

בג"צ מס' 448/81

1. יהודה רסלר, עו"ד
2. יחיאל יבלונסקי, עו"ד
3. ישראל ליבנה, עו"ד
4. דרעי רחל
נגד
שר הביטחון, מר אריאל שרון

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[23.12.81, 7.9.81]

לפני מ"מ הנשיא י' כהן והשופטים ד' לוין

י' כהן חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשי"ט-1959, ס"ח 286, סעיף 28(הוחלף: ס"ח תשל"א 148) - הצעת חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), תשל"ל-1970, ה"ח 276, סעיף 13 - חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), תשל"א-1971, ס"ח 148.

מיני-רציו:

- * משפט מינהלי – בגץ – זכות עמידה
- * משפט מינהלי – בגץ – שפיטות
- * צבא – שירות בטחון – גיוס תלמידי ישיבות

העותרים הם חיילי מילואים בצה"ל. בעתירתם הם מבקשים לצוות על המשיב להימנע מלדחות את שירותם הסדיר של תלמידי ישיבות וכן להימנע מליישם סעיפים מתוך ההסכם הקואליציוני, שנחתם עם אגודת ישראל, הדנים בשחרור ופטור מצה"ל של בעלי תשובה ושל מי שתורתם אומנותם. העותרים טוענים, כי גיוס כל אותם האנשים יקל על נטל המילואים הרובץ עליהם. הדיון בעתירה נסב בשאלת זכות עמדתם של העותרים ובשאלת השפיטות של עתירתם.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) ההלכה, שנפסקה בבג"צ 40/70 [1], לא נס ליחה ולא פג טעמה, אם כי מאז ניתנו פסקי-דין לא מעטים בבג"צ בנושא זכות העמידה ועניין השפיטות הקשור בו.
- (2) אף מי שמצדד במבחן האמפירי והגמיש, השואף להרחבת זכות עמידה, אינו גורס קיומה של תביעה ציבורית (actio popularis) ללא כל סיג.
- ב. השאלה, אם יש או אין לגייס תלמידי ישיבות, היא ביסודה בעיה ציבורית, שיש להשאיר את פתרונה בידי הגורמים הפוליטיים, שמתפקידם להכריע בעניין זה.
- ג. סעיף 28 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשי"ט-1959, הקנה למשיב סמכות ושיקול-דעת רחבים ביותר לפטור משירות ולדחות שירות.
- ד. בעתירה דנן בולטת המגמה לגרור את בג"צ 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.

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 40/70 בקר נגד שר הביטחון ואחרים, פ"ד כד(1) 238.
- [2] בג"צ 840/79 (המ' 830/79, 860) מרכז הקבלנים והבונינים בישראל ואח' נגד ממשלת ישראל, ואח' פ"ד לד(3) 730.
- [3] בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429.
- [4] בג"צ 119/80 (המ' 224/80) הכהן, עורך-דין, נגד ממשלת ישראל, פ"ד לד(4) 281.
- [5] בג"צ 1/81 שירן ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(3) 365.
- [6] בג"צ 26/76 בר-שלום, עו"ד, נגד מ' זורע, מנהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד לא(1) 796.
- [7] בג"צ 65/51 ז'בוטינסקי ואח' נגד נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 5 801 פ"ע ד 399.
- [8] בג"צ 28/55 אקסלרוד נגד שר הפנים בממשלת ישראל, פ"ע יח 465.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [9]. 186U.s . 360Baker et. Al. V. Carret al (1962).
- [10]. 486U.s . 395Pawell et al. V. McCormack et al (1969).

הערות:

לזכות עמידתו של עותר בתביעות ציבוריות, ראה גם: בג"צ 563/75 רסלר נגד שר האוצר ואח', פ"ד ל(2) 337; צ' ברנזון, "על בית המשפט הגבוה לצדק, היקף סמכותו וזכות העמידה בו", הפרקליט לא (תשל"ז) 194; (1976detroit) y. Zemach, political questions in the courts עתירה למתן צו-על-תנאי. העתירה נדחתה.

י' רסלר - בשם העותרים.

פסק-דין

מ"מ הנשיא י' כהן: 1. בעתירה המתוקנת מבקשים ארבעת העותרים, שיוצא צו-על-תנאי לפיו על המשיב ליתן טעם, מדוע לא יאסור עליו בית המשפט לישם את סעיפי ההסכם שבינו לבין אגודת ישראל כמפורט בסעיפים 7, 18 ו-10 של אותו הסכם (נספח "א" לעתירה), וכן, מדוע לא יימנע המשיב מלדחות את שירותם הסדיר של תלמידי ישיבות בצה"ל. כמו כן מבקשים העותרים, שיינתן צו למשיב לקרוא לתלמידים אלה להתייצבות, לרישום ולבדיקות לשירות סדיר ככל יתר יוצאי צבא בישראל. העותרים הם ארבעה אנשי מילואים, יוצאי צבא, שאחד מהם משרת במילואים בפרקליטות הצבאית, אחד ביחידת שדה ואחד ביחידת שיריון. העתירה נתמכת - בנוסף לתצהיר של העותר הראשון - בשני תצהירים. תצהיר אחד ניתן על-ידי מר משה ברוך אשר השתחרר

משירות סדיר בצה"ל בשנת 1977 בדרגת אלוף-משנה. לפי הנאמר בתצהיר זה, בזמן שירותו מילא מר ברוך תפקידים שונים באגף כוח אדם. הוא נתבקש אחרי מלחמת יום הכיפורים על-ידי ראש אג"מ להצביע על משאבים פוטנציאליים של כוח אדם בצה"ל, והסתבר לו אחרי בדיקה, שאילו גויסו כל תלמידי הישיבות לצבא על-פי הקריטריונים החלים על האחרים, היה מקור זה של כוח אדם מוסיף אוגדה סדירה לצה"ל. חוות-דעת בעניין זה הוצגה בפני שר הביטחון. בתצהירו של מר ברוך נאמר עוד, שאין לו כל ספק, שגיוס תלמידי ישיבות היה מביא להפחתה משמעותית של נטל שירות המילואים של כלל חיילי המילואים ושל העותרים כפרטים. תצהיר שני, שגם בו נאמר, שאם תלמידי הישיבות יגויסו לשירות סדיר ומילואים, יופחת על-ידי כך מספר ימי המילואים של כלל אנשי המילואים ושל העותרים בפרט, ניתן על-ידי מר מאיר פעיל, שסיים את שירותו בצה"ל בדרגת אלוף-משנה.

אחרי הגשת העתירה המקורית ולפני הגשת העתירה המתוקנת פנה העותר הראשון, המייצג גם את יתר העותרים בעתירה זו, לשר הביטחון, העלה בפניו בכתב את טענותיו נגד ההסדרים שנעשו בקשר לדחיית שירות צבאי של תלמידי ישיבות, וביקש ממנו תשובה, אם בדעתו לשקול מחדש הסדרים אלה. בתשובה למכתב זה הומצא לעותר הראשון מכתב של שר הביטחון לסיעת אגודת ישראל בכנסת - נספח "א" לעתירה. במכתב מיום 2.10.81, שנשלח לעותר מטעם שר הביטחון, נאמר, ששר הביטחון מינה ועדה, שמתפקדה להציע לו קריטריונים ונהלים ליישום האמור בנספח "א". במכתב נוסף מטעם שר הביטחון אל העותר הראשון מיום 15.10.81 נאמר, שאחרי שהשר בדק את הנושא, הוא לא ראה לנכון לבטל את ההסדר בעניין גיוס תלמידי ישיבות "שראשיתו מימיה הראשונים של המדינה".

בטענות בכתב, שהוגשו לנו מטעם העותרים, טען עו"ד רסלר, שהוא ושולחיו יש להם זכות עמידה בעתירה זו, שהנושא שאותו הם מעלים בעתירתם הוא שפיט, שהמשיב חרג מסמכותו בפעולותיו והוא מפלה את העותרים לרעה מתוך שיקולים זרים בהפעלת מדיניותו השלטונית. על-כן, לפי טענות עו"ד רסלר, יש יסוד למתן צו-על-תנאי בהתאם לעתירה.

2. כאמור, מתייחסת העתירה לשני עניינים, אחד מהם הוא עניין דחיית גיוסם של תלמידי ישיבות על-פי ההסדרים הקיימים מתחילת קיומו של צה"ל; העניין השני הוא פטור משירות בצבא לפי הסעיפים 7, 10-18 של נספח "א". אדון תחילה בעניין דחיית גיוסם של תלמידי ישיבות, שהוא העניין העיקרי בעתירה.

3. נושא זה כבר הגיע לבית המשפט הגבוה לצדק בשנת 1970

בבג"צ 40/70 [1]. בפסק הדין, שניתן באותו עניין, נדחתה עתירת העותר, מבלי שהוצא צו על-תנאי. הנימוק לדחיית העתירה, שניתן בפסק הדין של השופט ויתקון, היה - שהעותר לא הוכיח, שהוא

"נפגע פגיעה אישית ממשית" (שם, בעמ' 247), ולפיכך אין לו זכות עמידה בעתירה. יחד עם זה הודגש על-ידי השופט ויתקון טעם נוסף לדחיית העתירה והוא, שאין על בית המשפט היגרר לזכות ציבורי כללי, שאותו יש להשאיר בידי הגורמים הפוליטיים האחראיים על כך. נאמר על-ידי השופט ויתקון באותו פסק-דין, בעמ' 247:

"טענת העותר, שריבוי ימי שירותו הוא תוצאה מהוויתור על שירותם של 5,000 תלמידי ישיבות, אינה מסקנה המתבקשת מאליה. אין אנו יודעים, מה ההפסד הממשי בכוח-אדם הנובע מהוויתור, ומה ערכו ומשמעותו של הפסד זה. יש גם יוצאי-צבא אחרים, שהשר נמנע מלחייבם בשירות צבאי (למשל, סוגי עבריינים, ולהבדיל, אזרחים ערביים), וטעמיו ונימוקיו עמו. אולי הוא סבור ששירותם, בכפיה, של אנשים המסרבים, עקרונית, להיחלץ להגנה על עם ומדינה, אינו מוסיף לכוח הלחימה של צה"ל. הייתי אומר איפוא, שמבחינתו האישית של העותר - בתור יחיד - אין כל אפשרות להוכיח שאילו נקראו תלמידי ישיבות לשירות, היה שירותו pro tanto מתקצר.

התרעומת אינה איפוא אלא תרעומת ציבורית קיבוצית (קולקטיבית) והעותר אינו שונה מכל איש אחר מאותו ציבור הרואה פסול בשחרורם של אנשים, שבעיניו אינם אלא משתמטים. אך כאמור, אף פעם לא נזקק בית-המשפט לתרעומת שאינה אלא ציבורית-קיבוצית, הן מהטעם שאין זכות עמידה לאדם שאינו מבקש דבר לעצמו אלא אך ורק לשלול דבר מהזולת (ראה ענין עמק הארזים, בג"צ 100/64 פ"ד י"ח(2) 278, 280, וענין פלוני נ' נציב שירות בתי הסוהר, בג"צ 276/65, פ"ד י"ט(4) 281, 282 הנ"ל) והן מהטעם שבית-המשפט ניהרר מלהיגרר לזכות ציבורי כללי, שהוא כולו זכות לשמו, ושמוטב להשאירו בידי הגורמים הפוליטיים האחראים לכך. אם ניזקק לעתירה זו, נצטרך להיזקק לכל עתירה נגד הממשלה, למשל, בקשר למסים שלא נגבו כדין או בקשר להוצאות שהוצאו ולא בהתאם לתקציב, שאיש-מן-הציבור מתנדב להביא בפנינו. סבור אני שעלינו לדחות את הנסיון להפוך את בית-המשפט לזירה לזיכוחים כאלה, הוא אינו מסוגל לעמוד במעמסה זו, ולכן, עם כל השרירותיות שבדבר, עלינו להציב גבולות כלשהם להיקף התערבותנו. כאן הנושא הוא בעל צביון פוליטי מובהק, ומכאן הצורך להחמיר בדרישה שלעותר תהיה זכות עמידה. לדעתי, לא עמד העותר שבפנינו בדרישה זו".

הדברים, שהבאתי לעיל מפסק הדין בעניין בקר, בג"צ 40/70 [1], לא נס ליחס ולא פג טעמם, אם כי בינתיים ניתנו פסקי-דין לא מעטים בבית-משפט זה בנושא זכות העמידה ועניין השפיטות הקשור בו. לדעתי, יש בדברים הנ"ל של השופט ויתקון "בקליפת אגוז" נימוקים מספיקים ומשכנעים לדחיית העתירה שבפנינו, ללא הוצאת צו-על-תנאי, כפי שהדבר נעשה בפסק הדין בעניין בקר, בג"צ 40/70

[1] הנ"ל, וזה

על-אף המאמץ, שנעשה על-ידי העותרים, לבסס את זכות העמידה שלהם בדרך ממשית יותר משהיה הדבר בענייניו של בקר.

3. לפני שאפרט את נימוקיי למסקנה הנ"ל, ברצוני לציין, שאחרי שניתן פסק הדין בעניין בקר, בג"צ 40/70 [1], שתאריכו 26.2.70, הוגשה הצעת תיקון לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשי"ט-1959. בהצעה זו (הצעת חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), תש"ל-1970) אנו מוצאים תיקון לסעיף 28 של החוק על-ידי מחיקת סעיפים-קטנים (א) ו-(ב) בו, סימון סעיף-קטן (ג) כסעיף-קטן (א) ומחיקת המלים "כיוצא באלה" בסעיף-קטן (ג) שהפך לסעיף-קטן (א) (סעיף 13 של ההצעה). סעיף 28(ג), כפי שהיה בתוקף אז, היה בזו הלשון:

"שר הבטחון רשאי, בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל. או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך. ההתיישבות או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה, או מטעמים אחרים כיוצא באלה (להלן - טעמים מיוחדים - ...) (כאן בא פירוט הסמכות של השר לפטור משירות סדיר או משירות מילואים לחלוטין או לתקופה מסוימת. הערה שלי - י' כ)".

מחיקת המלים "כיוצא באלה" בסעיף הנ"ל הוסברה בדברי ההסבר הנ"ל בכך, שיש צורך "לסלק כל פרשנות על דרך הצמצום".

ואכן, סעיף 28 בחוק שירות בטחון [נוסח משולב] תוקן על-ידי חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), תשל"א-1971, וכעת סמכותו של השר לפטור משירות ולדחות שירות קבועה בסעיף 28 בזו הלשון:

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

זאת היא סמכות רחבה ביותר, וכוונתו של המחוקק להעניק סמכות כזו בולטת במיוחד לאור התיקון שנעשה בסעיף 28. יש לזכור, שבעת שתיקון זה בחוק שירות הבטחון עמד לדיון בכנסת, ההסדר בדבר דחיית שירותם של תלמידי ישיבות היה כבר קיים זמן ארוך, וכאמור, נעשה התיקון אחרי שנכשל הניסיון להביא נושא זה לדיון בבית-משפט זה.

4. אם כי זכות העמידה ושפיטות הם שני עניינים נפרדים, הרי, כפי שהוסבר על-ידי השופט ויתקון בפסק-דינו בעניין הנ"ל של בקר, בג"צ 40/70

[1], בעמ' 245-246. "בבואנו לקבוע, אם נפגע העותר ואם יש לו או אין לו זכות-עמידה מספקת, עלינו לתת

דעתנו על טיב הנושא העומד לדיון בקובלנתו ועל מידת היותו 'שפיט', או בלתי-שפיט'. הא בהא תליא. הקשר שבין האספקט של זכות עמידה והאספקט של שפיטות הוא קשר פונקציונלי". בעניין זה נאמר במאמרו של dr. A. Witkon 41, rev. 40, "justiciability" L1 כ"כ שבידי העותר להראות זכות עמידה חזקה יותר תחזק נכונותו של בית המשפט להתגבר על רתיעתו מלהתערב בענינים פוליטיים והיפוכו של דבר, זכות עמידה 'קלושה' מחזקת רתיעה זו".

5. לדעתי לא הצליחו העותרים לבסס זכות עמידה, אשר מצדיקה דיון בבית-משפט זה בנושא שעל-פניו נראה כבלתי-שפיט.

אני מוכן לקבל כדברי אמת את מה שנאמר בתצהירים התומכים בעתירה, שגיוס תלמידי ישיבות, כדרך שמגייסים אחרים לצה"ל, יגדיל את מספר החיילים בצה"ל במידה משמעותית ויגדיל גם מספר המשרתים בשירות מילואים. אולם מכאן ועד לביסוס זכות העמידה של העותרים הדרך עדיין ארוכה. דבריו של המצהיר, מר ברוך, ודברים דומים של מר פעיל, לפיהם גיוס תלמידי ישיבות יביא ל"הפחתה משמעותית של נטל שירות המילואים של כלל חיילי המילואים ושל העותרים כפרטים", אינם אלא מסקנה לגבי ההתפתחות בעתיד, שאינה יכולה להתבסס על נתונים משמעותיים. יש לציין שרק עותר אחד, והוא העותר הראשון, הגיש תצהיר התומך בעתירה. מיתר העותרים לא קיבלנו כל תצהיר שהוא. העותרים לא טרחו לגלות לנו כמה שנים עוד עליהם לשרת בשירות מילואים, ואין בפנינו כל פירוט מפי אף אחד מהעותרים, מה הייתה תקופת שירות המילואים שלהם בשנים שקדמו להגשת העתירה. בגילוי לב צוין בעתירה (בסעיף 27), שהאספקט הפרטי בעתירה זו אינו האספקט הדומיננטי. נאמר שם, כי "מאמינים העותרים כי גם המעט שיש ממנו (מהאספקט הפרטי) בעתירה זו די בו כדי להקנות מעמד לעותרים". בהמשך לדברים אלה אומרים העותרים, כי הם מאמינים, "כי אם אותם עשרות אלפים יוצאי צבא בין נשים ובין גברים אשר שירותם עשוי להתבטל ו/או להדחות עקב ההסכם הנדון, ישרתו ככל האזרחים, מספר הימים אותם יאלצו העותרים לשרת במילואים יפחת". אמונתם של העותרים, שמספר ימי שירותם במילואים יקטן, ייתכן שהיא כנה, אך לא די בה כדי להראות, שנפגע אינטרס ממשי שלהם. המשימה, שנטלו על עצמם העותרים, להראות, שגיוס תלמידי ישיבות יביא להקלה משמעותית בנטל שירות הביטחון, המוטל כעת על המשרתים בצבא, היא משימה בלתי אפשרית. כבר אמר השופט ויתקון בפסק-דינו בעניין בקר, בג"צ 40/70 [1], כי אין כל אפשרות להוכיח, ששירותו של יחיד יפחת, אם גיוסו תלמידי ישיבות לשירות.

המציאות אינה כה פשוטה, כפי שמתארים המצהירים הנכבדים, אלא היא סבוכה בהרבה. אורך שירות מילואים בכל תקופה ותקופה תלוי בגורמים רבים ושונים, ושום אדם שלא ניחן בכושר נבואה, אינו יכול לחזות מה תהיה השפעת גיוס תלמידי ישיבות על גורמים אלה. איש אינו יכול להתנבא, אם גיוס אלפים רבים של תלמידי ישיבות, אשר יראו בגיוסם לצבא פגיעה ביסוד אמונתם, לפיה לימוד תורה קודם לחובה לשרת בצבא, יוסיף לכוח הלחימה של צה"ל, או, חלילה, יפגע

בכוח זה. אין כל ביטחון, שגיוס כזה, גם אם יגדיל מבחינה מספרית את כוחו של הצבא, לא יהיו לו השלכות שליליות מרחיקות לכת על חוסנה הפנימי והחיצוני של המדינה, יחסי ישראל עם יהודים בתפוצות הגולה וכדומה. ואולי כתוצאה מהתפתחויות בלתי צפויות אלה יהיה צורך להאריך את שירות המילואים ולא לקצר אותו? תשובה לכל השאלות האלה איננה יכולה להינתן על-ידי מומחים לענייני צבא, אלא היא בתחום הבלתי מוגדר של חיזוי העתיד. כפי שהעיר השופט ויתקון בעניין בקר, בג"ץ 40/70 [1], ישנם חלקים אחרים באוכלוסיה, שאינם מגויסים לצה"ל, והקבוצה הגדולה ביניהם היא זו של אזרחים ערבים. אין ספק שגיוס אזרחים ערבים היה מגדיל את מספר החיילים במידה רבה יותר מגיוס תלמידי ישיבות, אך ברור שגם העותרים ואלה שתומכים בעתירתם אינם סבורים, שגיוס כזה יפחית מנטל שירות הביטחון, המוטל על יוצאי צבא אחרים.

6. כידוע, קיימות גישות שונות בבית-משפט זה בעניין זכות עמידה של מי שעותר לבית המשפט. ההבדל בין הגישות השונות בא לידי ביטוי לאחרונה בשורה של פסקי-דין של בית-משפט זה, ואזכיר כאן רק כמה מהם, והם בג"ץ 840/79

(המ' 830/79, 860) [2], בעניין מרכז הקבלנים. בג"ץ 217/80 [3], בעניין סגל; בג"ץ 119/80 (המ' 224/80) [4], בעניין הכהן, ובג"ץ 1/81 [5], בעניין שירן. הגישה הנוחה ביותר מבחינת העותרים שבפנינו באה לידי ביטוי בדבריהם של מ"מ הנשיא ח' כהן ושל השופט ברק בבג"ץ 217/80 [3] הנ"ל. נאמר על-ידי השופט ברק באותו פסק-דין, בעמ' 442-443:

"לדעתי, אין מקום עתה למהפכה בתחומי המעמד. המבחנים המקובלים אצלנו, מקובלים בכל העולם... עם זאת, אני מציע כי נמשיך בדרך הליברליזציה שהחל בה בית-משפט זה בעבר. נשמור עקרונית על כללי האינטרס מחד גיסא, אך לא נפקיר את עקרון שלטון החוק על מזבחו של עיקרון זה מאידך גיסא. אכן גישתו של בית-משפט זה, שעמד על עקרון האינטרס, מעולם לא ראתה בו עיקרון קפוא סגור, הנועל את הדלת בפני חריגים ובפני הרחבת המסגרת... אכן, שתי הגישות המקובלות בבית-משפט הזה גם יחד, אינן גורסות כי כל עותר, בכל מקרה, יזכה לסעד, ויותר משיש שוני עקרוני ביניהן, יש ביניהן שוני שבדגש, בנטל ובנקודת מוצא... נראה לי כי במקרים בהם קמה בעיה של מעמד לפנינו, עלינו לתת דעתנו, מחד גיסא, לשיקולים השונים שיש בהם כדי להצדיק הימנעות מדיון בעתירה, ואשר מקופלים בעקרון 'האינטרס', אך עלינו לברר תמיד מאידך גיסא, מה השפעה תהא להימנעותנו מדיון בעתירה, על עקרון שלטון החוק...

במסגרת כללי האינטרס עצמם, נראה לי שיש מקום לליברליזציה נוספת, במובן זה ששוב לא נעמוד על כך כי האינטרס הנדרש מהעותר ושהוא ממשי וישיר יהיה אינטרס המיוחד לו דווקא. איני רואה כל צידוק לדרישה זו..."

לדעה זו הצטרף לאחרונה השופט שמגר בפסק הדין בבג"צ 1/81 [5] הנ"ל, בעמ' 376, אך, כאמור, הובעו בבית-משפט זה גם דעות אחרות, ואזכיר כאן כדוגמה בלבד רק את דעתם של השופטים ויתקון ואשר בבג"צ 26/76

[6], שהוזכר על-ידי עורך-דין רסלר בטענותיו. מכיוון שאנו דנים בעתירה זו בשלב שלפני הוצאת צו-על-תנאי, אני מוכן לבחון את זכות העמידה של העותרים על-פי הגישה הנוחה ביותר עבורם, ונראה לי, שגם לפי גישה זו מהכרח לדחות את העתירה.

7. אף מי שמצדד במבחן האמפירי והגמיש, השואף להרחבת זכות עמידה, איננו גורס קיומה של תביעה ציבורית (actio popularis) ללא כל סייג. הגישה המרחיבה, שהיא פופולארית יותר בקרב העוסקים בתורת המשפט מאשר בקרב הפוסקים, שמה את הדגש לא על האינטרס של העותר, אלא על מהות עתירתו (ראה: k. Davis 523,522

administrative law of the seventies (1976, new york) ובג"צ 217/80 [3] הנ"ל, בעמ' 441-440). לפי גישה זו, העובדה, שהעותרים אינם טוענים נגד תוקף גיוסם למילואים, אלא קובלנתם היא, שאין השר משתמש בכוח שנתן לו המחוקק, אינה חוסמת בפניהם את הדרך לעתור לבית-משפט זה, אם הנושא שאותו הם מעלים הוא שפיט.

אם כי, לדעתי, עדיין שרירה וקיימת אצלנו ההלכה בדבר הצורך באינטרס ממשי וישיר של עותר, סבורני, שגם לפי הגישה, שאין צורך באינטרס כזה, 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. בין אם נאמץ לנו את המבחן של אי-שפיטות כפי שנוסח על ידי בית המשפט העליון של ארצות-הברית בפסק הדין של הרוב בעניין Baker et al. V. Carr et al. (1962) [9] ושעליו חזר אותו בית-משפט מאוחר יותר בעניין [10] Powell et al. V. McCormack et al (1969), ובין אם נחזור למבחן, שעליו סמך את ידו הנשיא זמורה בפסק הדין בעניין ז'בוטינסקי, בג"צ 65/51 [7], בעמ' 813, והוא מבחן "חוש המומחיות של המשפטן", שגם הוא מקורו בפסיקת בית המשפט העליון של ארצות-הברית, מההכרח להגיע למסקנה, שאין הנושא, אשר הובא בפנינו על-ידי העותרים, מתאים לדיון ולהכרעה בבית המשפט. 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, שמתפקדם להכריע בעניין זה. ההסדר של דחיית שירותם של תלמידי ישיבות קיים מאז הקמת המדינה, והמשיב לא חידש בו כל דבר בעל משמעות. על הסדר זה סמכו את ידיהם כל שרי הביטחון, שכיחנו במדינת ישראל. הוא מבוסס על הוראות סעיף 28 על חוק שירות בטחון [נוסח משולב], שנותנות לשר שיקול-דעת רחב ביותר. כאמור, סמכות זו שהייתה רחבה גם לפי החוק המקורי, הורחבה עוד יותר על-ידי התיקון משנת תשל"א,

שאותו חוקקה הכנסת בעת שהסדר דחיית השירות לתלמידי ישיבות היה כבר קיים למעלה מעשרים שנה. הטענות הכלליות והסתמיות שמעלים העותרים על שימוש בשיקולים פסולים מכוונות, למעשה, לא רק נגד המשיב אלא נגד כל שרי הביטחון שקדמו לו. טענות כאלה אינן יכולות לבסס מתן צו-על-הנאי (בג"צ 28/55 [8], בעמ' 466 ופסק הדין הנ"ל בעניין בקר, בג"צ 40/70 [1], בעמ' 248-249). כאמור הודו העותרים בגלוי, שהאספקט הפרטי אינו דומיננטי בעתירתם. 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 שפויט, ובין משום שהם לא גילו עילה להתערבות בית המשפט בשימוש בשיקול הדעת שניתן למשיב על-ידי המחוקק.

8. העניין השני, שאותו העלו העותרים, הוא ההסכם עם מפלגת אגודת ישראל, כמפורט בסעיפים 7, 8-10 של מכתב שר הביטחון מיום ה' באב תשמ"א (5.8.81).

נאמר בסעיפים אלה:

"7. תשחרר כל בעלת תשובה, גם כאשר היא משרתת, לפי סדר ונוהל שיקבע.

8. תשחרר כל עתודאית, בעלת תשובה, לפי סדר ונוהל שייקבע.

10. ינתן פטור משירות בצבא למי שתורתו אומנותו והוא מעל לגיל 40 שנה כל עוד ממשיך ללמוד או ללמד בישיבה."

אם לגבי דחיית גיוסם של תלמידי ישיבות לא הראו העותרים, שיש להם זכות עמידה, ושהעניין ראוי לדיון בבית-משפט זה על-פי "חוש המומחיות של המשפט", קל וחומר לגבי העניינים, הנזכרים בסעיפים הנ"ל במכתבו של שר הביטחון. בעניין זה אין לפנינו כל חומר שהוא, המראה, ששחרור משירות צבאי על-פי סעיפים אלה תהיה לו השפעה משמעותית כלשהי על כוחו המספרי של צה"ל ועל תקופת השירות במילואים. לפי מכתבו מיום ד' בתשרי תשמ"ב (2.10.81) מינה השר ועדה במערכת הביטחון, שמתפקדה להציע לו קריטריונים ונהלים ליישום הכתוב במכתב הנ"ל לסיעת אגודת ישראל. בעת הגשת העתירה המתוקנת ועדה זו טרם סיימה את דיוניה. במכתב הנ"ל מטעם שר הביטחון מיום ד' בתשרי צוין, כי חלק ניכר מהנושאים, הנכללים במכתב השר לסיעת אגודת ישראל, "אינו אלא חזרה על הסדרים הקיימים מימים-ימימה". בנסיבות אלה ולאור כל האמור לעיל, המכתב של המשיב לסיעת אגודת ישראל, שהדיווח עליו באמצעי התקשורת הניע את העותר הראשון להגיש את העתירה המקורית, שבה הוא בלבד היה העותר, אינו יכול לבסס כל עילה להוצאת צו-על-תנאי.

9. אנו דוחים את העתירה.

ניתן היום, כ"ז כסלו תשמ"ב (23.12.81).