם סבלו הסדרי הגיוס הקודמים ואשר הובילו לקביעה כי חוק דחיית השירות איננו חוקתי.

ועל כל האמור לעיל ניתן פשוט לומר - "עוד חוזר הניגון" או - אותה הגברת בשינוי אדרת.

66. על רקע זה, קיימים סימני שאלה מהותיים לגבי התאמתם של האמצעים שנקבעו בהסדר הגיוס החדש לתכליותיו, ובראשם להביא ליתר שוויון בחלוקתו של נטל השירות הצבאי (כדברי הנשיאה ד' ביניש בפרשת רסלר, בעמ' 68). לפחות בשלב

זה של הבחינה קשה לומר כי האמצעים שנבחרו תורמים במידה ובהסתברות הנחוצות להשגת התכלית של גיוס תלמידי הישיבות והבאה ליתר שוויון בנשיאה בנטל. כחלק מהריסון השיפוטי הנדרש ביחס לחקיקה של הכנסת, הייתי מוכנה להימנע מלקבוע בשלב זה של הדיון, כי הסדר הגיוס החדש אינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי רק על בסיס בחינת שתי תקופות ההסתגלות. זאת, אף על פי שמדובר בתקופה ממושכת בתשע שנים. אניח לטובת המשיבים, בלי לפסוק שכך הוא, כי תקופות ההסתגלות, כשמן כן הן – תקופות מעבר בדרך להסדר קבע ואין למדוד אותן בפני עצמן, אלא יש לבחון את הסדר הגיוס גם בהתחשב בתוצאה אליה הוא יכול להביא בסופו של התהליך. דא עקא, שבחוק טמון פגם מבני נוסף וחמור בפני עצמו. לתיאורו של פגם זה אפנה כעת.

הסדר הקבע?

67. תקופת ההסתגלות השנייה מסתיימת ביום 30.6.2023 (סעיף 26 לחוק). בחוק שלפנינו אין כל הוראה מפורשת לגבי הדין שיחול לאחר אותו יום. המשיבים טענו כי מדובר ב"הוראת שעה" (או "הוראת שעה מהותית" כלשונה של המדינה (פיסקה 8 לתשובתה מיום 3.4.2016)). זאת, אף שהדבר לא מצוין בכותרתו של החוק ולמרות שאין בו סעיף מיוחד שעוסק בתוקפן של הוראותיו של הסדר הגיוס החדש, בשונה מהמקובל במקרים אחרים שבהם ביקש המחוקק ליצור הבחנה בין חוק "רגיל" לבין חוק זמני במהותו. מכל מקום, ביום 30.6.2023 יפקע למעשה הסדר הגיוס החדש על מכלול הוראותיו. בו ביום יפקע גם חוק שירות לאומי-אזרחי, בהתאם לתיקון שנעשה במסגרת הסדר הגיוס החדש (ראו סעיף 36 לחוק שירות לאומי-אזרחי וכן סעיף 17 לתיקון 21). נשאלת השאלה מה, אם כן, הדין שיחול ביום שלאחר מכן.

68. כאמור, החוק אינו קובע במפורש דבר בעניין זה. התשובות שניסתה המדינה לספק לשאלה מהו הסדר הקבע שיחול לאחר פקיעתו של הסדר הגיוס החדש היו מגומגמות ובלתי עקביות. בחלק מהמקומות נטען על ידה כי בתום תקופת ההסתגלות השנייה "תחול, משפטית, חובת שירות מלאה על כלל יוצאי הצבא, בהתאם להוראותיו הכלליות של החוק" (פיסקה 8 לתשובה מיום 3.4.2016 (ההדגשות הוספו, מ.ג.)). ראו גם פיסקה 53 לאותה תשובה, שבה התייחסות דומה). הקפדתה העקבית של המדינה להדגיש כי חובה זו חלה במישור המשפטי (בלבד?) מלמדת על יחסה המסופק ביחס לאפשרות כי בתום תקופת ההסתגלות השנייה אכן יחולו בפועל הוראות החוק הקובעות חובת גיוס כללית. ביטוי ברור לכך ניתן בדיון על פה לפנינו שהתקיים ביום 17.4.2016, שבו השיבה באת כוח המדינה כי בשנת 2023 הסדר הגיוס החדש "...פוקע ובאופן עקרוני ומשפטי חל חוק שירות ביטחון ויהיה שוויון בנטל, וכולם מתגייסים.

אני לא תמימה להגיד שזה בהכרח מה שיקרה ויכול להיות שיחוקקו חוק אחר... (עמ' 2 לפרוטוקול הדיון). לעומת זאת, מטענותיה הנוספות של המדינה מצטיירת תמונה שונה לגבי ההסדר בעתיד. כך, לטענת המדינה, תיקון 21 נחקק כהוראת שעה מתוך כוונת מכוון שלא להכריע בשלב זה בדבר אופיים של הסדרי הקבע, בשל ההבנה כי המציאות עודנה משתנה וכי יהא צורך לבחון את ההסדר כולו בהתאם להתקדמות השילוב (ראו פסקאות 104 ו-116 לתשובת המדינה מיום 3.4.2016). הכנסת, מצידה, לא התחייבה לגבי הסדר הקבע שיחול בתום תקופת ההסתגלות השנייה והסתפקה באמירה כי הסדר הגיוס החדש אינו מקבע הסדר שונה לתלמידי הישיבות (פיסקה 55 לתשובה מיום 6.4.2016).

69. ביטוי ברור לכך שלאמיתו של דבר כוונת המחוקק הייתה להותיר את ההסדר העתידי כשאלה פתוחה מצוי בהוראות החוק עצמו ובהיסטוריה החקיקתית שלו. כך, למשל, קשה להתעלם מהעובדה שלא נעשה בחוק שימוש במונח "תקופת קבע", אלא רק במונח "תקופת הסתגלות" (בתיקון 21 הוחלף הביטוי "תקופת הקבע" שהיה קיים בתיקון 19, בביטוי "תקופת ההסתגלות השנייה" (ראו סעיף 2 לאותו תיקון)). בדברי ההסבר לתיקון 21 נאמר במפורש כי "ההסדר המוצע אינו קובע הוראות לעניין טיבו ואופיו של הסדר קבע שיחול ביחס לגיוס מקרב המגזר החרדי" (דברי הסבר להצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015 ה"ח הממשלה 973, 186 (להלן: דברי ההסבר לתיקון 21)). דברים דומים אמר שר הביטחון משה יעלון עצמו בדיון בכנסת במסגרת הליך החקיקה של תיקון 21: "...ההסדר המוצע אינו קובע הוראות לעניין טיבו ואופיו של הסדר קבע שיחול ביחס לגיוס בקרב המגזר החרדי בהמשך" (פרוטוקול ישיבה מס' 63 של הכנסת ה-20, 8 (16.11.2015)). וכך ציין היועץ המשפטי למערכת הביטחון, עו"ד אחז בן-ארי, בדיון בפני ועדת החוץ והביטחון אגב הליכי החקיקה של תיקון 21: "מה יקרה אחרי 2023. הכנסת תצטרך להתכבד ולקבוע בשלב יותר מאוחר מהו הסידור שהיא רוצה על יסוד הניסיון שנצבר" (פרוטוקול ישיבה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (19.11.2015), צורף כמ/ש4 לתשובת הכנסת מיום 6.4.2016; (להלן: פרוטוקול ועדת החוץ והביטחון)).

70. בחינת הדין החל לגבי השירות הלאומי-אזרחי אך מחזקת את המסקנה שלפיה אין יסוד ממשי להניח שביום 1.7.2023 הוואקום שיווצר עם פקיעת הסדר הגיוס החדש, בהכרח יתמלא בהוראות החוק "הרגיל". היינו כי במועד זה חובת הגיוס שבחוק שירות הביטחון תחול באופן מלא ושוויוני לגמרי גם על תלמידי הישיבות. כזכור, יעדי הגיוס בהסדר הגיוס החדש כוללים גם יעדי גיוס לשירות הלאומי-אזרחי. יעדים אלה הולכים וגדלים באופן הדרגתי עם השנים, בהתאם לגישה ה"תהליכית" שביסוד הסדר

הגיוס החדש, הדוגלת בצעדים מדודים ולא במהפכות. בניגוד גמור לכך, חוק שירות לאומי-אזרחי יפקע בתום תקופת ההסתגלות השנייה. בחוק לא נקבעו כל מנגנונים שנועדו להבטיח "דעיכה" הדרגתית של מסלולי השירות הלאומי-אזרחי ושילוב מדוד של תלמידי הישיבות בשורות הצבא חלף מסלולים אלה. זאת, חרף השונות הרבה הקיימת בין מסלולים אלה לבין שירות בצה"ל. קשה לדמיין כי בן לילה יעברו אלפי תלמידי הישיבות המשרתים בשירות הלאומי-אזרחי (בתרחיש האופטימי שבו הם אכן כה רבים) לשירות צבאי בלא כל הכנה מוקדמת. דברים אלה נכונים בבחינת קל וחומר לגבי גיוסם של אלפים רבים מקרב תלמידי הישיבות שלא הצטרפו לאף אחד ממסלולי השירות הפתוחים בפניהם. בדברי ההסבר לתיקון 21 נאמר כי מוצע למחוק את ההוראה בחוק שירות לאומי-אזרחי המטילה על הממשלה חובה לבחון "מתווה קבע" לשירות זה שעיקרו שירות אזרחי-ביטחוני. בהקשר זה, נכתב שם כי "בחוק המוצע לא נקבע טיבו ואופיו של הסדר הקבע בנושא שילוב תלמידי ישיבות בשירות כאמור" (דברי ההסבר לתיקון 21, בעמ' 193. ראו גם פסקה 47 למכתבה מיום 18.11.2015 של היועצת המשפטית לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת לחברי הוועדה במסגרת הליכי החקיקה, שם צוין כי מוצע לקבוע כי "השירות הלאומי אזרחי יהיה כהוראת שעה" (נספח מ/ש/3 לתשובת הכנסת מיום 6.4.2016); וכן דברים דומים שאמרה נציגת היועץ המשפטי לממשלה בדיון בתיקון 21 בוועדת החוץ והביטחון (פרוטוקול ועדת החוץ והביטחון, בעמ' 112-113)).

71. מכל אלה נלמד כי התרחיש שראה המחוקק לנגד עיניו הוא כי עם פקיעתו של הסדר הגיוס החדש לא יחול על תלמידי הישיבות החוק "הרגיל" ככתבו וכלשונו, על חובת הגיוס הכללית הקבועה בו, אלא כי תידרש החלטה חדשה בדבר הסדר הקבע שיחול. דומה כי כל טענה אחרת היא בגדר היתממות. במובן זה, נראה כי מה שהיה הוא שיהיה וכי הניגון עוד ישוב ויחזור. העדר ההכרעה הברורה לגבי עתידו של ההסדר יוצר כשלעצמו כשל מבני חמור בו. זאת, משום שכלל לא ברור בנקודת הזמן הנוכחית מהו היעד שאותו מבקש המחוקק להשיג בסופו של התהליך. אין זה ממקומו או מתפקידו של בית המשפט לקבוע עבור המחוקק מהם יעדי הגיוס המדויקים שאליהם יש לשאוף ושאותם ניתן לממש מדי שנה. הדבר נתון לשיקול דעתו ונתון לו מרחב תמרון גדול בעניין זה. אולם, מקץ עשרות שנים שבהן ממתינה סוגיה חברתית קשה זו לפתרון, הגיעה השעה כי המחוקק יגדיר במפורש מהי המטרה אותה הוא מבקש להשיג, בבחינת מצפן המורה את הדרך. זאת לא ניתן למצוא בהסדר הגיוס החדש. בהסדר שלפנינו אין כל הגדרה של יעדי הגיוס "הסופיים". ודאי לא הובהר בו כי השאיפה היא להגיע להסדר גיוס המביא לצמצום משמעותי של אי-השוויון. באין מטרה ברורה, לא ניתן להשיגה. זאת ועוד: בית המשפט כבר קבע כי נדרש הסדר

המסוגל להביא ליתר שוויון בחלוקתו של נטל השירות הצבאי. הסדר שאינו מביא לכך הוא הסדר כושל.

72. הקושי אינו מתמצה רק בכך שלא ניתן להשיג את היעד הסופי של הסדרי הגיוס לדורותיהם. בהיעדר הסדר קבע ברור עלולה להיפגע גם היכולת להגיע ליעדי הביניים שכן הוגדרו. ניתן לטעון כי העמימות הקיימת בנוגע לעתיד אף משדרת חוסר נחישות של רשויות המדינה להביא לפתרון עמוק של סוגיית גיוסם של תלמידי הישיבות. אי-הוודאות לגבי הדין שיחול ביום שלאחר תקופת ההסתגלות השנייה עלולה לפגוע בתמריצים להתגייס לשירות צבאי או הלאומי-אזרחי ולהקשות על תלמידי הישיבות וראשי המגזר החרדי לקבל החלטה מושכלת כיצד לנהוג. במובן זה, הפגם של היעדר הסדר קבע מקרין גם "לאחור", על תקופות ההסתגלות שאמורות להוביל אליו, ועל אפקטיביות ההסדרים שנקבעו בהן.

טיכום ביניים

73. בחינת הסדר הגיוס החדש מעלה כי הוא סובל מכשלים אינהרנטיים המובילים לכך שלא קיים מתאם מספק בין הוראותיו לבין תכליתו של ההסדר. כאשר בוחנים את הוראות ההסדר נדבך על גבי נדבך מתברר כי קיים כשל עמוק ביכולתו לממש את המטרה של צמצום משמעותי של אי-השוויון בחלוקה בנטל השירות הצבאי. בתקופת ההסתגלות הראשונה, שאורכה כשש שנים, ההסדר הינו וולונטרי לחלוטין וחסר כוח כופה. למעשה בפרק זמן זה יכול כל תלמיד ישיבה לעשות כרצונו וליעדי הגיוס אין כל משמעות. בתקופת ההסתגלות השנייה, שאורכה שלוש שנים נוספות, למי שעמד בתנאים האישיים לדחייה ניתנה אפשרות כמעט אוטומטית לקבל דחיית שירות עד גיל 21. לאחר מכן, לחוק יש יעדי גיוס מחייבים לכאורה, אך יישומו הוכפף במידה רבה לשיקול דעתו של שר הביטחון. מדובר בפגמים "גנטיים" הדומים במהותם לפגמים שהובילו בעבר לקביעה כי החוק שקדם להסדר הנוכחי אינו צולח את מבחן הקשר הרציונאלי ובהתאם איננו חוקתי. לכך יש להוסיף את הכשל הנעוץ בזמניותו של הסדר הגיוס החדש ובהיעדרו של הסדר קבע, שהוא הפגם החמור ביותר בהסדר. החוק אינו מנסה כלל להתכנס להסדר גיוס שוויוני, או כמעט שוויוני. המחוקק בחר שלא לקבוע הסדרים, לאחר שנת 2023, שיוכלו להוביל ליתר שוויון או לפחות להוביל לצמצום משמעותי של אי-השוויון הקיים היום. כפועל יוצא מכך, ניתן הקשר בין האמצעים שנקבעו בחוק לבין תכליתו. כפי שצינו לעיל, ארבע התכליות של הסדר הגיוס החדש אינן שוות במעמדן. תכליתו המרכזית של ההסדר היא לקדם את השוויון בחלוקת נטל הגיוס. על רקע העובדה שהסדר הגיוס החדש כלל אינו מתיימר להגיע ליעד שוויוני או

קרוב לכך, הרי שאין כל יסוד להניח כי ההסדר יהיה אפקטיבי וכי הוא יאפשר להגשים במידה הנדרשת את תכליתו המרכזית. לנוכח לקחי העבר, יש להודות כי למרבה הצער, הציפייה שהסדר הגיוס החדש יביא לשינוי אמיתי במצב הדברים היא לא יותר ממשאלת לב במקרה הטוב. במקרה הפחות טוב, זהו לא יותר מאמצעי לדחיית הקץ. זהו הסדר המבטיח, אולי, "שקט תעשייתי" בטווח הקרוב, אך אין בו אחרי כל שנות ההתדיינות, להביא לתקווה לשינוי משמעותי במצב. אשר על כן, אין מנוס מן המסקנה כי הסדר הגיוס החדש אינו צולח את מבחן הקשר הרציונאלי, ומסקנה זו מתחזקת מסקירת הנתונים העובדתיים שתובא להלן.

74. יש לציין כי הסמכויות הרחבות שהוקנו לשר הביטחון בהסדר הגיוס החדש עשויות לעורר גם את השאלה האם עסקינן בחוק שבו בחרה הכנסת להתפרק מסמכותה לקבוע הסדרים ראשוניים, ולהעביר סמכות זו לידיה של הרשות המבצעת; והאם יש בכך משום פגם חוקתי המצדיק כשלעצמו סעד חוקתי כגון ביטול החוק. שהרי ניתן לטעון כי הסמכויות שהוענקו בהסדר הגיוס החדש לשר הביטחון הן סמכויות לקביעת הסדרים ראשוניים שכן הן מאפשרות לשר להכריע – במקום הכנסת – כמה תלמידי ישיבות יתגייסו לצבא וכמה לא. שאלה לא פשוטה היא האם בית המשפט רשאי לפסול חקיקה ראשית אך מן הטעם שהכנסת בחרה להעביר לרשות המבצעת את הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים. דהיינו האם קיים במשפטנו החוקתי כלל של "איסור האצלה" המוכר בשיטות משפט אחרות (*Non-Delegation Doctrine*). שאלה חוקתית דוקטרינארית זו לא הוכרעה בפסיקתנו (לסקירת הסוגיה ראו בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקאות 22-25 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014)). גם בענייננו אין צורך להכריע בסוגיה מורכבת זו, נוכח מסקנתנו שלפיה ההסדר ממילא אינו צולח את מבחן הקשר הרציונאלי הקבוע בפיסקת ההגבלה.

75. בשני פסקי הדין האחרונים שעסקו בסוגיה שלפנינו, בחר בית המשפט שלא להסתפק בבחינת הקשר הרציונאלי בין הוראות החוק לבין תכליתו באמצעות בחינה תיאורטית של החוק. בית המשפט הוסיף ובחן את מבחן הקשר הרציונאלי גם במבחן מעשי, שתכליתו לבחון האם קיים שינוי מהותי במצב הדברים בפועל בעקבות חוק דחיית השירות (פרשת התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 710-711 (הנשיא א' ברק); פרשת רטלר, בעמ' 40-41 (הנשיאה ד' ביניש) ובעמ' 142-143 (השופטת א' חיות)). ראו גם ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 384-387). ואולם, יש להדגיש כי בשלב זה הרף הוא גבוה ויש להראות כי קיימת הסתברות ממשית ומשמעותית לשינוי בעקבות הסדר הגיוס החדש (ראו והשוו פרשת רטלר, בעמ' 65-66 (הנשיאה ד' ביניש)). על רקע דברים אלה ובשים לב לריסון השיפוטי המתבקש ביחס לחקיקה של הכנסת בכלל ובסוגיה כה

מורכבת ורגישה בפרט, יהיה זה נכון לבחון את הנתונים העובדתיים העדכניים שהוצגו לבית המשפט. כפי שנראה, הנתונים העובדתיים אינם מצביעים על כך שהסדר הגיוס החדש תורם במידה ובהסתברות הנדרשות לקידום השוויון. היפוכם של דברים: בחינת הישגיו של ההסדר בפועל מלמדים כי הסיכוי שעם פקיעתו יירשם צמצום משמעותי בחוסר השוויון – הוא קלוש בלבד.

הנתונים העובדתיים - מבחן המעשה

76. בטרם אגש לבחינת הנתונים עצמם, נדרשת הערה מקדימה. הסדר הגיוס החדש נכנס לתוקפו ביום 20.3.2014. לפיכך, מטבע הדברים, היכולת להעריך את תוצאותיו על בסיס שנים ספורות שבהן יושם החוק הוא מוגבל למדי. אין משמעות הדבר כי בדיקת הנתונים היא חסרת כל ערך, אלא שיש לבחון את הנתונים שהצטברו בזהירות המתחייבת. אחרי הכל, מדובר בפרק זמן בלתי מבוטל שבו מיושם ההסדר ולא ניתן להתעלם מתוצאותיו עד כה. בנוסף, על מנת להפיק את המירב מנתוני הגיוס, יש להתחשב גם בנתונים לגבי המצב העובדתי בשנים שקדמו להסדר הגיוס החדש. בחינה זו עולה בקנה אחד עם גישת המשיבים שלפיה יש לראות את הסדר הגיוס החדש על רקע הקשר רחב יותר, כשלב נוסף בתהליך שהחל עוד קודם לכן, שלהשקפתם מצביע על גידול הדרגתי במספר תלמידי הישיבות המתגייסים מרצון. מכלול הנתונים שהצטברו מאז הפעלת הסדר הגיוס החדש ועוד קודם לכן צריך להיבחן גם על רקע הידע והניסיון שנרכשו במסגרת העיסוק החברתי והמשפטי בסוגיה זו במשך עשרות שנים. לא ניתן ואין זה נכון להתעלם מהניסיונות הקודמים שנעשו לפתור סוגיה סבוכה זו, שההסדר הנוכחי מבקש לעמוד על כתפיהם.

77. המדינה הציגה לפנינו את נתוני הגיוס לגבי השנים 2010-2015 (שנת הגיוס 2015 הסתיימה ביום 30.6.2016 והיא השנה האחרונה שלגביה נמסרו נתונים מלאים). נתונים אלה מתייחסים למעשה לשלוש תקופות זמן שונות: התקופה שקדמה לפקיעת חוק דחיית השירות בחודש אוגוסט 2012; תקופת הביניים שלאחר מכן; והתקופה מאז כניסתו לתוקף של תיקון 19, ביום 20.3.2014 (שלאחריו בא תיקון 21, ואשר כונו יחד, כאמור, "הסדר הגיוס החדש"). ייאמר כבר עתה כי הובא בפנינו מידע רב והוא נבחן בעיון. לשם נוחות הקריאה ולמען פישוט התמונה – המורכבת – נביא את עיקרי הנתונים החשובים לענייננו ולאחר מכן ננתחם.

78. נקודת המוצא לדיון בנתונים היא גודל הקבוצה, כלומר, פוטנציאל הגיוס. בתגובת המדינה מיום 25.2.2015 מצויה הערכה משוערת של מספר החרדים שנולדו בין

השנים 1994-1999 שימלאו להם 18 שנים בין השנים 2012-2017. לעניין זה חשוב להבחין בין המונח "שנת גיוס" לבין המונח "שנתון גיוס". שנתון גיוס, או מחזור גיוס, מתייחס לכל מי שמלאו להם 18 שנים בשנה כלשהי (למשל, שנתון גיוס 2012 כולל את ילידי שנת 1994). לפי הנתונים שהובאו לפנינו, שנתון גיוס 2012 מונה 8,187 מועמדים חרדים לגיוס; שנתון 2013 – 8,378; שנתון 2014 – 9,004; שנתון 2015 – 9,785; שנתון 2016 – 10,318; ושנתון 2017 מונה 10,243 מועמדים חרדים לגיוס. לעומת זאת, שנת גיוס היא יחידת זמן בת שנה (על פי סעיף 26 לחוק, מיום 1 ביולי ועד יום 30 ביוני) שבה יכולים להתגייס בני שנתונים שונים.

79. יש להדגיש כי פוטנציאל הגיוס מקרב תלמידי הישיבות בכל שנת גיוס הוא גדול בהרבה מבני השנתונים הרלוונטיים. זאת, משום שמדי שנת גיוס עשויים להתגייס גם דחויי שירות: תלמידי ישיבות שדחו את שירותם הצבאי בשנים שקדמו לשנת גיוס פלונית ולא קיבלו פטור (להלן: דחויי השירות). גם אלה, אם יתגייסו, יימנו ביעדי הגיוס שקבעה הממשלה. על פי הנתונים שבידינו, בשנת 2010 נכנסו להסדר דחיית השירות 3,430 תלמידי ישיבות; בשנת 2011 – 4,807; בשנת 2012 – 5,054; בשנת 2013 – 5,865; בשנת 2014 – 6,598; ובשנת 2015 – 7,117. על פי המידע שנמסר לנו בהליכים דנא, בשנת 2015 עמד מספרם הכולל של דחויי השירות על כ-43,000 (לעומת 61,877 בשנת 2011, כאמור בפרשת רטלר). זאת, אף לאחר שניתנו פטורים המוניים עם כניסתו לתוקף של הסדר הגיוס החדש לתלמידי הישיבות המבוגרים יותר (ראו סעיף 26ט(ו) לחוק). על פי הנתונים שמסרה המדינה, במחצית שנת 2011 (החל מחודש יוני) ניתן פטור משירות ל-1,342 תלמידי ישיבות; בשנת 2012 ל-2,344; בשנת 2013 ל-2,308; בשנת 2014 ל-18,414; ובשנת 2015 ניתן פטור משירות ל-15,859 תלמידי ישיבות. בסך הכל, בתקופה האמורה 40,267 תלמידי ישיבות קיבלו פטור משירות.

80. מכאן למספר המתגייסים בפועל. התשובה לשאלה מי נכלל בקבוצה זו מצויה בסעיף 26ט(ב) לחוק שבו נקבע כי הממשלה תפעל בתקופת הסדר הגיוס החדש להגדלת מספר המתגייסים לשירות צבאי ולשירות הלאומי-אזרחי "מקרב תלמידי הישיבות ובוגרי מוסדות החינוך החרדים". כזכור, "בוגר מוסד חינוך חרדי" הוגדר בסעיף 26ט(א) לחוק מי שלמד בין הגילאים 14-18, במשך שנתיים לפחות, באחד משני סוגי המוסדות החרדים שהוגדרו שם. לאור לשון הסעיף האמור ולנוכח הגדרת "ישיבה" בסעיף 26 לחוק, ראיתי לנכון לפרש את הנתונים לטובת המדינה ולקבל את טענתה כי במניין המתגייסים יש לכלול גם "מתגייסים שלמדו בישיבות גבוהות חרדיות". המדינה הבהירה כי הכוונה היא למי שלומדים בישיבה חרדית גבוהה ומקיימים אורח חיים חרדי אך אינם עומדים בהגדרת החוק ל"בוגר מוסד חינוך חרדי"

(פיסקה 10 לתגובתה מיום 29.9.2016).

המדינה ביקשה להוסיף למניין המתגייסים לצורך בחינת יעדי הגיוס גם את המתגייסים מקרב שלוש קבוצות אוכלוסייה נוספות: תלמידי "מוסדות פיקוח חרדי" (מוסדות לימוד חרדים שאינם כלולים בצו של שר הביטחון לפי סעיף 26טו(א)(2) לחוק; להלן: מוסדות פיקוח חרדי); תלמידים חרדים הנוטלים חלק בתכנית היל"ה לנוער חרדי נושר; ועולים חרדים המתגייסים לצבא. עם זאת, קיים קושי ניכר בהוספת אוכלוסיות אלה למניין המתגייסים בדרך זו. מדובר בסטייה ברורה מהוראות החוק שהגדיר במפורש בסעיף 26טו מיהן הקבוצות הרלוונטיות ליעדי הגיוס. המדינה הודתה בתגובתה האחרונה לעתירות דנא כי אוכלוסיות אלה אינן כלולות במתגייסים על פי הגדרות החוק או בצו שהוציא שר הביטחון בעניין זה לפי סעיף 26טו(א)(2) לחוק. לדבריה, בימים אלה נערכת עבודת מטה לבחינת הכללת מתגייסים אלה במסגרת העמידה ביעדי הגיוס בהתאם לחוק (ראו פסקה 15 לתגובת המדינה מיום 29.9.2016). זאת, בדומה להצעת הצוות הבין-משרדי לתקן את הגדרת החוק כך שתכלול גם מתגייסים הנוטלים חלק בתכנית היל"ה (הצוות הבין-משרדי לקידום עמידה ביעדי הגיוס, משרד הביטחון דו"ח הצוות הבין-משרדי) (להלן: דו"ח הצוות הבין-משרדי) (13.4.2016) 45). מכאן, שברור כי אף המדינה עצמה אינה סבורה כי אוכלוסיות אלה נכללות כבר היום ביעדי הגיוס והדבר נאמר במפורש (ראו גם פסקה 14 לתגובתה מיום 29.9.2016). חזקה על המחוקק כי בעת קביעת ההגדרות ערך את השיקולים והאיזונים הנחוצים. אם סבורים המשיבים כי יש מקום להרחיבן, הרי שבאפשרותם לעשות כן באמצעות תיקון חקיקה או בצו של שר הביטחון, כאמור בסעיף 26טו(א)(2) לחוק. לא ניתן לערוך תיקונים מעין אלה בדרך שנתבקשה.

81. בטרם אפנה למספרים עצמם מתבקשת הערה נוספת. לבקשת בית המשפט, מסרה המדינה נתונים מפורטים בעניין מספר המתגייסים לשירות צבאי ולשירות הלאומי-אזרחי. בין השאר, נמסרו העתקים משתי הודעות שמסר שר הביטחון לממשלה ובהן נתונים בדבר מספר המתגייסים בשנת הגיוס 2014 ובמחצית שנת הגיוס 2015, ושתי הודעות דומות שפורסמו ברשומות (הודעה בדבר המתגייסים לשירות סדיר, י"פ התשע"ו 7225, 4256; הודעה בדבר המתגייסים לשירות סדיר והמשרתים בשירות לאומי-אזרחי לפי חוק שירות ביטחון, י"פ 6986, 3450). בהקשר זה, נזכיר כי סעיף 26טו לחוק קובע חובת דיווח של השרים הרלוונטיים לממשלה על מספר המתגייסים וחובת פרסום הודעה על כך ברשומות כל חצי שנה. יש לומר כי הנתונים שהציגה המדינה לא תמיד היו אחידים ועקביים. מתגובה לתגובה שהוגשו בהליך דנא, חלו שינויים בנתונים שהציגה המדינה. זאת, הן ביחס למספרים שהוצגו בשלבים מוקדמים

יותר לבית המשפט הן ביחס למספרים שנמסרו לממשלה ואשר פורסמו ברבים. יצוין, כי נתוני הגיוס של תלמידי הישיבות שפורסמו בתחילה היו גבוהים מהנתונים העדכניים ביותר שנמסרו לנו, אף על פי הספירה המרחיבה ביותר שהוצעה. המדינה הסבירה כי הפער בנתונים הינו תולדה של עבודת מטה "שהובילה לטיוב הנתונים על דרך של הוספה וגריעה" (פיסקה 17 לתשובה מיום 29.9.2016). מכל מקום, על רקע זה, יוצגו הנתונים העדכניים ביותר, הכוללים רק את הקבוצות שהוגדרו בסעיף 26טו לחוק.

82. על פי הנתונים שנמסרו לנו, בשנת 2010 (השנה האחרונה שנדונה בפרשת רטלר) התגייסו לשירות צבאי 898 תלמידי ישיבות; בשנת 2011 – 1,282; בשנת 2012 – 1,447; ובשנת 2013 – 1,972 (באותה שנה נקבע לראשונה יעד גיוס, שעמד אז על 2,000 מתגייסים). ויוזכר, כי נתונים אלה מתייחסים לתקופה שלפני הסדר הגיוס החדש. בנוסף, יש לציין כי הם כוללים גם מתגייסים שהיום, לפי הסדר הגיוס החדש, לא היה מקום למנותם ביעדי הגיוס בהתאם לפרמטרים שפורטו לעיל. בשנת הגיוס 2014 התגייסו 2,076 תלמידי ישיבות (יעד הגיוס שנקבע – 2,300) ובשנת הגיוס 2015 – 2,145 (יעד הגיוס שנקבע – 2,700). למען שלמות התמונה יצוין כי יעד הגיוס שנקבע לשנת 2016 עמד על 3,200, אך כאמור אין בידינו נתונים לגבי מספר המתגייסים בשנה זו. עוד יצוין כי תיקון 21 נחקק על ידי הכנסת במהלך שנת הגיוס 2015, כך שבשנה זו חלו לכאורה שני משטרי גיוס שונים – זה שנחקק בתיקון 19 וזה שנחקק בתיקון 21. אולם, אין לדבר נפקות שכן אין הבדל ממשי במשטר הגיוס (ביחס לשנת 2015) שחל מכוח כל אחד מהתיקונים.

83. עוד הומצאו נתונים בדבר שילוב תלמידי הישיבות בשירות הלאומי-אזרחי, הפן המשלים של יעדי הגיוס הכלליים על פי הסדר הגיוס החדש. גם בעניין זה הנתונים שמסרה המדינה לא היו אחידים. לפיכך, נסתמך על הנתונים העדכניים ביותר שנמסרו על ידה ביום 29.9.2016, שלפיהם: בשנת 2010 התגייסו לשירות הלאומי-אזרחי 821 תלמידי ישיבות; בשנת 2011 – 855; בשנת 2012 – 646; בשנת 2013 – 750 (יעד הגיוס שקבעה הממשלה – 1,300); בשנת 2014, שנת כניסתו לתוקף של הסדר הגיוס החדש, התגייסו לשירות 505 תלמידי ישיבות (יעד הגיוס – 1,500); ובשנת 2015 – 737 (יעד הגיוס – 1,800). אחד המדדים שקובע החוק הוא יעד גיוס מצטבר, המתקבל מצירוף של יעדי הגיוס לשירות הלאומי-אזרחי ויעדי הגיוס לשירות צבאי (סעיף 26טו(ג)(3) לחוק). מספר המתגייסים לשירות הלאומי-אזרחי ולשירות הצבאי ביחד הוא כדלקמן: בשנת 2013 התגייסו סך הכל 2,722 תלמידי ישיבות (יעד הגיוס המשוקלל – 3,300); בשנת 2014 – 2,581 (יעד הגיוס המשוקלל – 3,800); ובשנת 2015 – 2,882 (יעד הגיוס המשוקלל – 4,500).

84. האם הנתונים העובדתיים שנסקרו לעיל מלמדים, בהסתברות ממשית ומשמעותית, על קיומו של קשר רציונאלי בין הסדר הגיוס החדש לבין התכליות שבבסיסו ובראשן התכלית של קידום השוויון? לטעמי, לא ניתן להשיב על כך בחיוב.

85. בחינת נתוני הגיוס מעלה כי מאז שנת 2010 קיים אמנם גידול עקבי במספרם של תלמידי הישיבות המתגייסים לשירות צבאי: ממציאות של 898 מתגייסים בשנת 2010 למציאות של 2,145 מתגייסים בשנת 2015. מגמה חיובית זו החלה כבר בפרשת רטלר. על כך כמובן יש לברך. אולם אין במספרים אלו כדי ללמדנו כי האמצעים שנקבעו במסגרת הסדר הגיוס החדש מממשים את תכליותיו, לא כל שכן במידה ובהסתברות הנדרשות בשלב זה (ראו והשוו פרשת רטלר, בעמ' 51 ו-74-75 (הנשיאה ד' ביניש)). ראשית, הגידול המשמעותי ביותר במספר תלמידי הישיבות המתגייסים אירע בין השנים 2010-2013, שאז גדל מספרם מ-898 ל-1,972. תקופה זו חלה כל כולה טרם כניסתו לתוקף של הסדר הגיוס החדש. בשנתיים שבהן חל הסדר זה ואשר לגביהן יש בידנו נתונים, גדל מספר תלמידי הישיבות המתגייסים באופן שולי וזניח בלבד. בין שנת 2013 לבין שנת 2014 גדל מספרם ב-104 (גידול שנתי של כ-5%) ובין שנת 2014 לבין שנת 2015 גדל מספרם ב-69 בלבד (גידול שנתי של כ-3%). כאשר בוחנים נתונים אלה בהשוואה לשנים שקדמו לכך, ניכר כי קצב הגידול הואט באופן משמעותי, הן באחוזים הן במספרים מוחלטים.

86. שנית, יש להביא בחשבון גם את קצב הגידול הטבעי של האוכלוסייה החרדית (ראו הוועדה לקידום השילוב בשירות והשוויון בנטל דו"ח הוועדה 37 (2012), שם צוין כי קצב גידול האוכלוסייה החרדית עומד על כ-7% לעומת 1.8% באוכלוסייה היהודית בכלל; וכן הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה תחזיות אוכלוסייה לישראל לטווח ארוך: 2009-2059 (2012) זמין כאן: <http://www.cbs.gov.il/publications/tec27.pdf>, שם נטען כי האוכלוסייה החרדית תגדל ב-264-686 אחוזים בין השנים 2009-2059 לעומת גידול של 16-89 אחוזים באוכלוסייה היהודית הכללית). נתונים אלה מעמידים באור בעייתי עוד יותר את מספר המתגייסים החרדים לצבא, שכן בהתחשב בהם ברור כי אחוז המתגייסים מתוך אוכלוסייה זו גדל בשיעור זניח ושולי במקרה הטוב, ואולי אף הולך וקטן. בהקשר זה יובהר כי לפחות בנקודת הזמן הנוכחית קיים קושי ניכר ומובנה להציג את האחוז המדויק של המתגייסים מקרב כלל תלמידי הישיבות הרלוונטיים (בעייתיות

דומה עמדה בפני בית המשפט גם בפרשת רסלר (ראו והשוו שם, בעמ' 45-47) (הנשיאה ד' ביניש)). אף אם קיים קושי להציג את אחוז הגיוס המדויק מקרב תלמידי הישיבות, הרי שאין כל קושי להתרשם ממספרם העומד על כאלפיים מתגייסים בשנת 2015. לא ניתן לחלוק על כך שזהו מספר קטן ביותר. זאת, הן ביחס לגודלם של שנתוני הגיוס הן ביחס לגודלו של מאגר המועמדים לשירות מקרב הציבור החרדי בכללותו.

87. שלישיית, יש להתבונן על מספרי המתגייסים שהוצגו לעיל בצורה זהירה ומסוייגת. זאת, בין השאר משום שחלק מהמתגייסים שנמנו בשנים 2010-2013 אינם אמורים להימנות במסגרת יעדי הגיוס לפי הסדר הגיוס החדש. כך, מניין המתגייסים בשנים אלה כולל גם את מי שלמדו במוסדות פיקוח חרדי וגם את מי שלמדו באחד ממוסדות החינוך החרדים במשך שנה אחת בלבד (ולא שנתיים לפחות, כנדרש לפי הסדר הגיוס החדש). כאמור, מאז שנת 2014, אין מקום למנות את מי שלמדו במוסדות פיקוח חרדי ואת מי שלמדו רק במשך שנה או פחות מכך במוסדות לימוד חרדים במסגרת יעדי הגיוס. מכאן, שנראה כי התמונה שלפנינו אינה חפה מעיוותים וקשה לדעת האם יש בה כדי ללמד בצורה טובה על המגמות העתידיות.

בנוסף לכך, מתעורר חשש כי ההגדרה שנקבעה בחוק לעניין השאלה מיהו "בוגר מוסד חינוך חרדי" לצורך בדיקת השגת יעדי הגיוס, ובקיצור – מיהו "חרדי" לצורך החוק – הינה מרחיבה יתר על המידה. כזכור, על פי סעיף 26טו(א) די בכך שמתגייס לצבא למד במשך שנתיים לפחות, בין הגילאים 14-18, באחד המוסדות המוגדרים שם, על מנת שייכלל ביעדי הגיוס. הגדרה זו יכולה להוביל לכך שגם מתגייס שאינו חרדי ביום גיוסו, ייחשב כחרדי לצורך בדיקת העמידה ביעדי הגיוס. לצורך הדוגמה, אדם שלמד בישיבה במשך שנתיים בלבד, עד גיל 16 ולאחר מכן פרש ממנה, ייחשב עם גיוסו כמתגייס חרדי לכל דבר ועניין, ללא כל קשר לאורחות חייו העכשוויים. יוער כי מהנתונים שהציגה המדינה בפנינו עולה כי מבין תלמידי הישיבות שהתגייסו לצבא, חלקם של מי שלמדו במשך שנתיים בלבד במוסד חינוך חרדי הוא גדול ומתקרב לשליש מהמתגייסים. זאת ועוד, במוסדות החינוך החרדים לומדים גם תלמידים שאינם חרדים (למשל, חלק מבני הציונות הדתית), שכנראה היו מתגייסים לצבא בכל מקרה. עובדה זו מעוררת קושי הן במישור של מספר המתגייסים הן במישור של התאמתן של ההוראות הרלוונטיות בחוק להשגת תכליותיו.

88. רביעית, נתוני הגיוס שפורטו לעיל בשילוב עם העובדה שיעדי הגיוס הולכים וגדלים מדי שנה, מביאים לכך שאחוז העמידה ביעדי הגיוס מצוי במגמת ירידה תלולה: מ-98.6% בשנת 2013 ל-90.26% בשנת 2014 ול-79.44% בשנת 2015. זאת, אף

במנותק מהשאלה האם יעדי הגיוס שקבעה הממשלה ראויים, שאלה שלגביה אני רואה כל צורך לחוות דעה בעת הזו (אך ראו והשוו בין יעדי הגיוס שנקבעו לבין היעדים שהציעו לקבוע צוותים אחרים שעסקו בנושא בעבר (דו"ח הצוות הבין-משרדי, בעמ' 15)). בכך יש כדי להעיב במידה ניכרת על אפקטיביות הסדר הגיוס החדש.

89. כאשר מוסיפים לנתונים אלה את הנתונים בדבר היקף המצטרפים למסלול של השירות הלאומי-אזרחי, תמונת המצב עגומה עוד יותר. לאורך השנים ניכרת תנודתיות רבה במספר המתגייסים לשירות, שבשיאו (בשנת 2011) עמד על כ-850 מצטרפים בלבד. הנתונים שהוצגו אינם משקפים מגמה חיובית בלשון המעטה. בחינת הנתונים למול יעדי הגיוס לשירות הלאומי-אזרחי שהציבה הממשלה, אשר הולכים וגדלים מדי שנה, מעלה כי אנו רחוקים מאד מהגשמתם וכי אחוזי ההצלחה קטנים ביותר: 57.69% בשנת 2013; 33.67% בשנת 2014, שבה נכנס הסדר הגיוס החדש לתוקפו; ו-40.94% בשנת 2015. העמדת נתוני הגיוס לשירות צבאי ולשירות הלאומי-אזרחי ביחד למול יעדי הגיוס לשתי המסגרות יחד מעלה תמונה מובהקת עוד יותר, של ירידה עקבית תלולה וחדה באחוזי ההצלחה: מ-82.48% בשנת 2013 ל-67.92% בשנת 2014 ול-64.04% בשנת 2015. מדובר באחוזי הצלחה נמוכים ביותר אף ביחס למטרות שהציבה הממשלה לעצמה. המדינה הכירה בכך שנתוני הגיוס לשירות הלאומי-אזרחי אינם משיביעי רצון והציעה הסברים שונים לכך. לדבריה, הנושא עומד לבחינת הצוות הבין-משרדי שיעביר המלצותיו לממשלה. אפילו אקבל את הסבריה של המדינה – שלפחות את חלקם ניתן לאתגר – הרי שאין בכך כדי לשנות את התמונה העובדתית הברורה העומדת לנגד עינינו. הנתונים שהציגה המדינה מלמדים בבירור שהחוק רחוק מלהגשים את היעדים המספריים שקבעה הממשלה עצמה, שהם המדד להערכתו.

90. בסיכום שלב זה, בחינת הקשר הרציונאלי בין הסדר הגיוס החדש לבין התכלית של צמצום חוסר השוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי ב"מבחן התוצאה", מעלה גם היא כי לא קיימת התאמה מספקת בין השניים. כאמור, בשנים שבהן פעל הסדר הגיוס החדש ושלגביהן קיימים נתונים, הייתה האטה בקצב הגידול בגיוס לשירות צבאי. קשה לחלוק על כך שמספר המתגייסים הוא קטן בכל קנה מידה וודאי שרחוק מלהצביע על השינוי המשמעותי הנדרש (ראו והשוו החלטת הביניים בפרשת רסלר, בפסקה 9 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות) או על מגמה חיובית של ממש בכל הנוגע להשגת תכליות החוק (השוו: דברי חברתי השופטת א' חיות בפרשת רסלר, בעמ' 144). נתונים אלה מאכזבים במיוחד בהתחשב בכך שמספר המתגייסים נמנה באופן שיש בו כדי ליצור הטיה (כלפי מעלה), כתוצאה מההגדרה הרחבה של מי שצריכים להימנות ביעדי הגיוס. מעבר לכך, הנתונים מלמדים כי השאיפה לעמוד ביעדי הגיוס, שהוגדרו בהתאם

לחוק עצמו, רק הולכת ומתרחקת מדי שנה. כך בגיוס לשירות צבאי וביתר שאת בגיוס לשירות הלאומי-אזרחי. בעת הזו הנתונים מאששים ומבססים אפוא את המסקנה כי אין באמצעים שנקבעו בחוק כדי להגשים את התכלית של קידום השוויון, לא כל שכן במידה ובהסתברות הנחוצות. עוד בפרשת רסלר, בשנת 2012, נאמר כי "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" (שס, בעמ' 66 (הנשיאה ד' ביניש), ההדגשות במקור, מ.נ.). יש להודות כי אילו הנתונים היו אחרים בתכלית ייתכן שהיה בכך כדי לשנות את המסקנה בדבר כשלוננו של הסדר הגיוס החדש במבחן הקשר הרציונאלי. אולם, אין אלה פני הדברים.

השתלבות במעגל העבודה

91. עד כה התמקדנו בתכלית החוק שלפיה יש להביא ליתר שוויון בחלוקתו של נטל השירות הצבאי. עתה אדרש לתכלית הנוספת שאותה ביקש הסדר הגיוס החדש להשיג: קידום השתלבותם של תלמידי הישיבות בשוק העבודה. סוגיה זו לא עמדה במוקד טענות העותרים והמשיבים. המדינה הציגה נתונים לגבי התמורות הרלוונטיות שחלו בציבור החרדי בשנים האחרונות, ובכלל זה נתונים לגבי הצטרפותם של חרדים ללימודים אקדמיים ומקצועיים והשתלבותם במעגל התעסוקה. לפי הנתונים, בעוד שבשנת 2003 עמד מספר הסטודנטים החרדים על כ-1,150, בשנת הלימודים 2015-2014 עמד מספרם על יותר מ-10,000. גם הנתונים שהובאו לגבי השתלבותם של בני הציבור החרדי בשוק התעסוקה מלמדים על מגמת עלייה: שיעור התעסוקה בקרב נשים עמד בשנת 2015 על 73.2% (לעומת 53.3% בשנת 2005) ובקרב גברים שיעור התעסוקה עמד בשנת 2015 על 49.8% (לעומת 39.6% בשנת 2005).

92. נתונים אלה מעודדים ומשמחים. להשתלבותם של בני המגזר החרדי במעגל העבודה ולשותפותם בנטל הכלכלי ישנה חשיבות חברתית וכלכלית אדירה. יש לברך על העובדה שיותר ויותר חרדים נוטלים חלק בתעסוקה ורוכשים כישורים רלוונטיים לכך ואני תקווה כי מגמות חיוביות אלה ימשיכו ואף יתגברו. עם זאת, בהקשר דנן, של בחינת הקשר הרציונאלי בין האמצעים הקיימים בהסדר הגיוס החדש לבין השגת תכלית זו, יש לציין שתי השגות. ראשית, המגמה של השתלבות חרדים בתעסוקה שעליה הצביעו המשיבים החלה קודם להסדר הגיוס החדש (שנכנס לתוקף בשנת 2014). בקרב הנשים החרדיות, לפחות מאז שנת 2005 קיימת מגמה עקבית של עלייה בשיעורי התעסוקה וקצב הגידול המהיר ביותר נרשם בין השנים 2011-2013. בקרב

הגברים החרדים נרשמה עלייה משמעותית בשיעורי התעסוקה בשתי פעימות: הראשונה בין השנים 2009-2011 והשנייה בין השנים 2014-2015, שבהן חל הסדר הגיוס החדש. על רקע זה, קשה לקשור בין הנתונים המרשימים הנ"ל לבין הסדר הגיוס החדש דווקא ולמצער לא ניתן לייחס לו תרומה בלעדית לכך. בהקשר זה, יוזכר כי עוד קודם להסדר הגיוס החדש גובשו תכניות ייעודיות ממשלתיות ארוכות טווח שנועדו להביא לשינוי בתחום תעסוקת החרדים והשתלבותם בלימודים גבוהים ומקצועיים (כך, לדוגמה, החלטה 1994 של הממשלה ה-32 "הצבת יעדי תעסוקה לשנים 2010-2020" (15.7.2010)) ותכנית החומש של המל"ג לשילוב האוכלוסייה החרדית באקדמיה (תשע"ב-תשע"ו). ברי כי לתכניות אלו לכל הפחות חלק במגמות אלו. ניתן לשער כי עבודת הצוות הבין-משרדי שהוקם במסגרת הסדר הגיוס החדש והמלצותיו יתרמו אף הן למגמות אלה, אך יש לזכור כי הדו"ח הראשון של הצוות הוגש רק ביום 13.4.2016.

שנית, לא ניתן להתעלם ממשקלן של הנשים החרדיות בנתונים החיוביים שהוצגו. המדינה לא הציגה נתון נפרד לגבי מספרן של הסטודנטיות החרדיות ואין אפשרות לדעת מה חלקן באוכלוסייה החרדית הנוטלת חלק בלימודים אקדמיים ומקצועיים. לגבי ההשתלבות בשוק התעסוקה, ניכר כי המגמות החיוביות בולטות ביתר שאת אצל הנשים החרדיות, שאצלן שיעור התעסוקה בין השנים 2005-2015 עלה ב-19.9% לעומת עלייה של 10.2% אצל הגברים. היות שהסדר הגיוס החדש כלל לא מתייחס לנשים חרדיות, קשה מאד לייחס לו את השיפור שחל אצלן. יתרה מכך, עובדות אלה מעוררות שאלות לגבי מידת תרומתו גם למגמה הכללית.

93. מכל מקום, השתלבותם של חרדים במעגל התעסוקה אינה עומדת בפני עצמה, אלא יש לבחון אותה על רקע כלל תכליות החוק, בדגש על התכלית בדבר קידום השוויון ולכך אפנה מיד. בהערת אגב ובשולי הדברים, אציין כי בעתיד עלולה להתעורר שאלה האם המגמות החיוביות של השתלבות חרדים בתעסוקה יכולות להביא להחרפת הפגיעה בשוויון בכל הנוגע לגיוס לצבא. זאת, משום שבתנאים מסוימים התנאים המקלים שקבע הסדר הגיוס החדש עשויים להפוך יתרון בלתי הוגן בידי קבוצה זו גם מבחינה כלכלית. שאלה זו לא התחדדה לפנינו בהליך דנא ואותירה לעת מצוא.

מבחן הקשר הרציונאלי – האיזון בין התכליות

94. מבחן הקשר הרציונאלי עניינו, כידוע, בהתאמה בין האמצעים שנקבעו בחוק הנדון לבין תכליותיו. כפי שפורט לעיל, להסדר הגיוס החדש ארבע תכליות משנה:

עיגון בחקיקה ראשית של הסדר דחיית השירות של תלמידי הישיבות; חלוקה שוויונית יותר של נטל הגיוס; הגדלת השתתפות חרדים בתעסוקה; וזאת בדרך של תהליך הדרגתי ומוסכם. כאמור, על מנת לעמוד במבחן הקשר הרציונאלי יש להראות כי הסדר הגיוס החדש מגשים תכליות אלה בצורה מאוזנת תוך מתן משקל ראוי לכל אחת מהן, בשים לב לכך שחשיבותן היחסית של התכליות אינה זהה. אמנם עלינו לשוות לנגד עינינו את כל ארבע התכליות המונחות ביסוד הסדר הגיוס החדש, אך אל נטעה: מטרת העל של ההסדר הנוכחי, בדומה לקודמיו, הייתה ועודנה לאור הפסיקה הקודמת, צמצום משמעותי של הפער בחלוקה בנטל וקידום השוויון בגיוס. כפי שהבהיר חברי השופט א' רובינשטיין עוד בפרשת רסלר "בתוך עמנו אנו יושבים, ועל הפתרון להיות רדיקלי בהרבה הפעם, כדי שיעמוד במבחן פסקת ההגבלה" (שס, בעמ' 123).

95. המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא כי הסדר הגיוס החדש אינו תורם באופן ממשי ומשמעותי להגשמת התכלית העיקרית של החוק שעניינה הפחתה משמעותית של חוסר-השוויון בנשיאה בנטל השירות בצבא. בכל האמור לתכלית של שילוב חרדים במעגל העבודה, התמונה אינה חד משמעית. אמנם ניתן לזהות מגמות חיוביות ביותר בתחום זה, אך לא ברור שניתן לייחסן בצורה מובהקת וודאית לא בלעדית, להסדר הגיוס החדש. לעומת זאת, ניכר כי התכלית של השגת הסדר מוסכם הוגשמה במידה רבה מאד והדבר הועלה על נס בתשובות המשיבים. המשיבים ראו הישג גדול בכך שבתיקון 21 המפלגות החרדיות הצביעו, לראשונה, בעד הסדר חוקי הכולל גיוס תלמידי ישיבות. טענה שחזרה כחוט השני בטיעוני המשיבים ובתהליך החקיקה, הייתה כי הסכמה הכרחית לצורך מניעת עימות עם הציבור החרדי ולשם שימור ההישגים שכבר הושגו בתחום גיוס תלמידי הישיבות. לדידם של המשיבים, בלא הסכמה רחבה למהלך, ההסדר יהא בלתי אפקטיבי ובלתי ישים. כפי שניתן להתרשם, התכליות העומדות בבסיס הסדר הגיוס החדש אינן מוגשמות בצורה מאוזנת. הניתוח מוביל למסקנה חד משמעית כי בחוק ניתן משקל יתר ניכר לתכלית של מציאת פתרון מוסכם והדרגתי (או יותר נכון, פתרון מדוד ואיטי) על חשבון התכליות האחרות ובפרט על חשבון התכלית של קידום השוויון. המדינה עצמה הודתה בכך ואף טענה כי זהו היגיון מסדר מרכזי בחוק שלפנינו (ראו, למשל, פסקאות 13, 118, 130 ו-136 לתשובתה מיום 3.4.2016). גם הכנסת הדגישה, כאמור, את החשיבות בהגעה להסדר הדרגתי בסוגיה זו על בסיס הסכמה עם הציבור החרדי. איני חולקת על כך שהסכמה היא רכיב חשוב ורצוי שעשוי להיות בעל תרומה מכרעת לפתרון הסוגיה שלפנינו הנוגעת בנימי נפשה של החברה הישראלית. עם זאת, לא ניתן לקבל הסדר שזו כל חזותו. השאיפה המובנת להגיע להסדר המקובל על הציבור החרדי אינה יכולה להצדיק ויתור, הלכה למעשה, על השאיפה להגשים את המטרה המרכזית של החוק – צמצום משמעותי של הפערים

בחלוקת הנטל – כפי שנעשה במקרה שלפנינו.

96. לאור הניסיון שנצבר לאורך השנים, ברור, למרבה הצער, כי קיים מתח מובנה בין התכלית של הגעה להסדר רצוני בלא כל אלמנט כופה לבין היכולת לקדם באופן אפקטיבי את התכלית של צמצום הפערים בנשיאה שוויונית בנטל. הסדר הגיוס החדש אינו מתמודד עם קשיים אלה בצורה טובה דיה, והנתונים העובדתיים העדכניים מוכיחים זאת גם הלכה למעשה. כפועל יוצא מכך, לא מתקיים קשר רציונאלי בין האמצעים שבהם נעשה שימוש בהסדר הגיוס החדש לתכלית של קידום השוויון. משמעות הדברים היא כי האיזון הפנימי בין תכליותיו של החוק הופר באופן עמוק, תוך העדפה מוחלטת של עיקרון ההסכמה על פני השאיפה לצמצום אי-השוויון אשר אמורה הייתה להיות העיקרון המנחה ביסוד כל הסדר גיוס באשר הוא. לנוכח זאת, המסקנה היא כי ההסדר אינו צולח את מבחן הקשר הרציונאלי. לעניין זה יפים דבריו של הנשיא א' ברק בפרשת התנועה למען איכות השלטון:

"[...] המסקנה הינה כי על פי מצב הדברים היום – ולפי מבחן התוצאה – לא מתקיים קשר רציונאלי בין מטרות החוק לבין האמצעים להגשמתו. מטרות החוק הוגשמו אך באופן שולי וזניח. אמת, תכליתו הראשונה של החוק מתגשמת. מספר גדול של תלמידי ישיבה מצויים בהסדר דחיית השירות. אך בכך לא די. תכליתו המרכזית והכוללת של חוק דחיית השירות לא היתה להגדיל את מספר האנשים בהסדר דחיית השירות. תכליתו הייתה לקדם פשרה ואיזון בין התכליות הנוגדות. לצד עיגונו של הסדר דחיית השירות בחוק, וכחלק בלתי נפרד ממנו, נועד החוק לקדם את השוויון, ולשלב גברים חרדים במשק העבודה הישראלי. תכליות אלה, לנוכח הנתונים שבפנינו, אינן מתגשמות. בהינתן הקשר ההדוק בין תכליותיו השונות של החוק, אין מנוס מהמסקנה שתכליתו המרכזית והכוללת של חוק דחיית השירות אינה מתגשמת." (שם, בעמ' 712, ההדגשות הוספו, מ.נ.)

סיכום

97. הנה כי כן, הסדר הגיוס החדש לוקה ברצף של כשלים מובנים ואינהרנטיים שהם בבחינת "פגמים גנטיים" היורדים לשורש ההסדר. מבין הכשלים, ראוי לציין במיוחד את העובדה שההסדר נותר וולונטארי לחלוטין בתקופת ההסתגלות הראשונה וגם לגבי רבים מקרב תלמידי הישיבות בתקופת ההסתגלות השנייה, שאורכה שלוש שנים נוספות. גם בתקופת ההסתגלות השנייה, שבה קיים לכאורה אלמנט מחייב, ההסדר נתון במידה רבה לשיקול דעתו של שר הביטחון. הכשל החמור ביותר נעוץ

בזמניותו של הסדר הגיוס החדש, שבהגדרה אינו מגדיר את יעדי הקבע שאליהם יש להגיע בסוף התהליך. פגם זה מעצים ומחמיר את הפגמים האחרים שעליהם הצבעתי ודן את ההסדר לכשלון. מרבית הפגמים הללו דומים במהותם לפגמים שמהם סבל הסדר הגיוס הקודם, אשר הובילו לכישלוננו פעם אחר פעם במבחן הקשר הרציונאלי. כל אחד מהפגמים שתוארו, כשהוא נבחן כשלעצמו, פוגע ביכולתו של החוק העומד לפנינו להגשים באופן אפקטיבי את מטרתו העיקרית – להביא לחלוקה שוויונית בנטל הגיוס, לא כל שכן ברמה ממשית ומשמעותית כנדרש בשלב זה. הצטברותם יחד של הפגמים, זה על גבי זה, ובמיוחד הכשל הכרוך בכך שלא נקבע כל הסדר של קבע, מובילה להתמוטטות הסדר הגיוס החדש כמגדל קלפים. בחינת תוצאותיו המעשיות של ההסדר לא רק שאינה משנה מסקנה זו, אלא היא מחזקת ומְתַקַּפֶת אותה. מכל אלה נלמד כי הלכה למעשה, המחוקק ויתר מראש על השגת המטרה של קידום השוויון בעתיד הנראה לעין, שהיא התכלית המרכזית שאותה אמור היה ההסדר להגשים. אף אם הדבר נועד להשיג תכליות אחרות, לא ניתן לקבל הסדר כה לא מאוזן. יש להודות כי חתירה לשוויון מוחלט בין האוכלוסיות המשרתות בצבא אינה מציאותית ואף אינה נותנת את המשקל הראוי לתכליות האחרות העומדות בבסיס הסדר הגיוס. הסדר הגיוס אינו אמור להביא אפוא לשוויון מלא, אלא לצמצום משמעותי של הפערים היוצרים את אי השוויון, כפי שציינה השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת התנועה למען איכות השלטון:

”צמצום הפערים היוצרים את אי השוויון הוא אחד מאתגרי העיקריים של המשפט הדמוקרטי, מתוך הכרה כי השוויון אינו תמיד בר-השגה על אתר ולפעמים הוא מצריך תהליך חברתי ארוך טווח, המתנהל בהדרגה עד להשגת היעד הנכסף.” (שם, בעמ' 790).

וברוח דומה ציין חברי השופט נ' הנדל בפרשת רסלר:

”...יש להדגיש שתכלית חשובה ועיקרית של החוק היא קידום שינוי לכיוון של צמצום הפגיעה בשוויון. פסק הדין בעניין התנועה למען איכות השלטון דחה למעשה את הדרישה לשוויון עכשיו, והיה מוכן לקבל שינוי הדרגתי אך ניכר” (שם, בעמ' 151).

הכרעותינו בפרשת התנועה למען איכות השלטון ובפרשת רסלר לא חייבו את הכנסת לקבוע הסדר שיביא לשוויון גמור ומלא כבר עכשיו או בטווח הזמן הקרוב. הכרעתנו הייתה כי על הכנסת לקבוע הסדר חדש שיצמצם באופן ממשי את הפערים היוצרים את אי השוויון ויוביל לתחילתו של הסדר מדורג – אף אם איטי – המסוגל להביא לשינוי חברתי אמיתי. הסדר הגיוס החדש אינו מביא עמו בשורה אמיתית

בהקשר זה, ודומה כי כל שיש בו הוא הנצחת המצב הקיים ודחיית ההתמודדות עם האתגר המורכב והנפיץ שלפנינו, אשר מפלג את החברה הישראלית זה עשרות בשנים.

98. בנסיבות אלה אין מנוס מן הקביעה כי הסדר הגיוס החדש לא מקיים קשר רציונאלי לתכליותיו. די בכך כדי לקבוע כי ההסדר איננו מידתי ואינו מקיים את תנאי פיסקת ההגבלה, אף בלא בחינתו בשני מבחני המשנה הנוספים של המידתיות.

99. בהינתן מסקנה זו, אף מתייטר הצורך לדון בכשלים הנוספים שמהם סובל הסדר הגיוס החדש. בכלל זה ומבלי למצות, אציין כי עצם הזכות שהוענקה לכל תלמידי הישיבות לדחייה כמעט אוטומטית של מועד גיוסם עד לגיל 21 מעוררת שאלות. זאת, הן במישור הפגיעה בשוויון הן במישור מבחן הקשר הרציונאלי, לנוכח הקושי המעשי לגייס מועמדים לשירות בגיל מבוגר יותר (עוד בעניין זה, ראו פרשת רסלר, בעמ' 59-60 (הנשיאה ד' ביניש)). בנוסף, כפי שכבר הוזכר, העובדה שבפני תלמידי הישיבות נפתחו מסלולים חלופיים לשירות הצבאי, במסגרת השירות הלאומי-אזרחי, הנבדל ממנו בטיב השירות ובמשכו, ראויה לדיון כשלעצמה בעתיד. גם ההוראה בסעיף 26טו(ו) לחוק הקובעת כי אם למעלה מ-1,000 תלמידי ישיבות יתגייסו לצבא כ"לוחמים", הרי שכל שני "לוחמים" חרדים נוספים יימנו כשלושה לעניין יעדי הגיוס, מעוררת קשיים מהותיים ממגוון רחב של סיבות שאין זו העת להרחיב לגביהן. מעבר לכך, גם משכן הארוך של תקופות ההסתגלות, והראשונה בפרט, מעלה שאלה לגבי מידתיותן. מנגנון "מכסות" הגיוס מעורר אף הוא שאלות תיאורטיות ומעשיות כבדות משקל שעשויות להצדיק חשיבה מחודשת על מודל זה. על פני הדברים, המנגנון שלפיו אדם אחד מתגייס "במקום" אדם אחר כרוך בפגיעה משמעותית בזכויות אדם חוקתיות וחותר תחת רעיון הערכות ההדדית שמונח בבסיס חובת הגיוס. יתרה מכך, עצם השימוש ב"מכסות" בהקשרים כגון אלה צורם ומעורר אי-נוחות רבה, והדברים ברורים. לבסוף, דומה כי קיים טעם לפגם בכך שהיעדר עמידה ביעדי הגיוס אינה גוררת כל השלכות במישור הכלכלי על מוסדות החינוך החרדיים הזוכים לתמיכה מיוחדת בעניין זה. קשיים אלה ואחרים ראויים לליבון ולחשיבה נוספת, אך לאור כל האמור, אין זה המקום לעשות כן.

הסעד

100. הגעתי, אפוא, למסקנה כי הסדר הגיוס החדש המעוגן בחוק שירות ביטחון איננו צולח את המבחנים החוקתיים הקבועים בפיסקת ההגבלה. שאלה נפרדת היא מהי התוצאה המתבקשת ממסקנה זו. בהגיענו לשלב הדיון בסעד החוקתי עלינו לגשת

למלאכה בדחילו ורחימו, לנוכח עיקרון היסוד של הפרדת הרשויות והריסון השיפוטי המתחייב מכך כאשר עסקינן בחקיקה של הכנסת. זאת, קל וחומר מקום שמדובר בחוק שנחקק בעקבות קביעתו של בית משפט זה בפרשת רטלר כי לא ניתן להאריך באותה מתכונת את החוק הקודם שהסדיר סוגיה זו (ראו, למשל, בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 23 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן (22.9.2014) (להלן: עניין איתן); עניין דסטא, פסקה 22 לחוות דעת).

101. לא אכחד כי לאור נקודת המוצא הזו, שאלתי את עצמי האם ניתן להימנע מלקבוע בנקודת הזמן הנוכחית כי הסדר הגיוס החדש בטל. בסופו של דבר הגעתי למסקנה כי הימנעות מקביעה בעת הזו כי הסדר הגיוס שלפנינו בטל תהא בבחינת דחיית הקץ, הא ותו לא. הפגיעה המתמשכת והעמוקה בשוויון, חוסר התוחלת כי הסדר הגיוס החדש יביא לפתרונה, החזרה על טעויות העבר וכן הלקחים והתובנות שהצטברו במסגרת העיסוק רב השנים בנושא זה, אינם מאפשרים לבחור בדרך זו.

102. שאלתי את עצמי גם האם חובה עלינו לקבוע כי ההסדר בטל במלואו או שמא ניתן "להציל" חלקים ממנו. ואולם, גם בעניין זה איני רואה מנוס מלקבוע כי דינן של כלל הוראות הסדר הגיוס החדש בעניינם של תלמידי הישיבות החרדיות – בטלות. ההסדר שלפנינו לקוי מיסודו והכשלים שנפלו בו נעוצים בשורשיו. במילים אחרות, הכשלים שעליהם עמדתי נוגעים לחלקים כה מהותיים בהסדר הנוכחי, עד שאין לו קיום בלעדיהם. יתרה מכך, הפגמים המבניים הטמונים בחוק המביאים לכשלונו במבחן הקשר הרציונאלי כרוכים זה בזה ולא ניתן להפריד בין חלקיו החוקתיים לאלו שאינם (ראו והשוו עניין איתן, פסקה 81 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן). אפילו ניתן היה להסכין עם העובדה שבתקופת ההסתגלות הראשונה למעשה לא מוטלת כל חובה על תלמידי הישיבות להתגייס, עדיין היינו ניצבים, בתקופת ההסתגלות השנייה, בפני הסדר מחורר שבו מנגנון מובנה המאפשר לרוקנו מתוכן. גם אם אפשר היה להשלים, ולו בדוחק, עם מציאות בת תשע שנים שבה אין סיכוי מוחשי לצמצום משמעותי של אי-השוויון בנשיאה בנטל, בבחינת מחיר שאותו יש לשלם כדי להגיע לשינוי המיוחל, לא ניתן לעשות כן מקום שלא מובטח דבר בהמשך הדרך. בנסיבות אלה, הניסיון "להציל" חלק מהוראות החוק באמצעים פרשניים כאלה ואחרים סופו בהתערבות שיפוטית עמוקה ופולשנית יותר מהכרזה על החוק בטל והותרת מלאכת התיקון למחוקק (ראו והשוו לעניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 638-639; בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל (ע"ד) נ' כנסת ישראל, פסקה 58 לחוות דעתי (29.9.2016)).

103. על אף כל האמור, איני רואה מקום לקבוע כי הכרזת הבטלות תחול באופן

מידי. כפי שנקבע בפסיקה, במקרים המתאימים ניתן להשעות את כניסתה לתוקף של הצהרתו של בית המשפט בדבר בטלותה של הוראת חוק (ראו, למשל בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 284 (השופט י' זמיר) (1999); עניין לשכת מנהלי ההשקעות, בעמ' 415-416 (הנשיא א' ברק)). במקרה דנא, אני סבורה כי ראוי לעשות כן על מנת לאפשר היערכות לקראת השלכות ביטולו של הסדר הגיוס החדש. בהתאם לכך, אציע לחבריי לקבוע כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף רק בתום שנה מיום מתן פסק דין זה.

104. פרק הזמן שנקבע הוא ארוך, ולא בכדי. תקופת התארגנות זו עשויה להיות נחוצה לרשויות הצבא ולמערך השירות הלאומי-אזרחי. בפרט היא נועדה להקנות לכנסת פרק זמן ראוי כדי לדון כנדרש בהסדר החוקי שלדעתה צריך לחול לגבי גיוסם של תלמידי הישיבות ובכלל זה לתת סיפק בידה לחוקק חוק חדש ככל שהיא תראה צורך בכך. ברי כי למחוקק נתון שיקול דעת רחב בקביעת פרטיו של כל הסדר גיוס עתידי. עם זאת, אם יוחלט להנהיג הסדר גיוס מיוחד לתלמידי הישיבות, החורג מהוראותיו של חוק שירות ביטחון, יהא עליו לעלות בקנה אחד עם העקרונות המנחים שנקבעו בפסיקה.

סוף דבר

105. כבר מימיה הראשונים של המדינה הפך השירות בצבא למרכיב יסוד בהגדרת הזהות הישראלית. ואכן, צה"ל זכה מיד עם הקמתו לכינוי "צבא העם". הישגיו המרשימים של הצבא, החיילות והחיילים החוזרים הביתה בתום שירות מפרך, זכרם של החללים שמסרו את נפשם להגנת מולדתם – כל אלה ואחרים הפכו לחלק בלתי נפרד מהאתוס הישראלי. ועדיין, קשה יהיה לחלוק על כך שהצבא של היום אינו הצבא של פעם. מודל גיוס החובה נשחק עם השנים. שיעורי הגיוס הגבוהים מן העשורים הראשונים של המדינה אינם דומים לשיעורי הגיוס של ימינו אנו. אף לא ניתן להתעלם מכך שתופעת ההשתמטות פשתה בקרב כל האוכלוסיות המשרתות בצבא. "הסדר הדחייה" שתחילתו בשנת 1949 ביחס ל-400 תלמידי ישיבות בלבד תפח לממדים שלא נראו כמותם ושלא ניתן היה לצפות. בימינו עומד מספרם של תלמידי הישיבות דחויי השירות על עשרות אלפים. מדי שנה מצטרפים להסדר הדחייה אלפים רבים ואילו אלפים אחרים יוצאים ממנו ומקבלים פטור מהשירות הצבאי. כתוצאה מכל אלה הקיטוב החברתי גדל והלך, פערי הגיוס בחברה התרחבו ותחושות ההפליה התעצמו. הסדר הדחייה החל לתת את אותותיו גם על כלכלת המדינה ועל שוק העבודה. הוא הקשה על שילובה של האוכלוסייה החרדית בחברה והזין תהליכים חברתיים בעייתיים.

106. הדיון החברתי התמידי בסוגיית שירותם של תלמידי הישיבות נוגע אם כן בקצות העצבים הרגישים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והוא נמצא על סף רתיחה. במשך השנים ומתוך מודעות רבה לרגישות החברתית, נקט בית משפט זה סבלנות ואיפוק מופלגים בעת שנדרש להכריע בעתירות שעסקו בנושא גיוס תלמידי הישיבות. משהתברר בסופו של יום שאין בכוחו של חוק דחיית השירות להגשים את יעדיו ושאינן באפשרותו למנוע את המשך הפגיעה בשוויון, קבענו בפרשת רטלר כי לא ניתן עוד להאריך את תוקפו וכי על הכנסת לחוקק מתווה גיוס חדש שיתחשב בקביעות השיפוטיות. כיום איננו רואים מנוס מן הקביעה כי הסדר הגיוס החדש שקבעה הכנסת, תחת חוק דחיית השירות שבוטל בפרשת רטלר, אינו עולה אף הוא בקנה אחד עם תנאיה של פסקת ההגבלה. ההסדרים שנקבעו בו אינם מקיימים קשר רציונאלי למטרותיו של החוק. אנו נאלצים אפוא להחזיר שוב את העניין לכנסת. בשלב זה, ולאחר עשרות שנים של ניסוי וטעייה, ברור כי לא ניתן להסתפק עוד בהסדרים בלתי מחייבים ובלתי אכיפים שסופם לא ידוע. כל הסדר שיקבע המחוקק בסוגיה זו חייב להציב מטרה ברורה של קידום השוויון בנטל הגיוס ולהתוות מסלול ברור וישים להגשמתה. החברה הישראלית ניצבת אפוא בפתחו של מאמץ חברתי מחודש לפתרון בעיית הגיוס. לשם כך לא די בסיסמאות או בקביעתם של הסדרים הדוחים את הקץ. נדרשים מעשים של ממש.

107. אציע לחבריי לקבל את העתירות בבג"ץ 1877/14, בבג"ץ 1937/14 ובבג"ץ 8017/15, במובן זה שנורה על ביטולו של פרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון. בטלותו של פרק זה תיכנס לתוקף בעוד שנה מהיום. עוד אציע לחבריי לדחות את העתירה בבג"ץ 2260/14 מן הטעמים המפורטים בפסקה 50 לעיל.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

א. יאוש. אין בפי מלה אחרת באשר לנושא דנא. הגיחוך – חוכא ואיטלולא – שנוצר בגלגולי ה"פינג פונג" בין הרשויות בעניין היורד לשורש השוויון וההגינות האנושית הבסיסית, בעוד אין נפגע לימוד התורה החשוב כל כך כהוא זה, מציב את השאלה אם לצחוק צריך או לבכות בכי תמרורים. בעתירות אלה אין בעלי הדין האמיתיים, החברה החרדית, בפנינו, אלא רשויות המדינה, הכנסת והממשלה, והקושי ברור, על האילוצים הפוליטיים והשתנויותיהם. כך, הגם שיש נושאים הצריכים מטבעם לעמוד מעל למקח וממכר פוליטיים, כי הם כרוכים בבטחון כולנו ובחיי אדם, ואין דמו

של אחד סמוק משל אחר. עם שנוצרה חברה יהודית לא קטנה בישראל – החרדית – שדרכה החברתית (הלגיטימית כשלעצמה כמובן) שונה, דבר הבא לידי ביטוי באופן ערכי וחיצוני כאחד (עד לקוד הלבוש), ועל כך אין חולק, והחוששת - וטעמה עמה - לא רק ללימוד תורה אלא לפגיעה באורח חייה ואף לחילון, פשיטא כי על ההסכמה עמה, העומדת ביסוד תיקון מס' 21 לחוק שירות ביטחון (נוסח משולב), תשמ"ו-1986, על פי המוצהר, לבוא לביטוי אמיתי ולא "כאילו". לכך אשוב. בנסיבות איני רואה מנוס מהצטרפות לחברתי הנשיאה, שבפסק דינה המפורט הוכיחה בעליל לא רק את היעדר השויון שבחוק החדש על פי תיקון 21, דבר שעליו אין חולק וגם היה במידה פחותה מעט בתיקון 19, אלא גם את היעדר המידתיות הקיצוני, המביא לפסלות החוק. בתיקון 19, שגם הוא היה רחוק משיווניות, ובלא שאביע דעה נחרצת לגביו משחלף ביסודו מן העולם, היה בכל זאת צעד בכיוון הנכון. תיקון 21 הסיג את הנושא לאחור.

ב. אין צורך להכביר מלים על הטרגדיה הנמשכת שבהיעדר הנשיאה בעול השירות בצה"ל על-ידי אוכלוסיה גדולה של בני ישיבות; ואיני מושה אותה לאוכלוסיית המיעוטים, אף שגם ממנה היתה ההגינות מצפה למצער לשירות אזרחי, אך לגביה ישנה שאלת הסכסוך עם הפלסטינאים במיוחד, וכמובן המשרת מתוכה יבורך. ואולם באוכלוסיה החרדית עסקינן כאן. הטרגדיה היא בכשל המוסרי העצום, במדינה שטרם הגיעה אל המנוחה ואל הנחלה ורחוקה היא מחיים של איש תחת גפנו ואיש תחת תאנתו, בנושא שלא היה צריך להיות חלק מן הקוניונקטורה הפוליטית אלא נטוע במחויבות לתת כתף למולדת בשעה שאחרים עושים כן, מבלי לפגוע כהוא זה בכך שדלתי תורה יישארו פתוחות תדיר, וייעשה מאמץ בצה"ל לכבד את אורח החיים החרדי. דברים אלה יורדים לשורש, שכן אין חולק כי עסקינן בהיעדר שויון בולט. בחוות דעתי בבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (2012) נדרשתי להיבטים השונים בהם מדובר, ויכולתי כמעט להעתיקה כמות שהיא. אני חוזר איפוא על האמור בה בבסיסו, ויהי רצון כאילו שבתי וכתבתיו, אף שכדי לסבר את העין יצוטטו קטעים מתוכה. אשוב ואומר, כי אין צורך להוכיח ולהטיף באשר לערך לימוד התורה כאחד מערכיה של מדינת ישראל; ראו פסקאות ז'-י"ד לחוות דעתי בעניין רסלר. אביא כאן את הפסקאות י'-י"א:

"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 (ו'שמע ישראל' היה לסמל ההמשכיות היהודית), שם נאמר 'וְהָיוּ הַדְּבָרִים הָאֵלֶּה אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוְךָ הַיּוֹם עַל לְבָבְךָ: וְשָׁנַנְתָּם לְבִנְיָךְ וְדַבַּרְתָּ בָּם בְּשַׁבְּתְךָ בְּבֵיתְךָ וּבְלַכְתְּךָ בַּדֶּרֶךְ וּבְשֹׁכְבְךָ

וּבְקוֹמְךָ (דברים ו', ו'-ז'); ועוד נאמר 'וְשִׁמְתֶם אֶת דְּבָרֵי אֱלֹהֵי עַל לְבַבְכֶם וְעַל נַפְשֵׁיכֶם... וְלִמְדַתֶּם אֹתָם אֶת בְּנֵיכֶם לְדַבֵּר בָּם בְּשִׁבְתְּךָ בְּבֵיתְךָ וּבְלִכְתְּךָ בְּדֶרֶךְ וּבְשֹׁכְבְּךָ וּבְקוֹמְךָ' (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' (עצ"מ 10673/05 מכללת הדרום נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה ז(3)).

המשנה (פאה א', א') מונה לימוד תורה בגדר הדברים 'שאינן 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.

לא אמנע מהביא דברים מפיו של פרופ' דוד הלבני, חוקר התלמוד וחתן פרס ישראל, בספרו עלה לא נדף, חיים של לימוד בצל המוות (1999), בעמ' 88-89:

"מצאתי סיפוק רוחני, אינטלקטואלי ואסתטי בלימוד התורה. השקלא וטריה התלמודית... נראית לי שיא היצירה של עמנו מאז תקופת התנ"ך... מעל לכל אני מכיר טובה לה על אשר קידשה את לימוד התורה לשמה, ועשתה אותו למגמה בפני עצמה, למצוה בפני עצמה".

"היא טיפחה ושכללה את האינטלקט היהודי, ושמרה עליו בשנות הגלות הארוכות. זכותה היא גם זכות היסטורית. אלמלא היא... ספק גדול אם בנפול חומות הגטו היינו מצליחים להתפרץ כל כך ולהשיג הישגים

מרשימים בכל שטחי החיים. היא שמרה בעבר על גחלתנו האינטלקטואלית שלא תכבה, ובכוחה לעשות כן גם בעתיד".

באשר לשירות ראו פסקה כ"א לחוות דעתי בעניין רסלר:

"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 הבלדל, 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"ט-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 ה"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).

ג. בעניין רסלר בפסקה ל"ב הבאתי דברים שנכתבו על גדול שבגדולים בעולם הליטאי, החזון איש, אשר "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, ואולי אף 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). הרב יצחק זילברשטיין – רב חשוב בזרם הליטאי וחתנו של הרב י"ש אלישיב המנוח – מצוטט כאומר בשם החזון איש על "חברת הלומדים" (המונח מיסודו של פרופ' מנחם פרידמן לתיאור המצע האידאולוגי של החברה החרדית בישראל) "שמלכתחילה היעד הזה תוכנן לשני דורות בלבד, המטרה היתה לשקם את עולם התורה אחרי השואה. זה לא היה אמור להיות משהו נצחי" (יאיר שלג "ישיבת חירום" דיוקן – מקור ראשון ג' באלול תשל"ז-25.8.12). אוסיף, כי בקובץ חשוב שראה אור לאחרונה, הגדולים: אנשים שעיצבו את פני היהדות החרדית בישראל, בעריכת ב' בראון ונ' ליאון (לכבוד פרופ' מנחם פרידמן) (תשע"ז), כותבים פרופ' ב' בראון וד"ר ח' שלם על הרבי מגור ע"ה (ה"בית ישראל" – ר' ישראל אלתר) במאמרם – "גור בארץ" – ה'בית ישראל' ושיקומה של חסידות גור בארץ ישראל" בעמ' 617, על יחסו החם של הרבי לצה"ל, שבא לידי ביטוי גם ביחסו אל הרב הצבאי הראשי שלמה גורן. האם תורגמו עמדות אלה, של גאון ליטאי ושל מנהיג חסידי מן השורה הראשונה שבראשונות, לגישות אופרטיביות אצל יורשיהם?

ד. העתירות שלפנינו מכוונות כנגד הממשלה והכנסת, אך – כאמור – המשיבים האמיתיים הם המנהיגות התורנית החרדית וחברי הכנסת החרדיים, נוכחים-נפקדים באולם בית המשפט, שבשלהם "הסער הגדול הזה" (יונה א', י"ב); ראו גם פסקה ג' לחוות דעתי בענין רסלר. אפשר לתהות האם לא היה מקום שגופים חרדיים יבקשו להצטרף להליך כמשיבים או כ"ידידי בית המשפט" כדי להביא מכלי ראשון את עמדותיהם. העובדה שהדבר לא אירע אומרת דרשני. מכל מקום, חלק גדול מהנמקתם של גורמי הממשלה והכנסת לענין תיקון מס' 21 היה כי תיקון זה הושג בהסכמה; אך הסכמה לכאורה זו באה לקדם שויון, והשאלה היא אם קידם התיקון שויון או הרחיק אותו, ולמרבה הצער – צער באמת, לא כאמירה רטורית – הרחיק תחת לקרב. יתר על כן, שאלה היא, מדוע ניתן במסגרת החוק גם שירות לאומי-אזרחי, לגברים חרדיים,

להבדיל משירות לאומי-בטחוני, אף שלא אדרש אליה כרגע. ומכל מקום, היעדר סנקציות של ממש, כפי שהראתה חברתי, הופך את התיקון ל"כאילו", כך למרבה הצער. לבי לגורמי צה"ל והממשלה אשר כמי שכפאו שד, צריכים לעסוק במתמטיקה המסובכת של הגיוס, שגאוני המתמטיקה יתקשו לטפל בה ולהעמידה על מכונה. אך הגורמים החרדיים היו צריכים להיות באולם בית המשפט ולהסביר בקולם מדוע באמת דמם סמוק יותר, כאשר ניתנות כל האפשרויות ללומדי תורה באמת, ועם זאת הדרישה כי האחרים יתגייסו. אכן, לא כל החיילים קרביים ועומדים בסכנת נפשות, ורבים תומכי לחימה ואנשי יחידות מטה לא קרביות, אך השאלה היא מוסרית, הנכונות להתגייס להגנת העם ולהישלח למקום שישלחוך; כך, שלא לדבר על השנים הצעירות המושקעות בשירות על ידי המשרתים. תורת ישראל גם מקדמת שוויון; בעשרת הדברות בנוסח ספר דברים נאמר על מצוות השבת (ה', י"ב-י"ג) "ששת ימים תעבד ועשית כל מלאכתך. ויום השביעי שבת לה' אלהיך לא תעשה כל מלאכה אתה ובנך ובתך ועבדך ואמתך... למען ינוח עבדך ואמתך כמוך". הנה שוויון במיטבו (ראו הרב בן-נון, פרשת ואתחנן – עשרת הדברים", אתר בית המדרש קושיצקי שליח ישיבת הר עציון).

ה. הצעת החוק לעניין תיקון מס' 21 (הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21)), התשע"ו-2015 הוגשה לכנסת ביום 16.11.2015 (הצעות חוק הממשלה – 973, עמ' 186) ונתקבלה בכנסת, הגם שמדובר בחוק מורכב ומסובך למדי, כבר ביום 24.11.2015 (קריאה ראשונה היתה ביום 16.11.15, והדיון המרתוני בועדה היה ביום 19.11.2015). "הבו גודל" למהירות, וראו בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.17), ואיני מקנא באנשי השירות הציבורי שהיו צריכים למהר ולטפל בחוק לצד הגורמים הפוליטיים, אשר דחקה שעתם. בדברי ההסבר לתיקון נאמר כי "חקיקת תיקון מס' 19 עוררה התנגדות עזה בקרב הציבור החרדי, והפעלתו העלתה חשש לפגיעה בתהליך החיובי שניצניו החלו קודם לכן ואשר הצביע על עליה מתמדת והדרגתית במספר המתגייסים מקרב ציבורו, אשר התחוללה ממילא ועוד טרם הפעלת התיקון האמור" (עמ' 186). נזכור, כי תיקון מס' 19 לא היה עתיק יומין; הוא פורסם בספר החוקים ביום י"ז באדר תשע"ד (19.3.2014). הטעם הפוליטי לשינוי היה כמובן החילופים בקואליציה והצטרפות הסיעות החרדיות. אם כן, תיקון 21 בהסכמה – האם הסכמה ככל משפטה וחוקתה?

ו. יצוין, כי בתיקון 21 "נשר" – ככל שהבנתי משגת – נושא חשוב בסעיף 26כב(א) "דחיית שירות לתלמידי ישיבה מתמידים עד הגיעם לגיל 26", על פי רשימה שיציע ועד הישיבות. תחת זאת – במסגרת מתן הסמכות הרחבה לשר הביטחון עליה עמדה חברתי הנשיאה, הוסמך השר להחליט על דחיה בשים לב ליעד הכולל לגיוס

שנקבע לאותה שנה. נושא ה"מתמידים" שהיה נותן מקום של כבוד למי שבאמת ובתמים מתמידים יומם ולילה בלימוד התורה ויש לעודדם, מבלי לפגוע בצרכי גיוסם של אחרים – איננו.

ז. לא אמנע גם מהתייחסות אחת לנושא שעלה בתיקון 19, ואשר לא שונה בתיקון 21, והוא מוזר עד מאוד בעיניי. בסעיף 26 טו(1) נאמר "עלה על 1,000 בשנת גיוס מסוימת, מספר המתגייסים לשירות סדיר עד גיל 20 כלוחמים, יראו, לעניין יעדי הגיוס, כל שני מתגייסים נוספים עד גיל 20 כלוחמים, כשלושה; לעניין זה 'לוחם' כהגדרתו בפקודות הצבא". גם אם הכוונה היתה לעודד גיוס כלוחמים, העמדת "תג מחיר" של "מבצע" שיווקי כביכול, קרי, שני לוחמים שקולים כנגד שלושה אחרים, הוא חריג בנוף החקיקה ובנוף הצבאי. אכן, יש מעמד נכבד ללוחמים ובכורתם כחיילים ברורה ויש לה גם ביטויים שונים, אך אין היא נמדדת ב"מספר ראשים", שניים מול שלושה. לא ייעשה כן במקומנו, וחבל שדבר מעין זה חדר לספר החוקים.

ח. הממשלה והכנסת כופות על בית המשפט, בידיעה, הכרעות שלא היינו רוצים לקבלן ושברי להן כי הן פגומות משפטית, מוסרית ומעשית; בעקבות הכרעתנו בעניין רסלר כתבו פרופ' י' שטרן וד"ר ח' זיכרמן כי "צו השעה הוא איפוק הדדי – הרוב לא ישתמש בכוחו כדי לאכוף שירות צבאי על הפרט החרדי (לכן איננו תומכים בשימוש במכשיר העונשי, הפלילי, לסוגיו), והמיעוט לא ינצל את כוחו הפוליטי כדי לשמור את ההסדר הקיים, שפוגע קשות בערך השוויון. החוק שיחוקק חייב להעלות ארוכה לסולידריות הישראלית, שהרי התוצאה הנדרשת – שיתוף של החברה החרדית בנשיאה בנטל – מחייבת התגייסות פנימית, נפשית, לשרת בהגנת הבית הלאומי של כולנו" (הצעה לסדר 3: בין אוהל סיירים לאוהל של תורה, מתווה לגיוס חרדים לצה"ל" המכון הישראלי לדמוקרטיה, פברואר 2013, עמ' 27-28. הדגשה הוספה. כן ראו הצעה נוספת הצעה לסדר 4: חרדים לצה"ל "האחיכם יבואו למלחמה ואתם תשבו פה" המכון הישראלי לדמוקרטיה, פברואר 2013).

אבל לשם שותפות יש צורך בשניים – ולשאלתנו באולם בית המשפט "מה עושים בפועל בעולם החרדי כדי שהיעדים האלה שלשיטת תיקון 21 אמורים להתממש, יתממשו, האם יש ידיעות שעושים הסברה ולא בזים לאלה שכן מתגייסים, ושולחים רק שבב"ניקים שנפלטו משיבות, כדי שהאמירה הזו היפה שבאמת הולכים בהסכמה גם באה לביטוי בשטח...?" השיבה באת כוח המדינה "מה שנאמר לנו על-ידי אנשים שעוסקים בגיוס חרדים בצה"ל זו הסכמה שבשתיקה, ויש אחוזי התייצבות מאוד גדולים לבדיקות ולמיונים של צו ראשון, אחוזים יותר גבוהים של התייצבות מאשר אחוזי

התייצבות לצו ראשון באוכלוסייה הכללית" (הדגשה הוספה – א"ר); ובאותה נשימה, אומרות לנו הממשלה והכנסת שחשיבותו של תיקון 21 היא בהסכמה שבה הושג, בשונה מתיקון 19 שנכפה על החרדים. הוסבר לנו על-ידי בא כוח הכנסת, כי על רקע האמור "הרצון של הממשלה והכנסת להמשיך באותה גישה ולא לזעזע את הספינה, צריך לעמוד לעיני בית המשפט הנכבד, מתוך תפיסה שראוי לתת לתהליך שקורה להמשיך גם אם הוא מעורר קשיים". אני נכון להניח שיש התקדמות איטית בחברה החרדית לכיוון תעסוקה, ומשמח לראות "ייצוג חרדי" בתקשורת הכללית, במשרד המשפטים ובגופי ציבור כלליים אחרים, מעטה ככל שעודנה, וברי כי המשרתים המעטים בצה"ל מגיעים אחר כך במידה רבה לתעסוקה, ועל כך יש לברך; אך התיקון הנוכחי לכאורה לא יעודד זאת, אלא יאפשר דרכים פוליטיות ומנהליות לשימור המצב הקיים, הכל כפי שהראתה חברתי הנשיאה.

לכך יש להוסיף רכיב משמעותי, והוא הגידול הצפוי באחוז החרדים חייבי הגיוס, שלפי הערכות המועצה הלאומית לכלכלה (14.8.17) יגיע ב-2040 ל-20%, תוך גידול של 77% מן הקיים, הרבה יותר מכל סקטור אחר. ברי כי המדינה תיזקק להגן על עצמה בכל עת, ומשמעות הנתונים היא על פניהם שבלעדי החרדים ייפול נטל גדול בהרבה על המתגייסים. היכן היושר, לצד השכל הישר? לא בשמים היא שהחרדים ייכבדו ליתן כתף, וכפי שביקשתי להדגיש שוב ושוב, מבלי לפגוע כהוא זה בלימוד התורה, ותוך מאמץ לצמצם חששות פגיעה חברתית על-ידי חילון וכדומה ר"ל.

ט. בנסיבות אלה איני פטור ממלים אחדות על המבט לעתיד. שוב, בעמדות הממשלה והכנסת הודגשה ההסכמה לכאורה שבה נתקבל תיקון 21, כמעין איזון לכך שהסדר נשוא ענייננו – כפי שתיארה חברתי הנשיאה – "חסר שיניים"; הוסבר לנו בעל פה כאמור גם כי הסכמה חרדית (הכוונה מן הסתם להנהגה הרוחנית) ניתנה בשתיקה. אבל להתקדמות דרושים – כאמור – שניים. חלק מן הבעיה הוא היחס לשירות הצבאי בכלל, שבין אם נרצה או לא, קשה עד מאוד, אם בכלל, למצוא יחס חיובי מוצהר ופומבי אליו בהנהגה החרדית בתקופתנו. היו כאמור גדולי תורה בדורות הקודמים שהביעו דעה שלא שללה את השירות הצבאי; ראו פסקה כ"א בחוות דעתי בעניין רסלר שהובאה למעלה, ודבריהם יפים היום כאז.

ברי לכל המכיר ולוא גם במקצת את העולם החרדי, כי אין די בהסכמה פרלמנטרית, בלא לפגוע בחברי הכנסת שכבודם במקומם. הם כפופים להנהגות חרדיות שמחוץ לכנסת, בדמות מועצת גדולי התורה ומועצת חכמי התורה. יתר על כן, גם ההסכמה הפרלמנטרית נשענת על כרעי תרנגולת, אחד מחברי הכנסת החרדים צוטט

באלה הימים מתוך הקלטה בידיש, שיש אוכלוסיה – ושלא אקוב בכינוי בה כינה אותה, נושא הפותח פתח לויכוח קשה אחר – "שהולכים לצבא בגלל המכסות, זה מפני שלמרבה הצער יש אצלם רפיון", אבל "למרבה הצער לא רק הם אלא גם אחרים שרוצים ללכת לצבא". כדי שההסכמה הנטענת של המנהיגים התורניים, ראשי ישיבות ואדמו"רים גדולי תורה ורבי השפעה וניסיון, תחלחל לצאן מרעיתם, יש צורך לתת להסכמה זו ביטוי ומסרים שיציגו את השירות בצה"ל כצורך לאומי-בטחוני שהוא לשיטתם לפחות הכרח בל יגונה לכלל הציבור, גם אם לימוד תורה הוא השליחות העיקרית של מה שקרוי "חברת הלומדים". רק אז תוכל לבוא אותה "התגייסות פנימית, נפשית" שעליה דיברו פרופ' שטרן וד"ר זיכרמן. מבחינה משפטית, ייתכן שאותה הסכמה אקטיבית היא החיונית להסדר גיוס עתידי, כדי שזה יצלח את מבחן הקשר הרציונלי על פי הדין, דהיינו כדי להראות שבפועל האמצעי שנבחר – הסדרי החוק – ממש את תכלית החוק. ענייננו שלנו רחוק מכך, שכן בהיעדר מסרים ברורים, ובהיעדר סנקציות של ממש על אלה שאינם מתגייסים, כפי שציינה חברתי הנשיאה "קיים כשל עמוק ביכולתו (של החוק – א"ר) לממש את המטרה של צמצום משמעותי של אי-השויון בחלוקה בנטל השירות הצבאי" (פסקה 73 לפסק דינה).

לאחרונה ערב תשעה באב, נתפרסמה קריאה מצד חברי כנסת חרדים מסיעות יהדות התורה וש"ס, וגם רבנים וראשי ערים מסוימים, כנגד אלימות המופנית למרבה הצער והביזיון על-ידי גורמים חרדים כלפי חיילים חרדים (ידיעות אחרונות, ח' באב התשע"ז-31.7.17). הדברים נאמרו לאתר החרדי "כיכר השבת", וכתבו ישי כהן שכינס את הדברים אמר לעיתון, כי "... הסיקור הקבוע של תקיפות החיילים החרדים הוביל אותנו להבנה עמוקה כי היום אלו החיילים שמותקפים, ומחר זה יכול להיות כל אחד אחר. בעקבות כך ביקשנו להשמיע קול אחר, קול אוהב ומחבק, את הקול השפוי של הציבור החרדי ... אנו מקוים כי הדבר יחלחל לכל שדרות הציבור בישראל, ושהציבור החרדי אמון על 'ואהבת לרעך כמוך'". אבל האם די בכך? גם לעניין זה, של מניעת ביזוי החיילים, נחוץ במיוחד שקול ההנהגה התורנית יישמע, ולצדו המסרים ו"רוח המפקדים" לעניין עצם הגיוס, במקום שהגיעה עת גיוס משתם לפלוני שלב "תורתו אומנותו".

י. הדעת נותנת כי יחקק חוק חדש בעקבות פסיקתנו, ויימשך ה"פינג-פונג" ר"ל. כדי שיהא אמון ותהיה גם תוחלת למה שייכתב בו, יש איפוא צורך – צורך לאומי הכרחי – כי ההנהגה התורנית, מועצת גדולי התורה ומועצת חכמי התורה – הן שישדרו יחד ולחוד, בצד הטעמתו המובהקת של לימוד התורה, כי הן תומכות בשירות בצה"ל למי שאין תורתו אומנותו, ושיש בכך גם מצוה להשתתף בהגנת המדינה מפני צריה.

לכך יהיה אפקט עצום בציבור החרדי, והתוצאה תהיה שהסדרים שיתקבלו ימומשו. כך יש להניח ולקוות. והרי קול התורה ימשיך להישמע בכל עת – לא תהיה דקה שבה לא יהיו לומדי תורה רבים בישיבות, גם כשאחיהם משרתים בצה"ל – וצה"ל יהיה ערוך לתנאי שירות שלא יפגעו בצניעות וממילא גם לא יגרמו חלילה לחילון, שאולי ממנו חוששת ההנהגה התורנית יותר מכל. נקודה זו חשובה: ברי כמובן לכל בר דעת כי מעבר מחיים בחברה סגורה לגוף כמו צה"ל אינו עניין של מה בכך לשום אדם, וצה"ל כנמסר ערוך, וכל היערכות ניתנת לשיפור, כדי להקל על המעבר. אך כדי שאותה השתלבות שבה מדובר – וכמובן כרוכה גם בתעסוקה ועוד – תהיה אמיתית, יש צורך במסרים שהם יותר מאשר הסכמה בשתיקה. מקוה אני שההנהגה התורנית, הערה לצוי המוסר והמצפון, תיתן ידה, לצורך ההסכמה, לצורך אי הכפיה וכל החזון היפה בו דיברו המדינה והכנסת בפנינו במונחי הסכמה, לגישה שתשרר חיוביות לצה"ל ולביטחון מעבר להסכמה בשתיקה. אין בכך לא פגיעה בתורה ובהלכה, ויש בכך גם מצוה שבין אדם לחברו כלפי מי שהיעדר השויון בנטל מטיל עליהם נטל כבד יותר, ואם מותר להוסיף – בין אדם לאומתו. רבים מחברי הכנסת החרדים שדיברו בוועדה הזכירו כי בני משפחתם שירתו בצה"ל, ולעתים שירתו הם. אך מה על אלה שלא בחרו להמשיך בנתיב לימוד התורה ה"טוטאלי", האין מקום לעודדם לשרת?

יא. למקרא חוות דעתו החולקת של חברי השופט נ' סולברג אציין, כי הגם שדבריו באים מכוונה טובה ומלב זך, הנה ככל שכבוד האדם כולל את ערך השויון, ומעטים יחלקו על כך במהות גם אם המונח אינו מופיע בחוק היסוד, בכפוף לשמירת דינים - הנושא דנא הוא "אם כל הפליות", שכן יכול הוא להגיע (תודה לאל, לא בכל מקרה) להבחנה בין דם לדם, פשוטה כמשמעה. חברי איפיין את ההבחנה בין הרואים בשירות חובה מוסרית ובין הרואים בו "גזירת שמד" ר"ל (פסקה 49). למלים האחרונות אפשר להוסיף "שומו שמים". אכן התורה מגינה ומצילה, אך כבר לימדונו בעלי אמונה וביטחון, כי הבורא אינו מצפה מן האדם שלא לנקוט באמצעי הגנה. ואם ילכו הכל, איש ואשה מטעמיהם, בשיטת "יהיו אחרים חיילים" - הגנת הציבור פשוטה כמשמעה מה יהא עליה. המשפט לטעמי אינו יכול – אין לו רשות מוסרית – שלא להתייחס לכך באופן מובהק, ולפעול לצמצום אי שויון על ידי דרכים הוגנות של אפשרויות לאדם חרדי לשרת בלא לאבד מדרכו ומאורח חייו. אך הקו אינו יכול לעבור, בכפוף לאותם שימשיכו באמת ובתמים בלימוד תורה טוטאלי, בין חרדים לשאינם חרדים, אלא בין מי שממלא חובתו המוסרית וחובתו בשויון כלפי הזולת, ואין דם האחד סמוק משל זולתו, לבין מי שאינו ממלא אותה.

יב. כללם של דברים, נאמר "סור מרע ועשה טוב בקש שלום ורדפהו" (תהלים ל"ד, ט"ו). החלק הראשון, סור מרע, הוא אי הפגיעה באותם חרדים המשרתים את המולדת. החלק השני הוא עשה טוב, אי פגיעה ומתן יד תומכת למי שהתגייס לצה"ל ולהגנה על הארץ, ומתן כתף למשרתים הכורעים תחת הנטל, בשעה שרבים אחרים ממשיכים בלימוד התורה וקול תורה לא נדם, ולא יידום. היא היא בקשת השלום והרדיפה אחריו. ישאלו הנוגעים בדבר עצמם, אם רק לימוד התורה בראש מעייניהם או שמא גם שימור חברתי וחשש משינויים, נושאים שבהם ניתן לסייע מאוד, כאמור, כדי להקל על השירות? מדברים רבות על אחדות העם היהודי. חלק מביטוי האחדות הוא השירות בצה"ל. אין בו סתירה כהוא זה ללימוד תורה; מכאן הצורך לכבדו. מי לנו כמלך שלמה – מלך שהשלום שלו – שנאמר עליו (שיר השירים ג', ז'-ח') "הנה מטתו שלשלמה ששים גיבורים סביב לה מגיבורי ישראל; כולם אחוזי חרב מלומדי מלחמה, איש חרבו על ירכו מפחד בלילות". שלמה היה מלך שהשלום שלו (מדרש רבה לשיר השירים, פרשה ז'), ועל הפסוקים הללו רוב מלים אך למותר. שואל אתה עצמך, כיצד ניתן "לפצח את הקוד", ולהגיע לשלב הגון של שירות למי שאינם לומדים באמת, בלי לפגוע בלימוד התורה. השירות הצבאי בצבא הגנה לישראל שכשמו כן הוא, צבא הגנה, הגנת כולנו, אינו "ברירת מחדל" של "כמי שכפאו שד". כל עוד ישאר ברירת מחדל דחוייה כך בעולם החרדי, תימשך הסאגה הנוכחית, חוק ילך וחוק יבוא, ותחושת אי השוויון הקשה תימשך. אכן, לא יתכן חולק על חשיבות לימוד התורה, וקולה של התורה כמגינה ומצילה, ובודאי כהמשכיות קיומנו כעם, יוסיף להישמע כערך מערכי המדינה – אך עניין השירות בצה"ל, המצפון והמוסר, וההגינות כלפי כולנו, מה היא עליהם? ייראו הדברים שנאמרו כאן כמכוונים לא לניגוח חלילה אלא לשם בניין. פתחתי חוות דעתי ביאוש. לרבי נחמן מברסלב מיוחסת האמירה "אין שום יאוש בעולם כלל", המשמיעה עידוד למיזאשים, אור בקצה המנהרה. היום בו תהא תחושה לכלל הציבור היהודי הלא חרדי, כי ניתנת כתף לבטחונה הפיסי של המדינה מצד הקהילה החרדית – את חשבונות שמים איננו מכירים – היא בעיניי יום חג למדינת ישראל. לוא יהי.

יג. כחברי השופט מלצר חולק אני על חברנו השופט עמית לעניין ישיבות ההסדר. אפשר להתווכח על המינון (ששונה מעט) בין שנות הלימוד לתקופת השירות בפועל. ישנו גם השילוב המאפשר שירות מלא. אך מי יכול לחלוק על התרומה לצה"ל, לכלל יחידותיו לרבות יחידות השדה שבחוד, של בני ישיבות ההסדר, שרבים מהם גם מסרו נפשם.

יד. אצטרף איפוא לחברתי הנשיאה, ואוסיף ברכה אישית. בימים אלה נכתבים פסקי דיננו האחרונים בצוותא, ואף היא פורשת בקרוב. תודתי החמה לה על שירות

ארוך ונאמן בשפיטה הישראלית, במשך כמעט ארבעה עשורים, בכישרון ובידע במשפט, ביושרה למופת לכל ובתבונת המעשה. כה לחי.

טו. אחר כל הדברים האלה ראיתי את ספרו החדש של פרופ' בנימין בראון מדריך לחברה החרדית – אמונות וזרמים (תשע"ז), ובו הפרק "החרדים והגיוס לצה"ל" (עמ' 296-318), הסוקר את תולדות הפטור מגיוס. אשר לשורשים, מתוארים הויכוח בתש"ח בין דורשי הפטור לבין המצדדים בשירות, וגם "גדוד טוביה – גדוד בני הישיבות" דאז. כן מתוארת התפתחותו של נושא הפטור, על הועדות השונות והחקיקה, לרבות סטטיסטיקות הפטור ומאבקי החקיקה והפסיקה. בסיכומם של דברים נאמר (עמ' 317), כי "כבר כיום צה"ל משתדל מאוד להתאים את עצמו לדרישותיהם של החיילים החרדים, בייחוד בתחומי הכשרות והצניעות", חרף ביקורת בעיקר מצד חילונים מיליטנטיים, וכן מתואר גידול כוח המשיכה של האופציה הצבאית, בין השאר משיש בה אופק כלכלי. נאמר (עמ' 318). כי נושא הגיוס היה "לנקודת החיכוך הבולטת ביחסי החרדים עם החברה הישראלית הלא חרדית – החילונית והדתית לאומית - ברובה", אף כי שני הצדדים החלו להפחית ב"שקר" (כלשון המחבר) שבטיעוניהם שקדמו; כיום, מעבר לנושא השוויון בנטל, ניתן משקל לנושא הכלכלי. ואולם, דומה – נאמר – כי "עדיין ארוכה הדרך להשגת הסכמה אמיתית", נוכח ראיית עולם הישיבות על-ידי רבים מן החילונים כ"נטל ובטלנות", וראיית ערכי הדמוקרטיה על-ידי רבים מן החרדים ככסות למטרות הפוגעות בחרדים (עמ' 318-319). והמחבר מסכם (עמ' 319), "עדיין שני הצדדים מרגישים מאוימים. מכיון שהיוזמה והכוח מצויים בידי המדינה, דומה כי עליה מוטלת אחריות כבדה יותר להוכיח לא רק את נכונותה, להתפשר עם העולם החרדי אלא גם להכיר בערך האמיתי של תרבותו".

הבאתי דברים אלה באריכות-מה בהיות המחבר בר סמכא; כבר אתמחי גברא. לטעמי ההכרה בערך תרבותו של העולם החרדי, תרבות המתמצה בראש בחיי תורה ולימוד תורה, ועל פי רוב בצניעות ובמידת החסד – כבר עמנו ביסודה, בעצם הנכונות להעמיד לחרדים גם הקלות מפליגות לעומת זולתם לצורך בלימוד תורה, וגם תנאי שירות בצה"ל ההולמים את אורח חייהם. מגמה זו מקובלת – בסופו של יום – על הכל; כשלעצמי סבורני כי מובן לכל כיום שהעולם החרדי הוא כאן "כדי להישאר", וזו זכותו כמובן, וחובת הציבור כולו להבין זאת ולהסכין לכך וכמובן לכבד. אין בכך סתירה לנשיאה בנטל, בודאי מקום שהנטל עלול להיות של "בין דם לדם". בכפוף במובהק לכך, אסיים חוות דעתי זו בשבוע האחרון לכתיבת פסקי דין על-ידי, בדברי רבי יהודה הלוי בפיוט "י-ה אנא אמצאך", ובו המלים הנפלאות שאמנם כווננו ליחסי עמנו עם בוראו, אך אפשר לקראן (להבדיל) על היחסים בין הציבור הלא חרדי לחרדי

בארצנו: "ובצאתי לקראתך – לקראתי מצאתיך"; ראו פרופ' א' חזן, "דרשתי קרבתיך – בכל לבי קראתיך", בר אילן – 79 שבועי 801 (תשס"ט). "כמים הפנים לפנים כן לב האדם לאדם" (משלי כ"ז, י"ט). שנה טובה לכל בית ישראל, תכלה שנה וקללותיה תחל שנה וברכותיה, וכתובה וחתימה טובה.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט י' עמית:

"אותו הדור נתחייבו ישראל שבגליציה להעמיד אנשים לעבודת הצבא, כל קהלה כמכסת הנפשות שקצבה המלכות. היו פרנסי הקהלה שבכל עיר מתכנסים בכל שנה ושנה לחדר הקהלה ויושבים ובודקים מי מאנשי עירם הגיע בנו או חתנו לשנות עבודה. אם בן גדולים הוא או אם בן תורה מניחים ידיהם ממנו ולוקחים תמורתו מן הריקים ומן הפוחזים שיפה לעיר ליפטר מהם. אין בהם כדי מכסת הנפשות שקצבה המלכות לתת לה, שוכרים מן המשוטטים שבמדינה שמשכירים עצמם לעבוד בצבא.

[...] וזאת לפנים בישראל, אחת בשנה שרי המלך מודיעים לפרנסי הקהלות את מכסת הנפשות שחייבים להעמיד לחיל המלך. נכנסים לבית הוועד ונושאים ונותנים בדבר, שלא כל אדם רוצה לצאת בצבא, מפני חילול שבת ויום טוב ומאכלות אסורות ושאר עבירות שיוצאי צבא עוברים עליהן. אם כן מה עושים, כל שיש לו ממון פודה עצמו בממון ושוכרים אחר תחתיו נפש תחת נפש מאותם שהממון חביב עליהם יותר מגופם וגופם יותר מנפשם ומוכנים למכור נפשם כדי לקיים את גופם" (ש"י עגנון עיר ומלואה, ספר שלישי פרק הנעלם עמ' 448 (הוצאת שוקן, התשל"ג)).

1. מי שמהלך בשבילי חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: החוק) לאחר תיקון 19 ותיקון 21, נדמה עליו כמהלך בלבירינת, במבוך של סעיפים שהקורא מתקשה למצוא את דרכו לאורכם ולרוחבם. חברתי הנשיאה השכילה בפסקאות 13-30 לפסק דינה, להציג באופן בהיר ותמציתי את מתווה החוק, ועל כך התודה והברכה.

2. על הזכות לשוויון נאמר ונכתב הרבה בפסיקה – "זכות על" שהיא "מאבני היסוד" "מערכי היסוד" "נשמת אפה" "אבן הראשה" "מעמודי התווך" "נדבך מרכזי"

של שיטתנו המשפטית ושל המשטר החוקתי שלנו, ועוד ביטויים כגון דא, הקושרים כתרים לראשה של הזכות. אם אוסיף על הדברים, אהיה כמכניס תבן לעפריים ועל כן לא אוסיף בנושא זה משל עצמי.

ייאמר מיד. החוק פוגע קשות בזכות לשוויון, בצדק ובהגינות שהם שם נרדף לעקרון השוויון. החוק מפלה בין אדם לאדם, בין דם לדם ובין דמים לדמים. לצעיר החרדי יש אפשרות שלא להתגייס כלל אם נתמלאה המכסה, יש לו אפשרות לדחות את גיוסו והוא יכול לבחור בשירות אזרחי חלף השירות הצבאי. הצעיר החרדי לא נדרש לסכן את חייו, כביכול דמו סומק טפי מדמו של צעיר אחר שאינו בן ישיבה. ואם בחר הצעיר החרדי להתגייס בגיל 21 לאחר שכבר הקים משפחה, משכורתו הצבאית גדולה בהרבה מזו של חברו ליחידה שאינו נשוי. תיקוני החוק, נודעו בציבור כחוק השוויון בנטל, אך הלכה למעשה, קיבעו ועיגנו בחוק את אי השוויון בנטל. על כך קשה לחלוק. חברתי הנשיאה מצאה כי מארג הסעיפים הסבוך בחוק דינו להתבטל. להנמקותיה ולתוצאת הבטלות של החוק אני מסכים. אשר לעתיד לבוא, אני מבקש להציע למחוקק "קריאת כיוון" שונה, ובנקודה זו דומני כי דרכינו נפרדות.

3. את הדברים הבאים אני אומר בצער רב. סוד גלוי הוא שהחברה הישראלית כיום היא מפולגת, משוסעת ומקוטבת, בבחינת שבטי ישראל (אמנון רובינשטיין שבטי מדינת ישראל: ביחד ולחוד – ליברליזם ורב-תרבותית בישראל (2017)). אחד הקרעים הגדולים בחברה הישראלית הוא נושא (אי) גיוס בני הישיבות לצה"ל. המגזר החרדי, שלא כמיעוטים אחרים, אינו מגזר מוחלש, אלא מגזר בעל כוח ועוצמה פוליטית, והוא עושה שימוש בכוחו זה כדי לפטור את בניו מהחובה הבסיסית, שהיא גם הזכות הבסיסית, להשתתף בהגנת המדינה. הציבור שבניו משרתים בצה"ל, רואה בכך השתמטות גרידא ועוול מוסרי משווע, ומכאן תחושת המרירות, הכעס והתסכול, שבתורם מביאים לפילוג ולניכור בחברה הישראלית.

הציבור החרדי על פרנסיו ומנהיגיו מתנגד ברובו לגיוס. ההתנגדות לגיוס אינה נובעת מאיסור הלכתי של ממש, כך שלא ניתן לטעון כי אי השירות בצה"ל מקורו בפגיעה בחופש הדת (דני סטטמן, גדעון ספיר, דת ומדינה בישראל – עיון פילוסופי משפטי 255-265 (2014)). ההתנגדות לגיוס נובעת ממספר טעמים, חלקם מוצהרים וחלקם אידיאולוגיים, זרמי עומק הנסתרים מתחת פני השטח, שמקורם עוד בראשית הציונות. להבדיל מהזרם הדתי-לאומי, הזרם החרדי ראה ברעיון הציוני שבבסיס הקמת המדינה, כרעיון המנוגד לאיסור של "עליה בחומה" ומרידה באומות העולם, בבחינת דחיקת הקץ ואי המתנה לגאולה (בניגוד לשתיים מתוך שלוש השבועות שהשביע

הקדוש-ברוך-הוא את עם ישראל ואומות העולם עם היציאה לגלות – בבלי, כתובות, קיא ע"א). לכך נוסף חוסר הרצון לשתף פעולה עם מדינה חילונית שאינה נוהגת על פי דיני ההלכה. אך דומה כי הטעם העיקרי לאי השתתפות החרדים בחובת הגיוס הוא החשש כי הגיוס לצה"ל יביא להתפוררות עולם התורה. הציבור החרדי רואה עצמו כ"שומר הגחלת" של הקיום הרוחני של העם היהודי, במיוחד לאחר הרס הישיבות באירופה בשואה שפקדה את עמנו. הגיוס לצה"ל עומד בניגוד לאידיאל של "והגית בו יומם ולילה" (יהושע א, ח), ובניגוד לאתוס החרדי של חברת הלומדים, והמסגרות החרדיות שנבנו לאורך שנים. מסגרות אלה נועדו לבודד את הצעיר החרדי ממה שנתפס בקרב החרדים כחוליה של התרבות המערבית המודרנית-המתירנית. מכאן החשש כי הגיוס לצבא ו"ההלם התרבותי" הכרוך בכך, יחשוף את הצעיר החרדי להשפעות זרות של התרבות החילונית ויפגע במידת רצונו לדבוק באורח החיים החרדי (גדעון ספיר "גיוס בחורי ישיבות לצה"ל: הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים" פלילים ט 217, 245 (תשס"א)). דומה כי זו הסיבה העיקרית לכך שכפיית הגיוס נתפסת בציבור החרדי כגזירה שנועדה לפגוע בתרבות הייחודית של הציבור החרדי ועלולה להעביר את הצעיר החרדי על דתו ואורחות חייו. לכך יש להוסיף את האמונה כי מי שממית עצמו באוהלה של תורה מגן על המדינה כמו מי שמסכן עצמו בשדה הקרב.

4. גם אם אנו מתקשים לקבל את טיעוני הציבור החרדי כנגד הגיוס לצה"ל, ואודה כי אף אני מתקשה לקבל טיעונים אלה, חשוב להכיר בכך שהתחושות בציבור החרדי הן אמיתיות, וכי ציבור זה נכון להילחם בנחישות על עמדותיו אלו. ובכלל, הצגת הציבור החרדי כמעין "אוייב" של החברה האזרחית או כשל קהילה מתבדלת ומסתגרת היא שגויה ומחטיאה את התמונה הרחבה. נציגי הציבור החרדי יושבים בכנסת ובממשלה, רוב הציבור החרדי מעורה בנעשה במדינה, רואה עצמו חלק בלתי נפרד מהמדינה, רוצה להשתלב במדינה, ודוגמה לכך אנו יכולים לראות בארגונים כמו זק"א ואיחוד הצלה, בהם מתנדבים מזה שנים חרדים רבים, גם ללא ה"פיצוי" בדמות הכרה בהתנדבות כשירות לאומי אזרחי-בטחוני על פי חוק שירות לאומי. אף לא ניתן להתעלם ממגמת השינוי המתחולל במגזר החרדי, הגם שבאופן הדרגתי ואיטי, והעובדה שיותר גברים ונשים רוכשים השכלה ומשתלבים בשוק העבודה.

יש להצר על כך, שבמסגרת העתירה הנוכחית, כמו בכל העתירות הקודמות שעסקו בגיוס חרדים לצה"ל, לא נשמע קולם של החרדים ושל המפלגות החרדיות. הם לא צורפו כמשיבים לעתירות אך גם לא ביקשו להצטרף כמשיבים לעתירות, שאילו היו מבקשים להישמע בפנינו במסגרת הליך זה, מן הסתם הייתה בקשתם נענית. לכך מספר סיבות, שאחת מהן היא שהציבור החרדי אינו הומוגני ואינו עשוי מקשה אחת, וגם

בנושא הגיוס אנו מוצאים דעות שונות וגוונים ותתי-גוונים שונים. מכל מקום, העובדה שהציבור החרדי אינו צד פורמלי לעתירה, מחייבת אותנו במשנה זהירות, עודנו באים לפסוק בנושא כה רגיש ונפיץ מבחינת הציבור החרדי.

5. החוק בנוסחו דהיום הוא פרי פשרה פוליטית. חברתי הנשיאה העמידה במרכז פסק דינה את התכלית של קידום השוויון בנטל, וכדבריה בפסקה 94 לפסק דינה "מטרת העל... הייתה ועודנה לאור הפסיקה הקודמת, צמצום משמעותי של הפער בחלוקה בנטל וקידום השוויון בגיוס".

ברצוני להתמקד בתכלית של יציאה והשתלבות בשוק העבודה. לטעמי, החוק מחמיץ כמעט לחלוטין תכלית זו, ולא בכדי הצביעו המפלגות החרדיות בעד החוק. למעשה, מאחורי התכלית ההצהרתית של החוק, אנו מוצאים תכלית מוסווית שנתפרה למידותיו של הציבור החרדי ונועדה להבטיח את הישארותו של הצעיר החרדי במסגרת החרדית, והסללתו לישיבה ולמסגרות החרדיות בכל אשר ילך, תוך יצירת הפלייה נוסח "נפרד אך לא שווה". אסביר ואנמק את דברי מהקל אל הכבד.

א. גיוס בגיל 21: על פי המתווה של החוק, כל נער חרדי שהגיע לגיל 18 רשאי לדחות את גיוסו לגיל 21. זאת, ככל הנראה מתוך מחשבה ששלוש שנים נוספות בישיבה יחזקו ויחסנו את הצעיר-בגיר החרדי מפני השפעות זרות, ופרק זמן קריטי זה גם ינוצל להקמת משפחה, מה שיקשור אותו בעבותות חזקות יותר לקהילה ולמסגרת החרדית. למותר לציין את הנטל התקציבי העודף הכרוך בכך נוכח תשלומי המשפחה לה זכאים דחויי הגיוס בשל מצבם המשפחתי. בהיבט של שוויון, ברור כי לפנינו הפליה של ממש. ספורטאי מצטיין, מוזיקאי מחונן, מתמטיקאי גאון – רק אלה ודומיהם, ובמספרים מעטים בלבד, זוכים בשירות הצבאי למסלול ייחודי או לדחיית גיוס לשם השלמת לימודיהם. לא כך הנער החרדי, שגם אם הישגיו בהוויות אביי ורבא בינוניים ואף דלים, זכאי הוא באופן גורף לדחיית גיוסו עד גיל 21.

ב. השירות הלאומי על פי חוק שירות לאומי אזרחי, התשע"ד-2014: החוק מאפשר לצעיר החרדי לבחור בשירות אזרחי-חברתי ולשרת 30 שעות שבועיות משך שנתיים בתחומים שונים, כולל תחום הרווחה.

נושא זה מתקשר להגדרת "בוגר מוסד חרדי" בסעיף 26טו לחוק, כ"מי שלמד בין גיל 14 לגיל 18, שנתיים לפחות, במוסד חינוך...". מכאן נובעת תוצאה כפולה. ראשית, הנער החרדי, שנפלט מהמסגרת החרדית או שנשר ממנה באופן סמוי (רשום אך

אינו לומד), נחשב כחרדי לצורך מכסת הגיוס והוא מוסלל למסגרת החרדית בצבא, ועל כך אעמוד להלן. אציין כי בסיבוב הקודם בבג"ץ 6298/07 רטלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012) (להלן: עניין רטלר), עמד בית המשפט על כך שבחלוף תשע שנים לחוק טל, 400 מתוך 898 חרדים שהתגייסו היו בני נוער חרדי נושר (שם, פסקה 56 לפסק דינה של הנשיאה ביניש), וכיום חלקם של אלו שלמדו שנתיים בלבד עומד על כשליש מהמתגייסים החרדים. שנית, מי שינסה להחזיר את הנער החרדי הנושר לתלם המסגרת החרדית עשוי להיות צעיר חרדי שיתנדב לשם כך לשירות הלאומי האזרחי בתחום הרווחה, ושירות זה, על התגמול הכרוך בכך, ייחשב לו חלף השירות הצבאי (בפרשת רטלר, עומדת הנשיאה ביניש על כך שחלק הארי של המתנדבים לשירות הלאומי, מתנדבים בתחום הרווחה במסגרות בתוך הקהילה החרדית (שם, פסקה 45)). בכך מעודדת המדינה בעקיפין את ההסללה למסגרת, שמנציחה בתורה את הבעיה מושא דיוננו.

ג. מסגרות הגיוס: ואם נשר הנער החרדי מהמסגרת הלימודית, לא אלמן ישראל. על מנת להקל על הציבור החרדי להתגייס, צה"ל מכשיר מסגרות מיוחדות לחרדים, תוך התחשבות בצרכים המיוחדים של ציבור זה, החל בנושא מזון וכשרות, דרך שיעור יומי תורני, תשלומי משפחה מיוחדים, וכלה בהפרדה מנשים החל מיום הגיוס ולכל אורך המסלול (ולא אדרש כאן לדיון החשוב של הדרת נשים בצה"ל בשל גיוס חרדים). מטבע הדברים, המסגרת החרדית בצה"ל שומרת על הצעיר החרדי לבל יסטה חלילה מאורחות חייו. לא בכדי ביקשה המדינה להוסיף למניין המתגייסים, לצורך בחינת יעדי הגיוס, גם תלמידים חרדים הנוטלים חלק בתוכנית היל"ה לנוער חרדי נושר. כאשר אותו נער חרדי נושר יבקש להתגייס לצה"ל, רב הסיכוי שהוא ימצא עצמו במסגרת חרדית שנועדה לשמור על צביונו החרדי של המשרת בה תוך הקפדה מלאה על אורח החיים החרדי – אם באחד ממסלולי שח"ר (שילוב חרדים בצה"ל), אם בגדוד "נצח יהודה" בנח"ל או גדוד "תומר" בחטיבת גבעתי או במסגרות נוספות שהולכות ומתגבשות, וכך יוכל לשוב "ולהתחזק" במסגרת החרדית. ודוק: ניתן להבין את החשיבות ביצירת מסגרות מיוחדות לחרדים בצה"ל, על מנת להקל עליהם להתגייס, ולא הזכרתי את הדברים אלא כדי להאיר עד כמה החוק ויישומו נועדו להבטיח את הישארותו של הצעיר החרדי במסגרת החרדית.

[במאמר מוסגר: ברי כי השירות בצה"ל במסגרת תכנית כמו שח"ר, אכן מכשיר את הצעיר-בגיר החרדי לאזרחות ומאפשר לו להשתלב ביתר קלות בשוק העבודה. אך האם יש צורך בחוק על מנת לעודד גיוס חרדים לתכנית שח"ר? על כך אעמוד בהמשך].

ד. דחיית גיוס עד גיל 26: זו לטעמי הנקודה המרכזית בחוק, התכלית הסמויה של החוק, שנועדה להותיר את הבגיר-צעיר החרדי בישיבה.

הן במהלך תקופת ההסתגלות הראשונה והן במהלך תקופת ההסתגלות השנייה, נדרש תלמיד הישיבה המבקש דחיית גיוס ללמוד בישיבה עד לגיל 26. לכאורה, הסיבה לכך ברורה – מי שאינו מתגייס לצה"ל לפחות שילמד בישיבה, שהרי הלימוד בישיבה הוא הטעם והוא הסיבה לדחיית הגיוס.

אלא שדרישה זו, סותרת לחלוטין את התכלית של יציאה לשוק העבודה. תחת שוט הגיוס, אין לתלמיד הישיבה ברירה של ממש. שאם לא ילך לישיבה יגייסו אותו לצה"ל, מה שלמרכה הצער נתפס בקרב רבים כציבור החרדי כגזירה. וכך, בעזרתו של המחוקק הישראלי, נמצאנו מסלילים את דרכו של הבגיר-הצעיר החרדי, לא אל שוק העבודה חלילה אלא הישר חזרה לישיבה. ולא רק זאת, אלא שהמחוקק הישראלי אפילו מגייס את משאביו כדי לפקח על אותו תלמיד ולוודא כי הוא אכן יושב בישיבה ולומד 40-45 שעות בשבוע, שאם ימצא כי לא מילא את מכסת השעות, אבוי, הוא שוב עלול להישלח לגיוס.

מתקשה אני להבין את ההגיון של דחיית הגיוס. אם התמלאו מכסות הגיוס שהמחוקק שואף להן בתקופת ההסתגלות הראשונה והשנייה – ומבלי להידרש לשאלה מהן אותן מכסות עלומות ואם ראוי לקצוב מכסות – מדוע שהמחוקק לא יפטור מגיוס את שאר השנתון, וכך, יתאפשר לבגיר-צעיר החרדי להחליט על המשך דרכו? ירצה – יצא לשוק הלימודים והעבודה כבר בגיל 18. ירצה – ימשיך לשבת בישיבה ולהתפלפל בין ראשונים לאחרונים. בהינתן שלא כל תלמידי הישיבות מסוגלים להתמיד לאורך שעות היום בתלמודם, לא יהיה זה מופרך להניח כי הצעיר החרדי, שאיום הגיוס יוסר מעליו, יבחר תוך זמן קצר להשתלב בשוק העבודה. באופן אבסורדי, החוק מציע לצעיר החרדי את ה"דיל" של גיוס או לימוד בישיבה, תוך שהוא שולל ממנו את האפשרות להשתלב בשוק העבודה עד גיל 26. נוסף לכך את היעדר לימודי ליבה במגזר החרדי, ונמצאנו מערימים קשיים נוספים על דרכו של הצעיר החרדי לשוק העבודה.

החוק אינו משיג אפוא את התכלית של צמצום של ממש בפגיעה בשוויון, ועל כך עמדה הנשיאה בהרחבה בפסק דינה. אך החוק גם מחמיץ את התכלית של השתלבות בשוק העבודה, בעיקר בכך שהוא "מחזיק" את בני הישיבות בישיבה עד גיל 26. החמצת שתי תכליות אלה, חותרת תחת החוק, ומהווה עילה לפסילתו.

6. פתחתי דברי בכך שהחוק הוא בלתי שוויוני בעליל. בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון), התבטא השופט מ' חשין במילים חריפות כלפי היעדר השוויון הבוטה המגולם בהסדר הפטור בחוק טל, הסדר שאותו ראה כיחס מעוות של המדינה כלפי צעיריה וכהסדר בלתי מוסרי ביסודו (שם, עמ' 749 ו-768). קשה שלא להזדהות עם הדברים. השוויון הוא עקרון חוקתי נעלה. אך השוויון אינו חזות הכל. אין גוזרים על הציבור גזירה שאינו יכול לעמוד בה, והמדינה רשאית לקחת בחשבון את המציאות בשטח ואת השאלה אם גיוס בכפיה של חרדים הוא מעשי. עמדתי על כך בפרשת לימודי הליבה:

"...המדינה רשאית להביא בגדר שיקוליה גם את המישור המעשי. יש מקום לדעה כי בדרך של כפייה לא ניתן להשיג את המטרה של לימודי חול ולימוד ערכי הדמוקרטיה ויסודותיה. כפייה של תכני לימוד על המגזר החרדי היא בלתי מעשית. אדרבה, כל סממן כפיה אך מסיג לאחור הישגים שכבר הושגו, מביא ל'התלכדות השורות' בציבור החרדי, ולהתבצרות כנגד מה שנתפס בעיניו כאיום על אורח חייו. כפייה של תכני לימוד עשויה להיתפס כפטרונות, וספק אם תצלח במישור המעשי בציבור החרדי, שלמרבה הצער, עשוי לראות בכך 'גזירות אנטיכוס'" (בג"ץ 3752/10 דובינשטיין נ' הכנסת, פסקה 27 לפסק דיני (17.9.2014) (להלן: עניין לימודי הליבה)).

כפי שהראתה חברתי הנשיאה, מספרי המתגייסים החרדים אך קטנו בשנה האחרונה. דומה כי החוק אכן הסיג לאחור הישגים שכבר הושגו ושימש עילה לקמפיינים מתועבים נוסח החייל החרד"ק מבית מדרשם של הקיצונים שבשולי המגזר החרדי. בארצות הברית, עלה בידי השלטון הפדרלי לכפות את פסק הדין בעניין בראון (Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)) על מדינות הדרום שסירבו לקבל את פסיקת בית המשפט העליון, ששמה קץ לסגרגציה ולהפלייה בחינוך בין שחורים ללבנים. בישראל של היום, ספק רב אם תצלח הגישה של יקוב הדין את המציאות, ונראה כי כפיית גיוס חובה על אלפי חרדים מדי שנתון גיוס, נועדה מראש לכישלון. "כפי שהמדינה רשאית לקחת שיקולים אלה בחשבון, אף בית המשפט יכול וצריך ליתן משקל לשאלות של אפקטיביות ושימיות, לצד הסוגיות הנכבדות של זכויות מול חובות ואיזון בין ערכי צדק ושוויון" (עניין לימודי הליבה, בפסקה 28 לפסק דיני). הפתרון הוא פשרה ואיזון בין הדעות, האמונות והערכים המתנגשים. אלא שאיזון זה לא צלח על פי נוסחו הנוכחי של החוק והתכליות שבבסיסו, ועל כך יש להציר.

7. בנקודה זו אחזור ואומר כי אני מצטרף בלב שלם לתוצאה של פסילת החוק אליה הגיעה חברתי הנשיאה.

קיימים כשלים ו"פגמים גנטיים" רבים הטבועים בחוק, שחלקם זכו אך לאזכור קצר בפסקה 99 לפסק דינה של הנשיאה. פגמים רבים אלה "מחוררים" את החוק והופכים אותו למעין גבינה שוויצרית, כדי כך שאין מנוס מביטול ההסדר במלואו. צר לי לומר כי החוק הנוכחי הוא בבחינת "נשף מסכות" סטוטורי, שמאחוריו מסתתרים הסדרים שאין בהם כדי לקדם באמת את התכליות שבגינן מצא בית משפט זה כי יש צורך לעגן בחקיקה ראשית את ההסדר הראשוני בנושא גיוס חרדים.

התוצאה של בטלות החוק מניחה לפתחו של המחוקק פצת-זמן מתקתקת עם השתייה לשנה, שבמהלכה יהיה על הכנסת לחוקק חוק חדש שיעמוד בדרישות החוקתיות. הנה כי כן, פוסלים אנו זו הפעם השנייה את ההסדר החוקי בסוגיה של גיוס בני ישיבות לצה"ל, אך מבלי ליתן למחוקק קריאת כיוון של ממש לחקיקה הבאה. כפי שציינה הנשיאה בפסקה 71 לפסק דינה לגבי החוק הנוכחי "נראה כי מה שהיה הוא שיהיה וכי הניגון עוד ישוב ויחזור". וחברי, השופט רובינשטיין, מנבא בדבריו (בפסקה יי) כי יחקק חוק חדש ויימשך ה"פינג פונג". ולוואי ואתבדה, אך נוכח הפגמים המרובים בחוק, חושש אני כי יקשה על המחוקק גם בניסיון הבא לרבע את המעגל ולאזן בין עקרון השוויון לבין המציאות בשטח, מציאות נפיצה ומורכבת שהמדינה יצרה במו ידיה לאורך עשרות בשנים. ברי כי כל הסדר עתידי שייקבע על ידי הכנסת חלף החוק הנוכחי, יביא בפני בית משפט זה בפעם העשירית את שאלת גיוס בני הישיבות, ככל הנראה על-ידי אותם עותרים, אשר מלווים בנאמנות את הסוגיה, מערכה אחר מערכה. הניתן להתיר את הקשר הגורדי?

8. אין זה מתפקידו של בית המשפט לסיים המלאכה. הפתרון לסוגיה החברתית-לאומית הסבוכה והרגישה של גיוס בני ישיבות לצה"ל מוטל על הכנסת. אינני מתיימר כמובן, להציע פתרון חד לבעיה מורכבת זו, שהרי בכגון דא, נתון למחוקק מרחב תמרון חקיקתי. עם זאת, לאחר פעמיים בהן לא עלה בידי המחוקק לתמרן במרחב החוקתי (בחוק טל ובחוק הנוכחי), ולאחר שהנשיאה הצביעה בפסקה 106 לפסק דינה על כך ש"כל הסדר שיקבע המחוקק בסוגיה זו חייב להציב מטרה ברורה של קידום השוויון בנטל הגיוס", אציע קריאת כיוון נוספת או אחרת למחוקק, במבט צופה פני עתיד.

9. שתי התכליות העיקריות של החוק הן צמצום הפערים בשוויון בנטל והשתלבות בשוק העבודה. בין שתי התכליות יש יחסי גומלין, והאחת מקרינה על השניה, אך אין האחת נגזרת לשניה, וכל אחת מהן עומדת איתן על רגליה שלה. אכן, ההנחה היא כי שירות בצה"ל או שירות לאומי יסייעו לצעיר החרדי להשתלב בשוק העבודה. אך הדרך להשתלבות החרדים בשוק העבודה אינה עוברת בהכרח דרך צה"ל. ניתן להשיג את המטרה של הגדלת מספר החרדים המתגייסים בדרך ההפוכה – דרך שילוב מוגבר של חרדים בשוק העבודה, מתוך הנחה כי השינוי בחברה החרדית יחלחל כלפי מטה, ויעלה בסופו של דבר גם את שיעור המתגייסים.

לא יכולה להיות מחלוקת כי הפטור לתלמידי ישיבה מגיוס לצה"ל פוגעת בזכות לשוויון, זכות חשובה הנגזרת ישירות מכבוד האדם. שנינו ולמדנו כי ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שמידת הפגיעה בזכות קשה יותר, יש להצביע על אינטרס ציבורי משמעותי שיצדיק את הפגיעה (עניין רסלר, עמ' 62 והאסמכתאות שם). לטעמי, הדרך בה ניתן למחול על הפגיעה הקשה בעקרון השוויון, היא אם נעמיד את ההשתלבות של חרדים בשוק העבודה האזרחי על ראש שמחתנו כתכלית כלכלית-חברתית שיש ליתן לה משקל עודף. תכלית כלכלית יכולה להיחשב כתכלית ראויה המצדיקה פגיעה בזכויות אדם (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 622 (19.11.2009)), ובפרט כאשר עוסקים אנו בעתידו ובחוסנו של המשק הישראלי. השתלבות חרדים בשוק העבודה מגשימה גם מטרה חברתית מהותית וצורך חברתי דוחק, אינטרסים שיש בהם כדי להצדיק את הפגיעה בשוויון (למטרה חברתית מהותית ולצורך חברתי ככאלו שיכולים להצדיק פגיעה בכבוד האדם ראו דברי הנשיא ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 698-700 (2006)).

על כך שניתן להפוך את סדר הדברים וליתן עדיפות לתכלית של השתלבות בשוק העבודה עמדה השופטת ע' ארבל בעניין רסלר (בפסקה 11):

"יתכן שבשלבם הראשוניים תודגש התכלית של שילוב הציבור החרדי בשוק העבודה, תכלית לגביה נראה שקיימת התנגדות נמוכה יותר בקרב של ציבור זה והיא ניתנת לתמרוץ באופן משמעותי יותר...ברי כי שילובה של האוכלוסיה החרדית בתעסוקה תהווה כשלעצמה הישג שאין להקל בו ראש.

להערכת, 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).

10. אם וככל שהמחוקק יתקן בפעם הבאה את דרכיו, ויקבע הסדר מידתי יותר, איני רואה מניעה כי בד בבד יפטור את יתר המלש"בים החרדים מגיוס, חלף דחיית הגיוס עד גיל 26, דחייה שהיא למעשה פטור בתחפושת. לימוד תורה ופרנסה בכבוד, אינם תרתי דסתרי, אך כאמור, דווקא ההסדר החקיקתי הנוכחי מעמיד בפני הצעיר החרדי בחירה דיכוטומית בין לימוד בישיבה לבין יציאה לשוק העבודה.

כשלעצמי, וחלף הסדר הגיוס הנוכחי שאין תוכו כבדו, אף לא הייתי שולל את האפשרות לפתרון רדיקלי יותר, בדמות הוראת שעה המעניקה פטור מלא מגיוס לציבור החרדי לתקופה של חמש עד עשר שנים. כל זאת, לטובת התכלית של השתלבות חרדים בשוק העבודה, תכלית שיש בה כדי לקדם את שילובם בחברה האזרחית, להקטין מימדי העוני בחברה החרדית, להגדיל התוצר הלאומי ולחזק את החוסן הכלכלי של המדינה.

ואם יתמה השואל, הכיצד פוסל אתה את החוק הנוכחי בשל הפגיעה בשוויון, אך נכון להסדר הפוגע עוד יותר בשוויון, אחזור ואבהיר את עמדתי. החוק הנוכחי אינו מקדם את תכלית השוויון בנטל וגם לא את התכלית של השתלבות בשוק העבודה. לשיטתי, ניתן להקריב באופן זמני וכהוראת שעה תכלית אחת לטובת השנייה, את "הצריח" של השוויון לטובת "המלכה" של השתלבות בשוק העבודה. ודוק: איני בא לקבוע כי התכלית של השתלבות בשוק העבודה נעלה היא על התכלית של השוויון בנטל, אלא שלפרק זמן מסוים, בשלב הראשון, וכהוראת שעה זמנית, ניתן לרומם תכלית אחת על פני רעותה. ואף זאת, מתוך הנחה ותקווה כי תקרין בהמשך גם על שיעור ההשתתפות של הציבור החרדי בנטל השירות הצבאי. תוצאות הסדר זה ייבחנו כמובן בעתיד על ידי המחוקק ודלתותיו של בית משפט זה פתוחות.

אני ער לכך שלאורך הפסיקה שנסקרה על ידי חברתי הנשיאה, רוב השופטים ראו בתכלית של הקטנת אי השוויון בנטל כתכלית העיקרית. אך הן חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, הידוע במקומותינו כחוק טל, והן והן החוק הנוכחי, מאמצים את הקונספט של דחיית גיוס, שלמעשה, מוביל בסוף הדרך לפטור מגיוס אך בגיל מאוחר יחסית. איננו צריכים להרחיק עדותנו על מנת להיווכח כי דחיית הגיוס היא מתכון לכישלון. על כך ניתן ללמוד מהכישלון החרוץ של הקונספט

של שנת ההכרעה, ה"יהלום שבכתר" בחוק טל. הנתונים הוכיחו כי תחת המעמד של "תורתו אומנותו" במהלך דחיית השירות, קטן התמריץ להתגייס או להצטרף לשירות האזרחי (עניין רסלר, בעמ' 58-60). מתן פטור מגיוס עוד בתחילת הדרך, יעמיד את הצעיר החרדי כבר בהגיעו לגיל 18, אך גם בכל נקודת זמן בהמשך, בפני הברירה – עבודה או לימוד בישיבה. צעד זה, כשלעצמו, יגדיל את מספר המשתלבים בשוק העבודה בגיל צעיר יותר, חלף דחיית הגיוס עד גיל 26 תחת שוט הגיוס על פי החוק הנוכחי (בכפוף כמובן לכך שלא יינתן תמריץ כלכלי להעדפת הלימוד בישיבה על פני יציאה לעבודה).

יש להניח כי גם הגיוס הוולונטרי של חרדים לצה"ל ימשיך, שמא אף במספרים גדולים יותר מהמכסות העלומות הקבועות בחוק. המסלול הקרבי דוגמת גדוד הנח"ל החרדי "נצח יהודה", היה קיים בצבא אף טרם חקיקת חוק טל, ומסלולים כמו שח"ר ימשיכו מן הסתם להתקיים גם בלעדי החוק. כך, מסלול שח"ר נולד כבר בשנת 2007, עוד קודם לחוק, והוא מציע למשתתפים בו תנאים שמתגייסים אחרים יכולים אך להתקנא בהם. פרויקט שח"ר זכה להסכמה שבשתיקה בקרב הציבור החרדי, וחלק מהמשתתפים בו אף מתקדמים למסלול קצונה ולשירות קבע בצה"ל. לא נעלמה מעיני העובדה כי המתגייסים כיום למסלול שח"ר הם דחויי שירות, רובם כבר בעלי משפחות. אך אם וככל שלצה"ל יהיה אינטרס להמשיך מסלול זה של הכשרת חרדים במקצועות שונים, אין מניעה שצה"ל ימשיך לקלוט למסלול שח"ר גם בעלי משפחות בני למעלה מ-21, או ליצור מסלול חינוך טכנולוגי לנוער חרדי, דוגמת בית הספר הטכני של חיל האויר, וכל זאת גם ללא "המטריה" של גיוס כפוי.

ובכלל, חלקים גדלים והולכים מהציבור החרדי מבינים כיום כי השירות הצבאי הוא אחד המפתחות לניעות (מוביליות) חברתית, וכי באמצעות השירות הצבאי הם יכולים להכשיר עצמם ולרכוש כלים וידע מקצועי שיסייעו להם בשוק העבודה ביום שאחרי. גם ההטבות להן זכאים יוצאי צבא, ומנגד, שלילת מענקים ממי שאינם ממלאים את חובתם, יכולה לעשות את שלה, ולתמרץ את יושבי הכוללים ובתי המדרש למלא את חלקם באמנה החברתית וליתן כתף להגנת המדינה.

11. חלפו כ-15 שנים מאז נחקק חוק טל, ולאחריו החוק הנוכחי, אך למרבה התמיהה והאכזבה, מספרם של דחויי השירות (הפטורים מהשירות למעשה), אך הולך וגדל. זו הפעם השנייה שבית משפט זה פוסל בשלמותו את ההסדר שגיבש המחוקק, ואני שותף בלב מלא לתוצאה זו. אך הדרך להסדר שלישי עוד ארוכה וסבוכה. ספק אם ניתן יהיה להגיע בהסכמה להסדר חדש, ולא בכדי פתח חברי, השופט רובינשטיין את

פסק דינו במילה "יאוש". שותף אני לרגשות התסכול נוכח ההפליה הזועקת, אך יאוש ותסכול הם יועצים רעים. אם נביט נכוחה במציאות, ניווכח כי בכפייה יקשה על המחוקק ועל החברה בישראל לסגור את השסע ההולך וגדל. שסע זה נובע ממחלוקת אידיאולוגית-ערכית-חברתית רבת שנים ומשקף פער בתפיסות עולם ובאורחות חיים, שלא בנקל ניתן לגשר עליהם. הדרך ארוכה וקשה, ומן הסתם, הפתרון לשוויון בנטל לא יושג באבחה אחת גם בחוק החדש שייחקק.

הבה נציב נגד עינינו גם את התכלית של הגעה להסדר על יסוד הסכמה רחבה ככל שניתן. אם יאומץ הפתרון המוצע על ידי – של מתן פטור מגיוס כבר בגיל 18 חלק דחיית גיוס לאורך שנים – אני מתקשה לראות כיצד מנהיגי ופרנסי המגזר החרדי, המניפים את נס ההתנגדות לגיוס, יוכלו להתנגד לפטור מגיוס. בכך יפתר המלכוד של "תורת-אומנות", של או גיוס או לימוד בישיבה, מלכוד המוביל לכך ש"תחת אומנות באה הימנעותם – משירות ומעבודה" (כלשונו של חברי השופט א' רובינשטיין בעניין רסלר בעמ' 117).

12. עדיף אפוא כי הגידול באחוז החרדים המתגייסים יעשה "בדרך הטבע", שלא בכפייה ולא באמצעות חוקים, שנועדו הלכה למעשה לפטור מגיוס חלקים גדולים מהציבור החרדי במסווה של צמצום השוויון בנטל. כשלעצמי, אני סבור כי באמצעות הגדלת מספר החרדים המשתלבים בשוק העבודה באמצעות פטור מגיוס, להבדיל מדחיית גיוס, יגדל לבסוף גם אחוז המתגייסים מדי שנתון, גם אם התהליך יארך יותר שנים. למצער, יש לשקול לנסות פתרון מעין זה וככל שלא יצלח, לחתוך את הדין ולחזור ולהציב שוב על נס ובמקום הראשון את התכלית של קידום השוויון בנטל הגיוס, על כל הכרוך בכך מבחינה חקיקתית ואמצעי הכפייה שיינקטו.

כמו הנשיאה בדבריה בעניין רסלר (שם, בעמ' 80) אף אני אווז באמונה כי "הצדק והשוויון, אף אם הם מתמהמהים לעתים – סופם לנצח". אך עודנו באים לאמצעים חריפים יותר, שומה עלינו לוודא כי מוצו כל הדרכים האחרות. קריאת הכיוון שאני מציע לכנסת, של פטור מגיוס, הגם שעלולה להביא לפגיעה קשה עוד יותר בטווח המיידית והזמני בתכלית של הגברת השוויון בנטל, מגשימה שלוש מתוך ארבע התכליות הנדרשות מההסדר החקיקתי – עיגון ההסדר הראשוני בחקיקה ראשית; הרחבת השתתפות הציבור החרדי בשוק העבודה; ופתרון הדרגתי על יסוד הסכמה רחבה של הסוגיה.

13. והערה לפני סיום. מסלול השירות לתלמידי ישיבות דתיים-לאומיים (ישיבות הסדר) אף הוא פוגע לכאורה בשוויון, באשר על פי החוק הנוכחי, תקופת השירות הצבאי הפעיל עומדת על 17 חודשים בלבד. שירות מקוצר זה לכאורה קשה יותר להצדקה מאשר הפטור שניתן לצעיר החרדי, משום שאורח החיים הדתי-לאומי והסביבה החברתית של הצעירים המשתייכים לקהילה זו, אינם מהווים חסם או מניעה של ממש לשירות צבאי מלא, או לפחות קרוב לכך. גם בקרב הציבור הדתי-לאומי יש קולות המהרהרים על טיבו של ה'הסדר', תרתי משמע. עם זאת, וכפי שצינה הנשיאה בסעיף 49 לפסק דינה, נושא זה אינו עומד במוקד העתירות שבפנינו, ומשכך, אותיר אף אני את הדברים בצריך עיון.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

מצטרף אני לניתוח החוקתי המקיף שבחוות דעתה של חברתי הנשיאה מ' נאור, ולסעד אותו היא מציעה, מנימוקיה.

1. אין לכחד שנושא גיוס בני הקהילה החרדית לשירות צבאי, השב לפתחנו בגדרי ההליכים דנן, הוא חריג ויוצא דופן, גם בנוף המורכב של המשפט הציבורי הישראלי. ייחודיותו מביאה לידי כך שגם סעדים שניתנים על ידי בית משפט זה בהרכב מורחב, לא מביאים לקידום השוויון בנטל, וספק אם הסעד אותו אנו נותנים היום, יהיה אפקטיבי דיו, אם לא ילווה בתהליך חברתי מתאים (ועל תפקידן של הרשויות בתהליך זה אעמוד להלן). החשש הוא – כלשונה של חברתי הנשיאה – "כי מה שהיה הוא שיהיה וכי הניגון עוד ישוב ויחזור" (פסקה 71 לחוות דעתה).

2. ברקע הסוגיה שלפנינו דילמה חברתית רגישה, המתאפיינת במורכבות מיוחדת הנובעת, בין היתר, מחשש בחברה החרדית כי גיוס לשירות צבאי, על נדבכיו השונים, יביא לפריצת המסגרות של בני הקהילה החרדית ולשינוי לא רצוי באורחות חייהם. עמד על הדברים השופט א' א' לוי בפרשת התנועה לאיכות השלטון:

"בעבור הקהילה, המבקשת לשמר את מאפייניה הייחודיים והחוששת מפני התפרקות נוכח מרכיבים בעולם ה'חיצוני' הנראים בעיניה כמאיימים – ובפרט בקהילה שהתבדלות היא מקווי דמותה הבולטים – כל דרישה הנתפשת כקריאה ליציאה אל מחוץ למסגרת

אינה דבר של מה בכך. היא מעוררת חשד והתנגדות. על אחת כמה וכמה נכון הדבר שעה שמדובר ביסודות הנדמים כמעמידים בסכנה את עולם לימוד התורה" (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 785 (2006) (לעיל ולהלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון)).

3. על אף הקושי הפרטיקולרי בו מתאפיינת הסוגיה שלפנינו, וסימני השאלה לגבי האפקטיביות של הסעד אותו אנו נותנים, אין אנו רשאים להימנע מחובתנו לקיים ביקורת חוקתית על חקיקת הכנסת, בהתאם לאמות המידה המקובלות, ואלו מוליכות לתוצאה המוצעת על ידי חברתי הנשיאה.

4. אין זה תפקידו של בית המשפט להתוות הסדר חקיקתי עתידי. על כך מופקדות הממשלה והכנסת. אולם לא ניתן שלא להעיר על אחד מטיעוניהן המרכזיים (שהוא אף אחת מתכליות החקיקה שעומדת לביקורתנו), שלפיו יש להגיע לפתרון בדרך הדרגתית וזהירה, על יסוד הסכמה רחבה וללא כפייה. על דברים אלה עמדה השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת התנועה לאיכות השלטון (פסקה 4 לחוות דעתה):

"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 מרקם חברתי-אנושי עדין, ובלא הנפת גרון 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 כדי חתירה מתמדת להתקרבות, ותוך מחויבות לפעול להנמכתן של המחיצות המפרידות. התהליך הדמוקרטי מגלה הבנה למגוון הצרכים של בני העדות השונות ופועל למציאת המכנה המשותף ולאזון ביניהן, במגמה לאפשר חיי חברה הרמוניים. פעמים, התהליך החברתי הוא ארוך טווח, כרוך בדרך-ייסורים, ואינו יכול להניב תוצאות ממשיות מיידיות" (שם, בעמ' 791).

ראו גם חוות דעתה של השופטת ע' ארבל בבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1, 85 (2012) (להלן: עניין רסלר) וכן דבריו של השופט ח' מלצר באותו עניין, בעמ' 129-130.

5. גם אם ניתן להבין את עמדת המשיבים המבקשים להימנע, במידת האפשר, משימוש בכוח כופה (כאשר הם אף מטילים ספק במידת האפקטיביות של אמצעים מעין אלה), יש בידי המדינה הכוח והסמכות להשתמש בתמריצים כלכליים ובכלי מדיניות, שיסייעו בהנעת התהליך החברתי הנדרש על מנת לקדם את השוויון ובמידת הצורך אף לקדם חקיקה מתאימה לצורך כך. אולם יש להדגיש כי ככלל, ובעניין אחרון זה בפרט, הסכמה אינה חזות הכל. הדברים אמורים ביתר שאת לאחר שנים ארוכות שחלפו מאז החלה ההתדיינות בלא שחל שינוי משמעותי במצב.

6. צעד מסוים בכיוון זה נעשה בתיקון מס' 21 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, שהורה, בין היתר, על הקמת צוות בין-משרדי שתפקידו היה לגבש תכנית רב שנתית, שתכלול אמצעים לקידום העמידה ביעדי הגיוס (סעיף 26טו לחוק). הכוונה בהקשר זה, כפי שהוסבר על ידי נציגת משרד המשפטים בדיון בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, הייתה לעשות שימוש בתמריצים הכספיים הקיימים בתחומי הדיור, התעסוקה והחינוך, כדי "למנף בתוך אותם מכשירים את התכלית של עידוד שילוב בשירות צבאי ואזרחי" (פרוטוקול ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-20, 94 (19.11.2015)). חלק מאותם תמריצים באים לידי ביטוי בתמיכות שניתנות למוסדות התורניים בהם עסקינן. כך, לפי הנתונים המפורטים בדו"ח הצוות הבין-משרדי, תקציב התמיכות במוסדות תורניים לשנת 2015 עמד על למעלה ממיליארד ש"ח (משרד הביטחון דו"ח הצוות הבין-משרדי לקידום עמידה ביעדי הגיוס 18 (13.4.2016) (להלן: דו"ח הצוות)). בצד האמור, נציגת המדינה הבהירה, בתשובה לשאלת בית המשפט בדיון, כי השימוש – לשיטת המדינה – במערך התמיכות הניתנות למוסדות התורניים כמכשיר לקידום מדיניות בתחום הגיוס מוגבל לעידוד הגיוס באמצעות הגדלת התמיכה בישיבות שהלומדים בהן מתגייסים, להבדיל מהקטנתה בישיבות שתלמידיהן לא מתגייסים (פרוטוקול הדיון מיום 17.4.2016, בעמ' 7).

7. להשקפתי, גם אם המדינה סבורה, כפי שנטען לפנינו, כי השימוש בכלי מדיניות "רכים" עדיף על מכשירי אכיפה קונבנציונליים, בהינתן רגישות הסוגיה, על החקיקה להכיל מנגנונים שיאפשרו שימוש אפקטיבי בתמריצים הכלכליים וישקפו את סדרי העדיפויות של המדינה בעניין יעדי הגיוס (והשוו המלצה 1 בעמ' 21 לדו"ח הצוות), באופן שלא יהיה מוגבל לתמריץ חיובי, שלא הוכח כאפקטיבי דיו, כעולה

מדו"ח הצוות. דברים אלה עולים גם מהמלצותיה של ועדת גבאי – ועדה בין-משרדית שהוקמה מכוח החלטת ממשלה מיום 15.7.2010, שבהן צוין כי אם לאחר יישום המלצות הצוות בעניין שילוב המגזר החרדי בנשיאה בנטל הביטחוני יסתמן כי עדיין מתעורר קושי לאתר מספיק דחויי שירות אשר מעוניינים לשרת, יש לבחון שינוי במערך התמריצים ליציאה לשירות, תמריצים חיוביים ושלייליים כאחד (משרד ראש הממשלה המלצות הצוות הבין-משרדי: עידוד תעסוקה וקידום השירות הצבאי והאזרחי במגזר החרדי 27 (2010)).

8. למותר לציין כי עיצוב מתכונת תמיכות במוסדות התורניים לאור סדרי העדיפויות של רשויות המדינה בתחום הגיוס, וכינון מערך תמריצים – חיוביים ושלייליים – בהתאם, הוא כלי מדיניות אחד מני רבים, אשר אפשר כי השימוש בו יהיה משום קטליזטור לקידום התהליכים החברתיים הנדרשים להבאת שינוי בסוגיה שלפנינו. הדבר לא נעשה עד כה במידה הנדרשת לצמצום משמעותי של הפערים בנשיאה בנטל השירות הצבאי, וזוהי להשקפתי דוגמה נוספת ל"חוסר נחישות של רשויות המדינה להביא לפתרון עמוק של סוגיית גיוסם של תלמידי הישיבות" (פסקה 72 לחוות דעתה של הנשיאה).

9. אוסיף כי אינני שותף להשקפתו של חברי השופט י' עמית, בהתייחס ל"קריאת כיוון" כלשונו, המוצעת על ידו, שמשמעותה הלכה למעשה היא השלמה עם הפגיעה בשוויון ויתור על הניסיון לפעול לצמצום של אי השוויון בנטל. זאת נאמר מבלי להקל ראש בקושי הניכר בדרך להשגת יעד זה, שבא לביטוי במילת הפתיחה של חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין – "יאוש". ואכן, בית משפט זה נתן דעתו למורכבות החברתית העמוקה שמעוררת סוגיית גיוס בני הישיבות, כמו גם למימד הזמן הנדרש לתהליכים שיוליכו לצמצום המיוחל של אי השוויון. כפי שציננה בשעתו הנשיאה ד' ביניש בעניין רטלר:

"בעניינים דוגמת העניין שלפנינו, שביסודו מחלוקת ערכית-אידיאולוגית בין קבוצות שונות בחברה הישראלית, אין לצפות שניתן יהיה לפתור אותם באבחת פסק דין אחד – אם בכלל ניתנים הם לפתרון מלא. הסוגיה שלפנינו קשה היא ומורכבת, בין הסוגיות הקשות ביותר בחברה הישראלית. משכך, הציפייה שהיא תיפתר בפרק זמן קצר אינה ריאלית" (שם, בעמ' 78).

10. בהתאם לתפיסה זו, ההכרעות הקודמות בפסקי הדין בפרשת התנועה לאיכות השלטון ובעניין רטלר, פתחו פתח להסדר חקיקתי שיביא לשינוי הדרגתי, לא מיידית אך

ממשי שיפחית את עצמת אי השוויון. דא עקא, וכפי שמציינת חברתי הנשיאה, על יסוד הנמקתה המפורטת, ההסדר שנקבע מנציח את חוסר השוויון ואינו חוקתי.

מטעם זה מצטרף אני, כאמור, לחוות דעתה המקיפה של הנשיאה ולסעד המוצע על ידה.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המקיף והיסודי של חברתי הנשיאה, מ' נאור, ואף אני סבור כי תיקון מספר 21 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות ביטחון), אינו צולח את המבחן החוקתי, ועל כן דינו להיפסל. מקובל גם עליי, במישור הסעד, כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף בתום שנה מיום מתן פסק הדין, על מנת לאפשר לכלל הגורמים הנוגעים בדבר תקופת התארגנות, לרבות האפשרות להגיע להסדר חקיקתי חדש – אשר יעמוד, כך יש לקוות, במבחנים החוקתיים הקבועים בפיסקת ההגבלה.

מפאת חשיבותו הרבה של הנושא אוסיף מספר הערות לגופו של עניין.

2. חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין כתב בחוות דעתו כי המילה המתאימה לנושא דנא היא "יאושו". אני מבין בהחלט לליבו של חברי, אשר היה שותף לפסק הדין שניתן בבג"צ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1, 104 (2012), במסגרתו הוא הביע את הדעה כי לאחר ביטולו של מה שקרוי "חוק טל", "על הפתרון להיות רדיקלי בהרבה הפעם כדי שיעמוד בפסקת ההגבלה". ואולם, סבורני כי אין מקום להיקלע לייאוש, למרות התסכול הרב המלווה אותנו, לנוכח ההסדרים אשר נועדו, הלכה למעשה, ליתן פטור גורף משירות בצה"ל לעשרות אלפים מבין תלמידי הישיבות. סבורני, כי עדיין קיים בסיס לתקווה כי כלל הגורמים, לרבות פרנסי העדה החרדית, יתעשתו ויציעו פתרון, שמחד גיסא ייתן ביטוי מלא ומוחשי לעקרון השוויון בנטל, ומאידך גיסא יאפשר לחלק מבחורי הישיבות "שתורתם אמונתם", לקבל פטור משירות, על מנת לשמר את מקומו הייחודי של עולם הישיבות בהווה היהודית (ראו, בהקשר זה, דברי השופט א' א' לוי בבג"צ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 781 (2006)).

3. למרבה הצער, נושא השוויון בנטל והפטור משירות לבני הישיבות, הפך להיות כלי משחק בזירה הפוליטית, וככל שמתחזק מעמדם של הגורמים המתנגדים לשירות שוויוני של בני הישיבות בצה"ל – כך הולך ומתרחק מימוש העקרון הבסיסי והמוכן מאליו, שעניינו חלוקה שוויונית בנטל. כפי שעולה מהנתונים שהוצגו על ידי חברתי הנשיאה (בפסקאות 82-89 לפסק דינה), אין עמידה במכסות הגיוס שנקבעו בתיקון 21, כאשר מדובר בפערים הולכים וגדלים, והנתונים לגבי השירות הלאומי-אזרחי, הם עגומים אף יותר. זאת, בשעה שהאתגרים הביטחוניים והאיזמים, מקרוב ומרחוק, על מדינת ישראל, רק הולכים ומתגברים, עד כדי חשש לעצם קיומה של המדינה. במצב דברים זה, ניצבת במלוא עוזה השאלה, מדוע יופטרו מרבית יוצאי הצבא מבני העדה החרדית מליטול חלק בעול השירות הצבאי, שהוא חובה ואף זכות לאזרחי ישראלי ותושב קבוע, בהתאם לחוק שירות ביטחון.

מלבד הצורך לשמר את עולם הישיבות, שהוא מרכיב מהותי בזהותו של העם היהודי, דבר המצדיק פטור משירות של מתי מעט מבני העדה החרדית, הועלו, כהצדקה לפטור מן השירות, גם טעמים אחרים. כך, למשל, במאמרו של גדעון ספיר "גיוס בחורי ישיבות לצה"ל – הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים" פלילים ט 217 (2000), הוצעה התיזה כי החשש מתוצאותיה של ההיחשפות לעולם החילוני, עומד ביסוד דרישתה של המנהיגות החרדית לפטור את בחורי הישיבות משירות צבאי (וראו, בהקשר זה, לטם פרי-חזן החינוך החרדי בישראל: בן משפט, תרבות ופוליטיקה 361 (2013)).

הנני מתקשה לקבל טיעון זה, מאחר שאינני יכול להעלות על דעתי כי קיימת אפשרות ממשית ששירות בצה"ל יגרום לבחורי הישיבות לשנות את אמונתם ולהוציא את עצמם מהעולם החרדי בו גדלו, על מורשתו וערכיו. לא הוצג בפנינו, ולו מקרה אחד, שבו יוצאי צבא חרדים שהתגייסו לצה"ל, במסגרת היחידות שיועדו לכך, איבדו, רחמנא ליצלן, את זהותם החרדית וחדלו מלהיות מזוהים עם העדה החרדית. לדאבון הלב, חיילים אלה מותקפים, לעיתים, פיזית ומילולית על ידי גורמים קיצוניים מבני העדה החרדית, ולמרבה הצער לא שמענו גינויים לתופעה זו בקולם של שרים וחברי כנסת, הנמנים על הסיעות החרדיות, כמו גם מצידם של רבנים ומנהיגי ציבור מקרב עדה זו. כפי שהובהר, שלטונות הצבא עושים כל שניתן על מנת להקל על שירותם של יוצאי הצבא החרדים, בכדי לאפשר להם לשמור על צביונם המיוחד, תוך הקפדה על קלה כבחמורה במצוות הדת. מכל מקום, נימוק זה אינו נראה בעיניי כנימוק לגיטימי

להשתמטות כה נרחבת מן השירות הצבאי, מבחינת ההיקף ומימד הזמן, תוך פגיעה קשה ובוטה בערך השוויון בנשיאת נטל השירות.

4. במהלך שירותי הממושך בצה"ל, ובעיקר בתקופה שבה כיהנתי כפרקליט הצבאי הראשי, נחשפתי לתופעה נרחבת ומבורכת של התנדבות לשירות צבאי, של מי שמסיבות כאלו ואחרות (רפואיות בעיקר) לא היו חייבי שירות. עודני עומד נפעם אל מול רוח ההתנדבות של צעירים מהארץ ומחו"ל, אשר מתגייסים לצה"ל על יחידותיו השונות, ומוכנים לסכן את עצמם ואף את חייהם. באחד המקרים, שירת ביחידתי מתנדב שראייתו הייתה על סף העיוורון, וזכיתי ללוותו לבית הנשיא כחייל מצטיין, ביום העצמאות למדינת ישראל. למותר הוא לציין, כי קיים פער תהומי בין אותם בחורי ישיבות, שהם בריאים בגופם ובנפשם, אשר "נהרגים באוהלה של תורה", לבין הנושאים בנטל היומיומי, בין אם מדובר בחייבי שירות ובין אם במתנדבים, לשמירה על בטחונה ועצם קיומה של מדינת ישראל. וזאת לדעת, כי המשך קיומה ושגשוגה של מדינת ישראל, לאחר אלפיים שנות גלות, אינו מובן מאליה, והגיעה השעה, שעדיין אינה מאוחרת, כי גם הציבור החרדי במדינת ישראל ישכיל להבין כי הוא אינו יכול להוציא עצמו מן הכלל, וכי יש לו חלק בקביעת גורלה של מדינת ישראל, לעתיד לבוא. כפי שציין הרב י.מ. לאו בספרו יהדות הלכה למעשה דברים שבעל פה 297 (שאל מייזליש עורך, 1988), לא נעשה די ביום העצמאות למדינת ישראל, להנחיל את "ההכרה הברורה של המציאות הנסית, שבלעדיה ללא ספק לא היינו חיים במדינה עצמאית". אכן, יש הגורסים כי הקמתה של מדינת ישראל בעת החדשה, נעוצה בנס אלוהי הנובע "מההישגים הרוחניים והרציפות ההיסטורית של יהודי כל הדורות, שכמיהתם לציון וערבתם אליה – הם שהולידו לבסוף את המדינה". ואולם, גם אם מדובר בנס, לא לעולם חוסן, ויש לשמור מכל משמר את המדינה, על צביונה היהודי-דמוקרטי, ולכך נדרשים אנו לשילוב כוחות של כלל חלקי החברה בישראל, כולל בני העדה החרדית.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. ושוב, ענייננו בגלגול של ההסדר החקיקתי בסוגיית (אי) גיוס בחורי הישיבות החרדיות – לאחר שגלגול קודם, חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן: חוק טל), נפסל עקב פגיעתו הבלתי מידתית בזכות החוקתית לשוויון (בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012); להלן: עניין רסלר). לעובדה זו, בה בחרתי לפתוח את חוות דעתי, השלכות מהותיות במספר מישורים: ראשית, יש בה כדי להעצים את הזהירות שעל בית משפט זה לנהוג בדונו

בתוקף החקיקה העומדת במוקד ההליכים שבכותרת – פרק ג'1 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: הסדר הפטור). במסגרת הדיאלוג החוקתי שבין בית המשפט למחוקק, נודעת משמעות מסוימת לכך שהסדר הפטור הוא, למעשה, "תשובת" המחוקק להכרעתנו בעניין רסלר (ראו והשוו בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 13 לחוות דעתי (22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת, פסקה 4 לחוות דעתי (11.8.2015)).

למעלה מכך, לניסיונות הקודמים להסדיר את מעמד בני הישיבות החרדיות – לרבות הגלגולים הטרומים חקיקתיים, עובר להכרעת בית משפט זה בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין) – משמעות גם במישור המהותי. בניתוח הסדר הפטור יש לתת את הדעת לא רק על הרצוי, אוטופיה של שוויון והרמוניה חברתית, אלא גם על המצוי – קיומה של חברה מפולגת, המתחבטת מאז לידתה כאומה בשאלת השוויון בנטל, ואינה משכילה לקדם אותו כמלוא נימה. את הקשר הרציונאלי בין תכלית הסדר הפטור להוראותיו האופרטיביות, את קיומן של חלופות פוגעניות פחות – ובמידה מסוימת, אף את האיזון בין התועלת החברתית שמקדם הסדר הפטור ובין פגיעתו בזכות לשוויון – יש לבחון, אפוא, לא רק במבט צופה פני עתיד, אלא גם לאור תובנות העבר. תובנות אלה מלמדות כי אין לזלזל בצעד הראשון, לאחר שנות חידלון ארוכות, גם אם נדרש מסע בן אלף מילין.

2. אקדים ואומר כי אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעה חברתי הנשיאה מ' נאור, בדבר בטלות הסדר הפטור. אכן, ההסדר, על הוראותיו המורכבות ומנגנוני הסבוכים, לובש אדרת שונה בתכלית מגלימתו הפשוטה יחסית של חוק טל. ברם, כפי שהיטיבה חברתי הנשיאה להראות, מתחת לפיתולי המילים ולולאות הסעיפים מסתתרת אותה גברת מפלה: הסדר גיוס וולונטרי ומצומצם, שיישמו תלוי ברצונם הטוב של תלמידי הישיבות החרדיות ושר הביטחון. ברצותם, ייקראו לשירות בצבא ההגנה לישראל; ברצותם, יופנו למסלולי השירות הלאומי-אזרחי; וברצותם, יוסיפו לשכון באוהלה של תורה – ולמצער, להיות רשומים באוהל אך לשבת מחוצה לו, ליהנות מ"הכשרה תעסוקתית מיועדת" (סעיף 26 להסדר הפטור), או להשתלב בשוק התעסוקה עצמו (לאחר קבלת הפטור משירות, בגיל 26 לכל היותר; סעיף 26כ(א) להסדר הפטור). ההכרעה בעניין רסלר, יפה, אפוא, גם ביחס להסדר הפטור הנוכחי – בהתאמות עליהן אעמוד עתה.

3. אפתח בעיקר, וליתר דיוק בארבעה עיקרים עליהם נשענת התוצאה אליה הגעתי. האחד, פגיעתו של הסדר הפטור בשוויון היא ברורה, קשה ועמוקה. השני,

בנושא כה חשוב ורגיש, הדורש מכל צד לגלות הבנה לערכיו וזכויותיו של רעהו ולצעוד לקראתו, אל למחוקק להסתפק בתיקון למראית עין. למרבה הצער, מראית הסדר הפטור אמנם משופרת, אך העין אינה יכולה להתעלם מן הפרטים הקטנים שאינם תומכים במראית השוויונית, סותרים אותה ואף מרוקנים אותה מתוכן. השלישי, יושם על לב כי כבר לפני למעלה מעשור הבהיר בית משפט זה (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: עניין התנועה)) כי נוכח המורכבות החברתית של סוגיית הגיוס, קשיי היישום וההכרה באורח החיים המיוחד של הציבור החרדי, ניתן יהיה להסתפק בפתרון הדרגתי – שאינו מבטיח שוויון מלא ומיידי בנטל. ואולם, דווקא לנוכח ריכוך זה של עקרון השוויון, יש להקפיד שבעתים על כך שהסדר החקיקתי יעמוד במינימום הנדרש: שינוי כיוון ברור ומהותי, הנותן ביטוי מעשי לצרכים החברתיים של המדינה ולזכויות המשרתים. הרביעי, מעמדו של תלמוד התורה במדינת ישראל היהודית-דמוקרטית. אין להתעלם מן התרומה חוצת הזמן והמרחב של קיום מצווה זו גם להיסטוריה של העם, הישרדותו והתפתחותו הרוחנית, ואף לשיבת ציון אחרי כאלפיים שנות גלות. ברם, ואין בכך שום חידוש, מצוות תלמוד תורה השקולה כנגד כל המצוות (משנה, פאה א, א), איננה המצווה היחידה שכך נאמר לגביה. למעשה, אף ישיבת ארץ ישראל – שלמרבה הצער, צבא ההגנה לישראל מהווה כיום תנאי הכרחי למימושה – נתפסת בהלכה כ"שקולה כנגד כל מצות שבתורה" (תוספתא, עבודה זרה, ה, ב). מכל מקום, ברי כי לימוד התורה אינו ממצה את חובות היהודי כלפי בורא עולם, כלפי עצמו וכלפי החברה שהוא חלק ממנה.

אשר לעיקר הראשון – עוצמת הפגיעה בשוויון – הרי השירות בצבא ההגנה לישראל כרוך בהגבלה מהותית של זכויות המשרתים, פוגע באופן אינהרנטי בחירותם, ובמקרים רבים אף חושף אותם לסכנת חיים מתמדת וממשית. סכנת חיים פשוטה כמשמעה – חשש למוות או פגיעה קשה בגוף ובנפש – ולא כאמצעי רטורי. ואף אם חייל יוצא מן השירות בלי שנפלה שיערה משערות ראשו, הרי הדרישה להקדיש כ-3 שנים מחייו הינה דרישה ממצה, מלאה ומשמעותית. שחרור תלמידי הישיבות החרדיות – קבוצה שהיקפה הכמותי ומשקלה היחסי באוכלוסייה גדלים והולכים – מחובה זו, מעצים את הנטל הכבד בלאו הכי בו נושאים המתגייסים הצעירים: שמירה על ביטחון המדינה, הגנה על אזרחיה והתמודדות מורכבת עם ניסיונות בלתי פוסקים של האויב לפגוע בהם. הזכות לשוויון בנטל מצויה, אפוא, בליבת כבוד האדם – ולא פחות מכך, חירותו – ונושאת אופי חוקתי מובהק. כפועל יוצא, הסדר הפטור, המטיל חובת גיוס רחבה על אזרחים מן השורה, ובה בעת סולל עבור תלמידי הישיבות החרדיות נתיב מהיר אל הפטור המיוחד, פוגע קשות בזכותם החוקתית של המתגייסים לשוויון.

במובן זה, והבעתי עמדה זו בעבר, אינני מקבל את גישת הנשיא (כדימוס) א' גרוניס (בפרשיות התנועה ורטלר), לפיה הלגיטימציה להפעלת ביקורת שיפוטית מוגבלת להגנת המיעוט מפני הרוב – כך שאין מקום להתערבותנו בסוגיית הגיוס. האוכלוסייה הנפגעת מהסדר הפטור מוגבלת בגיל ובזמן: נערים בני ה-18, הצועדים את צעדיהם הראשונים ב"עולם המבוגרים", ורחוקים משליטה בעמדות הכוח של המדינה. לעיתים, חלק מהרוב זקוק אף הוא להגנה מפני מעשי "רובא דרובא" – כך שיש להכריע בסוגיה מבעד לעיני המתגייסים, ומתוך מחויבות לצמצם את הפלייתם.

משכך, עלינו לרדת לעובי הקורה ולבחון האם הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון עומדת במבחני פסקת ההגבלה – וליתר דיוק, במבחני המידתיות הקבועים בה. הנחת המוצא, לה ניתן ביטוי בדברי ההסבר לשכבה הראשונה של הסדר הפטור (הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19 והוראת שעה) (שילוב תלמידי ישיבות), התשע"ג-2013, ה"ח הממשלה 787, 1124) (להלן: תיקון 19), היא כי ההסדר מבקש לאזן בין מספר תכליות נוגדות, עליהן עמד בעבר בית משפט זה: קידום השוויון בנטל, תוך הגדלת מספר תלמידי הישיבות החרדיות המתגייסים לשירות; הכרה בערך לימוד התורה – הן כשלעצמו, והן כמרכיב בזהות התרבותית הייחודית שפיתחה הקהילה החרדית; גיבוש פתרון הדרגתי ומוסכם לשאלת גיוס תלמידי הישיבות החרדיות; ועידוד השתלבותו של הציבור החרדי בשוק התעסוקה (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פסקה 54 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006) (להלן: עניין התנועה); עניין רטלר, פסקה 1 לחוות דעתי). כאמור, בהתחשב במורכבות החברתית והנורמטיבית המשתקפת בתכליות אלה, אין לפסול על הסף הסדרי גיוס שאינם מבטיחים שוויון מלא ומייד – ובלבד שהם מייצגים "שינוי הדרגתי אך ניכר", ולמצער מתווים כיוון ברור של הגדלת היקף גיוס תלמידי הישיבות לעומת המצב הקודם.

חברתי הנשיאה מ' נאור סבורה כי, בדומה לקודמו (חוק טל), האמצעים שאימץ הסדר הפטור אינם מקדמים את תכליתו – יצירת איזון ראוי בין מכלול התכליות הרלוונטיות – ועל כן, הוא אינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי. זאת, בשל שני כשלים עיקריים: "השורה התחתונה" של הסדר הפטור, המותירה את סוגיית הגיוס לרצונם הטוב של תלמידי הישיבות החרדיות והרשות המבצעת, וכן אופיו הארעי (עד תום תקופת ההסתגלות השנייה בשנת 2023) והעדר החזון באשר להסדר הקבע.

4. כאמור, אני מצטרף לעמדה זו. עם זאת, אעמוד בקצרה על מספר שינויים שבוצעו בהסדר הפטור, ואבהיר מדוע, על אף הרושם הראשוני, אין בהם כדי להקהות את עוקצו של מבחן הקשר הרציונאלי.

ראשית, התחקות אחר הליכי החקיקה של הסדר הפטור, כמו גם נוסחו הסופי, מלמדת, לכאורה, כי בבסיסו ניצבת תכלית שונה מזו שיוחסה לחוק טל – וכי המחוקק ביקש לדחוק את השוויון מכס הבכורה, ולקדם איזון שונה בין התכליות המתחרות. זאת, בעיקרו של דבר, נוכח הצהרת סעיף 26ג(א) להסדר הפטור – שבא לעולם תוך כדי הליכי החקיקה של תיקון 19, ונושא אופי של "סעיף מטרה" – כי "הוראות פרק זה יחולו נוכח ההכרה בחשיבות לימוד התורה". כפי שנקבע בעניין אחר, "בחינתה של לשון החוק מובילה אותנו בשלב הראשון לסעיף המטרה של החוק, אשר על אף שאין הוא מהווה חזות הכל, יש בו כדי להדגיש את מה שנראה למחוקק מרכזי" (בג"ץ 10771/07 גוריצמן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 50 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (1.2.2010)). לפיכך, הבלטת ערך לימוד התורה בסעיף המטרה משמשת אינדיקציה מובהקת למרכזיות שייחס המחוקק לתכלית זו – על כל המשתמע מכך ביחס למעמד התכליות המתחרות, לרבות השוויון.

דברי ההסבר למתכונתו הנוכחית של הסדר הפטור – הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015, ה"ח הממשלה 973, 186 (להלן: תיקון 21) – מצביעים אף הם על כוונת המחוקק לשנות מן האיזון הקודם, ולהעניק משקל רב יותר לתכליות המצדדות בהגבלת גיוס החובה: "חקיקת תיקון מס' 19 עוררה התנגדות עזה בקרב הציבור החרדי [...] על פי מדיניות הממשלה שהתגבשה בעניין זה נכון וראוי להמשיך ולקדם את העמידה ביעדי הגיוס [...] בדרך של שיתוף פעולה". גם אם התכלית הסובייקטיבית משנית, בדרך כלל, לזו האובייקטיבית, לא ניתן להתעלם ממנה בניתוח תכלית החוק (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (1993); ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 34 ו-49 (14.5.2012)). "שדרוג" מעמדן של תכליות ההסכמה ולימוד התורה מקרין במישרין על עמידת הסדר הפטור במבחן הקשר הרציונאלי – המתמקד בהתאמת האמצעים לתכלית שהמחוקק בחר לקדם – ומלמדת כי אין לערוך גזירה שווה מן ההכרעה בעניין רטלר.

עם זאת, האינדיקציות הפרשניות עליהן עמדתי מהוות, במידה מסוימת, שטר ושוברו בצידו. תכלית קידום השוויון עודנה שזורה כחוט השני ברכיביו השונים של הסדר הפטור, והיא הרוח החיה במנגנונים שתכליתם הגדלת מספר בחורי הישיבות

המתגייסים – מבחירה, או לפי חוק. תכלית זו עומדת בבסיס הוראות מרכזיות, דוגמת הטלת חובה על הממשלה לפעול "להגדלה הדרגתית של מספר המתגייסים בפועל" – באמצעות קביעת יעדי גיוס, וניהול מדיניות התומכת בהשגתם (סימן ד' להסדר הפטור) – או מיסוד מנגנוני דיווח, בקרה ומעקב אחר התפתחויות בשדה השוויון בנטל (סעיפים 26 טז ו-26 כח להסדר הפטור). לפיכך, גם אם תכלית הסדר הפטור שונה מזו של חוק טל, קידום השוויון וצמצום פערי הגיוס מוסיפים להוות רכיב מהותי של תכלית זו. מטעמים דומים, אין בהדגשת יסוד ההסכמה בדברי ההסבר לתיקון 21 כדי לדחוק את עקרון השוויון – מה גם שדברי ההסבר מונים שתי תכליות אלו באותה נשימה, ומאשרים כי הסדר הפטור מבקש לשלב ביניהן בצורה אפקטיבית.

מסקנה זו מתחייבת גם מתכליתו האובייקטיבית של הסדר הפטור, שכן הלכה מושרשת היא כי לכל דבר חקיקה "תכליות נוספות הנלמדות מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית [...] בין תכליות אלה מצויה קיומן והגשמתן של זכויות אשר זכו למעמד חוקתי בישראל, בחוק ובפסיקה" (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פס' 19 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (20.12.2010). הזכות לשוויון – שעוד בטרם חקיקת חוקי היסוד נאמר כי היא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969), ובהקשרה הנוכחי מצויה בליבת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – מהווה, אפוא, תכלית כללית מהותית של החקיקה, לרבות הסדר הפטור. לא למותר לציין כי המשפט העברי רואה אף הוא בעקרון השוויון ביטוי מהותי של כבוד האדם – כלשון המשנה במסכת סנהדרין (ד, ה):

"לפיכך נברא האדם יחידי בעולם... שלא יאמר אדם לחברו: אבא גדול מאביך... להגיד גדולתו של מלך מלכי המלכים הקדוש ברוך הוא שאדם טובע מאה מטבעות בחותם אחד וכולן דומין זה לזה, מלך מלכי המלכים הקדוש ברוך הוא טובע את כל האדם בחותמו של האדם הראשון ואין אחד מהם דומה לחברו. לפיכך כל אחד ואחד חייב לומר: בשבילי נברא העולם."

5. הבדל נוסף בין חוק טל להסדר הפטור מצוי בהוראותיו האופרטיביות של האחרון, המייצגות, לכאורה, תמורה חיובית לא מבוטלת – למצער ברובד ההצהרתי. כאמור, הסדר הפטור מטיל על הממשלה חובה לקבוע יעדי גיוס שנתיים גדלים והולכים, ולקדם מדיניות שתסייע בהשגתם (סעיפים 26טו(ב)-(ה), 26טו ו-26טו להסדר הפטור). בדו"ח שהגיש הצוות הבין-משרדי שהוקם לפי סעיף 26טו להסדר (וצורף להודעת המדינה מיום 13.4.2016), דובר, לצד המלצות לנקיטת פעולות חינוך

ופיקוח שונות, על עידוד הגיוס באמצעות הטבות חומריות למוסדות חינוך מעודדי גיוס ולמתגייסים עצמם. על פני הדברים, מימוש מדיניות זו עשוי להביא לגידול במספר תלמידי הישיבות החרדיות המתגייסים מרצון (ראו דברי הנשיאה ד' ביניש בפסקה 59 לפסק דינה בעניין רטלר). התפתחות חשובה נוספת היא המשקל הנורמטיבי שניתן ליעדי הגיוס, והקביעה כי אי עמידה בהם תמנע, בתקופת ההסתגלות השנייה, את תחולת הסדרי ברירת המחדל בדבר דחיית השירות (סעיף 26כא(א) להסדר הפטור).

האם די בכך כדי להשפיע על עמידת הסדר הפטור במבחן הקשר הרציונאלי? אקדים אחרית לראשית ואומר כי יפות לעניינו מילותיו של רבי יהודה הלוי, החכם בן המאה ה-12: "כונתך רצויה [...] אבל מעשך איננו רצוי" (ספר הכוזרי, מאמר א). תכליתו של הסדר הפטור ראויה, והוראותיו הכלליות אף יוצרות רושם של התקדמות לעבר שוויון בנטל. אולם, ירידה לפרטיהן מלמדת – כפי שמעידים גם הנתונים העובדתיים שהציגה וניתחה חברתי הנשיאה (ראו פסקאות 90-76 לחוות דעתה) – כי מדובר בסוג של אחיזת עיניים. נוצר הרושם כאילו התיקון נועד להנציח את המצב הקיים ותו לא. בל נשכח כי עסקינן במשפט. תחום זה מתאפיין בקונקרטיות שלו. הכותרת של חוק, הצהרת כוונות בהצהרת חוק חשובות המה. ואולם במשפט, הכלל נבדק בפרט וביתר דיוק בפרטי הפרטים.

ביטוי סמלי למלאכת המחשבת המציבה בחלון הראווה את יעדי הגיוס, אך מרוקנת אותם במסתרים מתוכן, מצוי בסעיף 26טו(ו) להסדר הפטור, הקובע כי "עלה על 1,000, בשנת גיוס מסוימת, מספר המתגייסים לשירות סדיר עד גיל 20 כלוחמים, יראו, לעניין יעדי הגיוס, כל שני מתגייסים נוספים עד גיל 20 כלוחמים, כשלושה". פיקציה משפטית זו מאפשרת לממשלה לקבוע יעדי גיוס מרשימים, המעידים, לכאורה, על קידום השוויון – שעה שמספר תלמידי הישיבות המתגייסים בפועל יישאר נמוך בשיעור ניכר.

ביטוי מטריד ומהותי יותר למגמה זו, מופיע בסעיף 26טו(ב) להסדר הפטור, המורה כי בחשבון היעדים יובאו "המתגייסים בפועל לשירות סדיר ולשירות לאומי אזרחי [...] מקרב תלמידי הישיבות ובוגרי מוסדות החינוך החרדים". על האחרונים, נמנה –

"מי שלמד בין גיל 14 לגיל 18, שנתיים לפחות, במוסד חינוך שהוא אחד מאלה:

(1) מוסד חינוך תרבותי ייחודי, כהגדרתו בחוק מוסדות תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008,

המיועד לקבוצת האוכלוסייה המפורטת בפסקה
 (1) להגדרה 'קבוצה תרבותית ייחודית' בחוק
 האמור;
 (2) מוסד לימודי חרדי או חלק ממוסד לימודי המיועד
 לתלמידים חרדים [...] (סעיף 26טו(א) להסדר
 הפטור)".

הגדרה מרחיבה זו שמה ללעג את יעדי הגיוס, ומאפשרת לעמוד בהם באופן פיקטיבי, באמצעות מתגייסים שנשאו בלאו הכי בחובת גיוס – אם משום שמעולם לא למדו בישיבה (אלא במוסד לימודי אחר המקיים זיקה לציבור החרדי), ואם משום שנטשו אותה בגיל מוקדם. ודוק, בשערי ההגדרה באים מתגייסים שסיימו את לימודיהם במוסדות "חרדיים" בגיל 16 – יהיו אשר יהיו מצבם החברתי, שיוכם הקהילתי, מקום לימודיהם או תפיסת עולמם הדתית במועד הגיוס, שנתיים ויותר לאחר מכן. אכן, את המונח "חרדי" יש למלא בתוכן הנגזר מתכלית הנורמה הרלוונטית (ראו אביעד הכהן "מיהו אשכנזי? מיהו ספרדי? מיהו חרדי? הלכה, משפט ובית המשפט כמשקפי זהות ומכונניה" משפט חברה ותרבות: זהות יהודית (אשר מעוז ואביעד הכהן עורכים, 2014)), ואין ספק כי בהקשרים מסוימים הוא עשוי לכלול את בוגרי מערכת החינוך החרדי שסללו לעצמם נתיב אחר. כך, למשל, בכל הקשור לסיוע בהשלמת פערי ההשכלה שנוצרו בהעדר תכנית ליבה, בהתמודדות עם הקשיים הנגזרים בהשתלבות בשוק התעסוקה וכיוצא באלה (על הקשר בין לימודי היסוד להשתלבות מוצלחת בחיי החברה והמשק ראו פסקה 12 לחוות דעתי בבג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (17.9.2014) (להלן: פרשת תכנית הליבה)). ברם, נדרשת מידה גדושה של ציניות ותעוזה כדי לנופף בשירותם הצבאי של "יוצאים בשאלה" – אזרחים שבחרו לעזוב את הקהילה החרדית, ולהשתלב בחברה הישראלית הרחבה – כתעודת כשרות למשטר אי-הגיוס של תלמידי הישיבות החרדיות. אזכיר כי הסדר הפטור נועד לצמצם את הפגיעה בשוויון באמצעות הגדלת מספר המתגייסים מקרב תלמידי הישיבות החרדיות הנהנים מפטור, כך שגיוס חרדים שאינם תלמידי ישיבות, שלא לדבר על חרדים לשעבר, אינו תורם מאומה לתכלית זו. כפי שציינה חברתי הנשיאה (בפסקה 87 לחוות דעתה), הנתונים המספריים, המצביעים על חלקם המשמעותי של אלו שלמדו שנתיים בלבד במוסד חינוך חרדי בקרב המתגייסים, ממחישים היטב את העיוות שיוצרת ההגדרה המרחיבה.

שתי הדוגמאות שהובאו חושפות את החסר בפרטים, ואת הפער בין המסגרת המבטיחה לפרקטיקה הלקויה. ההתחשבות בציבור החרדי ראויה, אך מכאן ועד יצירת פיקציות מביכות – כמו קביעת מפתח מספרי שעל פיו 2 שווים 3 – ארוכה הדרך ונעדרת רגישות. אודה כי יש במפתח זה כדי לפגוע ואף לקומם. כך גם ביחס להגדרה

הרחבה של חרדי לצורכי השוויון בנטל, הכוללת תלמידים שעזבו עולם זה בגיל 16. האם חלוקה זו בין ממשיכי המסורת, הלומדים, לבין היוצאים בשאלה, המשרתים, היא השאיפה של החינוך החרדי על פי עקרונותיו? והדברים נאמרים מתוך הכרה שניתן להעריך, בהיבטים שונים ומגוונים, את התבנית החינוכית המרשימה של העולם החרדי על פי השקפותיו – ואף אני שותף להערכה זו. ברם, וכאן הדגש, על יעדי הגיוס לשקף את המצב ולא לעוות אותו. ודוקו, התוצאה החוקתית איננה עומדת לפתחן הבלעדי של המפלגות החרדיות, ואין כאן רמיזה. לאמור, יש בדוגמאות אלה כדי לחשוף את חוסר התוחלת במהלך החקיקתי.

6. הכשלים בהגדרת יעדי הגיוס – שאינם מתיימרים, כאמור, להביא לגידול במספר תלמידי הישיבות המתגייסים, ובוודאי שלא הביאו עד כה לתוצאה מעשית ברוח זו – צובעים בחומרה יתרה את ההשלכות הדלות של אי עמידה ביעדים אלה.

במהלך תקופת ההסתגלות הראשונה – אשר נועדה להשתרע עד יום 30 ביוני 2020 (סעיף 26ט להסדר הפטור), הגם שהסדר הפטור בא לעולם בתום תקופת הסתגלות מעשית בת למעלה מעשור, "באדיבות" חוק טל – אין ליעדי הגיוס משמעות נורמטיבית כלשהי. אזכיר כי סוגיית גיוס החרדים מחמת פגיעה בשוויון רחוקה מלהיות פנים חדשות בבית משפט זה, והיא ניצבת לפתחו מאז ראשית שנות ה-70 (בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 238 (1970)). במובנים רבים, ומשיקולים שונים, גילה בית המשפט אורך רוח כלפי הפגיעה המתמשכת בזכויות היסוד של המתגייסים שאינם נמנים על תלמידי הישיבות החרדיות. והנה, במסגרת תיקון 21 שנעשה לפני כשנתיים, בחלוף 45 שנות התדיינות משפטית, ציבורית ומוסרית, בחר המחוקק ליצור "תקופת הסתגלות ראשונה" בת 6 שנים שבה גיוס תלמידי הישיבות יהיה וולונטרי לחלוטין. במובן זה, לא די בכך שהסדר הפטור אינו יוצר התקדמות משמעותית לעבר השוויון, אלא שהוא מכשיר את המצב הקיים למשך 6 שנים נוספות. בהמשך לפסיקות קודמות, בהן צעד בית משפט זה בזהירות רבה, עקב בצד אגודל, הגיעה העת להבהיר כי לא ניתן להשלים עוד עם רמיסת זכויות המתגייסים מבלי שתהיה התקדמות אמיתית לעבר שוויון בנטל.

יתר על כן, אף ב"תקופת ההסתגלות השנייה" מנגנון היעדים אינו יוצר חובת גיוס סטטוטורית מדידה ומשמעותית, שכן הסדר הפטור מסמיך את שר הביטחון לשמר את משטר דחיית השירות גם בהעדר עמידה ביעדים הקבועים (סעיף 26כב(א) להסדר הפטור).

שיקול דעתו של שר הביטחון אמנם מוגבל במידת מה, והוא נדרש להחליט על מספר צווי דחיית השירות לתלמידים בני 21 ומעלה "בשים לב ליעד השנתי הכולל שקבעה הממשלה", ו"בהתחשב בצורכי הביטחון ובהיקף הכוחות הסדירים" (סעיף 26כב(א) ו-ד) להסדר הפטור). ברם, גם אם קריטריונים מנחים אלה עשויים להגן על סמכות השר מפני ביקורת המבוססת על כלל ההסדרים הראשוניים (כפי שנעשה בעניין רובינשטיין) – וכך עולה – אין בהם מענה הולם לבעיית (אי) המידתיות והעדרו של קשר רציונאלי בין האמצעים לתכלית. על קצה המזלג אזכיר כי הקריטריונים שמופיעים בחוק אינם מגבילים את שיקול דעתו של שר הביטחון ביחס לדחיית השירות של תלמידי הישיבות עד הגיעם לגיל 21 (סעיף 26ח(ג) להסדר הפטור) – דחייה הפוגעת משמעותית בפוטנציאל הגיוס העתידי שלהם (ראו פסקה 59 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש בעניין רסלר). מגבלות אלה אינן חלות גם לגבי קבוצה משמעותית נוספת של תלמידי ישיבות: לפי סעיף 26כ(א) להסדר הפטור, עמידה ביעד גיוס שנתי תעניק למקבלי הדחייה "חסינות" מפני חובת גיוס סטטוטורית עתידית – ותאפשר לשר לשוב ולדחות את שירותם גם אם היעדים הגבוהים יותר שעל הממשלה לקבוע בשנים העוקבות (בהתאם לסעיף 26טו(ה) להסדר הפטור) לא יושגו. בכך יש כדי לצמצם עד למינימום את תחולת חובת הגיוס הסטטוטורית במהלך תקופת ההסתגלות השנייה, אף אם נניח כי הקריטריונים המנחים את שיקול הדעת של שר הביטחון אינם נטולי משמעות.

7. מסמר שלישי בארון המידתיות של הסדר הפטור נועצת "תורת המספרים". העלייה המספרית הזעומה במספר המתגייסים לשירות בשנים האחרונות – המפגרת בשיעור גדל והולך אחר יעדי הגיוס הקבועים, ורחוקה מלעמוד בקצב הגידול המרשים במצבת תלמידי הישיבות החרדיות – אינה מאפשרת להסדר הפטור ליהנות מן הספק, ומאשרת כי אין בו כדי לקדם את תכלית השוויון. הנתונים, שהוצגו ונותחו היטב על ידי הנשיאה, מלמדים כי עידוד גיוס בהסכמה עשוי לכרסם בשולי המחנה אך אין בו כדי להביא לשינוי משמעותי של המגמה ולהפחית את ההפליה בין דם לדם. זאת, אף מבלי להידרש לשאלה האם המשקל הנכבד שניתן לשירות האזרחי-לאומי במסגרת היעדים תורם במידה מספקת לקידום השוויון – בהתחשב בשוני הדרמטי בין שירות בן 32 חודשים בצבא ההגנה לישראל, ובין התנדבות בהיקף מופחת בסביבה אזרחית.

8. מכלול המאפיינים עליהם עמדתי יוצר את הרושם שחוסר האפקטיביות של ההסדר הפטור אינו תולדה של חוסר שימת לב או של התרשלות – כי אם ניסיון מודע ומכוון לשמר את ההפליה, ולהנציח את אי גיוס תלמידי הישיבות החרדיות ככל שניתן. עלי התאנה שנתפרו – באמנות יש לציין – על ערוות ההפליה, אך מעצימים את הפגם

המשפטי והמוסרי שדבק בהסדר ומבליטים את מדיניות ה"אף שעל" העומדת בבסיסו. ושוב אדגיש, ניתן להשלים עם שינוי הדרגתי, אך מובהק, בדפוסי השירות של תלמידי הישיבות החרדיות, אולם אין לקבל עוד מנגנון שמהותו היא שימור הקיים. די בכך כדי ללמד שהסדר הפטור, כמוהו כקודמו, אינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי, הואיל והשיפורים המסוימים שבוצעו בו רחוקים מלהרים תרומה ממשית לקידום תכלית השוויון.

9. עם זאת, לצד הביקורת החריפה על הסדר הפטור, אין לשכוח כי הוא טומן בחובו התקדמות מסוימת בהשוואה לחוק טל. ההסדר מורה לממשלה לפעול להגדלת מספר המתגייסים בהסכמה, ופותח לראשונה פתח – גם אם צר ומתעתע – לגיוס חובה סטטוטורי של תלמידי הישיבות החרדיות, כבר במהלך תקופת ההסתגלות השנייה.

על רקע התפתחויות אלה, המקהות במידת מה את עוקצו של מבחן הקשר הרציונאלי, ועל רקע הצורך לקדם דיאלוג אפקטיבי בין בית המשפט למחוקק, סבורני כי הגיעה העת לצעוד צעד נוסף ולהבהיר שהסדר הפטור הנוכחי כושל גם במבחניה המהותיים של פסקת ההגבלה. כבודן של תכליות ההסכמה, השילוב בשוק התעסוקה וערך לימוד התורה במקומן מונח. ברם, אין להשלים עם המשקל הזניח שניתן בהסדר הפטור לתכלית השוויון והפגיעה הקשה בה. מבלי לצלול לעומקן של חלופות אפשריות, סבורני כי מבחן המידתיות במובנו הצר פוסל מתווה המעלה על נס את ההגנה על האינטרסים של תלמידי הישיבות, ומסתפק בתשלום מס שפתיים שולי לזכות המהותית לשוויון. כאמור, הסדר הפטור מתנה את הגיוס ברצונם הטוב של בחורי הישיבות והרשות המבצעת – שלא גילתה בעבר נחישות יוצאת דופן בגיוסם, ואין סיבה להניח כי תשנה ממנהגה בעתיד הנראה לעין. לפיכך, פגיעתו בזכות החוקתית לשוויון של המתגייסים עולה בצורה ברורה על התועלת המוגבלת והמוטלת בספק בהגשמת יתר תכליות ההסדר.

ודוקו, המשפט הישראלי מכיר גם בחשיבות ההגנה על זהותה התרבותית של קבוצת מיעוט – ויש להודות כי אתוס הלימוד בישיבות ואי השירות בצה"ל מהווה רכיב משמעותי בזהות החרדית. בין השאר, על רקע נימוק זה סברתי כי לא נפל פגם בחקיקת חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008 – הפוטר את הישיבות החרדיות מחובת לימודי הליבה (בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פסקה 7 לחוות דעתי (17.9.2014)). ברם, כפי שהבהרתי שם, הוויתור על לימודי הליבה בתקופת התיכון מגביל, אמנם, את האוטונומיה וחופש הבחירה של תלמידי הישיבה – אך אינו עולה כדי פגיעה בזכויותיהם החוקתיות. לעומת זאת, אכיפה סלקטיבית של חובת גיוס

פוגעת פגיעה קשה וחריפה בליבת כבוד האדם של המתגייסים בני קבוצות האוכלוסייה האחרות, ובחירותם, כך שאין לראות בזכות המיעוט לתרבות צידוק הולם לפגיעה שכזו (שם, פסקאות 7 ו-10-12).

רלוונטית לענייננו גם ההכרעה בבג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות (14.6.2010), שם נקבע, בהקשר של מתן גמלת הבטחת הכנסה לאברכים חרדיים, כי –

”לצורך הדיון, מוכנה אני להניח גם שבתמיכה הכלכלית באברכי כוללים יש כדי לעודד את הלימוד התורני. מטרה זו חשובה אף היא, והיא מבטאת הכרה בייחודיותה של החברה החרדית ובחשיבות הערך של הלימוד התורני. יחד עם זאת, נוכח הפגיעה הקשה בזכות לשוויון לא ניתן לומר כי מתקיים יחס סביר בין עוצמת הפגיעה ובין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה” (פסקה 47 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש; הדגש אינו במקור).

אם הפליה תקציבית על רקע לימוד התורה נתפסת כבלתי מידתית, ואינה עומדת במבחן המידתיות במובן הצר, על אחת כמה וכמה שההפליה בנוגע לעצם השירות הצבאי – הנושקת לליבת כבוד האדם וחירותו, כאמור – אינה יכולה לעמוד.

לפיכך, גם אילו יובהר במפורש בהסדר חקיקתי עתידי כי תכליתו הבלעדית היא שמירה על ערך לימוד התורה, לא יהא בכך כדי להכשיר מתווה זהה לזה שעוגן בהסדר הפטור. רק צמצום אמיתי של פערי הגיוס – תוך קביעת מסגרות זמן סבירות, יצירת מערך תמריצים אפקטיבי המעודד גיוס וולונטרי של תלמידי ישיבות חרדיות, ועיגון חובת גיוס סטטוטורית בהיקף ממשי – יאפשר להסדר החלופי לצלוח את הפגיעה הקשה בשוויון. מבלי להידרש לרזולוציה שתגביל את המחוקק בפעולתו העתידית, סבורני יש ערך משמעותי להבהרה כי לא כשל ”טכני” של אי התאמה בין האמצעים לתכלית לפנינו – כי אם פגם מהותי היורד לשורשו של האיזון בין הזכות לשוויון והתכליות הנוגדות. להבהרה זו משמעות רבה באשר לגיבוש ההסדר העתידי בידי המחוקק, ומכאן חשיבותה.

10. לפני סיום – על ערך לימוד התורה ועל גילוי פנים בתורה שלא כהליכת הדורות. להשקפתי, המסקנה לפיה הסדר הפטור אינו עומד במבחן המידתיות השלישי, אינה נגזרת מכך שאין להכיר בערכה הסגולי של מצוות תלמוד תורה, אלא מפני שיש להכיר בחשיבות השירות הצבאי משיקולי ערכות הדדית, ואף כמצווה בפני עצמה על פי התורה.

התייחסתי לעניין בחוות דעתי בעניין רסלר (פסקה 2), אך נראה לנוכח הטענות והתפתחות הדברים כי יש מקום לשוב ולהדגיש את העניין – ולו בצורה תמציתית. והמעניין יעניין שם.

אכן, 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). זאת, בראש ובראשונה, משום "שהתלמוד מביא לידי מעשה" (תלמוד בבלי, מסכת קידושין, דף מ', עמוד ב'). ברם, מעבר לערך האינסטרומנטלי של לימוד התורה, 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" (חיים סבתו מבקשי פניך – שיחות עם הרב אהרן ליכטנשטיין 18-19 (2011)). מעבר לכך, לימוד התורה מהווה גם נדבך היסטורי ותרבותי, ונכס לאומי מן הדרגה הראשונה. בפרפראזה על דברי אחד העם בנוגע לשבת (אשר צבי גינצברג "שבת וציונות" השילוח ג (1) תרנ"ח-1898), ניתן לומר כי "יותר משישראל שמרו על התורה – שמרה התורה עליהם".

אולם, אל לנו לחטוא בחד ממדיות. העולם בנוי לא רק על התורה לבדה, אלא גם על החסד (ראו: מסכת אבות, פרק א, משנה ב). כלשונו של הרב אהרן ליכטנשטיין ז"ל, ראש ישיבת גוש עציון: "לצד העיסוק בתורה קיים גם הערך של גמילות חסדים, וגמילות החסדים התובענית ביותר היא השירות הצבאי" (הוועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות דו"ח הועדה 51 (2000)) – על סכנות הגוף והנפש הכרוכות בה. ההלכה מודעת לקשיים בקיום מצוות הלחימה; חרף המחיר הכבד שאדם עלול לשלם עודנה מצווה היא (ראו: הרב יוסף דוב הלוי סולוביצ'יק איש על העדה (2010) 102 (האיגרת נכתבה במקור באנגלית)). 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). על משנה 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).

בדברים אלה אין כל חידוש. 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, "הוראת שעה" זו שוב איננה תואמת את המציאות בת זמננו – נוכח צמיחתה המהירה של העדה החרדית, והשורשים העמוקים שהכה עולם הישיבות מאז תקומתו לאחר מלחמת העולם השנייה. אם בשנת 1949 ניתן היה לנמק את ההתנגדות לגיוס תלמידי הישיבות – כפי שעשה זאת הרב הראשי לארץ ישראל דאז, בן ציון עוזיאל – "משום שלא תשתכח תורה בישראל" (הרב עוזיאל, מכמני עוזיאל - חלק ה', מכתבים ואגרות, חלק ט, עמוד תקצא (תשס"ז-2007)), נימוק זה אינו משקף את המציאות כיום. וכי ניתן להשוות בין מתן פטור למכסה בת 400 תלמידי ישיבות, בימי בן גוריון, ובין המצב הנוכחי – בו מונה כל שנתון למעלה מ-10,000 תלמידי ישיבות, ומספרם הכולל של דחויי השירות עולה על 40,000? ההבדל איננו רק במספרים המוחלטים אלא גם בחלקם היחסי של מקבלי הפטור מסך המתגייסים, אשר הגיע – כבר במועד ההכרעה בעניין רסלר, לכ-14%. כבר לפני עשרות שנים ציין הרב הראשי של נתניה, הרב דוד שלוש: "ירושלם בירת ישראל שוקקת מבניה והולכת ופורצת ימה וקדמה וצפונה ונגבה בבניני 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). דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור הנתונים המספריים העדכניים, אותם סקרה בהרחבה חברתי הנשיאה מ' נאור (פסקאות 72-90 לחוות דעתה).

עוד ראוי לציין, כי הקמתו של צבא עברי, בו משרתים זה לצד זה חיילים שומרי מצוות וכאלה שאינם מקפידים על מצוות שבין אדם למקום, ואשר מאפשר לעם ישראל לחיות בארצו ולהגן על ביתו, היא חידוש של המאה ה-20. כפי שהזכרתי בעניין רסלר, מאות שנים לפני כן נאלצו יהודים ללחום בשורות צבאות זרים, תוך התמודדות עם קשיים דתיים לא פשוטים. מעניין להזכיר בהקשר זה את הספר "מחנה ישראל", שחיבר רבי ישראל מאיר הכהן מראדין – בעל ה"משנה ברורה", הידוע בכינויו "החפץ חיים" – אשר חי ופעל במזרח אירופה והלך לעולמו בשנת 1933. החיבור, "על ההלכות וההוראות השייכות לאנשי הצבא כל ימי היותם בצבא", מכיל 40 פרקים ודן, בין היתר, בדיני תפילה, שבת, כשרות (במובן "איזה אוכל מעורר פחות בעיות כשרות"), ואף תלמוד תורה – ומספר ההוצאות שבהן זכה מעיד על הצורך בו. דומה כי למרות עמדתה השלילית של ההלכה ביחס למציאות של מלחמה בכלל, ופגיעתה בלימוד התורה בפרט, יש מקום למידה של הכרת הטוב על קיומו של צבא שבו ישנם שיעורי תורה, רבנים צבאיים, כשרות מקיפה ואף פקודות מטכ"ל המבטיחות את זכויות החייל הדתי.

נוכח האמור, ניתן, אפוא, לומר – במידה רבה של צער – כי הקונפליקט בין "ערך לימוד התורה" והזכות החוקתית לשוויון הוא, ברמה העקרונית, קונפליקט מדומה. מנקודת מבטה של התורה עצמה, לא קונפליקט יש כאן כי אם שני צדדים של אותו המטבע: חובתו של היחיד לעמו, לארצו ולתורתו. לבחירתה של קהילה מסוימת לנהל אורח חיים מסוים יש משמעות, וההגנה על הזכות לתרבות אינה עניין של מה בכך. אולם, מכאן ועד הצגת הצידוק להמשך ההשתמטות מנשיאה בנטל כהגנה על ערך יהודי-ישראלי של לימוד התורה – רחוקה מאד הדרך.

11. בספר "משנת הגורן" שראה אור לא מכבר – ובו אסופת מאמרים, נאומים ומכתבים של הרב הראשי לישראל לשעבר, הרב שלמה גורן, שהלך לעולמו בשנת

1994 – מובאים הדברים הבאים, על רקע הסיפור התנכ"י בדבר המריבה שנפלה בין אברהם ולוט והובילה לפרידה ביניהם ("ויפרדו איש מעל אחיו"; בראשית יג, יא). הרב גורן מתייחס לתפיסתו של ר' יהודה, לפיה אברהם הצטער על המריבה והפירוד שגזרה, ומסיק כי –

"אנחנו צריכים להיזהר מאוד מאוד כאשר אנחנו דנים ומעלים על דל שפתינו איזושהו נושא שעלול להביא לאיזושהי הפרדה. אנו חיים במדינת ישראל במסגרת של דו-קיום בין בעלי השקפות שונות. דו-קיום פירושו של דבר כי במדינת ישראל חי עם אחד בעל מטרות אחידות אשר תחייבנה את שיתוף הפעולה, שיתוף החיים בין הציבורים השונים, בין הסקטורים השונים במדינה. ואם לא נצליח לעשות זאת, אינני יודע אם מדינת ישראל תוכל להתקיים בצורה שאנחנו מקווים ורוצים שהיא תתקיים. כלומר, אם מדינת ישראל מתעתדת למלא שליחות של חזון, שליחות היסטורית, חזון של אחרית הימים, חזון הגאולה השלישית, אנו צריכים לעשות הכול כדי שהעם הזה יחיה בצוותא ולא ייפרד איש מעל אחיו" (עמודים 42-43, בפרק הנושא את הכותרת "חקיקה דתית ודמוקרטיה").

12. חיים אנו בחברה. חובתנו הבסיסית לשמור עליה. המלחמות של מדינת ישראל אינן פרי יוזמתה. הן נכפות עליה – וההתמודדות עמן דורשת אחדות ופתרון יעיל, טוב וצודק לסוגיית השוויון בנטל. מעניין להביא בהקשר זה מאמר שנכתב במהלך מלחמת השחרור, תחת הכותרת "לשאלת הגיוס של בני הישיבות", ועליו חתום "אחד הרבנים" – המוכר כיום כרב שלמה יוסף זוין (המאמר מובא בספרו של יחזקאל כהן גיוס כהלכה: על שחרור תלמידי ישיבות מצה"ל, 217 (התשע"ג)). וכך כתב:

"עליכם לזרז אף את חכמי התורה, המוכשרים מבחינת הגיל והגוף להשתתף במערכה, לעשות כן. האחיכם יצאו למלחמה, ואתם תשבו פה? מבחינה מעשית יש אולי חשש שהישיבות יתרוקנו בעזוב רוב התלמידים את מוסדות האולפנא, ותורה מה תהא עליה. אבל לשם כך יש להיכנס במשא ומתן עם מוסדות הגיוס על הסדרים מעשיים ידועים, ותמיד אפשר למצא את הדרך להקלות ולהגבלות [...] אבל להחליט באופן פסקני לבלי להשתתף כלל ועיקר, לא להירשם ולא להיפקד, ולא ולא ולא – זו מניין לכם?" (שם, בעמ' 220; ההדגשה אינה במקור).

כבר בפתח דבריו, ביקר הרב זוין בחריפות את הגישה לפיה בני הישיבות אינם נדרשים להתייצב לשירות הצבאי, והציג את השאלה הרטורית – שעודנה מהדהדת בחלל האוויר, 70 שנה לאחר שנשאלה:

”זו מנין לכם, לפרסם בצורה של הלכה פסוקה ודעת תורה שבני הישיבות אין להם לא להירשם ולא להיפקד ולא להתייצב ולא כלום? וכי לא כך שנינו שבהצלת נפש – לא נפשות, אלא אפילו נפש אחת מישראל – אין עושין דברים הללו אלא על ידי גדולי ישראל (יומא, כ”ד ב’; רמב”ם שבת פ”ב ה”ל) וחכמיהם (רמב”ם שם) [...] ואם בהצלת נפש אחת כך, בהצלת רבבות אלפי ישראל על אחת כמה וכמה” (שם, בעמ’ 217).

את מאמרו סיים הרב זוין בדברים הבאים –

”רבים מבני הישיבות מקדשים את השם, עודדים במערכת המלחמה, בגיוס ובמשמר ובכל אשר ידרש. באחת ידם מדפדפים בגוילים ובאותיות של התורה והתלמוד ואחת מחזקת השלח והרמחים והמגנים והקשתות והשריונים. רוחם איתנה ומרוחם משפיעים הם על שורות הצבא ועל בחורי חיל המגן, רוח האמונה, רוח התורה והמצוה. כלום לא מחובתכם, מרנן ורבנן, לעודדם ולאמצם ולהשפיע על אחרים שילכו בדרכם? דעת התורה? הנה היא, פשוטה וברורה: והזריזו (בהצלת נפשות) הרי זה משובח, ואין צריך ליטול רשות מבית דין” (יומא, פ”ד ב’, וראה רמב”ם מלכים, פ”ה ה”ב)!

יש לקוות כי עד אשר ישכון שלום בארצנו, ישכילו חלקיה השונים של החברה להתאחד סביב הכרת חשיבותו של השירות הצבאי, ויידעו לתור יחדיו אחר האיזון ההולם בין הספר והסייף; בין ה”סטנדר” הישיבתי לקרון הבקרה של מערך ההגנה האווירית; בין הכבוד לדת ולמסורת, ובין הכבוד לאחר הנושא בנטל.

13. כאן הגענו לעיקר העיקרים. ”כולנו רקמה אנושית אחת חיה”, כמאמר השיר הנושא שם זה (אותו כתב מוטי המר). כבר במאה ה-18, עמד הפילוסוף הצרפתי ז’אן ז’אק רוסו (1712-1778) על חשיבות האמנה החברתית (Social contract) שבמסגרתה ניתנות לכל חברי הקהילה זכויות שוות – ומוטלות עליהם חובות שוות. בלשון המשפט העברי – מצוות הערבות (“מלמד שכל ישראל ערבים זה בזה”; ספרא, ויקרא כו, לז). יש הגורסים שאנו נקראים יהודים מכוח מעשה הערבות של יהודה, אשר בפגישת האחים עם יוסף, בטרם חשף האחרון את זהותו האמיתית, ביקש למסור את עצמו תחת בנימין, בנימוק ”כי עבדך ערב את הנער” (בראשית, מד, לב; Rabbi Ahron

Soloveichik, *Civil Rights and the Dignity of Man*, in *LOGIC OF THE HEART*, *LOGIC OF THE MIND 65 (1991)*. ליהודים גורל וייעוד. היסטוריה משותפת, הווה משותף ועתיד משותף. אלה אמנם נכפים עלינו כגזירת גורל, אך בידינו האפשרות לחבק אותם ולהפוך את ההתמודדות המשותפת ליייעוד (הרב יוסף דב סולובייצ'יק, קול דודי דופק 7 (הוצאת משרד החינוך, תשל"ז)).

כולנו זקוקים לחומת המגן שמציב צבא ההגנה לישראל – הבולם בזיעתם ודמם של לוחמיו וחייליו את האויב שעומד עלינו לכלותנו. אף אם ישנם חילוקי דעות, ואלה בלתי נמנעים בחברה אנושית ("כשם שאין פרצופיהן שוין זה לזה, כך אין דעתן שווה זה לזה, אלא כל אחד ואחד יש לו דעה בפני עצמו"; דברים רבה, כא, ב), ישנה אחריות משותפת. חובה להכיר בכך ולהסיק את המסקנות הנדרשות. האילוצים הביטחוניים הניצבים לפתחה של מדינת ישראל מלווים אותה מאז הקמתה, ולצערנו הם אינם אלא כרך נוסף של ההיסטוריה היהודית רבת ההוד והסבל. נדרש, אפוא, שיח כן וגלוי, מתוך נכונות של כל הצדדים – לרבות הקהילה החרדית – לוותר. "הצלחתה" של קהילה זו, והגידול העצום שחל בה בעשורים האחרונים, מטילים עליה חובות נוספים. אף לפי תפיסת העולם החרדית, לא מדובר עוד באליטה רוחנית מצומצמת אלא בפלח אוכלוסיה גדול, משמעותי ומגוון. לא כל הרשומים כלומדי תורה חובשים בפועל את ספסלי בית המדרש, ובוודאי שלא כל ספסלי בית מדרש עדים למידה דומה של התמדה, יכולת ופוטנציאל לתרום בלימוד תורה לכלל ישראל. התעלמות מהשינויים הדמוגרפיים והאתגרים שהם מציבים לפתחה של החברה הישראלית בכלל, והחברה החרדית בפרט, אינה פותרת את הקושי, אלא מחריפה אותו. הגורל המשותף לנו מחייב את הנוגעים בדבר להתרומם מעל לפנקסנות קהילתית ופוליטית זעירה; לבחון לעומקם דוגמות שהשתקעו ואורח חיים חדש שהתקדש במהירות; ולהישיר מבט אל המציאות המורכבת. רק כך, באמצעות דיאלוג כן ואפקטיבי, ניתן יהיה להגיע על עמק השווה ולסלק מדרכה של מדינת ישראל את האיום בהתפוררות חברתית ומוסרית פנימית.

ובאשר לממד הדתי. לא רק השלום החברתי, אלא גם כבודה של תורה מחייב את הצדדים לרדת מן הבריקדות, לשים קץ לרטוריקה המתלהמת ולנהל את הוויכוח באופן רגיש – תוך הבנת המורכבות. הרי "מלחמת מצוה זו מלחמת שבעה עממים ומלחמת עמלק ועזרת ישראל מיד צר שבא עליהם" (משנה תורה, הלכות מלכים, פרק ה, הלכה א). ודוק, הגנה על עם ישראל ומדינת ישראל מפני צריהם אינה נתפסת (רק) כאילוץ. על אף האמביוולנטיות כלפי תפקידו של "המחנה אשר דינו להיות שופך דם האדם ומגיננו" (כלשונו של המשורר נתן אלתרמן, בשיר "ליל חניה"), בחרה ההלכה להגדיר משימה זו – שאותה ממלא במסירות צבא ההגנה לישראל – כמלחמת מצווה.

ההלכה, שעוסקת בכל תחומי החיים, אינה שותקת בסוגיית המלחמה, המהווה – למרבה הצער – חלק מהחוויה האנושית. היא אינה מניחה את הדיון בה בידי המנהיגות המדינית והצבאית, אלא מביעה עמדה ברורה בעניין, וקובעת כי הגנת ישראל מיד צר היא מצווה; כמוה כשמירת השבת, גמילות חסדים או לימוד התורה. הקהילה החרדית רשאית, כמובן, להבליט היבטים אחרים של הלכות המלחמה, ולאמץ תפיסה שונה לגבי תפקיד תלמידי הישיבות. אולם, לא ניתן להתעלם מכך שהשירות בצבא ההגנה לישראל אינו אסור כשלעצמו. אדרבה, "במלחמת מצוה" – שבמערכותיה מתייצב צבא ההגנה לישראל – "הכל יוצאין ואפילו חתן מחדרו וכלה מחופתה" (משנה תורה, הלכות מלכים, פרק ז, הלכה ד). במציאות חיינו, מדובר במצוות עשה של ממש. ניתן לצפות כי השיח יכיר בכך.

אסיים בסיפור הבא על הרב שלמה זלמן אויערבאך ז"ל – מגדולי פוסקי ההלכה בדור האחרון: כאשר ביקש בחור בישיבת קול תורה בירושלים מן הרב אויערבאך, שכיהן כראש הישיבה, 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).

לא נותר אלא לתהות אם כדור האויב בכוחו להביא להכרה במעמדם הקדוש של חללי צבא ההגנה לישראל, מדוע אין אנו כחברה, לרבות החברה החרדית, מפנימים את קידוש ה' הכרוך בשירות הצבאי, ואת תרומתו האדירה לביטחון המדינה ואזרחיה, גם לגבי החיים? החיים כוללים הכנה מתמשכת למלחמה שפוקדת אותנו, בעוצמות שונות, 24/7 כבר 70 שנה. היהדות שואפת לשלום, ועל המרכזיות של שאיפה זו מעידה הגדרת המילה "שלום" כאחד משמות האל (תלמוד בבלי, שבת י, ע"ב; משנה ברורה, סימן פד, סעיף א, ס"ק ו). אך לצד השאיפה לשלום, ההלכה היהודית מחוברת למציאות ומודעת לכוח שבה.

הנה כי כן, מנקודות מבט שונות, לא ניתן עוד להתעלם מהתנערות פלח אוכלוסייה משמעותי מחובותיו כלפי עמו, ארצו ולא רק הם. הגיעה העת ליצירת מנגנון שמצד אחד מכיר בייחוד של החברה החרדית ושל לימוד התורה, אך מן הצד האחר מעניק מקום של כבוד לעקרון השוויון, ומבטיח חלוקה הוגנת יותר בנטל הכבד מנשוא שבו נושאים חיילי צבא ההגנה לישראל. על מקבלי ההחלטות להפנים את אופייה האקוטי של הסוגיה, ולחתור להסדר כן, עם כיוון ניכר וברור של קידום השוויון,

ובאופן המקיים את הפסוק "כי עד צדק ישוב משפט ואחריו כל ישרי לב" (תהילים צד, טו).

מצויים אנו בתקופה היסטורית מיוחדת שכוללת אתגרים חסרי תקדים, ומחייבת כיבוד הדדי, הקשבה, נכונות לויתור ואומץ. קל לומר כי אין פתרון, וכי מה שהיה הוא שיהיה. אך להשקפתי, אין זו גזרת שמיים או ארץ, אלא עניין של רצון, בחירה ויצירתיות. הכל בגדר: יש חדש-ישן תחת השמש – חזרה למודל הספרא וסייפא (הספר והסיף) שאימצו אבותינו.

14. סוף דבר, אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעה חברתי הנשיאה מ' נאור, כי דין הסדר הפטור להתבטל, כי בטלותו תיכנס לתוקף בעוד שנה מהיום, וכי דין העתירה בכג"ץ 2260/14 להידחות.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. "החזונות שלנו מציגים בפנינו את המציאות ככזו הזקוקה לגאולה. כשלעצמם, העולמות החלופיים שבחזונותינו – הזאב הגר עם הכבש, שמיטת החובות אחת לשבע שנים, המדינה הנובלת ונעלמת לה – אינם מכתיבים סדרה של תמורות או של ניסיונות לחולל תמורה. אבל החוק מקנה לחזון 'עומק שדה', בכך שהוא מעמיד חלק אחד שלו באור הזרקורים – דרישה עיקשת ומיידית – ומותיר חלקים אחרים שלו בין צללי אחרית הימים. החוק הוא המתיר תמורות מסוימות באמצעות שפיכות דמים, ואילו אחרות הוא מאשר רק בהסכמה פה-אחד. החוק הוא כוח, כמו כוח הכבידה, אשר באמצעותו מפעילים העולמות שלנו את השפעתם זה על זה, כוח המשפיע על מסלוליהם של העולמות הללו בחלל הנורמטיבי. והחוק הוא השומר על הממשות בתוך עולמנו החומרי והחברתי בין המבנים שיצרנו לנו האסכטולוגיה, שהיא ההתנגשות בתוך עולמנו החומרי והחברתי בין המבנים שיצרנו לנו בשכלנו" (רוברט קאבר, נומוס ונראטיב, עמ' 6 (יוסף דוד עורך, 2012)).

האם החוק הנדון – הסדר הגיוס דנן – עשוי לתווך כיאות, לבוא בטווח שבין מציאות לבין חזון? בין הפליה לבין שוויון?

2. פברת דרך ארוכה צעדתי בעקבי חברתי, הנשיאה מ' נאור, בהילוכה בחוות דעתה. חברתי ניתחה לנתח את הסדר הגיוס שהונח לפתחנו, חשפה את פגמיו, והם

מעיקים; נוגעים בתשתית קיומנו כעם יהודי במדינת ישראל. קרוב הייתי להסכים עם חברתי הנשיאה, בעיקר מפאת החשש לפער של אפקטיביות בין החוק לבין ביצועו, בין הלכה לבין מעשה; וכפועל יוצא מכך – הנצחת ההפליה. כמעט וכשל כוח הספּל של החוק והמשפט.

3. ברם, הפכתי בדבר, ושכתי והפכתי בו, עד אשר הגעתי למסקנה כי לא יהיה זה נכון להפוך את הצו על-תנאי לצו מוחלט, ולהורות על בטלות תיקונים 19 ו-21 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: החוק). אמות המידה העדינות שהתווה בית משפט זה בנוגע לבחינת חוקתיות הסדרי הפטור מגיוס לבני הישיבות, הובילוני למסקנה כי טרם בשלה העת להגיע למסקנה חד-משמעית לפיה ההסדר שלפנינו אינו חוקתי ודינו ליבטל. הנגעים העיקריים שבחוק יכולים למצוא מזור, אם בדרך פרשנותו, אם באמצעות ישומו כדבעי, ובביקורת שיפוטית על היישום; טרם כלו כל הקיצין, עוד לא הגיעה השעה לעשות שימוש ב'נשק יום הדין' – ביטול פסיקתי של חוק שנתקבל בחקיקה ראשית של הכנסת.

אסביר בהרחבה את אשר אמרתי בקיצור.

מבחן הקשר הרציונלי: אמות מידה לישומו בנדון

4. פסק דינה של חברתי הנשיאה סובב הולך סביב מבחן המידתיות הראשון, מבחן הקשר הרציונלי. מבחן הקשר הרציונלי משלב בתוכו, מיניה וביה, היבטים שבתאוריה ונתונים שבעובדה. על בית המשפט לבחון האם ההסדר שבחוק הולם את התכלית שבבסיסו. מדובר בשאלה צופה פני עתיד, יש בה אלמנטים של הסתברות, אין בה ודאות. לעתים ניתן לבחון שאלה זו כעניין תאורטי בלבד, מתוך עיון בתכלית החקיקה ובהסדר שנקבע בה, על סמך ניסיון החיים והשכל הישר. לעתים, בוודאי כאשר מדובר בהסדר העוסק בסוגיה חברתית כבדת-משקל וארוכת-טווח, נדרשת הערכה מעשית. במצבים אלו, נדרש החוק לעמוד במבחן הזמן כדי לברר אם יש התאמה בין הסדריו לבין תכליתו. החוק שלפנינו הוא דוגמה קלאסית למצב כזה (ראו אהרן ברק מידתיות במשפט 387-384 (2010)). כך פעל בית משפט זה, כשדחה בדעת רוב את העתירות הראשונות שהוגשו נגד חוקתיותו של 'חוק טל' (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)). בית המשפט קבע, כי בחינת הקשר הרציונלי "צריכה להעשות, לענין החוק שלפנינו, לא כענין תיאורתי, אלא כענין מעשי, הנבחן בתוצאות הגשמתו. אכן, כשאלה תיאורתית הנבחנת בעת חקיקת החוק, יתכן שיש בהסדרים הקבועים

בחוק כדי להגשים את תכליותיו", אולם "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" (שם, פסקאות 63-64).

5. בעניין התנועה לאיכות השלטון נקבע, כי לא חלף די זמן על מנת לבחון את משמעויותיו המעשיות של החוק. זאת, על אף שבעת ההיא לא לימדו הנתונים היבשים על התקדמות מספקת בסוגיית גיוס בני הישיבות. כך סיכם הנשיא א' ברק את דעתו:

"אכן, אילו בחנו התוצאות כפי שהן ליום מתן פסק דינו – ועל רקע הנטל המוטל על המדינה לשכנע כי הפגיעה בכבוד האדם היא מידתית – מסקנתנו היתה כי אין חוק דחיית השירות מקיים את מבחן המשנה הראשון של המידתיות. אין בהסדריו קשר רציונלי בין מטרותיו לבין האמצעים שנקבעו בחוק להגשמת המטרות. האם ניתן להגיע למסקנה סופית כבר היום? חוק דחיית השירות עוסק בבעיית יסוד של החברה הישראלית, שאין לפתרה בהינף קולמוס; הוא עוסק בעניין רגיש, המחייב הבנה והסכמה; הוא מבקש לתת פתרונות שאינם קלים ואינם פשוטים; הוא נחקק מראש כהוראת שעה. המחוקק ביקש זמן לבחינת ההתאמה של מטרות החוק לאמצעים שנקבעו ולהגשמתם. עניין לנו בשאלה חברתית סבוכה. זמן ההמתנה של חמש שנים נופל לגדר מרחב התימרון החקיקתי של המחוקק. כל אלה מחייבים אותנו להמתין במסקנתנו. יש לתת למבצעי החוק הזדמנות לתקן את שקלקלו. יש לאפשר לחברה הישראלית בכלל, ולחברה החרדית בפרט, להפנים את הסדרי החוק ואת דרכי ההגשמה של הוראותיו. כל אלה מצביעים על כך כי יש להמתין לחלוף חמש השנים מאז נחקק החוק. אז יהא על הכנסת לבחון את הגשמתו הלכה למעשה. יהא עליה לבדוק אם הזמן שחלף מאז פסק דינו זה, שינה באופן מהותי את התמונה" (שם, פסקה 68).

6. 'חוק טל' נחקק כהוראת שעה ל-5 שנים. לאחר שהכנסת האריכה את תוקפו ב-5 שנים נוספות, התקיים 'גלגול שני' של הדיון המשפטי בחוקתיות החוק (בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012) (להלן: עניין רסלר)). או אז כבר צבר החוק ותק מסוים, והתשתית העובדתית בנוגע להשלכותיו התבססה. אולם גם אז לא מיהר בית משפט זה לחרוץ את דינו של החוק. העתירות הוגשו בשנת 2007.

בהחלטה משנת 2009, עליה עמדה חברתי הנשיאה, ניתנה למדינה ארכה בת חמישה-עשר חודשים, על מנת לברר אם שינויים במנגנוני היישום של החוק ישאו פרי, בדמות שינוי משמעותי במגמת גיוס בני הישיבות. רק בשנת 2012, כחצי שנה לפני פקיעת תוקף ההארכה השנייה של חוק טל, הגיע בית המשפט – בדעת רוב – למסקנה כי פלו כל הקיצין וכי אין מנוס מלהורות על בטלותו (כאשר הלכה למעשה, הותיר בית המשפט את החוק על פנו עד לפקיעתו ממילא). חלק משופטי המיעוט סברו כי גם באותה נקודת זמן טרם בשלה העת להכריע בדבר. בחינת השפעותיו של 'חוק טל' על עולם המעשה, תחת שבט ביקורתו של בית משפט זה, ארכה אפוא למעלה מ-9 שנים; רק אז החליט בית המשפט כי בשלה העת לקבוע שאין התאמה בין תכליות החוק לבין מנגנוניו.

7. הנה כי כן, לפנינו סוגיה חברתית וציבורית סבוכה, ופתרונה דורש תהליך ארוך טווח. אכן, מדובר "בבעיית יסוד של החברה הישראלית, שאין לפתרה בהינף קולמוס" (כדברי הנשיא ברק בעניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 68). מכך נגזר גם כי מסקנה לפיה הסדריו של החוק העוסק בסוגיה זו אינם מגשימים את תכליתו, מחייבת בחינה זהירה, הן על רקע הוראותיו התאורטיות של החוק, ובעיקר בהתחשב עם יישומו המעשי. לעמדתנו, מסקנתה של חברתי אינה עולה בקנה אחד עם אמת-המידה שנקט בה בית המשפט עד כה, במובן זה שטרם ניתנה להסדר הגיוס שלפנינו הזדמנות של ממש להוכיח את עצמו. על מנת להבהיר את הדברים, עלינו לצלול אל נבכי הסדר הגיוס, לבחון את פגמיו העיוניים ואת קשייו היישומיים.

הסדר הגיוס

8. חברתי הנשיאה תארה בהרחבה את הסדר הגיוס החדש, ולפיכך לא ארחיב בדבר. כפי שציינה, הסדר הגיוס מתאפיין במעבר ממודל אישי של דחיית גיוס, למודל קולקטיבי, במסגרתו הוסמכה הממשלה לקבוע יעדי גיוס לכלל הציבור החרדי. החוק קובע יעד שנתי מינימלי של מתגייסים לשירות צבאי ואזרחי (3,300 איש), ומחייב את הממשלה להעלותו בכל שנה (סעיף 26טו(ה) לחוק). נקודת המוצא נקבעה אפוא בחקיקה ראשית.

9. משמעותם המעשית של יעדי הגיוס משתנה, בין 'תקופת ההסתגלות הראשונה' לבין 'תקופת ההסתגלות השנייה'. כפי שציינה חברתי (פסקאות 18-19 לחוות דעתה), בתקופת ההסתגלות הראשונה אין נפקות מעשית ליעדי הגיוס ככל שהדבר אמור במתן צו לדחיית שירות. רוצה לומר, ביחס למועמדים לשירות ביטחון מדובר בהסדר

“וולונטארי לחלוטין שנעדר ממנו כל רכיב של כפיית שירות” (שם). המשמעות המעשית המרכזית של תקופת ההסתגלות הראשונה עניינה בגיבוש תכנית רב-שנתית הכוללת אמצעים שיקדמו את העמידה ביעדים שקבעה הממשלה, על-ידי צוות בין-משרדי שהוקם במיוחד לשם כך (דוח ראשון הוגש על-ידי הצוות, כאמור בפסקה 30 לחוות דעתה של חברתי).

10. בתקופת ההסתגלות השניה נודעת ליעדי הגיוס משמעות מעשית גם ביחס לאוכלוסיית המועמדים לשירות. בתקופה זו ניתן לדחות את הגיוס עד לגיל 21 ללא קשר ליעדים, אולם החל מגיל זה יוכל תלמיד ישיבה לזכות בדחיית שירות נוספת, רק אם הושגה באותה שנה עמידה ביעדי הגיוס. על אף האמור, הותר המחוקק פתח לדחיית שירות גם כשלא הושגה עמידה ביעדי הגיוס, באופן שהוסדר בסעיף 26כב לחוק (כמפורט בפסקה 21 לחוות דעתה של הנשיאה).

11. ומה צפוי להתרחש לאחר סיומה של תקופת ההסתגלות השניה, בשנת 2023? עוד חזון למועד. אין על כך תשובה בחוק. משכך, ומשהסדר הגיוס עתיד למצות את עצמו בתום תקופת ההסתגלות השניה, יחול לכאורה על גיוסם של בני הישיבות ההסדר החל על כל המועמדים לשירות בהתאם לחוק שירות בטחון, כנוסחו ללא תיקון 21. נמצאנו למדים, שעיקר בחינתו החוקתית של הסדר הגיוס צריך להתמקד בבחינת תקופת ההסתגלות השניה; סופה של התקופה הראשונה קרב לבוא, והתקופה שאחרי תקופת ההסתגלות השניה – אינה כלולה בחוק.

הקשר הרציונלי – להלכה

12. לשיטת חברתי הנשיאה, “הכשלים המבניים בחוק שלפנינו הם מרובים” (פסקה 58 לחוות דעתה); מתוכם התמקדה בשניים עיקריים: האחד, היותו של ההסדר ‘חסר שיניים’, והשני, חסרונו של הסדר קבע. אליבא דחברתי מדובר בפגמים גנטיים, שאפיינו גם את הסדר הגיוס הקודם. פגמים אלו מצביעים באופן אינהרנטי על כך שאין קשר רציונלי בין תכליות החוק לבין ההסדרים המעוגנים בו, ולפיכך אחת דינו, כדין ‘חוק טל’ – להתבטל.

13. לכך אין בידי להסכים, וזאת משלושה טעמים: ראשית, התבוננות בהסדר כמכלול מלמדת כי הגם שאין הוא חף מפגמים, לא ניתן לקבוע כבר בשלב זה שאין קשר רציונלי בין האמצעים שננקטו בו לבין תכליותיו; שנית, חלק מרכזי מן הפגמים עליהם מצביעה חברתי ניתן לריפוי על דרך פרשנות החוק, כמו גם באמצעות ביקורת

שיפוטית על יְשׁוּמוֹ הַמִּינְהִלִי, שְׁתַּעֲשֶׂה עִם הַזְמַן; שְׁלִישִׁית, אֹפִיִּין הַמּוֹרְכָב שֶׁל תְּכָלִיּוֹת הַחֹק, הַמְשַׁלֵּיךְ מִטְבַּע הַדְּבָרִים עַל הַיְכֹלֶת לְהַבִּיעַ כְּבָר עֵתָה עֲמֵדָה נִחְרַצֶת לְגַבִּי קִיּוּמוֹ שֶׁל קֶשֶׁר רִצְיוֹנְלִי. אֲבָאֵר אֶת דְּבָרֵי.

שיניים

14. כפי שציינה חברתי, בתקופת ההסתגלות הראשונה אין אמצעי כפייה כלל. מדובר בתקופה לא מבוטלת, אורכה כ-6 שנים, שבה הגיוס של תלמידי הישיבות לשירות צבאי או אזרחי "תלוי באופן בלעדי ברצונם הטוב" (פסקה 58 לחוות דעתה). פגם זה – 'חסר שיניים' – הוא אחד הפגמים האינהרנטיים שבהם לקה 'חוק טל' ובגינם נפסל בעניין רטלר, ובמובן זה אין חדש תחת השמש. אמת נכון הדבר, תקופת ההסתגלות הראשונה 'חסרת שיניים'. אולם יש לבחון אותה על רקע מכלול הוראות ההסדר, ואין לגזור גזירה שווה מהתם ('חוק טל') להכא. כפי שצינו המשיבים לפנינו, תקופת ההסתגלות הראשונה מיועדת להתרכזות בלימוד, הפקת לקחים, קידום תהליכי גיוס וכדומה. זאת, בעיקר באמצעות הקמתה של ועדה בין-משרדית רחבה, המורכבת מנציגות ממשלתית בכירה (ראש המועצה הלאומית לכלכלה; הממונה על התקציבים במשרד האוצר; מנכ"ל משרד החינוך; מנכ"ל משרד הכלכלה; מנכ"ל הרשות לשירות לאומי-אזרחי; נציג מטעם הרמטכ"ל; נציג היועץ המשפטי לממשלה), שפועלה הוסדר בפירוט בהסדר הגיוס שלפנינו. תפקידה של הוועדה, בין היתר, לגבש "תכנית רב-שנתית לתקופת ההסתגלות הראשונה הכוללת אמצעים שיקדמו את העמידה ביעדי הגיוס" (סעיף 26טו(א) לחוק). על בסיס התכנית נדרש שר הביטחון לגבש הצעת החלטה, שתובא לאישור הממשלה (סעיף-קטן (ב)), ועל הוועדה לערוך "מעקב מתמיד אחר יישום החלטות הממשלה" (סעיף-קטן (ה)). בתקופה זו מחויב שר הביטחון לדווח לממשלה בתום כל שנת גיוס על אודות מספר המתגייסים, ולפרסם על כך הודעה ברשומות (סעיף 26טז(א)). הודעה דומה נדרש למסור לממשלה השר הממונה גם בנוגע למצטרפים לשירות לאומי אזרחי (סעיף 26טז(ב)). הנה כי כן, אף אם תקופת ההסתגלות הראשונה 'חסרת שיניים', היא אינה חסרת משמעות.

15. את תקופת ההסתגלות הראשונה יש לבחון אפוא לאור תקופת ההסתגלות השניה, וכהכנה לקראתה; כפרוזדור לטרקלין. אמנם כן, אם היתה תקופת ההסתגלות הראשונה חזות ההסדר כולו, כי אז ניתן היה לקבוע לכאורה שאין די בתוספת ההסדרים שנקבעו בחוק על מנת לרפא את הפגמים שאובחנו בגלגוליו הקודמים של הדיון ב'חוק טל'. אלא שלא כך הם פני הדברים. לא בכדי מסכימה חברתי, כי "יש לבחון את ההסדרים בתקופה זו בנדיבות ובאיפוק, גם אם מדובר בפרק זמן בלתי מבוטל של כשש

שנים, מתוך הנחה (לטובת המשיבים) כי זהו שלב הכרחי בדרך להסדר מחייב. במילים אחרות, נתבונן על 'התמונה המלאה', הבוחנת את ההסדר כמכלול ולא נסתפק בהערכת תקופת ההסתגלות הראשונה בפני עצמה" (פסקה 61 לחוות דעתה).

16. בדומה לתקופת ההסתגלות הראשונה, גם בתקופת ההסתגלות השנייה רשאי שר הביטחון לדחות את התייצבותו של תלמיד ישיבה לשירות עד הגיעו לגיל 21, ללא קשר לשאלה אם הושגו יעדי הגיוס, אם לאו. משמלאו לתלמיד הישיבה 21 שנים, רשאי שר הביטחון להמשיך ולדחות את התייצבותו לשירות, ובלבד שנרשמה באותה שנה עמידה ביעדי הגיוס (כך עד גיל 26, גיל הפטור). אכן, כאשר נרשמת עמידה ביעדים, אין כל רכיב כופה בהסדר הגיוס. אלו שהתגייסו, עשו כן מרצון, ובכך נפטרו יתר תלמידי הישיבות מן העול הכופה שבחוק. ברם, במצב כזה – ככל שייקבע כי עצם המנגנון של יעדי גיוס מצוי במתחם החוקתיות, שאלה אשר לא נבחנו וממילא גם לא הוכרעה בפסק דין זה – אין בהעדר הכפייה משום ניתוק הקשר הרציונלי שבין ההסדר לבין תכליותיו. המטרה היא הגברת השוויון בגיוס לצבא, ולא כפיית גיוס לצבא.

17. הקושי המרכזי ביחס לתקופת ההסתגלות השנייה מתעורר כאשר לא נרשמת עמידה ביעדי הגיוס, שאז הופך לכאורה הסדר הגיוס להסדר שבכפייה. רק לכאורה, שכן המחוקק הסמיך את שר הביטחון לדחות את גיוסו של מועמד לשירות גם במצב זה – "אם מצא כי מתקיימים לגביו התנאים לדחיית שירות וראה לנכון לעשות כן בהתחשב בצורכי הביטחון ובהיקף הכוחות הסדירים" (סעיף 26 כב(א) לחוק). לגישת חברתי, סמכות זו 'עוקפת', הלכה למעשה, את המשמעות המעשית של יעדי הגיוס, באופן שעלול לכרסם "במידה משמעותית בכוח הכופה שיש להסדר" (פסקה 63 לחוות דעתה), ומוביל למסקנה כי החוק נכשל במבחן הקשר הרציונלי.

18. כידוע, כאשר לאל-ידינו לפרש דבר חוק באופן המתיישב עם חוקי היסוד, שומה עלינו לעשות כן: "הגישה הראויה הינה כי על הפרשן של החוק לעשות כל שניתן לעשות כדי לתת לחוק אותו פירוש אפשרי אשר יתאים לחוקה (ואצלנו – חוק היסוד) ולא ינגוד לה, מבין שני פירושים אפשריים יש לבחור באותו פירוש המתיישב עם החוקה" (בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 276 (2004)). בנדון דידן, פרשנות סבירה של סעיף 26 כב מלמדת כי המכשלה שלפנינו איננה 'כצעקתה'. כפי שהודו המשיבים לפנינו, את הפתח שנפתח לשר הביטחון בסעיף 26 כב, יש לפרש כסדק צר. אכן, פרשנות רחבה של הסעיף לא רק שתפגום בקשר הרציונלי שבין ההסדר לבין תכליותיו, אלא גם תיצור דיסהרמוניה בין הסדריו של החוק לבין עצמם. ברי כי מדובר בסעיף שמעניק סמכות נקודתית, שלהפעלתה נדרשים "טעמים כבדי משקל",

כלשון המשיבים. אין להפוך את היוצרות, ולא לעשות את החריג לכלל. בוודאי שלא ניתן יהיה להפעיל את הסמכות – בלא הצדקה ניכרת – מעבר למכסת יעד הגיוס של אותה שנה. כך מורה במפורש סעיף-קטן 26כב(ד) הקובע, כי "שר הביטחון יחליט על מספר המיועדים לשירות ביטחון שיינתן להם צו דחיית שירות לפי סעיף זה בכל שנת גיוס, בשים לב ליעד השנתי הכולל לגיוס שקבעה הממשלה". אם כן, פרשנות הסעיף על רקע ההסדר כולו מחייבת את המסקנה שמדובר בסמכות מצומצמת, הכפופה לעיקרון שנקבע בפרשת רובינשטיין, ולפיו "שיקול-דעתו של שר הביטחון צריך להיות מופעל בסוגיות הפרטניות, במסגרת ההכרעה העקרונית שנתקבלה על-ידי הכנסת" (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 526 (1998)). אין זה ניסיון 'להציל' את הסדר הגיוס באמצעים פרשניים (ראו פסקה 102 לחוות דעתה של הנשיאה), אלא קריאה פשוטה ומתבקשת של הוראות החוק; כזו אשר מעוגנת בלשונו ומגשימה את תכליתו. יתר על כן, אם וכאשר יפעיל שר הביטחון את סמכותו לפי סעיף 26כב, תהיינה החלטותיו נתונות לביקורת שיפוטית, שבגדרה ניתן יהיה לבחון אם הפעלת הסמכות חרגה מגבולות הגזרה הראויים. משאלו הם פני הדברים, הרי שאין בהענקת הסמכות האמורה לשר הביטחון משום הפיכת ההסדר ל'חסר שיניים'.

19. אכן, על שר הביטחון להפעיל את סמכותו מכוח סעיף 26כב לחוק "בשים לב ליעד השנתי הכולל לגיוס" (סעיף 26כב(ד) לחוק), אשר נקבע בין היתר בהתחשב עם המלצתו-שלו. אולם לדעתי אין לראות בכך, כגישת חברתי, מצב שבו בידי "שר הביטחון נותר שיקול דעת רחב ביותר לגבי אופן הפעלת סמכותו" (פסקה 63 לחוות דעתה). שלא כפי שנקבע בעניין רסלר, אין מדובר בחוק אשר "תלוי באופן בלעדי במידת הרצון של הרשות המבצעת האם ליישמו וכיצד ליישמו" (פסקה 57 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש). זאת, מפני שהיעדים לא נקבעים על-ידי שר הביטחון, אלא על-ידי הממשלה כולה, ובעיקר משום שהחוק עצמו קבע את יעד הגיוס המינימלי, שממנו ניתן רק לעלות. ההסדר הראשוני נקבע אפוא על-ידי הרשות המחוקקת, וסמכותו של שר הביטחון לפי סעיף 26כב לחוק, מוגבלת היא ביותר. אין מדובר ב"אותה גברת בשינוי אדרת".

20. חברתי הנשיאה מלמדת זכות על המשיבים, ומוכנה להניח לטובתם שעל אף הפשלים האמורים, ניתן היה לצלוח את מבחן הקשר הרציונלי אם תקופות ההסתגלות היו מובילות להסדר קבע. אולם משנעדר החוק הסדר קבע, אין מנוס לדעתה אלא לקבוע שבחוק נפל פגם המחייב את ביטולו. לטעמי אין הדבר כן.

21. הסדר הגיוס שלפנינו קובע שתי תקופות הסתגלות; לגבי הימים שיבואו אחריהן לא נקבע דבר. לשיטתה של חברתי, "העדר ההכרעה הברורה לגבי עתידו של ההסדר יוצר כשלעצמו כשל מבני חמור בו" (פסקה 71 לחוות דעתה); לא כך לשיטתי-שלי. מוכן אני לקבל את מסקנתה של חברתי, לפיה "התרחיש שראה המחוקק לנגד עיניו הוא כי עם פקיעתו של הסדר הגיוס החדש לא יחול על תלמידי הישיבות החוק 'הרגיל' ככתבו וכלשונו, על חובת הגיוס הכללית הקבועה בו, אלא כי תידרש החלטה חדשה בדבר הסדר הקבע שיחול" (שם; ההדגשה במקור). ומה בכך? מנין לנו לומר בשלב זה "כי מה שהיה הוא שיהיה וכי הניגון עוד ישוב ויחזור" (שם)? על מה נסמכת המסקנה שלפיה "בהיעדר הסדר קבע ברור עלולה להיפגע גם היכולת להגיע ליעדי הביניים שכן הוגדרו" (פסקה 72 לחוות דעתה)? על שום מה נטען "כי העמימות הקיימת בנוגע לעתיד אף משדרת חוסר נחישות של רשויות המדינה להביא לפתרון עמוק של סוגיית גיוסם של תלמידי הישיבות" (שם)? סוף סוף, הסדר הגיוס החדש שונה מן ההסדר שנקבע בחוק טל', ולמצער "טומן בחובו התקדמות מסוימת בהשוואה לחוק טל" (פסקה 9 לחוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל). העדרו של הסדר קבע, כשלעצמו, אינו מקים בהכרח 'כפל מבני חמור'.

22. בנסיבות העניין, נוכח מורכבותה הרבה של הסוגיה והתהליכיות שבבסיסה, הרי שכינונו של הסדר זמני הוא כמעט מחויב המציאות; הכרח בל יגונה. כך היה גם ביחס ל'חוק טל', שנקבע כהוראת שעה ל-5 שנים, שבסופן הוארך תוקפו ל-5 שנים נוספות (ראו גם עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 64 לפסק הדין של הנשיא ברק). ברם, וזאת ראוי להדגיש, בניגוד ל'חוק טל', שתוקפו הוארך בשנית על פְּרָעָיו וְעַל קַרְבּוֹ, הסדר הגיוס שלפנינו הוא הדרגתי כבר מראשיתו. הוא דורש עליה מתמדת ביעדי הגיוס, לכל הפחות עד לשנת 2023. 'כשנגיע לגשר', ניתן יהיה לבחון היכן אנו עומדים, האם הושגו היעדים שהוצבו, ומה לקח יש להפיק מכך. על כל פנים, העובדה שהמחוקק לא קבע בשלב זה מהו ההישג הסופי הנדרש, אינה משליכה על השאלה האם התהליך הקבוע עד לשנת 2023 מתאים ומגשים – או לא – את תכליותיו. יש לשער, כי לקראת סיומה של תקופת ההסתגלות השניה ישוב המחוקק ויידרש לקביעת הסדר חדש, על רקע ישום ההסדר הנוכחי ועל יסוד הלקחים שיפיק מכך. בחינה מתודשת של הסדר הגיוס לאחר שייושם לתקופת-מה, תוכל ללמד את המחוקק ולהשפילו אם צעד בדרך נכונה, או שמא יש לחשב מסלול גיוס מחדש. אם לא יעשה כן, ניתן יהיה להעמיד את הדברים לביקורת שיפוטית.

23. משקבעה חברתי הנשיאה כי הסדר הגיוס סובל מפגמים אינהרנטיים, המצדיקים את הקביעה שאין קשר רציונלי בינו לבין תכליותיו כבר בניתוחו התאורטי, הרי שבחינת ישומו נעשתה אצלה, הלכה למעשה, למעלה מן הצורך, מתוך הנחה שנדרשת ראייה עובדתית חזקה במיוחד להשפעה חיובית של הסדר הגיוס על מנת להצדיקו. אף אני אתייחס לסוגיה זו למעלה מן הצורך, משום שלדידי, ובשים לב לפסיקת בית משפט זה, הזמן שחלף מעת תחילתו של החוק אינו מספיק על מנת לבחון את ישומו.

24. בעניין התנועה לאיכות השלטון קבע הנשיא ברק כי חלוף פרק זמן של 33 חודשים מיום כניסתו של החוק לתוקף ועד להודעת העדכון האחרונה שהגישה המדינה, אינו מספיק כדי לבחון את השלכותיו (ראו שם), פסקה 67 לפסק הדין של הנשיא ברק). בענייננו חלף זמן מועט מזה. לא זו בלבד, אלא שאף במהלך הזמן המועט שחלף נחקק תיקון מס' 21, המחייב גם הוא זהירות בהסקת מסקנות מן הנתונים. עניין נוסף שיש להישמר מפניו הוא ניתוח הנתונים, כביכול החקיקה בפני עצמה היא המשפיעה באופן חד-ערכי על נתוני הגיוס. המצב רחוק מלהיות כזה. נתוני הגיוס מושפעים מתהליכים חברתיים מורכבים; הקשר אינו תמיד רציונלי. לבסוף, עלינו לזכור כי ניתוח סטטיסטי אינו תחום מומחיותנו. נתונים שונים יכולים להתפרש באופנים שונים (השוו למחלוקת השופטות ד' ביניש וע' ארבל בעניין רסלר, בקשר לאופן פרשנות הנתונים שם). מכל מקום, בסופו של דבר, על יסוד הנתונים יקום או יפול הקשר הרציונלי; אך אנו נדרשים לנתונים ארוכי-טווח בנוגע ליישום החוק, יתר על מה שנמסר לנו בשלב זה.

25. מסד הנתונים שלפנינו הוא בעייתי, ועל הבעייתיות עמדה חברתי הנשיאה. קשה לחלץ ממנו תמונה ברורה. ברם, מקובלת עלי בכללה מסקנתה של חברתי, לפיה תיקון מס' 19 האט את קצב הצמיחה של מספר תלמידי הישיבות שבחרו להתגייס. כפי שציינה חברתי, הגידול המשמעותי במספר המתגייסים התרחש דווקא בין השנים 2010-2013, טרם כניסתו של ההסדר לתוקף; ולעומת זאת, בשנתיים שבהן פעל ההסדר הואט הקצב (ראו פסקה 85 לחוות דעתה של הנשיאה). ברם, בחינת הנתונים אך ורק לאור ההסדר החוקי החל ולא על רקע התהליכים שקדמו לו, אינה משקפת דברים כהווייתם. למשל, מכיוון שתיקון מס' 21 לחוק לא הביא עמו שינוי משמעותי בנוגע לתקופת ההסתגלות הראשונה, חברתי אינה מייחסת לו חשיבות רבה בניתוח המספרי (ראו הסיפא של פסקה 82 לחוות דעתה). אולם דומני כי לתיקון זה יש ויש משמעות; האקלים הפוליטי שבו נחקק תיקון מס' 21 שונה בתכלית מן האקלים הפוליטי שבו נחקק תיקון מס' 19. האם לא סביר להניח שתהיה לכך השפעה? ימים יגידו. למעשה,

אין לנו כל נתון ממשי על מגמת הגיוס מאז שתוקן תיקון מס' 21. יתרה מכך: הסדר הגיוס לא נחקק בחלל ריק; הוא הגיע על רקע 'חוק טל' ובעקבות תקופה לא מבוטלת של 'ואקום נורמטיבי'. דווקא בתקופה זו היתה מגמת הגיוס בעלייה, ואילו החוק – אשר לכאורה מקדם שוויון יותר מאשר העדרו – בלם את המגמה. משמעות הדברים במישור הקשר הרציונלי מעוררת, אם כן, תהייה. מטעמים אלו נותרתי בדעתי כי אין באפשרותנו בשלב זה לקבוע כי ההסדר נכשל במבחן הקשר הרציונלי.

תכליות מורכבות

26. כפי שציינה חברתי, בהתאם לפסיקת בית המשפט בגלגוליה הקודמים של הסוגיה, הסדר הגיוס דנן מבוסס על שילוב של ארבע תכליות לפחות: האחת, עיגון הסדר של דחיית שירות לתלמידי ישיבות בחוק ראשי – "נוכח ההכרה בחשיבות לימוד התורה" (סעיף 26ג(א) לחוק); השניה, "להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית, במובן זה שיותר גברים בני הקהילה החרדית ישרתו בסופו של יום בשירות צבאי (רגיל או מיוחד), או לכל הפחות ישרתו שירות אזרחי" (עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 54); השלישית, הרחבת השתלבותו של הציבור החרדי במעגל העבודה; הרביעית, יצירת פתרון הדרגתי שמטרתו הגברת השוויון בנטל, על יסוד הסכמה רחבה וללא כפייה.

27. השילוב המורכב של תכליות אלו, לעתים מנוגדות זו לזו, משקף את מורכבותה של הסוגיה החברתית עמה מבקש להתמודד הסדר הגיוס, ואת הקושי לגבש הסדר שיגשים אותן כראוי. לגישה של חברתי, "התכליות העומדות בבסיס הסדר הגיוס החדש אינן מוגשמות בצורה מאוזנת. הניתוח מוביל למסקנה חד משמעית כי בחוק ניתן משקל יתר ניכר לתכלית של מציאת פתרון מוסכם והדרגתי (או יותר נכון, פתרון מדוד ואיטי) על חשבון התכליות האחרות ובפרט על חשבון התכלית של קידום השוויון" (פסקה 95 לחוות דעתה). חברתי אינה חולקת על כך, "שהסכמה היא רכיב חשוב ורצוי שעשוי להיות בעל תרומה מכרעת לפתרון הסוגיה שלפנינו... עם זאת, לא ניתן לקבל הסדר שזו כל חזונו. השאיפה המובנת להגיע להסדר המקובל על הציבור החרדי אינה יכולה להצדיק ויתור, הלכה למעשה, על השאיפה להגשים את המטרה המרכזית של החוק – צמצום משמעותי של הפערים בחלוקת הנטל" (שם).

28. איני שותף למסקנתה של חברתי: ראשית, במישור העקרוני, איני סבור כי יש בהסדר הגיוס החדש משום ויתור על השאיפה להגברת השוויון בנטל. כמפורט לעיל, התבוננות על מכלול הוראותיו של ההסדר מלמדת כי לפנינו הסדר חדש, 'מהודק' יותר מקודמו. הכרעתו של המחוקק ליתן משקל משמעותי לתכלית שעניינה פתרון מוסכם,

מצויה בתוך מתחם שיקול הדעת הנתון לו (והוא רחב מאד, לבטח בסוגיה דנן), הגיונה בצדה, ואין בה כדי ללמד כי ויתר על השאיפה לצמצום אי-השוויון. "כמובן, ניתן לחשוב על פתרונות שונים ומגוונים, המשקפים איזונים שונים ופשרות שונות בין המטרות החברתיות המתנגשות"; ברם, "ענין הוא לרשויות השלטון הפוליטיות. אין הוא ענין לרשות השופטת" (עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 56). בהקשר זה ראוי להעיר, כי מסקנתה של חברתי לפיה "האיזון הפנימי בין תכליותיו של החוק הופר באופן עמוק" (פסקה 96 לחוות דעתה), מבוססת על עמדתה כי המטרה המרכזית של החוק היא צמצום משמעותי של הפערים בחלוקת הנטל. עמדה זו מכירה למעשה בכך שמבין התכליות הראויות, יש תכלית ראויה יותר, וזאת בשונה מן העמדה שהובעה בעניין התנועה לאיכות השלטון (והתקבלה בעניין רסלר), שלפיה יש לבחון את "משקלן המצטבר של תכליות אלה, ושילובן זו בזו" (עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 55), כאשר "תכליתו המרכזית והכוללת של חוק דחיית השירות" היא "לקדם פשרה ואיזון בין התכליות הנוגדות" (שם, פסקה 66).

29. שנית, במישור המעשי, לנוכח תכליתו המורכבת של הסדר הגיוס, קשה מאד כמדומני לצפות מראש מה יהיה פועלו של החוק על המציאות. קושי מיוחד טמון בניתוח היחס שבין עקרון ההסכמה לעקרון השוויון, וכיצד הללו משפיעים אהדדי זה על זה. האם המוסיף 'שיניים' יוסיף שוויון? שמא תאמר: מילא, אם לא יועיל, לא יזיק; אך מי לידינו יתקע שאכן לא יזיק? ודוק: אם הנתונים מלמדים, כאמור, על כך שבשנים 2010-2013 – טרם כניסתו לתוקף של הסדר הגיוס דנן – חל גידול משמעותי במספר תלמידי הישיבות המתגייסים, ולאחר כניסתו של תיקון מס' 19 לתוקף (שנסיבותיו הפוליטיות ידועות) נבלמה מגמה זו, כי אז יש מקום לתהות האם נקיטת הסדר כופה יותר אכן תוביל לתוצאה המיוחלת. לשון אחר: עד שאנו מבקשים לעמוד על הקשר הרציונלי שבין הסדר הגיוס לבין הגשמת תכליותיו, ניתן דעתנו על הקשר האמוציונלי שבין הדברים. בתוך עמנו אנו יושבים; היטב ידענו כי 'הסדר גיוס' שנתפס (חלילה, שלא בצדק) כ'גזירת גיוס', לא יצלח. מלאכת השקילה והאיזון בכגון דא רגישה ומורכבת. כאמור, פתרונות שונים משקפים איזונים שונים ופשרות שונות. הסדר הגיוס שלפנינו משקף פשרה אפשרית, אחת מני רבות שניתן להעלות על הדעת; מוקדם לקבוע באופן נחרץ כי אין בכוחו להביא ליתר שוויון בחלוקת הנטל.

סיכום ביניים

30. לשיטת חברתי הנשיאה, הסדר הגיוס החדש לוקה בעיקר בשניים – העדר 'שיניים' מזה, וחסרונו של הסדר קבע מזה – ואינו מקיים אפוא קשר רציונלי בין

הוראותיו לבין תכליותיו. לשיטתי, בחינת ההסדר כמכלול; מיעוט הזמן שחלף מאז תוקן ההסדר, ושב ותוקן; תכליותיו מרובות האנפין, והאתגר הכרוך באיזון העדין ביניהם – כל אלו הביאוני לכלל מסקנה כי לא ניתן לקבוע כבר עתה, כעניין תאורטי, שהסדר הגיוס החדש אינו מגשים את תכליותיו. כללם של דברים: חברתי סבורה כי הסדר הגיוס החדש אינו אלא שימור המצב הקיים, משל היה הארכה שלישית של 'חוק טל'; גבי דידי, בהסדר שונה עסקינן, ואף אם אינו אידיאלי, מוקדם לקבוע כי אינו חוקתי.

31. כאמור, חברתי ממקדת את הדיון בשאלת הקשר הרציונלי שבין הוראות הסדר הגיוס לבין תכליותיו, אך בכך לא התמצו דברי ביקורתה. באחרית דבריה (ראו פסקה 99 לחוות דעתה) עומדת חברתי על כשלים נוספים מהם סובל לכאורה הסדר הגיוס החדש, בכלל זה: הדחייה ה'כמעט אוטומטית' של גיוס תלמידי הישיבות עד לגיל 21; קיומו של מסלול חלופי לשירות הצבאי בדמות שירות לאומי-אזרחי, השונה בטיבו ובמשכו; קביעת ה'משוואה' שלפיה שני לוחמים ימנו כשלושה מתגייסים לעניין יעדי הגיוס; משכן הארוך של תקופות ההסתגלות, והראשונה בפרט; השימוש במנגנון של 'מכסות' גיוס; והעדר סנקציות כלכליות על מוסדות חינוך חרדיים כאשר אין עמידה ביעדי הגיוס. כשלים אלו, אליבא דחברתי, מעוררים שאלות מהותיות המטילות צל כבד הן על האפקטיביות של ההסדר, הן על מידתיותו, ולפיכך ראויים לדיון ומחייבים חשיבה מחודשת. דא עקא, שהדברים נכתבו 'למעלה מן הצורך', 'ומבלי למצות'. זולת הקושי המעשי הטמון בהעדר 'שורה תחתונה' ברורה, המרבה את המבוכה ואת אי-הוודאות אצל המחוקק (מבוכה המתעצמת אף יותר בהתחשב עם הערותיהם של יתר חברי), הרי שדברי הביקורת הנ"ל מעוררים קושי מהותי באשר להנמקות העומדות ביסוד עמדתה של חברתי לעניין הקשר הרציונלי. כפי שהבהיר חברי השופט הנדל בחוות דעתו (והוא היחיד מבין חברי שעשה כן), דומה "כי לא כשל 'טכני' של אי התאמה בין האמצעים לתכלית לפנינו – כי אם פגם מהותי היורד לשורשו של האיזון בין הזכות לשוויון והתכליות הנוגדות. להבהרה זו משמעות רבה באשר לגיבוש ההסדר העתידי בידי המחוקק" (פסקה 9 סיפא). אבקש להעיר מספר דברים בעניין זה, בתמצית המתחייבת.

פרספקטיבה רחבה, ומידתיות במובן הצר

32. התבוננות בסוגיה שלפנינו בפרספקטיבה רחבה יותר, מחדדת את ההבנה כי ההכרעה הבינארית – חוקתי או לא חוקתי – אינה משקפת את עושר הלכטים והמתחים

המונחים על הכף. נתחבטתי הרבה, נטיתי מצד זה לצד אחר; כפי שכתבתי בפתח הדברים, קרוב הייתי להסכים עם חברתי הנשיאה.

33. בית משפט זה היה ועודנו ער למגוון המתחים המאפיינים את הדיון בסוגיה. שלוש נקודות מרכזיות חשובות לענייננו בהקשר זה: נקודת המוצא היא שמדובר בסוגיה חברתית-ציבורית, שהיא כשלעצמה מרובת פנים: "ימיה של השאלה כימי המדינה, אך פניה של הבעיה השתנו משך השנים, פשטו ולבשו צורה" (כדברי השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בעניין התנועה לאיכות השלטון, בעמוד 156). בניסוח משפטי יותר, מדובר בהתנגשות מטרידה בין זכויות יסוד: "הקרע אינו אך אידאולוגי. הוא קשור בהתנגשות בין זכויות אדם, בינן לבין עצמן" (עניין רובינשטיין, בעמ' 527). נקודה שנייה, והיא פועל יוצא מן הראשונה, שהדרישה ל'שוויון עכשיו', לא זו בלבד שאינה ריאלית, אלא שהיא אף לא מאזנת אל נכון בין השיקולים החברתיים והמשפטיים המונחים על הכף. "צמצום הפערים היוצרים את אי השוויון הוא אחד מאתגרי המרכזיים של המשטר הדמוקרטי, מתוך הכרה כי השוויון אינו תמיד בר-השגה על אתר, ולפעמים הוא מצריך תהליך חברתי ארוך טווח, המתנהל בהדרגה, עד להשגת היעד הנכסף" (דברי השופטת פרוקצ'יה בעניין התנועה לאיכות השלטון).

34. הנקודה השלישית, עניינה בהכרה עמוקה ומפוכחת במגבלותיו של עולם המשפט. כפי שציינה הנשיאה ביניש בעניין רסלר, החקיקה אינה חזות הכל:

"הפתרון לבעיה חברתית סבוכה זו אינו יכול להיות תוצר בלעדי של כפייה. ברי כי אחריות, ערבות 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 וערבות 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" (שם, פסקה 63).

35. כיוצא בדברים הללו כתבתי במקום אחר: "כוחו של חוק לחולל שינוי הוא מועט. רק חוק עם תנועה חברתית גם יחד, יכולים לחולל שינוי" (נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" דין ודברים ח 13, 27 (התשע"ד); ראו שם דוגמאות, נימוקים

ואסמכתאות). שאלה נכבדה היא, אם מעשה חקיקה הכופה יתר שוויון גם מעודד יתר ערכות הדדית, או דווקא מדכא אותה. אודה, כי שאלה זו מטרידה אותי.

36. ההכרה במגבלותיו של המשפט לא פסחה גם על שאלת מגבלות כוחו של בית משפט זה להניע שינוי חברתי בנדון. מחד גיסא, יש שנקטו גישה ריאליסטית כלפי המציאות:

“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 הדעת של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בעניין רסלר).

מאידך גיסא, יש מי שנקט בגישת 'יקוב הדין את ההר'. כך, למשל, הגיבה לדברים אלו חברתי הנשיאה בעניין רסלר:

“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” (שם, פסקה 3).

הדיון בנוגע לדילמה זו רחב, שופטים רבים נוספים בתקופות שונות הביעו עמדה בנושא, מגוון העמדות מרתק, ומבטא את מורכבות הסוגיה. אינני רואה צורך להוסיף נופך משלי. אומר אך זאת, שגם היבט זה של הסוגיה מטריד, ומחייב מחשבה. הדין נוקב ונוקב, וההר בשלו.

37. למיטב הבנתי, שילוב הנקודות הללו הוביל את בית המשפט לא רק לריסון יחסי, להשקפתי מוצדק, בדונו בעתירות שבעניין, אלא גם לצמצם עצמו – וכך עשינו, חברתי הנשיאה ואני, גם כעת – לדיון במבחן הקשר הרציונלי. מעבר לקביעה כי ההסדר פוגע בזכות חוקתית, אין בית המשפט נדרש, לכאורה, להכרעה ערכית בדבר מידתיות הפגיעה. בית המשפט הכיר בהסדרים שבנדון כמקיימים תכלית רבת אנפין, הכיר בה כתכלית ראויה, וקבע כי החוק אינו חוקתי משום שהסדריו אינם מקדמים תכליות אלו. על פרופוזיציה זו הובעה ביקורת:

”בעיקרו של דבר, ההסדר שנקבע בחוק הוא מתן פטור משירות. התכליות לכך יכולות להיות מגוונות, ובהן: הכרה בזכות לאוטונומיה תרבותית של הציבור החרדי, הכרה באינטרס ציבורי בלימוד תורה, קידום חופש הדת של הלומדים בישיבה, פשרה פוליטית לצרכים קואליציוניים, ועוד. אך כל אלה הן תכליות הנלמדות מן ההסדר העיקרי שבחוק והוא מתן הפטור. הכרעה בתוקפו של החוק מחייבת הכרעה האם תכליות אלה (או לפחות חלקן) הן ”ראויות”, ואם כן, האם לאורן הפגיעה בשוויון היא מידתית, בהתאם למבחני-המשנה השני והשלישי. זו כידוע סוגיה סבוכה ומורכבת, אך הכרעה בה היא בלתי נמנעת אם מכירים בכך שהחוק פוגע בזכות חוקתית. הדרך שבה בחר בית-המשפט מבטאת, במידה לא מעטה, טיעון בדרך של הנחת המבוקש. בית-המשפט מניח כי תכלית ההסדר היא, כאמור, דווקא לקדם את השוויון בדרך של גיוס חרדים לצה”ל, ואז קובע, קביעה שהיא טכנית בעיקרה המבוססת על בחינת מספר המתגייסים, כי החוק לא השיג את מטרתו. אך מבחינת הניתוח החוקתי זו עמדה בעייתית: קשה ליישב את הקביעה שהחוק פוגע בזכות לשוויון עם הקביעה שתכליתו של החוק היא קידום השוויון. מובן שחוק שתכליתו קידום השוויון אשר פוגע בשוויון אינו משיג את מטרתו ולכן הוא בטל. אך השאלה שבה הכרחי היה לדון היא האם הפגיעה בשוויון היא מוצדקת, לאור התכליות האחרות של ההסדר, שהן כמדומה העיקריות. זאת לא נעשה כאן ולפיכך הקושי” (ברק מדינה “ביקורת שיפוטית על חקיקה: פסקי-הדין בעניין חוק טל וחוק הנכבה” בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית 27.2.2012; וראו ברק מדינה “הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי” ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 67, 116-120 (2017) (להלן: מדינה – שוויון)).

אין לכחד, יש ממש בביקורת זו. מאחר שקבענו כי התשלובת המורכבת של תכליות החוק היא ראויה כשלעצמה, הרי שההתמקדות בניתוח הקשר הרציונלי היא ‘טכנית’ בעיקרה. בדרך זו, אנו פוטרים את עצמנו מדיון מהותי-ערכי לגופו של הסדר הגיוס. אך משתיחמנו עצמנו לבחינת הקשר הרציונלי, הרי שליבת הדיון מתמקדת

בפועלו של החוק על המציאות. המשמעות היא, שאיננו יכולים להתעלם ממגוון ההיבטים של השפעת החוק על המציאות, לטב ולמוטב. אכן, כאמור, הנתונים מראים כי עד כה לא הועיל החוק ברמה ממשית לקידום גיוס בני הישיבות לצבא. אך מה עלינו להסיק מכך? אם חקיקת תיקון מס' 19 דווקא בלמה את מגמת העלייה בשיעורי הגיוס; ואם הניתוח שאנחנו עורכים כאן הוא טכני ולא ערכי – הרי שמסקנה אפשרית היא, שהעדר חקיקה או הסדר 'רך' מובילים באופן אפקטיבי יותר לשוויון מאשר הסדר נוקשה. אם כך הוא, אנה אנחנו באים? לא זו בלבד: אנו בוחנים את הקשר הרציונלי, אך כאמור לעיל, בענייננו לאו דווקא הרציונליות היא ששולטת בכיפה. האם וכיצד עלינו לקחת זאת בחשבון? האם לא ראוי שנזהיר עצמנו ונתהה מה יהיה הקשר, הרציונלי או הבלתי-רציונלי, בין פסק דיננו זה לבין מגמות הגיוס?

38. יתר על כן. התמקדנו אמנם בקשר הרציונלי, אולם למקרא חוות הדעת של חברתי הנשיאה, והערות מקצת חברי, דומה שמבעד לדיון הפורמלי ב'חורים' שבחוק ובמספרים שבעובדה, מבוססת ההכרעה על קביעות ערכיות-מהותיות. כך למשל, הקביעה לגבי המדרג של תכליות החוק השונות, משמיעה למעשה הכרעה לפיה מדרג אחר של תכליות אלו הופך את תכליתו הכוללת של החוק לתכלית בלתי-ראויה. הערותיהם של חברי לגבי אי-נחת מהסדרים אלו ואחרים שבחוק, אמנם מבלי לדון בכך לעומק וכהערות אגב, מבוססות בחלקן, הלכה למעשה, על בחינת המידתיות במובן הצר. הכסות היא כסות טכנית, של העדר התאמה בין תכלית להסדר, אך התוכן הוא מהותי. במקום לקבוע אם התכלית שלפנינו היא תכלית ראויה, קובעים חברי מה צריכה להיות התכלית הראויה להסדר שכזה. כשלעצמי, סבורני כי מוטב שנהיה כנים עם עצמנו ועם המחוקק. אם סבורים חברי כי יש להכריע בשאלות הקשות שעל הפרק לגופן, אדרבה.

39. שעה שחברי לא נדרשו לדיון בשאלות אלו, אלא כהערות אגב, אף אני לא אביע לגביהן עמדה נחרצת. בכך אני נוקט בגישתו של הנשיא ברק, שקבע בעניין התנועה לאיכות השלטון כי גם מבחני המשנה השני והשלישי של המידתיות אינם יכולים להתברר כדבעי, כאשר לא ניתן לקבוע אם מתקיים מבחן המשנה הראשון (ראו שם, פסקה 69). יחד עם זאת, משבאנו להיכן שבאנו, אבקש להביע את עמדתי-שלי, באשר לאמות המידה הראויות לביקורת השיפוטית בסוגיה שלפנינו.

40. בעניין התנועה לאיכות השלטון ובעניין רסלר, נותר השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בדעת מיעוט. גישתו היתה שבנדון דידן יש לגזור על עצמנו שתיקה מעיקרא. העניין שלפנינו, כך לשיטתו, הוא מצב שבו הרוב החליט להעניק זכות-יתר לקבוצת

מיעוט, ולפי התיאוריה החוקתית שהציב, מצב שכזה אינו מצדיק ביקורת חוקתית שיפוטית, שמטבעה היא אנטי-רובנית.

41. השופט (כתוארו אז) גרוניס נותר בדעת מיעוט, ועל גישתו נמתחה ביקורת על-ידי חברי ההרכב; הן במישור התאורטי, הן במישור המעשי. בייחוד נטען, כי ההבחנה בין רוב למיעוט אינה פשוטה וחד-משמעית כפי שניתן לחשוב. רוב ומיעוט אינם נמדדים רק במספרים, אלא גם ביכולת השפעה. אני שותף במידה מסוימת לביקורת הזו. העניין שלפנינו מלמד כי כוח דמוגרפי לחוד וכוח פוליטי לחוד. אולם גם אם אין לשלול את הביקורת השיפוטית בעניין שלפנינו כעניין קטגורי, הרי שיש להציב את דבריו של הנשיא גרוניס כמגדלור וכתמרור אזהרה בבואנו לערוך ביקורת זו (ראו עוד משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521 (2007)). אי-אפשר להתעלם מכך שמדובר בפשרה פוליטית, שאותה קיבלו נציגי הרוב בכנסת, אחרי דיון וליבון, ועדות פרלמנטריות וחוק-פרלמנטריות, דיונים אקדמיים ומעשיים, ועוד מנגנוני עיון, לימוד ומחשבה. במסגרת פשרה פוליטית זו, החליט הרוב להגיע לפשרה עם מיעוט פוליטי. הדבר נעשה לאור סדרי עדיפויות שבחר לעצמו הרוב. אין להתעלם מעניין זה בבואנו להעביר את ההסדר תחת שבט הביקורת:

"החוק הוא פרי של פשרה חברתית. הפשרה נעשתה בין קבוצת הרוב, שאלה הנימנים עמה משרתים בצבא, לבין קבוצת המיעוט, שחבריה אינם מתגייסים לצבא ההגנה לישראל. כמובן, שלא כל אדם ואדם המשתייך לאחת משתי הקבוצות נתן את הסכמתו לפשרה. בהחלט ניתן לשער שבכל אחת משתי הקבוצות הנזכרות קיימים אנשים המסתייגים מן הפשרה, ואולי אף מתנגדים לה בתוקף [...]. פשרה כאמור מהווה שיקול שבית המשפט לא יכול להתעלם ממנו שעה שעולה בפניו שאלת חוקתיותו של חוק. כמובן, שהשיקול האמור יפעל לצמצום היקף הביקורת השיפוטית" (עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 9 לחוות הדעת של השופט (כתוארו אז) גרוניס).

משמעות הדבר היא שדיון לגופה של מידתיות, במובן הצר, יהא למעשה כניסה למגרש ההכרעה של הרשות המחוקקת. הצדקה לכך תהא רק כאשר הפגיעה החוקתית היא מובהקת וברורה. בעניין רובינשטיין נקבע כי הסדר דחיית הגיוס של תלמידי הישיבות הוא הסדר ראשוני, הנתון בידי הרשות המחוקקת, ואילו הרשות המבצעת אינה מוסמכת לקבוע אותו. קביעה זו יפה גם כלפי הרשות השופטת. אמנם איננו

קובעים כאן הסדר, אלא דנים בחוקתיות ההסדר הקיים; אך מוטב כי נשים את הדברים לנגד עינינו.

הפגיעה בשוויון – טיבה וטבעה

42. כאמור, במצב הדברים הקיים, דיון לגופה של מידתיות יהא מוצדק רק כאשר הפגיעה החוקתית היא מובהקת. מהו טיב הפגיעה החוקתית בנדון דידן? כידוע, הזכות לשוויון אינה מעוגנת במפורש בחוקי היסוד שלנו. לפיכך נקבע בשורת פסקי דין, בין היתר בעניין התנועה לאיכות השלטון, כי לא כל פגיעה בשוויון מצדיקה ביקורת חוקתית, כי אם פגיעה בשוויון שיש בה "קשר ענייני הדוק לכבוד האדם" (שם, פסקה 38 לפסק הדין של הנשיא ברק). הנה כי כן, לא די בכך שמושג השוויון הוא מורכב, ופנים רבות לו (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 27 לפסק הדין של הנשיא ברק; וכן ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 193 (2017)), עלינו לקבוע גם שהסדר הגיוס דנן עושה כן באופן הפוגע בכבודם של אלו אשר כן מתגייסים. לפנינו אפוא משוכה כפולה: עלינו לקבוע כי ההסדר פוגע בשוויון; וכי יש בפגיעה זו משום פגיעה בכבוד האדם של מי שאינו זוכה לפטור משירות.

43. הפגיעה בשוויון דכאן אינה מן הסוג הקלאסי, שבו מגן בית המשפט על מאן דהוא, פרט או קבוצה מובחנת, שהופלו לרעה ביחס ליתר בני החברה. בעניין שלפנינו מוענקת הטבה לקבוצה מסוימת, מבלי שיש בכך יחס פוגעני מפלה כלפי אחרים. מדובר אפוא בטענת הפליה מסוג שונה. היא מחייבת גם ביסוס תאורטי חלופי, כהצדקה לעריכת ביקורת חוקתית על-פיה. מלומדים שעסקו בנייתוח יחסו של בית משפט זה לזכות לשוויון העירו על כך: "ההנמקה בדבר פגיעה באוטונומיה של מי שהודר מתאימה למקרים של התחשבות פוגענית בהשתייכותו של אדם לקבוצה חברתית מובהקת [...] ותקפותה ביחס למקרים האחרים אינה מובנת מאליה. לא כל העדפה שניתנת לאנשים מסוימים לעומת אחרים, אפילו היא העדפה שאין לה הצדקה מוסרית טובה, מעבירה מסר חברתי מקפח, 'שוללת את האוטונומיה' של מי שקופחו או יש בה משום 'זלזול בוטה במעמדו השווה של האדם'" (מדינה – שוויון, בעמודים 71-72; ראו גם אביחי דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111 (2013) (להלן: דורפמן); סיגל קוגוט ואפרת חקאק "האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל" שערי משפט ז 99, 125 (התשע"ד)). התייחסות כללית לכל סוגי טענות ההפליה כמקשה אחת, עלולה לטשטש את גבולות הזכות החוקתית לשוויון, ובכך דווקא להחליש את ההגנה עליה. הדבר מחייב אפוא דיון מעמיק יותר במשמעו של המושג שוויון מזה, וכבוד האדם מזה.

44. באופן פרטני יש להקשות, האמנם אי-גיוסם של בני הישיבות מוביל לפגיעה בכבוד האדם של יתר בני החברה? קביעה זו קשה עלי קמעא משום שגבי דידי, השירות בצה"ל – עיקרו זכות ומיעוטו חובה. בזמנו, תהה על כך המשנה לנשיא מ' חשין (פסקאות 35-40 לחוות דעתו בעניין התנועה לאיכות השלטון), ותשובתו נחרצת – לשלילה. בצדק העיר, כי "אליס מילר נפגעה בכבודה משסירבו הרשויות לרושמה לקורס טיס אך באשר אשה היא. לני ייפגע בכבודו משתסרב הרשות לבקשתו לספחו ליחידה לוחמת אך בשל השתייכותו לעדה מסוימת או בגלל צבע עורו. ואולם קשה בעיניי לומר כי כבודו של ראובן ייפגע אך באשר משרת הוא בצה"ל בעוד אשר חברו שמעון פטור משירות. שהרי השירות בצה"ל הוא גם זכות גם חובה, וראובן מסכים כי שומה עליו לקיים את חובתו ולשרת בצבא" (שם, פסקה 38). אכן, זכות היא לתרום לחברה ולשרת בצה"ל; המשתמט מכך פוגע בכבודו-שלו, יותר משהוא פוגע בכבודו של זולתו. יש מקום, אם כן, לטענה לפיה התייחסות להסדר הגיוס כפוגע בכבוד האדם מבוססת על תפיסה רחבה מדי של מושג זה, בבחינת "כבודו מלא עולם" (כלשונו של המשנה לנשיא חשין בעניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 75), באופן שעלול להוביל לזילות ערך כבוד האדם (ראו גם דורפמן, בעמוד 141-144).

45. המלומד פרופ' מדינה הציע לאחרונה בסיס תאורטי אחר להיקף הזכות החוקתית לשוויון. לדידו, כאשר הכנסת קובעת הסדר המעניק הטבות לקבוצה מסוימת ולא לרעותה, יש בכך משום פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, אם "ההעדפה שנובעת ממנו של אינטרסים של קבוצת אנשים מסוימת נראית, על פניה לפחות, בלתי-מוצדקת על יסוד שיקולים ענייניים" (מדינה – שוויון, בעמוד 111). לגישתו, "כאשר החלטות שלטוניות בדבר הקצאת משאבים ציבוריים מתבססות על שיקולים 'לא ענייניים'" (שם, בעמוד 112), נפגע כבוד האדם של האזרח. זאת, משום שהכרעות הרשות המחוקקת צריכות להיקבע על סמך שיקולים ענייניים, ולא במסגרת אילוץ "תפוס כפי יכולתך" במסגרת המיקח-וממכר הפוליטי" (שם, בעמוד 119). החלטת המחוקק הנובעת מאילוץ כאלו פוגעת בכבוד האדם, אשר זכאי לצפות כי החלטותיו של השלטון כלפיו יתקבלו על סמך שיקולים ענייניים.

46. איני מסכים לגישה זו, לדידי יש בה קושי רב, ואם הבאתיה לא עשיתי כן אלא על מנת להצביע על הקושי שבתיחום היקפה של הזכות החוקתית לשוויון. את ביקורתית עליה אציג בקצרה. ראשית, גישה זו מבוססת על ההנחה "שהמודל האידיאלי של ההליך הפוליטי צריך להיות דומה במהותו לאופן ההכרעה השיפוטי, כלומר, הכרעה בהתאם להערכה של נציגי ציבור בדבר ההחלטה המיטבית לקידום האינטרס הציבורי. הכרעות חברתיות צריכות להתבסס על עקרונות כלליים של צדק, ולא על השאיפה לקדם אינטרסים

כיתתיים" (שם, בעמודים 106-107; המחבר מנגיד גישה זו לגישה שלפיה קיים "הבדל יסודי בין אופן ההכרעה הפוליטי האידיאלי לבין הכרעה שיפוטית" (שם, בעמ' 104), כאשר הראשון מבוסס על מעין 'מפגש רצונות' שבין נציגיהן של קבוצות-האינטרס שבחברה). לא זו בלבד, היא מבוססת על ההנחה שמתפקידו של בית המשפט לאכוף את 'המודל האידיאלי' הזה. הנחה זו מנוגדת לתפיסה החוקתית המנחה בית משפט זה בשלל הקשרים. המשפט החוקתי שלנו אינו מכריע בשאלה כיצד ראוי להתנהל הליך חקיקה אידיאלי, ובית המשפט אינו בוחן האם תוצר ההליך הזה הוא תוצר אידיאלי. מקומן של הכרעות חברתיות הוא בידי המחוקק, ובית המשפט מכיר ומכבד את כללי המשחק הפוליטי. בית המשפט בוחן את הליכי החקיקה בריסון רב, ואינו מתערב אם לא נפל פגם היורד לשורשו של ההליך (ראו, אך לאחרונה, בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקאות 68-69 לחוות דעתי (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי); כן ראו מדינה – שוויון, בעמ' 115); את התוצר החקיקתי הוא בוחן לפי חוקי היסוד ובהתאם לפסקת ההגבלה, אך בשום אופן אין הוא בוחן את ענייניות החוק ואת סבירותו. גישתו של פרופ' מדינה מבקשת, הלכה למעשה, להחיל את עילת הסבירות על החקיקה הראשית של הכנסת, בתואנה כי חקיקה בלתי-סבירה פוגעת בכבוד האדם. זאת לא אוכל לקבל. שנית, אף לגישתו של פרופ' מדינה בדבר הליך החקיקה הראוי, הקביעה כי הפרת עיקרון זה כמוה כפגיעה בכבוד האדם, חוטאת לדעתי באותו חטא של מתיחת פני כבוד האדם למחוזות שאין זה מן הרצוי להגיע אליהם (ראו טענתו בהקשר זה שם, בעמ' 112).

47. הדברים האמורים עד כה מלמדים על הקושי העיוני שבעריכת ביקורת שיפוטית על הסדר הגיוס דנן. בנדון שלפנינו אני נכון לקבל את הנחתם של חברי, כי יש כאן פגיעה בזכות החוקתית לשוויון כפי שהיא נגזרת מן הזכות לכבוד האדם; כבר הורה נקן (בבלי, שבת נא ע"א), ואין בכוונתי במסגרת דיון זה לחלוק על מושפלות יסוד שנקבעו בסוגיה זו. על כל פנים, כשאלה עקרונית, דומני כי הדברים זקוקים עוד לעיון וליבון, ולמצער מחייבים אותנו לזהירות יתרה בבואנו לערוך ביקורת שיפוטית להסדר הגיוס הנוכחי (ולאלו שיבואו אחריו).

הרהורי סיכום

48. אם באתי לכלל מסקנה כי אין מקום להורות על בטלותו של הסדר הגיוס, לא היה זה מחמת שמצב הדברים הנוכחי משביע רצון; נהפוך הוא. דבריו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין על הייאוש והתסכול לנוכח "הכשל המוסרי העצום" (פסקה ב לחוות דעתו), כמו גם דברי חברי השופט נ' הנדל על חשיבותו הרבה

של השירות הצבאי כחובה דתית (יתר על היותו חובה חוקית ומוסרית; פסקאות 10-13 לחוות דעתו) משקפים היטב את תפיסתי ותחושותי; אין לי אלא להצטרף אליהם בכל-פה. אלא שמורת-הרוח מהפער שבין המצוי לרצוי, אינה מצדיקה לעת הזאת את התערבותנו במישור המשפטי-חוקתי. הסדר הגיוס החדש שונה מקודמו, ואף שאינו חף מפגמים, הייתי מאפשר לו בשלב זה לפעול את פעולתו. יתרה מזאת, הביקורת הנוקבת שמביעים חברי כלפי הסדר הגיוס – אותו הם מכנים בין היתר 'גבינה שוויצרית', 'נשף מסכות' ו'אחיזת עיניים' – לא רק שהיא מחמירה לטעמי יתר על המידה, אלא שאינה משקפת את מצב הדברים לאשורו. למקרא דעת הרוב עשוי להתקבל הרושם כאילו 'הפתרון האידיאלי' מונח בקרן זוית, אלא שהממשלה והכנסת, ברפיון וחוסר נחישותן, נמנעות מלבוא וליטול; ולא היא. לא במדע מדויק עסקינן, ו'נוסחת פלא', כך נראה, אינה בנמצא. חוששני כי ביטולו של הסדר הגיוס, וחקיקת הסדר חדש תחתיו (שספק רב עד כמה יהא שונה מקודמו), לא ישימו סוף וקץ לצרת אי-השוויון בנטל; אדרבה.

49. הוויכוח הנוקב בחברה הישראלית בסוגיית גיוס בני הישיבות, בעיקרו, אינו יוכוח משפטי. הוא משקף קונפליקט בין נראטיבים, התופסים באופן שונה בתכלית את סיפור המעשה הקולקטיבי המתרחש בגבולות ארצנו הקטנה. אותו מעשה עצמו, יש הרואים בו חובה מוסרית מן המעלה הראשונה; מנגד, יש הרואים בו 'גזירת שמד'. "החוק הוא טביעת האצבע של הגיוון התרבותי והחברתי בתוכו הוא נוצר ובצלמו הוא נברא. ניסוחו משקף את האיזונים העדינים שבין כל קצוות החברה" (עניין קוונטינסקי, פסקה 6 לחוות דעתו של חברי, השופט הנדל); לטב ולמוטב.

50. המשפט הוא כוח: הוא כופה על בני האדם כיצד לנהוג. בד בבד, הוא מספר סיפור, בונה עולמות ומחריבן: "עצם ההטלה של כוח נורמטיבי על מצב עניינים, אמיתי או מדומיין, הוא מעשה של בריאת נראטיב" (נומוס ונראטיב, בעמ' 6). האופן שבו בוחר בית המשפט לספר את הסיפור, פעמים שמשמעותו רבה יותר מאשר 'השורה התחתונה', הציווי שבסוף הדרך: מן העבר האחד, בכך בא לידי ביטוי כוחו הכופה של המשפט; מן העבר השני, לעתים זוהי הדרך לפעול לתיקון עולם. על המשפטן, ועל השופט בפרט, נגזר לחיות עם המתח הזה.

51. בדרכנו הפתלתלה והעיקשת אל עבר 'חזון אחרית הימים' של השוויון בשירות הצבאי, כבר צעדנו כברת דרך מסוימת. מקצת מן ההתקדמות הושגה בעקבות גלגוליה הקודמים של הסוגיה גם בבית משפט זה, חלקה בשל תהליכים חברתיים. הדרך ארוכה היא ורבה. כחברי, גם אני מייחל ליום שבו האיזון שבין ערך לימוד התורה לבין

הנשיאה המשותפת בעול החברתי, יתייצב בנקודת שיווי משקל ראוי; נקודה שבה תכיר החברה, מחד גיסא, בחשיבות הנודעת לערך זה, "והגית בו יומם ולילה" (יהושע א, ח) ותאפשר לחבורת-לומדים הראויה לכך 'להמית עצמה באוהלה של תורה' (גם אם אינם נושאים בנטל השירות צבאי); ומאידך גיסא, יכיר הציבור החרדי בתביעה המוסרית הבלתי-מתפשרת מכל מי שאינו מקדיש את חייו ללימוד תורה, להטות שכם אחד עם אחיו, גם במישור השירות הצבאי, לכתחילה ולא בדיעבד. אולי יבוא יום שבו יהיה זה נכון להטיל את כובד משקלו של החזון על המציאות; אולם, כאמור, טרם בשלה העת.

52. ראשיתה של הסוגיה שהונחה לפתחנו איננה אפוא בעולם המשפט, גם לא אחריתה. המשפט הוא שחקן, אחד מני רבים, אך לכוחו משמעות מוגבלת. הכרה בכך היא נקודת המוצא; בנדון דידן, זוהי גם נקודת הסיום – לעת עתה.

53. לו דעתי היתה נשמעת, היינו מורים על דחיית העתירות.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה הממצה של חברתי, הנשיאה מ' נאור. בשל חשיבות הדברים – הנני מרשה לעצמי להוסיף מספר תובנות משלי.
2. בעולם קורה לא אחת שחוקתיות של חוק נבחנת יותר מפעם אחת בטענה שהמחוקק לא כיבד, כנדרש, את זכויות היסוד הקונסטיטוציוניות, כפי שפורשו על-ידי בית המשפט, או התעלם מהוראות חוקתיות רלוונטיות אחרות (ראו למשל: בארה"ב: פסק הדין של בית המשפט החוקתי מיולי 2008, 2 BvC 1/07, 2008; פסק הדין של בית המשפט החוקתי מיולי 2012, 2 BvE 9/11, 2012; בצרפת: HADOPI 1 פסק הדין של בית המשפט החוקתי מתאריך 10.06.2009; HADOPI 2 פסק הדין של בית המשפט החוקתי מתאריך 22.09.2009. לפירוט ההליכים והנושאים שנדונו שם – עיינו בחוות דעתי ב-ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited '1 פלוני, בפסקה 6 (13.05.2012)).

המשפט המשווה מלמד שבפעם השנייה שהמחוקק (ובית המשפט לאחר מכן) נדרשים לחוק שחוקתיותו עתידה להתברר – יש בדרך כלל מצד שתי הרשויות הללו התחשבות וזהירות מירביות בשל הצורך בכיבוד הדדי. לא כל שכן כך, כאשר מדובר בביקורת שיפוטית שלישית על מעשי המחוקק, שהיא נדירה ביותר, ואולם אפשרית ומוצדקת בנסיבות שבהן הפרלמנט – בחוקו חוק – סוטה מהותית מזכויות היסוד החוקתיות, או מהתנאים החוקתיים, כפי שאלה פורשו על-ידי בית המשפט. עיינו למשל:

בגרמניה: ההתדיינויות בבית המשפט החוקתי שם ביחס לחוק מס עיזבון ומתנות:

(א) פסק דין מתאריך 22.06.1995, 2BvR 552/91, BVerfG ;

(ב) פסק דין מתאריך 07.11.2006, 1 BvL 10/02, BVerfG ;

(ג) פסק דין מתאריך 17.12.2014, 1 BvL 21/12, BVerfG.

באיטליה: ההתדיינויות בבית המשפט החוקתי שם ביחס לחוק חסינות חברי הכנסת והשרים (על רקע הפרשות של ראש ממשלת איטליה דאז סילביו ברלסקוני והעמדתו לדין):

(א) פסק הדין מחודש ינואר 2004 (חוק מס' 140/2003);

(ב) פסק הדין מחודש אוקטובר 2009 (חוק מס' 124/2008);

(ג) פסק הדין מתאריך 13.01.2011 (חוק מס' 51/2010).

אצלנו תיקוני החקיקה בנושא שלפנינו (חוק דחיית שירות, שזכה בכינוי: "חוק טל", תיקון 19 והתיקון הנוכחי, שפורסם ב-ס"ח 2515 מתאריך 30.11.2015 (להלן: תיקון 21) ואשר יצר את הסדר הפטור הנוכחי (להלן: הסדר הפטור)) – מגיעים לביקורת שיפוטית זו הפעם השלישית, ואולם דומה שהערותינו בפסקי הדין הקודמים שהוצאנו בנושא אינן מופנמות, ולפיכך אין לנו אלא לחזור ולהורות על ביטול החוק המתקן.

איזו זכות חוקתית נפגעת כאן? על כך אשיב מיד בסמוך, בהתבסס על חוות

דעתי בבג"ץ 6298/07 יהודה רסלר נ' כנסת ישראל (21.02.2012) (להלן – ענין רסלר).

3. נקודת המוצא לבדיקה החוקתית שלנו בסוגיה זו 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 מספר השלמות:

(א) כפי שהעיר, 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 של 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, למשל, לדחיית שירות אוטומטית לצרכי לימודים, בהשוואה לחברייהם החרדים, שנהנים מפריבילגיה שכזו. יתר על כן כאשר המיועדים לשירות בטחון, שאינם חרדים, זוכים בדחיה לצרכי לימודים (לרוב במסגרות של עתודה אקדמית ומסגרות דומות) – הם נדרשים לחזור לשירות חובה מלא לאחר הלימודים ואף מתבקשים, לעתים קרובות, להתחייב לשירות קבע.

(ג) השירות הסדיר בישראל הוא בגדר חובה והוא מהארוכים מסוגו בעולם (ברוב המדינות השירות הסדיר המקובל מתמשך בין 12 ל-24 חודשים, ורק בצפון קוריאה ובאתיופיה – אורך התקופה הוא מעבר לזה הנהוג אצלנו. עיינו בחוות דעתי בעניין רטלר). בכך יש משום הכבדה ניכרת על המשרתים, הן ביחס לצעירים אחרים בעולם, הן ביחס לאוכלוסיות הלא-משרתות בישראל (הערבים והחרדים). אלה כאלה יכולים להתקדם במסלול חייהם האזרחי – בו בזמן שהמשרתים בישראל "מתעכבים", וגם בכך יש משום פגיעה בזכויות החוקתיות שלהם: לחירות, לכבוד ולאוטונומיה (התפתחות אישית).

4. הנה כי כן הסדר הפטור הגלום בתיקון 21, מושא העתירות, 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) חוק יסוד הצבא קובע, בסעיף 1 שבו, כך:

"צבא-הגנה-לישראל הוא צבאה של המדינה"

אם לתיבה של: "המדינה" בהוראה הנ"ל מוצמדת המהות החוקתית של המדינה, המוגדרת כמדינה יהודית ודמוקרטית, מתקבל המשפט הבא:

"צבא-הגנה-לישראל הוא צבאה של מדינת ישראל
כמדינה יהודית ודמוקרטית".

לצימוד זה משמעויות רבות (ראו מאמרי: צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ספר רובינשטיין – משפט ואדם, משפט ועסקים י"ד 347 (תשע"ב-2012) (להלן: מאמרי על צה"ל), ולענייננו – כרקע לדברים – יש לקרוא את הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הצבא, הקובעת כדלקמן:

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

מצירוף זה, הנסמך על העקרונות הנשאבים מהיותה של המדינה יהודית ודמוקרטית – מתבקש שוויון בחובות השירות וכן איסור הפליה בדחיות השירות ובפטורים (אלא אם כן יש בנמצא אבחנות ענייניות, סבירות ומידתיות).

(ב) נוכח האמור בס"ק א) שלעיל – פטור קולקטיבי הניתן לקבוצת אוכלוסיה מסוימת, ומקנה, או שולל פטור אינדבידואלי (שהוא גם מותנה בהתקיימות התנאים למימוש הפטור הקולקטיבי), הכל כפי שחוקק בתיקון 21, הוא איפוא פסול, מעבר לכך שאין הוא עומד בדרישת המידתיות, כפי שיובהר עוד להלן.

5. עתה אבדוק אם תיקון 21 עומד בדרישות "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).

6. הפגיעה בתיקון 21 נעשית אמנם בחוק, ואולם, כפי שרמזתי כבר בפיסקה 4 שלעיל – ספק בעיניי אם תיקון 21 הולם את ערכיה של מדינת ישראל, ואני גם תוהה אם הוא נועד לתכלית ראויה. מעבר לכך – תיקון 21 נכשל אף בדרישת המידתיות.

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 הכלולה בו הוא המצומצם ביותר מבין האמצעים האפשריים.

(ג) מבחן האמצעי המידתי במובן הצר ("מבחן היחסיות" – כהצעתו של פרופ' א' בנדור במאמרו: "מגמות במשפט ציבורי בישראל – בין משפט לשפיטה" (משפט וממשל י"ד 377 (2012)). ראו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פ"ד ס"ג (3) 500 (2010) מפי חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין, בפיסקה 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: אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה, עמ' 295-455 (2010)).

7. חברתי הנשיאה וכן חברי, השופט נ' הנדל, הראו בבהירות מדוע תיקון 21 איננו צולח אפילו את מבחן המשנה הראשון הנ"ל (את מבחן הקשר הרציונאלי). אני מצטרף לנימוקיהם ומבקש להוסיף עוד כי התניית פטור פרטני, או שלילה שלו בעמידה ביעדי גיוס קולקטיביים של מי שהוגדרו כמשתייכים לאוכלוסייה החרדית – אין לה קשר רציונאלי לתכלית הנטענת. התנייה כזאת הופכת את הפרט כ"שבו" של הכלל וגם בכך היא נכשלת בדרישת המידתיות (השוו: בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996)). זאת ועוד, בהגדרת המשתייכים לאוכלוסייה החרדית על-פי החקיקה הנתקפת (סעיף 26טו(א) להסדר הפטור שבחש"ב), נכללים גם מי שפרשו מהעולם החרדי, ובלבד שהשתייכו בעבר, כדי שנתיים לפחות בהיותם בגיל 14-18,

למסגרות חינוך חרדיות. יתר על כן, על-פי החקיקה הנתקפת, יעדי הגיוס מחושבים באופן שלפיו כל שני צעירים שהיו רשומים במסגרות חרדיות כאמור לעיל, ומתגייסים לשירות קרבי בצה"ל, רואים אותם לעניין יעדי הגיוס כשלושה (ראו: סעיף 26טו(ו) להסדר הפטור שבחש"ב). הוראות אלה, כפי שהראה חברי, השופט נ' הנדל, מעוותות את התכלית הנטענת, וממילא הקשר הרציונלי שבינה לבין האמצעי שנבחר להשגתה – תלוי על בלימה.

8. נוכח האמור בפסקה 7 שלעיל, שבגדרה הוסק כי הסדר הפטור איננו צולח אפילו את מבחן המשנה הראשון למבחני המידתיות – הנני פטור לכאורה מלדון בשאר מבחני המשנה של המידתיות, ואולם בהתחשב בעובדה שחברי, השופט נ' סולברג, ראה להציע כי נדחה את העתירות, מוצא אני לנכון להעיר הערה בהקשר לחוות דעתו, וכן להתייחס גם למבחני המשנה הנוספים של המידתיות.

חברי, השופט נ' סולברג, גורס כי ראוי שנמתין עם ביטול הסדר הפטור, מושא העתירות, כדי שמימושו בפועל ייבחן בעתיד בתקופות הזמן הקצובות בתיקון 21, כפי שבית משפט זה נהג לגבי חוק טל. לא ניתן, לדעתי, להיענות למשאלה זו משתי סיבות:

(א) "מי שנכווה ברותחין, נזהר בצוננין", שכן הארכות החוזרות ונשנות שניתנו כדי לבחון את אופן מימושו של חוק טל – לא הועילו להגשמת התכליות שעמדו ביסודו.

(ב) אם יש צורך בהמתנה כדי לבחון את מימוש הדברים – ראוי היה שייעשה כן לגבי התיקון החקיקתי שקדם לתיקון הנוכחי ובא בעקבות ביטולו של חוק טל (תיקון 19). מה גם שכבר עתה משיבי הממשלה אינם עומדים לכאורה בחובות הדיווח המוטלות עליהם מכוח תיקון 21 (ראו, למשל, סעיף 26ט"ז(א) לחש"ב). האמור כאן מביא אותי להערה נוספת באשר למבחן המשנה השני של המידתיות (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה), ואותו אלבן מיד להלן.

9. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה בוחן כאמור, האם לצורך הגשמת תכליות החוק, נעשה שימוש באמצעי שהיקף פגיעתו בזכות החוקתית, הוא המצומצם ביותר מבין האמצעים האפשריים. הכנסת, בחוקקה את תיקון 21, כלל לא ערכה בדיקה שכזו ומכאן שקיום מבחן המשנה האמור לא הוכח.

10. נוכח כל האמור לעיל ממילא תיקון 21 איננו עומד גם במבחן היחסיות, הוא מבחן המשנה השלישי של המידתיות. מכאן שאף הצעתו של חברי, השופט י' עמית, לנסות מתן פטור מיידי לחיילי הגיוס החרדים לתקופה – לא רק שאיננה משרתת את התכלית הנטענת שביסוד הסדר הפטור ונוגדת את הרציונל של חובת הגיוס, הנלמדת מחוק יסוד: הצבא, אלא שהיא אף עומדת כמתח בלתי ניתן לגישור עם דרישות המידתיות.

11. זה המקום להעיר כי אינני רק שולל את הקיים, ובחוות דעתי בענין רסלר הבאתי מספר לקחים מהמשפט המשווה, במספר מדינות אשר נהוג בהן, או שהיה קיים בהן שירות חובה (וביניהן: אוסטריה, ברזיל, גרמניה, דנמרק, יוון, נורבגיה, סינגפור, פינלנד, קוריאה-הדרומית, קוריאה-הצפונית, קפריסין, שוויץ ותורכיה). מאלה ניתן ללמוד מספר דברים מאלפים:

(א) בשוויץ – היהודים נקראים לשרת שירות חובה ואולם ליהודים דתיים (וגם לחרדיים שבהם) נותנים תנאים הולמים, המבטיחים בין השאר: שמירת כשרות, שבת וחגי ישראל. הם אף מקבלים החזרי הוצאות בעבור תשלומים ששילמו לשם השגת ארוחות בכשרות מיוחדת (שלא מסופקות על ידי הצבא). עיינו: חוזר מטעם איחוד הקהילות היהודיות בשוויץ:

http://www.swissjews.ch/pdf/de/religioeses/merkblatt_militaer_2010.pdf.

(ב) 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.

(ג) 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. יתר על כן למי שמשרת במסגרת הצבאית מעניקים ככלל תנאים כלכליים עודפים בעת השירות (והטבות ייחודיות לאחר השחרור), בהשוואה לזכויות המקבילות המוענקות למי שבחרו בשירות האזרחי. עיינו: Panu Poutvaara and Andreas Wagner, THE POLITICAL ECONOMY OF CONSCRIPTION in THE HANDBOOK ON THE POLITICAL ECONOMY OF WAR, 3 (Christopher J. Coyne & Rachel L. Mathers eds., 2011).

גם אצלנו נפסק שהעדפה שכזו – מותרת. עיינו: בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (13.12.2006); דנג"ץ 1241/07 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (14.10.2007); פסק דיני ב-בג"ץ 11088/05 הייב נ' מינהל מקרקעי ישראל (19.08.2010).

12. במידע המובא בפסקה 11 שלעיל (ובהרחבות הנוספות שפורטו בחוות דעתי בענין רטלר), ניתן לעשות שימוש לצרכי חקיקה עתידית, ואולם ראוי לשים אל לב כי בכל חקיקה שכזו, ככל שתיעשה, יהיה צורך (לאחר בדיקות מתאימות מתחייבות):

(א) להבטיח את המשך קיומן של ישיבות ההסדר, שפעילותן מעוגנת כיום בחקיקה הקיימת (וקודם לכן – באין חוק – היה להן ביטוי ובסיס בפקודות הצבא). על נושא זה עמדתי עוד בחוות דעתי בענין רטלר, ועתה אף חברתי הנשיאה איזכרה בחוות דעתה את הדבר. ראו עוד הרחבה בנושא זה בפסקה 14 שלהלן.

(ב) לאפשר את המשך טיפוחם של אותם עילויים 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 למסגרות השירות האזרחי למיניהן (שניתן גם להרחיבן אף ביחס לאוכלוסיות אחרות הפטורות משירות צבאי).

(ד) לקבוע מדדים מוסכמים וחד-ערכיים, שיאפשרו לבדוק את "מבחן התוצאה" – להשגת תכליותיו המוצהרות של הסדר הפטור.

13. זאת ועוד – אחרת. כיום (ולמעשה מאז תיקון מס' 7 לחש"ב) ניתן למצוא גם במסגרת התשתית הנורמטיבית הקיימת – פתרונות לחלק מהבעיות שניסו לתת להן תשובות במסגרת תיקוני החקיקה, מושאי העתירות, ולו לגבי החרדים המבקשים לשרת וכן ביחס לאוכלוסיות פטורות נוספות, כמו, למשל, ערביי ישראל. את אלה ניתן לשלב בגדר מה שמכונה "שירות מוכר", המוסדר בסעיף 26 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, בשם 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 בצורה מיטבית גם את אורח חייהם של החרדים ושל האוכלוסיות הפטורות האחרות, כפי שהדבר נעשה במסלולים השונים לשילוב חרדים בצה"ל (שח"ד).

טרם שאגיע לסיכומים, מחובתי להעיר הערה אחת נוספת.

14. חברי, השופט י' עמית, ביקר בחוות דעתו את מסלול ישיבות ההסדר וטען כי שירות מקוצר זה של תלמידי ישיבות דתיים-לאומיים הנכללים בהסדר האמור, לכאורה קשה יותר להצדקה מאשר הפטור הניתן לצעיר החרדי משום שאורח החיים הדתי-לאומי ואורח החיים של הצעירים המשתייכים לקהילה זו אינם מהווים חסם ומניעה של ממש לשירות צבאי מלא, או לפחות קרוב לכך.

בכל הכבוד, דעתי שונה. אני סבור כי הנכללים במסלול ה"הסדר" תורמים רבות לצה"ל והם מטובי החיילים והקצינים הקרביים. מעבר לכך, הקצינים שביניהם ממילא משרתים לרוב שירות סדיר מלא ואף מתחייבים, לעתים קרובות, לשירות קבע. ישנם אף חיילים במסגרת ה"הסדר", אשר בוחרים שלא לנצל את קיצור השירות בפועל ועושים מה שקרוי: "שסדר" (שש שנים בהסדר, מתוכן כ-3 שנות שירות חובה). בעשותם כן – אלה כאלה – מוכיחים הלכה למעשה, כי ניתן לשלב ספרא וסייפא, ולוואי כי הצעירים החרדים הנהנים מהפטור היו פוסעים אף הם בנתיב דומה, כפי שעשו מרבית אבותיהם בתקופת קום המדינה ומיד לאחר מכן.

התובנות האחרונות מובילות אותי אל הסיום, ובסיכום אחזור על מה שאמרתי ב"סוף דבר" בחוות דעתי בענין רסלר, בשינויים המחויבים.

סיכום

15. נוכחנו לדעת שהסדר הפטור – במתכונתו הנוכחית – איננו יכול לסכון עוד. עם זאת הפתרון איננו בהתלהמות, אלא במציאת הסדרים אמיתיים, מידתיים ומדורגים, שהם אפשריים במסגרת הבעיה שלפנינו והתכליות המוצהרות, שעמדו בבסיס תיקוני החקיקה שעסקו בניסיונות להסדירה. נראה לי שניתן עדיין להגיע לפתרונות 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 שבחרים לשרת). מאידך גיסא גם על החרדים להכיר בתרומתם האדירה של המשרתים לביטחון המדינה ולשלומה.

(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.

16. אם יושג הסדר חקיקתי ברוח האמור לעיל, 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 מסוימת (הלא-מספקת עדיין) שחלה בנושאים, מושאי העתירות. 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 – התנתבו, בין היתר, למסגרות משפטיות, וההכרעות בהן עיצבו, כידוע, את דמותה של ארה"ב. 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 לפיסקה האחרונה.

17. חבריי: המשנה לנשיאה (בדימ') א' דובינשטיין והשופט נ' הנדל כללו בחוות דעתם בענין רסלר וכן כאן, אמירות של גדולי הרבנים, לרבות החרדים, ומעשים שסופרו עליהם והוכיחו כי אלה הכירו בחשיבותו של השירות בצה"ל ובמסירות הנפש במסגרתו. לנוכח אמירות אלו, מסתבר איפוא שיש עדיין פתח לתקווה, מה גם שקיימים גם כיום גורמים רבי-משקל בעולם החרדי האוחזים בגישה דומה, אף שיש להודות כי אלה מתמעטים לאחרונה לצערנו. הנה לפני מספר שנים, קראנו שאחד מראשי ישיבת פוניבז' (העומדת בשורה הראשונה של הישיבות החרדיות), הרב הגאון ירחמיאל גרשון אדלשטיין, השיב לתוקפיו (שביקרו אותו על "חיבת יתר" לחילי 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 כב' 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. מי יתן.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: בג"ץ התנועה לאיכות השלטון), נדונה לראשונה שאלת חוקתיותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן: חוק דחיית שירות). חוק זה ביקש להתמודד עם אחת הסוגיות הרגישות והמורכבות המפלגות את החברה הישראלית. הוא קבע הסדר ראשוני, מוגבל לחמש שנים, אשר נועד לצמצם באופן משמעותי את אי השוויון ואת הפער בחלוקת הנטל הנובעים מדחיית השירות הצבאי של תלמידי ישיבות. מטרה נוספת שעמדה ביסוד אותו החוק הייתה לקדם את שילובם של תלמידי הישיבות בשוק העבודה.

בשל חשיבותה ורגישותה של הסוגיה שאותה ביקש חוק דחיית שירות להסדיר, התאמנו את הביקורת השיפוטית למאפייניה הייחודיים של סוגיה זו וקבענו פעם אחר פעם כי יש לבחון את חוקתיותו ואת המודל ההדרגתי אשר נקבע בחוק על פי "מבחן התוצאה". מטעם זה נדחו בשנת 2006 העתירות בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון. קבענו שם כי אילו נדרשנו להכריע על פי מצב הדברים באותה עת היינו מכריזים על בטלות הסדריו של החוק משום שאינו צולח את מבחן המשנה הראשון של תנאי המידתיות והוא - מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונאלי בין מטרות החוק ובין האמצעי שנבחר להגשימן. למרות זאת, סברנו, כאמור, כי יש לבחון את חוק דחיית השירות ב"מבחן התוצאה" ובלשון פסק הדין "מבחנו של חוק דחיית השירות הוא בהגשמתו, הלכה למעשה" (שם, פסקה 64). ב-18.7.2007 החליטה הכנסת להאריך את תוקפו של חוק דחיית השירות בחמש שנים נוספות עד ליום 1.8.2012 ובעקבות כך הוגשו חמש עתירות חדשות (בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (8.9.2009)) (להלן: בג"ץ רסלר). בהחלטה שניתנה בבג"ץ רסלר ביום 8.9.2009 הבענו מורת רוח מן היישום האיטי של ההסדר הסטטוטורי האמור ומן העובדה כי מכלול הנתונים שהוצגו באותה העת לעניין שילוב תלמידי הישיבות בשירות הצבאי ובשירות האזרחי אינו משקף שינוי משמעותי מן הסוג שאליו כיוון פסק הדין בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון. עם זאת, סברנו גם באותו שלב כי יש מקום לדחות את שעת ההכרעה בסוגיית חוקתיותו של חוק

דחיית השירות וליתן לחוק זה להוציא את מלוא חמש שנותיו על מנת שניתן יהיה לברר בתום אותה התקופה האם המנגנונים שנקבעו בו החלו לפעול את פעולתם והאם יש בכוחם לחולל את השינוי המשמעותי המיוחל. אלא שתקווה זו נכזבה למרבה הצער ובחלוף כעשר שנים מאז נחקק ההסדר הסטטוטורי הראשון בסוגיה זו נאלצנו לקבוע כי חוק דחיית שירות במתכונתו הנוכחית לא יוארך ותוקפו יפוג ביום 01.08.2012, בשל היותו בלתי חוקתי גם במבחן התוצאה. וכך ציינתי שם:

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 (בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (21.2.2012) בפסקה 5 לחוות דעתי)

2. בעקבות פסק הדין שניתן בבג"ץ רסלר חוקקה הכנסת את תיקון 19 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1988 (להלן: חוק שירות בטחון) והעתירות שבפנינו כווננו במקורן נגד אותו התיקון. אך בטרם שהיה סיפק בידינו להכריע בהן נחקק בעקבות הבחירות לכנסת ה-20, תיקון 21 לחוק שירות בטחון וכתוצאה מכך, השאלה שעמדה לכתחילה ביסוד העתירות דנן והנוגעת לחוקתיותו של תיקון 19 לחוק, הפכה לשאלה תיאורטית אשר אין טעם לעסוק בה עוד (ראו פסקה 10 לפסק דינה של חברתי הנשיאה נ' נאור). הביקורת השיפוטית בפסק דיננו זה מתייחסת, אפוא, להסדר הגיוס התקף כיום לאחר תיקון 21, לפיו הוכנסו תיקונים משמעותיים בחוק לרבות בהוראות תיקון 19 שקדם לו.

3. בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון משנת 2006, הצטרפתי לדעת הרוב אשר סברה, כאמור, כי יש לדחות את העתירות וכי אף שהחוק אינו צולח את אחד ממבחני המשנה הנוגע למידתיות הפגיעה בשוויון, אין לבטלו כחוק בלתי חוקתי ויש להמתין עד תום התקופה שנקצבה לאותו החוק, על מנת לבחון את תוצאות יישומו הלכה למעשה. ציינתי שם כי אני מצטרפת לדעת הרוב אך הוספתי כי העניין "תם ולא נשלם". הנחתי כבר אז כי מדובר בסוגיה שיהא עלינו לשוב ולהידרש אליה, אך לא שיערתי כי בחלוף למעלה מאחת עשרה שנים מאז ניתן אותו פסק דין וכחמש עשרה שנים מאז נחקק חוק דחיית שירות לראשונה, תעמודנה רגלינו באותו מקום ואולי אף למטה ממנו, בלא שנמצא לנו עד כה פתרון לסוגיה חשובה ומורכבת זו או אפילו נתיב מסומן וסלול העשוי להוליך לפתרון הולם וחוקתי כנדרש. וכך, למרבה הצער אנו מוצאים עצמנו

בוחנים זו הפעם הרביעית את חוקתיותו של דבר חקיקה הנוגע לסוגיית גיוס תלמידי הישיבות.

4. שותפה אני למסקנה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה ולפיה הסדר הגיוס החדש המעוגן בתיקון 21 לחוק שירות בטחון "סובל מכשלים אינהרנטיים המובילים לכך שלא קיים מתאם מספק בין הוראותיו לבין תכליתו של ההסדר". כך קיים כשל עמוק ביכולתו של ההסדר לצמצם באופן משמעותי את אי השוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי וכן קיים כשל הנעוץ בזמניותו של הסדר הגיוס החדש ובהיעדרו של הסדר קבע, שהוא לדעת חברתי הנשיאה הפגם החמור ביותר בהסדר. כדבריה "החוק אינו מנסה כלל להתכנס להסדר גיוס שוויוני או כמעט שוויוני. המחוקק בחר שלא לקבוע הסדרים, לאחר שנת 2023, שיוכלו להוביל ליתר שוויון או לפחות להוביל לצמצום משמעותי של אי השוויון הקיים היום" (פסקה 73 לפסק-דינה). אוסיף ואציין כי "מבחן התוצאה" שאומץ על ידינו בעבר לצורך הביקורת השיפוטית בסוגיה זו מוליך אף הוא לאותה מסקנה עצמה. כפי שציננה חברתי, בצדק, "בשלב זה הרף הוא גבוה ויש להראות כי קיימת הסתברות ממשית ומשמעותית לשינוי בעקבות הסדר הגיוס החדש..." ואף בעניין זה אין לי אלא להצטרף אל המסקנה שאליה הגיעה חברתי ולפיה "הנתונים העובדתיים אינם מצביעים על כך שהסדר הגיוס החדש תורם במידה ובהסתברות הנדרשות לקידום השוויון. היפוכם של דברים: בחינת הישגיו של ההסדר בפועל מלמדים כי הסיכוי שעם פקיעתו יירשם צמצום משמעותי בחוסר השוויון - הוא קלוש בלבד" [ההדגשה במקור-א.ח.] (פסקה 75 לפסק-דינה).

5. מטעמים אלה, אשר נותחו ופורטו באופן מקיף וממצה בפסק דינה של חברתי הנשיאה, אני מצטרפת בצער אל התוצאה שאליה הגיעה ולפיה הסדר הגיוס החדש המעוגן בחוק שירות בטחון דינו להתבטל, משום שאינו צולח את המבחנים החוקתיים הקבועים בפסקת ההגבלה. כמו כן, אני מצטרפת לעמדתה של חברתי לפיה נקבע כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף בתום שנה מיום מתן פסק דין זה, על מנת לאפשר לרשות המחוקקת וכן לכל הגורמים האחרים הנוגעים בדבר לגבש הסדר סטטוטורי הולם וחוקתי בסוגיה חשובה זו.

6. לסיום ראיתי לשוב על דברים שאותם כתבתי בבג"ץ רסלר במענה לעמדתו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס אשר סבר שם בדעת מיעוט כי "זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל ולכניסתם לשוק העבודה" וכי "היכולת של בית המשפט להשפיע במקרה דוגמת זה שבפנינו הינה מועטה" (פסקה 2 לחוות דעתו). לא השליתי את עצמי אז ואינני משלה את עצמי גם היום כי החלטה

שיפוטית היא לבדה יש בכוחה לפתור סוגיה חברתית רגישה, מורכבת ורבת פנים זו. ואולם סברתי אז ומדעתי זו לא שיניתי 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. (שם, פסקה 6 לחוות דעתי)

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג, לקבל את העתירות בבג"ץ 1877/14, בבג"ץ 1937/14 ובבג"ץ 8017/15 במובן זה שיבוטל פרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 ובטלותו תיכנס לתוקף בעוד שנה מהיום. בנוסף, הוחלט פה אחד לדחות את העתירה בבג"ץ 2260/14.

ניתן היום, כ"א באלול התשע"ז (12.9.2017).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה (בדימ')

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט