

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3267/97

בג"ץ 715/98

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לין
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט י' אנגלרד

העותרים בבג"ץ 3267/97:

1. אמנון רובינשטיין
2. חיים אורון
3. ברק כץ
4. יוסי נחשתן
5. ברוך אולשק
6. אלון פורת
7. אילן פרידמן

העותרים בבג"ץ 715/98:

1. רס"ן (מיל") יהודה רסלר
2. אגודת הסטודנטים החדשה של אוניברסיטת תל-אביב
3. 15,604 סטודנטים ממוסדות שונים להשכלה גבוהה בארץ
4. 1,100 תלמידי תיכון מבתי ספר תיכוניים שונים בארץ
5. רס"ן (מיל") אהוד פלג

נ ג ד

המשיב בבג"ץ 3267/97
ובבג"ץ 715/98:

שר הבטחון

התנגדות לצו על תנאי

תאריכי הישיבות: כ"ג באייר התשנ"ח (19.05.98)
י"ג בתמוז התשנ"ח (07.07.98)

בשם העותרים
בבג"ץ 3267/97: עו"ד רענן הר-זהב; עו"ד ליאור כץ;
עו"ד ציפי נגל-אדלשטיין

בשם העותרים
בבג"ץ 715/98: עו"ד יהודה רסלר; עו"ד אהוד פלג;
עו"ד יאיר שגיא

בשם המשיב בבג"ץ 3267/97
ובבג"ץ 715/98: עו"ד עוזי פוגלמן

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

דחיית שירות הבטחון של תלמידי ישיבות אשר "תורתם אומנותם" נבחנה על ידי בית משפט זה בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (להלן - פרשת רסלר). על פי הנתונים שהוצגו לבית המשפט בפרשת רסלר, מתוך המחזור המתגייס לצה"ל ב-1987- קיבלו דחיית גיוס 1,674 תלמידי ישיבות (שהם 5.4% מכלל המחזור). המספר הכולל של תלמידי הישיבות שנמצא אותה שנה בהסדר של דחיית הגיוס היה 17,017. על רקע זה נקבע בפרשת רסלר כי שר הבטחון הוסמך לדחות את גיוסם של תלמידי הישיבה, וכי הפעלת שיקול הדעת היתה במסגרת מיתחם הסבירות. בפסק דיני ציינתי, כי:

"יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של תלמידי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול שאותו אין שר בטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות" (שם, עמ' 505).

מאז אותה פרשה חלפו למעלה מעשר שנים. מספרם של תלמידי הישיבות המשתתפים בהסדר דחיית השירות הלך וגדל. על פי הנתונים שהוצגו בפנינו קיבלו ב-1997 כ-8% מכלל המחזור דחיית גיוס בשל הטעם שהם תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם". המספר הכולל של תלמידי הישיבה המצויים בהסדר בשנה זו הוא 28,772 (נכון לאוגוסט 1997). ההשלכות החברתיות של ההסדר הן מרחיקות לכת: נוצר קרע עמוק בחברה הישראלית, תוך תחושה הולכת וגוברת של חוסר שיוויון. חלקם של תלמידי הישיבה - אלה שאינם מצליחים להשתלב בצורת הלימודים של "תורתם אומנותם" - נקלעו למצב ללא מוצא; הם אינם לומדים, שכן ההסדר אינו מתאים

להם; הם אינם עובדים, שכן אין הם רוצים לחשוף את אי עמידתם בתנאי ההסדר. התוצאה הינה הפרת חוק נמשכת, דלות אישית, ופגיעה בשוק העבודה. השאלה הניצבת לפנינו היום הינה, האם השלכות אלה ואחרות אינן חוצות את הגבול שבו "הכמות עושה איכות"? האם לא מתבקשת מהמצב הסבוך אליו נקלעה החברה הישראלית המסקנה, שהסוגיה כולה שוב אינה יכולה למצוא את הסדרה הנורמטיבי בדחיית גיוס הניתנת על ידי שר הבטחון? האם לא נובע מהמציאות הניצבת בפנינו כיום, כי הסוגיה כולה צריכה למצוא את פתרונה בדבר חקיקה של הכנסת, אשר יוכל להתמודד עם מלוא המורכבות של הבעיה? אלה הן השאלות הקשות הניצבות לפנינו היום.

העובדות

1. ההיסטוריה של דחיית שירותם בצבא של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" - עליה עמדנו בפרשת רסלר (עמ' 449-451) - היא כהיסטוריה של מדינת ישראל עצמה. היה זה שר הבטחון הראשון, דוד בן-גוריון, אשר הורה על דחיית גיוסם של תלמידי ישיבות אשר "תורתם אומנותם" משירות בצבא. באותה עת שוחררו תלמידים שלמדו במספר קבוע ונתון של ישיבות כאשר מספר המשוחררים לא עלה על כארבע מאות (400) תלמידי ישיבה בשנה. מספר זה של דחיות התמיד עד ל1970-. מאותה שנה חלו שינויים בהסדר הקיים. ההגבלה על מספר הישיבות בוטלה. מספר תלמידי הישיבה שזכו לדחיה עלה. ב1975- נקבעה מכסה של 800 תלמידי ישיבות בשנה שיזכו בדחיית השירות. בעקבות ההסכם הקואליציוני מ1977- הוסרה ההגבלה על מספר מקבלי הדחיה. הורחב היקף הזכאים לדחיית השירות. נכללו בהם, בין השאר, בעלי תשובה, מורים בחינוך העצמאי ובוגרי בתי ספר תיכוניים ומקצועיים דתיים. כן הוקלו הדרישות מבעלי הדחיה. כך, למשל, תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" והם מעל לגיל שלושים שנה, הורשו לתת שיעורי תורה ולקבל תמורתם מילגות צנועות. דומה שאותה עת חל שינוי בטעמים המונחים ביסוד ההסדר. הטעם המקורי להסדר היה הרס הישיבות באירופה בשואה, והרצון למנוע סגירתן של הישיבות בישראל בשל גיוסם של תלמידי הישיבה לצבא. כיום טעם זה שוב אינו קיים. הישיבות פורחות בישראל, ואין חשש רציני שגיוס תלמידי ישיבה, על פי מתכנתת זו או אחרת, יביא להעלמותו של מוסד זה. אכן, הטעם הקיים כיום ביסוד ההסדר הינו, מחד גיסא, הרצון לאפשר לתלמידי ישיבה להמשיך בתלמודם, ומאידך גיסא, התפיסה כי יעילות שירותם של תלמידי הישיבה מוטלת בספק עקב קשיי ההסתגלות שלהם לצבא ושל הצבא אליהם.

2. ההסדר עליו הורה דוד בן-גוריון - ואשר אומץ על ידי שרי הבטחון שאחריו - עורר ויכוחים ציבוריים נרחבים. הוא נדון פעמים רבות בכנסת (ראו פרשת רסלר, עמ' 450). נעשו מספר נסיונות לעתור בעניין זה לבית המשפט העליון (ראו שפ, עמ' 453). נסיונות אלה נכשלו, לאור עמדתו של בית המשפט העליון, כי

לעותרים אין מעמד בדין וכי הנושא אינו שפיט. שינוי בעמדתו של בית המשפט העליון בא בפרשת רסלר. בית המשפט ציין כי לעותר מעמד בדין, וכי עתירתו שפיטה (נורמטיבית ומוסדית). לגופה של העתירה נקבע, כי דחיית השירות הניתנת על ידי שר הבטחון לתלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" היא בגדר סמכותו של השר ואינה חורגת ממתחם הסבירות. עם זאת נקבע, כי "אם מספרם של אלה ששירותם נדחה בשל לימודי תורה יילך ויגדל, עד שהוא יקיף מספר רב של יוצאי צבא, באופן שהבטחון נפגע, יגיע בוודאי רגע שבו נאמר, כי ההחלטה לדחות את הגיוס הינה בלתי סבירה ודינה להיפסל" (פרשת רסלר, עמ' 506). ברוח דומה ציינה המשנה לנשיא, השופטת בן-פורת, כי "ייתכן, שבעתיד יגיעו מימדי הדחיות לכדי שיקול רציני באשר לסבירות גישתו של שר הבטחון, עד כדי הצדקה להתערבותו של בית משפט זה" (שם, עמ' 512). בית המשפט הדגיש כי שיקול דעתו של שר הבטחון הוא נמשך, וחובת שיקול הדעת נמשכת והולכת. עמד על כך הנשיא שמגר, בציינו:

"הנושא צריך להיבדק לא רק על פי מראיתו, על רקע התפתחותו מעת קום המדינה ועד עתה, אלא גם לפי מהותו המתמשכת ועל פי המשמעויות וההשלכות הדבקות בו משנה לשנה, לעתיד לבוא. פירושם של דברים הוא, כי מה שאנו קובעים עתה לגבי תוקפו המשפטי של ההסדר, כאשר הוא מועבר לראשונה בשבט הביקורת השיפוט הענייני, אינו בא לפטור את הרשות המבצעת מן החובה להוסיף ולבחון ולשוב ולבחון מעת לעת את המשמעויות של הענקת פטור למספרים הולכים וגדלים של יוצאי צבא... אין המדובר איפוא בנתונים יציבים אלא בעובדות, המשתנות והמתחדשות מדי שנה. משמע, על הרשות המוסמכת מוטלת החובה לבחון את הנתונים מדי שנה ולתת את הדעת על שאלת זיקתם של נתוני הרקע האחרים" (שם, עמ' 524-525).

3. הדיון הציבורי בשאלת דחיית גיוסם של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם" נמשך גם לאחר פסק דינו בפרשת רסלר. בסמוך לאחריו פורסם (באוגוסט 1988) דין וחשבון של ועדת משנה של ועדת החוץ והבטחון. ועדת המשנה קבעה, כי ההסדר בעניין דחיית גיוסם של תלמידי הישיבה מחייב שינוי על ידי קביעת מסגרות המשלבות שירות צבאי עם לימוד תורה. תשומת הלב הופנתה לדגם של "ישיבות ההסדר". כן הומלץ על האפשרות לפטור כמאתיים (200) תלמידים מצטיינים משירות צבאי. שאר תלמידי הישיבה יחויילו בהגיעם לגיל עשרים וארבע. הם יעברו תקופת אימונים קצרה וישרתו שירות מקוצר בן שנה. לדעת ועדת המשנה, מחובתה של הכנסת לנקוט עמדה מפורשת בשאלת דחיית השירות של תלמידי הישיבה. ועדת המשנה פנתה לשר הבטחון "ליזום בהקדם הצעת חוק שתסדיר את שירות תלמידי הישיבות בצה"ל ברוח המסקנות וההמלצות של הוועדה" (דו"ח ועדת המשנה לבחינה מחודשת של הפטור מגיוס לתלמידי הישיבות (1988), עמ' 42).

4. סדרי דחיית גיוסם של תלמידי ישיבות לשירות בטחון שימשו נושא לדו"ח השנתי (מס' 39) של מבקר המדינה לשנת 1988. "הביקורת העלתה, שאין פיקוח מניח את הדעת על ביצוע תנאי ההסדר כהלכתם. אין

מידע שוטף, סדיר ושלם על מעבר תלמידים משיבה לשיבה, ואין פיקוח יעיל אם תלמידי השיבות הנהנים מההסדר אינם עוסקים בעבודה אחרת בשכר. יתר על כן, הצבא אינו אוכף במידה מספקת את ההתייבבות של תלמידי השיבה במועד לשם חידוש דחיית גיוסם. אין, לדעת הביקורת, הצדקה להתייחס בסלחנות לזלזול בתנאי ההתייבבות במועד" (דו"ח שנתי 39, עמ' 908). לדעת הביקורת, מן הראוי, שבחינה מחודשת של הנושא אכן תיערך, וכי הנושא "יידון בכנסת, מתוך הכרה בחשיבותו הציבורית הרבה" (שם, שם). הוועדה לענייני ביקורת המדינה דנה (באפריל 1991) בדו"ח הביקורת. הוועדה ראתה בחומרה את הליקויים שהתגלו בפיקוח של מינהל הגיוס, על קיום ההסדר לדחיית גיוסם של תלמידי השיבות. הוועדה סברה, כי "לנוכח צורכי הבטחון הקיומיים של מדינת ישראל ולנוכח הנטל הכבד שבו נושאים אזרחי המדינה בתחום השירות הצבאי, אין הצדקה למצב שבו עשרות אלפי אזרחים יקבלו דחייה ממושכת, שמשמעותה המעשית, ברוב המקרים, הוא פטור משירות הבטחון".

5. ב-24.7.92 מינה שר הבטחון ועדה לבחינת הסדר דחיית השירות של תלמידי שיבה ש"תורתם אומנותם". בראש הוועדה עמד עוזר שר הבטחון והמשנה למנכ"ל משרד הבטחון, מר ח' ישראל. הוועדה נתבקשה לבדוק את הנהלים, אמות המידה ודרכי הפיקוח על הסדר דחיית שירות לתלמידי שיבה ש"תורתם אומנותם". הוועדה הגישה המלצותיה (באוגוסט 1995) לשר הבטחון. הוועדה המליצה על אמצעי בקרה ופיקוח להבטחת הגשמתו של ההסדר. בין השאר הציעה ועדת ישראל לקצר את תקופת הדחייה לתלמידים עד גיל 25 לחצי שנה, כך שיתייצבו בלשכות הגיוס פעמיים בשנה; לקבוע מתכונת של דיווח קבוע על ידי ראשי השיבות לצה"ל פעמיים בשנה; לקבוע הליך ביטול הכרה בשיבה אשר אינה ממלאת את תנאי ההסדר ולשפר את דרכי האכיפה על ידי העברת מידע למשטרה ולפרקליטות, אשר יטפלו בתלמידי שיבה המפירים את כללי ההסדר.

6. מבקר המדינה חזר לסדרי דחיית גיוסם של תלמידי שיבות לשירות בטחון בדו"ח השנתי (מס' 48) לשנת 1997. אותה עת עמד מספרם של תלמידי השיבה שגיוסם נדחה על 28,772. תלמידי השיבה ששירותם נדחה היוו 7.4% מכלל השנתון שהתגייס ב-1996. הודגש בדו"ח כי לא נערך פיקוח יזום, מקיף ורציף על קיום התנאים של "תורתו אומנותו" בקרב אוכלוסיית תלמידי השיבות שגיוסם נדחה. כל עוד זה מצב הדברים - קובע מבקר המדינה - לא ניתן לדעת אל-נכון אם יש הטוענים ש"תורתם אומנותם", אך למעשה אינם לומדים, ומה שיעורם של אלה מכלל אוכלוסיה זו. כל שניתן היה לקבוע הוא כי נכון למרץ 1997, מכלל תלמידי השיבות שגיוסם נדחה (28,547) הצטרפו ב-1996 לשירות בצה"ל, 2.8% מהתלמידים. כמו כן לא נעשה כל ניסיון לבחון עד כמה תלמידי שיבה ש"תורתם אומנותם" - ואשר על פי ההסדר חייבים ללמוד בשיבה ואינם רשאים לעסוק בשום עבודה או עיסוק - אינם עובדים ואינם מתפרנסים לנפשם. כמו כן הודגש בדו"ח, כי במערכת הבטחון לא נערך דיון שיטתי ורציף בבחינת המשמעות של הענקת דחיה למספרים הולכים וגדלים של

יוצאי צבא, שהם תלמידי ישיבות, בגדר "תורתם אומנותם". בסימו של הדו"ח נקבע כי "נוכח ממצאי בדיקת המעקב, על רקע צרכי הביטחון דהיום... הסיכום של דו"ח הביקורת הקודמת... לא רק שלא איבד מתוקפו, אלא שהדברים שנאמרו שם קיבלו היום משנה תוקף; ואושרו ביתר שאת את ההמלצה לערוך דיון מעמיק בנושא דחיות הגיוס ש'תורתם אומנותם' (דו"ח שנתי 48, עמ' 1011).

7. דחיית גיוסם של תלמידי ישיבה אשר "תורתם אומנותם" נדונה מספר רב של פעמים במליאת הכנסת. ביום 11.3.92 דנה הכנסת בשמונה הצעות חוק פרטיות לתיקון חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן - חוק שירות בטחון). ההצעות ביקשו להגביל את משך הדחיה ששר הבטחון רשאי להעניק ואת מספר מקבלי הדחיה. כן הוצע אימוץ מתכונת שירות לתלמידי ישיבות ש'תורתם אומנותם' הדומה לזו של תלמידי "ישיבות ההסדר". כל ההצעות הוסרו מסדר היום. בחודש נובמבר 1993 דנה הכנסת בהצעה לתיקון חוק-יסוד: הכנסת. ההצעה התנתה את מתן הזכות לבחור ולהיבחר במילוי חובת שירות לאומי, תוך צמצום עד למספר מזערי את הפטורים משירות בטחון, הניתנים לתלמידי ישיבות. ההצעה הוסרה מסדר היום. על שולחנה של הכנסת הארבע עשרה הונחו שמונה הצעות חוק פרטיות בעניין גיוסם של תלמידי ישיבה ש'תורתם אומנותם'. ההצעות מבקשות לקבוע מכסה למספר מקבלי דחיית שירות, הגבלות על משך הדחיה וחובת שירות מילואים מלאה למי ששירותו נדחה. שלוש מהצעות אלה הוסרו (ביום 8.7.98) מסדר יומה של הכנסת.

המצב הקיים

8. על פי מצב הדברים הקיים, ניתנת דחיה משירות בטחון למי ש'תורתו אומנותו'. התנאי להצטרפות לקטיגוריה זו הוא כי המועמד לשירות בטחון למד באופן רצוף מגיל 16 בישיבה תורנית, תיכונית או מקצועית. כן רשאי להצטרף לקטיגוריה זו מועמד לשירות בטחון אשר למד בבית ספר תיכון דתי, וניגש לבחינת בגרות בתלמוד ברמה של חמש יחידות. בקטיגוריה של מי ש'תורתו אומנותו' כלולים גם בעלי תשובה. תנאי הוא, כי מי שכלול בקטיגוריה של "תורתו אומנותו" אינו עוסק בשום עבודה או עיסוק אחר שמקובל לקבל בעבורו תמורה. חריג לתנאי זה הוכר לגבי תלמידי ישיבה המועסקים במשרה תקנית של מורה בבתי ספר של הרשתות של הזרמים השונים בעדה החרדית. אלה רשאים לקבל שכר עבור עבודתם זו. הוא הדין בתלמידי ישיבה מגיל עשרים ותשע ומעלה המלמדים בתלמודי תורה, בהם לומדים ילדים עד גיל שלוש עשרה וב"מגידי שיעור". אלה האחרונים הם מורים בני עשרים ותשע ומעלה המלמדים בישיבות, אשר בהן גיל התלמידים הינו משלוש עשרה עד שבע עשרה, או ישיבות שבהן גיל התלמידים הוא משמונה עשרה ואילך. דחיית השירות מסתיימת, והמועמד לשירות בטחון ש'תורתו אומנותו' מקבל פטור משירות בטחון, אם הגיע לגיל שלושים וחמש ויש לו ארבעה

ילדים, או בהגיעו לגיל ארבעים ואחת. על פי הנתונים המעודכנים כיום נכללים בהסדר למעלה מ-28,000 איש מכל שנתוני הגיוס, שגיוסם נדחה. נתונים אלה מצביעים על עליה מסויימת בהיקף דחויי הגיוס. כך, למשל, בעוד שבשנת 1995 עמדה מצבת תלמידי הישיבות במעמד "תורתו אומנותו" על 26,262 איש, הרי שבשנת 1996 (בנתונים הנכונים ליום 31 במרץ 1997) עמדה המצבה על 28,547 איש. בשנת 1995 היקף המצטרפים להסדר עמד על כ-6.4% מתוך שנתון הגיוס, ואילו בשנת 1996 היה היקף דחויי הגיוס במסגרת "תורתו אומנותו" כ-7.4% משנתון הגיוס, וב-1997 הוא עמד על 8% משנתון הגיוס.

9. תלמיד ישיבה המיועד לשירות בטחון, והנכלל בקטיגוריה של "תורתו אומנותו", העוזב קטיגוריה זו - אם מיזמתו שלו ואם על פי החלטת מנהל הגיוס - נקבעת מחוייבותו בשירות צבאי בהתאם לגילו ולמצבו המשפחתי. אכן, מצבת השהים במסגרת הסדר דחיית השירות אינה סטטית. קיימת תנועה של הצטרפות ועזיבה במהלך כל שנתון. כך למשל, לגבי השנתון הבסיסי של ילידי שנת 1973, בשנת 1991 (בהגיעם לגיל גיוס) עמד אחוז המצטרפים להסדר על 6%. לגבי אותו שנתון, בהגיעו לגיל 21 לערך (בשנת 1994) עמד אחוז בני השנתון השהים בהסדר על 4.8%.

10. על פי ההסדרים הנהוגים, מפקד לשכת הגיוס מאשר את ההצטרפות לקטיגוריה של "תורתו אומנותו" למועמד לשירות בטחון הלומד באחת הישיבות המוכרות על ידי ועד הישיבות בארץ ישראל, לאחר שעבר את תהליכי ההתייצבות, ולאחר שהצהיר כי "תורתו אומנותו", וכי איננו עובד בעבודה או בעיסוק כלשהם, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, פרט ללימודיו בישיבה. המיועד לשירות בטחון מתחייב, כי אם במועד כלשהו תוך כדי תקופת דחיית ההתייצבות לשירות בטחון לא יתקיים אחד מתנאי המעמד, יתייצב מיד בלשכת הגיוס ויודיע על כך. כמו כן הוא מתחייב לדווח ללשכת הגיוס על כל מעבר ללימודים בישיבה אחרת. על גבי הצהרה זו של תלמיד הישיבה (שאמורה להיות מוגשת כל שנה מחדש) ובהמשך לה, חותם ראש הישיבה על הצהרה מטעמו ולפיה הוא מתחייב, כי אם התלמיד יפסיק את לימודיו במהלך השנה, הוא יודיע על כך תוך שלושים יום למזכיר ועד הישיבות בארץ ישראל. מזכיר ועד הישיבות מאשר כי התלמיד עונה על הקריטריונים הנדרשים להצטרף למעמד "תורתו אומנותו", ומצהיר כי "אם נקבל הודעה כי הנ"ל הפסיק את לימודיו בישיבה במהלך שנת הלימודים, הנני מתחייב להודיע על כך מיד למפקד לשכת הגיוס". המועמד לשירות בטחון מקבל דחיית גיוס שנתית. מדי שנה הוא נדרש לשוב ולחדש את מעמדו ולבקש דחיית גיוס לשנה נוספת. עליו להציג בלשכת הגיוס אישור עדכני על המשך לימודיו מראש הישיבה וממזכיר ועד הישיבות ולהתחייב מחדש לקיים את כל התנאים הנובעים מהסדר "תורתו אומנותו".

11. שתיים הן העתירות המונחות בפנינו. האחת הינה עתירתם של ח"כ אמנון רובינשטיין, ח"כ חיים אורון ואחרים (בג"ץ 3267/97). השניה הינה עתירתם של רס"ן (מיל") יהודה רסלר ואחרים (בג"ץ 715/98). בעתירה הראשונה מתבקש שר הבטחון לבוא וליתן טעם מדוע לא יקבע מכסה מקסימלית סבירה של תלמידי ישיבות להם ניתנת דחיית שירות צבאי. העתירה השניה מבקשת משר הבטחון לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי אין לשר הבטחון סמכות לדחות את מועד התייצבותם של תלמידי ישיבות לשירות סדיר. שתי העתירות מתארות את מצב הדברים בעבר ובהווה בעניין דחיית שירותם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם". בשתי העתירות נטען, כי ההסדר הקיים פוגע בעקרון השוויון, חורג ממיתחם הסבירות ונעדר מידתיות. בעתירה השניה נטען, כי שר הבטחון אינו מוסמך כלל להסדיר העניין בחקיקת משנה, וכי מן הראוי שהסוגיה כולה תוסדר בחקיקה הראשית.

12. בדברי תשובתו ציין שר הבטחון כי בבואו לבחון את הפעלת סמכותו לדחיית שירותם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם", הוא שב ובחן את המסגרת המשפטית שנקבעה בפרשת רסלר. שר הבטחון סבור כי השיקולים שהינחו שרי בטחון קודמים בהפעלת סמכותם, כוחם יפה גם כיום. בהקשר זה ציטט שר הבטחון את השיקולים הבאים - המובאים בפרשת רסלר - שעמדו לנגד עיניו של שר הבטחון, בתשובתו לעתירה בפרשת רסלר:

"א. 'העובדה שאורח החיים של תלמידי הישיבות הינו דתי קיצוני ביותר ועקב כך ההליכה לצבא גורמת להם בעיות חמורות בהסתגלות לחברה ולתרבות זרות להם, וקשיים בשמירה קפדנית על מצוות הדת. כך, למשל, אין הם מכירים בהכשר של הרבנות הראשית לישראל, כשהם עצמם מתפצלים להכרה במספר הכשרים מיוחדים של רבנים שונים, ונהגי יום יום אחרים שלהם עלולים להערים קשיים רבים בהערכות צה"ל לשילובם במסגרותיו'.

ב. 'העובדה שיעילות שירותם מוטלת כל כולה בספק עקב הקושי הנפשי שלהם להתבטל מתלמוד תורה ועקב חינוכם ואורח חייהם המיוחד'.

ג. 'איש אינו יכול להתנבא, אם גיוס אלפים רבים של תלמידי ישיבות, אשר יראו בגיוסם לצבא פגיעה ביסוד אמונתם, לפיה תלמוד תורה קודם לחובה לשרת בצבא, יוסיף לכח הלחימה של צה"ל, או חלילה, יפגע בכוח זה. אין כל בטחון שגיוס כזה, גם אם יגדיל מבחינה מספרית את כוחו של הצבא, לא יהיו לו השלכות שליליות מרחיקות לכת על חוסנה הפנימי והחיצוני של המדינה' (ראה בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד לו(1) 81, 86).

ד. 'כבוד מחויבותם הרוחנית וההיסטורית של לומדים ומלמדים ש'תורתם-אמנותם' להמשיך ברציפות את קיום הערך של לימוד תורה'.

ה. 'הרצון שלא לפגוע בעקרון האמור שהוא נעלה ומקודש לחלק מהאוכלוסיה בישראל ובתפוצות'.

ו. 'הכרה ברגישות הציבורית העמוקה של נושא השנוי במחלוקת אידיאולוגית בקרב הציבור בישראל, ובצורך באיזון ממלכתי עדין של מחלוקת מסוג זה".

בהמשך תשובתו ציין שר הבטחון כי לאחר ששקל את מכלול השיקולים והנתונים, במסגרת שנקבעה בפרשת רסלב, כאשר צרכי הבטחון מהווים את השיקול הדומיננטי - ולאחר שנועץ בראש הממשלה - הוא הגיע לידי מסקנה כי לאור השיקולים שפורטו, הרי במצב הקיים כיום לא קיימת פגיעה משמעותית בצרכי הבטחון. לדעת שר הבטחון, בסוגיה אשר אין בה הסכמה לאומית והיא נתונה למחלוקת חריפה, אין לנקוט צעד שעלולות להיות לו תוצאות קשות הן במישור הפרטי והן מבחינת הערכות הצבא, נוכח השיקולים עליהם עמד, כאשר לא ברור כי תצמח תועלת של ממש לבטחון המדינה מקבלת החלטה בנושא מעורר מחלוקת זה.

13. בגדר בחינת הנושא, נתן שר הבטחון דעתו לשאלה - אשר עלתה בעתירה הראשונה מבין שתי העתירות שלפנינו (בבג"ץ 3267/97) - אם יש מקום לקבוע מכסה שנתית למצטרפים להסדר. לדעת שר הבטחון, בשלב זה, ההסדר במתכונתו הנוכחית - אין בו פגיעה מהותית בצרכי הבטחון, ואין מקום להחליפו במכסה שנתית. עמדתו של שר הבטחון הינה כי קביעת מכסה תצריך, בין היתר, קביעת קריטריונים להבחנה בין הראויים להיכלל במכסת המצטרפים להסדר, לבין אלה אשר לא ימצאו ראויים לכך ויגויסו גיוס רגיל. קביעת קריטריונים כאלה, על רקע השיקולים לקיומו של ההסדר, מעוררת לדעת השר קשיים משפטיים וציבוריים ניכרים. בשל כך - בשלב הנוכחי - אין לנקוט בצעד זה.

14. שר הבטחון ציין בכתב תשובתו, כי החליט לאמץ וליישם את המלצות ועדת ישראל. הוא הינחה את גורמי משרד הבטחון והצבא לפעול לקידום הפיקוח על קיומו התקין של ההסדר, שנועד לוודא כי הדחיה איננה מנוצלת לרעה, והיא נתונה לפיקוח ובקרה. בהקשר זה מינה שר הבטחון צוות ליישום ההמלצות, ובהן עיגון עיקרי ההסדר בתקנות; הסדרה של התחייבות ראשי הישיבות כלפי צה"ל; הגשת תצהירים מצד תלמידי הישיבה; קביעת קריטריונים להכרה בישיבות ובכוללים; הגדלת מספר ההתייצבויות של תלמידים צעירים (גילאים 18-20) לפעמיים בשנה והגברת הסנקציות כנגד מפירי ההסדר, הן בהעמדה לדין של המפירים והן בקביעת הליך לביטול הכרה בישיבה שאינה ממלאת אחר תנאי ההסדר. שר הבטחון קבע, כי לאחר יישום ההמלצות הלכה למעשה, תיבחן השפעתן על מספר המצטרפים להסדר. השר הוסיף, כי מערכת הבטחון תוסיף לעקוב מעת לעת אחר התפתחות היקף השוהים בהסדר ומשמעויותיו השונות, על מנת ששר הבטחון יוכל לשקול את השפעתו על בטחון המדינה, ואת הצורך בקביעת מכסה שנתית מירבית למצטרפים.

15. בטיעונים בעל-פה חזרו באי כוח הצדדים על עמדותיהם הבסיסיות. עו"ד פוגלמן, שטען לשר הבטחון, הדגיש כי השיקול הדומיננטי של שר הבטחון הוא השיקול הבטחוני. במסגרת שיקול זה ציין את חוסר האפקטיביות של השירות הצבאי של תלמידי הישיבה "שתורתם אומנותם". שיקול זה היה רלבנטי לעניין הטעמים המקוריים להסדר, והוא ממשיך להיות רלבנטי לטעמים החדשים להסדר. בהקשר זה ציין מר פוגלמן, כי ראש הממשלה ביקש למנות ועדה ציבורית, בראשותו של שופט בית המשפט העליון בדימוס, השופט צ' טל, אשר תבחן מחדש את ההסדר. בשל הסתייגות של חלקים מהציבור החרדי, לא מומשה הצעה זו. שאלנו את מר פוגלמן, אם לא היה זה מן הראוי כי גופים המייצגים את האוכלוסייה החרדית יהיו מיוצגים בפנינו. עו"ד פוגלמן השיב, כי הציבור החרדי בכלל וכן ועד הישיבות בארץ ישראל מודעים לדיון בעתירות, ואילו חפצו בכך היו ראשים לבקש הצטרפות לדיון שבפנינו. ביקשנו מעו"ד פוגלמן להפנות את תשומת הלב של הגורמים האמורים לדבר קיומה של העתירה, והוא הבטיח לעשות כן.

16. עו"ד הר-זהב (שטען לעותרים בבג"ץ 3267/97) הדגיש בדבריו בפנינו, כי לא נעשתה כל בדיקה המבססת את הטענה כי שירותם הצבאי של תלמידי הישיבה לא יהיה אפקטיבי. לטענתו, האוכלוסייה הכלולה בהסדר אינה עשויה מעור אחד, ואין כל סיבה ששירותם של רבים מתוכה לא יהיה אפקטיבי. כן ציין עו"ד הר-זהב, כי עמדת שר הבטחון מדגישה שבמצב הקיים כיום לא קיימת פגיעה משמעותית בצרכי הבטחון. מכאן למד עו"ד הר-זהב כי לדעת שר הבטחון קיימת פגיעה שאינה משמעותית בצרכי הבטחון. די בפגיעה לא משמעותית זו, כדי להצדיק קביעתה של מכסה, כמבוקש בעתירה. עם זאת, מציין עו"ד הר-זהב, כי עמדת העותרים הינה, שבהסדר הקיים יש פגיעה משמעותית בצרכי הבטחון. לטענתו, תחושת הסולידריות של העם היא חלק מתורת הבטחון. תחושה זו נפגעת קשות בשל האופי המפלה של ההסדר. גם עו"ד רסלר (שטען לעותרים בבג"ץ 715/98) טען לאופי מפלה של ההסדר. לטענתו, שר הבטחון כלל אינו מוסמך ליתן דחיה לתלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם", ועניין המכסה אינו מעלה ואינו מוריד. גם לדעתו, ניתן להבין מדברי שר הבטחון כי ההסדר פוגע באופן לא משמעותי בצרכי הבטחון. הנטל בעניין זה, להוכיח כי אין פגיעה בצרכי הבטחון, מוטל על שר הבטחון. מר רסלר חזר והדגיש, כי לדעתו ההסדר כולו צריך למצוא ביטויו בחקיקה ראשית ולא בפטור על ידי שר הבטחון. הוא ציין, כי זו היתה גם המלצתה של ועדת המשנה של ועדת החוץ והבטחון.

פרשת רסלר

17. בפרשת רסלר החליט בית המשפט - לאחר שקבע כי לעותרים מעמד בדין ועתירתם שפיטה (נורמטיבית ומוסדית) - כי דחיית השירות של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" היא חוקית. מסקנה זו נגזרה

משלוש "החלטות ביניים" אותן קיבל בית המשפט. כל אחת משלוש "החלטות הביניים" היא חוליה הכרחית בשרשרת, שמסקנתה חוקיות החלטת שר הבטחון. "החלטת הביניים" הראשונה קבעה כי ניתן, עקרונית, לקבוע את כל ההסדרים (הראשוניים והמשניים) בדבר דחיית גיוסם של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם" בחקיקת משנה, וכי אין זה הכרחי, מן הבחינה המשפטית, לעגן את הסדריו הראשוניים של הסדר זה בחקיקה הראשית; החלטת הביניים השנייה קבעה, כי סעיף 36 לחוק שירות בטחון מהווה מקור משפטי להסדרת דחיית שירותם של תלמידי הישיבה. וזו לשונו של סעיף 36 לחוק שירות בטחון:

<p>36. שר הבטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים -</p>	<p>"סמכות לפטור משירות ולדחות שירות</p>
--	--

(1) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו;

(2) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות מילואים לתקופה מסויימת או לחלוטין;

(3) לפי בקשת יוצא-צבא או מיועד לשירות בטחון שאינו יוצא צבא, לדחות בצו, לתקופה שיקבע בו, את מועד ההתיישבות שנקבע לאותו אדם לפי חוק זה לרישום, לבדיקה רפואית או לשירות בטחון או להמשך שירות זה אם כבר החל בשירות".

נפסק, בגדרי החלטת הביניים השניה, כי דחיית השירות של תלמידי הישיבה - המבססת עצמה על שיקולים בטחוניים ודתיים גם יחד - הינה "מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים... או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך... או מטעמים אחרים". החלטת הביניים השלישית והאחרונה, בחנה את שיקול דעתו של שר הבטחון בהפעילו את סמכותו. נפסק, כי הפעלת שיקול הדעת הינה "סבירה", וכי האיזון בין השיקול הבטחוני (הדומיננטי) לבין השיקול הדתי (הלבר-בטחוני) נופל במסגרת מיתחם הסבירות. כל אחת משלוש "החלטות הביניים" הללו ביססה עצמה על המציאות החברתית והבטחונית, כפי שזו הוצגה לבית המשפט. בית המשפט חזר והדגיש כי החלטתו היא פרי מציאות זו, וכי שינוי במציאות עשוי לגרור אחריו שינוי במסקנות המשפטיות. חזרתי והדגשתי בפסק דיני, כי "יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של תלמידי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול, שאותו אין שר בטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות" (פרשת רסלר, עמ' 505). עתה הוצגה בפנינו מציאות חדשה. כפי שראינו, מספרם של תלמידי הישיבה ששירותם נדחה מטעמים של "תורתם אומנותם" גדל באופן משמעותי (ב1987- היה מספרם הכולל 17,017; ב1997- מספרם הכולל

הוא 28,772). שיעור מקבלי הדחיה מכלל מחזור המתגייסים השנתי גדל באופן ניכר (ב1987- היה שיעורם 5.4% מכלל המחזור; ב1997- שיעורם הוא 8% מכלל המחזור). ההתנגדות להסדר הדחיה הלכה וגברה; הניכור בין האוכלוסייה אשר בניה מתגייסים לצבא לאוכלוסייה שבניה זוכים לדחיית שירות - שסופה פטור משירות - הלך וגדל. על רקע זה מתעוררות מחדש השאלות הישנות: האם ניתן להמשיך ולהסדיר את דחיית שירותם של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם" באמצעות הסדרים ראשוניים שאינם מעוגנים בחקיקה ראשית? האם ניתן לראות בהסמכה הקבועה בסעיף 36 לחוק שירות בטחון מקור משפטי מספיק לדחיית גיוסם של תלמידי הישיבה? האם ההחלטה על דחיית השירות של אלה אשר "תורתם אומנותם" ממשיכה להיות החלטה סבירה? כל אחת מהשאלות הללו מעוררת בעיות קשות של משפט. לאור מסקנתי בפסק דיני זה באשר לחוליה הראשונה - שעניינה השאלה אם ההסדר בעניין דחיית שירותם הצבאי של תלמידי הישיבה צריך להיות מוסדר בחקיקה ראשית - אוכל להשאיר את השאלות המתעוררות בחוליות האחרות לעת מצוא. אפנה, איפוא, לחוליה קריטית זו.

עיגון ההסדרים הראשוניים בדבר דחיית גיוס בחוק הכנסת

18. הניתן לעגן את כל ההסדר בדבר דחיית שירותם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" על הסמכה כללית של שר הבטחון בחוק שירות בטחון, בלא לקבוע בחוק עצמו את העקרונות ואמות המידה על פיהן תעשה הדחיה? הניתן להעניק לשר הבטחון את ההכרעה בשאלה זו, בלא שהכנסת תאמר את דברה (מעבר להסמכה הכללית המצויה בסעיף 36 לחוק שירות בטחון להעניק דחיית שירות "מטעמים אחרים")? כפי שראינו, שאלה זו התעוררה, בפרשת רסלר. ציינתי באותה פרשה כי:

"מכוח עקרון שלטון החוק ראוי הוא, כי 'הסדרים ראשוניים' ייקבעו בחקיקה הראשית ובמפורש, ושלא תוענק הסמכה כללית למחוקק המשנה לקבוע בעצמו את ההסדרים הראשוניים" (פרשת רסלר, עמ' 502).

הוספתי וציינתי כי:

"רצוי היה הדבר, מכוח עקרונותיו של 'משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי', כי הכנסת תנקוט עמדה מפורשת בשאלת דחיית גיוסם של תלמידי ישיבות, ולא תסתפק בהסמכה כללית וגורפת של שר הבטחון ליתן דחיית שירות 'מטעמים אחרים'" (שם, שם).

עם זאת סברתי, שלא ניתן לומר "שהימנעותה של הכנסת מלקבוע ההסדרים הראשוניים והימנעותה מהטלת פיקוח על הסדריו של שר הבטחון, משמעותן שלילתה של אותה הסמכה כללית" (שם, שם). סברתי, כי "משקבע המחוקק, כי 'טעמים אחרים' עשויים לשמש עילה לדחיית שירות בטחון, ממילא הסמיך בכך את שר הבטחון לקבוע, מה הם טעמים אחרים אלה" (שם, שם). האם ניתן להתמיד במסקנות אלה לאור המציאות החדשה? לשם מתן תשובה לשאלות אלה, יש לעמוד על העיקרון המשפטי בדבר עיגון הסדרים ראשוניים בחקיקה הראשית. לאור היקף פריסתו וכוחו של עקרון זה יש לבחון את תחולתו של עקרון זה בסוגיה של דחיית גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם". נפנה עתה לכל אחת מהבעיות הללו.

עיגון הסדרים ראשוניים בחוק

19. כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון "טכנית" יותר קובע הכלל הבסיסי, כי "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים - צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך "הסדרים משניים" (ראו י' זמיר, "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות", משפטים ד 63 (1973) (להלן - זמיר, חקיקה מינהלית); א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 803 (כרך ב', 1996) (להלן - רובינשטיין)). עמד על כך פרופ' קלינגהופר בצינו:

"כל אקט מינהלי, בין אם הוא דבר חקיקת משנה ובין אם הוא אקט אינדיבידואלי, צריך להיקבע, מבחינת תוכנו על כל חלקיו העיקריים, על ידי נורמה שצורתה צורה של חוק. במובן זה אפשר לומר כי במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שאורגני המינהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק" (ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (בעריכת י' זמיר, 1993), עמ' 105, 108 (להלן - קלינגהופר)).

דברים אלה צוטטו על ידי מ"מ הנשיא, השופט שמגר, אשר הוסיף כי:

"מבחינת המדיניות החקיקתית הרצויה בכל הנוגע לחלוקת תחומים בין המחוקק הראשי לבין מחוקק המשנה, מקובלת עלי השקפתו של פרופ' ה' קלינגהופר" (בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 357 (להלן - פרשת מיטרני)).

ברוח זו חזרו בתי המשפט והדגישו כי ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע על ידי הכנסת ואילו מחוקק המשנה צריך לעסוק בהסדרים המשניים (ראו בג"ץ 266/68 עירית פתח-תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824 (להלן - פרשת עירית פתח-תקוה); ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 552 (להלן - פרשת "פרי העמק")). עמד על כך חברי, השופט מ' חשין, בציינו:

"הסדרים ראשוניים' חייבים למצוא את מקומם בחוק הכנסת... תקנות לא נועדו, בעיקרן, אלא לביצועם של חוקים בלבד. זה עמוד-האש, זה עמוד-הענן, המורים אותנו הדרך לילה ויום - ובעקבותיהם נלך" (בג"ץ 2740/96 שנס' נ' המפקח על היהלומים (טרם פורסם) פסקה 14 לפסק הדין (להלן - פרשת שנס')).

וברוח דומה ציינתי בפרשה אחרת:

"מן הראוי הוא... כי המחוקק הראשי יקבע את ההסדרים הראשיים, וישאיר למחוקק המשנה את הקביעה של ההסדרים המשניים. כך ראוי לנהוג בדמוקרטיה חוקתית" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (טרם פורסם) פסקה 98 לפסק דיני (להלן - פרשת חורב)).

נכנה זאת הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים.

20. הטעמים המונחים ביסוד כלל בסיסי זה הם שלושה: הטעם הראשון מעוגן בעקרון הפרדת הרשויות (ראו: (Schwartz B. Administrative Law 43 (3rd Ed., 1991) (להלן - Schwartz), וכן: *Mistrella v. United States*, 488 U.S. 361, 371 (1989)). על פי עקרון זה, חקיקתם של חוקים הוא תפקידה של הרשות המחוקקת. "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה" (השופט זילברג בע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 785, 819). בישראל מצא עקרון זה את ביטויו בחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה" (סעיף 1). היא מהווה את "בית המחוקקים" (סעיף 1 לחוק המעבר, תש"ט 1949-) ואת "הרשות המחוקקת" (סעיף 7(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח 1948-) (ראו בג"ץ 3806/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 420, 425). מכוח עקרון זה מופקדת סמכות החקיקה בידי הכנסת. עמידה דווקנית על עקרון זה היתה צריכה להוביל למסקנה, כי הכנסת אינה רשאית להפקיד כלל סמכות חקיקה בידי הרשות המבצעת. למסקנה דומה הגיע בית המשפט העליון של ארצות הברית במאה התשע עשרה, בציינו כי המחוקק קיבל את תפקיד החקיקה מהעם, ואין הוא מוסמך להעבירו לאחר (ראו: Schwartz, 43). גישה דווקנית זו אינה מקובלת - לא בארצות הברית ולא בישראל. המציאות המודרנית - בעיקר זו של מדינת הסעד - חייבה הסמכה נרחבת של הרשות המבצעת לביצוע פעולות

חקיקה (ראו דברי הנשיא שמגר בע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל - עמותה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 105). דבר זה איפשר גם גמישות בהסדרים, ואפשרות של הכנסת שינויים על פי צרכי הזמן והמקום (ראו ב' ברכה, משפט מינהלי 82 (כרך ראשון, 1986) (להלן - ברכה, משפט מינהלי)). בצדק ציין פרופ' זמיר, כי "הרשות המחוקקת... אינה מסוגלת לחוקק במהירות הראויה, ובמומחיות הנדרשת, את כל החקיקה הנדרשת לביצוע התפקידים שהיא מטילה על הרשות המבצעת. במיוחד כך בישראל, שצרכים בלתי רגילים של בטחון לאומי, קליטת עליה ובניית המשק, דורשים גם, לטובת הציבור, סמכויות בלתי רגילות" (י' זמיר, הסמכות המינהלית 68 (כרך א', 1996) (להלן - זמיר, הסמכות המינהלית)). עקרון הפרדת הרשויות הועמד, איפוא, בפני דילמה. זו "הדילמה בין השאיפה להגביל את כוחו של המינהל לבין הצורך לאפשר לו להפעיל כוח כזה, על מנת להשיג מטרות חברתיות באופן יעיל ככל שניתן" (י' דותן, הנחיות מינהליות 310 (1996)). פתרון הדילמה נמצא באמצעים שונים ומגוונים. במסגרתם מונחת התפישה כי לקיום סמכות לחקיקת משנה בידי הרשות המבצעת אין להתייחס "כאל רעה שראוי להלחם בה אף לא כאל רע הכרחי, אלא כאל התפתחות חיובית המקדמת את החברה" (זמיר, חקיקה מינהלית, 64). חלקם של האמצעים אינו נוגע בעתירות שלפנינו, ועניינו גישה הדורשת אישור הכנסת לחקיקת משנה (ראו ב' ברכה, "חקיקת משנה", משפט וממשל א 411, 413 (תשנ"ב); ב' ברכה, "לקראת פיקוח פרלמנטרי על חקיקת משנה", עיוני משפט ז 390, 392 (תשל"ט) (להלן - ברכה, פיקוח פרלמנטרי)), והרחבת העילות לביקורת שיפוטית על חקיקת המשנה (ראו א' ברק, "פיקוח בתי המשפט על תחיקת המשנה", הפרקליט כא 463, 465 (תשכ"ה)). בין האמצעים שנמצאו ראויים מצויה גם תפישה המאפשרת חקיקה של המינהל, אך המגבירה את הפיקוח של הרשות המחוקקת במסגרת החקיקה הראשית עצמה על החקיקה של הרשות המבצעת. במסגרת זו התפתחה הגישה, לפיה הענקת סמכויות חקיקה לרשות המבצעת מותרת היא, ובלבד שהרשות המחוקקת קובעת את הפרמטרים העקרוניים במסגרתם מוסמכת הרשות המבצעת לחוקק. עמד על כך השופט Rhenquist בציינו:

"The most that may be asked under the separation-of-powers doctrine is that Congress lay down the general policy and standards that animate the law, leaving the agency to refine those standards, 'fill the blanks' or apply the standards to particular cases" (Industrial Dept. V. American Petroleum Inst., 448 U.S. 607, 675 (1980))."

מכאן הרציונל - המעוגן בתפישה מודרנית של הפרדת רשויות - המונח ביסוד הכלל, לפיו חקיקה ראשית, המסמיכה את הרשות המבצעת לפעולות חקיקה או מינהל, צריכה לקבוע את ההסדרים הראשוניים בגדרם תיפעל הרשות המבצעת. "אם הכנסת הינה 'הרשות המחוקקת', הרי הסמכה לחקיקת משנה המבצעת את

העקרונות ואמות המידה הבסיסיות (ההסדרים הראשוניים) שנקבעו בדבר החקיקה הראשי, עולה בקנה אחד עם עקרון זה" (א' ברק, פרשנות במשפט 528 (כרך שני, 1993) (להלן - ברק, פרשנות במשפט)). לעומת זאת, אם החקיקה הראשית מסמיכה את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים, בלא כל הכוונה והדרכה, יש בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. "בהתערטלותה של הכנסת מגלימת המחוקק ובהעברתה לידי האמונות של המנהל הציבורי פוגעת הרשות המחוקקת באורח חמור בעקרון הפרדת הרשויות" (ברכה, פיקוח פרלמנטרי, 395). ברוח דומה ציין בית המשפט החוקתי הגרמני:

"If [a statute] does not adequately define executive powers, then the executive branch will no longer implement the law and act within legislative guidelines but will substitute its own decisions for those of the legislature. This violates the principle of the separation of powers" (8 BVerfGE 274 (1958) trans. D. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 137, 138 (2nd Ed., 1997) (להלן - Kommers)).

21. הטעם השני לכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים מעוגן בעקרון של שלטון החוק. זהו עקרון סבוך, אשר לו היבטים שונים (ראו רובינשטיין, עמ' 227). אחד מהיבטיו של עקרון שלטון החוק הוא שהחקיקה צריכה לקבוע אמות מידה ועקרונות לפעולות אנשי הרשות המבצעת. החקיקה הראשית צריכה לקבוע את ההסדרים הראשוניים, ואילו חקיקת המשנה והאקטים האינדיבידואליים צריכים לעסוק בהסדרי ביצוע. עמד על כך פרופ' קלינגהופר, בצינו:

"יש להבחין בין המושג העיוני של חוקיות המינהל, המסתפק בכבילה פורמלית בלבד של המינהל על ידי החוק, לבין מושג הליגאליות הספציפית, הדרושה להגשמת שלטון החוק, מושג שמשמעותו כבילה מכסימלית של המינהל על ידי החוק... שלטון החוק... אינו מרשה למחוקק לוותר לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים, דהיינו, להעביר אליו סמכות זו. כל מסירה של הסמכות האמורה לרשות המינהלית מנוגדת לשלטון החוק. מקום בו שורר שלטון החוק, אין המחוקק חופשי לבחור בין שתי הדרכים, דהיינו לכבול בעצמו את המינהל על ידי חקיקת הסדרים ראשוניים, או להסמיך את המינהל לעשות תחתיו מלאכה תחיקתית זו; אלא שומה עליו לקבוע הסדרים אלה בכבודו ובעצמו. עקרון שלטון החוק דורש כי כל פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי, וכי קביעת אותם הסדרים תהא בסמכותו הייחודית של המחוקק ולא תועבר אל שלטונות מינהליים" (קלינגהופר, 108).

וברוח דומה ציין פרופ' זמיר:

"העקרון של שלטון החוק מחייב כי הרשות המחוקקת תקבע היא בעצמה את העקרונות, את ההסדרים הראשוניים, ואילו המינהל יוסמך לקבוע בדרך של חקיקה רק את פרטי הביצוע, את ההסדרים המשניים" (זמיר, חקיקה מינהלית, 70).

גישה זו אינה אך פרי האקדמיה. היא אומצה על ידי הפסיקה. כך, למשל, ציין חברי, השופט מ' חשין כי:

"עקרון שלטון החוק במובנו המהותי תוכנו, כי 'הסדרים ראשוניים' חייבים למצוא את מקומם בחוק הכנסת, וכי תקנות לא נועדו, בעיקרן, אלא לביצועם של חוקים בלבד" (פרשת שנס, פסקה 14 לפסק הדין).

ואף אני ציינתי באחת הפרשות:

"עקרון שלטון החוק במובנו המהותי... משמעותו, בין השאר, כי ההסדרים החוקיים יבטיחו איזון ראוי בין זכויות הפרט לבין צרכי הכלל. איזון זה מצדיק, בתחום חקיקת המשנה, כי ההסדרים הראשוניים ייקבעו על ידי המחוקק הראשי ולא על ידי מחוקק המשנה" (פרשת "פרי העמק", 553).

גישה זו אינה חדשה. היא עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון מקום המדינה. ידועים דבריו של

השופט אולשן, אשר ציין:

"לו היינו מסרבים להזקק לבקשת המבקש היינו מסייעים לכך שעקרון 'שלטון החוק' השולט במדינה ייעשה פלסטר. משמעותו היסודית של עקרון זה היא, שההגבלות - שאין להימנע מלהטילן על חירות הפרט, כדי שחירות זו לא תהיה עשויה לפגוע בחירות הזולת או באינטרסים של החברה - צריכות להיקבע על ידי החוק, כלומר על ידי החברה המשקפת את דעתה בחוקים הנחקקים בבית המחוקקים המייצג אותה, ולא על ידי השלטון המינהלתי, שתפקידו הוא רק לבצע את הטלת ההגבלות האלה, בהתאם לחוקים הנ"ל" (בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399, 411).

ובפרשה אחרת ציין השופט אולשן:

"לפי העקרון של 'שלטון החוק' שומה בעצם על המחוקק לקבוע בחוק ולפרט בו את המקרים בהם יש להעניק או לטרב רשיונות, באופן שלרשות המבצעת ישאר רק התפקיד להוציא את הוראות החוק מן הכוח אל הפועל. לפי זה צריכה מלאכת החקיקה להיעשות כך שהאזרח יוכל למצוא בחוק גופו את התשובה לשאלה מה אסור ומה מותר, ושלא יהיה תלוי בנדון זה בשיקול דעתו של השלטון המבצע. אולם עקב שינוי המשטר החברתי בדורנו והתערבות המדינה בכל שטחי החיים - ולא רק

במדינתנו אנו - אין כל אפשרות למחוקק לחזות מראש כל מקרה ומקרה ולפרט בחוק הוראות מפורשות לכל מקרה ומקרה. לכן מסתפק המחוקק בקביעת עקרונות כלליים (אף זה לא תמיד נעשה) בחוק, ואשר לפרטים ולאופן השימוש בעקרונות כלליים אלה לגבי כל מקרה מסוים - הוא מוסרם לשיקול דעת הרשות המוסמכת. כלומר הוא מעניק לרשות המוסמכת את הכוח להשלים את אשר הוא, המחוקק, החסיר" (בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 702).

אכן, מעקרון שלטון החוק בשלטון מתבקש כי ההסדרים הראשוניים, ואמות המידה העקרוניות, ייקבעו בחוק ואילו סמכות המינהל תהא להגשים הסדרים ראשוניים אלה, בדרך של קביעת הסדרים משניים ודרכי ביצוע. בלשוננו של בית המשפט העליון של מדינת ניו-יורק:

"Without such standards, there is no government of law, but only government by men left to set their own standards, with resultant authoritarian possibilities" (Rapp v. Carey, 44 N.Y. 2d 157, 164 (1976)).

עמד על כך בית המשפט החוקתי בגרמניה, בצינו:

"The basic tenets of the rule of law requires that an empowering statute adequately limit and define executive authorization to issue burdensome administrative orders according to content, subject matter, purpose, and scope... so that official action [will] be comprehensible and to a certain extent predictable for the citizen" (8 BVergGE 274 (1958) Trans. Kommers, 137-138).

22. הטעם השלישי לכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים מעוגן בתפיסתה של הדמוקרטיה עצמה (ראו (1993) 14 Power Without Responsibility (D. Schoenbrod). "העקרון הדמוקרטי" - כתב חברי השופט מ' חשין - "באשר הוא - מחלחל בכל שיטת המשפט בישראל, ומצרף את עצמו, לצופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט הישראלי" (בג"ץ 7351/95 בואני נ' השר לענייני דתות, פ"ד נ(4) 89, 121 (להלן - פרשת בואני)). טעם זה חופף במידה רבה את שני הטעמים הראשוניים - היונקים אף הם את חיותם ממהותה של הדמוקרטיה - אך הוא מדגיש אותם מנקודת מבט נוספת. נקודת מבט זו היא הדמוקרטיה עצמה. מושג הדמוקרטיה הוא מושג מורכב. הדמוקרטיה מבוססת על שני אדנים עיקריים: רצון העם המתבטא בעקרון הייצוגיות וערכי יסוד, כגון שלטון החוק והפרדת הרשויות. במרכזם של ערכים אלה עומדות זכויות האדם. אכן, "דמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה פורמלית... שבה ההחלטות נופלות על פי דעת הרוב. דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה מהותית... שבה הרוב אינו רשאי לפגוע בזכויות האדם" (פרשת חורב). הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים יונק חיותו משני אדניה של הדמוקרטיה גם יחד. על פי האדן הראשון, דמוקרטיה

משמעותה שלטון העם. בדמוקרטיה ייצוגית, העם בוחר את נציגיו, הפועלים בגדריו של הפרלמנט (ראו קליין, "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי", משפטים ה' 308 (תשל"ו)). ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של מדינה וצרכיה של חברה צריכות להתקבל על ידי נציגיו הנבחרים של העם. גוף זה נבחר על ידי העם לחוקק את חוקיו, והוא נהנה, איפוא, מלגיטימיות חברתית בפעולתו זו (ראו ב' אקצין, תורת המשטרים 238, 244 (1967)). אכן, אחד מהיבטיה של הדמוקרטיה הינו התפיסה, כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על ידי הגוף שנבחר על ידי העם לקבל הכרעות אלה. המדיניות של החברה צריכה להתגבש בגוף המחוקק. עמדו על כך השופטים זוסמן וויתקון, בציינם:

"חקיקת משנה בעניין עקרוני ורב חשיבות, מכוח חוק הסמכה, עלולה להביא עלינו משטר דמוקרטי-פורמלי גרידא. משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי מחייב שחקיקה תיעשה בבית המחוקקים" (פרשת עירית פתח-תקה, 831).

עמד על כך השופט ברנן (Brennen) בציינו:

"Formulation of policy is a legislature's primary responsibility, entrusted to it by the electorate, and to the extent Congress delegates authority under indefinite standards, this policy-making function is passed on to other agencies, often not answerable or responsive in the same degree to the people" (United States v. Robel, 389, U.S. 258, 276 (1967)).

וברוח דומה ציין השופט Rhenquist, כי הטעם המונח ביסוד הגישה האמריקנית, הדורשת, כתנאי להעברת סמכויות חקיקה לרשות המבצעת, כי ייקבעו אמות מידה (standards) בחקיקה הראשית, הינו כי דרישה זו:

"ensures to the extent consistent with orderly governmental administration that important choices of social policy are made by Congress, the branch of our Government most responsive to the popular will" (Industrial Dept. V. American Petroleum Inst., 448 U.S. 607, 685 (1980), See also American Textile Manufacturers Inst. V. Donovan, 452 U.S. 490, 543 (1981)).

ועל אותו רעיון עמד פרופסור Tribe:

“Broad delegations are politically objectionable because, by enabling Congress to pass the buck on hard choices, and to leave such choices to administrative or executive processes less open to inputs from affected groups, such delegations may short-circuit the pluralist processes of interest accommodation usually structuring legislation decision-making” (L.H. Tribe American Constitutional Law (2nd ed., 1988) 365).

בגישה דומה נקט בית המשפט החוקתי בגרמניה, בצינו כי המחוקק הוא שצריך לקבוע אלו אינטרסים מצדיקים

פגיעה בחירות של הפרט. ובית המשפט הוסיף:

“The democratic legislature may not abdicate this responsibility at its pleasure. In a governmental system in which the people exercise their sovereign power most directly through their elected Parliament, it is rather the responsibility of this Parliament above all to resolve the open issues of community life in the process of determining the public will by weighing the various and sometimes conflicting interests” (33 BVerfGE 125, 159 (1972) trans. By D. Currie, The Constitution of the Federal Republic of Germany 132 (1994) (Currie - להילן)).

ובפרשה אחרת קבע בית המשפט:

“In a free democratic and constitutional system, parliament has the constitutional task of enacting laws. Only Parliament possesses the democratic legitimacy to make fundamental political decisions. To be sure, the Basic Law approves... of a 'delegated' legislation by the executive. However, the executive can legislate only within limits which the legislature prescribes. Parliament cannot neglect its responsibility as a legislative body by delegating part of its legislative authority to the executive without beforehand reflecting upon and determining the limitations of these delegated powers. If the legislature does not satisfy this requirement, then [it] will shift unfavorably the balance of powers presupposed by the basic law in the area of legislation” (34 BVerfGE 52, trans. by Kommers, 145, 147).

הנה כי כן, מאופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר מתבקשת המסקנה כי חקיקת משנה והוראות מינהל של הרשות המבצעת צריכות למצוא את עיגונן - הפורמלי והמהותי גם יחד - בחקיקה הראשית, פרי רוחו של המחוקק הראשי. אל לו למחוקק להעביר את ההכרעות הגורליות והקשות לרשות המבצעת בלא להנחותה. גם אם זו נבחרת ישירות על ידי העם - כפי שהדבר אצלנו לגבי ראש הממשלה - תפקידה הוא - כפי ששמה מעיד עליה - הביצוע. בצדק ציין פרופ' זמיר כי:

"באופן עקרוני, רצוי שהמחוקק עצמו יקבע, במידת האפשר בנסיבות העניין, את העקרונות הכלליים ואת ההסדרים הראשוניים, ולא יניח עניין זה למתקין התקנות. המשטר הדמוקרטי על פי מהותו מחייב שהעקרונות הקובעים את אורח החיים יקבעו דרך כלל בחקיקה ראשית על ידי בית הנבחרים ולא בחקיקה משנית על ידי המנהל הציבורי" (י' זמיר, "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה - חקיקת משנה: נוהל והנחיות", עיוני משפט יא 329, 345 (התשמ"ו)) (להלן: הנחיות היועץ).

ובמקום אחר הוא ציין:

"הכנסת אינה מסוגלת ומסתמא אף אינה צריכה לעסוק בפרטי הביצוע של עקרונות כלליים, במיוחד כאשר קביעת הפרטים דורשת מומחיות מיוחדת, כאשר הם צפויים לשינויים תכופים, או כאשר הם צריכים להיקבע במהירות יחסית. אך הכנסת יכולה וחייבת למלא את התפקיד המרכזי שלה, בלעדיו אין כמעט טעם לקיומה, והוא התפקיד של קביעת העקרונות הכלליים בדרך של חוק. אם הרשות המחוקקת תתחמק מטעם כלשהו מתפקיד זה היא תחטא לשליחותה, תחתור תחת עצם קיומה, ויתרה מזאת, תשמיט את הבסיס לאופי הדמוקרטי של המשטר. משטר בו הרשות המחוקקת מעבירה את תפקיד החקיקה, במובן זה של קביעת עקרונות כלליים לידי המינהל הציבורי ישאר משטר דמוקרטי רק בשם ותדמית, ולא למעשה" (זמיר, חקיקה מינהלית, 70).

גישה זו - המבקשת לשמור על מעמדה של הכנסת ועל מעמדו של העקרון הדמוקרטי של ייצוגיות המונח ביסודה - אינה מוגבלת אך לעניין הדרישה כי ההסדרים הראשוניים ייקבעו בחקיקה הראשית. רצון זה לשמור על מעמדה הרם של הכנסת הוא בעל תחולה כללית. "מצווים אנחנו ועומדים להקפיד על כך הקפדה יתירה שלא תושג גבולה של הכנסת, וכתורת הדמוקרטיה יעשה" (השופט ח' כהן בפרשת עירית פתח-תקוה, בעמ' 833). על כן נפסק בבית משפט זה, מפי חברי השופט ש' לוין, לעניין תקנות שעת חירום, כי "מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה של הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת" (בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317, 322). בדומה ציין השופט ברנזון בפרשה שעניינה היה איסור גידול החזיר בארץ:

"יתכן והשגת מטרה זו היא דבר טוב ורצוי מבחינה מדינית ולאומית, ויתרונותיה מבחינה זו עולים על מגרעותיה מבחינה משקית-כלכלית טהורה שבא- כוח המבקשים הוקיעום לפנינו. מאידך ודאי ישנם רבים הרואים במעשי השלטונות כפיה דתית מסויימת, לפחות בעקיפין. אם כה ואם כה הדבר, אין זה מתפקידנו לחוות דעה על כך. אך אין זה גם מתפקידו של המשיב לפתור בעיות דתיות ולאומיות באמצעים אדמיניסטרטיביים שניתנו לו לתכלית ולמטרות לגמרי אחרות. הבעיה היא בעיה ארצית ולא מקומית ופתרונה בידי בית המחוקקים, שבכוחו - אם הוא רואה צורך בכך - להגביל את חופש הפרט" (בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40, 56).

בדומה, נפסק כי הגבלות או איסורים על חופש הדת או על חופש מדת של אזרחי המדינה, צריכות להיות מעוגנות בחקיקה ראשית. כותב חברי השופט אור:

"המדובר באפשרות פגיעה בזכויות הנמנות עם מגילת זכויות היסוד החשובות והרגישות ביותר, הזכויות לחופש הדת והמצפון, ולכן מן הראוי שהמחוקק הוא שיכריע בהן. הטעם לכך נעוץ בכך שרק המחוקק יוכל לבטא את הקונצנזוס האופטימלי שיאפשר חיים בצוותא לבני דתות ואמונות שונות" (בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 498 (להלן - פרשת מיטראל)).

וברוח דומה ציין חברי, השופט מ' חשין באותה פרשה:

"אין כופין מצוות דת על מי שאינם שומרי מצוות ועל מי שאינם רוצים בקיום מצוות דת; אין כופים - לא במישרין ולא בעקיפין - אלא על פי דבר המחוקק הראשי, הוא הכנסת. עקרון הפרדתה של דת ממדינה את חוקים יתהלך ועמם ישרה. רק על פי חוק הכנסת - ברמה כלל ארצית - ניתן לכפות מצוות דת" (שם, עמ' 507).

העניין שלפנינו אינו קשור לתקנות שעת חירום, ואינו נוגע לעניינים שנידונו בפסקי הדין שהובאו על ידינו, אך המשותף לכל המקרים הללו הינה הגישה, לפיה עניינים מסויימים ראוי להם להיקבע על ידי הרשות המחוקקת, המייצגת את העם, הנבחרת על ידו למטרה זו, ושבידה הכוח לבחור מבין אפשרויות שונות את הראויה ביותר.

23. האדן השני עליו נשענת הדמוקרטיה (המהותית) הוא שלטונם של ערכים, ובהם הערכים של הפרדת רשויות ושלטון החוק עליהם עמדת. על אלה יש להוסיף ערך שלישי ומרכזי, הלא הוא זכויות האדם. בין כל אלה קיימים קשרים הדוקים. הפרדת הרשויות אינה ערך בפני עצמה. היא לא נועדה להבטיח יעילות. מטרתה של הפרדת הרשויות היא הגברת החירות ומניעת ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד באופן העשוי לפגוע בחירות הפרט. עמד על כך השופט Brandeis בציינו לעניין הפרדת הרשויות:

"The purpose was not to avoid friction, but, by means of the inevitable friction incident to the distribution of governmental powers among three departments, to save the people from autocracy" (Myers v. United States, 272 U.S. 52, 293 (1926)).

הוא הדין באשר לעקרון של שלטון החוק. עקרון זה לא בא אך להבטיח את חוקיות המינהל. הוא בא להגן על חירותו של הפרט. עמד על כך פרופ' קלינגהופר, בצינו:

"לאור ההתפתחויות ההיסטוריות של שלטון החוק, לא היוותה הדמוקרטיה מטרתו העיקרית של זה, אלא אמצעי להשגת מטרה עיקרית אחרת, והיא: הבטחת חירות הפרט" (קלינגהופר, 107).

הנה כי כן זכויות האדם מהוות את האדן המרכזי של הדמוקרטיה. אין דמוקרטיה בלא זכויות אדם. אין זו דמוקרטיה אם הרוב שולל מהמיעוט שלא כדין את זכויותיו. כמובן, זכויות האדם אינן מוחלטות. דמוקרטיה (מהותית) רשאית לפגוע בזכויות אדם כדי להגשים את מטרותיה, ובלבד שהפגיעה היא בחוק (או על פיו), היא מקדמת את ערכיה של המדינה, היא לתכלית ראויה ולא מעבר למידה הדרושה (ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, וכן ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן - פרשת בנק המזרחי המאוחד)). רגישות זו לזכויות האדם מובילה למסקנה כי הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא שלא מעבר למידה הדרושה - צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה. הנה כי כן, הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט. אמת, במשטר דמוקרטי יש לא פעם צורך - למען הגשמת אינטרס הכלל - בפגיעה בזכויות הפרט. עם זאת, דרישה היא כי פגיעה זו, אפילו מוצדקת היא, תיקבע בחקיקה הראשית, ולא תימסר לידיה של הרשות המבצעת עצמה (ראו Schwartz, 61). באחת הפרשות האמריקניות נדון חוק שהסמיך את הרשות המבצעת לתת או לסרב לתת דרכון לאזרח. בית המשפט פסק כי יש בכך פגיעה בחירות הפרט. פגיעה כזו תתאפשר רק אם החוק הפוגע - הוא ולא הרשות המבצעת - קובע את אמות המידה העקרוניות להפעלת הסמכות. כתב השופט Douglas:

"The right to travel is a part of the 'liberty' of which the citizen cannot be deprived without due process of law under the Fifth Amendment... If that 'liberty' is to be

regulated, it must be pursuant to the law-making function of the Congress... And if that power is delegated, the standards must be adequate to pass scrutiny by the accepted tests (Kent v. Dulles, 357 U.S. 116, 125, 129 (1958); See also Shuttlesworth v. Birmingham, 394 U.S. 147 (1969)).

בגישה דומה נוקט בית המשפט העליון של קנדה. על פי ה- Canadian Charter of Rights and Freedoms ניתן לפגוע בזכות אדם מוגנת בהתקיים התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה הקנדית (סעיף 1 לצ'רטר). בין התנאים הללו קבוע התנאי כי ההגבלה תהיה "prescribed by law". נפסק כי משמעותה של הוראה זו הינה, כי דבר החקיקה הראשי חייב לקבוע את אמות המידה העקרוניות והבסיסיות (ראו, P. Hogg, Constitutional Law of Canada 862 (3rd Ed., 1992)). מכאן, שהענקת הסמכות לפגוע בזכות אדם מוגנת מותרת היא, ובלבד שהיא נעשית במסגרת אמות מידה הקבועות בחקיקה הראשית. כתבים השופטים
:Wilson, Lamer, Dickson

"Where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no limit 'prescribed by law'" (Attorney-General of Quebec v. Irwin Toy [1989] 1 S.C.R. 927, 982).

וברוח דומה פסק בית המשפט האירופאי לזכויות האדם (ראו: Sunday Times v. United Kingdom (1979) 2 E.H.R.R. 245, 270; Malone v. United Kingdom (1984) 7 E.H.R.R. 14, 40; Leander v. United Kingdom (1987) Series A, no 16). זו גם גישתו של בית המשפט החוקתי בגרמניה (ראו Currie, 132). כתב בית המשפט החוקתי:

"Today it is firmly established by the decisions that - without regard to any requirement of an incursion [into individual freedom] - in basic normative areas, and especially when the exercise of basic rights is at stake, the legislature is required... to make all essential decisions itself" (49 BVerfGE 39, 126-127 (1978)).

הנה כי כן, העקרון הדמוקרטי על כל היבטיו - הן זה הייצוגי והן זה הערכי - מוביל אף הוא למסקנה כי אמות המידה העקרוניות (ההסדרים הראשוניים) צריכות להיקבע בחקיקה הראשית. חקיקת המשנה של המינהל והאקטים האינדיבידואליים שלו (הסדרים משניים) חייבים לבצע את אמות המידה העקרוניות הקבועות בחקיקה הראשית. מהם הסדרים ראשוניים אלה, וכיצד הם נקבעים? לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

הסדרים ראשוניים - מהם?

24. הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים קובע, כפי שראינו, כי חקיקת משנה או אקטים אינדיבידואליים של המינהל, המעוגנים בדבר חקיקה ראשי, צריכים לקבוע הסדרי ביצוע (הסדרים משניים), ואילו המדיניות הכללית ואמות המידה העקרוניות (הסדרים ראשוניים) צריכות להיקבע בדבר חקיקה ראשי. הטעמים המונחים ביסוד הבחנה זו שבין הסדרים ראשוניים למשניים, קובעים את היקף הפריסה של כל אחד מהם. שיקולים של הפרדת רשויות, שלטון החוק ודמוקרטיה (במובנה הייצוגי והמהותי גם יחד) מובילים למסקנה כי מן הראוי שדבר החקיקה הראשי - המסמיך את הרשות המבצעת לקבוע חקיקת משנה או הוראות מינהל - יקבע את התכנית הכללית, כך שחקיקת המשנה והוראות הביצוע יגשימו את שהוסדר באופן עקרוני בחקיקה הראשית. החוק הוא זה שאמור לקבוע אמות מידה לפתרון של הכרעות גורליות, עקרוניות ומהותיות לחיי הפרט. אכן, הסדר ראשוני קיים מקום שמתוך החוק עצמו - על פי פרשנותו בדרכי הפרשנות המקובלות - ניתן להסיק את המיתחם שבגדריו פועלת הרשות המבצעת, ואת הכיוון, העיקרים או התכלית שאמורים להנחות את הרשות המבצעת בפעולתה. עד כמה שהסדרת תחום מסויים מחייבת הכרעות עקרוניות, שיש בהן כדי לקבוע דפוסים מהותיים לחיי אדם או חברה, ראוי שההכרעות יעשו בדבר החקיקה הראשי עצמו. אכן, הסדר ראשוני קיים, מקום שהחוק עצמו קובע עקרונות או אמות מידה (סטנדרטים) ברמה הגבוהה אותם צריך להגשים ברמה נמוכה יותר. רמת הפשטה של ההסדר הראשוני משתנה מעניין לעניין. ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כן אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה הראשית הקובע, ולו רק באופן כללי, את מהות הפגיעה או היקף הפגיעה בחירות. כאשר אובייקט ההסדר הוא נושא מורכב, הדורש מומחיות רבה, ניתן לא פעם להסתפק ברמת הפשטה גבוהה (ראו Currie 42, Schwartz; 125, וכן Kischel, "Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law", 46 Ad. L. Rev. 213 (1994) (להלן - Kischel)).

25. בהקשר זה, מן הראוי הוא להעיר שתי הערות: ראשית, ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. קיימת אי בהירות רבה בקביעת הגבול המבחין בין שני סוגי ההסדרים. כבר ב-1825 ציין נשיא בית המשפט העליון האמריקני, השופט Marshall, כי:

"The line has not been exactly drawn which separates those important subjects, which must be entirely regulated by the legislature itself, from those of less interest, in which a general provision may be made, and power given to those who are to act under such general provisions, to fill up the details" (Wayman v. Southard, 10 Wheat. 1 (U.S. 1825)).

וברוח דומה ציין פרופ' קלינגהופר:

"הגבול המושגי המפריד בין הסדר ראשוני למשני אינו ניתן להגדרה כללית, בדרך של חשיבה מופשטת. הוא תלוי בטיבו ובמהותו הספציפית של העניין המהווה נשוא ההסדרה, ולכן הקביעה אם הסדר מסוים הינו ראשוני או משני לא תיתכן אלא בדרך אינדוקטיבית, שצריך ללכת בה לפי השכל הישר וחוש ההגיון" (קלינגהופר, 122).

עמד על כך פרופ' זמיר, בצינו:

"שאלה קשה היא מה ההבדל, או מה הגבול, בין הסדרים ראשוניים לבין הסדרים משניים. במידת מה התחומים מעורבים זה בזה. הקפדת יתר על החלוקה בין התחומים עלולה לשבש את הפעילות המינהלית ולפגוע בטובת הציבור. לכן, במקרי גבול צריך יהיה להשיב על השאלה בעיקר על יסוד איזון בין המשקל של צרכי המינהל וטובת הציבור לבין מידת הפגיעה בעקרון שלטון החוק" (זמיר, הנחיות היועץ, עמ' 354).

אכן, מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט - כל אלה משפיעים על היקפו של ההסדר הראשוני ומידת הפירוט הנדרשת ממנו. זאת ועוד: צרכי המציאות מחייבים פשרה בין העקרונות לבין חיי היומיום. קשה, במשטר דמוקרטי מודרני, לקיים את תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה. לא פעם מתפשרים בשל דרישות היעילות המינהלית, וזאת כדי להבטיח את טובת הציבור. עם זאת, מבחינה עקרונית אין בכך לגרוע מכוחו ותוקפו של הכלל הבסיסי, וגם מבחינה מעשית יש גבול לפשרה, ובמקרים מיוחדים וקיצוניים אפשר שהכלל הבסיסי יגבר על שיקולי יעילות, וראוי יהיה לבטל הסדרים משניים מן הטעם שאין להם יסוד בהסדרים ראשוניים.

26. שבית, בקביעתן של אמות המידה העקרוניות וקווי המדיניות הכללית, יש להכיר במרחב התמרון של המחוקק. כפי שראינו, ההבחנה בין הסדר ראשוני להסדר משני אינה ניתנת להגדרה מדויקת. היא משתנה מעניין לעניין. מציאות החיים מחייבת לא פעם פשרה בין הכלל הבסיסי לבין צרכים ושיקולים אחרים, ובעיקר

שיקולי יעילות. אכן, המחוקק מכיר היטב את המטריה, את מידת יכולתו לדון בה לאור הזמן העומד לרשותו, ואת הצורך להעביר לרשות המבצעת את קביעתם של הסדרים הדורשים ידע ומקצועיות. אין להקפיד בעניין זה עם המחוקק יתר על המידה. לא פעם יש להסתפק ברמת הפשטה גבוהה למדי של אמות המידה וקווי המדיניות. אכן, בארצות הברית - בה נוהג הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים - הכירו בתי המשפט לא פעם ברמות הפשטה גבוהות - שמידת ההכוונה שבהן אינה ניכרת - כמקיימות את דרישות הכלל הבסיסי (ראו: A. Aman and W. Mayton, Administrative Law 9 (1993); Schwartz, 42 הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים לא היה בשלילת כוחה של האצלת סמכות לרשות המבצעת בשל אי קיום דרישות בדבר פירוט ההסדרים הראשוניים בחקיקה הראשית. עיקר פועלו של הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים היה במתן פירוש מצמצם להאצלה שהמחוקק קבע (ראו Kischel, 220-223). אכן, בשיטות המשפט בהן מוכר הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים, עיקר פעולתו הינו ככלל פרשנות, המביא לצמצום היקפה של הסמכות שהוענקה לרשות המבצעת. תחולתו של הכלל הבסיסי ככלל חוקתי, המביא לבטלותם של חוקים המסמיכים את המינהל לקבוע הסדרים ראשוניים, היא מצומצמת.

מעמדו המשפטי של הכלל הבסיסי בישראל

27. מהו מעמדו המשפטי של הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים במשפט הישראלי? בעניין זה יש מקום להבחין בין שתי תקופות עיקריות: הראשונה, עד לחקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ופירושה על ידי בית משפט זה בפרשת בנק המזרחי המאוחד; והשנייה, לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, כפי שפורשו על ידיו באותה פרשה.

28. בתקופה הראשונה היווה הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים אחד מכללי המשפט הציבורי בישראל. הוא היה חלק מהמשפט המקובל "נוסח ישראל". הוא היווה, בעיקרו של דבר, כלל של פרשנות. על פיו, חזקה פרשנית היא כי הסמכת המינהל לחקיקת משנה או להוראות מינהל, היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים בלבד (ראו רובינשטיין, 361). על חזקה פרשנית זו עמדתו בציני:

"משהוענקה סמכות לחקיקת משנה לרשות המבצעת, ההנחה צריכה להיות כי סמכות זו נועדה לביצוע ההסדרים הקבועים בחקיקה הראשית. החזקה היא איפוא, כי סמכות לחקיקת משנה היא סמכות להתקין תקנות ביצוע (secundum legem). אין להניח כי תכליתה של הענקת הסמכות לחקיקת משנה הינה להסמיך את המינהל לחקיקת משנה 'מחוץ לחוק' (praeter legem) או לחקיקת משנה 'בניגוד לחוק' (contra legem). אכן, אם הכנסת הינה 'הרשות המחוקקת', הרי רק הסמכה לחקיקת משנה המבצעת את העקרונות ואמות המידה הבסיסיות (ההסדרים הראשוניים) שנקבעו בדבר החקיקה הראשי, עולה

בקנה אחד עם עקרון זה. על כן יש להעמיד את המחוקק בחזקת מי שמסמיך את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים המבצעים את העקרונות ואמות המידה הקבועים בחקיקה הראשית ('הסדרים משניים') בלבד. כמובן, חזקה זו ניתנת לסתירה" (ברק, פרשנות במשפט, 528).

זאת ועוד: ביטוי ממשי לחזקה זו ניתן למצוא גם במקרים בהם פירש בית המשפט את לשון החוק על רקע עקרונות היסוד של שיטת המשפט. עקרונות אלה כללו, בין השאר, את העקרונות בדבר הפרדת הרשויות - תוך הפרדה בין סמכות הכנסת כפי שהיא מוצאת ביטוי בחוק-יסוד: הכנסת וסמכות הממשלה כפי שהיא מוצאת ביטוי בחוק-יסוד: הממשלה - שלטון החוק והדמוקרטיה (הפורמלית והמהותית גם יחד). כל אלה היוו "תכלית כללית" של כל דבר חקיקה, אשר בית המשפט נתן לה משקל פרשני (ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(5) 197, 205). עם זאת, תכלית כללית זו עשויה לסגת מקום בו היא מתנגשת עם תכלית מיוחדת ונוגדת (ראו בג"ץ 953/87 פורח נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 329 (להלן: פרשת פורח)). הכנסת היתה רשאית, איפוא, שלא להתחשב בכלל הבסיסי, ולדחות אותו. היא היתה מוסמכת להעניק לרשות המבצעת את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. בצדק ציין פרופ' קלינגהופר, כי:

"בהיעדר חוקה, המחוקק הוא כל-יכול, ולכן רשאי הוא להעניק למינהל כוחות חקיקת משנה כטוב בעיניו. אין הוא מנוע, מבחינה משפטית, מללכת בדרך של דלגציות פורמליות. אם הוא יסתפק בכך שיציין בחוק עניינים מסויימים ויסמיך את המינהל להסדירם הסדר תחוקתי באופן חופשי לחלוטין, בלי שהחוק יסדירם באופן כלשהו, אז לא יהיה בכך כל פגם משפטי" (קלינגהופר, 117).

אכן, בצד ההכרה בכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים ציינו בתי המשפט, כי הכנסת רשאית להסמיך את המינהל לקבוע הסדרים ראשוניים (ראו, למשל, בג"ץ 122/54 אקסל ואח' נ' ראש העיר, פ"ד ח' 1524 (להלן: פרשת אקסל), 1531; פרשת עירית פתח-תקוה, 831). עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט שמגר, בצינון:

"הקו, לפיו יש להגביל את מחוקק המשנה לקביעת הסדרים משניים בלבד, אינו מאומץ תדירות על ידי המחוקק הראשי, אך על אף העובדה, שתופעה זו אינה רצויה מבחינת קיומו של שלטון החוק המהותי, אין בה כשלעצמה כדי לפגום בתקפותה של חקיקת המשנה. אמת המידה לתקפותה של חקיקת משנה עולה בכל מקרה מדברו של המחוקק הראשי; הוא שמתווה למחוקק המשנה את תחומי הפעולה על ידי הקניית סמכות פוזיטיבית לבצע אקטים של חקיקת משנה מוגדרים" (פרשת מיטרני, 357).

המחוקק רשאי היה, איפוא, להתעלם מהכלל הבסיסי. הוא היה רשאי להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע בחקיקת משנה או בהוראות מינהל הסדרים ראשוניים. אכן, עיון בספר החוקים מלמד, כי רבות הן ההסמכות

שהמחוקק הראשי הסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים (ראו זמיר, חקיקה מינהלית, 70; ברכה, משפט מינהלי, 94. ראו גם: A. Barak, "Subordinate Legislation", in *Studies in Israel* (Legislative Problems, *Scripta Hierosolymitana* 219 (Vol. 16, 1966)). הנה כי כן, החזקה הפרשנית היתה חזקה הניתנת לסתירה. היא נסתרה בכל אותם המקרים בהם פרשנות החוק המסמיך - על רקע תכליותיו המיוחדות והחזקות הפרשניות האחרות הנוגעות לעניין - הביאה את בית המשפט למסקנה, כי תכליתו (הכוללת) של החוק היתה להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים. בתקופה ראשונה זו הונחו היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה על ידי היועץ המשפטי לממשלה לנסח את הצעות החוק, כך שהן תקבענה את ההסדרים הראשוניים, וכי סמכות הרשות המבצעת תהיה סמכות לקביעתם של הסדרי ביצוע בלבד. עמד על כך היועץ המשפטי לממשלה (פרופ' זמיר) בהנחיה שהוציא, ובה נאמר, בין השאר כי:

"מן הראוי שהנסחים של הצעות חוקים במשרדי הממשלה יתנו דעתם, לגבי כל הצעת חוק, לשאלת היחס הראוי בין חקיקה ראשית לבין חקיקה משנית. העקרון המנחה לעניין זה הוא, שרצוי כי החוק עצמו יקבע את ההסדרים הראשוניים, ככל שהדבר ניתן על פי מהות הנושא בנסיבות העניין, ואילו מתקין התקנות יוסמך לקבוע בתקנות רק הסדרים משניים (כלומר, תקנות ביצוע)" (זמיר, הנחיות היועץ, 346).

עם זאת, היתה זו "הנחיה" שהכנסת היתה רשאית לסטות ממנה.

29. הנה כי כן, בתקופה הראשונה, השאלה המרכזית שהתעוררה לא היתה אם רשאית הרשות המחוקקת להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים. התשובה הברורה על שאלה זו היתה בחיוב. בתקופה זו, השאלה המכרעת היתה, אם הרשות המחוקקת הסמיכה, הלכה למעשה, את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים. היתה זו, איפוא, שאלה שהתשובה עליה הינה בפרשנותו של החוק המסמיך. בעניין זה, גדר הספיקות היה, מהי עוצמתה של החזקה, לפיה ההנחה הינה כי המחוקק הראשי לא הסמיך את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים. שאלת המפתח היתה, איפוא, כיצד ניתן לסתור את החזקה כי ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע על ידי הכנסת עצמה?

30. לשאלה זו לא נתנה ההלכה הפסוקה תשובה כוללת. דומה שהתפתחה הבחנה בין חקיקת משנה והוראות מינהל שאינן פוגעות בזכויות אדם לבין חקיקת משנה והוראות מינהל הפוגעות בזכויות אדם. בחקיקת משנה והוראות מינהל מהסוג הראשון, עוצמתה של החזקה בדבר ההסדרים הראשוניים היתה חלשה למדי. לא כן בחקיקת משנה והוראות מינהל הפוגעות בזכויות האדם. כאן התפתח קו ברור של פסיקה אשר קבע כי במקום שהסדר החקיקתי פוגע בחירותו של הפרט, נדרש בדרך כלל כי הסמכתו של המינהל בחקיקה

הראשית תהא ברורה, מפורשת וחד-משמעית. עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט שמגר, לעניין חקיקה ראשית המסמיכה חקיקת משנה לפגוע בחופש העיסוק:

"הסמכה לעניין זה משמעותה 'הסמכה מפורשת' וכשלעצמי כוונתי בכך אך ורק למקרה, בו אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני... לאור היעדרה של חוקה, הקובעת מעמדן המשפטי של זכויות היסוד האזרחיות, אין כיום הגבלה על ההוראות, אותן ניתן לכלול בחקיקה הראשית הרגילה (למעט תחומים מעטים - ראה למשל סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת), אך חקיקת משנה שואבת כוחה אך ורק מדבר ההסמכה של המחוקק הראשי, וכאשר מדובר על נושאים, שעניינם הגבלתן של חירויות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול, לדעתי, בתחום האמור, אלא אם הוקנתה לו על ידי המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור, לפי העניין" (פרשת מיטרני, 359).

גישה זו אינה מוגבלת אך לחקיקה ראשית המסמיכה את מחוקק המשנה לפגוע בחופש העיסוק. גישה זו הינה - כפי שנקבע בפרשת מיטרני - בעלת אופי כללי, וחלה בכל מקרה בו ההסמכה היא לפגיעה בחירויות יסוד של האדם (ראו פרשת אקסל, 1531; בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד יב 264, 268; בג"ץ 124/70 שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה(1) 513, 505; בג"ץ 144/72 ליפבסקי - הליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 719, 723; בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 600 (להלן - פרשת אביאל); פרשת "פרי העמק", 561). על כן הוחלה גישה זו - הדורשת הסמכה ברורה, מפורשת וחד-משמעית, כדי להסמיך את הרשות המבצעת לפגוע בחירותו של הפרט - גם לעניין פגיעה בחופש הביטוי (ראו ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295; ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 359), בזכות לשיוויון (ראו בג"ץ 601/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 639), ובזכות הקניין (בג"ץ 249/64 ברוך נ' מנהל המכס והבלו, פ"ד יט(1) 486, 489; פרשת אביאל, 595). קו פסיקה זו, הביא להגנה מוגברת על חירותו של הפרט. הסמכתו של המחוקק הראשי התפרשה בדרך כלל כמאפשרת פגיעה בחירות הפרט רק אם ביטויה היה מפורש, ברור וחד-משמעי. עם זאת, במקום שההסמכה היתה מפורשת, ברורה וחד-משמעית - כגון, שהחקיקה הראשית קבעה כי מחוקק המשנה רשאי להגביל עיסוק פלוני - זו התפרשה כסמכות לחקיקת משנה הכוללת בחובה גם את הכוח לקבוע הסדרים ראשוניים (ראה פרשת מיטרני, עמ' 358, 359).

31. התקופה השניה מתחילה עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ופירושם בפרשת בנק המזרחי המאוחד. אכן, עם חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק חל שינוי מהותי במעמד של זכויות האדם שעוגנו בחוקים אלה. הן קיבלו מעמד חוקתי-על-חוקי (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד וכן: בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מח(2) 491, 503; בג"ץ 453/94 שדולת

הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 526; בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353, 362-363; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 465; בג"ץ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 680; בג"ץ 5319/97 רומן קוגן נ' הפצ"ר (טרם פורסם); בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשון לציון (1986) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט(4) 808, 814-815; ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה נ' יצחק משיח, פ"ד מח(2) 66, 71; בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 110, 131). אכן, בעקבות שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם והפירוש שניתן להם בפרשת בנק המזרחי המאוחד התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי (ראה רדאי, "חוקתיזציה של דיני העבודה", שנתון משפט העבודה ד 151 (תשנ"ד); בן-ישראל, "השלכות חוקי-היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה", שנתון משפט העבודה ד 27 (תשנ"ד); יורן, "המהפיכה החוקתית במיסוי בישראל", משפטים כג 55 (תשנ"ד); ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט ג 5 (תשנ"ו)). זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן (במישרין או בעקיפין) לכל ענפי המשפט (ראה בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 457, 503). על משמעותה של קונסטיטוציונליזציה זו עמדתי באחת הפרשות, בצייני:

"משמעותה של קונסטיטוציונליזציה זו היא, כי כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית מושפעים מההסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן על כל ענפי המשפט, ומשפיעות על כל הנורמות המשפטיות" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421).

ובפרשת בנק המזרחי המאוחד ציינתי:

"התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי, זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן לכל ענפי המשפט (הציבורי והפרטי) ומשפיעות על מהותם. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה יגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות" (שם, עמ' 447).

שינויים אלה משפיעים על "מעמדו" המשפטי של הכלל הבסיסי, לפיו ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית. על מלוא היקפם של שינויים אלה אין לנו צורך לעמוד בפסק דינו זה, שהרי סמכותו של שר הביטחון מעוגנת בדבר החקיקה שקדם לשינויים החוקתיים, ואשר תוקפו נשמר כחלק מהדין הישן. על כן, אין לנו צורך לנקוט עמדה באשר ליחס שבין הפעלת סמכותו של שר הבטחון לבין הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד. די אם נציין כי יש בחוקי היסוד על דבר זכויות האדם כדי לחזק את הכלל הבסיסי. חיזוק זה מתבטא בכך כי

החזקה הפרשנית, לפיה ההנחה הינה שתכליתו של החוק לא היתה להעניק לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים מקבלת עוצמה נוספת. אכן, הסמכה שבחוק לקביעתם של הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה עומדת בעינה. תוקפה לא נפגע. חוקי היסוד החדשים, על פי פירושם בפרשת בנק המזרחי המאוחד, אין בכוחם לפגוע בתקפותה של ההסמכה הישנה. עם זאת - בהיעדר הוראה מפורשת לסתור - יש לעשות מאמץ פרשני - במקום שהוא אפשרי - על מנת לתת להסמכה זאת פרשנות מצמצמת, באופן שהיא תופעל, ככל שניתן, ברוח הכלל הבסיסי בדבר הסדרים ראשוניים. ברוח זאת, יש מקרים בהם הרשות המבצעת צריכה להימנע מהכרעות עקרוניות בסוגיות חברתיות בסיסיות, השנויות במחלוקת ציבורית קשה, ולהניח את ההכרעה לרשות המחוקקת. טול למשל, דחיית שירות לנשים אשר שירותן בשנה פלונית אינו דרוש. דבר זה נתון הוא לשיקול של שר הבטחון. תהא זו החלטה בעלת אופי פרגמטי, המעוגנת בצרכים של שנה פלונית, ולא החלטה שנועדה לפתור באופן עקרוני וכללי את הסוגיה החברתית הקשה והשנויה במחלוקת בדבר השירות של נשים בצבא. אכן, השר אינו רשאי לקבל הכרעה כוללת לפיה נשים בכלל, או נשים נשואות, או נשים שטעמים שבהכרה דתית מונעים מהן מלשרת שירות בטחון, לא תשרתנה בצבא. עניין זה הוא לכנסת, אשר צריכה לקבוע, כחלק מההכרעות החברתיות המוטלות עליה את עמדת המדינה בעניין זה. אכן, בדרך זו נקטה הכנסת לעניין פטור משירות של נשים נשואות (סעיף 39 לחוק שירות בטחון) או של נשים המבקשות פטור מטעמים של הכרה דתית (סעיף 40). הוא הדין לעניין דחיית שירותם של גברים. עד כמה שהשיקול הוא בעל אופי פרגמטי - שעשוי להשתנות מעת לעת - הוא יוכל להתקבל על ידי שר הבטחון. אך עד כמה שהשיקול נועד לפתור בעיה חברתית כללית השנויה במחלוקת ציבורית קשה, הוא צריך להיות מעוגן בהסדר ראשוני שבחוקיקה הראשית. ודוק: גישתנו זו אין משמעותה שהרשות המבצעת אינה רשאית לקבוע מדיניות כללית להפעלת סמכותה. בדרך כלל קביעתה של מדיניות כללית על ידי הרשות המבצעת מותרת היא וראויה. גישתנו הינה, כי יש עניינים, מיוחדים במינם, בהם לא קנתה הרשות המבצעת סמכות לקבל הכרעות עקרוניות בשאלות יסוד המפלגות את החברה הישראלית. יש עניינים כאלה, בהם ההכרעות צריכות להתקבל בכנסת, תוך שהרשות המבצעת צריכה להסתפק במדיניות לביצוען. מבחינה מעשית, פירוש הדבר, בדרך כלל, שבית המשפט נתן פירוש צר לסמכות שהחוק מעניק לרשות המבצעת. כך נוהגים בתי משפט גם באותן שיטות משפט בהן לכלל הבסיסי תוקף חוקתי ולא רק תוקף פרשני. כותב Kischel לעניין הגישה המקובלת בארצות הברית:

“The question whether a delegation is so broad that its constitutionality becomes doubtful, depends first on an interpretation of the exact scope of the statutory conferred powers. Here, it is of course possible for a court to accept a very broad interpretation, and then to declare even this maximum to be constitutional. Today, however, the Court takes the opposite path. The Court circumvents possible delegation problems by making a narrow interpretation of statutory

language, thus using the delegation doctrine as an Ashwander like principle" (Kischel, "Delegation of Legislative Power to Agencies: A comparative Analysis of United States and German Law" (Kischel, 222).

וברוח דומה נוקטים בתי המשפט הגרמניים (Kischel, עמ' 232). אף אנו נקטנו בגישה זו, תוך אימוץ הלכת Ashlwander, היא ההלכה הקובעת כי יש לעשות כל מאמץ פרשני לגיטימי, כדי למנוע בטלותו של חוק. בצטטו הלכה זו ציין הנשיא שמגר, בפרשת בנק המזרחי המאוחד, כי "כאשר תוקפו של חוק... מועלה לדיון, ואפילו אם מועלה ספק רציני בדבר חוקיותו, הרי כלל מנחה מרכזי הוא שבית המשפט יבדוק תחילה אם אפשרית פרשנות סבירה, אשר לאורה ניתן להימנע מן ההכרעה בשאלה" (שם, עמ' 350). בית משפט זה נוהג על פי גישה פרשנית זו בפרשו דבר חקיקה (ראו בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 810, 814, 815; בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(2) 485, 496; בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(2) 57, 67; בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת (טרם פורסם); בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם)). כמובן, ניתן יהא לנקוט בגישה זו רק אם לשון החוק מאפשרת פירוש מצמצם זה. אין לאנוס את לשון החוק ואין לעוות את כללי הפרשנות. אך במסגרת כללי הפרשנות המקובלים, יש לבחור באותה אופציה פרשנית העולה בקנה אחד עם הכלל הבסיסי בדבר הסדרים ראשוניים.

מן הכלל אל הפרט

32. חוק שירות בטחון קובע את חובת שירות הבטחון (שירות סדיר או שירות מילואים). הוא קובע את היקף החובה ודרכי הגשתה. בצד הוראות אלה קבועה סמכותו של שר הבטחון לדחות שירות בטחון או לפטור ממנו. הוא רשאי לעשות כן:

"מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא ההגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים" (סעיף 36 לחוק שירות בטחון).

האם רשאי שר הבטחון לעשות שימוש בסמכותו זו, ולדחות את שירות הבטחון של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם" בהיקף ובמידה אליה הגענו כיום? שאלה זו עניינה בחלוקת הסמכויות בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, והיא מתמקדת בשאלה אם קביעת העקרונות ואמות המידה המכריעים בשאלה החברתית בדבר

דחיית שירותם של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם", לא צריכה להיקבע על ידי הרשות המחוקקת עצמה, כחלק מההסדרים הראשוניים שעליה לקבוע.

33. שאלה זו אינה חדשה עמנו. עמד עליה הנשיא לנדוי בעתירה הנוגעת לדחיית גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" ושקדמה לפרשת רסלר. הנשיא לנדוי - בגדר בקשה לדיון נוסף - העמיד את השאלה אם "העניין דנן היה טעון... הכרעה בחוק מפורש, אחרי דיון ממצה בכנסת, ואין להכריע בו בהחלטה מינהלית של שר הבטחון ואף לא בהחלטת הממשלה כרשות המבצעת, לשם ביצוע ההסכם הקואליציוני". הוא ציין כי "זו... טענה, שלדעתי ראויה היתה להישמע" (ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד לו(1) 712, 708, 713). היא לא הוכרעה על ידו, שכן היא לא נידונה בפסק הדין נשוא העתירה לדיון הנוסף והיא לא נכללה בבקשה לדיון נוסף.

34. בפרשת רסלר נידונה שאלה זו. ציינתי בפסק דיני, כי מכוח עקרון שלטון החוק ראוי הוא כי "הסדרים ראשוניים" ייקבעו בחקיקה הראשית ובמפורש, ושלא תוענק הסמכה כללית למחוקק המשנה לקבוע בעצמו את ההסדרים הראשוניים (פרשת רסלר, עמ' 502). הוספתי בפסק דיני כי:

"רצוי היה הדבר, מכוח עקרונותיו של 'משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי', כי הכנסת תנקוט עמדה מפורשת בשאלת דחיית גיוסם של תלמידי ישיבות, ולא תסתפק בהסמכה כללית וגורפת של שר הבטחון ליתן דחיית שירות 'מטעמים אחרים'" (שם, עמ' 502).

עם זאת הדגשתי כי "אין אני סבור, כי ניתן לומר, שהימנעותה של הכנסת מלקבוע ההסדרים הראשוניים והימנעותה מהטלת פיקוח על הסדריו של שר הבטחון, משמעותן שלילתה של אותה הסמכה כללית" (שם, שם). הדגשתי כי "משקבע המחוקק, כי 'מטעמים אחרים' עשויה לשמש עילה לדחיית שירות בטחון, ממילא הסמיך בכך את שר הבטחון לקבוע, מה הם טעמים אחרים אלה" (שם, שם). ציינתי, כי "הטעמים האחרים אינם קשורים בטעמי בטחון דווקא, והם משתרעים גם על טעם לא בטחוני. בין אלה נכללים, לדעתי, גם טעמים שבדתי" (שם, שם). בפרשה מאוחרת יותר הזכרתי את פרשת רסלר, תוך שציינתי:

"רבים הם העניינים בחיינו, שבעבר הוסדרו בחקיקת משנה, ושמן הראוי להסדירם בחקיקה ראשית. די אם אזכיר את שאלת הגיוס של תלמידי הישיבה לצבא. נטען בפנינו, בעניין אחרון זה, כי עניין חשוב הוא, ומן הראוי שיוסדר בחקיקה הראשית. הסכמנו לכך. עם זאת קבענו, כי העדר קיומם של הסדרים ראשוניים בחקיקה הראשית אינו פוסל את חקיקת המשנה בעניין זה" (פרשת חורב).

הנה כי כן, הדין בעניין זה נפסק בעבר. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם הנסיבות החדשות - בין אלה העובדתיות (שעניינן הגידול במספר תלמידי הישיבה ששירותם נדחה והרחבת היקף הזכאים לדחייה), ובין אלה המשפטיות (חיזוק כוחו הפרשני של הכלל הבסיסי) - מצדיקות מסקנה שונה? הדגשנו בפרשת רסלר (לעניין סבירות החלטתו של שר הבטחון) כי "הכמות עושה איכות" (שם, עמ' 505). כיצד משפיעים כל אלה על השאלה הניצבת עתה לפנינו? לבחינתה של שאלה זו אעבור עתה.

35. נקודת המוצא שלי הינה - בעקבות פסק הדין בפרשת רסלר - כי הסמכות הנתונה לשר הבטחון לדחות את שירות הבטחון בשל "טעמים אחרים", כוללת בחובה גם את הסמכות לדחות את שירות הבטחון של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם". אמת, חוק שירות בטחון אינו כולל אמות מידה שבגדריהן תופעל הסמכות האמורה. לפנינו מקרה קיצוני ביותר של האצלה לרשות המבצעת, בלא שהחקיקה הראשית תכלול בחובה הנחיה כלשהי לשר הבטחון באשר להסדרים הראשוניים. במסגרת פרשנותה של הוראה זו כיום, מקובל עלי כי עקרונית שר הבטחון רשאי לדחות גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם". עם זאת, שיקול דעתו צריך להיות מופעל תוך התחשבות בכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים. זהו כלל פרשני, המשפיע על השיקולים אותם צריך שר הבטחון לקחת בחשבון. בעניין זה מתבקשת המסקנה הפרשנית, כי היקף שיקול דעתו של שר הבטחון הוא במסגרת הכלל הבסיסי. בכוחו ליתן דחיית שירות לתלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם", אך דחייה זו צריכה להתקבל במסגרת הכרעה לאומית אשר הכנסת צריכה לקבל באשר לעמדתה של מדינת ישראל בסוגיה החברתית השנויה במחלוקת שעניינה גיוסם של בחורי ישיבה ש"תורתם אומנותם". הננו סבורים כי לאור אופיה המיוחד של שאלת גיוסם של בחורי הישיבה ש"תורתם אומנותם", ההכרעה העקרונית בה צריכה להיעשות על ידי בית הנבחרים, ולא על ידי שר הבטחון. שיקול דעתו של שר הבטחון צריך להיות מופעל בסוגיות הפרטניות, במסגרת ההכרעה העקרונית שנתקבלה על ידי הכנסת.

ההכרעה הלאומית

36. דחיית הגיוס של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" שנויה במחלוקת בישראל. אין בה הסכמה לאומית. אין זו רק מחלוקת בין דתיים לשאינם דתיים. במחנה הדתי עצמו קיימות דעות שונות ומגוונות. עמדתי על כל אלה בפרשת רסלר, בצייני:

"יש הגורסים, כי המדינה לא תיכון בלעדי דחיית גיוסם, ויש הגורסים, כי המדינה לא תיכון בלעדי גיוסם. יש הרואים בדחיית גיוסם מעשה אציל, ויש הרואים בכך מעשה שפל. אין בסוגיה קונסנסוס חברתי" (שם, עמ' 505).

הקרע אינו אך אידיאולוגי. הוא קשור בהתנגשות בין זכויות אדם, בין לבין עצמן. מחד גיסא עומד עקרון השוויון, על פיו צריכים כל בני החברה לתרום באופן שווה לבטחונה. המצב הקיים, שבו חלקים ניכרים אינם מסכנים את חייהם למען בטחון המדינה גורם להפליה קשה, ולתחושת קיפוח עמוקה. אכן, השוויון הינו "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698). זהו עקרון "השילוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (השופט שמגר בבג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806). בצדק ציין המשנה לנשיא, השופט אלון, כי:

"העקרון של שוויון זכויות וחובות לכל אזרחיה של מדינת ישראל הוא ממהותה ומאופיה של מדינת ישראל" (ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 272; ראו גם פסק דינו בבג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221).

ובפרשה אחרת ציינתי:

"השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית, 'אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו'... הפרט משתלב למרקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, ביודעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם" (פרשת פורז, בעמ' 332).

מאידך גיסא עומדת הזכות בדבר חופש הדת. חופש זה כולל בחובו, בין השאר, את החופש לקיים את מצוות הדת ודרישותיה. יש טענה שגיוס כפוי של בחור ישיבה ש"תורתו אומנותו" יכול לפגוע בחופש הדת שלו. הוא עשוי לפגוע גם ברגשותיו הדתיים, אשר גם בהם יש להתחשב (ראו פרשת חורב).

37. שאלת גיוסם של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם" אינה אך בעיה אידיאולוגית שזכויות האדם מתנגשות בה. זו הפכה להיות בישראל לבעיה חברתית ממדרגה ראשונה. תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם", המקבלים דחייה של שירותם הצבאי, אינם רשאים לעבוד. האמצעים העומדים לרשותם - ולרשות משפחותיהם - הם דלים. העוני הוא נחלתם. אין הם משתלבים במעגל העבודה. גם אלה שנושרים מההסדר אינם נקלטים בשוק העבודה, שכן חוששים הם מגיוסם לצבא והבטלה היא אם כל חטאת. נוצרת אוכלוסיה

שלמה שאינה משתלבת בשוק העבודה והמגבירה את העוני והתלות בהקצבות הבאות מהמדינה ומגורמים פרטיים. נוצרת, איפוא, בעיה חברתית ממדרגה ראשונה.

38. גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" מעורר גם בעיה חברתית-צבאית לא פשוטה. היא קשורה לשיקולים הצבאיים שבקליטתם של מתגייסים אלה. האם רצוי הוא לצבא לגייס תלמידי ישיבה אלה? האם יעיל הוא לגייסם? האם רצוי ויעיל הוא לגייס חלק מהם, כגון אלה שיימצאו כשירים לשירות צבאי או אלה שנפלטו בפועל מן הישיבות? ואם תאמר שגיוסם אינו יעיל, מה משקלו של שיקול זה לעומת השיקולים האחרים עליהם עמדנו? לא פעם מגייס הצבא יוצאי צבא אף שהיעילות הצפויה של שירותם נמוכה ואפילו נמוכה מאוד. הוא עושה כן מטעמים שונים. האין לנקוט גם בעניין שלפנינו בדרך דומה? והאין אפשרות להגביר את היעילות על ידי הכנתן של מסגרות מיוחדות לתלמידי הישיבה? האם כדאי מאמץ זה בהתחשב באורח חייהם של תלמידי הישיבות?

39. הפתרון לבעיות אינו פשוט כלל ועיקר. הוא מעורר שאלות עקרוניות, חברתיות וצבאיות סבוכות. גישתנו הינה כי ההכרעה בשאלות אלה צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת. בשאלה לאומית נוקבת זו צריכה להכריע הכנסת. רק כך ניתן יהיה לבטא "את הקונצנזוס האופטימלי שיאפשר חיים בצוותא" (חברי השופט אור בפרשת מיטראל, 498); רק כך ניתן יהיה "לבחון את הסוגיה על כל היבטיה, תוך בדיקה של האלטרנטיבות השונות" (בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לט(3) 294, 303). אכן, אל לה לכנסת להעביר את ה-"buck" לשר הבטחון. עליה להכריע בשאלה כדיון. כך פועלת שיטת משפט הנאמנה להפרדת הרשויות, המקיימת שלטון חוק, ושהשיקול הדמוקרטי הוא חלק "מהצופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט" (חברי השופט מ' חשין בפרשת נבואני, 121). למותר לציין, כי לגוף השאלות הצריכות הכרעה איננו נוקטים כל עמדה, ואין בציון האופציות החברתיות השונות משום נקיטת עמדה באשר לחוקתיותן. זו תיבחן על פי המסגרת החוקתית אשר בגדריה ישתבצו הסדרים החברתיים.

40. האם מתיישבת גישתנו זו, עם סמכותו של שר הבטחון לדחות שירות צבאי בשל "טעמים אחרים"? ניצבים אנו בפני בעיה פרשנית. עלינו לפרש את סמכותו של שר הבטחון על רקע הצורך להגשים, בדרך פרשנית, את הכלל הבסיסי בדבר הסדרים ראשוניים. פרשנות זו מובילה אותנו למסקנה כי סמכותו של שר הבטחון צריכה להיות מופעלת בעקבות ההכרעות החברתיות הקשות שיתקבלו אצל המחוקק. שר הבטחון עצמו אינו רשאי ליטול לעצמו סמכות הכרעה זו. אכן, הבעיה האידיאולוגית והחברתית הקשורה בגיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" והפתרונות השונים לה, צריכה למצוא את פתרונה על ידי פעולות חקיקה של הגוף,

שעל פי מבנה המשטר הדמוקרטי שלנו, צריך להתמודד עם בעיות מסוג זה. גוף זה אינו הרשות המבצעת. גוף זה בישראל הוא הרשות המחוקקת.

41. האם מתיישבת מסקנתנו זו עם פסק דינו בפרשת רסלר? דומה בעיני שהתשובה היא בחיוב. הדגשנו בפרשת רסלר כי "הכמות עושה איכות" (שם, עמ' 505). מאז פסק דינו בפרשת רסלר גדל היקפו של ההסדר, עד שהוא הפך לבעיה לאומית. הוא לא הוצג בפנינו בתור שכזה בפרשת רסלר. עיקר מעייננו בפרשת רסלר היו בעיות המעמד והשפיטות. גופה של הבעיה בדבר גיוס תלמידי הישיבה לא הוצג בפנינו כבעיה לאומית בעלת דחיפות ממדרגה ראשונה. מאז פרשת רסלר גדל מספרם של תלמידי הישיבה ששירותם הצבאי נדחה. אחוז יוצאי הצבא ששירותם נדחה מטעם זה מכלל המתגייסים הלך וגדל. המגמה נמצאת בעליה ויש בסיס להניח כי היא תמשיך כך בעתיד. גם סוג יוצאי הצבא המקבלים דחיית שירות השתנה במובנים מסויימים. כך, למשל, הורחב ההסדר למי שלא למדו בישיבה אלא בבית ספר תיכון דתי, וניגשו לבחינת בגרות בתלמוד ברמה של חמש יחידות. כן הורחב ההסדר לבעלי תשובה. כמו כן הורחב ההסדר כך שהוא חל גם על מי שאין לומר עליו ש"תורתו אומנותו", אלא אומנותו, ממנה הוא מתפרנס, היא תורתו. בשלב מסויים, הופכת הכמות הגדולה החלה על סוגים נרחבים של יוצאי צבא לאיכות שונה. זאת ועוד: מאז פסק דינו בפרשת רסלר חל שינוי מהותי בתפיסתנו את המבנה החוקתי שלנו. הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים התחזק, והדבר משפיע על פרשנותה של הסמכות שהוענקה בחוק שירות בטחון לשר הבטחון ועל הבנתה של הפסיקה שפרשה סמכות זאת. עוצמתו של הכלל הבסיסי גברה, ועימה המשקל הפרשני שיש לתת לו בפרשנות סמכותו של שר הבטחון. כל אלה מהווים "נסיבות חדשות" המצדיקות פרשנות חדשה לסמכות הישנה. אך היא עניין זה כאשר יהא, משוכנע אני כי מצב הדברים, כפי שהוא ניצב בפנינו היום, מחייב פתרון חקיקתי מבית מדרשה של הרשות המחוקקת. על רקע מספרם ההולך וגדל של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם" המקבלים דחיית שירות צבאי, ולימים פטור משירות צבאי; על רקע הקרע בחברה הישראלית בשאלת דחיית גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם"; על בסיס הבעיות המשפטיות והרקע האידיאולוגי והחברתי הקשה שבבסיסן, ולאור הצורך לתת להן פתרון לאומי כולל, נדרשת מעורבותה של הכנסת למצוא פתרון לבעיה קשה זו.

42. הגענו למסקנה כי דחיית שירותם של בחורי ישיבה ש"תורתם אומנותם" כפי שהיא נעשית על ידי שר הבטחון, אינה כדין. לאור מסקנתנו זו אין לנו צורך לנקוט עמדה באשר לאופן השימוש בשיקול הדעת של שר הבטחון. נציין אך זאת, כי שיקול דעתו של שר הבטחון, כפי שעלה מהתשתית העובדתית שהונחה בפנינו הוא בעיית: הן מבחינת הספק הקיים אם אומנם השיקול הביטחוני היה השיקול הדומיננטי; הן מבחינת החשש כי בשל הגידול הרב במקבלי דחיות שירות, ובשל הצטרפותן של קטיגוריות חדשות של מקבלי דחיות שירות, נפרץ מתחם הסבירות, מבחינת "הכמות עושה איכות" (פרשת רסלר עמ' 505); והן מבחינת המשקל שראוי היה לתת

- ולא ניתן - לעקרון השוויון. אך, כאמור, כיוון שהחלטנו כי אין בידי שר הבטחון סמכות לקבל הכרעה עקרונית בסוגיה זאת, אין צורך שנעסיק עצמנו בשאלה אם שיקול הדעת של שר הבטחון הופעל כדין.

הסעד

43. מסקנתנו הינה, כי על פי המצב כיום, שר הבטחון מפעיל את סמכותו, בעניין דחיית השירות של בחורי ישיבה ש"תורתם אומנותם", על פי הכרעה עקרונית שהסמכות לקביעתה היא בידי הכנסת. הפעלת סמכות זו, במתכונת זו, היא איפוא, שלא כדין. בהתאם לכך, ההחלטות המתקבלות על ידי שר הבטחון בדבר מתן דחיית שירות לתלמידי ישיבות אף הן מתקבלות שלא כדין. עם זאת, אין אפשרות מעשית לשנות את המצב הקיים בעניין זה, זמן רב כל כך, מהיום למחר. יש לאפשר לשר הבטחון או לכנסת לקיים דיון ענייני ומסודר בסוגיה זו, על כל השלכותיה. זאת ועוד: אם יוחלט על שינוי המצב הקיים, יש להכין את המסגרות הנדרשות לכך. אין כל אפשרות לעבור בין יום מההסדר הקיים להסדר חלופי. בנסיבות אלה, אין כל אפשרות לקבוע כי ההסדר הקיים בטל באופן מיידי. עלינו להשעות את תוצאות החלטתנו. על סמכותנו לעשות כן עמדנו בפרשה אחרת, בה קבענו:

"סמכותנו להשעות את מועד כניסתה לתוקף של הצהרת בטלות מבוססת היטב... סמכות דומה נתונה, במשפט המשווה, לבית משפט המצהיר על בטלותה של חקיקה ראשית... דין דומה חל בישראל. למותר לציין, כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכות ההשעייה הנתונה לו רק במקרים מיוחדים המצדיקים זאת" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (טרם פורסם)).

המקרה שלפנינו מצדיק שימוש בסמכות האמורה. לאחר ששקלנו באשר לתקופת ההשעיה, הגענו לכלל מסקנה כי ההשעיה הראויה היא לשניים-עשר חודשים מיום מתן פסק דינו זה, כלומר עד ליום 9.12.1999.

לפיכך הוחלט כאמור בסעיף 43 לפסק הדין.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט ת' אור:

אני מסכים.

שופט

השופט א' מצא:

אני מסכים.

שופט

השופט י' זמיר:

אני מסכים.

שופט

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה.

שופטת

השופט י' טירקל:

אני מסכים.

שופט

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

שופטת

השופט י' אנגלרד:

שׁוֹפֵט

השופט מ' חשין:

התופעה ימיה כימי המדינה; והתופעה היא: דחיית שירות צבאי ופטור משירות צבאי הניתנים לבני-ישיבות שתורתם-אומנותם. תופעה חריגה זו מלווה אותנו כל השנים ולרבים וטובים הסבה ומסבה היא אי-נחת. כיצד זה, שואלים השואלים, שחלק מן האוכלוסיה נושא בעול הכלל ואילו חלקה האחר פטור מעול אך נהנה מהמשא המונח על שיכמי אחרים? האמנם כך נכון וראוי בחברה שהכל אמורים להיות בה ערבים זה-בזה? רבים לא השלימו עם חזיון יחיד-ומיוחד זה, וכך נתגלגלה החבילה אל פיתחו של בית-המשפט הגבוה לצדק. למיצער חמש פעמים נדרש בית-המשפט לעתירות בנושא הדחיה-פטור לבני-ישיבות, וחמש פעמים הושבו פניהם של עותרים ריקם.

2. בראשית עלה העניין לפני בית-המשפט בפרשת ישראל בקר נ' שר הביטחון ואח', (בג"ץ 40/70, פ"ד כד(1)238). אותה עת - על-פי הנטען בעתירה - שוחררו משירות צבאי 5,000 בני-ישיבה. בקשת העותר היתה כי ישוחרר אף-הוא מחלק מתקופת שירותו-שלו, כדי החלק שהוסף על שירותו בשל שיחרורם של אותם 5,000 בני-ישיבה. בית-המשפט אף לא הטריח את באי-כוח המשיבים להתייצב לפניו - להסביר על-שום-מה-ולמה נעשה מה שנעשה, ולא נעשה מה שלא נעשה - והחליט לדחות את העתירה על-הסף מפאת היעדר מעמד לעותר ובשל אי-שפיטות הנושא. השופט ויתקון איפיון את העתירה כעתירה "ציבורית (קולקטיבית)", ומטעם זה, כך החליט, אין מקום להידרש לה. בין השאר אמר השופט ויתקון (בעמ' 247 לפסק-הדין) כי על בית המשפט להיזהר "מלהיגרר לזיכוח ציבורי כללי, שהוא כולו ויכוח לשמו, ושמוטב להשאירו בידי הגורמים הפוליטיים האחראים לכך ... כאן הנושא הוא בעל צביון פוליטי מובהק, ומכאן הצורך להחמיר בדרישה שלעותר תהיה זכות עמידה". השופט יצחק פֶהֶן הסכים להנמקתו של השופט ויתקון, והוסיף כי "מן המפורסמות הוא, שהנימוק שמובא לדחיית שירות תלמידי ישיבות, הוא הצורך לשמור על מוסדות לימוד תורה, אחרי חורבן מרכזי לימוד בעת השואה" (בעמ' 249).

אודה ואתודה: גם לעת שניתן היה פסק-דין זה מידרש פליאה בעיניי. האמירה כי הנושא הוא "בעל צביון פוליטי מובהק" וכי מטעם זה ראוי לו לבית-המשפט לִיְרַחֵק ממנו, קשתה עלי בזמנו וקשה היא עלי אף כיום. וכי שירות בצה"ל הוא נושא "פוליטי"? הֶסְבֵר בית המשפט כי על דרך של הסכמים פוליטיים - באשר הם - ניתן לפטור צעירים משירות בצה"ל? יתר על-כן: לו דובר בפטור ל- 50,000 בני-ישיבה, הגם אז היה בית-המשפט אומר את שאמר? ולו אמר אחרת במקרה זה האחרון, האם "ציביונו" של הנושא - צביון פוליטי או

ציביון שאינו פוליטי - היה משתנה אך בשל מספר הזוכים בפטור-דחיה? אשר להנמקתו (הנוספת) של השופט יצחק כהן - לעניין שמירת הגחלת - אומר: על יסוד הנחה שהשופט כהן צדק בדבריו, וכי משימה לאומית אמנם הוטלה עלינו לשקם ולהעמיד על תילם מרכזי-לימוד תורה שאבדו: האם לא ראוי היה להוסיף ולבדוק אם נכון היה לזכות בני-ישיבה כה רבים - 5,000 במספר - בפטור-דחיה? האם לא ראוי היה, למיצער, לשמוע את שיש בפי המשיבים לומר? כולנו נדע כי פסק-דין מעין-זה לא היה ניתן כהיום הזה, וכשאני לעצמי דומני כי גם לזמנו היה פסק-הדין חריג קיצוני.

3. שאלת הדחיה-פטור לבני-ישיבות שבה ועלתה לפני בית-המשפט בפרשת רסלר ואח' נ' שר הביטחון (בג"ץ 448/81, פ"ד לו(1)81), ושוב הושבו פניו של העותר ריקם. בית-המשפט הסתמך על פסק-הדין שניתן בפרשת בקר, והחליט לשלח את העותר לביתו על סמך אותם טעמים שבקר שולח לביתו-שלו. ובלשונו של מ"מ הנשיא השופט יצחק כהן: "לדעתי לא הצליחו העותרים לבסס זכות עמידה, אשר מצדיקה דיון בבית משפט זה בנושא שעל-פניו נראה כבלתי שפיט" (שם, 86). מ"מ הנשיא כהן מוסיף עוד ואומר, כי "העתירה בענייננו אינה יכולה לעמוד, כי הנושא שלה אינו מן העניינים שיכולים להיות נדונים בבית המשפט. השאלה, אם יש או אין לגייס תלמידי ישיבות, היא שאלה, שלגביה אין בידי בית המשפט קני מידה משפטיים, שניתן לבסס עליהם הכרעה בבית משפט" (בעמ' 88). ובהמשך (שם, שם):

"אף לו היו העותרים מוכיחים באותות ובמופתים, וכפי שכבר אמרתי, לדעתי הוכחה זו היא בלתי אפשרית, ששירותם במילואים היה מתקצר עקב גיוס תלמידי ישיבות, לא הייתי רואה בכך כל עילה למתן צו-על-תנאי, מכיוון שהשאלה, אם יש או אין לגייס תלמידי ישיבות, היא ביסודה בעיה ציבורית, שיש להשאיר את פתרונה בידי הגורמים הפוליטיים, שמתפקידם להכריע בעניין זה. ההסדר של דחיית שירותם של תלמידי ישיבות קיים מאז הקמת המדינה, והמשיב לא חידש בו כל דבר בעל משמעות."

עוד אמר מ"מ הנשיא כהן, כי:

"בולטת בעתירה המגמה לגרור בית-משפט זה לוויכוח ציבורי-פוליטי בנושא רגיש ומסעיר, שבו קיימים חילוקי דעות חריפים בציבור. בכך אין העותרים יכולים להצליח, בין משום שאין להם זכות עמידה ובין משום שהנושא אינו שפיט, ובין משום שהם לא גילו עילה להתערבות בית המשפט בשימוש בשיקול הדעת שניתן למשיב על-ידי המחוקק" (שם, 89).

גם במקרה זה לא הוזמן איש הפרקליטות להסביר את שראוי היה (לדעתי) כי יסביר. כיום יודעים אנו (מהודעת הפרקליטות), כי אותה עת נהנו מפטור-דחיה למעלה מ-11,500 בני-ישיבה.

גם פסק-דין זה, אודה, מוקשה בעיניי והיה מוקשה בעיניי גם לעת שניתן. אני נכון להסכים כי המדובר בנושא ציבורי-פוליטי; עוד אסכים כי הנושא רגיש ומסעיר; אוסיף עוד ואסכים כי נושא זה מעורר חילוקי-דעות בציבור. אסכים לכל אלה, ועדיין נתקשיתי להבין כיצד יש באותם דברים כדי לנעול שערי בית-משפט שעה שהטענה היא כי שר הביטחון עושה שימוש שרירותי בסמכותו ופוטור משירות, שלא-כדין, אלפים-אלפים של בני-ישיבה. אמירה כי הנושא "פוליטי" הוא - האמנם אמירת-קסם היא, אמירה סוגרת-שער? היש בכוחה של אמירה זו כדי לסוכך על שר הביטחון ולהתיר לו, ולו בעקיפין, לעבור על חוק באורח שיטתי וגורף ולא יהיה פוצה פה ומצפצף בינינו אנשי-המשפט? האמנם אין כל צד משפטי אמיתי לעשייתו של שר הביטחון? פסק-דין זה בפרשת רסלר ניתן בסוף חודש דצמבר 1981, וכולנו ידענו כי לא חלפו אלא כשישה חודשים ובני-גילים של בני-הישיבות יצאו למלחמה. וחלק מהם לא שבו לביתם.

4. העותרים בפרשת רסלר לא אמרו די וביקשו עריכתו של דיון נוסף: ד"נ 2/82 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1)708. בהחלטתו של הנשיא לנדוי נושבת לראשונה רוח חדשה. ראשית לכל, כך אומר הנשיא לנדוי, הוכחה זכות עמידה לעותרים, ולו מן הטעם כי ניתן היה להקים "אוגדה שלמה נוספת" מן המספר המצטבר של יוצאי-צבא הזוכים לפטור משירות ולדחיית שירות. יחד-עם-זאת רואה הנשיא לנדוי לדחות את העתירה מטעמי אי-שפיטות, הגם שעושה הוא זאת באי-רצון בולט. לבסוף מזכיר הנשיא לנדוי טענה שהועלתה לפניו ולפיה נושא הדחיה-פטור "טעון ... הכרעה בחוק מפורש, אחרי דיון ממצה בכנסת", וכי "[אין להכריע בו בהחלטה מינהלית של שר הביטחון ואף לא בהחלטת ממשלה כרשות המבצעת, לשם ביצוע ההסכם הקואליציוני" (שם, 711-712). על טענה זו אומר הנשיא לנדוי כי לדעתו "ראויה היא להישמע", אך משלא נקבעה בה כל הלכה בפסק-הדין נושא הדיון הנוסף, ממילא אין היא יכולה לשמש יסוד לדיון נוסף. הטענה נדחתה אך הזרע נזרע. שנים תעבורנה עד שהזרע יפקח עין, והנה עתה צץ נובט הוא מן האדמה.

5. רסלר וחבריו לא שקטו על מקומם, וכחודש לאחר שנדחתה עתירתם לדיון נוסף הגישו עתירה חדשה: בג"ץ 179/82 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד לו(4)421. ואולם גם עתירה זו נדחתה מן הטעם של היעדר מעמד לעותרים.

6. כך היגענו אל פרשת רסלר הבאה, והיא: בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון פ"ד מב(2)441. זו הפעם קבע בית-המשפט כי לעותרים זכות-מעמד, וכי שאלת הדחיה-פטור הינה שאלה הראויה להידון לגופה.

משנמצא לו כך, נכנס בית-המשפט אל-תוך שיקול דעתו של שר הביטחון לגופו, והחליט שני אלה: אחד, כי שר הביטחון קנה שיקול דעת על-פי חוק להעניק דחיה-פטור לבני-ישיבות, ושניים, כי שיקול דעתו של שר הביטחון לא חרג ממיתחם הסבירות. אותה עת זכו בדחיה-פטור למעלה מ-17,000 בני-ישיבות - נזכור כי כשש-עשרה שנים קודם לכן, בפרשת בקב, דובר על 5,000 בני-ישיבות, וכי כחמש שנים קודם לכן זכו בדחיה-פטור 11,500 בני-ישיבה - אך בית-המשפט סבר כי מספר זה של משוחררים משירות אינו חורג מן המיתחם שהחוק היקצה לשיקול דעתו של שר הביטחון. יחד-עם-זאת, כך הוסיף השופט ברק והחליט (בעמ' 505):

"באיזון בין השיקולים השונים העומדים ביסוד שיקול-דעתו של שר הביטחון על-פי סעיף 36 לחוק [חוק שירות ביטחון] [נוסח משולב], תשמ"ו-1986] השיקול המכריע חייב להיות השיקול הביטחוני. לשם כך בא שירות הביטחון עצמו, וברוח זו נוסחו גם חלק מהפטורים משירות הביטחון. ... יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול, שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות. בעניין זה לא הרימו העותרים את הנטל המוטל עליהם להראות כי הפגיעה בביטחון אינה קלה."

ובהמשך (בעמ' 506-507):

"... אם מספרם של אלה ששירותם נדחה בשל לימודי תורה יילך ויגדל, עד שהוא יקיף מספר רב ביותר של יוצאי צבא, באופן שהביטחון נפגע, יגיע בוודאי רגע שבו נאמר, כי ההחלטה לדחות את הגיוס הינה בלתי סבירה ודינה להיפסל."

והוסיף על-כך הנשיא שמגר (בעמ' 524-525):

"... מה שאנו קובעים עתה לגבי תוקפו המשפטי של ההסדר, כאשר הוא מועבר לראשונה בשבט הביקורת השיפוטי הענייני, איננו בא לפטור את הרשות המבצעת מן החובה להוסיף ולבחון ולשוב ולבחון מעת לעת את המשמעויות של הענקת פטור למספרים הולכים וגדלים של יוצאי צבא. ... אין המדובר איפוא בנתונים יציבים אלא בעובדות, המשתנות והמתחדשות מדי שנה. משמע, על הרשות המוסמכת מוטלת החובה לבחון את הנתונים מדי שנה ולתת את הדעת על שאלת זיקתם של נתוני הרקע האחרים."

בקוראי פסק-דין זה בזמנו - פסק-דין מפואר וייחודי בנושא המעמד והשפיטות - נתקשיתי בו לא-

במעט. שאלתי את עצמי אם אמנם ראוי הוא פירוש לחוק ולפיו מוסמך הוא שר הביטחון לפטור למעלה

מ-17,000 צעירים משירות בצבא. האמנם ראוי כי יינתן כוח כה-רב בידי של אדם אחד - שר הביטחון - ולו על

דעת הממשלה או אף על-פי ציוייה של הממשלה? האם פירוש לחוק ולפיו הוענקה סמכות כה מרחיקת-לכת לשר הביטחון עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשונים בדימוקרטיה פרלמנטרית, אם תרצה: במדינה יהודית-דימוקרטית? שאלה זו ליוותה ומלווה אותי - מלווה ואינה מְקֻפָּה - מאז אותם ימים. שמא אומר מאז ימי פרשת בקר.

על הסדרים ראשונים ועל פירוש חוק

7. חברי הנשיא קובע כי במיסגרת-חברתית בה שורר שילטון החוק במובנו המהותי; במערכת-חברתית בה סמכויות מימשל וכפיה נחלקות בין רשות מחוקקת ורשות מבצעת; בחברה בה זכויות-אדם צועדות בראש; בכל מערכות-חברה ושילטון אלו, מושכלות ראשונים יורו אותנו - בלשון חד-משמעית - כי פטור כה-נרחב קָזָה הניתן לבני-ישיבה חייב שייעשה בחוק. אני מסכים ללא היסוס לדברי חברי.

על צידי שלי אוסיף, כי מסקנה זו - היונקת משורשי החברה והמשטר במקומנו - נדרשת גם מחוק שירות ביטחון עצמו מאז היותו (כיום: חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986) ומהתשתית המשפטית עליה הוא מונח. על שני אלה נשען (לענייננו) חוק שירות ביטחון: אחד, על העיקרון כי יוצאי צבא חייבים לשרת שירות ביטחון - שירות סדיר ושירות מילואים - ושניים, על הסמכתו של שר הביטחון להעניק פטור משירות ביטחון, להפחית תקופת שירות או לדחות שירות. לענין כל אלה קובע סעיף 36 לחוק שירות ביטחון, וזו לשונו:

"סמכות לפטור משירות ולדחות שירות

36. שר הביטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים -

(1) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו;

(2) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות מילואים לתקופה מסויימת או לחלוטין;

(3) לפי בקשת יוצא-צבא או מיועד לשירות בטחון שאינו יוצא צבא, לדחות בצו, לתקופה שיקבע בו, את מועד ההתיישבות שנקבע לאותו אדם לפי חוק זה לרישום, לבדיקה רפואית או לשירות בטחון או להמשך שירות זה אם כבר החל בשירות".

להשלמה נזכיר את הוראת סעיף 55 לחוק, ולפיה צו לפי סעיף 36 יכול שיהיה "אישי או לסוג מסויים", להבדילו מצוים לפי הוראות אחרות בחוק שיכולים להיות כלליים או לסוג מסויים או אישיים.

נוסף ונזכיר את הוראת סעיף 54(א) רישה לחוק, ולפיה רשאי שר הביטחון לאצול לאדם אחר את סמכותו על-פי סעיף 36 לחוק. שר הביטחון עשה שימוש בסמכותו זו, ואצל את סמכותו לפטור יוצא-צבא מחובת שירות סדיר, להפחית את תקופת שירותו או לדחות את שירותו לשורה ארוכה של נושאי תפקידים: עוזר שר ביטחון, ראש המטה הכללי, סגן ראש המטה הכללי, ראש אג"ם, ראש אגף כוח אדם, סגן ראש אגף כוח אדם, ראש חטיבת תיכנון ומינהל כוח אדם באגף כוח אדם, ראש חטיבת הסגל, קצין שלישות ראשי, סגן קצין שלישות ראשי, ראש מינהל גיוס באגף כוח אדם, סגן ראש מינהל גיוס באגף כוח אדם, ראש ענף גיוס במינהל גיוס, מפקד לישכת גיוס אזרית, מפקד בסיס קליטה ומיון, ראש ענף תגבורת סדיר בבסיס קליטה ומיון, ראש ענף תנועה ושיבוץ סדיר בבסיס קליטה ומיון. על כל אלה לימדה אותנו הודעה על אצילת סמכויות שפורסמה בילקוט הפירסומים לשנת תשנ"ח, מס 4581 מיום 4.11.97, בעמ' 202.

8. כולנו נסכים, כי חיובם העקרוני של יוצאי-צבא לשרת בצבא - בשירות סדיר או בשירות מילואים - חייב שיבוא בחוק גופו. חיוב לשרת בצבא, כמוהו כחיוב לשלם מיסים, לעולם לא היינו מסכימים - אף לא היה עולה על דעת איש - כי יבוא מכוחה של חקיקת-מישנה, ויהא מחוקק המישנה נעלה ככל-שיהא (איננו מדברים, כמובן, בחקיקת-חירום). אכן, משנתברר לה כי נפלה לקונה באשר לחובתם של יוצאי-צבא לשרת שירות סדיר בן שלושים ושישה חודשים, נתעשתה הכנסת, תיקנה את חוק שירות ביטחון, וקבעה בגופו חובת שירות סדיר בן שלושים ושישה חודשים. ראו: חוק שירות ביטחון (הוראת שעה), התשנ"ה 1995-; הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 6), התשנ"ד 1994- (ה"ח מס' 2252 מיום 21.2.94, 312); חוק שירות ביטחון (הוראת שעה) (תיקון), התשנ"ז 1997-; רובינשטיין ומדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (הוצאת שוקן, תשנ"ז 1996-, כרך ב') 828-829.

כשאני לעצמי, לא מצאתי הבחנה בת-פועל בין חיוב עקרוני וכללי לשירות בצבא לבין פטור עקרוני וכללי משירות בצבא. ומה חיוב עקרוני וכללי לשרת בצבא יכול שיבוא אך-ורק בחוק, כך יהא דינו של פטור עקרוני וכללי משירות בצבא, שאף הוא חייב שימצא מקומו בחוק. דוגמה לדבר תימצא לנו בהוראת סעיף 40 לחוק שירות ביטחון, ולפיה מיועדת לשירות ביטחון המצהירה בכתב כי טעמים שבהכרה דתית מונעים אותה משרת בשירות ביטחון; כי שומרת היא על כשרות בבית ומחוצה לו; וכי אין היא נוסעת בשבת; פטורה מחובת שירות ביטחון. וכך בענייננו: הסמכות הניתנת בהוראת סעיף 36(1) לחוק שירות ביטחון "לפטור יוצא צבא

מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו", אינה אלא סמכות להוצאת צווים אינדיווידואליים: לראובן, לשמעון, ללוי, ליהודה. שר הביטחון לא קנה סמכות להוציא צו פטור כללי.

על צו-המלכות המחייב שירות בצבא חתמה הכנסת. בחותמה על אותו צו-מלכות, כמו הוסיפה הכנסת והודיעתנו חגיגית כי גם על ביטולו של הצו - כולו או מקצתו - רק בסמכותה-שלה לחתום. הפה שאסר הוא הפה שיתיר.

9. יחד-עם-זאת: כשם שלא נקבל כי הכנסת תקבע חיוב עקרוני לשרת שירות ביטחון, ואילו שר הביטחון - הוא ולא הכנסת - יקנה סמכות לבטל אותו חיוב עקרוני - כולו או מיקצתו - כן לא יעלה על הדעת, מטעמי יעילות, כי המחוקק הראשי בכבודו ובעצמו יטרח לפטור את היחיד משירות בצבא: את ראובן ואת שמעון, את לוי ואת יהודה. עמדה איפוא הכנסת, גזרה מכוחה ואצלה לשר הביטחון מסמכותה ליתן פטורים אישיים; ושר הביטחון - על-פי הסמכת הכנסת, כפי שראינו - הוסיף ואצל מסמכותו זו למחזיקי-בשררה אלה ואחרים. ואולם פטור נורמטיבי - פטור משירות לעם-רב - שמרה הכנסת לעצמה בלבד. פירוש אחר כי ניתן לחוק, יביאנו הפירוש בהכרח לכלל מסקנה כי כל אותם נאצלי-סמכות של שר הביטחון אף-הם בני-סמכות ליתן פטור כללי משירות בצבא; ומכל מקום, כי שר הביטחון מוסמך לאצול מכוחו הנורמטיבי לתופשי-שררה אלה ואחרים. פירוש זה לחוק בוודאי אינו מתקבל על הדעת.

10. שר הביטחון דהאידינא - הוא הדין בכל שרי הביטחון מאז שנת 1977, קרא: ממשלות ישראל מאז שנת 1977 - לא הקפיד לנוע בגידרי הסמכות שהוענקה לו. תחת אשר יתן - הוא ושלוהו - פטור לראובן ולשמעון, ללוי וליהודה, פעל שר הביטחון באורח נורמטיבי והעניק פטור כללי לבני-ישיבה. כזאת לא הוסמך שר הביטחון לעשות - לא הוא ולא שרי הביטחון שקדמו לו - ופעולתו חרגה מסמכותו על-פי חוק.

כשם שסמכות לצוות צווים כללים אינה כוללת סמכות לצוות צווים אינדיווידואליים, כן סמכות לצוות צווים אינדיווידואליים אינה כוללת סמכות לצוות צווים כלליים. אמרנו על-כך בפרשת מדינת ישראל נ' קליין (רע"פ 1127/93, פ"ב מח(3) 485, 510):

"סמכות להתקין תקנות בנות-פועל תחיקתי נבדלת מן הסמכות להוציא צו אינדיווידואלי, ולא הרי זו כהרי זו. סמכות שקנתה רשות להתקין תקנות בנות-פועל תחיקתי, אין אותה סמכות - בתורת שכזו - מחזיקה בגופה סמכות להוצאתם של צווים אינדיווידואליים. בוודאי כך גם להפך, שסמכות להוציא צווים אינדיווידואליים אינה מתפרסת על סמכות להתקין תקנות בנות-פועל תחיקתי. תקנה בת-פועל תחיקתי הינה מעשה חקיקה על-פי טיבה ואיכותה, עומדת היא לעצמה, ואין היא זהה לסך הכולל של הצווים האינדיווידואליים שניתן היה להוציא על-פי החוק בזמן נתון. על-

פי טבעה, שקולה תקנה בת-פועל תחיקתי כנגד עוד ועוד צווים אינדיווידואליים העשויים להיוולד מעת לעת, וממילא יש לראותה כמעשה מקשה שאינו ניתן לפירוק לגורמים (קרי: לצווים אינדיווידואליים). מאותו טעם עצמו, ובהיות הסמכויות שונות באופיין זו מזו, לא תכלול סמכות להתקנתן של תקנות בנות-פועל תחיקתי סמכות להוצאתם של צווים אינדיווידואליים אף הם."

11. כללם של דברים: בקרבנו מבטנו אל הסדר הפטור-דחיה הניתנים לבני-ישיבה כיום, המסקנה הנדרשת הינה אחת ויחידה, לאמור, בני-ישיבה זוכים למעשה בפטור-דחיה אוטומטיים ובלבד שתורתם היא אומנותם (איננו מדברים עתה בפיקוח הלוקה על שמירת תנאי זה שהוא תנאי-בלעדיו-אין לפטור-דחיה). פטור-דחיה אלה זוכים לבירכתו של שר הביטחון כסמכותו (כביכול) בהוראת סעיף 36 לחוק, אלא שהוראת-חוק זו אינה נותנת בידו של השר סמכות להעניק פטורים שהוא מעניק. סמכותו של השר היא להעניק פטורים אינדיווידואליים משירות, והנה נגלה לעינינו כי מעניק הוא פטור כללי לבני-ישיבה. בעשותו את שהוא עושה, חורג השר מסמכותו ופטורים-דחיות שהוא מעניק היו-כלא-היו.

כשם ששר הביטחון לא קנה סמכויות לפטור "חקלאים" משירות סדיר או משירות מילואים, כן לא קנה סמכות לעשות את הסדר הדחיה-פטור לבני-ישיבה כאשר התיימר לעשותו. יתר-על-כן: ההסדר כפי שהוצג לפנינו ילמדנו כי שר הביטחון בפשטות אינו שוקל כלל בדעתו בקשות ספציפיות של ראובן ושמעון להסדר של פטור-דחיה. הסדר הפטור דחיה פועל כמו-מעצמו, כחי זה הנושא את עצמו ואשר אינו נדרש כלל לזולתו. בעשותו כן חורג השר הרחק אל-מעבר לסמכות שניתנה לו.

12. נאמר איפוא זאת, כי פטור "אוניברסלי", פטור נורמטיבי, משירות בצבא חייב למצוא מקומו בחוק, וכי חוק שירות ביטחון אינו נותן כוח בידי שר הביטחון לפטור בני-ישיבה משירות בצבא אך באשר בני-ישיבה הם.

כמות ואיכות

13. חברי הנשיא אומר כי הכמות עושה איכות, ומסתבר מדבריו כי מאז פרשת רסלב האחרונה עברנו משלב הכמות אל שלב האיכות. כשאני לעצמי, אספק עצמי בכמות: כמות זעירה, כמות בינונית, כמות גדולה. יש כמות שהיא בבחינת זוטי-דברים - כבטלה בשישים - ויש כמות שלא נוכל להעלים עין ממנה. לא הקש הוא ששבר את גב הגמל אלא המשא שהוטל על גבו קודם שהוטל עליו אותו קש. דומני כי דחיה-פטור שניתנו ל-17,000 בני-ישיבה - כפי שניגלה לעיני בית-המשפט בפרשת רסלב האחרונה - היו רב למעלה-מן-המידה. ואולם גם אם אמרנו אחרת, בוודאי כך הוא כיום, שמדברים אנו בכ-29,000 בני ישיבה הזוכים לפטור-דחיה.

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

לעתיד-לבוא

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

ש ו פ ט

השופט ט' שטרסברג-כהן:

אני מצטרפת לפסק דינו של חברי הנשיא וכן להערותיו של חברי, השופט מ' חשין.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ' בכסלו התשנ"ט (9.12.98).

הנשיא המשנה לנשיא שופט שופט

שופט שופט שופט שופט

שופט שופט שופט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
/דד/A11.97032670