

בג"ץ 3267 / 97

בג"ץ 715 / 98

א

1. אמנון רובינשטיין

2. חיים אורון

3. ברק כץ

4. יוסי נחושטן

ב

5. ברוך אולשק

6. אלון פורת

בג"ץ 3267/97

7. אילן פרידמן

ג

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

ד

בג"ץ 715/98

5. רס"ן (מיל') אהוד פלג

נגד

שר הביטחון

ה

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[9.12.1998]

לפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא ש' לוין

והשופטים ת' אור, א' מצא, מ' חשין, י' זמיר, ט' שטרסברג-כהן,

ו

ד' דורנר, י' טירקל, ד' ביניש, י' אנגלרד

השאלה שהועמדה לדיון בעתירה היא חוקיותו של ההסדר שלפיו ניתנת דחייה משירות צבאי לתלמידים הלומדים בישיבות. הדחיות משירות ניתנות על-פי סמכותו של שר הביטחון לפי סעיף 36 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 (להלן – חוק שירות בטחון). העותרים הציגו לבית-המשפט נתונים שלפיהם מספר הנהגים מהסדר הדחייה גדל במהלך העשור האחרון באופן משמעותי, והגיע לכדי 8% מכלל מחזור הגיוס בשנת 1997.

ז

- א. (1) 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. היינו, "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים – צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך "הסדרים משניים" (א502 – א503).
- ב. (2) הטעמים המונחים ביסוד כלל בסיסי זה הם שלושה: הפרדת הרשויות, שלטון החוק ותפיסתה של הדמוקרטיה. דמוקרטיה משמעותה שלטון העם, ועל-פיו ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על-ידי הגוף שנבחר על-ידי העם לקבל הכרעות אלה. בבסיס הדמוקרטיה עומדות גם זכויות האדם, שהפגיעה בהן צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים, ואין להסתפק בהסמכתה הפורמאלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה (א503, ד505 – ה, א508 – ו, א512 – א513).
- ג. (3) לא פעם יש מקום, משיקולים של יעילות, להתפשר בכל הנוגע לקיום תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה, אך במישור העקרוני, אין בכך כדי לגרוע מכוחו ומתוקפו של הכלל הבסיסי, וגם מבחינה מעשית יש גבול לפשרה. במקרים מיוחדים וקיצוניים, אפשר שהכלל הבסיסי יגבר על שיקולי יעילות, וראוי יהיה לבטל הסדרים משניים מן הטעם שאין להם יסוד בהסדרים ראשוניים (א516 – א517).
- ד. (4) בדרך-כלל, עיקר פעולתו של הכלל בדבר הסדרים ראשוניים הוא 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 (א517 – ה).
- ה. ב. (1) עד לחקיקתם של חוקי היסוד החדשים בדבר זכויות האדם, היווה הכלל בדבר הסדרים ראשוניים כלל פרשני, שיצר אך חזקה, שהמחוקק היה רשאי לסתור אותה (א517 – א518, ג519 – ה).
- ו. (2) עם חקיקתם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק חל שינוי מהותי במעמד של זכויות האדם שעוגנו בחוקים אלה. הן קיבלו מעמד חוקתי-על-חוקי. שינויים אלו משפיעים על מעמדו של הכלל הבסיסי האמור. יש בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם כדי לחזק את הכלל, יש בחוקי יסוד אלו גם כדי להשפיע על דרכי פרשנותם של חוקים שנחקקו לפני מועד קבלת חוקי היסוד, ובכללם חוק שירות בטחון (א521, א522 – א523).
- ז. (3) אכן, הסמכה שבחוק לקביעתם של הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה, שנקבעה בחקיקה שקדמה לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, עומדת בעינה. עם זאת – בהיעדר הוראה מפורשת לסתור – יש לעשות מאמץ פרשני על-מנת לתת להסמכה זאת פרשנות מצמצמת, באופן שהיא תופעל ברוח הכלל הבסיסי בדבר הסדרים ראשוניים. ברוח זאת, יש מקרים שבהם הרשות המבצעת צריכה להימנע מהכרעות עקרוניות בסוגיות חברתיות בסיסיות, השנויות במחלוקת ציבורית קשה, ולהניח את ההכרעה לרשות המחוקקת (א523 – ג).

פ"ד נב(5) 481

- ג. (1) שאלת דחיית הגיוס של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" שנויה במחלוקת אידאולוגית בישראל, וכרוכה בהתנגשות בין זכויות אדם בינן לבין עצמן. מחד גיסא, עומד עקרון השוויון. מאידך גיסא עומדת הזכות בדבר חופש הדת (א527 – ד, א528 – ב).
- א (2) בנוסף לכך, הפכה סוגיה זו לבעיה חברתית ממדרגה ראשונה, לאור הגידול הרב בהיקף המספרי של מספר הנהגים מדחיית השירות בשנים האחרונות. עקב ההסדר הקיים, נוצרה אוכלוסייה שלמה שאינה משתלבת בשוק העבודה, והמגבירה את העוני ואת התלות בהקצבות הבאות מהמדינה ומגורמים פרטיים. שאלת גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" מעוררת גם בעיה חברתית-צבאית מורכבת (א528 – ו).
- ב (3) ההכרעה בשאלות מורכבות אלו צריכה להיעשות על-ידי המחוקק, ובהתאם לקביעה עקרונית זו יש לפרש את היקף סמכותו של שר הביטחון על-פי החוק (א529 – ד).
- ג (4) המסקנה היא, שהפעלת הסמכות בידי שר הביטחון בעניין דחיית השירות של בחורי ישיבה היא שלא כדין, וכך אף ההחלטות המתקבלות על-ידי. עם זאת, בהיעדר אפשרות לעבור מיד מההסדר הקיים להסדר חלופי, אין כל אפשרות לקבוע כי ההסדר הקיים בטל באופן מיידי. תוצאת ההחלטה של בית-המשפט מושהית אפוא כ-12 חודשים (א531 – ג, א530).
- ד. (אליבא דשופט מ' חש"ן):
- (1) המסקנה כי פטור כה נרחב הניתן לבני ישיבה חייב שייעשה בחוק נדרשת לא רק מעקרונות היסוד של השיטה החוקתית אלא גם מחוק שירות בטחון עצמו (א536 – ג537).
- א (2) כשם שחוב עקרוני וכללי לשירות בצבא חייב שיבוא אך ורק בחוק, כך יהא דינו של פטור עקרוני וכללי משירות בצבא (א538 – ו).
- ב (3) כשם שמכות לצוות צווים כלליים אינה כוללת סמכות לצוות צווים אינדיווידואליים, כן סמכות לצוות צווים אינדיווידואליים אינה כוללת סמכות לצוות צווים כלליים. (א539 – ה).
- ג (4) הסמכות הניתנת בהוראת סעיף 36(1) לחוק שירות בטחון "לפטור יוצא-צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו", אינה אלא סמכות להוצאת צווים אינדיווידואליים. שר הביטחון לא קנה סמכות להוציא צו פטור כללי. מסקנה זו מתבקשת גם לאור סעיף 54(א) לחוק, שעל-פיו רשאי שר הביטחון לאצול לאדם אחר את סמכותו להעניק פטור משירות על-פי סעיף 36 לחוק. פירוש נוגד לחוק יוביל למסקנה כי לא רק שר הביטחון, אלא גם כל מי שהוא אוצל לו את סמכותו, מוסמך להעניק פטור כללי משירות צבאי. פירוש כזה הוא בלתי מתקבל על הדעת (א538, ז – ג539).
- א (5) אפשר שלימוד בשיבה יהווה נימוק למתן דחיית שירות. אך הסדר שבו מספר הדחיות לא הוגבל, לא מראש ולא בדיעבד, ושבמסגרתו הדחיות הופכות, למעשה, לפטורים, אינו יכול לעמוד במבחן בית-המשפט (א541 – ג).
- ב (6) שאלה היא אם יש בכוחה של הכנסת עצמה, בין בחוק ובין בחוק יסוד לפטור בני ישיבות משירות בצבא (א541 – ה).

חוקי יסוד שאוזכרו:

- א — חוק יסוד: הכנסת.
- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 8.
- חוק יסוד: חופש העיסוק, סעיף 4.
- חוק יסוד: הממשלה.

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- ב — חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, סעיפים 36, 36(1), 39, 40, 54(א), 55.
- חוק המעבר, תש"ט-1949, סעיף 1.
- ג — פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, סעיף 7(א).
- חוק שירות בטחון, תש"ט-1949.
- חוק שירות ביטחון (הוראת שעה), תשנ"ה-1995.
- חוק שירות ביטחון (הוראת שעה) (תיקון), תשנ"ז-1997.

הצעות חוק שאוזכרו:

- ד — הצעת חוק שירות בטחון (תיקון מס' 6), תשנ"ד-1994.

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- ה [1] בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441.
- [2] בג"ץ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לז(3) 337.
- [3] בג"ץ 266/68 עיריית פתח תקוה ואח' נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824.
- [4] ע"א 524/88, 525 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח', פ"ד מה(4) 529.
- ו [5] בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה ואח', פ"ד נא(4) 491.
- [6] בג"ץ 5016/96, 5025, 5090, 5434 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1.
- [7] ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 785.
- ז [8] בג"ץ 3806/93 מנינג ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מז(3) 420.
- [9] ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל – עמותה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל ואח', פ"ד מה(5) 89.

	פ"ד נב(5) 481	
	[10] בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון ואח', פ"ד ה 399.	
	[11] בג"ץ 113/52 זקס נ' שר-המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696.	
א	[12] בג"ץ 7351/95, 7523, 7649, 7765, 146/96, 365 נבואני נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד נ(4) 89.	
	[13] בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מד(3) 317.	
	[14] בג"ץ 105, 98/54 לזרוביץ ואח' נ' המפקח על המזונות, ירושלים, פ"ד י 40.	
ב	[15] בג"ץ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות ואח', פ"ד מז(5) 485.	
	[16] ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221.	
	[17] בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749.	ג
	[18] בג"ץ 1/88, 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב(2) 309.	
	[19] בג"ץ 122/54 אקסל ואח' נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה, פ"ד ח 1524.	
ד	[20] בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד יב 264.	
	[21] בג"ץ 124/70 שמש ואח' נ' רשם החברות, פ"ד כה(1) 505.	
	[22] בג"ץ 144/72 ליפבסקי – הליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 719.	
	[23] בג"ץ 333/85 אביאל ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח', פ"ד מה(4) 581.	
ה	[24] ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד לא(2) 281.	
	[25] ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 337.	
	[26] בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח', פ"ד יח(1) 598.	
ו	[27] בג"ץ 249/64 ברוך נ' מנהל המכס והבלו ואח', פ"ד יט(1) 486.	
	[28] בג"ץ 3914/92 לאה לב ואח' נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו ואח', פ"ד מח(2) 491.	
	[29] בג"ץ 454, 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח(5) 501.	
ז	[30] בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353.	
	[31] בג"ץ 878, 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח(5) 441.	

- פ"ד נב(5) 481
- [32] בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661.
- א [33] בג"ץ 5707, 5706, 5319/97 קוגן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי; זמוטובסקי ואח' נ' מדינת ישראל ואח'; קאופמן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד נא(5) 67.
- [34] בג"ץ 83/95, 1064/94 קומפיוטסט ראשל"צ (1986) בע"מ ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מט(4) 808.
- ב [35] ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח ואח', פ"ד מח(2) 66.
- [36] בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מט(4) 94.
- [37] בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355.
- ג [38] בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור ואח', פ"ד נ(2) 793.
- [39] בג"ץ 8195, 7111/95 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 485.
- [40] בג"ץ 3434/96 הופנונג ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 57.
- [41] בג"ץ 5503/94 ל' סגל ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד נא(4) 529.
- ד [42] בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ ואח' נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433.
- [43] ד"נ 2/82 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, מר אריאל שרון, פ"ד לו(1) 708.
- [44] בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693.
- [45] בג"ץ 114/78, המ' 451/78, 510 בורקאן נ' שר האוצר ואח', פ"ד לב(2) 800.
- ה [46] ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיס-עשרה ואח', פ"ד מג(4) 221.
- [47] בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב(2) 221.
- [48] בג"ץ 373, 391, 370, 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד(3) 294.
- ו [49] בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא(4) 367.
- [50] בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כד(1) 238.
- [51] בג"ץ 448/81 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, מר אריאל שרון, פ"ד לו(1) 81.
- ז [52] בג"ץ 179/82 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד לו(4) 421.
- [53] רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין ואח', פ"ד מח(3) 485.

פסקי־דין אמריקניים שאוזכרו:

- [54] *Mistretta v. United States* 488 U.S. 361 (1989). א
- [55] *Industrial Union Dept. v. American Petrol. Inst.* 448 U.S. 607 (1980).
- [56] *Rapp v. Carey* 44 N.Y. 2d 157 (1976).
- [57] *United States v. Robel* 389 U.S. 258 (1967).
- [58] *American Textile Mfrs. Inst. v. Donovan* 452 U.S. 490 (1981). ב
- [59] *Myers v. United States* 272 U.S. 52 (1926).
- [60] *Kent v. Dulles* 357 U.S. 116 (1958).
- [61] *Shuttlesworth v. Birmingham* 394 U.S. 147 (1969).
- [62] *Wayman v. Southard* 23 U.S. 1 (1825).
- [63] *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* 297 U.S. 288 (1936). ג

פסקי־דין בינלאומיים שאוזכרו:

- [64] *The Sunday Times v. The United Kingdom* (1979) 2 E.H.R.R. 245.
- [65] *Malone v. United Kingdom* (1984) 7 E.H.R.R. 14. ד
- [66] *Leander v. Sweden* (1987) 9 E.H.R.R. 433.

פסקי־דין גרמניים שאוזכרו:

- [67] 8 BVerfGE 274 (1958).
- [68] 33 BVerfGE 125 (1972). ה
- [69] 34 BVerfGE 52 (1972).
- [70] 49 BVerfGE 39 (1978).

פסקי־דין קנדיים שאוזכרו:

- [71] *Irwin Toy Ltd. v. Quebec* [1989] 1 S.C.R. 927. ו

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [72] א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה 5, כרך ב, בהשתתפות ב' מדינה, תשנ"ז). ז
- [73] ב' ברכה משפט מינהלי (כרך א, תשמ"ז).
- [74] י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו).

פ"ד נב(5) 481

- [75] י' דותן הנחיות מינהליות (תשנ"ו).
- [76] א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (תשנ"ג).
- [77] ב' אקצין תורת המשטרים (מהדורה 2, כרך א, תשכ"ח).

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [78] י' זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" משפטים ד (תשל"ב-תשל"ג) 63.
- [79] י' ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 105.
- [80] ב' ברכה "חקיקת משנה" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 411.
- [81] ב' ברכה "לקראת פיקוח פרלמנטרי על חקיקת-משנה?" עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"ס) 390.
- [82] א' ברק "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" הפרקליט כא (תשכ"ה) 463.
- [83] ק' קליין "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי" משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 308.
- [84] י' זמיר "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – חקיקת משנה: נוהל והנחיות" עיוני משפט יא (תשמ"ו-תשמ"ז) 339.
- [85] A. Barak "Subordinate Legislation" 16 *Scripta Hierosolymitana* (1966) 219.
- [86] פ' רדאי "חוקתיות של דיני העבודה" שנתון משפט העבודה ד (תשנ"ד) 151.
- [87] ר' בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה", שנתון משפט העבודה ד (תשנ"ד) 27.
- [88] א' יורן "המהפיכה החוקתית במיסי בישראל" משפטים כג (תשנ"ד) 55.
- [89] א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט ג (תשנ"ו-תשנ"ז) 5.

ספרים זרים שאוזכרו:

- [90] B. Schwartz *Administrative Law* (Boston, New York, Toronto, London, 3<sup>rd</sup> ed., 1991).
- [91] D.P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, 2<sup>nd</sup> ed., 1997).
- [92] D. Schoenbrod *Power Without Responsibility* (New Haven, 1993).
- [93] L.H. Tribe *American Constitutional Law* (Mineola, 2<sup>nd</sup> ed., 1988).



- [94] D.P. Currie *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago, 1994).
- [95] P.W. Hogg *Constitutional Law of Canada* (Toronto, 3<sup>rd</sup> ed., 1992).
- [96] A.C. Aman, W.T. Mayton *Administrative Law* (St. Paul, 1993).

א

מאמרים זרים שאוזכרו:

- [97] U. Kischel "Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law" 46 *Admin. L. Rev.* (1994) 213.

ב

שונות:

- [98] דו"ח ועדת המשנה לבחינה מחודשת של הפטור מגיוס לתלמידי הישיבות (תשמ"ח).
- [99] מבקר המדינה – דוח שנתי 39 לשנת 1988 ולחשבונות שנת הכספים 1987 (תשמ"ט).
- [100] מבקר המדינה – דוח שנתי 48 לשנת 1997 ולחשבונות שנת הכספים 1996 (תשנ"ה).

ג

ד

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] שבת, קלב, א.
- [ב] ירושלמי, יומא, ח, ה.

ה

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 29.5.1997 ועתירה למתן צו-על-תנאי. העתירה בבג"ץ 715/98 נדונה כאילו ניתן צו-על-תנאי. העתירות נתקבלו. הצו-על-תנאי נעשה מוחלט. תוקפו של פסק-הדין הושעה לתקופה של שנים-עשר חודשים עד ליום 9.12.1999.

ו

רענן הר-זהב, ליאור כץ, ציפי נגל-אדלשטיין – בשם העותרים בבג"ץ 3267/97 ;  
יהודה רסלר, אהוד פלג, יאיר שגיא – בשם העותרים בבג"ץ 715/98 ;  
עוזי פוגלמן, מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה – בשם המשיב.

ז

א

## פסק-דין

הנשיא א' ברק

ב

דחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות אשר "תורתם אומנותם" נבחנה על-ידי בית-משפט זה בבג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון (להלן – פרשת רסלר [1]). על-פי הנתונים שהוצגו לבית-המשפט בפרשת רסלר [1], 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 [1] כי שר הביטחון הוסמך לדחות את גיוסם של תלמידי הישיבה, וכי הפעלת שיקול-הדעת הייתה במסגרת מיתחם הסבירות. בפסק-דיני ציינתי, כי:

ג

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

ד

ה

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 שוויון. חלקם של תלמידי הישיבות – 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, אם השלכות אלה ואחרות אינן חוצות את הגבול שבו "הכמות עושה איכות". האם לא מתבקשת מהמצב הסבוך שאליו נקלעה החברה הישראלית המסקנה, שהסוגיה כולה שוב אינה יכולה למצוא את הסדרה הנורמטיבי בדחיית גיוס הניתנת על-ידי שר הביטחון? האם לא נובע מהמציאות הניצבת בפנינו כיום, כי הסוגיה כולה

ו

צריכה למצוא את פתרונה בדבר חקיקה של הכנסת, אשר יוכל להתמודד עם מלוא המורכבות של הבעיה? אלה הן השאלות הקשות הניצבות לפנינו היום.

א

העובדות

1. ההיסטוריה של דחיית שירותם בצבא של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" – שעליה עמדנו בפרשת רסלר [1] (בעמ' 449-451) – היא כהיסטוריה של מדינת ישראל עצמה. היה זה שר הביטחון 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 ל-1970. מאותה שנה חלו שינויים בהסדר הקיים. ההגבלה על מספר הישיבות בוטלה. מספר תלמידי הישיבה שזכו לדחייה עלה. ב-1975 נקבעה מכסה של 800 תלמידי ישיבות בשנה שזכו בדחיית השירות. בעקבות ההסכם הקואליציוני מ-1977 הוסרה ההגבלה על מספר מקבלי הדחייה. הורחב היקף הזכאים לדחיית השירות. נכללו בהם, בין השאר, בעלי תשובה, מורים בחינוך העצמאי ובוגרי בתי ספר תיכוניים ומקצועיים דתיים. כן הוקלו הדרישות מבעלי הדחייה. כך, למשל, תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם", והם מעל לגיל שלושים שנה, הורשו לתת שיעורי תורה ולקבל תמורתם מלגות 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 מתכונת זו או אחרת, יביא להיעלמותו 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 ישיבה מוטלת בספק עקב קשיי ההסתגלות שלהם לצבא ושל הצבא אליהם.

ב

ג

ד

ה

2. ההסדר שעליו הורה דוד בן-גוריון – ואשר אומץ על-ידי שרי הביטחון שאחריו – עורר ויכוחים ציבוריים נרחבים. הוא נדון פעמים רבות בכנסת (ראו פרשת רסלר [1], בעמ' 450). נעשו ניסיונות אחדים לעתור בעניין זה לבית-המשפט העליון (ראו שם, בעמ' 453). ניסיונות 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 [1]. בית-המשפט ציין כי לעותר מעמד בדין, וכי עתירתו שפיטה (נורמטיבית ומוסדית). לגופה של העתירה נקבע, כי דחיית השירות הניתנת על-ידי שר הביטחון לתלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" היא בגדר סמכותו של השר ואינה חורגת ממיתחם הסבירות. עם זאת נקבע, כי "אם מספרם של אלה ששירותם נדחה בשל לימודי

ו

ז

הנשיא א' ברק

פ"ד נב(5) 481

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" (פרשת רסלר [1], בעמ' 506-507). ברוח דומה ציינה המשנה לנשיא השופטת בן-פורת, כי "ייתכן, שבעתיד יגיעו מימדי הדחיות לכדי שיקול רציני באשר לסבירות גישתו של שר הביטחון, עד כדי הצדקה להתערבותו של בית-משפט זה" (שם, בעמ' 512). בית-המשפט הדגיש כי שיקול-דעתו של שר הביטחון 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 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" (שם, בעמ' 524-525).

3. הדיון הציבורי בשאלת דחיית גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" נמשך גם לאחר פסק-דיננו בפרשת רסלר [1]. בסמוך לאחריו פורסם (באוגוסט 1988) דין וחשבון של ועדת משנה של ועדת החוץ והביטחון. ועדת המשנה קבעה, כי ההסדר בעניין דחיית גיוסם של תלמידי ישיבה 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 יחוללו 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 הביטחון "ליזום בהקדם הצעת חוק שתסדיר את שירות תלמידי הישיבות בצבא" לרוח המסקנות וההמלצות של הוועדה" (דו"ח ועדת המשנה לבחינה מחודשת של הפטור מגיוס לתלמידי הישיבות [98], בעמ' 42).

4. סדרי דחיית גיוסם של תלמידי ישיבות לשירות ביטחון שימשו נושא לדוח שנתי מס' 39 של מבקר המדינה (מבקר המדינה – דוח שנתי 39 לשנת 1988 ולחשבונות

הנשיא א' ברק

פ"ד נב(5) 481

שנת הכספים 1987 [99]. "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 ההתייצבות של תלמידי השיבה במועד לשם חידוש דחיית הגיוס. אין, לדעת הביקורת, הצדקה להתייחס בסלחנות לזלזול בתנאי ההתייצבות במועד" (שם [99], בעמ' 908). לדעת הביקורת, מן הראוי, שבחינה מחודשת של הנושא אכן תיערך, וכי הנושא "...יידון בכנסת, מתוך הכרה בחשיבותו הציבורית הרבה" (שם). הוועדה לענייני ביקורת המדינה דנה (באפריל 1991) בדוח 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".

א

ב

ג

5. ב-24.7.1992 מינה שר הביטחון ועדה לבחינת הסדר דחיית השירות של תלמידי שיבה ש"תורתם אומנותם". בראש הוועדה עמד עוזר שר הביטחון והמשנה למנכ"ל משרד הביטחון, מר ח' ישראלי. הוועדה נתבקשה לבדוק את הנהלים, את אמות-המידה ואת דרכי הפיקוח על הסדר דחיית שירות לתלמידי שיבה ש"תורתם אומנותם". הוועדה הגישה המלצותיה (באוגוסט 1995) לשר הביטחון. 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.

ד

ה

ו

6. מבקר המדינה חזר לסדרי דחיית גיוסם של תלמידי שיבות לשירות ביטחון בדוח השנתי מס' 48 (מבקר המדינה – דוח שנתי 48 לשנת 1997 ולחשבונות שנת הכספים 1996 [100]). אותה עת עמד מספרם של תלמידי השיבות שגיוסם נדחה על 28,772. תלמידי השיבות ששירותם נדחה היוו 7.4% מכלל השנתון שהתגייס ב-1996. הודגש בדוח 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 אוכלוסייה זו. כל שניתן היה לקבוע הוא כי נכון למאוס 1997, מכלל תלמידי השיבות שגיוסם נדחה (28,547) הצטרפו ב-1996

ז

הנשיא א' ברק

פ"ד נב(5) 481

א לשירות בצה"ל 2.8% מהתלמידים. כמו כן לא נעשה כל ניסיון לבחון עד כמה תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" – ואשר על-פי ההסדר חייבים ללמוד בישיבה ואינם רשאים לעסוק בשום עבודה או עיסוק – אינם עובדים ואינם מתפרנסים לנפשם. כמו כן הודגש בדוח, כי במערכת הביטחון לא נערך דיון שיטתי ורציף בבחינת המשמעות של הענקת דחייה למספרים הולכים וגדלים של יוצאי צבא, שהם תלמידי ישיבות, בגדר "תורתם אומנותם". בסיומו של הדוח נקבע כי "נוכח ממצאי בדיקת המעקב, על רקע צורכי הביטחון והיום... הסיכום של דוח הביקורת הקודמת... לא רק שלא איבד מתוקפו, אלא שהדברים שנאמרו שם קיבלו היום משנה תוקף; ואושרו ביתר שאת את ההמלצה לערוך דיון מעמיק בנושא דחויי הגיוס ש"תורתם אומנותם" (שם [100], בעמ' 1011).

ג 7. דחיית גיוסם של תלמידי ישיבה אשר "תורתם אומנותם" נדונה מספר רב של פעמים במליאת הכנסת. ביום 11.3.1992 דנה הכנסת בשמונה הצעות חוק פרטיות לתיקון חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 (להלן – חוק שירות בטחון). ההצעות ביקשו להגביל את משך הדחייה ששר הביטחון רשאי להעניק ואת מספר מקבלי הדחייה. 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 ביטחון, 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 הדחייה וחובת שירות מילואים מלאה למי ששירותו נדחה. שלוש מהצעות אלה הוסרו (ביום 8.7.1998) מסדר יומה של הכנסת.

המצב הקיים

ד 8. על-פי מצב הדברים הקיים, ניתנת דחייה משירות ביטחון למי ש"תורתו אומנותו". התנאי להצטרפות לקטגוריה זו הוא כי המועמד לשירות ביטחון למד באופן רצוף מגיל 16 בישיבה תורנית, תיכונית או מקצועית. כן רשאי להצטרף לקטגוריה זו מועמד לשירות ביטחון אשר למד בבית ספר תיכון דתי, וניגש לבחינת בגרות בתלמוד ברמה של חמש יחידות. בקטגוריה של מי ש"תורתו אומנותו" כלולים גם בעלי תשובה. תנאי הוא, כי מי שכלול בקטגוריה של "תורתו אומנותו" אינו עוסק בשום עבודה או עיסוק אחר שמקובל לקבל בעבורו תמורה. חריג לתנאי זה הוכר לגבי תלמידי ישיבות המועסקים במשרה תקנית של מורה בבתי ספר של הרשתות של הזרמים השונים בעדה החרדית. אלה רשאים לקבל שכר בעבור עבודתם זו. הוא הדין בתלמידי ישיבה מגיל

הנשיא א' ברק

פ"ד נב(5) 481

עשרים ותשע ומעלה המלמדים בתלמודי תורה, שבהם 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 ביטחון ש"תורתו אומנותו" מקבל פטור משירות ביטחון, 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 עלייה מסוימת 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 במארס 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 ביטחון, והנכלל בקטגוריה של "תורתו אומנותו", העוזב קטגוריה זו – אם מיוזמתו שלו ואם על-פי החלטת מנהל הגיוס – נקבעת מחויבותו 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 שיעור המצטרפים להסדר על 6%. לגבי אותו שנתון, בהגיעו לגיל 21 לערך (בשנת 1994) עמד שיעור בני השנתון השהים בהסדר על 4.8%.

10. על-פי ההסדרים הנהוגים, מפקד לשכת הגיוס מאשר את ההצטרפות לקטגוריה של "תורתו אומנותו" למועמד לשירות ביטחון 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 ביטחון מתחייב, כי אם במועד כלשהו תוך כדי תקופת דחיית ההתייצבות לשירות ביטחון 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 ביטחון 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".

העתירות

11. שתיים הן העתירות המונחות בפנינו. האחת הינה עתירתם של חבר-כנסת אמנון רובינשטיין, חבר-כנסת חיים אורון ואחרים (בג"ץ 3267/97). השנייה הינה עתירתם של רס"ן (מיל') יהודה רסלר ואחרים (בג"ץ 715/98). בעתירה הראשונה מתבקש שר הביטחון לבוא וליתן טעם מדוע לא תיקבע מכסה מקסימלית סבירה של תלמידי ישיבות שלהם ניתנת דחיית שירות צבאי. העתירה השנייה מבקשת משר הביטחון לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי אין לשר הביטחון 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 ממתחם הסבירות ונעדר מידתיות. בעתירה השנייה נטען, כי שר הביטחון אינו מוסמך כלל להסדיר העניין בחקיקת משנה, וכי מן הראוי שהסוגיה כולה תוסדר בחקיקה הראשית.

12. בדברי תשובתו ציין שר הביטחון כי בבואו לבחון את הפעלת סמכותו לדחיית שירותם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם", הוא שב ובחן את המסגרת המשפטית שנקבעה בפרשת רסלר [1]. שר הביטחון סבור כי השיקולים שהנחו שרי ביטחון קודמים בהפעלת סמכותם, כוחם יפה גם כיום. בעניין זה ציטט שר הביטחון את השיקולים הבאים – המובאים בפרשת רסלר [1] – שעמדו לנגד עיניו של שר הביטחון, בתשובתו לעתירה בפרשת רסלר [1]:

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

א

ב

ג

ד

בהמשך תשובתו ציין שר הביטחון כי לאחר ששקל את מכלול השיקולים והנתונים, במסגרת שנקבעה בפרשת רסלר [1], כאשר צורכי הביטחון מהווים את השיקול הדומיננטי – ולאחר שנועץ בראש-הממשלה – הוא הגיע לידי מסקנה כי לאור השיקולים שפורטו, הרי במצב הקיים כיום לא קיימת פגיעה משמעותית בצורכי הביטחון. לדעת שר הביטחון, בסוגיה אשר אין בה הסכמה לאומית והיא נתונה למחלוקת חריפה, אין לנקוט צעד שעלולות להיות לו תוצאות קשות הן במישור הפרטי והן מבחינת היערכות הצבא, נוכח השיקולים שעליהם עמד, כאשר לא ברור כי תצמח תועלת של ממש לביטחון המדינה מקבלת החלטה בנושא מעורר מחלוקת זה.

ה

ו

13. בגדר בחינת הנושא, נתן שר הביטחון דעתו לשאלה – אשר עלתה בעתירה הראשונה מבין שתי העתירות שלפנינו (בבג"ץ 3267/97) – אם יש מקום לקבוע מכסה שנתית למצטרפים להסדר. לדעת שר הביטחון, בשלב זה, ההסדר במתכונתו הנוכחית – אין בו פגיעה מהותית בצורכי הביטחון, ואין מקום להחליפו במכסה שנתית. עמדתו של שר הביטחון הינה כי קביעת מכסה תצריך, בין היתר, קביעת קריטריונים להבחנה בין הראויים להיכלל במכסת המצטרפים להסדר, לבין אלה אשר לא יימצאו ראויים לכך ויגויסו גיוס רגיל. קביעת קריטריונים כאלה, על רקע השיקולים לקיומו של ההסדר,

ז

מעוררת לדעת השר קשיים משפטיים וציבוריים ניכרים. בשל כך – בשלב הנוכחי – אין לנקוט צעד זה.

א

14. שר הביטחון ציין בכתב־תשובתו, כי החליט לאמץ את המלצות ועדת ישראל וליישמן. הוא הנחה את גורמי משרד הביטחון והצבא לפעול לקידום הפיקוח על קיומו התקין של ההסדר, שנועד לוודא כי הדחייה איננה מנוצלת לרעה, והיא נתונה לפיקוח ובקרה. בנושא זה מינה שר הביטחון צוות ליישום המלצות, 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) לפעמים בשנה והגברת הסנקציות כנגד מפירי ההסדר, הן בהעמדה לדין של המפירים והן בקביעת הליך לביטול הכרה בישיבה שאינה ממלאת אחר תנאי ההסדר. שר הביטחון קבע, כי לאחר יישום המלצות הלכה למעשה, תיבחן השפעתן על מספר המצטרפים להסדר. השר הוסיף, כי מערכת הביטחון תוסיף לעקוב מעת לעת אחר התפתחות היקף השוהים בהסדר ומשמעויותיו השונות, על־מנת ששר הביטחון יוכל לשקול את השפעתו על ביטחון המדינה, ואת הצורך בקביעת מכסה שנתית מרבית למצטרפים.

ב

ג

ד

15. בטענות בעל־פה חזרו באי־כוח הצדדים על עמדותיהם הבסיסיות. עורך־דין פוגלמן, שטען לשר הביטחון, הדגיש כי השיקול הדומיננטי של שר הביטחון הוא השיקול הביטחוני. במסגרת שיקול זה ציין את חוסר האפקטיביות של השירות הצבאי של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם". שיקול זה היה רלוונטי לעניין הטעמים המקוריים להסדר, והוא ממשיך להיות רלוונטי לטעמים החדשים להסדר. בעניין 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 האוכלוסיה החרדית יהיו מיוצגים בפנינו. עורך־הדין פוגלמן השיב, כי הציבור החרדי בכלל וכן ועד הישיבות בארץ־ישראל מודעים לדיון בעתירות, ואילו חפצו בכך היו רשאים לבקש הצטרפות לדיון שבפנינו. ביקשנו מעורך־דין פוגלמן להפנות את תשומת־הלב של הגורמים האמורים לדבר קיומה של העתירה, והוא הבטיח לעשות כן.

ה

ו

ז

16. עורך־דין 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, האוכלוסיה הכלולה בהסדר אינה עשויה מעור אחד, ואין כל סיבה ששירותם של רבים מתוכה לא יהיה אפקטיבי. כן ציין עורך־דין הר־זהב, כי עמדת

הנשיא א' ברק

פ"ד נב(5) 481

שר הביטחון מדגישה שבמצב הקיים כיום לא קיימת פגיעה משמעותית בצורכי הביטחון. מכאן למד עורך-דין הר־זהב, כי לדעת שר הביטחון קיימת פגיעה בצורכי הביטחון שאינה משמעותית. די בפגיעה לא משמעותית זו, כדי להצדיק קביעתה של מכסה, כמבוקש בעתירה. עם זאת, מציין עורך-דין הר־זהב, כי עמדת העותרים הינה, שבהסדר הקיים יש פגיעה משמעותית בצורכי הביטחון. לטענתו, תחושת הסולידריות של העם היא חלק מתורת הביטחון. תחושה זו נפגעת קשות בשל האופי המפלה של ההסדר. גם עורך-דין רסלר (שטען לעותרים בבג"ץ 715/98) טען לאופי מפלה של ההסדר. לטענתו, שר הביטחון כלל אינו מוסמך ליתן דחייה לתלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם", ועניין המכסה אינו מעלה ואינו מוריד. גם לדעתו, ניתן להבין מדברי שר הביטחון כי ההסדר פוגע באופן לא משמעותי בצורכי הביטחון. הנטל בעניין זה, להוכיח כי אין פגיעה בצורכי הביטחון, מוטל על שר הביטחון. מר רסלר חזר והדגיש, כי לדעתו ההסדר כולו צריך למצוא ביטוי בחקיקה ראשית ולא בפטור על-ידי שר הביטחון. הוא ציין, כי זו הייתה גם המלצתה של ועדת המשנה של ועדת החוק והביטחון [98].

פרשת רסלר

17. בפרשת רסלר [1] 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" שאותן קיבל בית-המשפט. כל אחת משלוש "החלטות הביניים" היא חוליה הכרחית בשרשרת, שמסקנתה חוקיות החלטת שר הביטחון. "החלטת הביניים" הראשונה קבעה כי ניתן, עקרונית, לקבוע את כל ההסדרים (הראשוניים והמשניים) בדבר דחיית גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" בחקיקת משנה, וכי אין זה הכרחי, מן הבחינה המשפטית, לעגן את הסדריו הראשוניים של הסדר זה בחקיקה ראשית; החלטת הביניים השנייה קבעה, כי סעיף 36 לחוק שירות בטחון מהווה מקור משפטי להסדרת דחיית שירותם של תלמידי ישיבה. וזו לשונו של סעיף 36 לחוק שירות בטחון:

36. שר הביטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים  
 "סמכות לפטור משירות ולדחות שירות

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 –

- א (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 ההתייצבות שנקבע לאותו אדם לפי חוק זה לרישום, לבדיקה רפואית או לשירות בטחון או להמשך שירות זה אם כבר החל בשירותו.
- ג נפסק, בגדרי החלטת הביניים השנייה, כי דחיית השירות של תלמידי ישיבה – המבססת עצמה על שיקולים ביטחוניים 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 הביטחון בהפעילו את סמכותו. נפסק, כי הפעלת שיקול־הדעת הינה "סבירה", וכי האיזון בין השיקול הביטחוני (הדומיננטי) לבין השיקול הדתי (הלבר־ביטחוני) נופל במסגרת מיתחם הסבירות. כל אחת משלוש "החלטות הביניים" הללו ביססה עצמה על המציאות החברתית והביטחונית, 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 בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול, שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות" (פרשת רטלר [1], בעמ' 505). עתה הוצגה בפנינו מציאות חדשה. כפי שראינו, מספרם של תלמידי הישיבות ששירותם נדחה מטעמים של "תורתם אומנותם" גדל באופן משמעותי (ב־1987 היה מספרם הכולל 17,017; ב־1997 מספרם הכולל הוא 28,772). שיעור מקבלי הדחייה מכלל מחזור המתגייסים השנתי גדל באופן ניכר (ב־1987 היה שיעורם 5.4% מכלל המחזור; ב־1997 שיעורם הוא 8% מכלל המחזור). ההתנגדות להסדר הדחייה הלכה וגברה; הניכור בין האוכלוסיה אשר בניה מתגייסים לצבא לאוכלוסיה 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 ישיבה 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 הישיבות צריך להיות מוסדר בחקיקה ראשית – אוכל להשאיר את השאלות המתעוררות בחוליות האחרות לעת מצוא. אפנה אפוא לחוליה קריטית זו.

א

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 הביטחון בחוק שירות בטחון, בלא לקבוע בחוק עצמו את העקרונות ואת אמות־המידה שעל־פיהם תיעשה הדחייה? הניתן להעניק לשר הביטחון 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 [1]. ציינתי באותה פרשה, כי:

ב

ג

"...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 [1], בעמ' 502).

ד

הוספתי וצינתי, כי:

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

ה

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

ו

ז

א 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" (להלן – זמיר, חקיקה מינהלית [78]); א' רובינשטיין המשפט הקונסטטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך ב) (להלן – רובינשטיין [72]), בעמ' 803). עמד על כך פרופ' קלינגהופר, בציינו:

ג "...כל אקט מינהלי, בין אם הוא דבר חקיקת משנה ובין אם הוא אקט אינדיבידואלי, צריך להיקבע, מבחינת תכנון 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" (י' ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" (להלן – קלינגהופר [79]), בעמ' 108).

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

ה "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 ואח' נ' שר התחבורה ואח' (להלן – פרשת מיטרני [2]), בעמ' 357).

ז 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 עיריית פתח תקוה ואח' נ' שר החקלאות (להלן – פרשת עיריית פתח תקוה [3]); ע"א 524/88, 525 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח' (להלן – פרשת "פרי העמק" [4]), בעמ' 552). עמד על כך חברי השופט 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, משרד המסחר והתעשייה ואח' (להלן – פרשת שנס' [5]), בעמ' 504).

א

וברוח דומה ציינתי בפרשה אחרת:

"מן הראוי הוא... כי המחוקק הראשי יקבע את ההסדרים הראשיים, וישאיר למחוקק המשנה אך את הקביעה של ההסדרים המשניים. כך ראוי לנהוג בדמוקרטיה חוקתית..." (בג"ץ 5016/96, 5025, 5090, 5434 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח' (להלן – פרשת חורב [6]), בעמ' 75-76).

ב

נכנה זאת הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים.

ג

20. הטעמים המונחים ביסוד כלל בסיסי זה הם שלושה: הטעם הראשון מעוגן בעקרון הפרדת הרשויות (ראו: B. Schwartz *Administrative Law* (להלן – Schwartz [90]), בעמ' 43 וכן: [54], *Mistretta v. United States* (1989) [54], at p. 371). על-פי עיקרון זה, חקיקתם של חוקים הוא תפקידה של הרשות המחוקקת. "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה" (השופט זילברג בע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי [7], בעמ' 819). בישראל מצא עיקרון 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 7א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948) (ראו בג"ץ 3806/93 מנינג ואח' נ' שר המשפטים ואח' [8], בעמ' 425). מכוח עיקרון זה מופקדת סמכות החקיקה בידי הכנסת. עמידה דווקנית על עיקרון זה הייתה 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 [90], בעמ' 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 ואח' [9], בעמ' 105). דבר זה איפשר גם גמישות בהסדרים, ואפשרות של הכנסת שינויים על-פי צורכי הזמן והמקום (ראו ב' ברכה משפט מינהלי (כרך א) (להלן – ברכה משפט מינהלי [73]), בעמ' 82). בצדק ציין

ד

ה

ו

ז

הנשיא א' ברק

פ"ד נב(5) 481

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 ביטחון לאומי, קליטת עליה ובניית המשק, דורשים גם, לטובת הציבור, סמכויות בלתי רגילות" (י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א) (להלן – זמיר הסמכות המינהלית [74]), בעמ' 68). עקרון הפרדת הרשויות הועמד אפוא 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 [75], בעמ' 310). פתרון הדילמה נמצא באמצעים שונים ומגוונים. במסגרתם מונחת התפיסה 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 [78], בעמ' 65). חלקם של האמצעים אינו נוגע לעתירות שלפנינו, ועניינו גישה הדורשת אישור הכנסת לחקיקת משנה (ראו ב' ברכה "חקיקת משנה" [80], בעמ' 413; ב' ברכה "לקראת פיקוח פרלמנטרי על חקיקת-משנה?" (להלן – ברכה, פיקוח פרלמנטרי [81]), בעמ' 392), והרחבת העילות לביקורת שיפוטית על חקיקת המשנה (ראו א' ברק "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" [82], בעמ' 465). בין האמצעים שנמצאו ראויים מצויה גם תפיסה המאפשרת חקיקה של המינהל, אך המגבירה את הפיקוח של הרשות המחוקקת במסגרת החקיקה הראשית עצמה על החקיקה של הרשות המבצעת. במסגרת זו התפתחה הגישה, שלפיה הענקת סמכויות חקיקה לרשות המבצעת מותרת היא, ובלבד שהרשות המחוקקת קובעת את הפרמטרים העקרוניים שבמסגרתם מוסמכת הרשות המבצעת לחוקק. עמד על כך השופט *Rhenquist*, בציניו:

"...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 Union Dept. v. American Petrol. Inst.* (1980) [55], at p. 675).

מכאן הרציונל – המעוגן בתפיסה מודרנית של הפרדת רשויות – המונח ביסוד הכלל, ולפיו חקיקה ראשית, המסמיכה את הרשות המבצעת לפעולות חקיקה או מינהל, צריכה לקבוע את ההסדרים הראשוניים שבגדרם תפעל הרשות המבצעת. "...אם הכנסת הינה 'הרשות המחוקקת', הרי כך הסמכה לחקיקת משנה המבצעת את העקרונות ואמות המידה הבסיסיות (ההסדרים הראשוניים) שנקבעו בדבר החקיקה הראשי, עולה בקנה אחד עם עיקרון זה" (א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (להלן – ברק



הנשיא א' ברק

פ"ד נב(5) 481

פרשנות במשפט [76], בעמ' 528). 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 לידיו האמונות של המינהל הציבורי פוגעת הרשות המחוקקת באורח חמור בעקרון הפרדת הרשויות" (ברכה, פיקוח פרלמנטרי [81], בעמ' 395). ברוח דומה ציין בית- המשפט החוקתי הגרמני:

א

"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) [67] trans. D.P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (191) Kommers – (להלן), at p. 138).

ב

ג

21. הטעם השני לכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים מעוגן בעיקרון של שלטון החוק. זהו עיקרון סבוך, אשר לו היבטים שונים (ראו רובינשטיין [72], בעמ' 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 האינדיווידואליים צריכים לעסוק בהסדרי ביצוע. עמד על כך פרופ' קלינגהופר, בציינו:

ד

"...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...

ה

...שלטון החוק... אינו מרשה למחוקק לוותר לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים, דהיינו, להעביר אליו סמכות זו. כל מסירה של הסמכות האמורה לרשות מינהלית מנוגדת לשלטון החוק. מקום בו שורר שלטון החוק, אין המחוקק חפשי 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,

ו

ז

א

בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי, וכי קביעת אותם הסדרים תהא בסמכותו היחודית של המחוקק ולא תועבר אל שלטונות מינהליים" (קלינגהופר [79], בעמ' 108).

וברוח דומה ציין פרופ' זמיר :

ב

"...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 [78], בעמ' 70).

ג

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

ד

"עקרון שלטון החוק במובנו המהותי מורנו, כי 'הסדרים ראשוניים' חייבים למצוא את מקומם בחוק הכנסת, וכי תקנות לא נועדו, בעיקרן, אלא לביצועם של חוקים בלבד" (פרשת שנסי [5], בעמ' 504).

ואף אני ציינתי באחת הפרשות :

ה

"...עקרון שלטון החוק במובנו המהותי... משמעותו, בין השאר, כי ההסדרים החוקיים יבטיחו איזון ראוי בין זכויות הפרט לבין צורכי הכלל. איזון זה מצדיק, בתחום חקיקת המשנה, כי ההסדרים הראשוניים ייקבעו על-ידי המחוקק הראשי ולא על-ידי מחוקק המשנה..." (פרשת "פרי העמק" [4], בעמ' 553).

ו

גישה זו אינה חדשה. היא עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית-המשפט העליון מקום המדינה. ידועים דבריו של השופט אולשן, אשר ציין :

ז

"...לו היינו מסרבים להזקק לבקשת המבקש היינו מסייעים לכך שעקרון 'שלטון החוק' השולט במדינה ייעשה פלסטר. משמעותו היסודית של עיקרון זה היא, שההגבלות – שאין להמנע מלהטילן על חירות הפרט, כדי שחירות זו לא תהיה עשויה לפגוע בחירות הזולת או באינטרסים של החברה – צריכות להקבע על ידי החוק, כלומר על ידי החברה המשקפת את דעתה בחוקים הנחקקים בבית המחוקקים

המייצג אותה, ולא על ידי השלטון המנהלתי, שתפקידו הוא רק לבצע את הטלת ההגבלות האלה, בהתאם לחוקים הנ"ל" (בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון ואח' [10], בעמ' 411).

א

ובפרשה אחרת ציין השופט אולשן:

"...לפי העקרון של 'שלטון החוק' שומה בעצם על המחוקק לקבוע בחוק ולפרט בו את המקרים בהם יש להעניק או לסרב רישיונות, באופן שלרשות המבצעת יישאר 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 גבי כל מקרה מסויים – 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 [11], בעמ' 702).

ב

ג

ד

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

ה

"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* (1976) [56]).

ו

עמד על כך בית-המשפט החוקתי בגרמניה, בציינו:

ז

"The basic tenets of the rule of law require 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 BVerfGE 274 (1958) [67] Trans. Kommers [91], at p.138).

22. הטעם השלישי לכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים מעוגן בתפיסתה של הדמוקרטיה עצמה (ראו D. Schoenbrod *Power Without Responsibility* [92], at p. 14).  
 "...העיקרון הדמוקרטי" – כתב חברי השופט חשין – "באשר הוא – מחלחל בכל שיטת המשפט בישראל, ומצרף הוא עצמו לצופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט ישראל" (בג"ץ 7351/95, 7523, 7649, 7765, 146/96, 365 נבואני נ' השר לענייני דתות ואח' (להלן – פרשת נבואני [12]), בעמ' 121). טעם זה חופף במידה רבה את שני הטעמים הראשונים – 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 פורמאלית... שבה ההחלטות נופלות על-פי דעת הרוב. דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה מהותית... שבה הרוב אינו רשאי לפגוע בזכויות אדם" (פרשת חורב [6], בעמ' 45).  
 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 ק' קליין "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי" [83]). 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 אפוא מלגיטימיות חברתית בפעולתו זו (ראו ב' אקצין תורת המשטרים [77], בעמ' 238, 244).  
 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, בצינים:

"חקיקת-משנה בענין עקרוני ורב חשיבות, מכוח חוק הסמכה, עלולה להביא עלינו משטר דמוקרטי-פורמלי גרידא. משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי מחייב שחקיקה תיעשה בבית-המחוקקים" (פרשת עיריית פתח-תקוה [3], בעמ' 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* (1967) [57], at p. 276).

א

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:

ב

"...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 Union Dept.* [55], at p. 685, See also *American Textile Mfrs. Inst. v. Donovan* (1981) [58], at p. 543).

ג

ועל אותו רעיון עמד פרופסור Tribe:

ד

"...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 legislative decision making" (L.H. Tribe *American Constitutional Law* [93], at p. 365).

ה

גישה דומה נקט בית-המשפט החוקתי בגרמניה, בציינו כי המחוקק הוא שצריך לקבוע אילו אינטרסים מצדיקים פגיעה בחירות של הפרט. ובית-המשפט הוסיף:

ו

"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

ז

א open issues of community life in the process of determining the public will by weighing the various and sometimes conflicting interests" (33 BVerfGE 125 (1972) [68], at p. 159 trans. by D.P. Currie *The Constitution of the Federal Republic of Germany* ([94] Currie – להלן), at p. 132).

ב ובפרשה אחרת קבע בית-המשפט:

ג "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 (1972) [69] trans. by Kommers [91], at pp. 145, 147).

ד

ה הנה-כ"כ, מאופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר מתבקשת המסקנה כי חקיקת משנה והוראות מינהל של הרשות המבצעת צריכות למצוא את עיגונן – הפורמאלי 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:

ו "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 הכלליים, הקובעים את אורח החיים, ייקבעו דרך כלל בחקיקה ראשית, על-ידי בית הנבחרים, ולא בחקיקה משנית, על-ידי המינהל ציבורי" (י' זמיר

"הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – חקיקת משנה: נוהל והנחיות" (להלן – הנחיות היועץ [83]), בעמ' 345).

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, ויתירה 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 [78], בעמ' 70).

גישה זו – המבקשת לשמור על מעמדה של הכנסת ועל מעמדו של העיקרון 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 ייעשה" (השופט ח' כהן בפרשת עיריית פתח-תקוה [3], בעמ' 833). על-כן, נפסק בבית-משפט זה, מפני חברי השופט ש' לוי, לעניין תקנות שעת חירום, כי "מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על-ידי 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 ואח' [13], בעמ' 322). בדומה ציין השופט ברנזון בפרשה שעניינה היה איסור גידול החזיר בארץ:

"ייתכן 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

א לו לתכליות 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, 105 לזרוביץ ואח' נ' המפקח על המזונות, ירושלים [14], בעמ' 56).

ב 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:

ג “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 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות ואח' (להלן – פרשת מישראל [15]), בעמ' 498).

וברוח דומה ציין חברי השופט חשין באותה פרשה:

ד “...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 ועמהם ישרה. רק על-פי חוק הכנסת – ברמה כלל ארצית – ניתן לכפות מצוות דת...” (שם, בעמ' 507).

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

ו 23. האדן השני שעליו נשענת הדמוקרטיה (המהותית) הוא שלטונם של ערכים, ובהם הערכים של הפרדת רשויות ושלטון החוק שעליהם 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, בצינו 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* (1926) [59], at p. 293).

א

הוא הדין באשר לעיקרון של שלטון החוק. עיקרון זה לא בא אך להבטיח את חוקיות המינהל; הוא בא להגן על חירותו של הפרט. עמד על כך פרופ' קלינגהופר, בציינו:

ב

"לאור ההתפתחות ההיסטורית של שלטון החוק, לא היוותה הדמוקרטיה מטרתו העיקרית של זה, אלא אמצעי להשגת מטרה עיקרית אחרת, והיא: הבטחת חירות הפרט" (קלינגהופר [79], בעמ' 107).

ג

הנהגת כ"כ, 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, רע"א 1908/94, 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח' (להלן – פרשת בנק המזרחי המאוחד [16])). רגישות זו לזכויות האדם מובילה למסקנה כי הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא לא מעבר למידה הדרושה – צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמאלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה. הנהגת כ"כ, 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 [90], בעמ' 61). באחת הפרשות האמריקניות נדון חוק שהסמיך את הרשות המבצעת לתת דרכון לאזרח או לסרב לתתו. 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. כותב השופט Douglas:

ד

ה

ו

ז

“

א 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 functions of the Congress... And if that power is delegated, the standards must be adequate to pass scrutiny by the accepted tests" (*Kent v. Dulles* (1958) [60], at pp. 125, 129; See also *Shuttlesworth v. Birmingham* (1969) [61]).

ב גישה 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.W. Hogg *Constitutional Law of Canada* [95], at p. 862). מכאן, שהענקת הסמכות לפגוע בזכות אדם מוגנת מותרת היא, ובלבד שהיא נעשית במסגרת אמות-מידה הקבועות בחקיקה הראשית. כותבים השופטים *Wilson*, *Lamer*, *Dickson* :

ד "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'" (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec* [1989] [71], at p. 982).

ה וברוח דומה פסק בית-המשפט האירופאי לזכויות האדם (ראו: *The Sunday Times v. The United Kingdom* (1979) [64], at p. 270; *Malone v. United Kingdom* [65], at p. 40; *Leander v. Sweden* (1987) [66]). זו גם גישתו של בית-המשפט החוקתי בגרמניה (ראו Currie [94], בעמ' 132). כותב בית-המשפט החוקתי:

ו "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 (1978) [70], at pp. 126-127).

ז הנה-כ"כ, העיקרון 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 האינדיווידואליים שלו (הסדרים משניים) חייבים לבצע את אמות-המידה העקרוניות הקבועות בחקיקה הראשית. מה הם הסדרים ראשוניים אלה, וכיצד הם נקבעים? לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

א

הסדרים ראשוניים – מה הם?

24. הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים קובע, כפי שראינו, כי חקיקת משנה או אקטים אינדיווידואליים 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 מסוים מחייבת הכרעות עקרוניות, שיש בהן כדי לקבוע דפוסים מהותיים לחיי אדם או חברה, ראוי שההכרעות ייעשו בדבר החקיקה הראשי עצמו. אכן, הסדר ראשוני קיים, מקום שהחוק עצמו קובע עקרונית או אמות-מידה (סטנדרטים) ברמה גבוהה שצריך להגשים אותם 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 את היקף הפגיעה בחירות. כאשר אובייקט ההסדר הוא נושא מורכב, הדורש מומחיות רבה, ניתן לא פעם להסתפק ברמת הפשטה גבוהה (ראו: Currie [94], בעמ' 125; Schwartz [90], בעמ' 42 וכן U. Kischel "Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law" – ([97])).

ב

ג

ד

ה

ו

ז

25. בעניין 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:

א

"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* (1825) [62], at p. 19).

ב

וברוח דומה ציין פרופ' קלינגהופר:

ג

"...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 [79], בעמ' 122).

ד

עמד על כך פרופ' זמיר, בציינו:

ה

"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 צורכי המינהל וטובת הציבור לבין מידת הפגיעה בעקרונות של שלטון החוק" (זמיר, הנחיות היועץ [84], בעמ' 354).

ו

אכן, מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט – כל אלה משפיעים על היקפו של ההסדר הראשוני ועל מידת הפירוט הנדרשת ממנו. זאת ועוד: צורכי המציאות מחייבים פשרה בין העקרונות לבין חיי היום-יום. במשטר דמוקרטי מודרני קשה 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 כדי לגרוע מכוחו ומתוקפו של הכלל הבסיסי, וגם מבחינה מעשית יש גבול לפשרה, ובמקרים מיוחדים וקיצוניים אפשר שהכלל הבסיסי יגבר על

ז

שיקולי יעילות, וראוי יהיה לבטל הסדרים משניים מן הטעם שאין להם יסוד בהסדרים ראשוניים.

א

26. שנית, 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 המאטריה, 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 – שבה 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.C. Aman, W.T. Mayton *Administrative Law* [96], at p. 9; Schwartz [90], at p. 42). עיקר פועלו של 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 [97], at pp. 220-223). אכן, בשיטות המשפט שבהן 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.

ב

ג

ד

ה

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 ופירושם על־ידי בית־משפט זה בפרשת בנק המזרחי המאוחד [16], והשנייה, לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, כפי שפורשו על־ידינו באותה פרשה.

ו

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

ז

המינהל לחקיקת משנה או להוראות מינהל, היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים בלבד (ראו רובינשטיין [72], בעמ' 361). על חזקה פרשנית זו עמדתי, בצייני:

א

"...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 המנהל 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 עיקרון 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 במחשפט [76], בעמ' 528).

ט

זאת ועוד: ביטוי ממשי לחזקה זו ניתן למצוא גם במקרים שבהם 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 לסמכות הממשלה כפי שהיא מוצאת ביטוי בחוק-יסוד: הממשלה – שלטון החוק והדמוקרטיה (הפורמאלית 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 במשרד הפנים ואח' [17], בעמ' 769). עם זאת, תכלית כללית זו עשויה לסגת מקום שבו היא מתנגשת עם תכלית מיוחדת ונוגדת (ראו בג"ץ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח' (להלן – פרשת פורז [18]), בעמ' 329). הכנסת הייתה רשאית אפוא, שלא להתחשב בכלל הבסיסי, ולדחות אותו. היא הייתה מוסמכת להעניק לרשות המבצעת את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. בצדק ציין פרופ' קלינגהופר, כי:

ט

"...בהעדר חוקה, המחוקק הוא כלי-כול, 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 חפשי

לחלוטין, בלי שהחוק יסדירם באופן כלשהוא, אזי לא יהיה בכך כל פגם משפטי" (קלינגהופר [79], בעמ' 117).

א

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, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה (להלן – פרשת אקסל [19]), בעמ' 1531; פרשת עיריית פתח-תקוה [3], בעמ' 831). עמד על כך מ"ח הנשיא השופט שמגר, בצינו:

ב

"...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 משנה. 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 בנושאים מוגדרים..." (פרשת מיטרני [2], בעמ' 357).

ג

ד

המחוקק רשאי היה אפוא 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 [78], בעמ' 70; ברכה משפט מינהלי [73], בעמ' 94. ראו גם "Subordinate Legislation" A. Barak [85]). הנה-כך, החזקה הפרשנית הייתה חזקה הניתנת לסתירה. היא נסתרה בכל אותם המקרים שבהם פרשנות החוק המסמיך – על רקע תכליותיו המיוחדות והחזקות הפרשניות האחרות הנוגעות לעניין – הביאה את בית-המשפט למסקנה, כי תכליתו (הכוללת) של החוק הייתה 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:

ה

ו

ז

"מן הראוי שהנסחים של הצעות חוקים במשרדי הממשלה יתנו דעתם, לגבי כל הצעת חוק, לשאלת היחס הראוי בין חקיקה ראשית לחקיקה משנית.

א 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 [84], בעמ' 346).

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

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

ד 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 הייתה 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:

ו "...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..."

ז ...  
...לאור העדרה 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 האיטור, לפי העניין... (פרשת מיטרני [2], בעמ' 359-358).

א

ב

גישה זו אינה מוגבלת אך לחקיקה ראשית המסמיכה את מחוקק המשנה לפגוע בחופש העיסוק. גישה זו הינה – כפי שנקבע בפרשת מיטרני [2] – בעלת אופי כללי, וחלה בכל מקרה שבו ההסמכה היא לפגיעה בחירויות יסוד של האדם (ראו: פרשת אקסל [19], בעמ' 1531; בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית-שמש [20], בעמ' 268; בג"ץ 124/70 שמש ואח' נ' רשם החברות [21], בעמ' 513; בג"ץ 144/72 ליפבסקי – הליפי נ' שר המשפטים [22], בעמ' 723; בג"ץ 333/85 אביאל ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח' (להלן – פרשת אביאל [23]), בעמ' 600; פרשת "פרי העמק" [4], בעמ' 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 ואח' נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' [24], בעמ' 295; ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' [25], בעמ' 359), בזכות לשויון (ראו בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח' [26], בעמ' 639), ובזכות הקניין (בג"ץ 249/64 ברוך נ' מנהל המכס והבלו ואח' [27], בעמ' 489; פרשת אביאל [23], בעמ' 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 הייתה 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 [2], בעמ' 359-358).

ג

ד

ה

ו

ז

31. התקופה השנייה מתחילה עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ופירושם בפרשת בנק המזרחי המאוחד [16]. 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 [16] וכן: בג"ץ 3914/92 לאה לב ואח' נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו ואח' (להלן – פרשת לב [28]), בעמ' 503; בג"ץ 453/94, 454 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת

פ"ד נב(5) 481  
הנשיא א' ברק  
ישראל ואח' [29], בעמ' 526; בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה [30], בעמ' 362-363; בג"ץ 878, 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח' [31], בעמ' 465; בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת [32], בעמ' 680; בג"ץ 5707, 5706, 5319/97 קוגן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי; זמוטובסקי ואח' נ' מדינת ישראל ואח'; קאופמן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' [33]; בג"ץ 83/95, 1064/94 קומפיוטסט ראשל"צ (1986) בע"מ ואח' נ' שר התחבורה ואח' [34], בעמ' 814-815; ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח ואח' [35], בעמ' 71; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון ואח' [36], בעמ' 110, 131).  
אכן, בעקבות שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם והפירוש שניתן להם בפרשת בנק המזרחי המאוחד [16] התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי (ראה: פ' רדאי "חוקתזציה של דיני העבודה" [86]; ר' בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" [87]; א' יורן "המהפיכה החוקתית במיסוי בישראל" [88]; א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" [89]). זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן (במשרין או בעקיפין) לכל ענפי המשפט (ראה פרשת לב [28], בעמ' 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 [37], בעמ' 421).

ובפרשת בנק המזרחי המאוחד [16] 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 ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות" (שם, בעמ' 447).

שינויים אלה משפיעים על "מעמדו" המשפטי של הכלל הבסיסי, שלפיו ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית. על מלוא היקפם של שינויים אלה אין לנו צורך לעמוד בפסק-דיננו 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 הביטחון 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, שלפיה ההנחה הינה שתכליתו של החוק לא הייתה 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 [16], 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 שבהם 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 לשיקולו של שר הביטחון. 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 שלפיה נשים בכלל, או נשים נשואות, או נשים שטעמים שבהכרה דתית מונעים מהן מלשרת שירות ביטחון, לא תשרתנה בצבא. עניין זה הוא לכנסת, אשר צריכה לקבוע, כחלק מההכרעות החברתיות המוטלות עליה, את עמדת המדינה בעניין זה. אכן, דרך 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 הביטחון. אך עד כמה שהשיקול נועד לפתור בעיה חברתית כללית השנויה במחלוקת ציבורית קשה, הוא צריך להיות מעוגן בהסדר ראשוני שבחקיקה 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, שבהם לא קנתה הרשות המבצעת סמכות לקבל הכרעות עקרוניות בשאלות יסוד המפלגות את החברה הישראלית. יש עניינים כאלה, שבהם ההכרעות צריכות להתקבל בכנסת, תוך שהרשות המבצעת צריכה להסתפק במדיניות לביצוען. מבחינה מעשית, פירוש הדבר, בדרך-כלל, שבית-המשפט נותן פירוש צר לסמכות שהחוק מעניק לרשות המבצעת. כך נוהגים בתי-משפט גם באותן שיטות משפט שבהן לכלל הבסיסי תוקף חוקתי ולא רק תוקף פרשני. כותב Kischel לעניין הגישה המקובלת בארצות-הברית:

“

א

The question whether a delegation is so broad that its constitutionality becomes doubtful, depends first on an interpretation of the exact scope of the statutorily conferred powers. Here, it is of course possible for a court to accept a very broad interpretation, and to then 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 [97], at p. 222).

ב

ג

ד

ה

ו

ז

ורוח דומה נוקטים בתי-המשפט הגרמניים (Kischel [97], בעמ' 232). אף אנו נקטנו גישה זו, תוך אימוץ הילכת *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* (1936), 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 [16], בעמ' 350, 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". בית-משפט זה נוהג על-פי גישה פרשנית זו בפרשו דבר חקיקה (ראו: בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור ואח' [38], בעמ' 810, 814, 815; בג"ץ 8195, 7111/95 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח' [39], בעמ' 496; בג"ץ 3434/96 הופנונג ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח' [40], בעמ' 67; בג"ץ 5503/94 סגל ל' סגל נ' ואח' יושב-ראש הכנסת ואח' [41]; בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ ואח' נ' שר העבודה והרווחה [42]). כמוכן, ניתן יהא לנקוט גישה 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 הביטחון (שירות סדיר או שירות מילואים). הוא קובע את היקף החובה ואת דרכי הגשתה. בצד הוראות אלה קבועה סמכותו של שר הביטחון לדחות שירות ביטחון או לפטור ממנו. הוא רשאי לעשות כן:

"... מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות

הבטחונות או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים..." (סעיף 36 לחוק שירות בטחון).

א

האם רשאי שר הביטחון לעשות שימוש בסמכותו זו, ולדחות את שירות הביטחון של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" בהיקף ובמידה שאליהם הגענו כיום? שאלה זו עניינה בחלוקת הסמכויות בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת, והיא מתמקדת בשאלה אם קביעת העקרונות ואמות-המידה המכריעים בשאלה החברתית בדבר דחיית שירותם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם", לא צריכה להיקבע על-ידי הרשות המחוקקת עצמה, כחלק מההסדרים הראשוניים שעליה לקבוע.

ב

33. שאלה זו אינה חדשה עמנו. עמד עליה הנשיא לנדוי בעתירה הנוגעת לדחיית גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" ושקדמה לפרשת רסלר [1]. הנשיא לנדוי – בגדר בקשה לדיון נוסף – העמיד את השאלה אם "הענין דנן היה טעון... הכרעה בחוק מפורש, אחרי דיון ממצה בכנסת, ואין להכריע בו בהחלטה מינהלית של שר הביטחון ואף לא בהחלטת הממשלה כרשות המבצעת, לשם ביצוע ההסכם הקואליציוני". הוא ציין, כי "זו... טענה, שלדעתי ראויה היתה להישמע" (ד"נ 2/82 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, מר אריאל שרון [43], בעמ' 711-712). היא לא הוכרעה על-ידיו, שכן היא לא נידונה בפסק-הדין נושא העתירה לדיון הנוסף והיא לא נכללה בבקשה לדיון נוסף.

ג

ד

34. בפרשת רסלר [1] 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 [1], בעמ' 502). הוספתי בפסק-דיני, כי:

ה

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

ו

עם זאת הדגשתי כי "אין אני סבור, כי ניתן לומר, שהימנעותה של הכנסת מלקבוע ההסדרים הראשוניים והימנעותה מהטלת פיקוח על הסדריו של שר הביטחון, משמעותן שלילתה של אותה הסמכה כללית" (שם). הדגשתי כי "משקבע המחוקק, כי 'מטעמים אחרים' עשויים לשמש עילה לדחיית שירות ביטחון, ממילא הסמך בכך את שר הביטחון לקבוע, מה הם טעמים אחרים אלה" (שם). ציינתי, כי "הטעמים האחרים" אינם קשורים בטעמי ביטחון דווקא, והם משתרעים גם על טעם לא בטחוני. בין אלה

ז

נכללים, לדעתי, גם טעמים שבדת... (שם, בעמ' 502-503). בפרשה מאוחרת יותר הזכרתי את פרשת רסלר [1], תוך שציינתי:

א

"רבים הם העניינים בחיינו, שבעבר הוסדרו בחקיקת משנה, ושמן הראוי להסדירם בחקיקה ראשית. די אם אזכיר את שאלת הגיוס של בחורי הישיבה לצבא. נטען בפנינו, בעניין אחרון זה, כי עניין חשוב הוא, ומן הראוי שיוסדר בחקיקה הראשית. הסכמנו לכך. עם זאת קבענו, כי היעדר קיומם של הסדרים ראשוניים בחקיקה הראשית אינו פוסל את חקיקת המשנה בעניין זה..." (פרשת חורב [6], בעמ' 76).

ב

הנה-כיי-כן, הדין בעניין זה נפסק בעבר. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם הנסיבות החדשות – בין אלה העובדתיות (שעניינן הגידול במספר תלמידי ישיבה ששירותם נדחה והרחבת היקף הזכאים לדחייה), ובין אלה המשפטיות (חזוק כוחו הפרשני של הכלל הבסיסי) – מצדיקות מסקנה שונה. הדגשנו בפרשת רסלר [1] (לעניין סבירות החלטתו של שר הביטחון) כי "הכמות עושה איכות" (שם, בעמ' 505). כיצד משפיעים כל אלה על השאלה הניצבת עתה לפנינו? לבחינתה של שאלה זו אעבור עתה.

ג

ד

35. נקודת המוצא שלי הינה – בעקבות פסק-הדין בפרשת רסלר [1] – כי הסמכות הנתונה לשר הביטחון לדחות את שירות הביטחון בשל "טעמים אחרים", כוללת בחובה גם את הסמכות לדחות את שירות הביטחון 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 הביטחון באשר להסדרים הראשוניים. במסגרת פרשנותה של הוראה זו כיום, מקובל עליו כי עקרונית, שר הביטחון 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 שאותם צריך שר הביטחון להביא בחשבון. בעניין זה מתבקשת המסקנה הפרשנית, כי היקף שיקול-דעתו של שר הביטחון 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 אופייה המיוחד של שאלת גיוסם של בחורי הישיבה ש"תורתם אומנותם", ההכרעה העקרונית בה צריכה להיעשות על-ידי בית הנבחרים, ולא על-ידי שר הביטחון. שיקול-דעתו של שר הביטחון צריך להיות מופעל בסוגיות הפרטניות, במסגרת ההכרעה העקרונית שנתקבלה על-ידי הכנסת.

ה

ו

ז

א 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 [1], בציני:

ב "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, בעמ' 505).

ג הקרע אינו אך אידאולוגי. הוא קשור בהתנגשות בין זכויות אדם, בינן לבין עצמן. מחד גיסא עומד עקרון השוויון, שעל-פיו צריכים כל בני החברה לתרום באופן שווה לביטחונה. המצב הקיים, שבו חלקים ניכרים אינם מסכנים את חייהם למען ביטחון 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 ואח' [44], בעמ' 698). זהו עיקרון "...השלוש ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" (השופט שמגר בבג"ץ 114/78, המ' 451/78, 510 בורקאן נ' שר האוצר ואח' [45], בעמ' 806). בצדק ציין המשנה לנשיא השופט אלון, כי:

ה "...העיקרון של שוויון זכויות וחובות לכל אזרחיה של מדינת ישראל הוא ממהותה ומאופיה של מדינת ישראל" (ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה ואח' [46], בעמ' 272; ראו גם פסק-דין בבג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח' [47]).

ובפרשה אחרת ציינתי:

ד "...השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית, אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו...". הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידועו 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 פרוז [18], בעמ' 332).

א

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 [6]).

ב

37. שאלת גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" אינה אך בעיה אידאולוגית שזכויות האדם מתנגשות בה. זו הפכה להיות בישראל לבעיה חברתית ממדרגה ראשונה. תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם", המקבלים דחייה של שירותם הצבאי, אינם רשאים לעבוד. האמצעים העומדים לרשותם – ולרשות משפחותיהם – הם דלים. העוני הוא נחלתם. אין הם משתלבים במעגל העבודה. גם אלה שנושרים מהסדר אינם נקלטים בשוק העבודה, שכן חוששים הם מגיוסם לצבא, והבטלה היא אם כל חטאת. נוצרת אוכלוסיה שלמה שאינה משתלבת בשוק העבודה והמגבירה את העוני ואת התלות בהקצבות הבאות מהמדינה ומגורמים פרטיים. נוצרת אפוא בעיה חברתית ממדרגה ראשונה.

ד

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 שעליהם 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 דרך דומה? והאין אפשרות להגביר את היעילות על-ידי הכנתן של מסגרות מיוחדות לתלמידי ישיבה? האם כדאי מאמץ זה בהתחשב באורח חייהם של תלמידי הישיבות?

ה

ו

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 [15], בעמ' 498); רק כך ניתן יהיה "...לבחון את הסוגיה על כל היבטיה, תוך בדיקה של האלטרנטיבות השונות" (בג"ץ 373, 391, 370, 355/79 קטלן ואח' נ')

ז



הנשיא א' ברק

פ"ד נב(5) 481

שירות בתי הסוהר ואח' [48], בעמ' 303). אכן, אל לה לכנסת להעביר את ה-"buck" לשר הביטחון. עליה להכריע בשאלה כדין. כך פועלת שיטת משפט הנאמנה להפרדת הרשויות, המקיימת שלטון חוק, ושהשיקול הדמוקרטי הוא חלק מה"צופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט ישראל" (חברי השופט חשין בפרשת נבואני [12], בעמ' 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 ההסדרים החברתיים.

א

ב

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

ג

ד

41. האם מתיישבת מסקנתנו זו עם פסק-דיננו בפרשת רסלר [1]? דומה בעיניי שהתשובה היא בחיוב. הדגשנו בפרשת רסלר [1] כי "הכמות עושה איכות" (שם, בעמ' 505). מאז פסק-דיננו בפרשת רסלר [1] גדל היקפו של ההסדר, עד שהוא הפך לבעיה לאומית. הוא לא הוצג בפנינו בתור שכזה בפרשת רסלר [1]. עיקר מעייננו בפרשת רסלר [1] היו בעיות המעמד והשפיטות. גופה של הבעיה בדבר גיוס תלמידי הישיבה לא הוצג בפנינו כבעיה לאומית בעלת דחיפות ממדרגה ראשונה. מאז פרשת רסלר [1] גדל מספרם של תלמידי ישיבה ששירותם הצבאי נדחה. שיעור יוצאי הצבא ששירותם נדחה מטעם זה מכלל המתגייסים הלך וגדל. המגמה נמצאת בעלייה, ויש בסיס להניח כי היא תמשיך כך בעתיד. גם סוג יוצאי הצבא המקבלים דחיית שירות השתנה במובנים מסוימים. 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, שממנה הוא מתפרנס, היא תורתו. בשלב מסוים, הופכת הכמות הגדולה החלה על סוגים נרחבים של יוצאי צבא לאיכות שונה. זאת ועוד: מאז פסק-דיננו בפרשת רסלר [1] חל שינוי מהותי בתפיסתנו את המבנה החוקתי שלנו. הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים התחזק, והדבר משפיע על פרשנותה

ה

ו

ז

הנשיא א' ברק

פ"ד נב(5) 481

אל של הסמכות שהוענקה בחוק שירות בטחון לשר הביטחון ועל הבנתה של הפסיקה שפירשה סמכות זאת. עוצמתו של הכלל הבסיסי גברה, ועמה המשקל הפרשני שיש לתת לו בפרשנות סמכותו של שר הביטחון. כל אלה מהווים "נסיבות חדשות" המצדיקות פרשנות חדשה לסמכות הישנה. אך יהא 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 ישיבה ש"תורתם אומנותם" המקבלים דחיית שירות צבאי, ולימים פטור משירות צבאי; על רקע הקרע בחברה הישראלית בשאלת דחיית גיוסם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם"; על בסיס הבעיות המשפטיות והרקע האידאולוגי והחברתי הקשה שבבסיסן, ולאור הצורך לתת להן פתרון לאומי כולל, נדרשת מעורבותה של הכנסת למצוא פתרון לבעיה קשה זו.

ג 42. הגענו למסקנה כי דחיית שירותם של בחורי ישיבה ש"תורתם אומנותם" כפי שהיא נעשית על-ידי שר הביטחון, אינה כדין. לאור מסקנתנו זו אין לנו צורך לנקוט עמדה באשר לאופן השימוש בשיקול-הדעת של שר הביטחון. נציין אך זאת, כי שיקול-דעתו של שר הביטחון, כפי שעלה מהתשתית העובדתית שהונחה בפנינו, הוא בעייתי: הן מבחינת הספק הקיים אם אמנם השיקול הביטחוני היה השיקול הדומיננטי; הן מבחינת החשש כי בשל הגידול הרב במקבלי דחיות שירות, ובשל הצטרפותן של קטגוריות חדשות של מקבלי דחיות שירות, נפרץ מיתחם הסבירות, מבחינת "הכמות עושה איכות" (פרשת רטלר [1], בעמ' 505) והן מבחינת המשקל שראוי היה לתת – ולא ניתן – לעקרונות השוויון. אך כאמור, כיוון שהחלטנו כי אין בידי שר הביטחון סמכות לקבל הכרעה עקרונית בסוגיה זאת, אין צורך שנעסיק עצמנו בשאלה אם שיקול-הדעת של שר הביטחון הופעל כדין.

הסעד

ך 43. מסקנתנו הינה, כי על-פי המצב כיום, שר הביטחון 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 אפוא שלא כדין. בהתאם לכך, ההחלטות המתקבלות על-ידי שר הביטחון 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 הביטחון 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 בן 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, ובה קבענו:

א

"סמכותנו להשעות את מועד כניסתה לתוקף של הצהרת בטלות מבוססת היטב... סמכות דומה נתונה, במשפט המשווה, לבית-משפט המצהיר על בטלותה של חקיקה ראשית..."

...

ב

דין דומה חל בישראל. למותר לציין, כי בית-המשפט יעשה שימוש בסמכות ההשעיה הנתונה לו רק במקרים מיוחדים המצדיקים זאת" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח' [49], בעמ' 416).

ג

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

לפיכך הוחלט כאמור בסעיף 43 לפסק-הדין.

ד

המשנה לנשיא ש' לוין

אני מסכים.

ה

השופט ת' אור

אני מסכים.

ו

השופט א' מצא

אני מסכים.

ז

השופט י' זמיר

אני מסכים.

- א השופטת ד' דורנר  
אני מסכימה.
- ב השופט י' טירקל  
אני מסכים.
- ג השופטת ד' ביניש  
אני מסכימה.
- ד השופט י' אנגלרד  
אני מסכים.
- ה השופט מ' חשין
- ו 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 שכמי אחרים? האומנם כך נכון וראוי בחברה שהכול אמורים להיות בה ערבים זה-בזה? רבים לא השלימו עם חיזיון יחיד-ומיוחד זה, וכך נתגלגלה החבילה אל פתחו של בית-המשפט הגבוה לצדק. למצער חמש פעמים נדרש בית-המשפט לעתירות בנושא הדחייה-פטור לבני-ישיבות, וחמש פעמים הושבו פניהם של עותרים ריקם.
- ז 2. בראשית עלה העניין לפני בית-המשפט בבג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון ואח' (פרשת בקר [50]). אותה עת – על-פי הנטען בעתירה – שוחררו משירות צבאי 5,000 בני-ישיבה. בקשת העותר הייתה כי ישוחרר אף-הוא מחלק מתקופת שירותו-שלו, כדי החלק שהוסף על שירותו בשל שחרורם 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

השופט מ' חשין

פ"ד נב(5) 481

היעדר מעמד לעותר ובשל אי-שפיטות הנושא. השופט ויתקון אפיין את העתירה כעתירה "ציבורית (קולקטיבית)", ומטעם זה, כך החליט, אין מקום להידרש לה. בין השאר אמר השופט ויתקון (בעמ' 247) כי על בית-המשפט להיזהר "...מלהיגרר לוויכוח 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 י' פהן 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" (שם, בעמ' 249).

א

ב

אודה ואתוודה: גם לעת שניתן היה פסק-דין זה מדרש פליאה בעיניי. האמירה כי הנושא הוא "בעל צביון פוליטי מובהק" וכי מטעם זה ראוי לו לבית-המשפט לרחוק ממנו, קשתה עליי בזמנו וקשה היא עליי אף כיום. וכי שירות בצה"ל הוא נושא "פוליטי"? הסבר 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 "צביונו" של הנושא – צביון פוליטי או צביון שאינו פוליטי – היה משתנה אך בשל מספר הזוכים בפטור-דחייה? אשר להנמקתו (הנוספת) של השופט פהן – לעניין שמירת הגחלת – אומר: על יסוד הנחה שהשופט פהן צדק בדבריו, וכי משימה לאומית אמנם הוטלה עלינו לשקם ולהעמיד על תלם מרכזי-לימוד תורה שאבדו: האם לא ראוי היה להוסיף ולבדוק אם נכון היה לזכות בני-ישיבה כה רבים – 5,000 במספר – בפטור-דחייה? האם לא ראוי היה, למצער, 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.

ג

ד

ה

3. שאלת הדחייה-פטור לבני-ישיבות שבה ועלתה לפני בית-המשפט בבג"ץ 448/81 רסלד ואח' נ' שר הביטחון, מר אריאל שרון [51], ושוב הושבו פניו של העותר ריקם. בית-המשפט הסתמך על פסק-הדין שניתן בפרשת בקר [50], והחליט לשלח את העותר לביתו על סמך אותם טעמים שבקר שולח לביתו-שלו. ובלשונו של מ"מ הנשיא השופט פהן: "לדעתי לא הצליחו העותרים לבסס זכות עמידה, אשר מצדיקה דיון בבית-משפט זה בנושא שעל-פניו נראה כבלתי-שפיט" (שם, בעמ' 86). מ"מ הנשיא פהן 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):

ו

ז

א "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".

ב

עוד אמר מ"מ הנשיא פהן, כי:

ג "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, בעמ' 89).

ד

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

ה

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 – האומנם 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? האומנם אין כל צד משפטי אמיתי לעשייתו של שר הביטחון? פסק-דין זה בבג"ץ 448/81 (פרשת רסלר הנ"ל [51]) ניתן בסוף חודש דצמבר 1981, וכולנו ידענו כי לא חלפו אלא כשישה חודשים, ובני-גילם של בני-הישיבות יצאו למלחמה. וחלק מהם לא שבו לביתם.

ז

השופט מ' חשין

פ"ד נב(5) 481

4. העותרים בפרשת רסלר הנ"ל [51] לא אמרו די וביקשו עריכתו של דיון נוסף: ד"נ 2/82 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, מר אריאל שרון [43]. בהחלטתו של הנשיא לנדוי נושבת לראשונה רוח חדשה. ראשית לכול, 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. עם זאת, רואה הנשיא לנדוי לדחות את העתירה מטעמי אי-שפיות, הגם שעושה הוא זאת באי-רצון בולט. לבסוף מזכיר הנשיא לנדוי טענה שהועלתה לפניו, ולפיה נושא הדחייה-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, בעמ' 711-712). על טענה זו אומר הנשיא לנדוי כי לדעתו "ראויה היתה 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 [52]. ואולם, גם עתירה זו נדחתה מן הטעם של היעדר מעמד לעותרים.

6. כך הגענו אל פרשת רסלר הבאה, והיא: בג"ץ 910/86 (פרשת רסלר האחרונה [1]). זו הפעם קבע בית-המשפט כי לעותרים זכות-מעמד, וכי שאלת הדחייה-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 דחייה-פטור לבני-ישיבות, ושניים, כי שיקול-דעתו של שר הביטחון לא חרג ממיתחם הסבירות. אותה עת זכו בדחייה-פטור למעלה מ-17,000 בני-ישיבות – נזכור כי כש-עשרה שנים קודם לכן, בפרשת בקר [50], דובר על 5,000 בני-ישיבות, וכי כחמש שנים קודם לכן זכו בדחייה-פטור 11,500 בני-ישיבה – אך בית-המשפט סבר כי מספר זה של משוחררים משירות אינו חורג מן המיתחם שהחוק הקצה לשיקול-דעתו של שר הביטחון. 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 בטחון] [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 – מ' ח' [שיקול 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".

א

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".

ב

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.

ג

...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".

ד

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 שלפיו מוסמך הוא שר הביטחון לפטור למעלה מ־17,000 צעירים משירות בצבא. האומנם ראוי כי יינתן כוח כה־רב בידי של אדם אחד – שר הביטחון – ולו על דעת הממשלה או אף על־פי ציוויה של הממשלה? האם פירוש לחוק שלפיו הוענקה סמכות כה מרחיקת־לכת לשר הביטחון עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשונים בדמוקרטיה פרלמנטרית, אם תרצה: במדינה יהודית־דמוקרטית? שאלה זו ליוותה ומלווה אותי – מלווה ואינה מְרַפָּה – מאז אותם ימים. שמא אומר מאז ימי פרשת בקר [50].

ה

על הסדרים ראשוניים ועל פירוש חוק

ו

7. חברי הנשיא קובע כי במסגרת־חברתית שבה שורר שלטון החוק במובנו המהותי; במערכת־חברתית שבה סמכויות ממשל וכפייה נחלקות בין רשות מחוקקת לרשות מבצעת; בחברה שבה זכויות־אדם צועדות בראש; בכל מערכות־חברה ושלטון

ז



אלו, מושכלות ראשונים יורו אותנו – בלשון חד-משמעית – כי פטור כה-נרחב פָּזָה הניתן לבני-ישיבה חייב שייעשה בחוק. אני מסכים ללא היסוס לדברי חברי.

א

על צדי שלי אוסיף, כי מסקנה זו – היונקת משורשי החברה והמשטר במקומנו – נדרשת גם מחוק שירות בטחון, תש"ט-1949 עצמו מאז היותו (כיום: חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986) ומהתשתית המשפטית שעליה הוא מונח. על שני אלה נשען (לענייננו) חוק שירות בטחון [נוסח משולב]: 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. לעניין כל אלה קובע סעיף 36 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], וזו לשונו:

ב

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 –

ג

"סמכות לפטור משירות ולדחות שירות

ד

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

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

ה

(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."

ו

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

ז

נוסיף 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 הביטחון, ראש המטה הכללי, סגן ראש המטה הכללי, ראש אג"ם, ראש אגף כוח אדם, סגן ראש אגף כוח אדם, ראש חטיבת תכנון 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 לשכת גיוס אזורית, 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 בי"פ (תשנ"ח) 202 (מיום 4.11.1997).

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 מסים, לעולם לא היינו מסכימים – אף לא היה עולה על דעת איש – כי יבוא מכוחה של חקיקת-משנה, ויהא מחוקק המשנה נעלה ככל-שיהא (איננו מדברים, כמובן, בחקיקת-חירום). אכן, משנתברר לה כי נפלה לאקוֹנָה באשר לחובתם של יוצאי-צבא לשרת שירות סדיר בן שלושים ושישה חודשים, נתעשתה הכנסת, תיקנה את חוק שירות בטחון [נוסח משולב], וקבעה בגופו חובת שירות סדיר בן שלושים ושישה חודשים. ראו: חוק שירות ביטחון (הוראת שעה), תשנ"ה-1995; הצעת חוק שירות בטחון (תיקון מס' 6), תשנ"ד-1994; חוק שירות ביטחון (הוראת שעה) (תיקון), תשנ"ז-1997; 'א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך ב) [72], בעמ' 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 תמצא לנו בהוראת סעיף 40 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], 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 בטחון [נוסח משולב] "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.

א

9. 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 מקצתו – 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 אפוא הכנסת, גזרה מכוּחה 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 מכוּחה הנורמטיבי לתופשי־שררה אלה ואחרים. פירוש זה לחוק בוודאי אינו מתקבל על הדעת.

ב

ג

10. שר הביטחון דהאידינא – הוא הדין בכל שרי הביטחון מאז שנת 1977, קרא: ממשלות ישראל מאז שנת 1977 – לא הקפיד לנוע בגדרי הסמכות שהוענקה לו. תחת אשר ייתן – הוא ושלוחיו – 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.

ד

כשם שסמכות לצוות צווים כלליים אינה כוללת סמכות לצוות צווים אינדיווידואליים, כן סמכות לצוות צווים אינדיווידואליים אינה כוללת סמכות לצוות צווים כלליים. אמרנו על כך ברע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין ואח' [53], בעמ' 510:

ה

"...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 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

ו

ז

א 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."

ב 11. כללם של דברים: בקרבנו מבטנו אל הסדר הפטור-דחייה הניתנים לבני-ישיבה כיום, המסקנה הנדרשת הינה אחת ויחידה, לאמור: בני-ישיבה זוכים למעשה בפטור-דחייה אוטומטיים ובלבד שתורתם היא אומנותם (איננו מדברים עתה בפיקוח הלוקה על שמירת תנאי זה שהוא תנאי-בלעדיו-אין לפטור-דחייה). פטור-דחייה אלה זוכים לברכתו 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.

ג כשם ששר הביטחון לא קנה סמכויות לפטור "חקלאים" משירות סדיר או משירות מילואים, כן לא קנה סמכות לעשות את הסדר הדחייה-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-דחייה. הסדר הפטור-דחייה פועל כמו-מעצמו, כחי זה הנושא את עצמו ואשר אינו נדרש כלל לזולתו. בעשותו כן חורג השר הרחק אל-מעבר לסמכות שניתנה לו.

ד 12. נאמר אפוא זאת, כי פטור "אוניברסלי", פטור נורמטיבי משירות בצבא חייב למצוא מקומו בחוק, וכי חוק שירות בטחון [נוסח משולב] אינו נותן כוח בידי שר הביטחון לפטור בני-ישיבה משירות בצבא אך כאשר בני-ישיבה הם.

כמות ואיכות

ה 13. חברי הנשיא אומר כי הכמות עושה איכות, ומסתבר מדבריו כי מאז פרשת רסלר האחרונה [1] 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 דחייה-פטור שניתנו ל-17,000 בני-ישיבה – כפי שנגלה לעיני בית-המשפט בפרשת רסלר האחרונה [1] – היו רב למעלה-מן-המידה. ואולם גם אם אמרנו אחרת, בוודאי כך הוא כיום, שמדברים אנו בכ-29,000 בני-ישיבה הזוכים לפטור-דחייה.

השופט מ' חשין

פ"ד נב(5) 481

14. נבהיר ונפרש: לא אמרנו – אף לא נאמר – כי לימוד בישיבה אינו נימוק ראוי למתן דחיית שירות. כך נפסק בפרשת רסלר האחרונה [1], והדברים מקובלים עלינו במלואם. כך דין גם אם יוחלט על דחיית שירות לצורך לימוד מחשבים, הנדסה או כל מקצוע אחר שייראה חשוב לצבא ולמדינה. בשניים אלה מצאנו קושי בענייננו (קושי ענייני, בנוסף לקושי המשפטי-המהותי): אחד, בכך שמספר הדחיות לא הוגבל, לא מראש ולא בדיעבד, עד שתפח והגיע לממדיו כיום, ושניים, בכך שהדחיות הפכו והופכות, למעשה, לפטורים. פירוש תורת-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-דחייה 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.

א

ב

ג

לעתיד לבוא

15. אשר לעתיד לבוא: חקיקת משנה אין בכוחה לפטור בני-ישיבה באורח נורמטיבי משירות בצבא. על כך הסכמנו כולנו. כשאני לעצמי, לא אכריע בשאלה – אשר לא נדרשנו להכריע בה – אם אף בכוחו של חוק הכנסת לפטור בני-ישיבה משירות בצבא. יימצאו 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 בע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 (פרשת בנק המזרחי המאוחד [16]), בעמ' 526-547. פיקוח נפש, כידוע, דוחה שבת (שבת, קלב, א [א]). יש אומרים שאף ספק פיקוח נפש דוחה שבת (ירושלמי, יומא, ח, ה [ב]). נזכור כי ענייננו שלנו הוא בפיקוח נפש – לא פחות.

ד

ה

השופטת ט' שטרסברג-כהן

אני מצטרפת לפסק-דינו של חברי הנשיא וכן להערותיו של חברי השופט חשין.

ו

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ' בכסלו תשנ"ט (9.12.1998).

ז

\* משפט חוקתי – הפרדת רשויות – יישומה

הכלל שלפיו הסדרים ראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית בלבד – ככלל פרשני המשפיע על פרשנות היקף הסמכות לקבוע הסדרים משניים – מעמד הכלל לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים בדבר זכויות האדם.

\* שלטון החוק – הסדרים ראשוניים ומשניים

הכלל שלפיו הסדרים ראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית בלבד – ככלל פרשני המשפיע על פרשנות היקף הסמכות לקבוע הסדרים משניים – מעמד הכלל לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים בדבר זכויות האדם.

\* משפט מינהלי – חקיקת משנה – הסדרים ראשוניים ומשניים

הכלל שלפיו הסדרים ראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית בלבד – ככלל פרשני המשפיע על פרשנות היקף הסמכות לקבוע הסדרים משניים – מעמד הכלל לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים בדבר זכויות האדם.

\* צווים אישיים

האם הסמכות לתת צווים אישיים כוללת גם את הסמכות לקבוע צווים כלליים.

\* פגמים בשיקול-הדעת – הפליה

אי-סבירות – שיקול-דעת של שר הביטחון בהפעלת סמכותו לדחות שירותם הצבאי של תלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם".

\* צבא – שירות ביטחון – גיוס תלמידי ישיבות

סמכות שר הביטחון לדחות את שירותם הצבאי של תלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם" – שיקול-דעת שר הביטחון בהפעלת סמכותו – ההכרח כי זחיית הגיוס תוסדר בחקיקה ראשית.