

(אי) גיוס בחורי ישיבות — סיפורה של ביקורת שיפוטית*

בעקבות בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון¹

יוסי נחושטן**

1. מבוא
2. טענות העותרים והמדינה, הדיון בבג"צ והנמקת פסק הדין
3. הנמקת פסק הדין — בית המשפט ושיקולי מדיניות
4. תורת ההסדרים הראשוניים (The Nondelegation Doctrine): האמנם נימוק מספק
5. שאלת הסער: השעיית הבטלות ופנייה למחוקק
6. פסק הדין והסער כתוצר של "המהפכה החוקתית"
7. השופט חשין: דברים כהווייתם
8. תם ולא נשלם

1. מבוא

שאלת הסדר דחיית השירות בצה"ל של בחורי ישיבות מלווה את החברה הישראלית ואת המשפט הישראלי מזה עשרות שנים². בדברים הבאים אין בכוונתי לדון בשאלת הרצוי והמצוי בעניין זה כמו גם לא להוסיף על הדיון הנוגע למשמעויותיו החברתיות והמשפטיות של הסדר דחיית השירות. משום כך, לא אדון גם בהתפתחויות השונות והבלתי נפסקות בעניין זה מאז מתן פסק הדין, הנוגעות ברובן לתוכן ההסדר הרצוי. עיקר החיבור הוא הארת פן אחד, מצומצם, של אופי הביקורת השיפוטית

* החיבור מבוסס על חלקים מעבודה שנכתבה במסגרת "סמינר מתקדם בביקורת שיפוטית", בהנחיית ד"ר יואב דותן, שניתן בשנת הלימודים תש"ס כפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לד"ר יואב דותן על הערותיו. האחריות על התכנים, כולה שלי. בנוסף, חובת ההגינות מחייבת אותי לציין כי נמנתי על רשימת העותרים בעתירתו של חבר הכנסת אמנון רובינשטיין בעניין נשוא חיבור זה.

** מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.

- 1 בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (להלן: "פסק הדין").
- 2 תיאור ההתפתחות ההיסטורית והמשפטית של סוגיה זו מופיע, ברמות שונות של פירוט, בפסק הדין. שם, בע' 490–495, 523–535. ראו גם בבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 449–451 (להלן: עניין רסלר '86).

וההנמקה השיפוטית כפי שעולים מפסק הדין. עניינם של מקצת מהדברים יהא תיאור פוזיטיבי של התנהלות העתירה והדיונים בבג"צ. תיאור זה ישמש בסיס לעיקר: דיון נורמטיבי-ביקורתי הנוגע לאופי הביקורת השיפוטית העולה מפסק הדין. כאמור, הביקורת לא תעסוק בנימוקים המחייבים או שוללים את הסדר דחיית השירות כפי שקיים כיום ולא בתוצאת פסק הדין כשלעצמה, אם רצויה היא אם לאו. עניינה של הביקורת הוא טכניקת הביקורת השיפוטית ודרכי ההנמקה של פסק הדין.

במסגרת זו הדיון יתרכז בארבעה נושאים: ראשית, עימות הנמקת פסק הדין עם טענות העותרים ותשובת המדינה, בעל פה ובכתב. חוסר התאמה כמעט מוחלט בין הנמקת פסק הדין לבין הטענות שנטענו בכתב ונדונו בעל פה, יסמן את נקודת המוצא לדיון שמטרתו להסביר נתון זה. שנית, ראית פסק הדין כ"סיפור" הבא לשכנע כלפי חוץ וכתוצר של פשרה כלפי פנים. שלישית, שלילת נימוק "ההסדרים הראשוניים" (The Nondelegation Doctrine) המהווה את הכסות המשפטית לתוצאת פסק הדין. רביעית, ביקורת הסעד שניתן, תוך ניסיון להסביר מדוע ניתן.

בסופו של יום, הטענה אותה אנסה לבסס, ובוהירות המתבקשת, היא זו: הנמקת פסק הדין אינה יותר מאשר פיקציה משפטית. היא אינה מבוססת מבחינה משפטית, היא אינה משקפת את טיעוני הצדדים ואת מהלך הדיונים בעתירה, נדמה שהיא אינה משקפת את דעות חלק ניכר מהשופטים וסותרת, ללא הנמקה מספקת, הלכות קודמות. כל כולה נובעת מתוך שיקולי מדיניות — שיקולים אסטרטגיים חיצוניים ופנימיים. אותם שיקולי אסטרטגיה חיצונית ושיקולי פשרה פנימיים השפיעו גם על סוג הסעד ותוכנו.

2. טענות העותרים והמדינה, הדיון בבג"צ³ והנמקת פסק הדין

א. העתירות ותשובת המדינה

העתירה של חבר הכנסת רובינשטיין — לא נגעה כלל בשאלת סמכותו של שר הביטחון⁴. הנחת המוצא של העותרים הייתה שלאחר הפסיקה החד-משמעית בעניין רסלר '86, הסיכוי לשכנע את בית המשפט כי על הכנסת לקחת לידיה את

3 הדיון הראשון בעתירה של חבר הכנסת רובינשטיין התקיים בפני מותב של שלושה (השופטים אור, חשין וביניש), ביום 16.12.97. לאחר דיון זה הוגשה העתירה של עורך דין רסלר באותו עניין. שתי העתירות אוחדו ושני הדיונים הבאים התקיימו בפני מותב של אחד-עשר שופטים, ביום 19.5.98 וביום 7.7.98. חלק ניכר מהדברים שיובאו להלן ומיוחסים לשופטים שישבו במותב, לא מצוי בפרוטוקול רשמי אלא לקוח מרשימות שערכתי בעת הדיונים ובסמוך לאמירת הדברים. בחלק מהמקרים איני יכול להתחייב על הדיוק בניסוח אך בכל המקרים ניתן לייחס אמינות גבוהה לרוח הדברים.

4 ראו גם בדבריו המפורשים של ד"ר הר-זהב, בא כוח העותר, בפרוטוקול הדיון מיום 16.12.97, בע' 3: "העתירה הזאת אינה (ה)עתירה של רסלר [משנת '86]. אנו לא תוקפים את הסמכות של שר הביטחון" (העתק נמצא במערכת).

קביעת ההסדרים הראשוניים אינו גבוהה, ולמצער שסעד כזה, העומד לכדו, אינו מבטיח שינוי במדיניות הנוכחית של שר הביטחון. לכן, הושם הדגש על הפעלת שיקול הדעת שניתן בחוק לשר הביטחון, תוך שזה נדרש לנמק מדוע לא יקבע מכסה מקסימלית לדחיית שירות לבני ישיבות בשיעור של 3% משנתון הגיוס (בעת הגשת העתירה, היקף דחיית השירות הגיע לשיעור של 8% משנתון הגיוס, ומאז הוא עולה בהתמדה).

העתירה של עורך דין רסלר – בדומה לעתירתו משנת 86', אמנם העלתה את שאלת הסמכות, כשעיקרה היא הטענה כי דחיית שירות גורפת מטעמים דתיים צריכה להיעשות בחקיקה. יחד עם זאת, מקריאת העתירה ניתן להתרשם כי טענת חוסר הסמכות הועלתה בחצי פה, כמעט כדי לצאת ידי חובה. פחות משני עמודים בעתירה הוקדשו לטענה זו. הטענה אינה מפורטת ואינה מנומקת דיה וכל כולה אזכור קצר ודל למדי של הנטען בעניין רסלר 86' – ואשר נדחה שם במפורש. נדמה שהעותר עצמו חש שהיצמדות לטענת הסמכות היא חסרת סיכוי שכן מיהר להבהיר כי "לשם נוחות הדיון, נצא להלן מנקודת מוצא, לפיה מוקנית למשיב הסמכות בהפעלת ההסדר"⁵. מנקודה זו ואילך מועלות ביתר פירוט טענות בדבר ההליך המינהלי ושיקול הדעת המינהלי.

תשובת המדינה – לא רק כתבי הטענות של העותרים התעלמו בצורה כמעט מוחלטת משאלת הסמכות ומשאלת ההסדרים הראשוניים. גם כתבי התשובה מטעם שר הביטחון לא כללו כל התייחסות לטענה זו. כתב הטענות האחרון של המדינה הוגש טרם הגשת עתירת עורך דין רסלר וטרם צירופה לעתירת חבר הכנסת רובינשטיין. משכך, ההתייחסות היחידה של המדינה לטענת חוסר הסמכות שהועלתה בשולי הדברים על ידי עורך דין רסלר, הייתה רק בדיונים בעל פה.

הדיונים בבית המשפט – מתוך נוכחות בשני ימי הדיונים שהתקיימו בפני ההרכב המורחב, ניתן להעריך ברמה גבוהה של דיוק, ששאלת הסמכות נדונה במשך דקות ספורות בלבד, גם זאת, אך ורק על ידי עורך דין רסלר, ורק בשולי דבריו. את רוב זמנו כילה עורך דין רסלר על תיאור המצב העובדתי ועל נזקיו למוטיבציה של המשרתים בצה"ל, כיום ובעתיד. כאמור, חבר הכנסת רובינשטיין לא העלה בעתירתו את טענת חוסר הסמכות.

התייחסות עורך דין פוגלמן, בא כוח המדינה, לטענת חוסר הסמכות, מוצאת את מקומה בשורות ספורות בתחילת פרוטוקול הדיון מיום 19.5.98. קריאת הדברים מלמדת עד כמה טענת חוסר הסמכות לא נדונה ברצינות ועד כמה בא כוח המדינה הסיר אותה מסדר יומו של בית המשפט, משל הייתה מטרה המפריע להתמודדות עם השאלות העיקריות, הן השאלות בדבר שיקול הדעת של שר הביטחון והדרישה לקבוע מכסה סבירה להצטרפות להסדר דחיית השירות.

5 בסעיף 5 לפרק בעתירת עו"ד רסלר הוזן בשאלת הסמכות (העתק נמצא במערכת).

ב. הדיונים בפני בג"צ – הערות השופטים⁶
 מה שנאמר – ובעיקר מה שלא נאמר – על ידי השופטים במהלך הדיונים, מלמד גם הוא על צמיחתה של טענת חוסר הסמכות כמעט יש מאין בהנמקת פסק הדין.

השופט זמיר חקר בעיקר באשר למדיניות צה"ל בנוגע לפציפיסטים – אם קיימת מדיניות כזו – ומה מספר המועמדים לשירות ביטחון המשוחררים מצה"ל בשל סיבה זו⁷. השופט דורנר ציינה בעיקר את הבעייתיות החברתית העולה מהסדר דחיית השירות. היינו, את המציאות הנוצרת כתוצאה מכריכת דחיית השירות בעיסוק בלעדי בלימוד תורה ואיסור על כל עבודה נוספת. השופט ברק והשופט חשין העירו מעט, ובעיקר לעניין הצורך להגביל את מספר הנהגים מההסדר, להגדיר מחדש את התנאים להצטרפות להסדר ולפקח על שמירת תנאים אלה הלכה למעשה.

אף לא אחד מהשופטים זמיר, דורנר, ברק וחשין התייחס התייחסות של ממש לבעיית הסמכות, היא בעיית "ההסדרים הראשוניים". כך גם אף לא אחד מהשופטים האחרים. שניים מהשופטים, השופט טירקל ובעיקר השופט אנגלרד, נגעו לא נגעו בשולי בעיה זו.

שני השופטים נגעו בשתי שאלות עיקריות. הראשונה – ולה הוקדש פחות זמן – שאלת היחס, בעניין נשוא הדין, בין עקרון השוויון לבין חופש הדת. השנייה – ואליה כוון עיקר מרצם – שאלת השפיות המוסדית. שני השופטים, ובעיקר השופט אנגלרד, חזרו ושאלו: גם אם כל הנאמר בעתירה אמת ויציב הוא, מה לו לבית המשפט כי יתערב.

ודוק: לא נאמר ולא נרמז על ידי השופטים כי לא שר הביטחון צריך להחליט, אלא הכנסת. נאמר מפורשות שלא בית המשפט צריך להחליט, אלא הכנסת. היינו, השאלה לא הייתה שאלת סמכותו של שר הביטחון לאור האופי "הראשוני" של ההסדר אלא שאלת שפיותו המוסדית של העניין כולו⁸.

6 ראוי לציין כי כמחצית מהשופטים לא נטלו חלק פעיל של ממש במהלך שני ימי הדיונים בעל פה. להלן מוצגות רק הדעות או השאלות שיש להן נגיעה ישירה למכלול הבעיות שהעלתה העתירה. כאמור, הדברים המובאים כאן לקוחים מתוך רשימות שהוכנו על ידי במהלך ימי הדיונים ובסמוך אליהם. הערות השופטים אינן מופיעות בפרוטוקול הדיונים.

7 מעמדה זו ניתן להבין, במשתמע, אם לא על גזירה שווה בין אי-התאמה לצה"ל משום אמונה דתית לבין אי-התאמה משום אידיאולוגיה כנה אחרת, אזי לפחות על צורך להצדיק את השוני בין המקרים. מכאן עולה גם הנכונות להיענות לאחת מבקשות העותרים והיא הצורך לבחון את הנהגים מהסדר דחיית השירות בצורה פרטנית, על סמך קריטריונים ברורים וידועים של התאמה לשירות הצבאי.

8 לכאורה, עמדתם של השופטים טירקל ואנגלרד מהווה נסיגה מההלכה הברורה שנקבעה בעניין רסלר '86, שם, בפסק דין ארוך ומנומק הוסרו מכשולי זכות העמידה והשפיות המוסדית מדרכם של העותרים. למעשה, ומבלי שהדברים נאמרו מפורשות על ידי השופטים עצמם, ייתכן שעמדה זו הולכת יד ביד עם עיקרון אחר שנקבע בעניין רסלר '86 ובהקשר אחר: עיקרון "הכמות עושה איכות". בזהירות רבה ניתן להניח כי משתמע מעמדת השופטים טירקל ואנגלרד שכל עוד שאלת גיוס בחורי ישיבות היא שאלה של שיקול דעת מינהלי, לא מתעוררת שאלת השפיות המוסדית. אולם, ככל שממדי ההסדר תופחים וככל שהמחלוקת

ג. בקשות השופטים להשלמת פרטים

בתום הדיון השני ביום 19.5.98, נקבע כי המדינה תגיש "השלמת פרטים" עד לדיון ביום 7.7.98, ושם תפרט את המצב העובדתי בנוגע לשאלות שהועלו, בעיקר על ידי השופטים, ונשאר ללא תשובה.

הנושאים שלגביהם ביקשו השופטים הרחבה מופיעים בהשלמת הפרטים כפי שאכן הוגשה מטעם המדינה⁹. אף לא אחד מהנושאים נגע לשאלת סמכותו הפונקציונלית של שר הביטחון ואף לא אחד מהנושאים היה דרוש כדי להכריע בשאלת סמכותו של שר הביטחון. מה טעם היה לבית המשפט להטריח את המדינה בהשלמת פרטים בנושאים אלה אם ידע או לפחות שיער שדינה של העתירה להתקבל בשל נימוק ההסדרים הראשוניים. אין זאת, אלא שבנקודת הזמן בין הדיון השני לבין הדיון השלישי וגם בעת הדיון השלישי עצמו, שאלת סמכותו של שר הביטחון כלל לא הייתה שנויה במחלוקת. אותה עת, כל שופט היה קרוב אצל עצמו. את כל שופט הטריד פן אחר של ההסדר ואצל כל השופטים – תוכנו של ההסדר הוא שמיקד את תשומת הלב ולא זהות מפעיל ההסדר.

נקודת הזמן בה השתנתה מגמה זו אינה ידועה לי. מתוך הנוכחות בדיונים, קריאת הפרוטוקולים ומעקב אחר ההתנהלות השיפוטית בזמן זה, סביר להניח כי נקודת הזמן ממוקמת אי-שם בין תום הדיונים כולם לבין כתיבת פסק הדין. בסיבה האפשרית להשתנות המגמה ובביקורת על ההנמקה למגמה החדשה, עוסקים הדברים הבאים.

3. הנמקת פסק הדין – בית המשפט ושיקולי מדיניות

כאמור, קבלת העתירות נומקה בנימוק אחד ויחיד – נימוק הסמכות. היינו, הצורך לעגן את ההסדר בחוק. הדיון בשאלה זו מקיף את חלק הארי של פסק הדין¹⁰.

לגביו הופכת עמוקה יותר, כך יוצאת שאלת גיוס בחורי ישיבות מידי שר הביטחון ומידי שר המשפטים כאחד, ועוברת לידי שר המשפטים. כאמור, אין כאמור לעיל אלא השערה, שכן הדברים לא נאמרו בריש גלי. העמדה הברורה נגעה, כפי שצינתי, לשאלת השפיטות המוסדית גרידא. להשלמת התמונה ראוי לציין כי חלק מהתנגדותם של השופטים טירקל ואנגלרד להחליט לגופם של דברים, נבעה מכך שבעת הדיון היו תלויות ועומדות בכנסת מספר הצעות חוק באותו עניין. לא מיותר להעיר כי עמדה זו, מעבר לשמרנותה המופלגת, אינה עולה בקנה אחד עם הלכה ברורה בעניין זה הקובעת שהליכי חקיקה בכנסת אינם חוסמים דיון מקביל של בתי המשפט באותו עניין – ולהפך, דיון בבית המשפט אינו חוסם הליך חקיקתי מקביל. לעניין זה ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך א) 336–347.

9 הנושאים הם: פקודות הצבא בנושא הסדר דחיית השירות; הסדר הפטור למורים כמוסדות תורניים; הסכמים קואליציוניים רלוונטיים; תנאי הסף של הבחנות בבחינת בגרות בתלמוד ברמה של חמש יחידות לימוד; הכללים לגבי שירות פציפיסטים בצה"ל; אופן יישום דו"ח ישראלי הנוגע לפיקוח על ההסדר ופירוט הצעות החוק המתוחות בפני הכנסת אותה עת.

10 ניתן לחלק את פסק דינו של השופט ברק (לעיל הערה 1) לארבעה חלקים: החלק הראשון לפסק הדין, שם, בע' 491–501, אינו יותר מאשר מבוא עובדתי ומשפטי. החלק השני לפסק

אם טענת חוסר הסמכות כלל לא הוזכרה באחת משתי העתירות, הוזכרה בחצי פה בשנייה, לא נענתה עניינית על ידי המשיב וכמעט שלא נדונה לגופה בטיעונים בעל פה – כיצד ניתן להסביר את ההתבססות המוחלטת של לפחות עשרה מאחד-עשר השופטים על אדן זה?¹¹

חשוב להבהיר: לא עצם העובדה שבית המשפט פנה להנמקה שלא הועלתה על ידי הצדדים (לפחות בצורה שאינה אגבית) וכמעט ולא נדונה בדיונים בעל פה – היא נשוא הביקורת בשלב זה. נשוא הביקורת הוא העובדה שהפנייה להנמקה זו אינה מבוססת כראוי מבחינה משפטית וכי, לדעתי, הסיבה הגלויה לפנייה להנמקה זו אינה הסיבה האמיתית. הסיבה האמיתית לפנייה להנמקה זו אינה מוזכרת בפסק הדין ולא בכדי, שכן בינה לבין המשפט אין ולא כלום. טענה זו דורשת ביסוס ותימוכין. תמיכה אפשרית אחת לטענה ניתן למצוא במישור המשפטי. דיון במישור זה ייעשה בהמשך.

תמיכה אחרת ניתן למצוא במישור החוץ משפטי של פסק הדין, היינו ראיית פסק הדין כתוצר של פשרה בין השופטים לבין עצמם לשם שכנוע הקורא וריצוי המחוקק.

שכנוע הקורא צריך להיעשות באמצעות "סיפור" משכנע. הסיפור המשפטי הוא חלק בלתי נפרד מהליך השכנוע. אין בכך כל פסול, ובמשפט החוקתי יש לאופן הצגת הסיפור חשיבות עליונה¹². טקסט שיפוטי בנושא השנוי במחלוקת ציבורית צריך לשכנע את המתדיינים, את המחוקק, את הציבור ואת הקהילייה האקדמית. הדרך הטובה ביותר לעמוד "בנטל השכנוע" היא להציג סיפור "משפטי-מקצועי" המובא תוך יצירת חזית אחידה בקרב חברי המותב. לדעתי, בפסק הדין שלפנינו, הן החזית האחידה והן תוכן הסיפור אותו סיפר פסק הדין, מקורם, בין השאר, במה שניתן לכנות "טראומת בנק המזרחי". נדמה שהכישלון בעניין בנק המזרחי¹³ לספר סיפור אחיד שישכנע את המחוקק, הציבור והקהילייה המשפטית, נתן את אותותיו בפסק הדין נשוא חיבור זה¹⁴.

בענייננו, בית המשפט עמד בפני מקרה לא קל, פחות מהבחינה המשפטית (אם כי גם כאן מתעוררות בעיות לא פשוטות) ויותר מהבחינה הציבורית. נסיבות המקרה מעלות את שאלת המעמד של בג"צ מול שתי הרשויות האחרות ומול הציבור, ואת החשש מהתוצאות הפוליטיות הצפויות אם תתקבל העתירה. העניין

הדין, שם, בע' 501–530, דן בשאלת הסמכות במסגרת תורת ההסדרים הראשוניים. החלק השלישי לפסק הדין, שם, בע' 530, מזכיר חלק מהשאלות המהותיות שנתרו ללא מענה. החלק הרביעי לפסק הדין, שם, בע' 530–531, עניינו הסעד שניתן.

11 למעשה, גם השופט האחד-עשר, השופט חשין, קיבל את העתירה בשל נימוק ההסדרים הראשוניים, אלא שהסכמתו "תובלה" בהערות חשובות נוספות. לפירוט בעניין זה ראו להלן הערה 72 ואילך.

12 לעניין זה ראו, א' ברם "ביקורת שיפוטית על חוקים – נחוץ סיפור משכנע" המשפט ה (תשס"א) 149.

13 ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי).

14 לניתוח הכישלון הסיפורי בעניין בנק המזרחי, ראו ברם, לעיל הערה 12.

הוא עניין רגיש הנוגע לציפור נפשם של המפלגות הדתיות ושל הציבור החרדי, הימים הם ימי התקיפה משולחת הרסן על בית המשפט העליון – עד כדי שלילת לגיטימיות דרכיו, ועם זאת – נדמה כי מהבחינה המשפטית ואף הציבורית הגדישה כמות מקבלי דחיית השירות את הסאה.

נדמה שכל הכרעה לגופם של דברים הייתה עשויה ליצור תגובת שרשרת פוליטית וחברתית שתוצאתה, בכל מקרה, הייתה פגיעה בבג"צ כמוסד, פגיעה חזקה ממרבית הפגיעות שאיתן התמודד עד כה. בהתחשב בנקודת פתיחה זו ובהתחשב ברצונו המשוער של בית המשפט להציג חזית אחידה, נדמה כי תוצאת פסק הדין הייתה התוצאה היחידה האפשרית. יחד עם זאת, וללא סתירת האמור לעיל, הנמקת התוצאה אינה מובנת מאליה.

הראיתי לעיל את המקום השולי שתפס טיעון "ההסדרים הראשוניים" בטיעוני הצדדים בכתב ובעל פה. הראיתי שבדיונים בפני ההרכב המורחב, הרוב המכריע של השופטים לא ייחס לטיעון זה כל חשיבות. השאלות, הלא מעטות, שהועלו על ידי שופטי ההרכב, נגעו בבעיות אחרות לחלוטין. מכל אלה, נדמה היה שפניו של פסק הדין להתערבות מהותית בשיקול דעתו של שר הביטחון. הגיע פסק הדין ונתברו ההערכות. דעתי היא, ואין היא טובה מכל דעה אחרת ואין היא יוצאת מגדרה של השערה, שהרכב השופטים הגיע במודע לפשרה מאולצת, פגומה מבחינה משפטית – כפי שאראה בהמשך, שאינה משקפת במלואה את דעתו של אף לא אחד מהשופטים, ולו כדי להציג סיפור משכנע המובא תוך אחרות השורות.

מי שנכח בעת הדיונים בפני ההרכב המורחב וקורא את פסק הדין יכול להבחין, ללא קושי רב, בפסקאות מובחנות בפסק הדין שבאו לשקף את עמדתם של השופטים שלקחו חלק פעיל בדיון בעל פה. כך, בפסקה 36 לפסק דינו של השופט ברק, מוזכרת ההתנגשות בין עקרון השוויון לבין חופש הדת. כזכור, עניין זה הועלה על ידי השופטים טירקל ואנגלרד¹⁵. כך, פסקה 37 לפסק דינו של השופט ברק עוסקת בבעייתיות שהטרידה את השופטת דורנר בדבר הקשר הכפוי בין דחיית שירות לבין אורח חיים לא יצרני¹⁶.

פסק הדין כולו, על הנמקתו ועל הסעד שניתן בו, נדמה שנכתב כדי לתפוס את המרובה, את המכנה המשותף היחיד האפשרי שהוא במקרה שלפנינו עמדתם של השופטים טירקל ואנגלרד אשר התנגדו נחרצות בדיונים בעל פה להביע עמדה כלשהי לגופה של עתירה.

אכן, נדמה שלא שופט אחד ולא שניים היו שותפים בכתיבת "הסיפור" ולא בכדי.

15 פסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 527: "מחד גיסא עומד עקרון השוויון", ובסיפא של הפסקה: "מאידך גיסא עומדת הזכות בדבר חופש הדת... יש טענה [של מי?]... [שגיוס כפוי של בחור ישיבה...] יכול לפגוע בחופש הדת שלו. הוא עשוי לפגוע גם ברגשותיו הדתיים".

16 שם, בע' 528: "שאלת גיוסם של תלמידי הישיבה שיתורחם אומנותם אינה אך בעיה אידיאולוגית שזכויות האדם מתנגשות בה. זו הפכה להיות בישראל לבעיה חברתית ממדרגה ראשונה... נוצרת אוכלוסייה שלמה שאינה משתלבת בשוק העבודה".

לדעתי, בנושא כל כך טעון ציבורית, בעל פוטנציאל הרסני לעניין התגובה הפוליטית, קשה היה לבג"צ להגיע להכרעה מהותית, תוך השארת השופטים הדתיים בעמדת מיעוט ותוך מחלוקת פנימית אפשרית בין שופטי הרוב. בג"צ לא יכול היה להרשות לעצמו כישלון בשכנוע נוסח עניין בנק המזרחי. לכן, בג"צ התחפש לרגע לבג"צ "הישן". הבחירה בטקסט המשמים, הפורמליסטי והכל כך משפטי-מקצועי היא גם הבריחה מהעיסוק בשאלה הערכית¹⁷. הבריחה אל מחוזות הפורמליזם והבחירה לספר סיפור "משעמם", נטול קביעות ערכיות אך עם זאת בונה אמון מצד הציבור והמחוקק, הייתה הדרך היחידה לשמור על חזית שיפוטית אחידה. למרות האמור לעיל, נדמה שלא די בשוני בין אופי העתירות והדיונים לבין תוצאת פסק הדין והנמקתו כדי לבסס את טענת "שיקולי המדיניות". חיזוק לה ימצא להלן בביקורת הדרך המשפטית דרכה הגיע השופט ברק להנמקתו ובתיאור קשת הסעדים האקטיביים בהם בג"צ יכול היה לעשות שימוש, גם במסגרת העברת העניין למחוקק, אך נמנע מלעשות כן.

4. תורת ההסדרים הראשוניים (The Nondelegation Doctrine): האמנם נימוק מספק

כאמור, העתירות בפסק הדין התקבלו על סמך נימוק אחד ויחיד: היקף הסדר דחיית השירות צמח לממדים המחייבים את הוצאתו מידי שר הביטחון והעברתו לידי הכנסת. נבחן נימוק זה, להלכה ולמעשה. שלילת כוחו המשפטי של נימוק זה תותיר בזירה את השחקן הבודד, הנסתר, של שיקולי המדיניות המשפטית כפי שהוצגו לעיל.

א. על תורת ההסדרים הראשוניים

השופט ברק הציג את הכלל הבסיסי לפיו "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים – צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך 'הסדרים משניים'¹⁸. השופט ברק הביא דוגמאות ליישום הכלל משיטות משפט שונות והבהיר כי יישום הכלל נעשה בעיקר למתן פירוש מצמצם לאצילת סמכויות שנקבעה על ידי המחוקק ופחות לפסילת חוקים המסמיכים את המינהל לקבוע הסדרים ראשוניים¹⁹. היינו, "כלל פרשנות" הבא לצמצם את היקף הסמכות שניתנה לרשות המבצעת בחוק ולא "כלל חוקתי" הבא לבטל את החוק עצמו.

17 השוו מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 505–511, 519–543, 569–596. להכרעה בשאלות ערכיות בדרכים פורמליסטיות ראו ס' נבות "מפרשת גינוסר לפרשת פנחסי: על כשירות ושיקול דעת" המשפט ה (תשס"א) 85.

18 פסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 502.

19 שם, בע' 517.

הסתייגות זו אמנם במקומה אך נדמה שאינה מלאה. לא מתוארים בצורה מלאה החולשה של כלל ההסדרים הראשוניים והפירוש המצמצם שניתן לו בארצות-הברית, המובאת כמקור עיקרי למשפט משווה בעניין זה בפסק הדין שלפנינו. אמנם, קיימת במשפט האמריקאי מחלוקת מלומדים באשר לנחיצותה של ה-*Nondelegation Doctrine*²⁰, אולם, המחלוקת היא בעיקרה "לשם שמיים" וחוסה בצילו של הנתון המדהים הקובע שמאז שנת 1936 לא בוטלה בארצות-הברית אף אצילת סמכות לרשות המבצעת בנימוק של ה-*Nondelegation Doctrine*²¹. אכן, בשלושה מקרים יחידים, על פי *Tribe*, יבטל בית המשפט אצילה כאמור²²: האחד, כאשר תוכן האצילה עצמו אינו חוקתי, כך שגם חוק הקובע את ההסדר ייפסל. השני, כאשר ברור מהטקסט החוקתי שסמכות של המחוקק אינה ניתנת להאצלה (למשל, החלטה של הסנאט להקים גוף מחוץ לקונגרס שיאשר או יסרב לאשרר אמנות). השלישי, אצילת כוח חקיקתי לרשות המבצעת באופן גורף וללא הגבלת נושאי החקיקה. מאליו ברור שאצילת הסמכות בפסק הדין שלפנינו אינה נופלת – ולו בדוחק – לאף אחד מהמקרים הללו, לפחות לפי גישתו של בית המשפט העליון עצמו. מקרים אלו, כאמור, לא יושמו גם בארצות-הברית בשישים השנים האחרונות.

מהאמור לעיל עולה כי עד לאחרונה, דוקטרינת ה-*Nondelegation* הייתה בארצות-הברית אות מתה של ממש. הסתמכות עליה על מנת להצדיק את הסעד שניתן בפסק הדין כמוה כתחיית המתים ממש²³. לאחרונה, ולאחר שפורסם פסק

20 L.J. Lowi *The End of Liberalism: Ideology, Policy*; ראו: T.J. Lowi *The End of Liberalism: Ideology, Policy and the Crisis of Public Authority* (1969) 125–126; J.H. Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980) 131–134; D. Schoenbrod "Delegation and Democracy: A Reply to My Critics" 20 *Car.L.Rev.* (1999) 731, 740; M.R. Dimino "Recent Case: The United States Court of Appeals, 1999, D.C. Circuit Revives Nondelegation Doctrine...Or Does It?" 23 *Harv. L.J. & Pub. Pol'y* (2000) 581, 597

J.L. Mashaw *Greed, Chaos, and Governance* — לדעות המתנגדות לדוקטרינה ראו: J.L. Mashaw *Greed, Chaos, and Governance Using Public Choice to Improve Public Law* (1997) 131–157; D.M. Kahan "Democracy Schmocracy" 20 *Car. L.Rev.* (1999) 795; P.H. Schuck "Delegation and Democracy: Comments on David Schoenbrod" 20 *Car. L.Rev.* (1999) 775

21 ראו: L.H. Tribe *American Constitutional Law* (3rd ed., 2000) 978 עד שנה זו יושמה הדוקטרינה פעמיים בלבד, בשנת 1935.

Ibid, at pp. 980–982. 22

23 דוגמא טובה המלמדת עד כמה בית המשפט העליון האמריקאי מתייחס בהסתייגות לדוקטרינת ה-*Nondelegation*, היא פסק דינו של השופט Scalia בעניין *Loving v. U.S* 517 U.S 748 (1996). השופט Scalia חלק על דעת הרוב לפיה הקונגרס מוסמך להאציל (delegate) סמכויות חקיקתיות. לטענתו, כל שניתן לומר הוא שהקונגרס מוסמך: "to assign responsibilities to the executive". גם לפי השופט Scalia, מדובר בלא יותר מאשר שוני סמנטי שאין בכוחו להוביל לחצאות שונות. זו הדעה השמרנית ביותר בנוגע ל-*Nondelegation doctrine*, נתון המעיד על אפסותה המעשית. לאמירה בוטה וברורה יותר, אחת מני רבות, ראו: *Poewr Comm'n v. New England Power Co.* 415 U.S 345, 352–353 (1974):

"The notion that the constitution narrowly confines the power of Congress to delegate authority to administrative agencies... has been virtually abandoned by the Court for all practical purposes".

הדין בענייננו, נפל דבר במשפט האמריקאי. בפסק דין יוצא דופן ובעייתי, הוקמה לתחייה דוקטרינת ה-Nondelegation והולבשה בלבוש חדש²⁴. בית המשפט הפדרלי לערעורים פסל אצילת סמכות מהרשות המחוקקת לרשות המבצעת בשל אופייה החקיקתי, הגורף והעמום מדי. עם זאת, הסעד שניתן לא היה החזרת הכדור אל המחוקק אלא חיוב הרשות המבצעת עצמה לצקת תוכן קונקרטי לסמכות הרחבה²⁵. צא ולמד, אפילו פסיקה חדשנית זו אינה יכולה לשמש מקור השראה לתוצאה אליה הגיע בית המשפט העליון הישראלי במקרה שלפנינו.

ב. יישום תורת ההסדרים הראשוניים מתוך המהפכה החוקתית והשתנות הנסיבות תורת ההסדרים הראשוניים הייתה, מן הסתם, ידועה היטב לבית המשפט עת ניתן פסק הדין בעניין רסלר⁸⁶. שם, טענת ההסדרים הראשוניים נטענה לגופה ונדחתה לגופה. אם כן, מה נשתנה מאז אותה פרשה. מה גרם לתפנית החדה בעמדתו של בית המשפט?

השופט ברק העלה שני נימוקים: האחד, המהפכה החוקתית. השני, השתנות הנסיבות. ראשון ראשון ואחרון אחרון.

לעניין המהפכה החוקתית, נמנע השופט ברק מלפרט את מלוא השפעתה על תורת ההסדרים הראשוניים²⁶. הוא הסתפק בקביעה ש"חזוקה הפרשנית, לפיה ההנחה הנה שתכליתו של חוק לא הייתה להעניק לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים מקבלת עצמה נוספת"²⁷.

אין באמתחתי ביקורת על אותה "חזוקה פרשנית" כמו גם לא על הצורך העקרוני ליישמה, כפי שיושמה, בפסק הדין. הביקורת היא שאותה חזוקה פרשנית הייתה צריכה לפעול את פעולתה עוד בעניין רסלר⁸⁶. משלא נעשה כך, קשה להיתלות בנימוק המהפכה החוקתית כדי להצדיק את היישום הדווקני של החזוקה במקרה

American Trucking Associations Inc. v. EPA 175 F.3d 1027, D.C. CIR. 1999, (modified, 24 195 F.3d 4, D.C. Cir. 1999).

25 הפסיקה עוררה הדים רבים בארצות-הברית. לא כאן המקום לדרן במשמעויות החוקתיות והמינהליות של יישום מסוג זה לכלל ההסדרים הראשוניים. לדעות התומכות בפסק הדין ראו: L.S. Bressman "Schechter Poultry at the Millennium: A Delegation Doctrine for the Administrative State" 109 *Yale L.J.* (2000) 1399, 1424-1427; C.R. Sunstein "Is the Clean Air Act Unconstitutional?" 98 *Mich. L.Rev.* (1999) 303, 337, 350 M. Seidenfeld "The False Promise of the 'New'" 76 *Notre Dame L.Rev.* (2000) 1; "Recent Cases: Administrative Law — Nondelegation Doctrine — D.C. Circuit Holds that EPA Construction of Clean Air Act Violates Nondelegation Doctrine" 113 *Harv. L.Rev.* (2000) 1051; Dimino, *supra* note 20, at pp. 100-101. נכון לכתיבת דברים אלה, העניין תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון בארצות-הברית. טיעונים אחרונים נשמעו ביום 16.10.00. פסק דין, כאמור, טרם ניתן. 26 מבלי שהדברים נאמרו, נדמה שהכוונה היא בעיקר לתיבה "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו", כפי שמופיעה בפסקאות ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. לשאלות פרשניות בהקשר זה ראו א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 489-515. 27 פסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 523.

זה. נדמה שבעניין זה ניתן לחסוך במלל ולהפנות לדברים מפורשים שאמר השופט ברק, כשנה וחצי לפני מתן פסק הדין שלפנינו, בג"צ 5016/97 חורב נ' שר התחבורה²⁸. בהקשר שלפנינו ובהשוואה למקרה שלפנינו, הדברים מדברים בעד עצמם וראוי שיובאו בשלמותם:

"נטען בפנינו, כי ענין סגירתם של רחובות בשבת צריך להיות מוסדר בחקיקה ראשית. כי זו תקבע את אמות המידה הראויות בענין זה. אכן, גישה זו ראויה. נושא זה הוא חשוב, ומן הראוי לו שיהיה מוסדר על-ידי המחוקק הראשי. מן הראוי הוא גם, כי המחוקק הראשי יקבע את ההסדרים הראשיים, וישאיר למחוקק המשנה אך את הקביעה של ההסדרים המשניים. כך ראוי לנהוג בדמוקרטיה חוקתית, אך זו אינה השאלה הניצבת בפנינו. השאלה הניצבת בפנינו הנה, אם המשטר המשפטי הקיים, המעניק למפקח על התעבורה את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בענין תנועה – לרבות סגירת רחובות בשבת בשל שיקולים שבדת – הוא בלתי חוקי בשל כך שההסדרים הראשוניים אינם מעוגנים בחקיקה ראשית. על שאלה זו התשובה היא כשלילה. אל לנו להחליף משפט רצוי במשפט מצוי. רבים הם העניינים בחיינו, שבעבר הוסדרו בחקיקת משנה, ושמן הראוי להסדרים בחקיקה ראשית. די אם אזכיר את שאלת הגיוס של בחורי הישיבה לצבא. נטען בפנינו, בענין אחרון זה, כי ענין חשוב הוא, ומן הראוי שיוסדר בחקיקה ראשית. הסכמנו לכך. עם זאת קבענו, כי העדר קיומם של הסדרים ראשוניים בחקיקה הראשית אינו פוסל את חקיקת המשנה בענין זה (ראו בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 501). הוא הדין בענייננו. פקודת התעבורה הסמיכה את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים. אין זה רצוי, אך זה חוקי. דין זה נשמר גם אחרי כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. התרופה היא בידי המחוקק. בכל הנוגע לנו, עלינו לפרש את הדין הקיים, על יסוד ההנחה, כי המפקח על התעבורה הוא בעל סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בכל הנוגע לסגירת רחובות מטעמים שבדת. זאת עשיתי"²⁹ (ההדגשות שלי – י.ג.).

נדמה כי כל המוסיף גורע.

מכאן, לענין נימוק "שינוי הנסיבות" כהצדקה ליישום תורת ההסדרים הראשוניים לאחר שנדחתה בענין רסלר '86. לדעתי, אין הצדקה עניינית להיתלות בשינוי הנסיבות כדי להצדיק את הסטייה מההלכה שנקבעה בענין רסלר '86, מלבד הצורך לאחד את השורות סביב המכנה המשותף היחיד האפשרי. לנימוק השתנות הנסיבות כמצדיק סטייה מהלכת רסלר '86 יש חשיבות רבה, שכן, כפי שהראיתי לעיל, ספק רב עד כמה סטייה מהלכה זו הייתה יכולה להיות מוצדקת רק על סמך השינוי (הלכאורי?) במצב המשפטי לאחר המהפכה החוקתית.

28 בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1.

29 שם, בע' 115–116.

השופט ברק היה מודע לבעייתיות בהיתלות בתורת ההסדרים הראשוניים לאחר הנאמר בעניין רסלר '86 וניסה לספר סיפור בתוך סיפור ולשכנע כי יש היגיון בהיתלות זו. לדעתי, כאמור, הניסיון נכשל. השופט ברק העלה ארבעה נימוקים עיקריים המצדיקים, לגישתו, סטייה מהלכת רסלר '86.³⁰

ראשית, נימוק "קיצוניות האצילה". נאמר כי "לפנינו מקרה קיצוני ביותר של האצלה לרשות המבצעת, בלא שהחקיקה הראשית תכלול בחובה הנחיה כלשהי לשר הביטחון באשר להסדרים הראשוניים"³¹.

שנית, נימוק "המחלוקת החברתית". נקבע כי שאלת דחיית הגיוס של בחורי הישיבה נתונה במחלוקת בישראל, היא מעמתת בין זכויות אדם (הזכות לשוויון והזכות לחופש הדת) והפכה לבעיה חברתית וצבאית כאחד. כל אלה מחייבים הכרעה של המחוקק דווקא.

שלישית, נימוק "הבעיה הלאומית הדחופה". נטען כי "מאז פסק דינו בעניין רסלר גדל היקפו של ההסדר עד שהוא הפך לבעיה לאומית. הוא לא הוצג בפנינו בתור שכזה בעניין רסלר... גופה של הבעיה בדבר גיוס תלמידי הישיבה לא הוצג בפנינו כבעיה לאומית בעלת דחיפות ממדרגה ראשונה"³².

רביעית, נימוק "הכמות עושה איכות". נאמר כי מאז עניין רסלר '86 הכמות אכן עשתה איכות, היינו, הרחבת מספר הנהנים מדחיית השירות והרחבת סוג הנהנים מהסדר זה הפכו את הבעיה לכזו שיש לענות עליה בכנסת. נבחן נימוקים אלו, אחד לאחד.

ראשית, נימוק "קיצוניות האצילה". ברור על פני הדברים שאין בנימוק זה משום שינוי נסיבות. אופייה הקיצוני של האצלה לרשות המבצעת לא השתנה כזית מאז עניין רסלר '86. האצילה אותה אצילה, הסמכות אותה סמכות והשימוש שנעשה בה נשאר כשהיה. אז, כהיום, דובר בפטור גורף, אוטומטי, בעל סממנים כלליים ונורמטיביים.

שנית, נימוק "המחלוקת החברתית". שאלת דחיית הגיוס של בחורי הישיבה הייתה נתונה במחלוקת בישראל גם בשנת '86. גם אז היא עימתה בין הזכות לשוויון לבין הזכות לחופש הדת, גם אז היא הייתה בעיה חברתית וצבאית כאחד. עם כל הכבוד, ספק רב אם ניתן לקבל את הטענה לפיה המאפיינים של הסדר דחיית השירות כבעיה אידיאולוגית-חברתית-צבאית לא היו קיימים — ובעוצמה רבה — טרם העתירה שלפנינו. עוד בעתירות הראשונות בעניין הסדר בחורי הישיבות נטען לתועלת הצבאית שתצמח משירותם³³. עוד בדיון הנוסף בשנת '82 בעניין רסלר³⁴ נאמר על ידי השופט לנדוי כי מדובר בנושא בעל "חשיבות ציבורית-אידיאולוגית רבה מאוד" וכי בית המשפט "לא נועד לשמש

30 פסק הדין, לעיל הערה 1, מע' 524 ואילך.

31 שם, בע' 526.

32 שם, בע' 529.

33 לסקירת הפסיקה הקודמת בעניין רסלר '86, ראו לעיל הערה 2, בע' 453.

34 ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708.

זירה למאבקים ציבוריים-אידיאולוגיים³⁵. גם בעניין רסלר '86 נטען במפורש על ידי היועץ המשפטי לממשלה כי "נושא העתירה שנוי במחלוקת ציבורית" וכי שר הביטחון כלל במסגרת שיקוליו גם "הכרה ברגישות הציבורית העמוקה של נושא השנוי במחלוקת אידיאולוגית בקרב הציבור בישראל"³⁶.

שלישית, נימוק "הבעיה הלאומית הדחופה". הטענה של השופט ברק כי בעניין רסלר '86 "גופה של הבעיה בדבר גיוס תלמידי הישיבה לא הוצג בפנינו כבעיה לאומית בעלת דחיפות ממדרגה ראשונה"³⁷, עם כל הכבוד, אינה יכולה לעמוד. מקריאת פסק הדין בעניין רסלר '86 ברור שעניין גיוס בחורי הישיבה נתפס שם כבעיה לאומית. ראו למשל מדברי השופט ברק: "טענתו הכללית של העותר בסוגיה זו הנה, כי דחיית גיוסם של בחורי הישיבה הנה עניין בעל חשיבות ציבורית מהותית..."³⁸; "הנה כי כן, עניין לנו בסוגיה אשר אין בה הסכמה לאומית והנתונה למחלוקת חריפה"³⁹; "דווקא [ב]העדרו של קונסנזוס לאומי... רשאי שר הביטחון להתחשב בשיקול זה [בשיקול הדתי]"⁴⁰.

ייתכן כי ניתן לטעון בדוחק שאמנם בעיית גיוס תלמידי הישיבות הוצגה כבעיה לאומית אך לא כבעיה לאומית "דחופה". גם אם נסכים לכך, תעלה השאלה, שאין לה תשובה, מה לדחיפות ולצורך לעגן את ההסדר בחקיקה. מוטיב הזמן אינו מהווה גורם במסגרת כלל ההסדרים הראשוניים. את בעיית הדחיפות, כשיקול העומד בפני עצמו, ניתן היה לפתור גם במסגרת המתחם של שיקול הדעת המינהלי – ואפילו ביתר קלות.

רביעית, נימוק "הכמות עושה איכות". טענה זו, בהקשר של תורת ההסדרים הראשוניים יכולה, עקרונית, לעמוד כשלעצמה, אולם, ושלא כפי שמציג זאת השופט ברק, אין לה כל אחיזה בעניין רסלר '86. בפסק הדין מנסה השופט ברק לשכנע:

"גישתנו הינה כי ההכרעה בשאלות אלה צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת... האם מתיישבת מסקנתנו זו עם פסק דינונו בפרשת רסלר? דומה בעיני שהתשובה היא בחיוב. הדגשנו בפרשת רסלר כי 'הכמות עושה איכות'... מאז פסק דינונו בפרשת רסלר גדל היקפו של ההסדר עד שהוא הפך לבעיה לאומית... לאור הצורך לתת... פתרון לאומי כולל, נדרשת מעורבותה של הכנסת"⁴¹.

35 שם, בע' 711. אמירה זו הזכרה על ידי השופט ברק בעניין רסלר '86, לעיל הערה 2, בע' 454.

36 עניין רסלר '86, שם, בע' 456.

37 פסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 529.

38 עניין רסלר '86, לעיל הערה 2, בע' 501.

39 שם, בע' 505.

40 שם, בע' 506.

41 פסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 528–530. ראו גם בע' 526, שם, בהתייחסו להלכת רסלר '86 כאשר לחוקיות השימוש בסמכות ראשונית על ידי שר הביטחון, אמר השופט ברק כי: "הדין בעניין זה נפסק בעבר. השאלה הניצבת בפנינו הנה אם הנסיבות החדשות... מצדיקות מסקנה

בעניין רסלר '86 נדונה שאלת ההסדרים הראשוניים בפסקה אחת, בעמוד אחד⁴². גם אם השופט ברק הסתייג אז מהמצב הקיים וסבר כי אין זה מצב רצוי, הרי שהקביעה שהמצב חוקי — ולו "במישור הפורמלי" לגישתו של השופט ברק — לא הייתה מסויגת. לא נאמר דבר וחצי דבר על שינוי אפשרי בנסיבות העשוי לערער קביעה זו. לא נרמז דבר על "כמות שתעשה איכות" בהקשר תורת ההסדרים הראשוניים, אפילו היה ברור כי היקפו של ההסדר עתיד להמשיך ולהתרחב. מסקנתו הסופית של השופט ברק הייתה מוחלטת, עד שהקורא הסביר (והעותר הסביר) מגיע למסקנה כי מישור תקיפה זה נחסם לחלוטין. בסופם של דברים קבע השופט ברק בעניין רסלר '86 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. הכנסת מצאה לנכון להעניק לשר הביטחון סמכות רחבה של קביעת עילות פטור ודחייה 'מטעמים אחרים', בלא שהותירה בידה סמכות אישור בעניין זה. את רצונה זה של הכנסת עלינו לכבד. שלטון החוק אינו רק שלטון החוק בשלטון, אלא גם שלטון החוק בשופט"⁴³ (ההדגשה שלי — י.נ.).

העיקרון של "כמות העושה איכות" אמנם הוזכר בפרשת רסלר '86 אך תחת הכותרת "סבירות שיקול דעתו של הביטחון" ובהקשר של הגבלת כמות הנהגים מהפטור. היינו, "הכמות עשתה איכות" בעניין רסלר '86 רק לעניין מידת סבירות שיקול הדעת של הביטחון, לא לעניין עצם סמכותו הפונקציונלית⁴⁴. סופם של דברים לעניין זה. נימוק ההסדרים הראשוניים, כפי שהובא בפסק הדין, יכול היה להתקבל מבחינה משפטית אילו היה זה פסק הדין הראשון שעסק בנושא. אולם, משהייתה קיימת הלכת רסלר '86 בעניין זה, הנימוק הופך למאולץ ובעיקר לא קוהרנטי לפסיקה הקודמת. שלילת הבסיס המשפטי עליו נסמך הנימוק היחיד לקבלת העתירה מחזק את הטענה בדבר השיקולים החוץ משפטיים שהנחו את המותב, כפי שפורטו בפרק הקודם לעיל.

שונה. הדגשנו בפרשת רסלר (לעניין סבירות החלטתו של שר הביטחון) כי 'הכמות עושה איכות'. כיצד משפיעים כל אלה על השאלה הניצבת עתה לפנינו?

42 עניין רסלר '86, לעיל הערה 2, בע' 501-502.

43 שם, בע' 502. בפסק הדין שלפנינו הביא השופט ברק חלק מהסתייגותיו בעניין רסלר '86 בעניין ההסדרים הראשוניים. הסיפא של הציטוט לעיל לא הובא.

44 שם, בע' 503, 505 (השופט ברק): "יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות". וכן בע' 512 (השופטת בן פורת): "כמו כן ייתכן, שבעתיד יגיעו מימדי הדחיות לכדי שיקול רציוני באשר לסבירות גישתו של שר הביטחון, עד כדי הצדקה להתערבותו של בית משפט זה" (ההדגשה שלי — י.נ.).

5. שאלת הסעד: השעיית הבטלות ופנייה למחוקק

בפסק הדין, בית המשפט קבע כי הסדר דחיית השירות צריך לעבור להכרעת המחוקק לשם עיגונו בחקיקה ראשית. קביעה זו מחייבת סעד כפול: הכרזה שהמצב הקיים אינו חוקי וחיוב המחוקק לפעול. שיקולי מדיניות שיפוטית קצבו למחוקק את זמן הפעולה והשעו את בטלות המצב הקיים עד לתום המועד הקצוב.⁴⁵

השעיית הבטלות ופנייה למחוקק לתקן את המצב הקיים הם סעדים מקובלים בשיטות משפט בהן קיימת ביקורת שיפוטית על חוקים. הסעד מבטא ריסון שיפוטי יחסי ומהווה מכשיר לניהול דו-שיח חוקתי בין בית המשפט לבין המחוקק. יחד עם זאת, נדמה שבפסק הדין נהג בית המשפט באיפוק יתר. האיפוק המוגזם יצר מצב של עמימות ושל חוסר ודאות לגבי המצב החוקי הרצוי. בית המשפט יכול היה, באותה מסגרת של השעיית הבטלות ופנייה למחוקק, להיות נחרץ יותר וברור יותר ובכך להקטין את הסיכוי לעימות חוקתי שעלול להתרחש בעתיד. כאמור, הסעד של השעיית תוקף הבטלות הוא סעד מקובל במשפט החוקתי הישראלי⁴⁶ ובמשפט החוקתי המשווה.⁴⁷

במשפט האמריקאי ניתן למצוא דוגמאות לעיכוב ביצוע של החלטה המכריזה על אי-חוקתיותו של חוק וכן להחלה פרוספקטיבית של החלטה כאמור, היוצרת למעשה השעיה של תוקף הביטול⁴⁸. גם במשפט הקנדי מוכר הסעד של השעיה זמנית (Temporary Suspension) של מועד הכניסה לתוקף של הכרזת הבטלות⁴⁹. סעדים "יצירתיים" ואקטיביים יותר, במסגרת השעיית הבטלות, ניתן למצוא במשפט האיטלקי. כפי שאראה להלן, היה מקום לעשות שימוש בסעדים אלה גם בפסק הדין שלפנינו. הכוונה היא לשני סוגים עיקריים של סעדים: "הצעה מחייבת" (Binding Suggestion) ו"המלצה למחוקק" (Recommendation)⁵⁰. במסגרת הסעד של הצעה מחייבת בית המשפט נמנע מלהכריז על אי-חוקתיותו של חוק, גם אם אינו חוקתי, על מנת לאפשר למחוקק לתקן את הפגם. בית המשפט "מציע" הנחיות וקריטריונים כיצד לבצע את התיקון. לא התקבלה ההצעה – יוביל הדבר להחלטה שהחוק אינו חוקתי ובטל. מכאן כוחה המחייב של ההצעה. במסגרת הסעד של המלצה למחוקק בית המשפט קורא למחוקק לפעול בהתאם

45 פסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 530–531.

46 וראו כג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; כג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון (טרם פורסם), תקדין עליין 37(4) 140.

47 לפירוט בעניין זה ראו ר' הרזוב תוצאות הביקורת המשפטית על חקיקה: מעמדו ותוצאותיו של חוק בלתי חוקתי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, תשנ"ח) וכן: ברק, לעיל הערה 26, בע' 741–749.

48 ראו: *Lemon v. Kurtzman II* 411 U.S. 192 (1982); *Northen Pipeline v. Marathon Pipeline* 458 U.S. 50 (1973).

49 ראו: *Re Manitoba Language Rights v. Canada* 1 [1985] S.C.R. 721; *Schacter v. Canada* 93 D.L.R. (4th) (1992).

50 לפירוט ראו הרזוב, לעיל הערה 47 וכן: Vigority "Admonitory Functions of Constitutional Courts — Italy" 20 *Am.J.Comp.L* (1972) 404.

לחוקה במקרים מיוחדים בהם נפל פגם בדבר חקיקה בשל עמימותו או מקום בו מוטלת על המחוקק חובה לפעול בתוך פרק זמן נקוב. גם במסגרת סעד זה בית המשפט נוקט עמדה באשר להסדר הנורמטיבי הרצוי. הסעד היה שנוי במחלוקת כאשר החל בית המשפט החוקתי לעשות בו שימוש, אך כיום הוא מקובל כחלק מדרושיח לגיטימי ורצוי בין בית המשפט לבין המחוקק. סעד שיפוטי דומה מקובל גם במשפט הגרמני, שם הוא מכונה: "אלמנט ההדרכה" (Elementary Advisory). במסגרת סעד זה, במקביל לביטול חוק קיים, בית המשפט מנחה את המחוקק באשר להסדר החלופי הראוי. Rupp von Brunneck הסבירה את נחיצות "אלמנט ההדרכה", במקרים מתאימים, באומרה כי — "Since the decision of the Constitutional Court deals only with the existing statute, there may be doubts as to which one of several possible alternatives the legislature may safely choose in order to conform with the decision. This will quite naturally lead the Court to include an *advisory element* in its opinion in order to indicate to the legislature the scope and limits of its descretion"⁵¹.

בפסק הדין השעה בית המשפט את בטלות ההסדר הקיים והפנה את ההכרעה למחוקק. סעד זה התבקש מהנמקת פסק הדין. יחד עם זאת, חסרים בפסק הדין קווים מנחים למחוקק. חסר תיחום של "מרחב התמרון" שלו⁵². בכל פסק הדין נמצא פסקה אחת המעלה במרוכז את השאלות המהותיות המתעוררות ושיש בה שמץ של הבעת עמדה ביחס אליהן. כך אמר השופט ברק:

"שיקול דעתו של שר הבטחון, כפי שעלה מהתשתית העובדתית שהונחה בפנינו הוא בעייתי: הן מבחינת הספק הקיים אם אומנם השיקול הביטחוני היה השיקול הדומיננטי; הן מבחינת החשש כי בשל הגידול הרב במקבלי דחיות שירות, ובשל הצטרפותן של קטיגוריות חדשות של מקבלי דחיות שירות, נפרץ מתחם הסבירות, מבחינת 'הכמות עושה איכות'...; והן מבחינת המשקל שראוי היה לתת — ולא ניתן — לעקרון השוויון. אך, כאמור... אין צורך שנעסיק את עצמנו בשאלה אם שיקול הדעת של שר הבטחון הופעל כדין"⁵³.

הדברים הם נוגעים ולא נוגעים. מבקרים ונרתעים — וברור מדוע. בדומה להנמקת פסק הדין, זהירות היתר במתן הסעד היא פועל יוצא של שיקולי המדיניות הפנימיים והחיצוניים של בית המשפט כפי שתוארו לעיל. עולה חשש סביר שהניסוח המינורי

W. Rupp von Brunneck "Admonitory Function of Constitutional Courts" 20 *Am.J.Comp.L.* 51 (1972) 387, 391–392.

52 פסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 517: "בקביעתן של אמות המידה העקרוניות וקווי המדיניות הכללית, יש להכיר במרחב התמרון של המחוקק".

53 שם, בע' 530. ראו גם בע' 529: "למותר לציין כי לגוף השאלות הצריכות הכרעה איננו נוקטים כל עמדה, ואין בציין האופציות החברתיות השונות משום נקיטת עמדה באשר לחוקתיותן".

בנוגע לסבירות או לחוקיות שיקול דעתו של שר הביטחון מסתיר מחלוקת קשות בין השופטים באשר לתוכן ההסדר עצמו.

לדעתו, במשטר של ביקורת שיפוטית על חקיקה, בית המשפט חטא לחובתו להדריך את המחוקק – ולו בקווים כלליים – מהי דרך הפעולה שעליו לנקוט ומהו אופיו הכללי של ההסדר שעדיין יכול להיחשב חוקתי. זהירות היתר של בית המשפט עשויה להוביל לעימות מיותר ולפסילה של חוק עתידי שיקבע הסדר לא חוקתי של דחיית שירות⁵⁴. קיימת דעה אחרת הטוענת בדבר אי-התערבות שיפוטית במקרים מסוג זה, מטעמים של חוסר שפיטות מוסדית. אם כבר נעשתה התערבות כזו אזי נטען שראוי שיינתן הסעד המצומצם של פנייה אל המחוקק, ללא הכוונה וללא כבילה⁵⁵. דוברת עקבית, בולטת ורהוטה של גישה זו היא פרופ' גביון שטענה לאחרונה נגד התוויה שיפוטית-מהותית של ההסדר הרצוי בעניין גיוס בחורי ישיבות משום החשש "להגברת העוינות כלפי בג"צ אצל החרדים" ומשום ש"בג"צ אינו פועל פה להגנה על הזכות של מיעוט לשוויון, אלא להגנה על הרוב, שאינו יכול להגיע להסדרים קבילים מסיבות פוליטיות. הסיבות הפוליטיות האלה לא תעלמנה"⁵⁶.

אלו הן טענות עקרוניות, היפות גם למקרים דומים אחרים. התמודדות איתן בצורה שלמה ומלאה דורשת חיבור נפרד. אצא ידי חובה בהתייחסות קצרה ועקרונית המציגה מקצת משתי התשובות שבאמתחתי. ראשית, החשש בדבר

54 דרך אחרת נקט בית המשפט במקרים אחרים, רגישים לא פחות מהמקרה שלפנינו. כך, למשל, בבג"צ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) ג' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, בעניין מעמדו של הגיור הלא-אורתודוקסי, בית המשפט העביר את ההכרעה למחוקק אגב קביעה עקרונית (בדעת רוב) כי המונופול האורתודוקסי על הגיור בישראל אינו מתיישב עם חופש הדת. ראו, למשל, שם, בע' 660–686, 692. ראו גם בבג"צ 5100/94 הודע הציבורי נגד עניינים בישראל ג' ממשלת ישראל (טרם פורסם), בעניין החקירות הענייניים בשירות הביטחון הכללי (להלן: "השב"כ"). גם שם בית המשפט קבע, בצורה כמעט זהה למקרה שלפנינו, שללא חוק מסמך שיטות החקירה של השב"כ מתקיימות ללא סמכות והן אסורות. דא עקא, שבמקרה זה, לאזכור האפשרות העקרונית של המחוקק לחוקק חוק שיסדיר את שיטות החקירה בשב"כ, הוספו אמירות עקרוניות וברורות באשר לפסלותן של שיטות החקירה לגופן. ראו שם, בע' 512–529. לגישתי, שני פסקי הדין שלעיל הם דוגמה למדיניות שיפוטית ראויה של העברת ההכרעה למחוקק תוך כבילה מהותית של מרחב הפעולה שלו במסגרת "מתחם החוקתיות". טענת אי-השפיטות המוסדית נסמכת על הטענה כי אופיו הדומיננטי של העניין הוא ציבורי ולא משפטי ולכן, גם אם יש קנה מידה משפטי להכרעה, עדיפה אי-התערבות שיפוטית – מכוח שיקולי מדיניות. לעניין זה אין לי אלא להביא בהסכמה את דבריו של השופט חשין בפסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 533–534: "האמירה כי הנושא הוא 'בעל צביון פוליטי מובהק, וכי מטעם זה ראוי לו לבית-המשפט לירחק ממנו, קשתה עלי בזמנו וקשה היא עלי אף כיום. וכי שירות בצה"ל הוא נושא 'פוליטי'... אמירה כי הנושא 'פוליטי' הוא: האמנם אמירת-קסם היא, אמירה סוגרת-שער?.. האמנם אין כל צד משפטי אמיתי לעשייתו של שר הביטחון?". דבריו של השופט חשין כיוונו בעיקר לשאלת עצם התערבותו של בג"צ. ניתן להסתמך על הרציונל של הדברים כדי להצדיק את אופי ההתערבות הראויה של בג"צ, היינו את שאלת אופי הסעד.

56 ר' גביון, מ' קרמניצר ו' דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"צ כחברה הישראלית (תש"ס) 111.

הגברת העוינות כלפי בג"צ אצל החרדים, אם אין הוא שיקול זר של ממש – ראוי לו שישמש שיקול שולי בהתווית המדיניות השיפוטית. אם, מבחינה משפטית וציבורית, אין כל הצדקה לממדי הפטור של בחורי הישיבות ולאופיו הגורף, אזי ביטול הפטור יוביל לעוינות חרדית רק משום חוסר הסובלנות של חלק מקהילה זו ומשום תפיסה לא לגיטימית ולא מוסרית של יחסיהם עם המדינה ועם מוסדותיה⁵⁷. ככלל, עמדות לא סובלניות ולא מוסריות אינן יכולות להצדיק פשרה בחתירה לשוויון ואינן יכולות לשמש שיקול בהתווית התנהלות שיפוטית⁵⁸. לרצון למנוע עוינות של מגזרים כלפי בג"צ אין קיום עצמאי. אם עוינות זו היא תוצר של השקפה לא סובלנית, אזי היא תוצר הכרחי של הגנה על משטר של זכויות אדם. התשובה השנייה, נוגעת לתפקידו של בג"צ כמגן הרוב. דווקא משום שהסיבות הפוליטיות לכפיית רצון המיעוט על הרוב לא תעלמנה, חייב בג"צ להתערב. בג"צ עומד בפני כשל בשיטה הדמוקרטית, שבו, מטעמים שרירותיים לחלוטין, רצון הרוב, נשמת אפו של שלטון דמוקרטי, אינו יכול לבוא לידי ביטוי. במידה ורצון הרוב לא רק שאינו בא לפגוע בזכויות אדם אלא מכון להגנה על זכויות אלה, מוטלת חובה על בית המשפט לתת ביטוי לרצון זה תוך סילוק המכשול הפוליטי מהדרך. תפיסה אמיתית של חשיבות ההליך הדמוקרטי מחייבת התערבות שיפוטית להגנת רוב לא מאורגן מפני מיעוט מאורגן ובעל כוח פוליטי⁵⁹. ברור כי הסיווג של פרופ' גביון את החרדים כמיעוט אינו הולם את כוחם בפועל בשדה המשחק הפוליטי. המיעוט "המשפטי" אינו נמדד בכוחו המספרי-דמוגרפי (והשוו למעמדם של נשים במשפט ובחברה) אלא בכוחו האפקטיבי בהליך הדמוקרטי. ראייה מהותית כזו עשויה להחזיר את הדין אל העילה הקלאסית להתערבות שיפוטית: הגנה על הזכות לשוויון של המיעוט (החילוני) מפני הסדר מפלה הנכפה על ידי הרוב (החרדי). זהו התפקיד של בית המשפט במידה והמחוקק נכשל. זהו התפקיד של בית המשפט לכוון את המחוקק כך שלא ייכשל.

57 לגיתוח מפורט של היחס הציני, כאידיאולוגיה, של חלק מהחרדים אל המדינה, ראו, ש' אילן חרדים בע"מ: התקציבים, ההשתמטות ורמיסת החוק (תשס"א).

58 השוו לבג"צ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה (טרם פורסם), תקדין עליון 2000(1) 825 (להלן: עניין נשות הכותל). שם, בתגובה לטענה שתפילת נשים בכותל המערבי עשויה לגרור תגובה אלימה מצד המתפללים החרדים, אמר השופט מצא (בפסקה 27 לפסק דינו) כי "האפשרות שהכרה בזכות העותרות להתפלל כמנהגן ברחבת הכותל עלולה לגרור תגובות אלימות מצד חוגים שהסובלנות כלפי הזולת היא מהם והלאה, כבר הובאה בחשבון בגיבוש הכרעתו של בית המשפט בפסק הדין הראשון. אין להשלים עם מצב, שחשש מפני תגובה אלימה מצד מיגזר כלשהו של הציבור יביא לשלילת האפשרות של מיגזר אחר לממש זכות הנתונה לו". ניתן להבין מפסק הדין כי השופט ייחס לאלימות החרדית מניעים לא סובלניים ומשום כך שלל את ההתחשבות בה בבואו להעניק ל"נשות הכותל" את זכותן לביטוי, לשוויון ולחופש הדת.

לדין נרחב בשאלת היחס הראוי לקבוצות לא סובלניות ראו ר' כהן-אלמגור גבולות הסובלנות והחירות (תשנ"ד) 25–107.

59 ראו י' דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח (תשנ"ז) 149, 154–155, והמקורות המופיעים שם.

6. פסק הדין והסעד כתוצר של "המהפכה החוקתית"

נדמה שהנמקת פסק הדין ובוודאי הסעד שניתן בו הם, בכל זאת, תוצר ישיר של המהפכה החוקתית. בהיעדרה, ישנה סבירות גבוהה ביותר שאותן עתירות ממש היו מובילות לתוצאה שונה לחלוטין. אנסה לבסס את הטענה הן ברובד הגלוי של פסק הדין והן ברובד הסמוי והמעניין יותר.

ברובד הגלוי, וכפי שהראיתי לעיל, השופט ברק התבסס על שני נימוקים בכואו לטטות מהלכת רסלר '86 וליישם את תורת ההסדרים הראשוניים בצורה דקדקנית. הנימוק הראשון הוא נימוק השינוי בנסיבות – אותו שללנו לעיל. הנימוק השני הוא נימוק המהפכה החוקתית.

בהקשר זה, השופט ברק קבע כי הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי מובילה לכך ש"החזקה הפרשנית לפיה ההנחה הנה שתכליתו של חוק לא הייתה להעניק לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים מקבלת עוצמה נוספת"⁶⁰. לגישתו של השופט ברק, פסק הדין הוא עוד נדבך בהתאמת המשפט הישראלי למצב החדש אליו הוא נכנס משנת 1992.

ברובד הגלוי, הנמקת פסק הדין, בנסיבות המקרה, חייבה את סוג הסעד שניתן למעשה – ביטול ההסדר הקיים והעברת ההכרעה למחוקק תוך השעיה מוגבלת בזמן של החלטת הבטלות.

ברובד הסמוי, ניתן לתמוה מדוע לא נעשה שימוש בסעד האמור בעניין רסלר '86.

בפסק דינו, השופט ברק דן ביישומה של תורת ההסדרים הראשוניים בפסיקה הישראלית עד למהפכה החוקתית⁶¹. בין השאר הוא אמר כי:

"התפתח קו ברור של פסיקה אשר קבע כי במקום שההסדר החקיקתי פוגע בחירותו של הפרט, נדרש בדרך כלל כי הסמכתו של המינהל בחקיקה הראשית תהא ברורה, מפורשת וחד משמעית"⁶².

מהי אותה הסמכה מפורשת? השופט ברק הביא מדבריו של השופט שמגר בעניין מיטרני⁶³, בנוגע לחופש העיסוק, שם נאמר כי הסמכה מפורשת מכוונת "אך ורק למקרה, בו אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמין את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני"⁶⁴. כלל זה חל, כפי שציין השופט ברק, גם במקרים בהם מחוקק המשנה בא לפגוע בעקרון השוויון⁶⁵. אם כך, ונשארת התמיהה על מכוונה, מדוע נפקד כלל זה

60 פסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 523.

61 שם, בע' 517-521.

62 שם, בע' 520.

63 בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (להלן: עניין מיטרני).

64 שם, בע' 359.

65 בג"צ 601/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 639.

מעניין רסלר '86 אשר על המצב הנורמטיבי שהיה שם אמר השופט ברק בפסק הדין שלפנינו כי מדובר ב"מקרה קיצוני ביותר של האצלה לרשות המבצעת, בלא שהחקיקה הראשית תכלול בחובה הנחיה כלשהי לשר הביטחון באשר להסדרים הראשוניים"⁶⁶.

אכן, כפי שציינתי בפירוט לעיל, ברובד הגלוי, לא המהפכה החוקתית ולא השינוי בנסיבות מצדיקים את ההחלה של תורת ההסדרים הראשוניים במקרה שלפנינו תוך אבחון מעניין רסלר '86. ממילא אין הם יכולים להסביר את היעדרו של סעד "הפנייה למחוקק" בעניין רסלר '86. יחד עם זאת, למהפכה החוקתית יש בכל זאת, לדעתי, השפעה מכרעת בעניין זה – וברובד הסמוי, מתוך שיקולים אסטרטגיים חיצוניים.

נקל להבין מעניין רסלר '86 שדעתם של כל שופטי ההרכב לא הייתה נוחה מהמצב העובדתי-משפטי שנפרש בפניהם⁶⁷. נדמה גם שהשופטים ידעו היטב מה תהא התוצאה אילו היו קובעים כי יש להעביר את ההכרעה לידי המחוקק. ניתן להניח, ברמה גבוהה של הסתברות, כי אפילו היו השופטים שופכים אש וגופרית על תכניו של ההסדר שהובא בפניהם ועל אופיו המהותי והיו מוסיפים וקובעים כי ההכרעה נתונה למחוקק ולא לשר הביטחון, הרי שהמחוקק היה מעגן את ההסדר – ולמעשה מעתיקו – אל החקיקה הראשית.

בשנת 1986, טרם המהפכה החוקתית, סעד של בטלות ההסדר והעברת ההכרעה למחוקק היה עשוי להוביל לחקיקת חוק מפלה בעליל, חסין מפני ביקורת שיפוטית. לדעתי, למרות שבעניין רסלר '86 הייתה הצדקה עניינית לקבוע שההסדר צריך להיות מעוגן בחוק, בית המשפט נמנע מתוצאה זו כדי לשמור לעצמו את הכוח להתערב בעתיד באקט המינהלי של שר הביטחון, מקום בו הכמות אכן "תעשה איכות"^{68,69}.

מדיניות שיפוטית זו איבדה מתוקפה מקום בו יש לבית המשפט סמכות להעביר

66 פסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 528.

67 הדברים באו לידי ביטוי בעיקר בדבריו של השופט שמגר. ראו למשל: "ההסדר הקיים... אמנם איננו בלתי חוקי, אך מהבחינה העניינית, הוא לדעתי, בלתי מניח את הדעת". עניין רסלר '86, לעיל הערה 2, בע' 513.

68 "יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות" (שם, בע' 505). וכן: "ייתכן שבעתיד יגיעו מימדי הדחיות לכדי שיקול רציני באשר לסבירות גישתו של שר הביטחון" (שם, בע' 512). וגם: "בנסיבות הקיימות אין לפסול את הסדר הדחייה של השירות הצבאי" (שם, בע' 524).

69 ישאל השואל – הרי גם בתרחיש כזה יכול היה המחוקק לעגן את ההסדר בחוק "ולעקוף" את פסילת ההסדר או את שינויו על ידי בג"צ. התשובה לכך היא שדבר אחד הוא קביעה של בג"צ שההסדר אינו חוקי/סביר והעברת ההכרעה במפורש למחוקק ודבר אחר הוא קביעה שההסדר אינו חוקי/סביר וקביעת הסדר אחר במקומו או הגבלת שר הביטחון במתחם של סבירות. במקרה השני, בהתערבות "הלא קרואה" של המחוקק יש התרסה משמעותית יותר כלפי בית המשפט שעשויה לגרור ביקורת ציבורית חזקה יותר. התערבות לא קרואה זו היא למעשה חקיקה "עוקפת בג"צ" במונחי המהותי והפסול.

חקיקה ראשית תחת ביקורת שיפוטית מהותית מכוח פסקת ההגבלה, ובמקרה זה – עד כמה שעקרון השוויון אכן נכלל בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷⁰. קיומה של ביקורת שיפוטית על חוקים מאפשר לבית המשפט להעביר את ההכרעה למחוקק מבלי לפגוע בצורה משמעותית בכוחו לחזור ולבחון את חוקיות או חוקתיות ההסדר כפי שיעוגן בחוק⁷¹.

היינו, המהפכה החוקתית היא שאפשרה לבית המשפט לאחד את השורות, לסטות מהלכת רסלר 86' ולהעביר את ההכרעה למחוקק. ודוק: עיקר השפעתה של המהפכה החוקתית אינו במישור הגלוי, היינו בחיזוק תורת ההסדרים הראשוניים ובהתוויה מהותית של הנמקת פסק הדין והסער, כפי שטען השופט ברק. עיקר השפעתה הוא במישור הסמוי, היינו ביצירת מציאות משפטית שאפשרה לבית המשפט לשקול שיקולי מדיניות ולפסוק את שפסק כשחזקן ב"מעגל הכוחות החוקתי", ללא הצדקה משפטית "טהורה" ועניינית⁷².

7. השופט חשין: דברים כהווייתם

אכן, פסק הדין, כפי שהובא על ידי השופט ברק בהסכמת שמונה שופטים נוספים, מעלה שאלות נקבות על הגלוי והנסתר בדרך ההנמקה השיפוטית. אולם, אין חוות הדעת של השופט ברק עומדת לבדה. את פסק הדין חותמת חוות הדעת של

70 לא כאן המקום לדרן בשאלה זו ובתשובות השונות לה. למחלוקת אחרונה בעניין זה ראו בבג"צ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164. בעניין זה אמר השופט ברק, בע' 186–187, כי "השוויון מהווה זכות בעלת מעמד חוקתי. היא נכללת בזכות לכבוד. אכן, עקרון השוויון נגזר מכבוד האדם וקשור עמו קשר בל ינתק. על-כן, מוכן אני, אילו נדרשתי לכך, לבחון אם חוק רגיל פוגע בעקרון השוויון שלא כדן (כלומר, בלא לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה)". השופט זמיר, לעומת זאת, אמר, בע' 175, כי: "אכן, יש דעה, ובכלל זה דעה של שופטים, שכבוד האדם... כולל במשתמע גם את עקרון השוויון. אך דעה זו לא נתגבשה כדי הלכה. לפיכך, אין בה, במעמדה כיום, כדי לבטל הוראה בחוק... גם אם ההוראה פוגעת בעקרון השוויון".

71 בהקשר זה מעניין לציין את אמרת האגב המשמעותית של השופט חשין בפסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 541: "לא אכריע בשאלה – אשר לא נדרשנו להכריע בה – אם אף בכוחו של חוק הכנסת לפטור בני ישיבה משירות בצבא. יימצאו מי שייאמרו – 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... פיקוח נפש, כידוע, דוחה שבת... יש אומרים שאף ספק פיקוח נפש דוחה שבת. נזכור כי ענייננו שלנו הוא בפיקוח נפש – לא פחות". מעניין לציין כי השופט שטרסברג-כהן, בחרה להבדיל עצמה מההסכמה הגורפת של שמונה מחבריה לפסק דינו של השופט ברק, והוסיפה את הסכמתה גם לפסק דינו הנפרד של השופט חשין. נדמה שהסכמתה מכוננת גם להערה אחרונה זו של השופט חשין, שהיא אחד העיקרים המבחינים בין פסק דינו לבין פסק הדין של השופט ברק.

72 ניתן לתהות מה היה הסעד שניתן אילו גם בעת הגשת העתירה בשנת 1997 לא היה מוסמך בית המשפט לבטל חוק (להוציא חוק שפוגע בחוק-יסוד משוריין פורמלי). לא יהיה זה מרחיק לכת לשער שלפחות חלק מהשופטים היו ממשיכים את הדרך שנקבעה בעניין רסלר 86', דוחים את טענת ההסדרים הראשוניים ומקיימים דין ענייני בדבר סבירות שיקול הדעת המינהלי של שר הביטחון.

השופט חשין, שכדרכו, מביט נכוחה אל התשתית העובדתית והמשפטית ואומר דברים פשוטים וברורים.

השופט חשין הצטרף אמנם לעיקר ההנמקה של השופט ברק וכן אל הסעד. גם השופט חשין קבע כי תורת ההסדרים הראשוניים מחייבת חוק של הכנסת בעניין זה וכי יש לתת ארכה למחוקק לומר את דברו. אולם, השופט חשין אינו נצרך לדרך עקלקלה כדי לנמק את הסטייה מהלכת רסלר '86. השופט חשין אמר את הברור מאליו. "משנת 1977, עת בוטלה המכסה השמית השנתית להצטרפות להסדר והפכה לפטור אוטומטי-כללי-נורמטיבי, ועד לימים אלה, פעלו שרי הביטחון ללא סמכות ובניגוד לחוק. לא המהפכה החוקתית היא שמובילה למסקנה שעל המחוקק לומר דברו ולא השתנות הנסיבות מאז עניין רסלר '86. מהותו של הנושא וחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, היו ועודם הנימוקים המספיקים"⁷³. מעבר לדברים פשוטים אך נכוחים אלה, מוסיף השופט חשין אמירות ברורות יותר לגופם של דברים, שיש בהם לכוון את דרכו של המחוקק. כך למשל:

"דומני כי דחיה-פטור שניתנו ל-17,000 בני-ישיבה — כפי שנגלה לעיני בית-המשפט בעניין רסלר האחרונה — היו רב למעלה-מן-המידה. ואולם גם אם אמרנו אחרת, בוודאי כך הוא כיום, שמדברים אנו בכ-29,000 בני ישיבה הזוכים לפטור-דחיה... בשניים אלו מצאנו קושי בענייננו... אחד, בכך שמספר הדחיות לא הוגבל, לא מראש ולא בדיעבד, עד שתפח והגיע לממדיו כיום, ושניים, בכך שהדחיות הפכו והופכות, למעשה, לפטורים"⁷⁴.

אכן, אילו קבע השופט ברק כי בג"צ, והוא עצמו, טעו בעניין רסלר '86 וכי גם אז לא הייתה סמכות לשר הביטחון להפעיל את הסדר דחיית השירות, דיינו⁷⁵. אילו קבע בג"צ עמדה משפטית עקרונית בדבר תוכנו ואופיו של הסדר דחיית השירות כפי שמופעל כיום, דיינו. השופט ברק ושמונה השופטים שהצטרפו לחוות דעתו, לא בחרו בדרך זו.

נותרנו עם חוות הדעת של השופט חשין, שללא תקיפה ישירה של חוות הדעת של תשעה מעמיתיו, חשף בכל זאת את חולשתה המשפטית ובכך הוציא עצמו מסד הפשרה הפנימית המאולצת שהובילה לחולשה משפטית זו.

73 פסק הדין, לעיל הערה 1, בע' 539, מדברי השופט חשין בהקשר זה: "[עוד בנוגע לעניין רסלר '86] שאלתי את עצמי... האם פירוש לחוק ולפיו הוענקה סמכות כה מרחיקת-לכת לשר הביטחון עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשוניים בדימוקרטיה פרלמנטרית... שר הביטחון דהאידיגא — הוא הדין בכל שרי הביטחון מאז שנת 1977, קרא: ממשלות ישראל מאז שנת 1977 — לא הקפיד לנוע בגדר הסמכות שהוענקה לו".

74 שם, בע' 540-541. אם נצרף דברים אלה לדבריו בדבר מעמדם של עקרונות יסוד בלתי כתובים (בע' 541), נקבל עמדה עניינית יותר וברורה יותר לגופם של דברים מזו שנוסחה על ידי השופט ברק בהקשר זה (שם, בע' 530).

75 מעניין להשוות מקרה זה לעמדתו של השופט ברק בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, שם בחר השופט ברק להודות שטעה בערעור הפלילי נשוא הדין הנוסף. גם שם, כבענייננו, השאלה במחלוקת הייתה שאלה של סמכות שר הביטחון.

8. תם ולא נשלם

הצבעתי על כך שהנמקת פסק הדין נשוא חיבור זה הנוגעת לתורת ההסדרים הראשוניים, צמחה כמעט יש מאין, כמעט ללא שהתקיים דיון בעניינה, לא בכתב ולא בעל פה. טענתי שבכך בלבד אין פסול ובלבד שבית המשפט מצליח לשכנע בדבר נכונותה של ההנמקה. ניסיתי להראות שהכסות המשפטית להנמקה זו, תוך סטייה מהלכת רסלר '86, אינה משכנעת. מכאן, ניסיתי להרים את המסך מעל לכסות המשפטית הגלויה ולחשוף את הסיבות האמיתיות לטכניקת ההנמקה ולתוכנה – הן הסיבות החוץ משפטיות בדבר הסתרת מחלוקות פנימיות ושכנוע הציבור והמחוקק בסיפור "משפטי-מקצועי" ולא "ערכי-אידיאולוגי". הראיתי שברובד הסמוי, המהפכה החוקתית אפשרה לבג"צ לנהוג כשנהג, תוך דחיית המחלוקות לשלב הבא: בחינת חוקתיותו של החוק שיעגן את הסדר דחיית השירות. בהתאם, ניסיתי לשכנע כי גם הלכת רסלר '86 שדחתה את טיעון ההסדרים הראשוניים נפסקה לא בהכרח מתוך אמונה בצדקתה המשפטית אלא מתוך רצון לשמר את אפשרות הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת המינהלי טרם המהפכה החוקתית, טרם האפשרות לבטל חוק לא חוקתי.

מותר לנחש שהנמקותיו הבעייתיות של פסק הדין והסתרת המחלוקות על ידי כסות משפטית שלדעתי אינה מבוססת, הנם לא יותר מאשר שלב ביניים לפני העיקר: בחינת חוקתיותו של החוק שיעגן את ההסדר אליו הגיעה ועדת טל בימים אלה ממש⁷⁶, או כל הסדר דומה.

השאלה המעניינת בהקשר זה – והיא עניין לחיבור אחר – היא האם יצליח בג"צ לשמור על חזית אחידה מול ההמלצות הכל כך בעייתיות של ועדת טל, שנרמה שעתידות לעבור כחוק, או מול כל חוק אחר בעניין זה, וימשיך את ההתנהלות הפורמלית-מלאכותית שהתחיל בפסק הדין נשוא חיבור זה, או שמא נזכה למחלוקת עניינית לגופם של דברים. מחלוקת כזו, אם תהיה, עשויה לאשש כמה מהטענות שניסיתי לבסס בחיבור זה בדבר הטעמים לתוצאת פסק הדין ולהנמקה המאולצת שנלוותה לה.

76 ראו בהצעת חוק שירות ביטחון (דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם) (הוראת שעה), תש"ס-2000, ה"ח 2889 (27.6.00).

