



בית המשפט העליון
בג"ץ 1877/14, 1937/14, 2260/14, 8017/15 התנועה למען איכות
השלטון בישראל נ' הכנסת
בעניין גיוסם לצבא של תלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם"

תקציר פסק-דין

בפסק דין שניתן היום, 12.9.2017, דן הרכב מורחב של תשעה משופטי בית המשפט העליון בשאלת חוקתיותם של תיקונים מס' 19 ו-21 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: החוק), המסדירים את סוגיית גיוסם לצבא של תלמידי הישיבות ש"תורתם אומנותם".

בפסק הדין שניתן בשנת 2012 בבג"ץ 6298/07 רטלר נ' כנסת ישראל (21.2.2012), נקבע כי חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם", התשמ"ב-2002 (אשר היה ידוע בכינוי "חוק טל") איננו חוקתי ולא ניתן להאריכו לאחר שיפקע תוקפו, בהמשך אותה שנה. בעקבות זאת, בשנת 2014 חוקקה הכנסת את תיקון מס' 19 לחוק, שבו הוסדר גיוסם לצבא ולשירות הלאומי-אזרחי של תלמידי הישיבות. בשנת 2015, לאחר הבחירות לכנסת ה-20, נחקק תיקון מס' 21 לחוק (שני התיקונים לחוק יכוננו ביחד להלן: הסדר הגיוס החדש). נגד הסדר הגיוס החדש הוגשו ארבע עתירות חוקתיות שביקשו לבטלו (חלק מהעתירות כווננו נגד תיקון מס' 19 וחלקן נגד תיקון מס' 21). בשלוש מבין העתירות (בג"ץ 1877/14, בג"ץ 1937/14 ובג"ץ 8017/15) נטען כי ההסדר מפלה בין מי שנדרשים להתגייס לצבא לבין תלמידי הישיבות, שרשאים לדחות את שירותם הצבאי מכוחו. בעתירה הרביעית (בג"ץ 2260/14) נטען להפליה של תלמידי הישיבות דווקא, בשל אילוצם לשרת בצבא בעוד שאוכלוסיות אחרות בחברה כלל אינן נדרשות לשרת.

בפסק הדין שניתן היום, קבעו כל השופטים כי הסדר הגיוס החדש פוגע בשוויון. שמונה מבין תשעת השופטים בהרכב קבעו כי הסדר הגיוס החדש נכשל כבר במבחן המידתיות הראשון, מבחן הקשר הרציונאלי, שעניינו ההתאמה בין ההסדרים בחוק לבין תכליתו. דהיינו, כי ההסדר הינו בלתי מידתי ובלתי חוקתי. לפיכך, הוחלט, ברוב דעות, של הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין והשופטים א'

חיות, ח' מלצר, נ' הנדל, ע' פוגלמן, י' עמית ו-א' שהם, להורות על ביטולו של הסדר הגיוס החדש לגבי תלמידי הישיבות ש"תורתם אומנותם". שופטי הרוב פסקו כי בטלותו של ההסדר תיכנס לתוקף רק בעוד שנה ממועד מתן פסק הדין, על מנת לאפשר היערכות לקראת ההשלכות הכרוכות בכך. במובן זה התקבלו העתירות בבג"ץ 1877/14, בג"ץ 1937/14 ובג"ץ 8017/15. השופט נ' סולברג, בדעת מיעוט, סבר כי יש לדחות את העתירות האמורות שכן טרם בשלה העת להכריע כי הסדר הגיוס החדש אינו חוקתי וכי דינו להתבטל. כל שופטי ההרכב דחו, פה אחד, את העתירה בבג"ץ 2260/14 שבה נטען כי תיקון מס' 19 מפלה לרעה את תלמידי הישיבות.

להלן תמצית חוות דעת שופטי ההרכב, לפי סדר הופעתן בפסק-הדין.

תמצית חוות דעתה של הנשיאה מ' נאור

הנשיאה מ' נאור, אשר כתבה את חוות הדעת המרכזית של שופטי הרוב, קבעה כי הסדר הגיוס החדש פוגע בשוויון בצורה עמוקה באופן המקים פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. נקבע כי הסדר הגיוס החדש, כקודמו, מבקש להשיג ארבע תכליות משולבות: עיגון הסדר דחיית השירות של תלמידי הישיבות בחקיקה ראשית של הכנסת; הבאה ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית, במובן זה שיותר גברים בני הקהילה החרדית ישרתו, בסופו של יום, בשירות צבאי (רגיל או מיוחד) או לכל הפחות ישרתו בשירות הלאומי-אזרחי; הגדלת השתתפות הציבור החרדי במעגל העבודה; וקביעת הסדר הדרגתי על בסיס הסכמה חברתית רחבה. בהקשר זה, הבהירה הנשיאה נאור כי בפסיקותיו הקודמות בנושא זה, בית המשפט העליון לא חייב את הכנסת לקבוע הסדר שיביא לשוויון גמור ומלא כבר עתה ואף לא בטווח הזמן הקרוב. ההכרעה הייתה כי על הכנסת לקבוע הסדר שיצמצם באופן ממשי את הפערים ויוביל לתחילתו של הסדר מדורג, גם אם איטי, שיהא ביכולתו להביא לשינוי חברתי אמיתי.

במסגרת מבחן המידתיות הראשון, מבחן הקשר הרציונאלי, בחנה הנשיאה נאור את ההתאמה בין הוראות הסדר הגיוס החדש לבין תכליותיו, בדגש על התכלית של קידום השוויון, שהיא לשיטתה תכליתו המרכזית. היא קבעה כי ההסדר לוקה בחלק ניכר מהפגמים האינהרנטיים שמהם סבל הסדר הגיוס הקודם, אשר הובילו לקביעה כי הוא אינו חוקתי. מבין הכשלים הרבים הקיימים לדידה בהסדר הגיוס החדש, התמקדה הנשיאה בשניים: הפגם הראשון שעליו הצביעה הינו העובדה שבשש השנים הראשונות

להפעלתו ("תקופת ההסתגלות הראשונה") הסדר הגיוס החדש הוא וולונטרי לחלוטין ונעדר סנקציות. דהיינו, בתקופה זו כל תלמיד ישיבה למעשה יכול לעשות כרצונו. בנוסף, עמדה הנשיאה על הקשיים הכרוכים בכך שבשלוש השנים שלאחר מכן ("תקופת ההסתגלות השנייה") שבהן לכאורה קיים אלמנט מחייב בהסדר, יישומו של החוק הוכפף במידה רבה לשיקול דעתו של שר הביטחון. הפגם השני שבו דנה הנשיאה, שהוא בעיניה הכשל החמור ביותר בהסדר הגיוס החדש, נעוץ בזמניות ההסדר, אשר אמור לפקוע בשנת 2023 בלא שנקבע בחוק כל הסדר שיחול לאחר מכן. מסקנתה של הנשיאה נאור הייתה כי בחינת הוראות ההסדר נדבך על גבי נדבך מעלה כי קיים כשל עמוק ביכולתו לממש את תכליתו המרכזית, של צמצום משמעותי של אי-השוויון בחלוקה בנטל השירות הצבאי. לדבריה, הסדר הגיוס החדש מבטיח אולי "שקט תעשייתי" בטווח הקרוב, אך אחרי כל שנות ההתדיינות המשפטית, למרבה הצער אין בו להביא לתקווה לשינוי מהותי במצב.

הנשיאה נאור בחנה גם את הנתונים המספריים שהוצגו בעניין הסדר הגיוס החדש. מניתוח הנתונים עלה כי בשנים שבהן פעל ההסדר ושלגביהן קיימים נתונים, הואט קצב הגידול בגיוסם של תלמידי הישיבות לשירות צבאי ולשירות הלאומי-אזרחי; מספר המתגייסים מקרבם היה קטן ביותר ורחוק מלהצביע על השינוי המשמעותי הנדרש; והשאיפה לעמוד ביעדי הגיוס שהוגדרו לפי החוק עצמו רק הולכת ומתרחקת מדי שנה. על רקע זה, קבעה הנשיאה כי גם ב"במבחן התוצאה" אין התאמה מספקת בין הסדר הגיוס החדש לבין התכלית של צמצום אי-השוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי. היא ציינה כי לא זו בלבד שהנתונים העובדתיים אינם משנים את המסקנה בדבר כשלוננו של הסדר הגיוס החדש במבחן הקשר הרציונאלי, אלא הם רק מחזקים ומתקפים אותה. על רקע דברים אלה, פסקה הנשיאה כי אין מנוס מלקבוע שההסדר נכשל במבחן הקשר הרציונאלי ואיננו מידתי. זאת, אף מבלי להידרש לשני המבחנים הנוספים של המידתיות ומבלי לדון לעומק בכשלים נוספים שנפלו בהסדר.

הנשיאה נאור ציינה כי נקודת המוצא היא כי בהכרעה בנוגע לסעד החוקתי יש לנהוג זהירות רבה. זאת, בשל הריסון השיפוטי הנדרש לגבי חקיקה של הכנסת, קל וחומר כאשר החוק העומד לבחינה נחקק בעקבות פסיקה קודמת של בית המשפט העליון שלפיה לא ניתן להאריך באותה מתכונת את החוק שהסדיר סוגיה זו קודם לכן. אף על פי כן, לדעתה, לא ניתן להימנע מלקבוע בנקודת הזמן הנוכחית כי הסדר הגיוס החדש בטל. לדבריה, הימנעות מכך תהא בבחינת דחיית הקץ, הא ותו לא. הנשיאה הדגישה כי הפגיעה המתמשכת והעמוקה בשוויון, חוסר התוחלת כי הסדר הגיוס החדש

יתרום לצמצומה במידה הנדרשת, החזרה על טעויות העבר וכן הלקחים והתובנות שהצטברו במסגרת העיסוק רב השנים בנושא זה, אינם מאפשרים לבחור בדרך זו. יחד עם זאת, קבעה הנשיאה נאור כי הכרזת הבטלות לא תחול באופן מידי, אלא היא תיכנס לתוקפה רק בעוד שנה מיום מתן פסק הדין, על מנת לאפשר היערכות מתאימה לכך.

תמצית חוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, אשר הצטרף להכרעה, ציין כי עסקינן במצב שיש בו ייאוש. אף הוא קבע כי תיקון 21, אינו שיווני ואינו מידתי, וכי מטעמים אלה יש להורות על בטלותו. הוא סקר בחוות דעתו את הצורך המשפטי והמוסרי שבנשיאה בעול השירות בצה"ל על-ידי אוכלוסית בני הישיבות, וזאת מבלי לפגוע כהוא זה בערך לימוד התורה, שהוא אחד מערכיה של מדינת ישראל, וכך מתוך מאמץ בצה"ל לכבד את אורח החיים החרדי, ולצמצם חששות פגיעה חברתית על-ידי חילון. המשנה לנשיאה (בדימ') מתח ביקורת על ההסדר הנוכחי, וציין כי אף שתיקון 21 הושג בהסכמה פוליטית, הנה הרחיק ההסדר מכוח התיקון לחוק את קידום השוויון בחברה הישראלית תחת קירובו, ומבחינה זו הרחיק לכת מתיקון 19. המשנה לנשיאה (בדימ') הבהיר, כי על פני הדברים, מאפשר התיקון הנוכחי דרכים פוליטיות ומינהליות לשימור המצב הקיים בסוגית גיוס בני הישיבות. במבט לעתיד הודגש, כי כדי שההסכמה הנטענת של המנהיגים הרוחניים של הציבור החרדי, לשירות בצה"ל למי שאין תורתו אומנותו, הסכמתם שלהם מעבר לדברי הנציגים הפוליטיים בכנסת, תחלחל לבחורי הישיבות, יש צורך לתת להסכמה זו ביטוי ומסרים מפיהם שיציגו את השירות בצה"ל כצורך לאומי-בטחוני שהוא לשיטתם לפחות הכרח כלל הציבור, גם אם לימוד תורה הוא שליחותה העיקרית של מה שקרוי "חברת הלומדים". לקראת סיום ציין:

"אכן, לא יתכן חולק על חשיבות לימוד התורה, וקולה של התורה כמגינה ומצילה, ובודאי כהמשכיות קיומנו כעם, יוסיף להישמע כערך מערכי המדינה – אך עניין השירות בצה"ל, המצפון והמוסר, וההגינות כלפי כולנו, מה יהא עליהם? ייראו הדברים שנאמרו כאן כמכוונים לא לניגוח חלילה אלא לשם בניין. פתחתי חוות דעתי ביאוש. לרבי נחמן מברסלב מיוחסת האמירה "אין שום יאוש בעולם כלל", המשמיעה עידוד למי ואשים, אור בקצה המנהרה. היום בו תהא תחושה לכלל הציבור היהודי הלא חרדי, כי ניתנת כתף לבטחונה הפיסי של המדינה מצד הקהילה החרדית – את חשבונות שמים

איננו מכירים – יהא בעיניי יום חג למדינת ישראל. לוא
יהי”.

תמצית חוות דעתו של השופט י' עמית

השופט עמית הצטרף לתוצאת פסק דינה של הנשיאה נאור. לדבריו, חוק שירות ביטחון במתכונתו הנוכחית פוגע קשות בזכות לשוויון, בהיותו מפלה בין אדם לאדם, בין דם לדם ובין דמים לדמים. בכך, סבור השופט עמית, במקום להביא להגברת השוויון בנטל, תיקוני החוק קיבעו הלכה למעשה את אי-השוויון בנטל.

בפסק דינו ביקש השופט עמית להתמקד בתכלית של השתלבות הציבור החרדי בשוק העבודה, תכלית שלגישתו החוק מחמיץ לחלוטין. לדבריו, המתווה הנוכחי – המאפשר דחיית גיוסם של צעירים חרדים עד גיל 26 ובלבד שימשיכו ללמוד בישיבה – שולל למעשה את יכולתם להשתלב בשוק העבודה למשך שנים לא מעטות, ובכך הוא “מסליל” את דרכו של הבגיר-הצעיר החרדי, לא אל שוק העבודה אלא הישר לישיבה. לגישת השופט עמית, אי-קידום תכלית זו של השתלבות החרדים בשוק העבודה, לצד אי-הגשמת התכלית של צמצום הפגיעה בשוויון, מהווים עילה לפסילתו של החוק.

במבט צופה פני עתיד, השופט עמית עמד על כך ששתי התכליות של הגברת השוויון בנטל והשתלבות בשוק העבודה הן אמנם תכליות עצמאיות, אך הן מקרינות אחת על השנייה וקיימים ביניהן יחסי גומלין. השופט עמית הציע אפוא להשקיף על הדברים במהופך: לדבריו, כשם שניתן להניח כי שירות צבאי או לאומי יסייעו לצעיר החרדי להשתלב בשוק העבודה, כך ייתכן כי שילוב מוגבר של חרדים בשוק העבודה יוביל בהמשך הדרך להגדלת מספר החרדים המתגייסים, מתוך הנחה כי השינוי בחברה החרדית יחלחל כלפי מטה. על רקע זה, הביע השופט עמית דעתו כי יש לנטוש את הקונספט של דחיית גיוס, שלמעשה מוביל בסוף הדרך לפטור מגיוס בגיל מאוחר יחסית. פטור מגיוס עוד בתחילת הדרך, יעמיד את הצעיר החרדי כבר בהגיעו לגיל 18, בפני הברירה – עבודה או לימוד בישיבה, מה שצפוי להגדיל את מספר המשתלבים בשוק העבודה בגיל צעיר יותר. לכן, לשיטתו של השופט עמית, בבוא המחוקק לעצב הסדר עתידי מידתי יותר, אף אין מניעה לקבוע הוראת שעה, למשך מספר שנים, המעניקה פטור מלא מגיוס לציבור החרדי. לגישת השופט עמית, הגשמת תכלית זו של שילוב החרדים בשוק העבודה – וכפועל יוצא הקטנת ממדי העוני בחברה החרדית, הגדלת התוצר הלאומי וחיזוק החוסן הכלכלי של המדינה – יש בה כדי להצדיק את הפגיעה הזמנית בשוויון. הכל, כאמור במסגרת של הסדר זמני, מתוך הנחה ותקווה

להשפעה עתידית גם על שיעור ההשתתפות של הציבור החרדי בנטל השירות הצבאי. כל זאת, בכפוף לבחינה עתידית של תוצאות ההסדר על ידי המחוקק, וככל שיידרש – גם על ידי בית המשפט.

תמצית חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן

השופט ע' פוגלמן הצטרף לניתוח החוקתי בחוות הדעת של הנשיאה מ' נאור, וכן לסעד שהוצע על ידה, מהנימוקים שפורטו בחוות דעתה. השופט פוגלמן עמד על כך שעל אף הקושי המיוחד בו מתאפיינת הסוגיה וסימני השאלה לגבי האפקטיביות של הסעד שניתן – ככל שלא ילווה בתהליך חברתי מתאים – אין בית המשפט רשאי להימנע מחובתו לקיים ביקורת חוקתית על חקיקת הכנסת בהתאם לאמות המידה המקובלות. השופט פוגלמן הדגיש כי אין זה תפקידו של בית המשפט להתוות הסדר חקיקתי עתידי, ומלאכה זו מסורה לממשלה ולכנסת. בצד האמור ציין השופט פוגלמן כי גם אם ניתן להבין את עמדת המדינה, המבקשת להימנע, במידת האפשר, משימוש בכוח כופה (ואף מטילה ספק במידת האפקטיביות של אמצעים מעין אלה), יש בידי המדינה הכוח והסמכות להשתמש בתמריצים כלכליים ובכלי מדיניות, שיסייעו בהנעת התהליך החברתי הנדרש על מנת לקדם את השוויון בנטל. גם אם המדינה סבורה כי השימוש בכלי מדיניות "רכים" עדיף על מכשירי אכיפה קונבנציונליים, בהינתן רגישות הסוגיה, על החקיקה להכיל מנגנונים שיאפשרו שימוש אפקטיבי בתמריצים הכלכליים וישקפו את סדרי העדיפויות של המדינה בעניין יעדי הגיוס, באופן שלא יהיה מוגבל לתמריץ חיובי, שלא הוכח כאפקטיבי דיו, כעולה מדו"ח הצוות הבין משרדי לקידום עמידה ביעדי הגיוס (אפריל 2016).

תמצית חוות דעתו של השופט א' שהם

השופט א' שהם הצטרף, כאמור, לפסק דינה של הנשיאה נאור ולתוצאה אליה הגיעה, בציינו כי תיקון 21 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, אינו צולח את המבחן החוקתי, ועל כן דינו להיפסל. השופט שהם עמד על חשיבותו הרבה של ערך השוויון בנשיאה בנטל השירות הצבאי, שעה שההסדר המעוגן בתיקון 21 נועד, הלכה למעשה, ליתן פטור גורף משירות בצה"ל לעשרות אלפים מבין בחורי הישיבות.

עוד נאמר בחוות דעתו של השופט שהם, כי "המשך קיומה ושגשוגה של מדינת ישראל, לאחר אלפיים שנות גלות, אינו מובן מאליו, והגיעה השעה, שעדיין אינה מאוחרת, כי גם הציבור החרדי במדינת ישראל ישכיל להבין כי הוא אינו יכול להוציא עצמו מן הכלל, וכי יש לו חלק בקביעת גורלה של מדינת ישראל, לעתיד לבוא".

תמצית חוות דעתו של השופט נ' הנדל

השופט נ' הנדל ציין כי נוכח מאפייני השירות הצבאי – הכרוך בהגבלה אינהרנטית של זכויות וחירויות המשרתים, ואף בסכנת חיים ממשית – הזכות לשוויון בנטל, ולו השאיפה להשיגה, מצויה בליבת כבוד האדם וחירותו, ונושאת אופי חוקתי. הסדר הגיוס החדש מנציח את המצב הקיים ואינו מקדם את השוויון, ועל כן פוגע בזכות זו.

אמנם, ממעוף הציפור נראה שהסדר – המציב, לראשונה, יעדי גיוס בלתי מבוטלים, ומורה לממשלה לפעול להגשמתם – מהווה צעד קטן, אך משמעותי, לעבר השוויון. ברם, "האותיות הקטנות" שבהסדר הגיוס החדש מרוקנות אותו מתוכן ממשי, ומלמדות כי לפחות במבחן התוצאה, אין בו כדי לצמצם את ההפליה. כך, למשל, ההסדר החדש מעניק לתלמידי הישיבות החרדיות "תקופת הסתגלות ראשונה" ארוכה שבה גיוסם נותר וולונטרי לחלוטין. הוא אף קובע יעדי גיוס "גמישים", המאפשרים להציג מראית עין של צמצום פערים – מבלי להגדיל כלל את מספר תלמידי הישיבות המשרתים. זאת, בין היתר, באמצעות ספירת "יוצאים בשאלה" שבחרו לנטוש את הקהילה החרדית ולהשתלב בחברה הישראלית הרחבה. יתר על כן, ההסדר מסמיך את שר הביטחון לפטור את תלמידי הישיבות משירות גם במהלך "תקופת ההסתגלות השנייה" – ללא קשר לעמידה ביעדי הגיוס. כשלים אלה בולטים במיוחד על רקע הגידול המהיר במספרם וחלקם היחסי באוכלוסייה של תלמידי הישיבות החרדיות.

השופט הנדל מדגיש כי בחלוף 45 שנות התדיינות משפטית, הגיעה העת לצעוד צעד נוסף ולהבהיר שהסדר הגיוס החדש כושל גם במבחניה המהותיים של פסקת ההגבלה. הוי אומר, לא רק כשל "טכני" של אי התאמה בין האמצעים לתכלית לפנינו – כי אם פגם מהותי היורד לשורשו של האיזון בין הזכות החוקתית לשוויון בנטל והתכליות הנוגדות. התועלת שבהסדר החדש מתגמדת אל מול פגיעתו החריפה בשוויון, ואין להשלים עמה. על כל הסדר עתידי בסוגיה להבטיח את כבוד האדם של אזרחי ישראל הניצבים על משמר ארצם, ולחתור לצמצום פערי הגיוס.

השופט הנדל מוסיף כי מנקודת מבט תורנית, הקונפליקט בין "ערך לימוד התורה" וערך השוויון הוא קונפליקט מדומה – שכן מדובר בשני צדדים של אותו המטבע: חובתו של היחיד לעמו, לארצו ולתורתו. על פי תפיסתו, צמיחתה המהירה של הקהילה החרדית, שאינה מהווה עוד אליטה רוחנית מצומצמת (על פי השקפתה), אלא פלח אוכלוסייה גדול, משמעותי ומגוון, מטילה עליה אחריות גדולה מבעבר. רק הפנמת צרכיו וזכויותיו של "האחר", תוך גילוי כבוד הדדי, תמנע התפוררות מוסרית וחברתית פנימית.

השופט הנדל מדגיש את הצורך להכיר, מבחינה חברתית ודתית, הן בייחוד של החברה החרדית, והן בערכו של השירות הצבאי – עליו מעידים גם ההלכה והמקורות שהובאו בחוות הדעת. קידום השוויון בנטל, תוך הגנה על התרבות החרדית הייחודית, הוא מצוות הגורל המשותף כחברה בכלל וכחברה יהודית-דמוקרטית בפרט. השופט הנדל קורא להרגעת הרטוריקה המתלהמת בדיון הציבורי העוסק בשאיפה לשוויון בנטל, ומזכיר כי ענייננו במצווה של שירות צבאי במלחמת הגנה. הפוסק החרדי, רבי שלמה זלמן אויערבאך ז"ל – בדומה לאחרים – תיאר את הנופלים במערכות ישראל כמי שמתו על קידוש ה'. וכי ייתכן אחרת כלפי החיים?! תהא המחלוקת הפנים-ישראלית אשר תהא, חובה להכיר גם בערך הדתי והלאומי של החיילים המסכנים את חייהם ומקריבים 3 שנים מחייהם במילוי תפקידם, כחלק מהשיח בנושא.

תמצית חוות דעתו של השופט נ' סולברג

השופט נ' סולברג, בדעת מיעוט, סבר כי יש לדחות את העתירות. לשיטתו, אמות המידה העדינות שהתווה בית משפט זה בנוגע לבחינת חוקתיות הסדרי הפטור מגיוס לבני הישיבות, מובילות למסקנה כי טרם בשלה העת להגיע למסקנה חד-משמעית לפיה הסדר הגיוס אינו חוקתי ודינו ליבטל. הנגעים העיקריים שבחוק יכולים למצוא מזור, אם בדרך פרשנותו, אם באמצעות ישומו, ובביקורת שיפוטית על היישום; טרם כלו כל הקיצין, עוד לא הגיעה השעה לעשות שימוש ב'נשק יום הדין' – ביטול פסיקתי של חוק שנתקבל בחקיקה ראשית של הכנסת.

בניגוד לעמדת שופטי הרוב, סבור השופט סולברג כי לא ניתן לקבוע בשלב זה, במישור התיאורטי, שהסדר הגיוס החדש אינו מקיים קשר רציונלי בין הוראותיו לבין תכליותיו. התבוננות בהסדר כמכלול מלמדת כי ההסדר שלפנינו אינו 'חסר שיניים',

אלא 'מהודק' יותר מקודמו. כך, תקופת ההסתגלות הראשונה, המיועדת להתרכזות בלימוד, הפקת לקחים וכדומה, מהווה הכנה לקראת תקופת ההסתגלות השנייה, ואף שהיא 'חסרת שיניים', הרי שאינה חסרת משמעות. בתקופת ההסתגלות השנייה נדרשת הממשלה לעמוד ביעדי הגיוס שקבעה, שאם לא כן הופך הסדר הגיוס להסדר שבכפייה.

אמנם כן, גם במצב דברים זה נתונה לשר הביטחון הסמכות לדחות את גיוסו של מועמד לשירות, אולם אין בכך כדי לרוקן מתוכן את הכוח הכופה שיש להסדר. סמכותו של שר הביטחון צריכה להתפרש כסמכות נקודתית ומצומצמת, שלהפעלתה נדרשים "טעמים כבדי משקל". יתר על כן, אם וכאשר יפעיל שר הביטחון את סמכותו-זו, תהיינה החלטותיו נתונות לביקורת שיפוטית, שבגדרה ניתן יהיה לבחון אם הפעלת הסמכות חרגה מגבולות הגזרה הראויים. בהקשר זה הדגיש השופט סולברג, כי בניגוד לחוק טל, ישומו של ההסדר דנן אינו תלוי באופן בלעדי במידת הרצון של הרשות המבצעת, שכן יעד הגיוס המינימלי נקבע בהסדר ראשוני על-ידי הרשות המחוקקת, וממנו ניתן רק לעלות. סמכותו של שר הביטחון, אפוא, מוגבלת ביותר; זו אינה 'אותה גברת בשינוי אדרת'.

כמו כן, העדרו של הסדר קבע, כשלעצמו, אינו מקים בהכרח 'פשל מבני חמור', כפי שקבעו שופטי הרוב. בנסיבות העניין, נוכח מורכבותה הרבה של הסוגיה והתהליכיות שבבסיסה, הרי שכינונו של הסדר זמני הוא כמעט מחויב המציאות; הכרח בל יגונה. הסדר הגיוס דנן הדרגתי כבר מראשיתו; הוא דורש עליה מתמדת ביעדי הגיוס, לכל הפחות עד לשנת 2023. 'כשנגיע לגשר', ניתן יהיה לבחון היכן אנו עומדים, האם הושגו היעדים שהוצבו, ומה לקח יש להפיק מכך. על כל פנים, העובדה שהמחוקק לא קבע בשלב זה מהו ההישג הסופי הנדרש, אינה משליכה על השאלה האם התהליך הקבוע עד לשנת 2023 מתאים ומגשים – או לא – את תכליותיו. יש לשער, כי לקראת סיומה של תקופת ההסתגלות השנייה ישוב המחוקק ויידרש לקביעת הסדר חדש, על רקע ישום ההסדר הנוכחי ועל יסוד הלקחים שיפיק מכך. בחינה מחודשת של הסדר הגיוס לאחר שייושם לתקופת-מה, תוכל ללמד את המחוקק ולהשפילו אם צעד בדרך נכונה, או שמא יש לחשב מסלול גיוס מחדש. אם לא יעשה כן, ניתן יהיה להעמיד את הדברים לביקורת שיפוטית.

במישור המעשי ציין השופט סולברג, כי נוכח הזמן המועט שחלף מאז נכנס תיקון מס' 21 לתוקף, כמו גם הקושי האינהרנטי לחלץ תמונה ברורה מן הנתונים הסטטיסטיים, לא ניתן לקבוע בשלב זה כי הסדר הגיוס נכשל במבחן הקשר הרציונלי.

גם בחינת תכליתו המורכבת של הסדר הגיוס מובילה לדעת השופט סולברג למסקנה, כי מוקדם לקבוע באופן נחרץ שאין בכוחו להביא ליתר שוויון בחלוקת הנטל. אכן, ההסדר החדש מעניק משקל משמעותי לתכלית של מציאת פתרון מוסכם, אולם אין בו ויתור על השאיפה להגברת השוויון בנטל. כאמור, התבוננות על מכלול הוראותיו של ההסדר מלמדת כי לפנינו הסדר חדש, 'מהודק' יותר מקודמו. הכרעתו של המחוקק ליתן משקל משמעותי לתכלית שעניינה פתרון מוסכם, מצויה בתוך מתחם שיקול הדעת הנתון לו (והוא רחב מאד, לבטח בסוגיה דנן), הגיונה בצדה, ואין בה כדי ללמד כי ויתר על השאיפה לצמצום אי-השוויון. מלאכת השקילה והאיזון בכגון דא רגישה ומורכבת. פתרונות שונים משקפים איזונים שונים ופשרות שונות; הסדר הגיוס שלפנינו משקף פשרה אפשרית, אחת מני רבות שניתן להעלות על הדעת.

זאת ועוד, לנוכח תכליתו המורכבת של הסדר הגיוס, קשה מאד לצפות מראש מה יהיה פועלו של החוק על המציאות. קושי מיוחד טמון בניתוח היחס שבין עקרון ההסכמה לעקרון השוויון, וכיצד הללו משפיעים זה על זה. כך, למשל, אם הנתונים מלמדים על כך שבשנים 2010-2013 – טרם כניסתו לתוקף של הסדר הגיוס דנן – חל גידול משמעותי במספר תלמידי הישיבות המתגייסים, ולאחר כניסתו של תיקון מס' 19 לתוקף (שנסכיבותו הפוליטיות ידועות) נבלמה מגמה זו, כי אז יש מקום לתהות האם נקיטת הסדר כופה יותר אכן תוביל לתוצאה המיוחלת. לשון אחר: עד שאנו מבקשים לעמוד על הקשר הרציונלי שבין הסדר הגיוס לבין הגשמת תכליותיו, ניתן דעתנו על הקשר האמוציונלי שבין הדברים. בתוך עִמְנוֹ אנו יושבים; היטב ידענו כי 'הסדר גיוס' שנתפס (חלילה, שלא בצדק) כ'גזירת גיוס', לא יצלח.

השופט סולברג הוסיף והתייחס לדברי הביקורת שהביעו חלק משופטי הרוב, 'למעלה מן הצורך', על אודות כשלים נוספים בהם לוקה לכאורה הסדר הגיוס דנן. לשיטתו, זולת הקושי המעשי הטמון בהעדר 'שורה תחתונה' ברורה, המרבה את המבוכה ואת אי-הוודאות אצל המחוקק, הרי שדברי הביקורת הללו מעוררים קושי מהותי באשר להנמקות העומדות ביסוד עמדתם של שופטי הרוב לעניין הקשר הרציונלי. לאמור: הדיון בפסק הדין התמקד בבחינת הקשר הרציונלי שבין הוראות ההסדר לבין תכליותיו, אולם דומה שמבעד לדיון הפורמלי ב'חורים' שבחוק ובמספרים שבעובדה, מבוססת ההכרעה על קביעות ערכיות-מהותיות. הערותיהם של שופטי הרוב לגבי הסדרים אלו ואחרים שבחוק, אגב אורחא ומבלי דיון ממצה, מבוססות בחלקן,

הלכה למעשה, על בחינת המידתיות במובן הצר. הכסות היא כסות טכנית, של העדר התאמה בין תכלית להסדר, אך התוכן הוא מהותי.

בהקשר זה, ואף שלא נערך כאמור דיון מהותי לעניין מידתיותו של הסדר הגיוס, התייחס השופט סולברג באופן תמציתי לאמות המידה הראויות לביקורת שיפוטית בסוגיה שלפנינו. לשיטתו, דיון לגופה של מידתיות יהא מוצדק רק כאשר הפגיעה בשוויון היא מובהקת, קרי – פגיעה שיש בה 'קשר ענייני הדוק לכבוד האדם'. בנדון דידן, הפגיעה בשוויון אינה מן הסוג הקלאסי, שבו מגן בית המשפט על מאן דהוא, פרט או קבוצה מובחנת, שהופלו לרעה ביחס ליתר בני החברה; הסדר הגיוס מעניק הטבה לקבוצה מסוימת, מבלי שיש בכך יחס פוגעני מפלה כלפי אחרים. מדובר אפוא בטענת הפליה מסוג שונה, המחייבת לגבש בסיס תאורטי חלופי, כהצדקה לעריכת ביקורת חוקתית על-פיה. אכן, עמדה ברוח זו הובעה בעבר במסגרת פסקי הדין שניתנו בעניין 'חוק טל', אך נדחתה. על כל פנים, כשאלה עקרונית, דומה כי הדברים זקוקים עוד לעיון וליכון, ולמצער מחייבים את בית המשפט לזהירות יתרה בבואו לערוך ביקורת שיפוטית להסדר הגיוס הנוכחי (ולאלו שיבואו אחריו).

בסיכום הדברים הדגיש השופט סולברג, כי מצב הדברים הנוכחי אינו משיבוע רצון; נהפוך הוא. אף על-פי כן, מורת-הרוח מהפער שבין המצוי לרצוי, אינה מצדיקה לעת הזאת להורות על בטלותו של הסדר הגיוס במישור המשפטי-חוקתי. ההסדר החדש שונה מקודמו, ואף שאינו חף מפגמים, יש לאפשר לו בשלב זה לפעול את פעולתו.

תמצית חוות דעתו של השופט ח' מלצר

השופט ח' מלצר הצטרף בהסכמה לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור, והוסיף מספר תובנות משלו. לדבריו, המשפט המשווה מלמד כי במקרים שבהם חוקתיות של חוק נבחנת יותר מפעם אחת בטענה שהמחוקק לא כיבד, כנדרש, זכויות יסוד חוקתיות, קיימת בדרך כלל התחשבות וזהירות מירביות מצד שתי הרשויות, בשל הצורך בכיבוד הדדי. לא כל שכן כך, כאשר מדובר בביקורת שיפוטית שלישית על מעשי המחוקק, שהיא נדירה ביותר, ואולם אפשרית ומוצדקת בנסיבות שבהן הפרלמנט – בחוקקו חוק – סוטה מהותית מזכויות היסוד החוקתיות.

השופט מלצר הוסיף וקבע כי הסדר הפטור הגלום בתיקון 21, מושא העתירות, יש בו פגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות. עוד נקבע כי על פי סעיף 1 לחוק יסוד הצבא,

בשים לב למהות החוקתית של המדינה, המוגדרת כמדינה יהודית ודמוקרטית, מתבקש שוויון בחובות השירות וכן איסור הפליה בדחיות השירות ובפטורים, אלא אם כן יש בנמצא אבחנות ענייניות, סבירות ומידתיות. לפיכך, פטור קולקטיבי הניתן לקבוצת אוכלוסיה מסוימת, ומקנה, או שולל פטור אינדבידואלי מותנה – הוא איפוא פסול.

השופט מלצר הצטרף לנימוקיהם של הנשיאה, מ' נאור, והשופט נ' הנדל בכל הנוגע לכך שתיקון 21 איננו צולח אפילו את מבחן המשנה של הקשר הרציונלי שבדרישת המידתיות, והוסיף כי התניית פטור פרטני, או שלילה שלו בעמידה ביעדי גיוס קולקטיביים של מי שהוגדרו כמשתייכים לאוכלוסייה החרדית – אין לה קשר רציונלי לתכלית הנטענת. התנייה כזאת הופכת את הפרט כ"שבוי" של הכלל, מה גם שבהגדרת המשתייכים לאוכלוסייה החרדית על-פי החקיקה הנתקפת נכללים גם מי שפרשו מהעולם החרדי, בתנאים מסוימים. יתר על כן, על-פי החקיקה הנתקפת, יעדי הגיוס מחושבים כך ששני צעירים שהיו רשומים במסגרות חרדיות, ומתגייסים לשירות קרבי בצה"ל, רואים אותם לעניין יעדי הגיוס כשלושה. הוראות אלה מעוותות לכאורה את התכלית הנטענת שביסוד הסדר הפטור.

השופט מלצר הוסיף וקבע כי אין מקום להמתין עם ביטול הסדר הפטור, מושא העתירות, כדי שמימושו בפועל ייבחן בעתיד בתקופות הזמן הקצובות בתיקון 21, כפי שבית משפט זה נהג לגבי חוק טל, מכיוון שפרקטיקה זו לא הוכיחה את עצמה ביחס לחוק טל, וכי ככל שהיה ראוי להמתין כדי לבחון את מימוש הדברים – ראוי היה שייעשה כן לגבי התיקון החקיקתי שקדם לתיקון הנוכחי.

- השופט מלצר קבע עוד כי במסגרת חקיקה עתידית, ככל שתיעשה, יהיה צורך:
- (א) להבטיח את המשך קיומן של ישיבות ההסדר, שפעילותן מעוגנת כיום בחקיקה הקיימת.
 - (ב) לאפשר את המשך טיפוחם של אותם עילויים שבקרב תלמידי הישיבות.
 - (ג) לדאוג לקיום תשתית נורמטיבית ותקציבית הולמת למסגרות השירות האזרחי למיניהן (שניתן גם להרחיבן אף ביחס לאוכלוסיות אחרות הפטורות משירות צבאי).
 - (ד) לקבוע מדדים מוסכמים וחד-ערכיים, שיאפשרו לבדוק את "מבחן התוצאה" – להשגת תכליותיו המוצהרות של הסדר הפטור.

השופט מלצר הוסיף עוד, בהתייחס לחוות דעתו של השופט י' עמית, אשר ביקר את מסלול ישיבות ההסדר, כי הנכללים במסלול ה"הסדר" תורמים רבות לצה"ל

והם מטובי החיילים והקצינים הקרביים, ולעיתים אף מתחייבים, לעתים קרובות, לשירות קבע. בעשותם כן, אלו מוכיחים הלכה למעשה, כי ניתן לשלב ספרא וסייפא, והביע את תקוותו כי הצעירים החרדים הנהנים מהפטור היו פוסעים אף הם בנתיב דומה, כפי שעשו מרבית אבותיהם בתקופת קום המדינה ומיד לאחר מכן.

בסיכום הדברים נקבע כי הסדר הפטור – במתכונתו הנוכחית – איננו יכול לסכון עוד. הפתרון הוא, כך נפסק, מצוי במציאת הסדרים אמיתיים, מידתיים ומדורגים, שהם אפשריים במסגרת התכליות המוצהרות, שעמדו בבסיס תיקון 21. עוד נקבע כי עדיין ניתן להגיע לכך ולהשיג תוצאות ממשיות, ובלבד שכל המעורבים בנושא ילמדו לוותר על מקצת דרישותיהם למען "דרך האמצע", ויכירו בשלושה עקרונות:

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

בסיום הדברים, השופט מלצר הוסיף כי גדולי הרבנים, לרבות החרדים, הכירו בחשיבותו של השירות בצה"ל ובמסירות הנפש במסגרתו, והדבר מעורר תקווה כי ניתן יהיה להשיג הבנה בנושאים אלה, וצה"ל יוכל להמשיך להיות צבא העם.

תמצית חוות דעתה של השופטת א' חיות

השופטת א' חיות הצטרפה בהסכמה לפסק-דינה של הנשיאה וציינה כי לא שיערה כי בחלוף למעלה מאחת עשרה שנים מאז ניתן פסק הדין בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) וכחמש עשרה שנים מאז שנחקק חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 "תעמודנה רגלינו באותו מקום ואולי אף למטה ממנו" בלא שיימצא פתרון לסוגיה חשובה ומורכבת זו או אפילו נתיב מסומן וסלול העשוי להוליך לפתרון הולם וחוקתי כנדרש. השופטת חיות הצטרפה בצער אל התוצאה לפיה הסדר הגיוס החדש המעוגן בחוק שירות בטחון דינו להתבטל וכן לעמדה לפיה הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף בתום שנה מיום מתן פסק הדין על מנת לאפשר גיבוש הסדר סטטוטורי

הולם וחוקתי בסוגיה חשובה זו. בשולי הדברים, שבה השופטת חיות על הדברים שנכתבו על ידה בפסק הדין בבג"ץ 6298/07 דסלר נ' כנסת ישראל (8.9.2009), אשר בו בוטל לראשונה הסדר הגיוס, בצינה כי היא אינה משלה את עצמה שהחלטה שיפוטית היא לבדה יש בכוחה לפתור סוגיה חברתית רגישה, מורכבת ורבת פנים זו. ואולם, כאז כן היום היא סבורה כי "משהופקד בית המשפט על הגנת זכויות אדם ועל שמירת שלטון החוק, ומשיש בידיו כלים משפטיים-ערכיים לממש את תפקידו זה, בין היתר, בדרך של ביקורת שיפוטית מחויב בית המשפט למלא אותו בלא שמידת ההשפעה המעטה או המרובה של פסיקתו תרפה את ידיו".