



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 41953-07-26

בג"ץ 42737-07-26

בג"ץ 42842-07-26

בג"ץ 43095-07-26

בג"ץ 48513-07-26

לפני :

כבוד המשנה לנשיא נעם סולברג
כבוד השופטת דפנה ברק-ארז
כבוד השופט דוד מינץ
כבוד השופטת יעל וילנר
כבוד השופט עופר גרוסקופף
כבוד השופט אלכס שטיין
כבוד השופטת גילה כנפי-שטייניץ
כבוד השופט יחיאל כשר
כבוד השופטת רות רונן

העותרת בבג"ץ 41953-07-

26 :

ישראל חופשית

העותרים בבג"ץ 42737-

07-26 :

חה"כ יאיר לפיד ו-7 אח'

העותרים בג"ץ 42842-

07-26 :

1. חה"כ אביגדור ליברמן
2. חה"כ עודד פורר
3. מפלגת ישראל ביתנו

העותרת בבג"ץ 43095-07-

26 :

התנועה למען איכות השלטון

העותרים בבג"ץ 48513-

07-26 :

1. אחים ואחיות לנשק
2. יאיא פינק
3. הישראלים

נגד

המשיבים בבג"ץ 41953-

07-26 :

1. הכנסת
2. ועדת החוץ והביטחון
3. יושב ראש ועדת החוץ והביטחון
4. היועצת המשפטית לממשלה
5. שר הביטחון
6. ממשלת ישראל

המשיבות בבג"ץ-42737
: 07-26

1. הכנסת
2. ממשלת ישראל
3. היועצת המשפטית לממשלה

המשיבות בבג"ץ-42842
: 07-26

1. הכנסת
2. ועדת החוץ והביטחון
3. ממשלת ישראל
4. היועצת המשפטית לממשלה

המשיבים בבג"ץ-43095
: 07-26

1. הכנסת
2. שר הביטחון
3. ממשלת ישראל
4. ראש המטה הכללי
5. היועצת המשפטית לממשלה

המשיבים בבג"ץ-48513
: 07-26

1. הכנסת
2. יו"ר ועדת החוץ והביטחון
3. ממשלת ישראל
4. שר הביטחון
5. היועצת המשפטית לממשלה

המבקשים להצטרף
כמשיבים לעתירה :

1. אמת ליעקב בישראל
2. הרב יהונתן רייס

המבקשת להצטרף כידידת
בית המשפט :

לשכת הגזית

התנגדות להפיכת צו על-תנאי לצו מוחלט

תאריך ישיבה :

י"ד אב תשפ"ו (28.7.2026)

בשם העותרת בבג"ץ
: 41953-07-26

עו"ד חגי קלעי ; עו"ד רומי ויינפלד

בשם העותרים בבג"ץ
: 42737-07-26

עו"ד עודד גזית

בשם העותרים בג"ץ
: 42842-07-26

עו"ד איתן הברמן ; עו"ד עדי מרינברג

בשם העותרת בבג"ץ
: 43095-07-26

עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד סתיו לבנה יהב ;
עו"ד תמר קדם

בשם העותרים בבג"ץ
עו"ד עמית מור; עו"ד ליעד להנר
48513-07-26:

בשם המשיבה 4 בבג"ץ
41953-07-26; המשיבה 3
בבג"ץ 42737-07-26;
המשיבה 4 בבג"ץ 42842-
07-26; המשיבים 5-4
בבג"ץ 43095-07-26;
המשיבה 5 בבג"ץ 48513-
07-26:
עו"ד ענר הלמן; עו"ד מוריה פרימן;
עו"ד גיא ורדי; עו"ד מתניה רוזין

בשם המשיבים 3-1 בבג"ץ
41953-07-26; המשיבה 1
בבג"ץ 42737-07-26;
המשיבות 2-1 בבג"ץ
42842-07-26; המשיבה 1
בבג"ץ 43095-07-26;
המשיבים 2-1 בבג"ץ
עו"ד יצחק ברט; עו"ד שי כהן
48513-07-26:

בשם המבקשים להצטרף
עו"ד נתן רוזנבלט
כמשיבים:

בשם המבקשת להצטרף
ברק זהבי
כידידת בית המשפט:

פסק-דין

המשנה לנשיא נעם סולברג:

סוגיית גיוסם של בני הישיבות – ארוכת שנים, כואבת, מעיקה. זו הפעם, נדרשים
אנו להסתעפות ספציפית בה: שאלת חוקתיותו של תיקון מס' 28 לחוק שירות בטחון
[נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן בהתאמה: התיקון וחוק שירות בטחון או החוק),
אשר הוסיף לחוק את פרק ג' 1, שכותרתו "הקפאת הליכי מעצר, חקירה או אכיפה כלפי
מיועד לשירות ביטחון שהוא תלמיד ישיבה – הוראת שעה".

הוראות התיקון

1. אלו הם עיקרי ההסדר שעל הפרק:

הסעיף הראשון בתיקון, סעיף 26 ב' לחוק, המוגדר כסעיף המטרה, קובע כי "מטחן
הכרה בחשיבות לימוד התורה, נקבע בזה הסדר מיוחד, בהוראת שעה, להקפאת מעצרו של

תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם". התיקון חל אך ורק על 'תלמידי ישיבה', כאשר הוא מגדיר "תלמיד ישיבה", בעיקרו של דבר, בתור מי ש"לומד בישיבה לימודים תורניים, באופן סדיר, בהיקף שלא יפחת מ-45 שעות בשבוע, ובכולל – שלא יפחת מ-40 שעות בשבוע"; אינו עוסק "בכל עיסוק נוסף על לימודיו בישיבה"; הצהיר בכתב כי מתקיימים בו תנאים אלו; וראש הישיבה, או "רב אחד מצוות רבני הישיבה" שבה הוא לומד הצהיר בכתב כי מתקיים בו התנאי הראשון לעיל (סעיפים 26ד-26ה לחוק).

סעיף 26ז לחוק הוא הסעיף האופרטיבי שבליבת התיקון. כך נקבע בו:

"לא יינקטו הליכי מעצר, חקירה או אכיפה בעבירות לפי סעיף 46 או לפי סעיפים 92 או 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, כלפי כל אלה:

(1) מיועד לשירות ביטחון שמועד התייצבותו לשירות ביטחון חל בתקופה שבין י"ב בתמוז התשפ"ג (1 ביולי 2023) לבין היום שקדם ליום תחילתה של הוראת השעה, והצהיר כי מתקיים בו התנאי שבסעיף 26ד(1);

(2) מיועד לשירות ביטחון שמועד התייצבותו לשירות ביטחון חל מיום תחילתה של הוראת השעה, והצהיר כי מאותו מועד מתקיימים בו התנאים שבסעיף 26ד(1) ו-26ה(2).

"

כלומר, הליכי מעצר, חקירה או אכיפה בגין השתמטות מגיוס, עריקה או העדר מן השירות שלא ברשות, לא ינקטו כלפי מי שהתיקון מגדיר כ'תלמיד ישיבה', כאשר הוראה זו חלה הן למפרע, על מי שמועד התייצבותו לשירות חל טרם חקיקת התיקון (החל מיום 1.7.2023, שבו פג תוקפו של פרק ג' 1 (הקודם) לחוק, אשר הסדיר בעבר את סוגיית גיוס בני הישיבות, ונפסל בבג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (12.9.2017) (להלן: בג"ץ 1877/14)); הן במבט צופה פני עתיד, לגבי מועמד לשירות ביטחון שמועד התייצבותו לשירות חל לאחר חקיקת התיקון.

סעיף 26ח לחוק, קובע כי תוקם "ועדה לבחינת התקיימות התנאים במיועד לשירות ביטחון לשם הקפאת הליכי מעצר, חקירה או אכיפה". הוועדה תוקם על-ידי הרמטכ"ל (אשר יהיה רשאי להקים יותר מוועדה אחת), תכלול שלושה חברים (אחד בדרגת אל"ם לפחות ושניים בדרגת סא"ל לפחות), והפרקליט הצבאי הראשי יקבע את סדרי עבודתה (להלן: ועדת הבחינה).

סעיף 26ט לחוק מסדיר את המנגנון להגשת בקשות להקפאת הליכי האכיפה. לפי הוראות הסעיף, על המיועד לשירות בטחון שהוא תלמיד ישיבה, המעוניין בהקפאת

הליכים בעניינו, להגיש בתוך 30 יום מיום כניסתו של התיקון לתוקף תצהירים מטעמו ומטעם ראש הישיבה, כמפורט לעיל (סעיפים 26ט(א)-(ב)). ככל שמצאה הוועדה כי התקיימו בו התנאים לפי סעיף 26ד, "לא ייעצר [המיועד לשירות בטחון] בשל עבירה לפי סעיף 46 או לפי סעיפים 92 או 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ואם הועמד לדין – ייפסקו ההליכים נגדו" (סעיף 26ט(ד)). ברם, אף טרם אישור הוועדה, כבר מרגע שהגיש המיועד לשירות בטחון בקשה כאמור, יחולו עליו הוראות סעיף 26ז, כך שלא ינקטו לגביו הליכי מעצר ואכיפה (סעיף 26ט(ה)).

סעיף 26יא, כותרתו "פיקוח וביקורת", קובע כי "לשם פיקוח על ביצוע הוראות פרק זה, ייתן שר הביטחון הנחיות בנושא ויסמין בודקים"; בהמשך לכך, קובע סעיף 26יב כי "ראה בודק כי יש בישיבה מסוימת אי-נוכחות חוזרת של 20% או יותר מתלמידיה, ייתן לראש הישיבה התראה; ראה בודק כי באותה ישיבה נמשכת אי-נוכחות כאמור, תוסר הישיבה מרשימת הישיבות ותינתן לתלמידיה הזדמנות להירשם בישיבה אחרת".

לבסוף, סעיף 26י קובע כי "לא יראו בקשה כבקשה למתן פטור משירות או לדחיית שירות לפי כל דין ולא יראו בקביעת הוועדה לפי סעיף 26ט(ד) כטעמים למתן פטור משירות לדחיית שירות לפי כל דין או כהסדרת מעמד". משמעות הדברים היא שהפטור מהליכי המעצר והאכיפה שמקנה התיקון אינו פוטר את המבקש מחובת השירות החלה מכוח חוק שירות בטחון, אשר תמשיך לכאורה לחול עליו. כלומר, אין מדובר בהחרגה מתחולת הנורמה עצמה, אלא 'רק' מאכיפתה.

אלו הם עיקרי ההסדר שנקבע בתיקון. טרם אפנה לפרט את טענות הצדדים לגביו, ועל מנת שניתן יהיה לעמוד על טיבן, אתאר בקצרה את הליך החקיקה.

הליך החקיקה

2. ראשיתו של ההליך, בשנת 2021, אז כיהנו הכנסת ה-24 והממשלה הקודמת. ביום 12.8.2021, הוגש תזכיר חוק שירות בטחון (תיקון מס' __) שילוב תלמידי ישיבות, התשפ"א-2021. ביום 17.1.2022 הובאה הצעת החוק המבוססת על התזכיר (ה"ח ממשלה 1454, 60) לדיון במליאה לקריאה ראשונה – אך לא התקבלה. יומיים לאחר מכן, 19.1.2022, פורסמה הצעת חוק ממשלתית נוספת, המבוססת על אותו תזכיר חוק (ה"ח ממשלה 1502, 522). בהצעת החוק צוין כי מטרתו של התיקון היא "לצמצם את אי-השוויון בגיוס לשירות סדיר, לרבות באמצעות שילוב של בני הציבור החרדי בשירות לאומי-אזרחי, ולקדם את השתלבותם בשוק התעסוקה ואת תרומתם למשק המדינה, והכול תוך הכרה

בחשיבות לימוד התורה". ביום 31.1.2022, עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה – ולא קודמה מעבר לכך.

3. ביום 10.6.2024 החילה הכנסת ה-25 דין רציפות על הצעת החוק. ההחלטה על החלת דין הרציפות עברה חרף התנגדות היועצת המשפטית לממשלה, שסברה כי בהינתן שינוי הנסיבות החד שחל מאז אושרה הצעת החוק בקריאה ראשונה – אירועי 7.10.2023, והמלחמה הממושכת שבאה אחריהם – ההצעה אינה מבוססת על תשתית עובדתית עדכנית. במכתב המשנה ליועצת המשפטית לממשלה מיום 16.5.2024, צוין בהקשר זה, בין היתר, כי ההצעה "לא מגלמת את הצרכים של צה"ל במציאות של מלחמה ממושכת רב-זירתית; היא מובאת לאישור ועדת השרים ללא עמדתו של שר הביטחון, שהוא השר האחראי מכוח חוק יסוד על בניין הכוח של הצבא, וללא עמדת מערכת הביטחון, אשר לחוות דעתם יש משנה תוקף בזמן מלחמה".

4. גם היועצת המשפטית לכנסת סברה כי בנסיבות העניין, החלת דין הרציפות – מעוררת קושי. בחוות דעת מיום 6.6.2024, עמדה היועצת המשפטית על כך שבהתחשב בעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה; בשינוי הנסיבות שחל עקב פרוץ המלחמה; ובהעדרה של "תשתית מקצועית ועובדתית עדכנית", בין היתר, על רקע העדר עמדות שר הביטחון ומערכת הביטחון – יתכן כי אין הצדקה "להמשיך את הדיון בהצעת החוק מהשלב שאילו הגיעה בכנסת היוצאת". עוד צוין בחוות הדעת, כי "ככל שהצעת הרציפות תתקבל, על המשך הליך החקיקה לעמוד בסטנדרט גבוה של הליך חקיקה נאות". בהמשך לכך, פירטה היועצת המשפטית לכנסת את התנאים שצריכים להתקיים, לשיטתה, על מנת להתגבר על הקשיים הנובעים מהחלת דין רציפות בנסיבות אלו. כחלק מכך, צוין כי על הוועדה לקבל במהלך הדיונים את עמדות שר הביטחון ומערכת הביטחון; עליה לשקול את השפעתה של המלחמה המתמשכת על הצעת החוק; עליה לתת את הדעת על העקרונות שהותוו בפסיקה לגבי סוגיה זו לאורך השנים, ועוד.

5. על רקע האמור, וחרף התנגדויות, התקבלה ההחלטה, והצעת החוק שבה לדיונים בוועדת החוץ והביטחון (עתירה שהוגשה נגד ההחלטה להחיל דין רציפות – נדחתה, משנקבע כי אין מקום להתערבות בהליך החקיקה טרם השלמתו; ראו: בג"ץ 4769/24 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' ועדת השרים לענייני חקיקה (26.6.2025)). הוועדה קיימה למעלה מ-40 דיונים בהצעת החוק בהובלת יו"ר הוועדה, ח"כ יולי אדלשטיין, שבהם נדון מגוון רחב של נושאים הקשורים להצעת החוק, תוך שנשמעו גורמים רבים רלבנטיים לסוגיה.

6. בהמשך לכך, לאחר שהודיע ח"כ אדלשטיין כי מוצו הדיונים, וכעת יגובש נוסח כהכנה לקריאה שניה ושלישית, הניח ח"כ אופיר כץ, יו"ר הקואליציה ויו"ר ועדת הכנסת, הצעה על סדר יומה של ועדת הכנסת, למינויו של ח"כ בועז ביסמוט לתפקיד יו"ר הוועדה, תחת ח"כ אדלשטיין. בחוות דעת שהוגשה מטעם היועצת המשפטית לכנסת לוועדת הכנסת, צוין כי "על הכנסת להימנע ככל האפשר מהחלפת יושב ראש ועדה מכהן מטעמים פוליטיים, ולנקוט בצעד זה במקרים חריגים שבחריגים"; וכי בנסיבות העניין, ובפרט נוכח הליך החקיקה המעמיק שהתנהל עד אותו שלב בהצעת החוק, החלפת יו"ר הוועדה משיקולים פוליטיים מקימה פגם, אשר עוצמתו "תקרה ככל שהוועדה תפעל תחת ראשותו של יושב הראש החדש לגיבוש מענה הולם למכלול הסוגיות שעלו ושיוספו לעלות בדיוני הוועדה הרבים, ובכללן צרכי הצבא ומערכת הביטחון בעת הזו, תוך התייחסות לכלל הנושאים המחייבים הסדרה ובהם הסוגיות המשפטיות". אחר הדברים האלה, ביום 4.8.2026, החליטה ועדת הכנסת על העברת ח"כ אדלשטיין מתפקידו, ואישרה את מינויו של ח"כ ביסמוט במקומו.

7. לאחר מינויו של ח"כ ביסמוט ליו"ר הוועדה, נמשכו הדיונים בהצעת החוק, כאשר ביום 27.11.2025, פורסם נוסח מטעמו של יו"ר הוועדה, שעל בסיסו נמשכו הדיונים בהצעת החוק. נוסח זה כלל שינויים משמעותיים למן המתווה של ח"כ אדלשטיין, שאינם מענייננו כאן. ביום 20.5.2026 התקיים הדיון האחרון של הוועדה בנוסח המעודכן, זאת לאחר 46 דיונים שהתקיימו בהצעת החוק בראשותו של ח"כ ביסמוט.

8. ביום 30.6.2026, הניח יו"ר ועדת החוץ והביטחון לפני הוועדה נוסח חדש – שונה מזה שקודם בוועדה עד אותו שלב – שעל בסיסו נחקק התיקון דנן. זאת, בהמשך לפניית מזכיר הממשלה מיום 26.6.2026, שבה נטען, בין היתר, כי "גל המעצרים של תלמידי הישיבות ולומדי התורה מחולל זעזוע קשה בלב הציבור החרדי. במקום לקרב – הוא מרחיק. במקום לבנות אמון – הוא שובר אותו ובמקום לאפשר שיח של אחריות – הוא יוצר תחושת רדיפה, כאב והקצנה"; וכי "מעצרים אלו של לומדי התורה אינם מקדמים גיוס מקרב הציבור החרדי אלא דווקא מרחיקים גיוס וקיים חשש ממשי לקריעת החבל עם הציבור החרדי עד כדי הגעה חלילה למלחמת אחים". על כן, "וכדי למנוע את היפוך המגמה עד כדי ירידה בשיעור המתגייסים", הוצע לקדם את התיקון דנן.

9. הוועדה קיימה מספר דיונים במתווה החדש שהוצג על-ידי יו"ר הוועדה. היועצת המשפטית לוועדה, כמו גם היועצת המשפטית לכנסת, הציפו לפני חברי הוועדה קשיים ניכרים ביותר בנוסח החדש. מלבד הקשיים שהועלו לגופו של ההסדר, צוין בחוות הדעת מטעמן (מן הימים 29.6.2026, 1.7.2026 ו-12.7.2026), בין היתר, כי נוכח השתלשלות ההליך – בדגש על אופן החלת דין הרציפות, והחלפת יו"ר הוועדה במהלך הדיונים על הצעת החוק, כמפורט לעיל – היה על הליך החקיקה לעמוד בסטנדרט גבוה ביותר; וכי חלף תכליתיה של הצעת החוק שלגביה הוחל דין הרציפות, כמו גם של המתווים השונים שהוצגו במהלך הדיונים בכנסת הנוכחית, נותרה רק התכלית של הכרה בחשיבות לימוד התורה, תוך שהתכליות האחרות – שהיו העיקריות, בדגש על צמצום אי-השוויון בנטל הגיוס – הוסרו לחלוטין. עוד צוין על-ידן, כי בהצעת החוק שלגביה הוחל דין רציפות כלל לא היה הסדר הנוגע לאכיפה כלפי עריקים ומשתמטים; כי שניים מההסדרים החשובים ביותר שנכללו בהצעת החוק המקורית, כמו גם בנוסחים קודמים שנדונו על-ידי הוועדה – יעדי הגיוס וסנקציות כלכליות – נזנחו כליל; כי נזנחו גם הסדרים מרכזיים אחרים, כגון מנגנון עיצומים כספיים שניתן להטיל בעקבות הפרת הוראות ההסדר או הגשת הצהרות שקר, מנגנון פיקוח ובקרה אפקטיבי על עמידה בהוראות ההסדר ועוד; כי "קוצר זמן אינו מאפשר הליך חקיקה לא תקין"; וכי הלכה למעשה, ב"שורה התחתונה", עסקינן ב"שינוי מאוד מאוד מסיבי", כך שמדובר ב"הסדר אחר לגמרי" – כזה ש"לא צולח לא רק את טענת נושא חדש [...], הוא לא צולח גם את המבחנים להליך תקין".

10. גם הרמטכ"ל התנגד לתיקון. במכתב מטעמו, מיום 12.7.2026, נאמרו הדברים הבאים:

"לא רק שהצעת החוק אינה צפויה להביא לתוספת כוח אדם בשורות הצבא בטווח הזמן המיידי, אלא ההיפך – היא מעניקה תמריץ לאי התייצבות לשירות צבאי, שכן בצידה יהיה פטור מהעמדה לדין ומהליכים פליליים. בכך, ההצעה לא עולה בקנה אחד עם צרכי צה"ל וזאת באופן מובהק וחד משמעי".

כן צוין במכתב, בהתייחס לרכיב בהסדר הכולל את ועדת הבחינה – שכזכור, הרמטכ"ל הוא זה שנדרש להקימה לפי ההסדר – כי "לא ייתכן שהמערכת הצבאית בראשותי, אשר תובעת ממשרתיה הקרבה חסרת תקדים, תהיה חתומה בו-זמנית על מתן פטורים המוניים מהעמדה לדין. מהלך כזה ייצור שבר עמוק מול מערך המשרתים, הנושאים בנטל הלחימה מזה כשנתיים וחצי, ויגדיל את אי השוויון". מה גם, שלצה"ל "אין כל יתרון יחסי" בבחינת הקריטריונים הקבועים בתיקון, ו"הטלת משימה מורכבת ורוויית מחלוקת זו

על צה"ל בחודשים הקרובים תהווה נטל ארגוני כבד, ותסיט קשב פיקודי קריטי מהמשימות המבצעיות".

11. אחר כל זאת, ולאחר שוועדת הכנסת דנה בטענת 'נושא חדש' – ודחתה אותה – אושר התיקון בוועדה לקריאה שנייה ושלישית, ובהמשך לכך, ביום 14.7.2026, התקבלה הצעת החוק במליאה ונכנסה לספר החוקים.

מכאן העתירות שלפנינו.

עיקרי הטענות וההליך דנן

12. טענות העותרים, אשר סבורים כי התיקון אינו חוקתי, מחולקות לשני ראשים מרכזיים: טענות במישור ההליכי, שלפיהן נפל בהליך חקיקת התיקון פגם חמור, המצדיק את פסילתו; וטענות במישור המהותי, שלפיהן התיקון פוגע בזכויות חוקתיות, בדגש על הזכות לשוויון, באופן שאינו מתיישב עם הוראות פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

13. אפתח במישור ההליכי. נקודת המוצא לטענות העותרים בהיבט זה, בפער שבין הצעת החוק שלגביה הוחל דין רציפות, לבין התיקון שנחקק. כך, "הצעת החוק המקורית שאושרה בקריאה ראשונה קבעה הסדר כולל לגיוס תלמידי ישיבות ולהסדרת מעמדם. הצעת החוק המקורית לא עסקה כלל ועיקר בשאלה כיצד יפעלו מערכות אכיפת החוק מול מי שחלה עליו חובת גיוס והשתמט ממנה. ולמעשה, למעט סעיף ההגדרות, שום סעיף מהצעת החוק שאושרה בקריאה ראשונה לא נדון כלל כחלק מנוסח ההצעה שהפיץ יו"ר הוועדה לדיון, ולהיפך, כל הסעיפים שבהצעת היו"ר לא היו קיימים בנוסח שאושר לקריאה ראשונה".

14. בהתבסס על נקודת מוצא זו, טוענים העותרים, כי הלכה למעשה, התיקון כלל לא עבר בשלוש קריאות. כך, בהינתן ש"התיקון שהובא בפני הכנסת לקריאה שנייה ושלישית אינו רק שונה, תכליתו הפוכה ואין לו דמיון מהותי, לשוני או אחר, להצעת החוק הממשלתית שאושרה בקריאה ראשונה" – הרי שלפי תקנון הכנסת, צריך היה לאשרו מחדש בקריאה ראשונה או טרומית, ככל הצעת חוק אחרת, ולא ניתן היה לראותו כהמשך של הצעת החוק שאושרה בקריאה ראשונה. בהקשר זה הודגש, כי לאשרור חוק שעבר בהליך כאמור עשויות להיות השלכות רוחב קשות במיוחד, שכן יהיה בכך כדי לרוקן מתוכן, הלכה למעשה, את "חובת ההצבעה על חקיקה בקריאה ראשונה, ואת הדיון הציבורי הנלווה לה". למעשה, הדבר יאפשר – ואף יתמרץ – "להעלות לקריאה ראשונה שלל הצעות חוק שטחיות וריקות מתוכן ממשי, בשלל נושאים, כ'שומרי מקום' מיד בתחילתו של מושב הכנסת

הראשון בכל קדנציה, או אף להחיל דין רציפות על כל הצעות החוק שהועלו בכנסת הקודמת. זאת, מתוך ידיעה, כי בכל שלב של כהונת הכנסת – אף שנתיים, שלוש או ארבע שנים לאחר אישור ההצעה בקריאה ראשונה – יוכלו חבריה [...] להחליף את הצעת החוק 'שומרת המקום' בהצעת חוק שיש כוונה לקדמה במהירות הבזק ישירות לקריאה שנייה ושלישית".

15. מכיוון אחר לאותה נקודה, גורסים העותרים, כי בהינתן שהנוסח שבו דנה הוועדה איננו תוצר של עבודת מטה ממשלתית, ואף לא של עבודת הוועדה עצמה, אלא שהוא הונח על-ידי יו"ר הוועדה במנותק מהליכי החקיקה שקדמו לו בוועדה, מדובר למעשה בהצעת חוק פרטית של ח"כ ביסמוט. דא עקא, שלפי תקנון הכנסת, להבדיל מהצעת חוק ממשלתית, הצעת חוק פרטית נדרשת לעבור אישור בקריאה טרומית, וכן גם הליך של הכנה לקריאה ראשונה, כאשר זהו "השלב שבו מתקיים הדיון המהותי, העקרוני, בהסדרי הליבה של דבר החקיקה". התיקון דנן לא עבר שלבים אלה כנדרש, וגם מטעם זה, כך נטען – דינו להיפסל.

16. עוד נטען בהיבט ההליכי, כי עצם ההחלטה על החלת דין הרציפות בנסיבות העניין, מקימה פגם היורד לשורש ההליך; זאת, בעיקרו של דבר, בהתבסס על עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה בהקשר זה, כמצוין לעיל. כן נטען, כי חרף עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת, כפי שהוצגה במעלה הליך החקיקה, הפגמים שבהחלטה להחיל דין רציפות, לא קיבלו מענה הולם בהמשך ההליך.

17. במישור המהותי נטען, כי התיקון מביא לפגיעה קשה בזכות החוקתית לשוויון. זאת, הן מכיוון שהוא פוגע בשוויון בנטל השירות הצבאי, כפי שעולה מפסיקתו של בית משפט זה בסוגיה – פגיעה שבאה לידי ביטוי ביתר שאת, נוכח המלחמה הארוכה שבה מצויה המדינה, והשלכותיה הרבות והקשות על המשרתים בצה"ל ומשפחותיהם; הן עקב הפגיעה בעקרון השוויון בפני החוק, וההפליה המובנית שיוצר התיקון באכיפת הדין הפלילי, בהתבסס על הבחנה "דתית-מגזרית". כן נטען, כי התיקון פוגע בשלטון החוק, במובנו הבסיסי ביותר, משהוא "אינו משנה את הנורמה הפלילית, הוא אינו קובע פטור מגיוס, אלא קובע כי החוק אינו אכיף כלפי קבוצת אוכלוסייה מסוימת". כך, "העובדה שחייב בגיוס יכול להיכנס לתחנת משטרה ולהכריז כי הוא עובר על החוק, בעוד רשויות האכיפה תהיינה מנועות מלאכוף את הדין כלפיו, היא מצב שפוגע פגיעה אנושה בתוקפו של החוק כולו". עוד נטען, כי התיקון מביא לפגיעה גם בזכויות נוספות של "ציבור המשרתים": הזכות לחופש העיסוק, הזכות לחירות והזכות לחיים ולשלמות הגוף.

18. בהמשך לכך נטען, כי הפגיעה שמקים התיקון אינה עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה. במישור זה נטען, כי תכלית התיקון אינה ראויה, שכן אף אם ערך ההכרה בחשיבות לימוד התורה הוכר בעבר כתכלית ראויה בהקשר של גיוס בני הישיבות, הרי שהיה זה אך "לצד ובהלימה לערכים נוספים שנוסחי ההצעה נועדו לקדם ולהגן עליהם – ובראשם ערך השוויון וצמצום אי-השוויון בנשיאה בנטל השירות". בהעדר איזון הולם עם התכליות האחרות שהוכרו כרלבנטיות בהקשר זה – לא ניתן לראות את תכלית התיקון כראויה. מה גם, שבהינתן שכל פעולתו של התיקון היא מתן חסינות קבוצתית גורפת מפני אכיפה פלילית, ניתן להטיל ספק אם הכרה בחשיבות לימוד התורה היא אכן תכליתו האמיתית.

19. בנוסף טענו העותרים, כי התיקון אינו עומד במבחני המידתיות. בהקשר זה הודגש, בין היתר, כי "התיקון לחוק מעודד חייבי גיוס שלא לקיים את החוק, שכן הוא מבטיח להם פטור מראש"; כי קיים קושי ניכר בכך שהתיקון מסתפק בהצהרה כתובה בלבד, ולא מחייב התייצבות אצל רשויות הגיוס, כפי שהיה נהוג בהסדרי גיוס קודמים; כי התיקון אינו מאפשר להבחין בפועל בין מי שהם אכן תלמידי ישיבה שאינם עובדים, כנדרש לפי התיקון, לבין מי שאינם כאלה; כי הוא אינו כולל כל סנקציה בגין הצהרה כוזבת; כי מנגנוני הפיקוח והבקרה שנקבעו בו – אינם ישימים ואינם אפקטיביים; כי התיקון, המעניק חסינות גורפת מאכיפה, וזאת בלבד, נמנע מלנקוט אמצעים מתונים יותר, אך בעלי אפקטיביות גם כן, כגון "עיצומים כספיים, סנקציות מינהליות, פיקוח דיגיטלי אפקטיבי או התניית הטבות במילוי חובת התייצבות"; וכי הנזק לביטחון המדינה, לשלטון החוק ולעקרון השוויון – עולה לאין שיעור על התועלת שבתיקון, ככל שישנה כזו.

20. עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה – כעמדת העותרים. במישור ההליכי, נטען כי "לא נותר קשר כלשהו בין הצעת החוק המקורית עליה ביקשה הכנסת להחיל דין רציפות, לבין הצעת החוק שעמדה להצבעה בקריאה שניה ושלישית. מדובר למעשה בהצעה חדשה ושוונה בתכלית [...] החלת דין רציפות על הצעת החוק הקודמת ושימוש בה כ'שלד חקיקתי' לצורך דילוג על החובה להביאה להצבעה בקריאה נוספת (ושמא בשתי קריאות נוספות), מובילה למסקנה כי נפל פגם חמור בהליך החקיקה היורד לשורש ההליך". לגופם של דברים, נטען בתצהיר התשובה כי החוק מקים פגיעה קשה בזכות לשוויון – הן בעקרון השוויון בפני החוק, הן בזכות לשוויון "של המשרתים בצבא". בנוגע לפגיעה האחרונה צוין – נוסף על טענות שהועלו גם על-ידי העותרים, ופורטו לעיל – כי זו בעלת משנה חומרה, על רקע העובדה שצעדי האכיפה השונים שננקטו, בכלל זאת "הפעילות להגברת האכיפה הפלילית והשימוש בכלי האכיפה הנתונים בידי הצבא", נמצאו כ"אפקטיביים ומשמעותיים

והובילו יחד לעלייה בהיקף המתגייסים בני הציבור החרדי", כך שהחוק פוגע ישירות באפשרות לקדם שוויון בנטל השירות. זאת אף ביתר שאת, בהתחשב בכך שבמקביל לחקיקת התיקון, נחקק גם תיקון מס' 29 לחוק שירות בטחון, שהאריך את משך השירות בתפקידים מסוימים ל-32 חודשים, חלף קיצור השירות ל-30 חודשים, כפי שתוכנן לכתחילה. פגיעה קשה זו, כך נטען – אינה עומדת באף לא אחד ממבחני פסקת ההגבלה, ובפרט אינה מידתית.

21. בעמדה מטעם הייעוץ המשפטי לממשלה צוין, כי נמסר למזכיר הממשלה שהממשלה ושר הבטחון, שהם משיבים לעתירות, יוכלו לקבל יצוג נפרד בעתירות לשם הגנה על חוקתיות התיקון, אלא שהממשלה בחרה להימנע מכך, ובהתאם גם מהצגת עמדתה בהליך. עם זאת, מזכיר הממשלה ביקש לצרף התייחסות מטעם הממשלה. בהתייחסות צוין, בין היתר, כי "מטרת הוראת השעה שעברה בכנסת לתקופה קצרה של עד 30- בנובמבר, הייתה למנוע מלחמת אחים וירידה בהיקף המתגייסים החרדים לצה"ל. זאת לפי אינדיקציות ברורות מהגופים שמגייסים בפועל לוחמים חרדים לחשמונאים ולנצח יהודה ומראשי ישיבות ההסדר החרדיות כי מעצרים רנדומליים של תלמידי ישיבות – מרחיקים מתגייסים חרדים [...]" **עוד נטען, כי הטענה שלפיה** "מעצרי תלמידי ישיבות חייבי גיוס הם אפקטיביים ברמה כלשהי ומביאים בפועל להגדלת מספר המתגייסים" – **לא הוכחה; וכי** "הפחתת העומס על המערך הלוחם בצה"ל תגיע דרך גיוס חרדים ולא דרך מעצרים של תלמידי ישיבות. ההתנגדות להוראת השעה הזאת פוגעת בגיוס בני החברה החרדית בטווח הקצר והארוך ותוביל חלילה לקרע בעם". כמו כן, הועלו טענות שונות כלפי הייעוץ המשפטי לממשלה, כאשר בין היתר נטען כי עד לפקיעת פרק ג' 1 לחוק (כנוסחו הקודם), "הייעוץ המשפטי לממשלה לא עסק כלל באכיפת חוק שירות הביטחון על המשתמטים מהציבור הכללי ולא הורה לראש אכ"א לבצע מבצעי מעצרים כפי שהורה לו לעשות לאחר פקיעת החוק", **מה שמעורר** "ספקות בנוגע לכנות טיעונו בדבר הליכי אכיפה שוויוניים לחיבי גיוס".

22. בעמדת הכנסת, הוצג הליך החקיקה בפירוט, על כל שלביו. על רקע השתלשלות ההליך, טוענת הכנסת, כי בהליך החקיקה נפל פגם של ממש, המורכב "משני רכיבים השלובים זה בזה". הרכיב הראשון המגבש את הפגם, נוגע לכך שהתיקון הנדון חורג מגדרי הנושא של הצעת החוק המקורית, ועולה כדי 'נושא חדש', כאמור בסעיף 85 לתקנון הכנסת. כך, "קשה מאוד לומר כי נוסחו הסופי של חוק הוראת השעה עוסק בנושא שבו עסקה הצעת החוק המקורית, ואך מכניס בה שינויים כדי ללטשה, לתקנה או להשלימה"; זאת, שכן הנוסח שהונח על שולחן הוועדה "שונה לחלוטין מהצעת החוק שבו דנה הוועדה לאורך דיוניה", מה שבא לידי ביטוי, בין היתר, בכך שנזנחה תכליתה העיקרית של הצעת החוק

המקורית – קידום שילובם של בני הישיבות בצה"ל וצמצום אי-השוויון בהיבט זה – כמו גם שלל ההסדרים המעשיים שנדונו על מנת לקדם תכלית זו. משמעות הדברים, כך נטען, היא "שההסדר שאושר בקריאות השנייה והשלישית לא הובא לאישור הכנסת בקריאה הראשונה. הליך חקיקתו של חוק זה לא תאם את הוראות התקנון, וממילא לא תאם גם את הוראות סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת".

23. הרכיב השני המכונן את הפגם, לעמדת הכנסת, הוא שהליך החקיקה "לא עמד בסטנדרט הגבוה הנדרש שפורט בחוות דעתה של היועצת המשפטית לכנסת לקראת ההצבעה על החלת דין הרציפות על הצעת החוק המקורית ולאחר מכן לקראת ההצבעה על החלפת יו"ר הוועדה". זאת, בין היתר, בהתחשב בכך שהנוסח שעבר נדון במשך כשבועיים בלבד, חלף מתווים מקיפים שנדונו במשך כמה שנים, כאשר "רכיבי הליבה של ההסדר שהתגבש בוועדה עד לאותה נקודת זמן – לא נכללו בו"; בכך שהתיקון אינו מתחשב כלל בשינוי הנסיבות המשמעותי שחל לאחר פרוץ המלחמה באשר לצרכי הביטחון, כמו גם בעמדת צה"ל, הן באשר ל"צורך בחיילים נוספים הנגזר מהמצב הביטחוני", הן באשר ל"חיוניותה של האכיפה הפלילית נגד משתמטים"; ובכך שהוא מעורר "קשיים חוקתיים משמעותיים ביותר", כאלה המביאים למסקנה, כי ההסדר "אינו שוויוני, אינו חוקתי ואינו מאוזן, שכן הוא מעניק למעשה פטור לקבוצת אוכלוסייה מוגדרת מקיום הוראות חוק שירות ביטחון, בלי לעגן הסדרים נלווים שנועדו לעודד גיוס לצה"ל".

24. זמן קצר טרם הדיון על-פה, הוגשו כמה בקשות להצטרף כמשיבים לדיון בעתירות. הבקשה הרלבנטית יותר, מבחינת הטיעונים שהועלו בה, היא זו שהוגשה מטעם עמותת "אמת ליעקב בישראל" והרב יהונתן רייס, שהציגו עצמם בבקשתם כגורמים מתוך החברה החרדית, המעוניינים בקידום שילובם של בני החברה החרדית בצה"ל. בבקשה נטען, כי "החוק המוצע הינו ראוי, מידתי ואף בבחינת מועט שאינו מספק". בתוך כך נטען, כי ברשות המבקשים "קיימות אינדיקציות ממשיות" לכך שצעדי האכיפה כלפי חייבי הגיוס, בדגש על "גל המעצרים", אינם מקדמים – ואף פוגעים ממש – בקידום שילובם של בני הישיבות בצה"ל. זאת, בין היתר, נוכח פגיעה באמון, יצירת תחושת ניכור בין רשויות הצבא לבין חייבי הגיוס החרדים ועוד כיוצא באלה. לשיטתם, אם כן, "השימוש הנרחב במעצרים [...] מחזק את ההתנגדות, מרחיק את הציבור המתון ופוגע במסגרות הגיוס החרדיות". עוד נטען, כי מדובר בהסדר זמני בלבד, אשר אינו פוטר את תלמידי הישיבות מעצם חובת הגיוס, "מותיר על כן השלכות אזוריות וכלכליות אחרות", ונועד "למנוע פגיעה מיידית בתהליכי גיוס ובהסדרה עתידית"; על כן, אף אם הוא פוגע בזכויות חוקתיות – פגיעתו מידתית.

25. ביום 15.7.2026, החליט חברי, השופט ע' גרוסקופף, כשופט תורן, על הוצאת צו על-תנאי בעתירות, לצד צו ארעי, המקפא את כניסתו של התיקון לתוקף, עד למתן החלטה אחרת. בהמשך לכך, ביום 28.7.2026 קיימנו דיון על-פה בעתירות, שבו חזרו הצדדים, בעיקרו של דבר, על טענותיהם שבכתב. לאחר הדיון, ושקילת טענות הצדדים, ניתן צו ביניים על-ידי ההרכב, שלפיו לא יכנס החוק לתוקפו, עד להכרעה בעתירות.

דיון והכרעה

26. לאחר עיון, באתי לכלל מסקנה כי דין העתירות – להתקבל; אציע אפוא לחברי כי נעשה את הצו על תנאי למוחלט. להלן אבאר את הטעמים לכך. תחילה, אדון בטענות במישור הליך החקיקה, ואבחן האם התיקונים שנעשו בהצעת החוק המקורית, זו שעברה בקריאה ראשונה, חורגים מגדרי נושאה, ואת השלכותיה של חריגה זו. אחר זאת, אדון בטענות לגופו של התיקון, ואבחן את הוראותיו לפי תנאיה של פסקת ההגבלה.

טרם אפנה לדיון בהיבטיו השונים של התיקון, 4 הערות מקדימות:

27. ראשית, מושכלות יסוד: ביקורת שיפוטית על חקיקה שיצאה תחת ידה של הכנסת, מחייבת משנה זהירות וריסון מוגבר. כידוע, "בית-המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית-המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית-המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997) (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות); בג"ץ 35810-08-25 איגוד המייצגים נ' כנסת ישראל, פסקה 34 לפסק הדין של חברי, השופט גרוסקופף (3.5.2026); בג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 68 לחוות הדעת של חברתי, השופטת י' וילנר (2.1.2025) (להלן: בג"ץ 8987/22)). נדרשים אנו, אפוא, לגשת אל המלאכה "בדחילו ורחימו, במתינות, בכבוד" (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 34 (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי)). בהמשך לכך אדגיש, כי הביקורת השיפוטית נעשית בהתאם לאופן שבו מפרש בית משפט זה את סמכותו לקיים ביקורת חוקתית, כמו גם את הדרך לעשות כן, מזה שנים רבות; מובן, עם זאת, כפי שצינו פעמים רבות בעבר, כי מוטב שהנושא, על כל חלקיו, יוסדר בחוק-יסוד: החקיקה, שכולנו זקוקים לו – ויפה שעה אחת קודם.

28. שנית, התיקון שלפנינו נחקק כהוראת שעה שתוקפה, 'על הנייר', עד ליום 30.11.2026. עם זאת, כפי שהיה ידוע לכל עוד בעת חקיקת החוק, שכן הדברים נדונו בוועדה (ראו למשל את דבריו של ח"כ יולי אדלשטיין, בפרוטוקול מס' 614 של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-25, 11-12, 44 (30.6.2026)), נוכח הוראת סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, מבחינה מעשית הוא יעמוד בתוקפו לפחות 3 חודשים נוספים לאחר יום הבחירות, שחל ב-27.10.2026. הוי אומר: לפנינו הסדר זמני, אך צפויה לו תקופת תחולה בלתי-מבוטלת, שאף עשויה להוסיף להתארך. שאלה מקדמית היא, אפוא, האם בהינתן זמניותו של התיקון, עלינו למשוך ידינו מלעסוק בחוקתיותו.

29. התשובה על כך – שלילית. בפסיקה נקבע, כי אף אם זמניותה של הוראה מסוימת עשויה למתן את הפגיעה שהיא מקימה, הרי שיש ליתן לכך משקל הולם במסגרת ניתוח המידתיות, אך אין לומר כי "בעצם הגבלת תוקפו של מעשה חקיקה כלשהו – או בהגדרתו כ'הוראת שעה' – יש כדי לחסן את מעשה החקיקה מפני ביקורת חוקתית" (בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699, 713-714 (2002), והאסמכתאות שם; ראו גם: בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקאות 33-34 לחוות הדעת של הנשיא א' גרוניס (22.9.2014); בג"ץ 2008/24 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, חוות הדעת של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז (12.5.2024)).

30. הכלל הוא, אפוא, שמידת הריסון בקיום ביקורת שיפוטית על חקיקה זמנית תהא, ככלל, גבוהה יותר, והיקף ההתערבות – מצומצם יותר, אולם אין בכך כדי למנוע את עצם הביקורת החוקתית (ראו גם: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 118 לפסק הדין של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין (2006) (להלן: בג"ץ 7052/03); דניאל שטאובר, גאיה הררי-הייט ואיתי בר-סימן-טוב "חקיקה זמנית בימי קורונה" משפט וממשל כד 69, 80-81 וה"ש 45 (2022); על הצורך בבחינה זהירה של מבחני המידתיות גם לגבי חקיקה זמנית, ראו: איתי בר-סימן-טוב וגאיה הררי-הייט "שעתן היפה של הוראות-השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית ועקרונות לטיובה" עיוני משפט מא 539, 591-592 (2019)).

31. עוד אציין בהקשר זה, כי דומני שתוקפו של כלל הריסון האמור, שעניינו בחינת החוק במישור המהותי, אינו יפה בהכרח באותה מידה באשר לבחינתו של החוק במישור ההליכי, למצער כאשר עסקינן בשאלה – הטכנית בעיקרה – אם אכן התקבל בכנסת 'חוק', ככל מצוותו וחוקתו. במובן זה, יכולתה של הזמניות לרפא את הפגם – פחותה

יותר; הרי אם לא מתקיימים התנאים הבסיסיים הנדרשים לקיומו של 'חוק', כיצד יכולה הזמניות להצדיק את תוקפו?

32. שלישית, ניתנת האמת להיאמר, ההליך דנן לא היה מיטבי, בלשון המעטה. כידוע, "שיטת המשפט הישראלית, בבסיסה, אדברסרית" (רע"א 73497-06-25 רשות הפיתוח נ' קטאט, פסקה 15 (2.6.2026)); על חלק מן הרציונלים והתועלות שבכך, ראו שם, בפסקה 23). כך בכלל, וכך גם בהליכים המתנהלים לפני בית משפט זה, בשבתו כבג"ץ. בענייננו, למעט ההתייחסות מטעם מזכיר הממשלה, ובקשת ההצטרפות מטעם עמותת 'אמת ליעקב בישראל', לא הוצגה עמדה מקיפה המגינה על תוקפו החוקתי של התיקון. על כך יש להצר. הליך אדברסרי, כהלכתו – לא התנהל בדנן, וכשלעצמי, רואה אני בכך קושי רב.

33. רביעית, ובהמשך לאמור, אחת מן הסיבות להעדר האדברסריות של ההליך, היא בחירתה של הממשלה שלא להביא את עמדתה במסגרת ההליך, חרף היתר שניתן לה לייצוג נפרד. הגם שבחירתה של הממשלה שלא להגן על תוקפו החוקתי של תיקון שהוא תוצר של הצעת חוק ממשלתית, עשויה לעורר תהיות, נתון הדבר, כמובן, לשיקול דעתה. אף על-פי כן, סבורני כי יש בכך כדי להעיד על נקודה עמוקה יותר לגבי התיקון דנן. במלוא הזהירות, דומני כי לא ארחיק לכת באומרי כי הגורמים שהיו אמונים על חקיקת התיקון, ולמצער חלקם הארי, לא סברו באמת ובתמים כי הוא חוקתי, גם בעת חקיקתו (ואכן, עינינו הרואות כי בשלל הקשרים אחרים, בוחרים משיבי הממשלה להסתייע בשירותי ייצוג נפרד, ולא אחת אף קוצרים באמצעותו הישגים משפטיים; כלומר, בחירתם להימנע מאותו ייצוג דווקא בדנן – עשויה ללמדנו כי הדבר נובע מעמדתם-שלהם לגבי חוקתיות התיקון). הפגמים הניכרים לעין כל, הן במישור ההליך, הן במישור הפגיעה בזכויות חוקתיות, אף שוקפו לעוסקים במלאכה במהלך הליך החקיקה שוב ושוב על-ידי הייעוץ המשפטי. הדברים כה ברורים ומובהקים, שאיני רואה צורך להרחיב בנושא, לבד מהבעת צער עמוק על מצב הדברים שהביא לידי כך. בין כה ובין כה, אנו, מצדנו, נדרשים למלא אחר חובתנו, ולפסוק על-פי דין; לטוב ולמוטב.

אפנה עתה לבחינת הליך החקיקה.

ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה – רקע נדרש בתמצית

34. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה מעוררת, כידוע, מורכבות מיוחדת. היקפה צר, ומשקף "איזון עדין בין הצורך להבטיח את שלטון החוק במחוקק לבין הצורך לכבד את

ייחודה של הכנסת כגוף הנבחר של העם" (בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 585,577 (2004) (להלן: עניין ליצמן); ראו גם: בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197,202-204 (1982); בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 874,868 (1989); עניין קוונטינסקי, פסקאות 35-40; בג"ץ 3964/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 5-6 לחוות-דעתי (31.7.2025); סוזינבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט יט 721,722-771 (2003)). מקרה 'קלאסי' של פגם בהליך חקיקה, אשר עשוי להצדיק התערבות שיפוטית בתוקפו של חוק, הוא הפרה מהותית של הוראה מהוראות תקנון הכנסת:

"על-מנת שיתקבל 'חוק', יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה. ביסוד הליכים אלה – בכל הנוגע להצעת חוק מטעם הממשלה – עומדות שלוש הקריאות (במליאה) והדיון בוועדה (לאחר הקריאה הראשונה וכהכנה לקריאה השנייה). אם אחד מהשלבים האלה נעדר, כגון שלא קוימה אחת הקריאות או שבהצבעה לא קיבלו בהן רוב או שלא התקיים דיון בוועדה או שנפל באחד ההליכים הללו פגם היורד לשורש ההליך, ההצעה לא מתגבשת לכדי דבר חקיקה, ובית-משפט מוסמך – אם בתקיפה ישירה ואם בתקיפה עקיפה [...] – להכריז על בטלות 'החוק'." (בג"ץ 975/89 nimrodi land development ltd נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 158,154 (1991) (להלן: עניין נימרודי); ראו גם: עניין ליצמן, עמודים 588-590; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221,533-534 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); והשוו: אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" משפטים כב 581,571-584 (התשנ"ד)).

35. לצד זאת, שנינו ולמדנו, כי לא כל פגם בהליך החקיקה, מצדיק הרהור אחר תוקפו של חוק; לשם כך, נדרש "פגם היורד לשורשו של עניין" (בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26,36 (1998) (להלן: עניין אבו עראר)), כזה אשר מגלם "פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי" (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14,42 (2004); ראו גם, למשל: בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פסקה לד (26.3.2015); בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 11 (17.8.2016)). עם עקרונות אלו ניתן למנות, כך נקבע, "את עקרון הכרעת הרוב; את עקרון השוויון הפורמאלי (שלפיו 'קול אחד לכל אחד' מחברי-הכנסת); את עקרון הפומביות; את עקרון ההשתתפות (שלפיו לכל חבר-כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה)" (עניין מגדלי העופות, עמוד 43; עניין קוונטינסקי, פסקה 50).

על 'נושא חדש' בחקיקה

36. הטענה העיקרית בענייננו במישור ההליכי, היא שהתיקון שהתקבל חורג מהנושא של הצעת החוק המקורית, בניגוד להוראת סעיף 85 לתקנון הכנסת (להלן: התקנון). סעיף 85(א) לתקנון קובע כדלקמן:

"ועדה רשאית לתקן הצעת חוק שהיא דנה בה לפי פרק זה, והיא רשאית לתקן גם סעיפי חוק שלא נזכרו בנוסח הצעת החוק שאושר בקריאה הראשונה, ובלבד שהתיקונים לא יחרגו מגדר הנושא של הצעת החוק" (ההדגשה הוספה – נ' ס').

משמעות הדברים היא שוועדה בכנסת המכינה הצעת חוק לקריאה שניה ושלישית, מוסמכת לבצע תיקונים בהצעת החוק המקורית – כלומר זו שעברה בקריאה ראשונה – אך תיקונים אלה תחומים לגדרי נושאה של הצעת החוק המקורית, ולהם בלבד. בהמשך להוראה זו, קובע סעיף 85(ב) לתקנון כי ככל ש"חבר הכנסת, שר, או סגן שר בענייני המשרד שבו הוא מכהן, טען שהתיקון המוצע חורג מגדר הנושא של הצעת החוק (בסעיף זה – נושא חדש), יביא יושב ראש הוועדה את העניין להכרעת ועדת הכנסת". הכרעת ועדת הכנסת בטענה לנושא חדש, היא תנאי להשלמת הדיונים בהצעת החוק (סעיף 85(ג) לתקנון).

37. בעניין אבו עראר, נדונו תכליותיו של סעיף זה (ששכן אז בסעיף 119 לתקנון). העיקרית שבהן, כך נקבע שם, היא זו:

"לצייד את ועדת הכנסת, השוקדת על הצעת חוק שאושרה על-ידי מליאת הכנסת בקריאה ראשונה, בסמכויות הנדרשות כדי לגבש את הצעת החוק לכלל חקיקה סופית. הוראת סעיף 119 לתקנון הכנסת מאפשרת לוועדה לתקן את הצעת החוק. היא מאפשרת לה לברא את הצעת החוק מפגמים אשר דבקו בה. היא מאפשרת לה ללטש את הסדרה, להשלים את החסר, להסיר את המיותר או המזיק, על-מנת שבפני הכנסת תונח הצעת חוק טובה ויעילה ככל האפשר להשגת התכלית שלה נועדה. הוראה זו מייעלת את הליכי החקיקה. היא מונעת סרבול מיותר, אשר היה עלול להתרחש אם כל תיקון בהצעת החוק היה מחייב פתיחתם מחדש של כל הליכי החקיקה, החל משלב הקריאה הראשונה" (שם, עמודים 35-36).

38. אם כן, הצורך לאפשר הליך חקיקה יעיל, לצד הרצון לאפשר טיוב ודיוק של הצעות החוק, הם שמצדיקים להקנות לוועדה הדנה בחוק את הסמכות הרחבה לתקנו במעלה ההליך. ברם, סמכות זו – אינה בלתי מוגבלת:

"נקבע לה סייג, המונע מן הוועדה לחרוג מן הנושא של הצעת החוק. תכליתו של סייג זה למנוע 'הגנבה' של הוראות והסדורים, אשר לא נכללו בהצעת החוק ולא נתקבלו בקריאה ראשונה בכנסת, ובשל כך לא נתקיים לגביהם דיון ציבורי פתוח, בכנסת כמו גם מחוץ לה. על סייג זה נאמר, כי: 'האיסור על העלאת 'נושא חדש' בשלב הדיון בוועדה נועד למנוע מצב, שבו יוכרעו בדרך זו ויוגשו לאישור סופי עניינים שלא הציבור ולא מליאת הכנסת יכולים היו לתת עליהם את הדעת, משום שלא הוזכרו בהצעת החוק כפי שפורסמה לקראת הקריאה הראשונה, ולא נדונו בעת הקריאה הראשונה במליאת הכנסת' [...] יוצא, כי בהיעדר מגבלה כלשהי על היקף התיקונים והתוספות שהוועדה מוסמכת להכניס, לא היה גבול לחקיקה אשר ניתן היה לקבל הרחק מעיני הציבור, ובדרך זו לחמוק מן הדיון הציבורי, הכרוך בשלב פרסום הצעת החוק והקריאה הראשונה. לשם כך באה המגבלה על הנושא הנדון בחקיקה" (עניין אבו עראר, עמוד 36; ראו גם: אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל – כרך א 647 (1996); רבקה וייל "רציפות בחקיקה במבחן הביקורת" עיוני משפט 563, 595 (2016)).

39. המתח אפוא ברור: מן העבר האחד, איננו רוצים שהוועדה תקבל הסדר בדרך של מעין 'take it or leave it', אלא תוכל לקבל החלטות באשר לשינוי, בהתאם לדיונים אשר נערכים במסגרתה. אך מן העבר השני, נושא חדש – אסור מן התקנון (על-פי משנה, ערלה ג, ט); כלומר יש למנוע מצב שבו אותה אפשרות שינוי מאוחרת תעשה בסיס לחוקים חדשים לחלוטין, כך שלא שינוי מן הקיים יהא כאן, אלא חקיקה חדשה לגמרי, שלא עברה 'שלבי התפתחות' חשובים בראשית דרכה. אם כן, כיצד עלינו לפרש את המונח 'נושא חדש'? כיצד נדע אם התיקונים שבוצעו בהצעת החוק חורגים "מגדר הנושא של הצעת החוק"; אם "פנים חדשות באו לכאן" (בבלי, עירובין כד, א), או שמא גם אם לפנינו "קנקן חדש" – הריהו כולו "מלא ישן" (משנה, אבות ד, כ)?

40. בעניין אבו עראר צוין, כי נדרשת "זיקה עניינית בין התיקון, שאותו מבקשת הוועדה לעשות, לבין הצעת החוק המסוימת העומדת על הפרק". אכן כך, אך דומני, כי טוב נעשה אם ניצוק תוכן מעט קונקרטי יותר במונחים אלה. אמנם, המונח 'נושא חדש', הריהו חמקמק מעט; שרטוט קו הגבול במדויק – אינו מן האפשר. עם זאת, ניתן – ולטעמי אף ראוי – ליתן בו סימנים (ראו והשוו: בג"ץ 8987/22, פסקה 42 לחוות-דעת).

41. טרם אפרוט את השיקולים, אדגיש כי הן משיקולי הפרדת רשויות, הן משיקולי מומחיות, טוב היה אם הכנסת היתה מסדירה סוגיה זו בעצמה, בדרך הנראית לה לנכון, ויוצקת תוכן בסעיף זה (ראו והשוו, מן העת האחרונה: בג"ץ 12634-06-26 דסלר נ' ויוצקת תוכן בסעיף זה).

הכנסת, פסקה 39 (2.7.2026)). עם זאת, משלא נעשה כן, בהינתן שנדרשים אנו לפרשנות הסעיף, ונוכח חשיבות העניין – סבורני כי יש טעם בשרטוט זהיר של קווים מנחים, במבט צופה פני-עתיד. מובן, כי ככל שתידרש הכנסת לסוגיה, לה נתונה הבכורה בעיצוב קווי המתאר והתוויית ההסדר באופן קונקרטי יותר (ראו: סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת; ביטוי לדיאלוג מסוג זה בין הרשויות, והתייחסות של הכנסת לפסיקה הנוגעת להוראות התקנון והליכי החקיקה, ניתן למצוא בהערות השוליים הפזורות לאורכו ולרוחבו של תקנון הכנסת). עוד אשוב ואציין, כי לפי הוראות סעיף 85 לתקנון, כמפורט לעיל, טענת נושא חדש מובאת לפני ועדת הכנסת, ולה נתונה הסמכות להכריע בה. משמעות הדברים, בפרט בהינתן שמדובר בהליך פנים-פרלמנטרי, היא שככלל, שיקול דעתה של הוועדה – רחב; הגמישות הנתונה לה – רבה; ומתחם ההתערבות בהחלטותיה – צר ביותר, ושמור למקרים קיצוניים וחריגים עד מאוד (ראו והשוו: עניין אבו עראר, עמוד 37; עניין ליצמן, עמוד 593).

42. לגופו של עניין, להלן אמנה, מבלי להתיימר למצות, חלק מן השיקולים הרלבנטיים לבחינת טענת 'נושא חדש' (שיקולים אלו הופיעו, באופן כזה או אחר, בעמדת הייעוץ המשפטי לכנסת). אדגיש, כי אין מדובר באמות מידה קשיחות, אלא בשיקולים שיש לבחון כמכלול:

(-) היחס בין תכלית ההצעה לבין תכלית החוק שהתקבל: בהקשר זה אפשר לחשוב על משרעת שבקצה אחד שלה חוק שתכליותיו זהות לאלו של הצעת החוק המקורית, ובקצה השני חוק שתכליתו כלל לא נזכרה בהצעת החוק. ככל שנתקרב לצדה השני של המשרעת, יהיה בכך כדי להטות את הכף לכיוון קביעה כי מדובר בנושא חדש, החורג מגדר הנושא של הצעת החוק. מובן, כי בין שני הקטבים ניתן לחשוב על מקרי-ביניים רבים. כך למשל, חוק שהתווספה לו תכלית משנית, אך תכליתו העיקרית נשמרה, הנטייה תהיה לומר כי נשמר נושאה של הצעת החוק המקורית. לעומת זאת, אם תכליתה העיקרית של הצעת החוק נזנחה כליל, עשויה להיות בכך משום אינדיקציה לכך שעסקינן בנושא חדש, גם אם אחת מתכליותיה המשניות נשמרה.

(-) היחס בין הסוגיה שעמה נועדה להתמודד הצעת החוק, לבין הסוגיה שעמה מתמודד החוק שהתקבל: בבחינת טענת 'נושא חדש', מן הראוי לבחון אם לאחר התיקונים שבוצעו בו, מסדיר החוק או מתמודד עם אותה סוגיה שעמה ביקשה להתמודד הצעת החוק, או שמא עם סוגיה שונה אך דומה וקשורה במהותה, עם סוגיה שונה לגמרי, וכדומה. מדובר, בניסוח אחר, בתכלית הקונקרטית, המעשית – להבדיל מזו הערכית-

מופשטת – שאותה מבקש החוק לקדם. שיקול זה קשור כמובן לשיקול שעניינו בתכלית החוק, אך אינו מוכל בו, בידענו כי תכליות חקיקתיות מנוסחות, לעתים, ברמת הפשטה גבוהה מאוד, ועשויות להתאים להסדרים שונים לגמרי, המתמודדים עם שלל בעיות (מבחינה טכנית, ניתן לאחד בין שני השיקולים לצורך הבחינה, אך אפשר גם שלא; איני רואה בכך חשיבות רבה, לכאן או לכאן). כך למשל, לשם ההמחשה, ניתן לחשוב על כך שתכלית כללית של 'שמירה על בריאות הציבור', יכולה לשמש בסיס להסדר שתכליתו הקונקרטית היא מניעת התפשטות נגיף הקורונה (ראו: בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (4.4.2021)); להסדר שתכליתו הקונקרטית היא עידוד התחסנות של ילדים (ראו: בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (4.6.2013)); ולהסדר שתכליתו היא צמצום הנזקים הנגרמים כתוצאה מעישון (בג"ץ 2951/19 המיזם הרב מגזרי למיגור העישון נ' כנסת ישראל (26.11.2019)).

(-) היחס בין היקף תחולת ההסדר לפי הצעת החוק לבין היקף תחולת החוק שהתקבל: ניתן לחשוב בהקשר זה, בין היתר, על 3 מישורים של תחולה – תחולה בזמן, למשל הפיכת הצעת חוק שעברה בקריאה ראשונה כהוראת שעה לחוק קבוע (על כך ששינוי זה, כשלעצמו, אינו משמיע בהכרח כי מדובר ב'נושא חדש', למצער לא כזה המקיים פגם היורד לשורש ההליך, ראו: בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 95 (1999)); תחולה מבחינת נמעני הנורמה, למשל הרחבת הסדר שנועד לחול על קבוצה מסוימת לקבוצות נוספות, או צמצום של הסדר שנועד להיות בעל תחולה כללית כך שיחול על קבוצה מסוימת; ותחולה מבחינת אופי והיקף ההתנהגויות המוסדרות. מובן, כי ככל שההבדל בהיקף התחולה בכל אחד מן המישורים גדול יותר, כך תגבר הנטייה לראות בתיקון שהתווסף כ'נושא חדש'.

(-) היחס בין האמצעים שבהם נוקטת הצעת החוק המקורית לבין האמצעים שנקבעו בחוק שהתקבל: גם כאן, קיימת משרעת בין חוק הנוקט אמצעים זהים לאלו של הצעת החוק המקורית, לבין חוק הנוקט באמצעים שונים לחלוטין, כך שבגרסתו הנוכחית אין אלא חידושה בלבד (על-פי בבלי, שבועות כה, ב). ככל שנתקרב לקוטב השני, יהיה בכך כדי להטות את הכף לכיוון של קביעה כי מדובר בנושא חדש.

43. בהקשר זה האחרון, אציין כי מטעמים ברורים, ראוי לשמר מידת גמישות גבוהה יותר במישור האמצעים מאשר במישור התכלית (המופשטת או הקונקרטית). עוד אציין, כשיקול כללי, כי ככל שמדובר בהסדר רחב וסבוכ יותר, שנועד להתמודד עם סוגיה

מורכבת יותר – עולה מידת הגמישות לגבי כלל השיקולים. "לא הרי הצעת חוק, אשר מובא בה חוק שלם, אשר חובק הסדרים וסוגיות לרוב, כהרי הצעת חוק, אשר מוצע בה לתקן הוראה אחת העוסקת בנושא נקודתי. ברור, כי היקפו של ה'נושא' במקרה הראשון יהיה רחב בהרבה מן ה'נושא' במקרה השני" (עניין אבו עראר, עמוד 36).

44. אם כן, במסגרת בחינת השאלה אם תיקונים שבוצעו בהצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה, חורגים מגדרי נושאה של הצעת החוק המקורית, נדרש 'להשוות' בין הצעת החוק לבין החוק כפי שהתקבל בפועל, בין היתר, בהיבטים הבאים: התכליות שנועד לקדם ההסדר – הן ברמה המופשטת, הן ברמה הקונקרטית (קרי, הסוגיה שעמה מתמודד החוק או שאותה הוא נועד להסדיר); היקף תחולתו של ההסדר בממד הזמן, מבחינת נמעני הנורמה ומבחינת אופי והיקף ההתנהגויות המוסדרות; והאמצעים שבהם נוקט ההסדר. ודוק: כפי שהובהר לעיל, אף אם ההשוואה מגלה פער – ואף פער ניכר – בהיבט מסוים, ברי כי אין די בכך לטובת קביעה כי החוק אינו תקף; השאלה היא אם בחינת מכלול השיקולים מלמדת כי החוק שהתקבל אכן חורג באופן מהותי מנושאה של הצעת החוק שעליה הוא מבוסס.

כמצוין לעיל, רשימת שיקולים זו, "לבטח אינה ממצה, גם אינה מחייבת" (עניין קוונטינסקי, פסקה 80), ואין בה כדי לשרטט באופן מלא את הקו המבחין; אך ניתן לקוות כי יש בה כדי לסייע, לכלל השחקנים הרלבנטיים – גם במבט צופה פני עתיד – בפרשנות הוראת סעיף 85(א) לתקנון.

45. טרם אחתום את הדיון בסוגיה זו, ועל מנת שלא ישתמע מסר שגוי מן הדברים, אבקש לחדד ולהבהיר: ככלל, אין לראות תיקונים המתבצעים במעלה הליך החקיקה באור שלילי; אדרבה, ההפך הוא הנכון. תיקונים המתבצעים בהצעת-חוק, במסגרת עבודת הוועדה שדנה בה, יש בהם כדי להעיד על הליך חקיקה מעמיק ורציני; על מימוש עקרון השתתפות; ובהתאם לכך, גם על מתן ביטוי ממשי בחוק שהתקבל לרצונם של חברי הכנסת, המייצגים את האזרחים שבחרו בהם (על חשיבותם של עקרונות אלה בחקיקה, ראו למשל: עניין קוונטינסקי, פסקאות 60-71, 79-81; עניין מגדלי העופות, עמוד 81; בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקאות לז-לח (6.9.2017); איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז 645, 675 (2016)). האור השלילי שולח קרניו אליהם, רק באותם מקרים שבהם הם חורגים מהותית מגדריה של הצעת החוק המקורית, ולפיכך גם חותרים תחת עקרונות יסוד אחרים של הליך החקיקה (כפי שאבהיר להלן).

הפרת סעיף 85(א) לתקנון הכנסת – נפקות נורמטיבית

46. האם קביעה כי תיקונים שבוצעו בהצעת חוק מסוימת חורגים באופן מהותי מן הנושא של הצעת החוק המקורית, משמיעה כי מדובר בפגם היורד לשורשו של הליך? ככלל, דומני כי התשובה על כך חיובית (הגם שכמובן יתכנו מקרים חריגים). הטעם לכך הוא שתיקונים החורגים באופן מהותי מהצעת החוק המקורית, עשויים להשליך ישירות על עמידתו של החוק בכלל שהוא אולי הבסיסי ביותר מבין כללי החקיקה במחזוריותו, הקובע כי חוק יתקבל בשלוש קריאות (למעט הצעת חוק פרטית, שעליה להתקבל גם בקריאה טרומית; ראו: סעיף 74(א) לתקנון הכנסת; עניין נימרודי, עמוד 157; עניין ליצמן, עמודים 589-590); כלל אשר מעוגן אמנם בתקנון, אך חלחל גם, כידוע, אל החקיקה הראשית, ואף אל חוקי-היסוד, "באופן המעניק ביטוי ועיגון לדרישה זו" (לפירוט, ראו: בג"ץ 2337/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועמ"ש, פסקה 15 (22.2.2022) (להלן: בג"ץ 2337/21); ראו גם: עניין בנק המזרחי, עמוד 534; אך השוו: אריאל בנדור "ביקורת שיפוטית על הליכי חקיקה" ספר סלים ג'ובראן 45, 56-57 (2023)).

47. הלכה למעשה, הסדר חקיקתי הכולל תיקונים החורגים באופן מהותי מגדרי נושאה של הצעת החוק המקורית, הוא הסדר שלא עבר קריאה ראשונה, על כל המשתמע מכך (ראו למשל: בג"ץ 2337/21, חוות הדעת של חברי, השופט גרוסקופף); זאת, מן הטעם הפשוט שמדובר בחוק אחר – לא רק במובן הפורמלי, אלא גם במובן המהותי – מזה שעליו הצביעה הכנסת בקריאה הראשונה. סבורני כי קשה, קשה עד מאוד, לראות חוק שלא עבר בקריאה ראשונה כחוק שלא נפל בו פגם היורד לשורשו של הליך. כל פרשנות אחרת של הוראת סעיף 85(א) לתקנון הכנסת תעקר מתוכנה, במידה רבה, את החובה – המעוגנת גם היא, כאמור, בתקנון הכנסת – להעביר חוק בשלוש קריאות. למעשה, כפי שצינו חלק מהעותרים, לפרשנות שכזו עשויות להיות השלכות רוחב מרחיקות לכת, שכן הדבר יאפשר שימוש בהצעות חוק שעברו בקריאה ראשונה כמעין 'שלדים' חקיקתיים, שניתן יהיה לצקת אליהם, במהלך ההכנה לקריאה השניה והשלישית, תוכן שאינו מקיים 'זיקה עניינית' להצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה, וכך לדלג, מבחינה מעשית, על הדרישה להעברת חקיקה בשלוש קריאות.

48. כנזכר לעיל, הפסיקה הגדירה פגם היורד לשורשו של הליך כפגם המקים פגיעה "קשה וניכרת" בעקרונות היסוד של הליך החקיקה. מן הבחינה הפורמלית, הסדר חקיקתי הכולל תיקונים החורגים באופן מהותי מגדרי הנושא של הצעת החוק המקורית, כזה הכולל רכיבים שהלכה למעשה, לא עברו קריאה ראשונה – מפר ישירות את הוראות

תקנון הכנסת. מן הבחינה המהותית, הסדר חקיקתי כאמור פוגע פגיעה של ממש בעקרון הכרעת הרוב, שכן דיני החקיקה במחוזותינו קובעים כי חוק נדרש לקבל אשרור רובני 3 פעמים (או 4, כשמדובר בהצעת חוק פרטית) – ולא פחות מכך:

“עקרון הכרעת הרוב בהליך החקיקה מתייחס אפוא לאותם כללים המסדירים את אופיין של ההצבעות, כגון הדרישה לרוב רגיל ולרוב מיוחד והכללים המסדירים את הליך ההצבעה [...] אכן, על-מנת שיתקבל חוק, על הצעת החוק לזכות לרוב בכל אחת משלוש הקריאות (בהצעת חוק ממשלתית), והיעדרו של רוב זה באחד משלבי החקיקה הינו פגם היורד לשורש ההליך, אשר יביא להכרזה על בטלותו של החוק” (עניין מגדלי העופות, עמוד 44; ההדגשה הוספה – נ’ ס’; ראו גם: עניין ליצמן, עמודים 591-592).

נמצאנו למדים, אם כן, כי ככלל, קביעה כי תיקונים שבוצעו בהצעת חוק מסוימת חורגים באופן מהותי מן הנושא של הצעת החוק המקורית, משמיעה כי מדובר בפגם היורד לשורשו של הליך.

49. טרם סיום הדיון בסוגיה העקרונית הנוגעת לטענת ‘נושא חדש’, אציין כי אף אם יש בסימנים שנתנו כדי לסייע בבחינת השאלה אם תיקונים שבוצעו בהצעת חוק מסוימת חורגים מגדרי נושאה של הצעת החוק, כמובן שייתכנו מקרים קשים, המצויים ב’תחום האפור’, ואשר ניתן להעלות לגביהם שיקולים ותהיות לכאן או לכאן. אשוב ואדגיש בהקשר זה את המובן מאליו, כי היקף שיקול הדעת הנתון לוועדה הדנה בחוק ולוועדת הכנסת בבחינת השאלה האמורה – רחב ביותר (הגם שכאמור, לא מוחלט); על כן, ברי כי באותם מקרים גבוליים, שאינם מובהקים, הנטייה תהיה לבפר את שיקול דעתן, ולכבד את הכרעתן.

50. לבסוף, לטובת הבהרת הדין, ובהתייחס לטענות שעלו בעתירות, שלפיהן משעה שנפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורשו של ההליך, מן הסוג שבו עסקינן כאן, כלל אין מדובר ב’חוק’, אציין כי אמנם, במצב דברים כגון דא “במישור הרטורי ניתן לומר כי המסמך שנתקבל אינו ‘חוק’”, אך במישור המשפטי-מעשי, “בטלותו של החוק מחייבת הכרעה שיפוטית קונסטיטוטיוטית” (עניין ליצמן, עמודים 590 ו-593); ובאין הכרעה כאמור – יש לראות את החוק כתקף.

טענת 'נושא חדש' – מן הכלל אל הפרט

51. בענייננו, הצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה, היא הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 26) (שילוב תלמידי ישיבות), התשפ"ב-2022. אבחן את היחס בין הצעת החוק לבין התיקון שהתקבל, בהתאם לשיקולים ששורטטו לעיל. ראשית, עלינו לבחון את מידת ההתאמה בין תכליות ההסדרים ברמה המופשטת. בסעיף 26ב להצעת החוק, הוא סעיף המטרה, נכתב כי "מטרתו של פרק זה לצמצם את אי-השוויון בגיוס לשירות סדיר, לרבות באמצעות שילוב של בני הציבור החרדי בשירות לאומי-אזרחי, ולקדם את השתלבותם בשוק התעסוקה ואת תרומתם למשק המדינה, והכל תוך הכרה בחשיבות לימוד התורה". עינינו הרואות, כי תכליות העיקריות של ההצעה היו קידום שילובם של בני הציבור החרדי – הן בשירות (הצבאי או הלאומי-אזרחי), הן בתעסוקה – כאשר ההכרה בחשיבות לימוד התורה לא הוצבה כתכלית מרכזית, שהחוק שואף לקדם את מימושה, אלא, בעיקרו של דבר, כמעין 'תכלית מאזנת' שיש להימנע מלפגוע בה יתר על המידה. לעומת זאת, התכלית היחידה המנויה בתיקון שהתקבל היא "הכרה בחשיבות לימוד התורה". התכליות העיקריות נזנחו אפוא כליל, כאשר דווקא התכלית שהוצבה כ'תכלית מאזנת', הפכה לתכליתו העיקרית – ולמעשה, היחידה – של ההסדר.

52. שנית, עלינו לבחון את התכלית הקונקרטית, כלומר מהי הסוגיה שעמה נועד להתמודד כל אחד מההסדרים. הצעת החוק ביקשה להתמודד, בעיקרו של דבר, עם אתגר גיוסם של בני הציבור החרדי, ועם הצורך לקדם את שילובם בכלכלת המדינה. לעומת זאת, התיקון שהתקבל נועד להתמודד עם סוגיית מעצרים של בני הישיבות המשתמטים מהתייצבות לשירות. לא רק שהקשר בין השניים – רופף, אלא שסוגיה זו האחרונה, כלל לא היתה קיימת כשעברה הצעת החוק בקריאה ראשונה, שכן באותה עת כלל לא נעצרו בני ישיבות בגין השתמטות משירות צבאי (על מנת שלא אמצא חסר, אציין כי בהתייחסות שהוגשה מטעם מזכיר הממשלה, צוינו גם תכליות אחרות שהחוק נועד להגשים; אתייחס לנקודה זו בהמשך הדברים, אך בשלב זה דייני בכך שאציין כי גם הן לא עמדו על הפרק כשעברה הצעת החוק בקריאה ראשונה).

53. למעשה, די באמור על מנת לקבוע כי התיקונים שבוצעו בהצעת החוק המקורית חורגים הרבה מעבר לגדרי נושאה, אך למען הסר ספק, אציין גם כי להבדיל מהצעת החוק המקורית, שבה נקבעו יעדי גיוס שנתיים ארוכי-טווח (שעמידה בהם היא תנאי לתחולתו של ההסדר לאורך זמן), סנקציות כלכליות על ישיבות בגין אי-עמידה בהם, הוראות המאפשרות השתלבות בשירות לאומי-אזרחי, צעדים לקידום שילובם של בני הישיבות בתעסוקה ועוד – האמצעי היחיד הכלול בתיקון שהתקבל הוא כזה שדווקא

מסיר מן השולחן, ולא מוסיף לו, כלים לאכיפת גיוס: כלי המעצר, החקירה והאכיפה. כמו כן, במישור היקף התחולה, הצעה שנועדה ליתן פתרון קבוע באמצעות הסדרת מכלול שלם של סוגיות, הפכה להוראת שעה זמנית המסדירה התנהגות בהיבט ספציפי אחד, אשר כאמור, לא נכלל בהצעת החוק המקורית.

54. אם כן, לא רק שהחוק שהתקבל כולל תיקונים החורגים "מגדר הנושא של הצעת החוק", בניגוד להוראת סעיף 85(א) לתקנון הכנסת, אלא שמדובר, למעשה, בחוק אחר לגמרי. לא ניתן לומר אפוא, בשום מובן, כי תיקון מס' 28 לחוק שירות בטחון עבר בקריאה ראשונה. משאלה הם פני הדברים, ברי כי מדובר בפגם היורד לשורש ההליך, כך שדינו של החוק – להתבטל.

55. אדגיש, כי קביעה זו אינה באה 'כרעם ביום בהיר'. היעוץ המשפטי לכנסת עשה מלאכתו נאמנה במהלך הליך החקיקה, והתריע בפני חברי הכנסת – פעם, פעמיים ושלוש – כי לא ניתן לראות בתיקון המוצע המשך של הצעת החוק שעברה בקריאה הראשונה ושלגביה הוחל דין הרציפות, וכי מדובר בפגם היורד לשורש ההליך. חברי הכנסת לא שעו לעצה הטובה שקיבלו, וכך, למרבה הצער, הגענו עד הלום. עוד אבהיר, כפי שכבר שצינתי לעיל, כי בהינתן שוועדת הכנסת דנה בטענת הנושא החדש, ודחתה אותה, אילו היה מדובר במקרה גבולי – הייתי מציע לחברי כי חרף הקושי, לא נורה על ביטולו של החוק (למצער מבחינה זו). ברם, העניין דנן רחוק מרחק רב מאוד ממקרה גבולי; מדובר במקרה מובהק של חוק שאינו מקיים זיקה עניינית להצעת החוק המקורית שעברה בקריאה ראשונה.

56. עד כאן, ההכרעה במישור ההליכי; משהגעתי למסקנה שאליה הגעתי, ניתן היה להסתפק בכך לצורך הכרעה בעתירות. לא אכחד, ככלל, ברוב-רובם של המקרים, הייתי מבקר לעצור בשלב זה, ולהותיר את יתר הסוגיות שעל הפרק לעתיד לבוא, ככל שיתעוררו. ברם, סבורני כי בענייננו, יהיה בכך טעם לפגם. זאת, ולו מן הטעם ש'הסתפקות' במישור ההליכי עשויה להשמיע כי אילו היה ניצב לפנינו חוק זהה בתוכנו, אך כזה שעבר הליך חקיקה ככל מצוותו וחוקתו, היה מדובר בחוק חוקתי, ולמצער כזה שמעורר לבטים באשר לחוקתיותו. ברם, לא אלו הם פני הדברים, ובנסיבותיו החריגות עד מאוד של התיקון דנן, כפי שאפרט להלן – דומני כי יש מקום להידרש גם לגופו של ההסדר.

חוקתיותו של תיקון מס' 28 לחוק שירות בטחון

57. טרם אפנה לבחינתו של התיקון בהתאם לאמות המידה החוקתיות המקובלות במחוזותינו, אזכיר, כי כידוע לכל, לסוגיית גיוסם של בני הישיבות – היסטוריה ארוכה וסבוכה, כואבת ומעיקה; הן במישור החברתי, הן במישור המשפטי. איני רואה צורך לחזור כאן על השתלשלות האירועים הענפה, ולו מן הטעם שהתיקון דנן איננו 'המשך טבעי' של העיסוק בסוגיה, שכן כפי שהובהר כבר לעיל, להבדיל מגלגוליה הקודמים של הסוגיה, בנדון דידן אין מדובר, בשום מובן, בהסדר גיוס. הסוגיה אמנם משיקה, וברי כי לתיקון דנן עשויות להיות השלכות שונות בהיבטי גיוס בני הציבור החרדי, אך זאת – ותו לא. על כל פנים, הדברים ידועים ומוכרים, נדונו רבות בפסיקה, והמבקש לעיין – יוכל למצוא את מבוקשו בפסקי דין קודמים (לסקירות מפורטות, ראו: בג"ץ 6198/23 התנועה למען איכות השלטון נ' שר הביטחון, פסקאות 1-9 (25.6.2024) (להלן: בג"ץ 6198/23); בג"ץ 1877/14, פסקאות 2-8).

אפנה אפוא לבחינה חוקתית של התיקון. אפתח, כמקובל, בשאלת הפגיעה בזכות.

פגיעה בזכות החוקתית לשוויון – כללי

58. רבות מאוד נכתב על הזכות החוקתית לשוויון, הנגזרת בשיטת משפטנו מן הזכות לכבוד האדם. כידוע, בפסיקה התקבל בהקשר זה 'מודל הביניים'; לגביו נאמר:

"מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם [...] על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 687, 619 (2006); ראו גם, למשל: בג"ץ 4343/19 כן לזקן – לקידום זכויות הזקנים נ' כנסת ישראל, פסקה 14 (16.3.2022); על היחס המורכב שבין כבוד האדם, שוויון ואוטונומיה, ראו למשל: דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001); והשוו: אביחי דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111 (2013) (להלן: דורפמן)).

59. הדברים ידועים, מוכרים, ונדונו בהרחבה בפסיקה ובספרות (ראו למשל בספרות המשפטית, מני רבים מאוד, ומכיוונים שונים: הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על

היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 169 (2000) (להלן: זמיר וסובל); יצחק בנבגי "שוויון וכבוד כאידיאלים מתחרים: השופט דורנר בעניין אליס מילר" מחקר משפט כב 445 (2006); משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" משפט וממשל יז 147 (2016); ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 63 (2016).

60. על אף העיסוק הענף, עמימות מסוימת באשר למהותו, גבולותיו ואופן יישומו של עקרון השוויון החוקתי – בהחלט קיימת. השוויון הוא מושג רחב, פנים רבות לו, ואנו מייחסים לו מובנים שונים בשלל הקשרים (ראו למשל: ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" משפט וממשל יז 191 (2016); גדעון ספיר "הזכות החוקתית לשוויון" מחקר משפט לד 355 (2023) (להלן: ספיר)). באחת הפרשות עשינו, חברתי השופט ד' ברק-ארו ואנוכי, בדרכים שונות, מאמץ לצקת תוכן מעט קונקרטי יותר בזכות החוקתית לשוויון, לטובת הכוונת העוסקים במלאכה (בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת (8.7.2021), פסקאות 4-35 לחוות-דעתה של חברתי ופסקאות 107-136 לחוות-דעתי). כפי שצינתי שם, הגם שנתגלעה בינינו מחלוקת מסוימת, רב המאחד על המפריד:

"דומני כי אין בינינו מחלוקת באשר לעיקרי התיאוריה של הזכות החוקתית לשוויון; במה דברים אמורים? אין מחלוקת על כך שהשוויון החוקתי מצומצם מן השוויון המינהלי; אין מחלוקת על כך שהשוויון החוקתי מתוחם רק למצבים שבהם ההפליה קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם; אין מחלוקת על כך שהכלל הנקוט בפסיקתנו מימים ימימה הוא 'מודל הביניים', אלא 'שהקונקרטיזציה של המודל – להבדיל מההכרה בו – טרם חודדה עד תום' [...]; אין מחלוקת על כך, ש'דברי חקיקה כוללים לא אחת הבחנות שיש מחלוקות ביחס לרציונל שביסודן, ואין די בקיומה של מחלוקת, או אף בטענה שההבחנה אינה רלוונטית, כדי להצדיק דיון בהן מן הפרספקטיבה של השוויון החוקתי' [...]; אין מחלוקת על כך ששאלת הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון צריכה להיבחן לאור השאלה, האם ההפליה משדחת מסר פוגעני, מתייג, שלפיו 'פרטים מסוימים אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה בשל השתייכותם לקבוצה מסוימת' [...]; אין מחלוקת על כך שבליבת המצבים שבהם נפגעת הזכות החוקתית לשוויון, נמצאים אותם מצבים 'חשודים' המנויים בחוקות, במסמכים בינלאומיים ובדברי חקיקה ישראליים, אך גם אין מחלוקת על כך שהמצבים ה'חשודים' אינם סוף פסוק, ואין לראות בהם 'רשימה סגורה'. בדומה לחברתי, גם אני סבור כי הזכות החוקתית

לשוויון עשויה לפרוש את כנפיה על קשת רחבה יותר של מצבים והבחנות" (שם, פסקה 158 לחוות-דעת).

ברי, כי אין בכך כדי להתחיל למצות את מורכבות הסוגיה, על שלל גווניה, אך דומני כי לצורך הניתוח החוקתי בענייננו, די באמירות כלליות אלה – שלגביהן קיימת הסכמה רחבה יחסית בפסיקתנו (ראו למשל: בג"ץ 5577/23 פלונית נ' כנסת ישראל, פסקה 12 לפסק הדין של חברי, השופט גרוסקופף (24.6.2024)). אלה ישמשו אפוא כבסיס להמשך הדיון.

61. את הטענות לפגיעה בזכות לשוויון בענייננו ניתן לנתח משני כיוונים, שאינם סותרים: שוויון באכיפת הדין הפלילי ושוויון בנטל השירות הצבאי. בשני הכיוונים, אין אנו נדרשים לפלס לנו דרכים מבראשית; צועדים אנו על "קרקע חרושה היטב" (בג"ץ 6198/23, פסקה 47). אבהיר את דברי.

פגיעה בזכות החוקתית לשוויון – שני ראשים

62. הדרישה לשוויון באכיפת החוק בכלל, ובאכיפת הדין הפלילי בפרט, היא אחד מיסודות המשטרים הדמוקרטיים באשר הם, ומהווה חלק אינטגרלי מעקרון שלטון החוק. בבסיסה של דרישה זו, ניצבת ההבנה כי הריבון, המפקיד בידי רשויות המדינה את הסמכות והכוח הבלעדיים לאכוף את הדין – הם האזרחים עצמם; וכי אותו כוח מופקד בידי רשויות המדינה על-ידי האזרחים מתוך ציפייה – ולמעשה, דרישה – כי יופעל באופן הוגן. אכן, "לשלטון החוק יש, בנוסף למשמעות הפורמאלית, גם משמעות מהותית [...] משמעותו של זה, בראש ובראשונה, שוויון. זהו שוויון בהפעלת החוק ובשימוש בו. אין שלטון החוק קיים, אם מפלים בין שווים" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 622,505 (1986) (להלן: עניין ברזילי); ראו גם: ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 261-262 (1985); זמיר וסובל, עמודים 165-166; אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפטוממשל ה' 375, 386-384 (התש"ס)).

63. בפסיקת בית משפט זה כבר צוין, כי "אין להכביר מילים על כך שעקרון השוויון בפני החוק הוא מאבני היסוד של תפיסתנו החברתית והמשפטית. בבסיס השוויון בפני הדין הפלילי ניצבת ההנחה כי כל אדם העובר עבירה ייתן על כך את הדין [...], בלא הבדל דת, גזע, מין, השקפה פוליטית כזאת או אחרת וכיוצא באלה שיקולים חיצוניים – וזרים – להליך הפלילי גופו, שבמהותו נועד להביא למיצוי הדין עם מי שפעלו בניגוד לחוק" (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 12 (23.2.2012) (להלן: עניין ניר)). השלכותיה של

אכיפת הדין באופן מפלה – קשות מנשוא: "אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט [...]". (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית-באר שבע, פ"ד נג(3) 305, 289 (1999); ראו גם, והשוו: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, מד(2) 512, 485 (1990)). "לא תכירו פנים במשפט" (דברים א, יז).

64. כנגזרת מעמדה כללית זו, נקבע בהקשר זה כלל עקרוני, צופה פני עתיד: "הכלל אותו עלינו לשוב ולזכור הוא נקודת המוצא המחייבת את הרשויות לשמור על השוויון בפני החוק בכלל, ובדין הפלילי בפרט. לצורכי אכיפתו של הדין הפלילי, אין לראות בשוני האידיאולוגי או הפוליטי של קבוצה אחת על פני קבוצות אחרות שיקול רלוונטי להבחנה [...] ככלל אם כן, יש לראות בשיקול כזה שיקול זר להחלת הדין הפלילי, ובהתאמה לקבוע כי השימוש בו עולה כדי הפלייה של יתר נמעני החוק הפלילי" (עניין ניר, עמוד 305; ההדגשה הוספה – נ' ס'; ראו גם, והשוו: עניין זקין, עמוד 305). כלל זה – הגיונו בצדו. מצב דברים שבו אזרח א' יודע כי לגבי אזרח ב', הכפוף לאותו הדין, אך משתייך לקבוצת אוכלוסיה אחרת, הדין לא יאָכף, בעוד שכלפיו – יאכף גם יאכף, הוא מצב 'קלאסי' שבו "ההפליה משדרת מסר פוגעני". המסר שעולה הוא כזה שלפיו אותו אזרח א' הוא, למצער במובן מסוים, בעל מעמד שונה, נחות מאזרח ב'. זוהי פגיעה בשוויון העולה כדי פגיעה בזכות לכבוד האדם.

65. כך בכלל, וכך בענייננו. תיקון מס' 28 לחוק שירות בטחון אינו מחריג את בני הישיבות מחובת השירות, אלא קובע כי אף על פי שחובה זו, לכאורה, חלה עליהם, הרי שכלפיהם – ורק כלפיהם – היא לא תיאכף. מדובר אפוא בהפליה מובהקת באכיפת הדין, המבוססת על השתייכות מגזרית-דתית; כזו שמפרה את חובתה של המדינה להתייחס לכל אזרחיה כשווים, במובן הבסיסי ביותר של המונח. בהתאם לכלל האמור, ברי כי מדובר בפגיעה ממשית בזכות החוקתית לשוויון.

66. עד כאן, באשר לשוויון באכיפת הדין הפלילי. אעבור לסוגיית הפגיעה בזכות לשוויון, במונחי נטל השירות הצבאי. כידוע, בית משפט זה דן פעמים רבות בסוגיית גיוסם של בני הישיבות. הפסיקה בהקשר זה קבעה, ושובה וקבעה, כי הסדר גיוס שאינו מקדם, הלכה למעשה ובאופן אפקטיבי, את הגשמת היעד של התקדמות אל עבר מצב דברים של שוויון בנטל הגיוס – פוגע בזכות החוקתית לשוויון. כך נקבע בהקשר זה:

"על פי מודל הביניים, פגיעתו של חוק דחיית השירות בשוויון מקימה פגיעה בכבוד האדם. החוק פוגע באותם

זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי. הוא פוגע באותו אגד של זכויות וערכים, ששמירתם נדרשת כדי לקיים את כבוד האדם של כל אחד מקבוצת הרוב, המחוייב בשירות צבאי. בעוד שמרבית בני החברה מחוייבים בשירות צבאי מלא וממושך, תוך סיכון לעתים של היקר מכל, לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם ניתנת האפשרות להשתחרר משירות זה. מצב דברים זה פוגע בשוויון הבסיסי והאלמנטרי ביותר שבין בני החברה. הוא פוגע במעמדו של האדם המחוייב בשירות צבאי כשווה בין שווים, על יסוד השתייכותו החברתית, אמונתו הדתית ואורחות חייו. הוא מפר הפרה קשה את השוויון בזכויות ובחובות האזרחיות הבסיסיות. הוא גורם לאפליה וקיפוח. [...] זאת יש לזכור: שירותו של אדם בשירות הצבאי היא זכות וחובה גם יחד. חובת השירות פוגעת בשורה של חירויות יסוד של הפרט המשרת. כך באשר לשירות חובה בכל צבא. כך בוודאי באשר לשירות בצבא ההגנה לישראל. שירות זה כרוך לא פעם בסיכון זכותו היסודית ביותר של כל פרט – הזכות לחיים ולשלמות הגוף. 'ענייננו שלנו הוא בפיקוח נפש – לא פחות' [...]. הפליה באשר ליקר מכל – החיים עצמם – היא הקשה שבאפליות. האדם מוכן ליתן חייו להבטחת מולדתו. הוא אינו מצפה לכל טובת הנאה מכך. הוא מצפה רק לכך שגם אחרים ינהגו כמוהו" (בג"ץ 6427/02, עמודים 689-690; ראו גם שם, בעמ' 782-783).

במעלה הדרך, התקבעה קביעה זו, נשנתה, שולשה, והלכה למעשה – נתפסה כנקודת המוצא לדיון בסוגיה (ראו, בין היתר: בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012), בעמודים 32, 39, 100-101, 125-127, 149-150 (להלן: בג"ץ 6298/07); בג"ץ 1877/14, פסקאות 42-45 לפסק הדין של הנשיאה מ' נאור, פסקה 2 לחוות הדעת של השופט י' עמית, פסקה 3 לחוות הדעת של השופט נ' הנדל, פסקה 3 לחוות הדעת של השופט ח' מלצר; חריגים בהקשר זה היו המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין, והשופט א' גרוניס; ראו בהתאמה: בג"ץ 6427/02, עמודים 751-753, ועמודים 805-806; לביקורת שהובעה בספרות על הקביעה האמורה של דעת הרוב, אם במישור העקרוני, אם במישור הפרטני, ראו למשל: דורפמן, עמודים 141-144; ספיר, עמודים 376-378; סיגל קוגוט ואפרת חקאק "האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל" שערי משפט ז 99, 125-129 (2014)).

67. במסגרת חוות-דעתי בבג"ץ 1877/14 (בדעת מיעוט אל מול דעת הרוב של 8 חבריי וחברותיי), הרהרתי מעט אחר קביעות אלו. בין היתר, ציינתי כי "הפגיעה בשוויון דכאן אינה מן הסוג הקלאסי, שבו מגן בית המשפט על מאן דהוא, פרט או קבוצה מובחנת, שהופלו לרעה ביחס ליתר בני החברה. בעניין שלפנינו מוענקת הטבה לקבוצה מסוימת, מבלי שיש בכך יחס פוגעני מפלה כלפי אחרים. מדובר אפוא בטענת הפליה מסוג שונה. היא מחייבת גם ביסוס תאורטי חלופי, כהצדקה לעריכת ביקורת חוקתית על-פיה". עוד ציינתי,

כי "באופן פרטני יש להקשות, האמנם אי-גיוסם של בני הישיבות מוביל לפגיעה בכבוד האדם של יתר בני החברה? קביעה זו קשה עלי קמעא משום שלגבי ידידי, השירות בצה"ל – עיקרו זכות ומיעוטו חובה. [...] אכן, זכות היא לתרום לחברה ולשרת בצה"ל; המשתמט מכך פוגע בכבודו-שלו, יותר משהוא פוגע בכבודו של זולתו. יש מקום, אם כן, לטענה לפיה התייחסות להסדר הגיוס כפוגע בכבוד האדם מבוססת על תפיסה רחבה מדי של מושג זה, בבחינת 'כבודו מלא עולם' [...], באופן שעלול להוביל לזילות ערך כבוד האדם" (שם, פסקאות 43-44; לתמיכה בגישה הרואה את השירות הצבאי לא רק דרך משקפי החובה, אלא גם דרך אלה של הזכות, ראו: בג"ץ 3227/20 קליגר נ' שר הביטחון, פסקה 1 לחוות הדעת של חברתי, השופטת ר' רונן (13.4.2026)).

68. עם זאת, הבהרתי שם, כי "אני נכון לקבל את הנחתם של חברי, כי יש כאן פגיעה בזכות החוקתית לשוויון כפי שהיא נגזרת מן הזכות לכבוד האדם; כבר הורה זקן (בבלי, שבת נא ע"א), ואין בכוונתי במסגרת דיון זה לחלוק על מושכלות יסוד שנקבעו בסוגיה זו" (שם, פסקה 47). גם בנדון דידן, אין בכוונתי לחלוק על אותן מושכלות יסוד, אך אבקש להוסיף ולהתעכב קמעא על מה שהשתנה מאז שניתן פסק הדין בבג"ץ 1877/14, לפני כ-9 שנים, ובפרט – מאז פרוץ המלחמה.

69. במסגרת הדיון בעתירות אחרות, שהתבררו אך לאחרונה ושעסקו באכיפת חובת הגיוס הקבועה בחוק שירות בטחון על בני הציבור החרדי, ראיתי לנכון לציין את הדברים הבאים: "אותו אי-שוויון מעיק, זועק, שעמד בבסיס גלגוליה הקודמים של סוגיה זו, נעשה חמור יותר ויותר מאז פרוץ המלחמה ביום השבעה באוקטובר 2023. כפי שנמסר מאת משיבי המדינה, 'הצפי העדכני הוא כ-110 ימי מילואים לגדוד בשנת 2025'; כמעט שלישי מימי השנה. אותם 110 ימים מצטרפים למאות רבות של ימים שמשרתי המילואים נדרשים לבצע מאז פרוץ המלחמה. הנטל – כבד ביותר. השלכות הרוחב – על חייהם של אלה הנושאים בו, על מצבם הפיזי והנפשי, על בני משפחותיהם – קשות מנשוא" (בג"ץ 5819/24 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון, פסקה 35 (19.11.2025)); הדברים נאמרו אמנם במסגרת בחינה שנעשתה במישור המינהלי, אך הגיונם יפה גם לצורך המחשת הנקודה בענייננו). אף לא למותר לציין בהקשר זה, בין היתר, כי באותו שבוע שבו עבר התיקון דנן, אישרה הכנסת בקריאה שניה ושלישית גם את הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 29 והוראת שעה), התשפ"ו-2026, שהאריכה את השירות הסדיר; כי גיל הפטור ממילואים עלה גם הוא במהלך המלחמה (חוק שירות בטחון (תיקון מס' 26 – הוראת שעה – חרבות ברזל), התשפ"ד-2024); וכי גיוסם של תלמידי ישיבות ההסדר, המכינות הקדם-צבאיות ומבצעי שנות שירות – הוקדם.

70. כל זאת, אף לפני שהזכרתי כי "רבים נהרגו; אלפים נפצעו, בגוף ובנפש. משפחות התפרקו, אנשי מילואים איבדו את פרנסתם; חיילים ואזרחים רבים יִשְׁאוּ איתם צלקות שהותירה בהם תקופה זו כל ימי חייהם" (שם, פסוקה 74). חשוב להדגיש, כי היקף השפעתה של הכבדת הנטל הדרמטית שחלה עקב פרוץ המלחמה והימשכותה, חורג הרבה מעבר להשלכותיו הישירות של השירות הצבאי עצמו. אותו חייל מילואים שהתקדמותו בעבודה נפגעת, או שנאלץ להאריך את לימודיו בשנה נוספת ולעכב את יציאתו לשוק העבודה, עקב סבבים חוזרים ונשנים; אותו בן או בת זוג, הנאלצים להתמודד לאורך תקופות ארוכות כהורים יחידים, על כל הכרוך בכך; אותם בני משפחה וחברים, החיים תקופות ארוכות בחרדה מתמדת, מתמשכת, נותרים ערים בלילות, נזעקים מכל ידיעה חדשותית על 'אירוע ביטחוני', נוכח שירות בנם או בתם בחזית הלחימה; ועוד כיוצא באלה השלכות רבות, הבאות לידי ביטוי בשלל היבטי החיים, ומשפיעות על מעגלים הולכים ומתרחבים.

71. אמרתי דברים אלה – הידועים היטב, למרבה הצער, לכל המצוי במחוזותינו בשנים האחרונות – על מנת להבהיר כי הלכה למעשה, הפגיעה בכל אותם ערכים, אינטרסים וזכויות הכרוכים בחובת הגיוס, ואשר הם הביטוי המעשי, המוחשי, של הפגיעה בשוויון – החיים ושלמות הגוף, האוטונומיה, הקניין, חופש העיסוק ועוד – החמירה לאין שיעור מאז ועד היום; הן בהיקפה, הן בעוצמתה. מטבע הדברים, יש בכך כדי להשליך על הניתוח החוקתי בענייננו.

72. התיקון דנן, בפשטות, שולל מצה"ל את אחד הכלים העיקריים הנתונים בידו לשם אכיפת חובת הגיוס; כלי שלעמדת גורמי המקצוע אצלו – שהם האמונים על מימוש חובת הגיוס – יש בו, ולו מעצם קיומו, כדי ליצור השפעה חיובית ואפקטיבית על התמריץ להתגייס. שלילתו של כלי זה מתבצעת, לפי התיקון, אך ורק כלפי בני הציבור החרדי (כפי שאבהיר להלן, התיקון אף אינו מצמצם את תחולתו באופן אפקטיבי לבני ישיבות בלבד), אלו שמלכתחילה אי-גיוסם הוא שיצר את אי-השוויון שעמד במוקד הדיון בכל אותן עתירות קודמות; וללא כל מנגנון אכיפה חלופי או סנקציות משלימות, שיהיה בהן כדי לאזן את האפקט שנוצר כתוצאה משלילת כלי האכיפה הקיימים (אדגיש, למען הסר ספק, כי אין להסיק מדבריי כאן לגבי מצב דברים שבו שלילת המעצרים כאמצעי לאכיפת חובת הגיוס היתה נשללת באופן שוויוני, לגבי כלל האוכלוסייה). ברי, כי יש בכך כדי להחריף את אי-השוויון בכל הנוגע לנשיאה בנטל השירות הצבאי, וממילא את הפגיעה בזכות לשוויון. דומני, כי הדברים ברורים.

תכלית ראויה? הערות מקדימות

73. כידוע, סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מורה אותנו כי מקום שבו נמצאה פגיעה בזכות חוקתית, כבענייננו, עלינו לבחון אם התיקון מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. לצורך בחינה זו נדרש להתחקות, בין היתר, אחר תכליתו של התיקון. זאת, שכן אחד מן המבחנים שבהם מחויב התיקון לעמוד, הוא זה שלפיו הפגיעה נעשית "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה". בהקשר זה, קיימות אינדיקציות סותרות. מחד גיסא, סעיף 26ב לחוק שירות בטחון, סעיף המטרה של התיקון, מכריז במפורש על תכליתו: "מתוך הכרה בחשיבות לימוד התורה, נקבע בזה הסדר מיוחד, בהוראת שעה, להקפאת מעצרים של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם". לעומת זאת, בהתייחסות שהגיש מטעמו, טען מזכיר הממשלה כי "מטרת הוראת השעה [...] הייתה למנוע מלחמת אחים וירידה בהיקף המתגייסים החרדים לצה"ל", מטרות שגם הוזכרו במכתבו אל יו"ר ועדת החוץ והביטחון מיום 26.6.2026, שהניע את חקיקת התיקון.

74. על פני הדברים, ניתן היה להתלבט בשאלה מהי תכליתו של התיקון דנן – זו שראה המחוקק לנכון לעגן בכתובים, או שמא אלו הן המטרות שעליהן עמד מזכיר הממשלה? אך בנסיבות העניין, סבורני כי משעה שהחוק מגדיר במפורש את מטרתו, דיינו בכך, וזו התכלית שיש להגדיר בתור 'תכלית התיקון'. מה גם, שכעניין מוסדי, כאשר בפרשנות חקיקה עסקינן, דומני, מבלי לטעת מסמרות, כי ישנם טעמים טובים לבכר, ככלל, את עמדתו המפורשת והברורה של המחוקק, אשר קיבלה ביטוי עלי ספר, על פני עמדתה של הממשלה באשר לתכלית התיקון (אדגיש כי מדובר במתח שונה מזה שמתעורר כאשר ישנו חוסר הלימה בין תכלית מפורשת או סובייקטיבית, לבין תכלית משתמעת או אובייקטיבית. על כך שבאופן כללי, יש ליתן משקל גבוה לתכלית הנלמדת מלשונו המפורשת של החוק, במסגרת גיבוש תכליתו של החוק בשלב הפרשנות (אף אם אין מדובר בהכרח בשיקול קונקלוסיבי), ראו למשל, והשוו: דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (12.9.2017), פסקאות 19, 24-25 לפסק הדין של הנשיאה מ' נאור, ופסקאות 15-21 לחוות-דעתי; כן ראו: בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 288 (2004)).

75. תכליתו של התיקון, כפי שהגדיר אותה המחוקק, מכילה אפוא תכלית מופשטת – הכרה בחשיבות לימוד התורה – ותכלית קונקרטית, שהיא הביטוי המעשי של התכלית המופשטת בהקשר הנדון, ועניינה – הקפאת הליכי האכיפה כלפי חייבי גיוס שתורתם אומנותם. תכלית זו מציבה שני אתגרים באשר ליכולת לנתח את התיקון במשקפיה של

פסקת ההגבלה. ראשית, ניתן להרהר אחר מידת הזיקה שבין התכלית המופשטת לתכלית הקונקרטית; זאת, בין היתר, נוכח העובדה שהליכי האכיפה כלפי בני הציבור החרדי בהקשר זה, מתבצעים נוכח השתמטותם מחובת השירות הצבאי; לא בגין לימוד התורה חלילה. אם כך, עולה השאלה אם הקפאתם של הליכים אלה היא אכן קונקרטיזציה של ערך לימוד התורה. האתגר השני, עניינו בכך שלפנינו מקרה שבו מתקיימת זהות בין התכלית הקונקרטית לבין האמצעי. כלומר, התכלית הקונקרטית של הקפאת הליכי האכיפה כלפי חייבי גיוס שתורתם אומנותם – היא גם האמצעי שבו נוקט התיקון: "לא יינקטו הליכי מעצר, חקירה או אכיפה" כלפי 'תלמידי ישיבה', כהגדרתם בחוק, בגין עבירות של השתמטות מגיוס, עריקה או העדר מן השירות שלא ברשות (סעיף 126 לתיקון). מצב דברים זה, עשוי לעורר קושי בכל הנוגע לבחינת מידתיות התיקון, שהרי חלק הארי של בחינה זו עוסק ביחס בין האמצעי לבין התכלית. אדגיש בהקשר זה, כי מובן שאין בהכרח קושי, מבחינת חוקתיות ההסדר הנבחן, בעצם קיומה של חפיפה בין התכלית לבין האמצעי; האתגר נוגע אך ליישום מבחני פסקת ההגבלה במקרה כגון דא, לא בהסדר עצמו. מכל מקום, אתגרים אלה ילוו אותנו בהמשך הניתוח.

76. נתחיל באתגר הראשון. בהינתן תכלית מופשטת ותכלית קונקרטית, שהקשר ביניהן אינו בהכרח הדוק, מהי התכלית הרלבנטית לצורך ניתוח מבחני פסקת ההגבלה? הפסיקה נדרשה להיבטים שונים של שאלה זו (ראו למשל: בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 664-665 (2002)). בענייננו, הן ניתוח התיקון בראי התכלית המופשטת, הן ניתוחו בראי התכלית הקונקרטית – אפשריים, ובלאו הכי, מוליכים לתוצאה זהה. למען שלמות הדברים, ועל מנת שלא אמצא חסר, אצמד אפוא בשני הניבטים במקביל.

77. תחילה, התכלית המופשטת – הכרה בחשיבות לימוד התורה. בחינתה של תכלית זו בענייננו – אינה פשוטה. כזכור, בגלגוליה הקודמים של סוגיית גיוסם של בני הישיבות, נקבע כי הכרה בחשיבות לימוד התורה היא תכלית ראויה בהקשר זה, אך זאת – רק בגדרי איזון עם תכליות נוספות, בראשן: צמצום אי-השוויון בנטל השירות הצבאי (לצד תכליות נוספות, כגון הגברת השתתפותו של הציבור החרדי במעגל העבודה ויצירת פתרון מוסכם והדרגתי; ראו: בג"ץ 6427/02, עמודים 700-705; בג"ץ 14/1877, פסקה 52). הגם שבמנותק מהקשר, לבטח, הכרה בחשיבות לימוד התורה הריהי תכלית ראויה, נשאלת השאלה, האם הכרה בחשיבות לימוד התורה, כתכלית בלעדית, היא תכלית ראויה להסדר בהקשר הנוכחי, שמקומו בחוק שירות בטחון? באופן פרטני ניתן להקשות, האם העלאת תכלית זו על נס, בהקשר הנדון, בעת מלחמה כה נוראה וקשה, עקובה מדם, מבלי

להביא בחשבון כלל את התכלית הביטחונית הבאה לידי ביטוי בצרכי צה"ל, או את הצורך בצמצום אי-השוויון בנטל הגיוס, עומדת במבחן זה? ספק בעיניי. מאידך גיסא, עשוי הטוען לטעון, כי בשלב זה, אין להביא בחשבון את היחס בין תכלית ההסדר הנבחן לבין תכליות רלבנטיות אחרות. מכל מקום, מוכן אני להניח כי אכן מדובר בתכלית ראויה בהקשר הנדון.

78. כעת, לתכלית הקונקרטית. בפסיקה נקבע, כי לתכלית זו עשויה להיות חשיבות רבה במסגרת הבחינה החוקתית. שני טעמים לדבר. ראשית, מבחינה עניינית, הבחינה אינה נעשית ב'חלל ריק', אלא בהקשר של הפגיעה בזכות החוקתית; זו מהותה והטעם לקיומה. משכך, התכלית הרלבנטית היא "התכלית המונחת ביסוד ההוראה בחוק הפוגעת בזכויות האדם", כלומר זו שמצויה בבסיסה של ההוראה הספציפית, הקונקרטית (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 548 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)).

79. שנית, לצורך ניתוח תנאי פסקת ההגבלה, התכלית המופשטת עשויה לעתים לעורר קושי, ובפרט – להתגלות כלא אפקטיבית לצורך בחינה של ממש: "נדמה כי תכלית של כל נורמה ניתנת להצגה ברמת הפשטה שתאפשר לכאורה לקבוע כי מדובר בתכלית ראויה (אגב שימוש במונחים כדוגמת 'בטחון הציבור', 'סדר ציבורי', 'יציבות השלטון' וכן הלאה). ברם, אין ללכת שבי אחר ניסוח זה או אחר, ויש לבחון את מהות הדברים" (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פסקה 18 לחוות הדעת של השופט ע' פוגלמן (16.9.2013) (להלן: עניין אדם)). רוצה לומר, מקום שבו תכליתו של דבר החקיקה מנוסחת ברמת הפשטה גבוהה ביותר, לעתים נדרש בית המשפט לבחון את ההסדר עצמו, הלכה למעשה, ולהתחקות אחר הסוגיה שאותה הוא מבקש להסדיר, או לבור את הבעיה שעמה הוא נועד להתמודד; קרי, לבחון את התכלית בהקשר הקונקרטי הנדון.

80. למעשה, הדבר מתבקש, למצער במידה מסוימת, ממבחן התכלית הראויה עצמו. בהתאם לדוקטרינה החוקתית הנהוגה עמנו, למבחן זה שני מישורים: "המישור האחד בוחן את התוכן של התכלית, המישור השני בוחן את מידת הצורך בהגשמתה" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 52 (1997) (להלן: עניין חורב); ראו גם, למשל: בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה קז (11.9.2016)). במקרים מסוימים, על מנת לבחון את מידת הצורך בהגשמת התכלית, נדרש לבחון את התכלית באופן תלוי-הקשר, לאור הסוגיה או הבעיה הקונקרטית שעמה מתמודד ההסדר הנבחן. אחרת, המבחן עלול להפוך לכמעט חסר משמעות (למשל, כפי

שצוין לעיל בהתבסס על עניין אדם, השאלה אם 'ביטחון הציבור' הוא תכלית שיש צורך בהגשמתה – עשויה להתברר כלא אפקטיבית במיוחד).

תכלית קונקרטית ראויה? ישנם

81. אפנה אפוא לניתוח התכלית הקונקרטית. אפתח במישור הראשון – "התוכן של התכלית". סבורני, כי התיקון דנן אינו עומד במבחן התכלית הראויה, כבר במישור זה. תכלית שעניינה בהחרגת קבוצת אוכלוסיה מסוימת מאכיפת דין פלילי שחל עליה – היא תכלית שלמעט, אולי, במקרים חריגים ביותר, אינה תכלית לגיטימית שרשויות המדינה רשאיות לפעול למימושה. מעצם מהותה וטיבה, פגיעתה בשלטון החוק – קשה ביותר, והיא מפרה ברגל גסה את אחת מן המחויבויות העמוקות ביותר של המדינה כלפי אזרחיה – להפעיל את הכוח הכופה שהופקד בידיה, ורק בידיה, באופן הוגן ושוויוני, מבלי לקבוע שדמם של בני קבוצה פלונית סמוק מדמם של אחרים (ראו: בבלי, סנהדרין עד, א), או שחירותם של אלה בעלת ערך גבוה יותר משל אלה. אף במישור השלכות הרוחב, אחריתה של הכרה בתכלית זו כתכלית לגיטימית – מי ישורנה. מחר תדרוש מפלגה פלונית, המייצגת קבוצה אלמונית, כי דיני המס לא יאכפו כלפי חברי אותה קבוצה; מחרתיים תדרוש מפלגה פלמונית אי-אכיפה כלפי הציבור שאותו היא מייצגת לגבי עבירה אחרת. ואנה אנו באים?

82. דומני, כי הבעיות הנורמטיביות הקשות – מדברות בעד עצמן, ומוליכות למסקנה, פשוטה למדי, כי אין מדובר בתכלית ראויה. דייני בכך לצורך ניתוח מבחן זה, אך למעלה מן הצורך, אציין כי גם המישור השני של המבחן – זה שעניינו במידת הצורך בהגשמת התכלית – אינו חף מקשיים. אשר להיבט זה של מבחן התכלית הראויה, קובעת ההלכה, כי "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה" [...]. כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון הפגיעה בכבוד האדם – תכליתו של החוק הפוגע תצדיק הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ. יתכן ופגיעות בזכויות מרכזיות פחות יצדיקו רמת נחיצות נמוכה יותר" (בג"ץ 7052/03, עמוד 259; ההדגשה הוספה – נ' ס'; ראו גם, למשל: בג"ץ 951/06 שטיין נ' רב ניצב משה קראדי, פסקה 18 (30.4.2006); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 107 (2.9.2010); בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 63 (9.6.2020); לניתוח ביקורתי, ובעל חשיבות בהקשר זה, ראו: גדעון ספיר "איוונים" ספר ריבלין 301, 317-320 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2025)). דוקטרינה בעלת הגיון דומה, אולי מעט מהודקת יותר, מקובלת גם במדינות הים:

"מידת החשיבות של הצורך עשויה להשתנות על-פי מהותה של הזכות הנפגעת. כך, למשל, במשפט האמריקני מבחינים, לעניין זה, בין שלוש רמות של זכויות. ברמה הגבוהה ביותר מצויים חופש הדיבור, חופש הבחירה, חופש התנועה והזכות לשוויון (בכל הנוגע למעמדו של אדם כתושב ובכל הנוגע לגזע). לעניין זכויות אלה – הנתפסות כזכויות יסוד (fundamental rights) – תכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חיונית (compelling state interest) או צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity), או עניין חברתי מהותי (substantial state interest). לעניין של זכויות אחרות נדרשת מידת נחיצות נמוכה יותר [...]". במשפט הקנדי דורשים את הרמה הגבוהה לעניין כל זכויות האדם. אין לנו צורך לנקוט עמדה, אם גם בישראל יש מקום להבחין בין רמות שונות של בדיקת נחיצותה של התכלית (levels of scrutiny). די לנו אם נאמר, כי כמו במשפט המשווה, גם אצלנו הנחיצות של פגיעה בחופש התנועה – חופש המצוי ברמה הגבוהה ביותר במידרג הזכויות בישראל – היא ברמה הגבוהה יותר" (עניין חורב, עמודים 52-53).

83. אדגיש בהקשר זה, כי אין עסקינן בשאלה 'איזונית', בבחינת מי גובר על מי – הזכות או הצורך החברתי. כלומר, לא נדרש לבחון בשלב זה אם הצורך החברתי מצדיק, בהינתן מכלול השיקולים, את הפגיעה בזכות (כידוע, זה במידה רבה תפקידם של מבחני המידתיות, בדגש על מידתיות במובן הצר); מדובר בבחינה מקלה יותר, שהיא בגדר 'תנאי סף', ושמטרתה לבדוק אם על פני הדברים, ישנו יסוד סביר לחשוב כי מדובר בצורך חברתי חשוב או דוחק מספיק, אשר עשוי לבסס הצדקה לפגיעה בזכות מן הסוג שעל הפרק. הרי אם אותו צורך חברתי כלל אינו יכול לבסס, למצער באופן ראשוני, הצדקה לפגיעה בזכות מן הסוג שעל הפרק, כיצד נוכל לראותו כתכלית ראויה בהקשר הנדון, של הפגיעה בזכות?

84. אם כן, בענייננו, נוכח הפגיעה הקשה בזכות לשוויון, כמפורט לעיל, עלינו לבחון אם "התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ". האם סוגיית מעצרים של חייבי הגיוס בני הציבור החרדי מקימה צורך חברתי לוחץ, אשר עשוי לבסס הצדקה לפגיעה מן הסוג שבו עסקינן? אכן, סוגיה זו הוצגה על-ידי הגורמים השונים כסוגיה דחופה ורחבת היקף, המחייבת פתרון מיידי. כך למשל, במכתב מזכיר הממשלה אל יו"ר ועדת החוץ והביטחון מיום 26.6.2026, שהוזכר לעיל, צוין, בין היתר, כי "הייעוץ המשפטי לממשלה [...] הורה לצה"ל לבצע מבצעי מעצרים תכופים" נגד בני הציבור החרדי החייבים בגיוס, וכי "גל המעצרים של תלמידי הישיבות ולומדי התורה מחולל זעזוע קשה בלב הציבור החרדי". בהמשך לכך, כאשר הציג ח"כ ביסמוט, יו"ר ועדת

החוץ והביטחון, את הצעת החוק לפני מליאת הכנסת, לקריאה שניה ושלישית, אמר כי התיקון "מבקש לבלום את הסחף הנורא של מעצר לומדי תורה" (פרוטוקול ישיבה 417 של הכנסת ה-25, 268 (13.7.2026)). גם בבקשת ההצטרפות מטעם עמותת 'אמת ליעקב בישראל' הוזכרו, בין היתר, "מדיניות מעצרים נרחבת" ו"גל המעצרים".

85. איני מקל ראש בכך שהליכי האכיפה אכן עשויים לעורר חשש, למצער בלבם של חלק מבני הציבור החרדי – הן מעצם הליכי האכיפה, על השלכותיהם, הן מהשפעתם על ההכרה בחשיבות לימוד התורה. אך האם יש בכך כדי להקים צורך חברתי דוחק, אשר עשוי להצדיק פגיעה קשה בזכויות חוקתיות? בפרט יש לשאול, האם ההנחות העובדתיות שעליהן התבססו מחוללי התיקון, לטובת ביסוס הצורך החברתי הדוחק – אלו שעניינן באותו 'גל מעצרים' ו'סחף נורא' של מעצרי לומדי תורה – נשענות על רגליים איתנות? התשובה על כך – שלילית.

86. אבהיר מדוע, ולשם כך אביא מעט נתונים. בהודעת עדכון שהוגשה ביום 30.6.2026 על-ידי משיבי המדינה במסגרת בג"ץ 5819/24, הוצגו נתונים רלבנטיים לענייננו (למען הסר ספק, אין מי שחלק על תוקפם):

"נכון ליום 10.5.26, מספרם הכולל של המלש"בים שהוכרוזו כמשתמטים או שיצא בעניינם צו 12, מתוך כלל המיועדים לשירות ביטחון במדינת ישראל, עומד על 92,080. להערכת גורמי הצבא, כ-80% מביניהם משתייכים לבני הציבור החרדי [...]. בהקשר זה יוסבר, כי יתר המלש"בים שהוכרוזו כמשתמטים, שאינם מקרב בני הציבור החרדי, הם היקף המשתמטים שהצטבר לאורך עשרות שנות קיומה של המדינה. כלומר, תופעת ההשתמטות בקרב הציבור הכללי היא תופעה מצומצמת ביותר. בנוסף, להערכת גורמי הצבא, בטווח הזמן הקרוב, לנוכח העדר שיתוף הפעולה העקבי עם רשויות הגיוס, צפויה עלייה משמעותית נוספת בהיקף המלש"בים [מקרב בני הציבור החרדי – נ' ס'] שיוכרוזו כמשתמטים או שיוצא בעניינם צו 12" (ההדגשות הוספו – נ' ס').

אם כן, לפי הערכת גורמי הצבא, נכון ליום 10.5.2026, מדובר היה על כ-73,664 חייבי גיוס חרדים שלא הסדירו את מעמדם, כאשר לפי הערכה מצמצמת עד מאוד ביחס למצב בפועל (שכן מספר המשתמטים שאינם חרדים אינו מתייחס למצב הנוכחי, אלא לסך המשתמטים שאינם חרדים "לאורך עשרות שנות קיומה של המדינה", ומספר החרדים המוגדרים כמשתמטים צפוי לגדול מאוד בעתיד הקרוב), מדובר על כ-80% מסך המשתמטים.

87. נתונים אלו הובאו אך על מנת להאיר את הנתונים הבאים, בדבר היקף המעצרים, באורם הנכון. אם כן, לפי האמור בהודעת העדכון האמורה, החל מיום 16.1.2026 ועד ליום 11.6.2026, נעצרו 165 חבי גיוס שהוכרזו כעריקים או כמשתמטים כתוצאה מפעולות מעצר יזומות של המשטרה הצבאית; מתוכם, 16 נמנים עם בני הציבור החרדי (כלומר, פחות מ-10%). כמו כן, בפרק זמן זה, עוכבו 81 עריקים ומשתמטים על-ידי משטרת ישראל בעת מפגש אקראי, והועברו להמשך מעצר במשטרה הצבאית; והועברו 17 עריקים ומשתמטים ממשמורת שב"ס למשמורת המשטרה הצבאית, על רקע מעורבותם בהפרת סדר (לגבי שני הנתונים האחרונים לא צוין במפורש כי מדובר על עריקים ומשתמטים בני הציבור החרדי, אך דומני כי ההקשר מלמד על כך). כמו כן, מתוך 333 מלש"בים שהוכרזו כמשתמטים ונעצרו במעברי הגבול בין יום 1.1.2025 ליום 10.5.2026, 105 נמנים על בני הציבור החרדי (כלומר, פחות מ-30%).

88. מדובר אפוא, בסך הכל, בכל פרק הזמן האמור, על 219 חבי גיוס בני הציבור החרדי שנעצרו – ולא מן הנמנע כי הללו "שוחררו ימים ספורים לאחר מעצדם, בתרועה רמה" (בג"ץ 5819/24, פסקה 52) – כך שעסקינן ב-0.3% בלבד מסך חייבי הגיוס החרדים שהוכרזו כמשתמטים או שיצא בעניינם צו 12 (על מנת לסבר את האוזן, השיעור המקביל אצל האוכלוסיה הלא חרדית גבוה כמעט פי 7, וזאת כאשר ספירת המשתמטים לגבי אוכלוסיה זו היא כאמור מאז קום המדינה, כך שלמעשה הפער ביחס לתקופה הרלבנטית – גבוה לאין שיעור).

89. נמצאנו למדים, כי בשורה התחתונה, היקף המעצרים – הן במספרים מוחלטים, הן כשיעור מסך המשתמטים בני הציבור החרדי, הן ביחס לאוכלוסייה הכללית – נמוך ביותר; שמא אף זניח. חרף יחסי הציבור להם זכו המעצרים, ועל אף אמירותיהם הנחרצות של מחוללי החוק, הנתונים מלמדים כי הלכה למעשה – המצב בפועל שונה בתכלית. אם כן, בהתחשב באמור לעיל, מתקשה אני לראות כיצד אותו שיעור נמוך ביותר של הליכי אכיפה, אכן מקים 'צורך חברתי לוחץ', כזה שעשוי להצדיק, ולו לכאורה ובאופן ראשוני, פגיעה מן הסוג שבו עסקינן. ודוק: ניתן לטעון, הגם שדומני כי לא נעשה כן, כי אף אם היקפם האמיתי של הליכי האכיפה אינו גבוה, עצם החשש מפני קיומם הוא שמקים את אותו צורך חברתי דוחק, שכן יש בו כדי 'לאיים', למצער במישור ההצהרתי, על ההכרה בחשיבות לימוד התורה. האם ניתן לקבל גישה זו, אף אם אינה נתמכת, ולו באופן בסיסי, בתשתית עובדתית? מסופקני. על כל פנים, בהינתן הכרעתי במישור תוכן התכלית, כמפורט לעיל, איני רואה צורך להרחיב על כך.

90. טרם סיום הדיון בשאלת התכלית הראויה, אציין כי הן בהתייחסות מטעם מזכיר הממשלה, הן בבקשת ההצטרפות מטעם עמותת 'אמת ליעקב בישראל', נטען כי התיקון נדרש על מנת למנוע "ירידה בהיקף המתגייסים החרדים לצה"ל". טענות דומות עלו גם במסגרת הליך החקיקה, במהלך הדיונים בוועדת החוץ והביטחון. כשלעצמי, סבורני כי אם ניתן היה לבסס כי זו אכן תכלית התיקון (חרף לשונו המפורשת של סעיף המטרה, כמפורט לעיל), וכי ניכרת ירידה של ממש בהיקף המתגייסים החרדים בעקבות מדיניות האכיפה הקיימת, הרי שעל רקע המצב הביטחוני והצורך הדוחק בהגדלת סד"כ החיילים בצה"ל, כמו גם הרצון שלא לפגוע בתהליכי ההשתלבות, יתכן כי מדובר היה בתכלית ראויה (מובן כי אין בכך כדי להשמיע דבר, לכאן או לכאן, באשר למבחני המידתיות).

91. דא עקא, שטענה זו לא בוססה כדבעי, ולמעשה – לא נתמכה בתשתית עובדתית ובנתונים כלשהם. אני מפחית מחשיבות דבריהם של העוסקים במלאכת שילובם של בני הציבור החרדי בצה"ל מתוך החברה החרדית עצמה, אך אמירות כלליות, שאינן מגובות בנתונים – אינן מספיקות כדי להתגבר על עמדת הרשות המקצועית האמונה על הגיוס, קרי, צה"ל, שעמדתו היא כי מדובר בכלי אכיפה אפקטיביים ונדרשים. דומני, כי כלל הדיון האמור ממחיש, פעם נוספת, את החשיבות היתרה הנודעת לתמיכת טענות המתבססות על הנחות עובדתיות בתשתית עובדתית-אמפירית, לצורך קיום דיון משפטי הולם; כך בכלל, ובפרט במשפט הציבורי והחוקתי, אשר ההתדיינות בו לוקה לא פעם בהיבט זה (ראו למשל: נטע ברק-קורן "כלים אמפיריים במשפט החוקתי" משפטים על אתר יט 1 (2024); דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ונתונים אמפיריים: בימים ההם ובזמן הזה" משפטים על אתר יט 40 (2024); בג"ץ 8298/22 הסנגוריה הציבורית נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 89 (31.8.2025)).

92. סיכום ביניים: תכליתו הקונקרטית של התיקון, כפי שעולה מלשונו המפורשת, היא "הקפאת מעצרים של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם". תכלית זו, מעוררת קושי ניכר, ואינה עומדת במבחן התכלית הראויה. לפיכך, למצער לפי 'מסלול' התכלית הקונקרטית, ניתן לעצור את הניתוח כבר בשלב זה, ולקבוע כי התיקון אינו חוקתי, משאינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה.

האם לפי 'מסלול' התכלית המופשטת, מתקבלת תוצאה שונה? כפי שאראה להלן, אפילו הייתי מנתח את התיקון לפי תכליתו המופשטת בלבד – קרי, "הכרה

בחשיבות לימוד התורה – ולכן קובע כי עסקינן בתכלית ראויה בנסיבות העניין, הרי שעדיין, התיקון דנן אינו צולח את מבחני המידתיות. אעבור לדון בכך.

מידתיות

93. השלב הראשון בניתוח המידתיות – קשר רציונלי. אמנם כן, בהינתן הזהות שבין תכליתו הקונקרטית של התיקון – הקפאת הליכי האכיפה כלפי חייבי גיוס שתורתם אומנותם – לבין האמצעי שבו הוא נוקט, עמידתו במבחן הקשר הרציונלי, לפי תכלית זו – כמעט מובנת מאליה. עם זאת, כפי שעולה מדברי דלעיל, ניתוח לפי התכלית המופשטת מעלה תמונה מורכבת יותר, שכן ניתן להעלות ספקות של ממש באשר לשאלה אם הקפאת הליכי האכיפה מגשימה או מקדמת את תכלית ההכרה בחשיבות לימוד התורה (ראו פסקה 75 לעיל). בין כה ובין כה, אוכל להותיר ספקות אלו ב'צריך עיון', שכן אף אם התיקון עומד במבחן הקשר הרציונלי, לגבי השלב הבא – לא אלו הם פני הדברים. התיקון דנן אינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, אף לא בקירוב, שכן היקף תחולתו – וממילא, עוצמת פגיעתו – רחבים בהרבה מן הנדרש לשם הגשמת התכלית (על מבחן זה, ראו למשל: בג"ץ 8420/21 אלנקווה נ' צבא הגנה לישראל, פסקאות 51 ו-53 לפסק הדין של חברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ (11.2.2024)).

94. כך למשל, התיקון אינו מבחין בדרך אפקטיבית כלשהי בין מי שאכן 'תורתו אומנותו', ומקדיש עצמו ללימוד של ממש בישיבה, לבין מי שאינו; די בהגשת תצהירים על עמידה בתנאים, כמפורט לעיל, על מנת לחסות בצל קורתו ולהנות מהגנותיו. כלומר, לא רק 'תורה מגנא ומצל' מחובת הגיוס (על השלכותיה), אלא אף הצהרה – בין אם אמיתית, בין אם לאו – על לימוד תורה, עומדת בדרישות. זאת ועוד, הגשת התצהירים מחילה את הוראות התיקון על החייב בגיוס באופן מיידי, כאשר התקיימות התנאים אמורה להיבחן בשלב כלשהו – שאינו מוגדר בזמן – על-ידי ועדת הבחינה, שכלל לא ברור אילו כלים נתונים בידה לשם ביצוע בחינה זו (מלבד הסמכה "לדרוש מכל גורם ממשלתי הנוגע לבחינת הבקשות מידע, לפי כל דין", לפי סעיף 26ח(ג), אשר מובן כי אינה רלבנטית, ולמצער אין בה די, לבחינת התנאי של הימצאות בישיבה).

95. יתכן כי די בכך, אך למען שלמות התמונה אציין, כי לשם 'פיקוח וביקורת' מסתמך התיקון על מנגנון בקרה שהלכה למעשה, אינו קיים, וכלל לא ברור אם ניתן יהיה להקימו בתוך פרק הזמן הרלבנטי, קל וחומר ליצור באמצעותו פיקוח אפקטיבי. מה גם, שאפילו היה מוקם מנגנון הפיקוח ביעף, התיקון אינו קובע כל סנקציה אפקטיבית שיש בה כדי להרתיע מפני ניצולו לרעה. ה'סנקציה' היחידה, המופעלת במקרה שבו העלתה

הבקרה כי בישיבה מסוימת חסרים לפחות 20% מתלמידיה, היא הסרה של אותה ישיבה מרשימת הישיבות. אלא שסנקציה זו מופעלת רק לאחר שניתנה התראה ונמשכה ההתנהלות, כך שנדרשות לפחות 2 בקורות באותה ישיבה (כאשר הסיכוי כי הדבר יתרחש בפרק הזמן הרלבנטי אינו גבוה, לשון המעטה); ובלאו הכי, תלמידי אותה ישיבה יוכלו להירשם בישיבה אחרת, כך שהגנות התיקון ימשיכו לחול עליהם. ומה דינם של הפרטים, אותם 20% נעדרים, שמיניה וביה משמע שהצהירו הצהרות שקר? סתם התיקון, לא פירש, והלכה למעשה – קבע בכך כי לא יעשה עמם דבר.

96. מן האמור עולה, כי התיקון אינו כולל צעדים רלבנטיים ואפקטיביים הנדרשים לשם צמצום היקף תחולתו – ובהתאם לכך, מידת פגיעתו – למינימום הנדרש לשם הגשמת התכלית המוגדרת על-ידו; הרחק מאוד מכך. פתיחתו בהצהרה חגיגית על "ערוך לימוד התורה", אך תחולתו בפועל – תשתרע הרבה מעבר לקבוצת הלומדים, אלו שבאמת ובתמים תורתם אומנותם. גם צעדים חלופיים, שיהיה בהם כדי למתן את הפגיעה בשוויון, מבלי לפגוע במימוש התכלית שהגדיר המחוקק – בין אם לגבי האכיפה הפלילית, בין אם באשר לנשיאה בנטל הגיוס – לא נכללו בתיקון.

97. טרם אחתום את הדיון הקצר במידתיות התיקון, אציין כי מכלל האמור עד כה באשר לניתוח מבחני פסקת ההגבלה, נמצאנו למדים, כי אף אם יש בזמניו של התיקון כדי לצמצם מעט את עוצמת והיקף הפגיעה בזכות לשוויון, כמו גם בשלטון החוק – סבורני כי בכך לא סגי על מנת 'לחסנו'. זאת, משעסקינן במקרה מובהק שבו מתקיימת "רמה גבוהה של שכנוע כי חוק הוראת השעה פוגע פגיעה חוקתית מהותית ועמוקה בזכויות אדם, פגיעה שאין להכשירה, בין דרך קבע, ובין לתקופה המוגבלת בזמן" (בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים, פסקה 20 (14.7.2008)) – נסיבות המצדיקות התערבות, גם בגדרי מתחם ההתערבות הצר ביותר הנוהג, כאמור, לגבי חקיקה זמנית.

על אמצעים פסולים

98. מכאן, לנקודה מעט עקרונית יותר. ככלל, סבורני כי האמצעי שבו נוקט התיקון – החרגת קבוצת אוכלוסיה מסוימת מאכיפת דין פלילי שחל עליה – הוא אמצעי שלמעט במקרים חריגים ביותר, אינו אמצעי לגיטימי לקידום תכליות על-ידי רשויות המדינה (לא בכדי, לא ידוע על תקדים לכך בפסיקה, למעט זה שנדון בעניין ניר, על הנסיבות החריגות ביותר שהתקיימו שם; על כך ראו להלן). על פגיעותיו הקשות עד מאוד – עמדתי לעיל,

בעניין התכלית הראויה, ואיני רואה צורך לחזור על הדברים (ראו בפסקה 81; הכפילות נובעת, כאמור, מכך שתכליתו הקונקרטית של התיקון והאמצעי שבו הוא נוקט, חד הם).

99. נקודה זו מעלה שאלה דוקטרינרית, באשר לקביעות עקרוניות כגון דא, הנוגעות לאמצעים שפגיעתם המובנית בזכויות חוקתיות קשה במיוחד. במקרים המתאימים, לקביעות כגון דא – נודעת חשיבות של ממש (לדוגמה מן העת האחרונה לקביעה מסוג זה, לגבי דרך פעולה אשר "חותרת תחת עצם הרעיון של זכות חוקתית מוגנת", ראו: רעב"ס 16279-03-26 שמואלי נ' מדינת ישראל, פסקאות 21-22 לפסק הדין של חברתי, השופטת כנפי-שטייניץ (20.7.2026)). הן מאפשרות להבהיר את 'גבולות המגרש' ולטייב את הכוונת פעולתם של השחקנים הרלבנטיים, כך שמצד אחד, הרשות יכולה לדעת מלכתחילה מה נמצא 'מחוץ לתחום', בשל פגיעתו האסורה בזכויות חוקתיות; מצד שני, ביכולתה לפעול באופן חופשי ולגיטימי לקידום האינטרס הציבורי, בידעה כי צעדיה מצויים בתוך 'גבולות המגרש' (ראו והשוו, בהקשר קרוב: דורפמן, עמוד 160); ומצד שלישי, האזרח יודע כי הוא מוגן מפני דרכי פעולה מסוימות, פוגעניות במיוחד, של רשויות השלטון.

100. השאלה המתעוררת לגבי קביעות מן הסוג הנדון נוגעת למידת התאמתן לניתוח מבחני פסקת ההגבלה. שאלה זו נובעת, בין היתר, מכך שמחד גיסא, לפי הדוקטרינה החוקתית הנוהגת, מיקומו של העיסוק באמצעים שבהם נוקט ההסדר הנבחן, במסגרת פסקת ההגבלה, הוא במבחני המידתיות; ומאידך גיסא, בחינת המידתיות היא בחינה קונקרטית בעיקרה, המכוונת לנסיבות העניין הספציפיות, כך שניתן לתהות לגבי מידת התאמתה לקביעות מסוג זה. שאלה זה נדונה בפסיקה, גם אם לא בהכרח באופן ממצה דיו, כאשר ניתן לאתר בעניין זה שתי גישות מרכזיות.

101. גישה אחת, ביקשה למקם קביעות מסוג זה במסגרת מבחן הקשר הרציונלי, תוך ניסיון לצקת למבחן זה תוכן נורמטיבי: "הדרישה לקיומו של קשר רציונאלי מכוונת, בין היתר, לכך שאין לנקוט באמצעי שהוא שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון" (בג"ץ 2887/04 אבו מדיגס נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, 109 (2007); ראו גם: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 279 (2002); בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844, 870 (2006)). בגישה זו טמונים יתרונות, אך חולשתה בכך שהיא הופכת, למעשה, את מבחן הקשר הרציונלי, שלפי הדוקטרינה המקובלת, עניינו בשאלה – העובדתית בעיקרה – אם האמצעי אכן צפוי להגשים את התכלית, למבחן שונה, שכולל גם את מבחן "האמצעי הראוי" (זמיר,

למשל, משתמש בביטוי זה במפורש; ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית 3890 (2020); לעמידה על הקושי שהצגתי כאן, ראו למשל: בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (2.4.2013); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, סה(2) 44, 121-122 (2012) (להלן: עניין גלאון); אהרן ברק מידתיות במשפט 379-378 (2010) (להלן: ברק)).

102. הגישה השניה, מבקשת למקם את הדיון באמצעים פסולים במסגרת מבחן התכלית הראויה: "בשלב בדיקתה של התכלית, יש לאמצעי משקל מתוך שהוא עשוי ללמד על נאותותה של מטרת החוק" (עניין גלאון, עמוד 78; ראו גם: ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47, 89, 93-94 (2009)). גם גישה זו, הגיונה בצדה, אך היא זכתה לביקורות בלתי מבוטלות, שעניינן בעיקר בכך שהיא עשויה לעורר קושי מבחינה אנליטית, שכן חלף בחינת התכלית עצמה במסגרת מבחן התכלית הראויה, ובחינת האמצעי במסגרת מבחני המידתיות, היא מערבבת בין השניים, ובוחרת את התכלית מתוך ביקורת על האמצעי (ראו למשל: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה 4 לחוות הדעת של השופטת חיות (31.12.2014); עניין גלאון, עמודים 227-228; ברק, עמודים 297-299; אהרן ברק, "אילוץ דאונטולוגי, תרבות ההצדקה ומחוקק היורה בתותח: תשובה למבקרים" משפט ועסקים טו 417, 447-448 (2012)).

103. שאלת 'המיקום הגאומטרי' של הדיון באמצעים שכלל אינם לגיטימיים, נוכח פגיעתם המובנית והחריפה בזכויות חוקתיות, מעוררת אפוא מחלוקת דוקטרינרית של ממש; לטובת שתי הגישות שכבר הוצעו בפסיקה ניתן למנות יתרונות מסוימים, אך נזקפים לחובתן גם קשיים בלתי מבוטלים. ניתן אף לחשוב על דרכים אחרות להטמעת הדיון באמצעים כגון דא, למשל החלת חזקה כי השימוש בהם אינו מידתי, אלא אם תוכח, תחת נטל כבד, עמידה במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ובמבחן המידתיות במונח הצר. על כל פנים, הסוגיה חשובה, וראויה להמשך ליבון וחידוד. בשלב זה, איני רואה לנכון להכריע בדבר; עוד חזון למועד. בין כה ובין כה, אמירותי באשר ללגיטימיות השימוש באמצעי הספציפי של החרגת קבוצת אוכלוסיה מסוימת מאכיפת דין פלילי לגביה – בעיני עומדות.

104. קביעתי זו האחרונה, באשר להחרגת קבוצת אוכלוסיה מסוימת מאכיפת דין פלילי לגביה, מחייבת עמידה על היחס בין ענייננו לבין עניין ניר, שם נדונה חוקתיותו

של החוק להפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תוכנית ההתנתקות, התש"ע-2010. אותו חוק, כשמו כן הוא – הורה על הפסקת הליכים ומחיקת רישומים פליליים של מי שהורשעו בעבירות על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות. בפסק הדין נקבע, כי אמנם, החוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון: "התוצאה הנגרמת על-פי החוק הנדון היא קשה ואינה שוויונית, כיוון שהיא מייחדת קבוצה אחת בחברה הישראלית ומחריגה אותה מהדין הפלילי" (שם, פסקה 16); ברם, אף על פי כן, בהתחשב בנסיבותיו החריגות עד מאוד של העניין – נקבע כי הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

105. ניתן לשרטט הבחנות רלבנטיות רבות בין המקרים. עם זאת, לא ארחיב לגבי צבר הנסיבות החריגות והייחודיות שהביאו את בית המשפט לפסוק שם, כי החוק עומד במבחני פסקת ההגבלה (אך ראו גם, שם, את חוות-דעת המיעוט של השופט ס' ג'ובראן). העיקר לענייננו, הוא שהחוק להפסקת הליכים ומחיקת רישומים פעל במבט צופה פני-עבר בלבד, לגבי אירועים שהתרחשו למעלה מ-4 שנים טרם חקיקתו. לעומת זאת, התיקון דנן חל על העבר, על ההווה ועל העתיד (ראו סעיפים 26(1)-(2), 26ט(ד)). הוא קובע כי הפרתה הנמשכת של חובת הגיוס, הקבועה בחוק שירות בטחון – לא תיאכף, כלפי מי שמשתייכים לקבוצת אוכלוסיה מסוימת בלבד. אין מדובר אפוא בהתמודדות חברתית עם אירוע ספציפי שקרה בעבר, וחלף מן העולם, אלא ב'פטור' מאכיפה, המעגן – אמנם לתקופה קצובה – מצב נורמטיבי שבו בני אותה קבוצה רשאים, שמא אף מתומרצים, במוצהר ובמכוון, להמשיך להפר את החוק, בידעם כי לא יתבצעו כלפיהם – ורק כלפיהם – הליכי אכיפה. מאליו מובן, כי הפגיעה בעקרון השוויון בפני החוק ובשלטון החוק במקרה האחרון – חמורה בהרבה מאשר בראשון. זאת אמרנו, למען הסר ספק, מבלי להקל ראש כלל בפגיעה הנגרמת מן המקרה הראשון.

הערות אחרונות

106. טרם סיום, 2 הערות. ראשית, כנזכר לעיל, ביום 28.7.2026, לאחר דיון העל-פה, נתנו צו ביניים, המקפיא את כניסתו של התיקון לתוקף. אבקש אך להזכיר בהקשר זה יסודות חשובים. ככלל, בפסיקה נקבע, כי הסמכות ליתן צו ביניים המקפיא את כניסתו של חוק לתוקף – קיימת: "ביום 30.6.1997 – יום לפני כניסתו לתוקף של ההוראות הנדונות שבחוק תיקי השקעות – קיים הרכב מורחב של בית-המשפט דיון בצו-הביניים. נקודת המוצא שלנו בדיון זה הייתה, כי הוצאת צו-ביניים לעיכוב הפעלתו של הסדר המעוגן בחוק הינה בסמכותו של בית-המשפט ונתונה לשיקול-דעתו. כך נוהגים בתי-המשפט באנגליה, בארצות-הברית, בקנדה ובשיטות משפט נוספות". לצד זאת, סמכות זו יש להפעיל בריסון מוגבר: "שיקול-דעת זה יש להפעיל בזהירות רבה. יש לאזן בין הנזק הבלתי הפיך לפרט אם צו העיכוב לא יינתן, לבין הנזק לפרטים אחרים, ולציבור כולו, אם צו העיכוב יינתן. על בית-

המשפט להיות רגיש הן לעיכוב בהפעלתו של חוק בטרם הוכרע הדין (אם יינתן צו-ביניים), והן לפגיעה הלכאורית בזכויות האדם עד להכרעת-הדין (אם לא יינתן צו כאמור). בית-המשפט ייטיב לעשות, אם יעשה כל מאמץ להשגת הבנה בין הצדדים בכל הנוגע להסדרי הביניים" (עניין לשכת מנהלי ההשקעות, פסקה 11).

107. הוסיפה הפסיקה והדגישה:

"משמעותו של מתן צו-ביניים כפי שנתבקש בעתירות שלפנינו הייתה התליית תוקפן של הוראות רבות בחקיקה ראשית, וכל זאת במסגרת סעד זמני. כבר צוין כי 'עד שבית המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים' [...]. נכונים הדברים, מקל וחומר, בבוא בית-המשפט למנוע ביצועו של חוק בצו-ביניים בלא שטענות הצדדים נתבררו והוכרעו באופן מלא" (עניין חוף עזה, עמודים 749-750; ההדגשה הוספה – נ' ס').

אכן, כפי שנקבע, הקפאת כניסתה של הוראת חוק לתוקף, באמצעות צו ביניים – הריהי חריג שבחריגים, ונדרש לנקוט לגביה ריסון מוגבר. ככלל, אף מוטב כי תיעשה על-ידי מותב מתאים, ולאחר שהונחו לפני בית המשפט טענות הצדדים, למצער לגבי צו הביניים. בענייננו, צו הביניים ניתן על-ידי ההרכב המורחב כולו, לאחר דיון העל-פה, ושקילת טענות הצדדים. מבחינה הליכית, דומני כי צעדנו בהיבט זה ב'דרך המלך'. מבחינה מהותית, אי-החוקתיות של החוק היתה כה בולטת על פני הדברים, ששיקולי סיכויי העתירה הטו את הכף באופן ברור לטובת מתן צו הביניים (השוו לעניין חוף עזה, עמוד 750: "הטענות החוקתיות שהוצגו לפנינו היו רבות ומורכבות. אכן, אף הניתוח החוקתי שנדרש להן במסגרת פסק-הדין אינו פשוט כלל. במצב זה לא ראינו הצדקה להתערב בתוקפה של חקיקת הכנסת טרם ליבון הסוגיות לגופן"); זאת, כמובן, לצד הפגיעה הניכרת בזכויות חוקתיות, המשפיעה על שיקולי מאזן הנוחות.

108. שנית, מפאת חשיבות הדברים, אבקש לשוב ולהדגיש, כי מטרתם של המעצרים ושל הליכי האכיפה אינה, לא היתה, ואסור שתהיה – 'למלא את בתי הסוהר במשתמטים'. בהתייחסות שהגיש במסגרת ההליך דנן, ציין מזכיר הממשלה כי "מדינת ישראל זקוקה למתגייסים חרדים ולא לעצורים חרדים". דומני, כי על כך – מסכימים כולם. אם כך, מהו הגיונם של הליכי האכיפה? נדרשתי לכך בבג"ץ 5819/24:

ב"כ משיבי המדינה הדגישה בדיון על-פה, חזור והדגש, כי מטרת הצבא היא להביא לגיוס של בני הציבור החרדי; כדבריה: 'הצבא צריך חיילים והוא לא צריך עצורים ואסורים במתקני הכליאה' [...]. כדבריה, אכן כן. אף אם בסופם של

הליכי האכיפה תיתכן ענישה פלילית, הענישה אינה – ואסור שתהיה – תכלית כשלעצמה; היא אך אמצעי לשם השגת התכלית הראויה, הנחוצה כל כך, של הגדלת היקף המתגייסים מקרב בני הציבור החרדי, וצמצום אי-השוויון.

ומהו הגיונם של דברים? מקום שבו מושאי המשפט רואים אותו, כמימרתו הידועה של H.L.A Hart, מנקודת המבט הפנימית – דהיינו, מתוך הזדהות מסוימת ונכונות בסיסית לפעול בהתאם לכלליו – די לנו, במרבית המקרים, בכללים שעניינם בהכוונת התנהגות [...]. ואולם, בהקשרים מסוימים, שבהם נודעת לדבר חשיבות מיוחדת, ושבהם המדינה, לתפיסתה, אינה יכולה להרשות לעצמה שהנורמות שקבעה לא יקוימו – אין מנוס מכפיית אותן נורמות, באמצעות סנקציות אפקטיביות, גם על מי שתופס אותן נורמות מנקודת המבט החיצונית בלבד, ואינו מקבל אותן כתקפות לשם הכוונת התנהגותו. כך למשל, המדינה אינה מותירה לאזרחיה שיקול דעת באשר לשאלה אם לציית לנורמות ההתנהגות שקובע הדין הפלילי, וכופה את הציות להן באמצעים עונשיים. זאת, בראש ובראשונה, לא לשם ענישה כתכלית כשלעצמה, אלא במטרה להבטיח כי אנשים יקיימו מלכתחילה את נורמות ההתנהגות שמתווה הדין הפלילי. אם כן, מטרתו העיקרית – ולמצער הראשונית – של הדין הפלילי, ושל האכיפה המתבצעת מכוחו, אינה 'למלא את בתי הסוהר באסירים', ולא 'למלא את כיסיה של המדינה בקנסות', כי אם לגרום לאזרחי המדינה להימנע מהתנהגויות מסוימות, שבגינן הם עשויים להיענש [...]. בדומה לכך, בנדון דידן, תכליתם של צעדי האכיפה בכלל, ושל הענישה לפי חוק השיפוט הצבאי בפרט, אינה 'ענישה לשם ענישה', או 'מילוי בתי הסוהר הצבאיים במשתמטים'; אלא הצורך לכפות את הגיוס מלכתחילה, גם על אלה שאינם מעוניינים בכך" (שם, פסקאות 45-46).

"כי לא באו לְעִנֹּת ה', לְעִנֹּת ה' בְּגִבּוֹרִים" (שופטים ה, כג): על ערכי התורה

109. עם חתימתו של תת-פרק נוסף – עגום כקודמיו – בעלילותיה של סוגיית גיוס בני הציבור החרדי, ודווקא "מתוך הכרה בערך לימוד התורה" ובערכיה של התורה (ראו: ירושלמי, ברכות ב, א) – לא אוכל להימנע ממה שכבר כמעט הופך לחלק קבוע מן הריטואל: ניסיון להשמיע, לאוזני כל מי שנכון לשמוע, כי לא זו דרכה של תורה; הרחק מכך (ראו, למשל: דברי השופטים א' דובינשטיין ו-נ' הנדל בבג"ץ 6298/07, וכן דברי-שלי בבג"ץ 5819/24, פסקאות 70-73). אכן, כבר הורונו חכמים כי "כשם שמצוה על אדם לומר דבר הנשמע, כך מצוה על אדם שלא לומר דבר שאינו נשמע" (בבלי, יבמות סה, ב), כאשר נראה כי דברים אלה אינם נופלים על אוזניים כרויות, קשה ככל שיהיה מצבם של יוצאי הצבא; אך דווקא מתוך התפיסה שחוקי ומשפטי התורה "בעצמם הם צדיקים, ישרים וטובים בישוב העם והמדינות" (פירוש רמב"ן על התורה, דברים ד, ח), ובהתחשב בעלבונם עקב השימוש שנעשה בהם – איני יכול אחרת (ראו: משנה, אבות ד, ה; בבלי, ברכות יט, ב; בבלי, יומא פו, א). דברים אלה חשובים, בפרט, על רקע התמונה השגויה

שהיה מי שביקש להציג לפנינו, כאילו עמדת התורה וגדוליה בנושא ברורה, ושוללת את ההתגייסות לצבא ולמלחמה (באשר לכך ראו: בבלי, עירובין יג, ב). כפי שיפורט להלן, הדברים – שונים בתכלית; 'ניתי ספר ונחזי' (– נביא ספר וניווכח).

110. כאמור, אך לפני זמן לא רב עסקתי בחובת הגיוס לצבא ולמלחמה, על-פי מקורות ההלכה, וכך עשו גם לפני. כלומר, היסודות – כבר הונחו ונסקרו; לפיכך, אחזור עליהם בקיצור בלבד (והחפץ בהרחבה יוכל למצוא מבוקשו, בין היתר, בדיונים שנזכרו לעיל). ראשונה מהדהדת זעקתו הברורה של גדול מנהיגי העם היהודי, משה רבינו, בתשובה שהשיב לשבטים שביקשו להסתפק בנחלה המצויה מעבר לירדן: "הֲאֵתִיכֶם יָבֹאוּ לְמִלְחָמָה וְאַתֶּם תִּשְׁבּוּ פֹה" (במדבר לב, ו). בהמשך לכך, לימדונו חז"ל כי "למלחמת מצוה, הכל יוצאין, אפילו חתן מחדרו וכלה מחופתה" (משנה, סוטה ח, ז), כאשר 'מלחמת מצוה' היא "עזרת ישראל מיד צר שבא עליהם" (משנה תורה, מלכים ומלחמות, פרק ה, הלכה א; בעניין זה ראו עוד: בג"ץ 2280/24 גישה מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' ממשלת ישראל, פסקה 13 לחוות הדעת של חברי, השופט מיינץ (27.3.2025)). וכבר כתב ספר הערוך, כי אם יוצאים חתן וכלה מחדרם – "כל שכן תלמידי חכמים" (ערך "אנגריה"; הובא בגליון בבלי, סוטה י, א). על גבי יסודות ראשוניים אלה, כדרכה של תורה, נותר עוד להוסיף ולעייין – אף זאת, כמובן, מבלי להתיימר למצות. אגש לכך (רבים מן הדברים שלהלן מבוססים על שיעור שנתן הרב אורי הכהן, מג"ד לוחם במילואים, בישיבת עתניאל; וכן על טיוטה מספר שעתיד להוציא לאור הרב אליעזר מלמד, שם יוקדש פרק למקומו ולתפקידיו של שבט לוי).

111. אם כן, על הפסוקים "אֵלֶּף לַמָּטָה אֵלֶּף לַמָּטָה לְכָל מִטּוֹת יִשְׂרָאֵל תִּשְׁלָחוּ לְצָבָא" ו"וַיִּשְׁלַח אֹתָם מֹשֶׁה אֵלֶּף לַמָּטָה לְצָבָא, אֹתָם וְאֶת פִּינְחָס בֶּן אֱלֶעָזָר הַכֹּהֵן לְצָבָא וְכָלִי הַקֹּדֶשׁ וְחֲצָצְרוֹת הַתְּרוּעָה בְּיָדָם" (במדבר לא, ד ו-ו), שעוסקים במלחמת מדיין, אומרת הגמרא: "אותם – אלו סנהדרין" (בבלי, סוטה מג, א); ואומר מדרש ההלכה (שהובא גם בפירוש רש"י): "לכל מטות ישראל תשלחו לצבא" – להביא את שבטו של לוי" (ספרי במדבר לא, ד). כלומר, אלו וגם אלו השתתפו במלחמה. זאת, בניגוד לניסיון ללמוד מדברי אגדה שהביא הרמב"ם בסוף ספר זרעים (הלכות שמיטה ויובל, פרק יג, הלכה יב), כי בני שבט לוי פטורים מיציאה למלחמה – תפיסה שלגביה חשוב לומר, כי אותו 'פטור' נטען לא קיבל כל ביטוי בדברי הרמב"ם שעסקו במישרין בסוגיית הפטורים מיציאה למלחמה (ראו: משנה תורה, הלכות מלכים ומלחמות, פרק ז; וכן דבריו שם, פרק ח, הלכה ד; הלכות שבת, פרק ב, הלכות ג ו-כג; עוד ראו: דברי הימים א פרק יב, פסוקים כד, כז ו-לט; שם כז, ה; שו"ת משפטי עוזיאל ח, כא).

112. מקור נוסף אשר מובא לא אחת בהקשר זה, הוא דברי הגמרא, שלפיהם "רבנן לא צריכי נטירותא" (– תלמידי חכמים אינם צריכים שמירה; בבלי, בבא בתרא ז, ב-ח, א). תחילה יצוין, כי עיון בסוגיה שבה הובאו הדברים, מלמד בבירור כי כל שנדון בה הוא חלוקת נטלי מיסוי עירוני; לא זהותם של היוצאים לקרב, או כל דבר דומה. גם הרמב"ם, שפסק דברים אלה להלכה, נקט לשון ממון מובהקת: "אין גובין מהן [מתלמידי החכמים – נ' ס'] לבנין החומה ותיקון השערים ושכר השומרים וכיוצא בהן" (הלכות תלמוד תורה פרק ו, הלכה י; ההדגשות הוספו – נ' ס'). הגדיל לומר עוד יותר מכך החתם סופר, אשר לימְדנו כי אף פטור המיסוי אינו חל על צרכים ביטחוניים, הנוגעים למלחמה עם אויב חיצוני: "עד כאן לא [פטרו רבנן] אלא ממס וחומה שהם מצד גלות ישראל [...] אבל שמירה כדרך שמלכות נשמרים ממלכיות אחרות גם תלמיד חכם חייב [...] אלא [על כורחנן] חומות העיר ממלחמת מלכיות גם תלמידי חכמים חייבים" (חידושי חתם סופר למסכת בבא בתרא ח, א) (ההדגשה הוספה – נ' ס'); וראו גם: רש"י, בבא מציעא קח, א ד"ה "לאגלי גפא"; שו"ת הרדב"ז ח"ב, תשנב – שם הסתפק, בין היתר, אם בכלל יש בימיו תלמידי חכמים ב'מדרגה' כזו של העדר צורך בשמירה; הוי אומר: אפילו ישנם יחידים סגולה הזוכים לכך, ודאי אין מדובר ב'דרך כבושה לרבים', כפי הנטען בימינו). נמצאנו למדים, כי אף בגדרי ממון, שהם עיקרה של הסוגיה, אין הפטור משתרע על צרכי מלחמה עם אויב זר; קל וחומר, שאין ללמוד מכאן פטור מעצם היציאה למערכה – בדיוק להפך.

113. ואם באמור עד כה אין די, הרי שעל הנמנע מהצלת נפשות – אפילו נפש אחת – בשל שיקוליו הרוחניים ומטעמי צניעות, אומרת הגמרא את הדברים החריפים הבאים: "[מיהו] חסיד שוטה?" – שעליו נאמר שהוא מ"מבלי עולם", כלומר משחיתי העולם – "כגון דקא טבעא איתתא בנהרא ואמר לאו אורח ארעא לאיסתכולי בה ואצולה" (– כגון שטובעת אישה בנהר, ואותו אדם אינו מצילה, כי סבור שאין זה ראוי להביט בה; בבלי, סוטה כ, א ו-כא, ב; וראו גם: ירושלמי, סוטה ג, ד).

114. אחת קטע זה, בדברים נוקבים ונכוחים שפורסמו כבר בזמן מלחמת השחרור, במכתב שנחתם בשם "אחד הרבנים" (זהות כותב המכתב אינה ידועה, וקיימת לגביה מחלוקת, כאשר יש הסבורים – ונראה שיש רגליים לעמדתם – כי מדובר ברב שלמה יוסף זווין, מי שהיה עורכה הראשון של האנציקלופדיה התלמודית); למרבה הצער, הדברים עודם רלבנטיים, גם שנים רבות – ומלחמות רבות – לאחר מכן:

"כל הכבוד וכל ההערצה למרנן ורבנן, גאוני עיר הקודש, אבל הרשות ניתנת לשאול: ילמדונו רבותינו, זו מנין לכם?

זו מנין לכם, שבני תורה ותלמידי-חכמים פטורים מלהשתתף במלחמת מצווה של עזרת ישראל מיד הצר הצורך העומד עליו לכלותו ולהשמידו, חלילה? זו מנין לכם, לפרסם בצורה של הלכה פסוקה ו'דעת תורה' שבני הישיבות אין להם לא להירשם ולא להיפקד ולא להתייצב ולא כלום? וכי לא כך שנינו שבהצלת נפש – לא נפשות, אלא אפילו נפש אחת מישראל – 'אין עושין דברים הללו אלא על ידי גדולי ישראל' [...] וכי הבדל יש בין שבאותה שעה הוא מתבטל מתלמוד-תורה או שאינו מתבטל? ואם בהצלת נפש אחת כך, בהצלת רבבות אלפי ישראל על אחת כמה וכמה! [...]

ואף זו: כלום הצלת אחרים בלבד הוא המדובר שלפנינו? כלום אין כל אחד ואחד מאתנו, באין יוצא ובאין הבדל, עומד בפני סכנת נפשות, הוא וביתו וכל אשר לו? וכי כך היא המידה, שהעוסקים בתורה לא יהיו מחויבים להציל את עצמם, אלא יעמדו מנגד ויטילו חובת ההצלה, הצלתם הם, על אחרים? וכי כך היא המידה, או וכי זו היא דעת תורה? היכן מצינו כזאת?

התורה מגינה על העוסקים בה? אדרבה, היא הנותנת: ישתתפו בני התורה במערכה, וזכות התורה תגן עליהם ועל חברים! [...]

'רבנן לא צריכי נטירותא' (ב"ב, ד' ב')? ריבוננו של עולם, כלום מותר לסמוך על הנס במקום של סכנת נפשות ממש ולומד שאין רבנן צריכים שמירה? [...] ולמה עזבו תלמידי-החכמים, יחד עם שאר אחינו בני ישראל, את שכוונת-הספר הנפגעות מיריות הצלפים ולא השתמשו בסגולה זו של 'רבנן לא צריכי נטירותא'? וכי רק בשביל זה בלבד שבמקרים אלה אי-אפשר לסמוך על אחרים? וכי זוהי דעת התורה? [...]

וה' הוא יודע וישראל הוא ידע ואף כל העולם יודעים, שלא אנחנו מתקיפים ולא אנחנו רוצים במלחמה, לא אנחנו ששים לקראת קרב ולא אנחנו פנינו מועדות לשפך דם. אבל אם מתנפלים עלינו בחמת רצח, חובתנו, חובת כל העם, להציל את עצמנו [...]. והרי אתם, גאונינו וגדולינו, רובכם מודים בנחיצותה ההכרחית של מלחמת מצווה זו בכלל, ולפיכך הקדימו רבים מכם בהכרזותיהם דברי ברכה ועידוד לבחורינו היקרים העומדים במערכה. ובכך אפוא עליכם לזרז אף את חכמי התורה, המוכשרים מבחינת הגיל והגוף להשתתף במערכה, לעשות כן. האחיכם יצאו למלחמה, ואתם תשבו פה?

[...]

דעת התורה? הנה היא, פשוטה וברורה: 'והזריז' (בהצלת נפשות) הרי זה משובח, ואין צריך ליטול רשות מבית-דין' [...]

'כי ד' אלקיכם ההולך עמכם להלחם לכם עם אויביכם להושיע אתכם!' (ההדגשות הוספו – נ' ס').

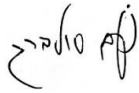
דומה, כי על לא מעט מן המובא – הן במכתב, הן בקטעים שקדמו לו – יכולני לומר כי 'אלמלא מקרא כתוב' – לא הייתי אני אומר (על-פי בבלי, ראש השנה יז, ב).

115. תקוותי היא אפוא, כי לצד מימד הכפיה – שלו הוקדש יתר פסק הדין, ושעליו לא ניתן לוותר – גם שיח זה, המנסה לכוון לאמיתה של תורה, יפעל את פעולתו וישא

פרי; כך, בפרט, בהתייחס לכל מי שפועל "מתוך הכרה בערך לימוד התורה", וב"מעשה" שאליו מביא אותו לימוד (בבלי, קידושין מ, ב).

סיכומם של דברים

116. בהליך חקיקתו של תיקון מס' 28 לחוק שירות בטחון, נפל פגם היורד לשורשו של הליך. גם מבחינת תוכנו, הוא פוגע בזכות החוקתית לשוויון, באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. על כן, ונוכח כלל האמור, אציע לחברי כי נעשה את הצו על-תנאי למוחלט, ונורה על ביטולו של התיקון. עוד אציע, כי בהתחשב באופי ההליך שהתנהל לפנינו, כמפורט לעיל, לא נעשה צו להוצאות.



נעם סולברג
משנה לנשיא

השופט דוד מינק:

אני מסכים למסקנתו של חברי המשנה לנשיא נ' סולברג בכל הנוגע לפגמים שנפלו בהליך החקיקה. די בכך לטעמי כדי להורות על הפיכת הצו על-תנאי שניתן למוחלט ועל ביטולו של התיקון. נוכח האמור לא ראיתי להידרש לפסילת החוק מפאת תוכנו, ולעמדה שכבר הבעתי בעבר כי לבית משפט זה לא נתונה סמכות לעשות כן (וראו לשם דוגמה: בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 25-9 לחוות דעתי (1.1.2024); בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקאות 8-9 לחוות דעתי (23.5.2021); בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקאות 7-9 (12.7.2021)). אעיר רק, כי אף לגישה שלפיה קיימת לבית משפט זה סמכות להתערב בתוכנו של חוק, קשה עד מאוד להלום דיון בתוכנו של חוק עתידי-תיאורטי שכלל לא מונח לפנינו והחורג מד' אמותיה של עתירה זו, כשם שעשו חלק מחבריי.



דוד מינץ
שופט

השופט אלכס שטיין:

1. כמו חבריי, המשנה לנשיא נ' סולברג והשופט ד' מינץ, הנני סבור כי בהליכי חקיקת התיקון לחוק נושא דיוננו נפלו פגמים שיורדים לשורש העניין, שתוצאתם בטלותו של התיקון.

2. אודה ולא אכחד: הייתי מגיע לתוצאה זוהה גם בהינתן הליכי חקיקה תקינים לחלוטין – זאת, בהתאם לגישתי לבחינת החוקתיות של מעשי חקיקה. לפי גישתי, אין זה מקרי שלמעלה מ-100 סעיפי חוק שונים אשר עוסקים בפועלה של הכנסת – המקובצים בחוק יסוד: הכנסת, בחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, ובפרק הראשון של חוק המעבר, התש"ט-1949 – לא נותנים, ואף לא מתיימרים לתת, מענה לשאלה הבסיסית "האם לסמכות החקיקה של הכנסת יש גבולות, ומה הם?". לשיטתי, כפי שהוצגה בפסיקתי הקודמת, מענה לשאלה זו מצוי במסמכי ההקמה של המשפט הישראלי: המנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית, אשר הכפיפו את סמכויות החקיקה של מועצת המדינה הזמנית והכנסות שבאו אחריה לאמור בהכרזת העצמאות, ובפרט, לחלקה המשפטי-האופרטיבי של ההכרזה. חלק זה מתחיל במילים "אנו קובעים..." והוא מקנה, בין היתר, את הזכות ל"שוויון גמור" לכלל תושבי המדינה. בהתאם לכך, חוק הכנסת שאינו עולה בקנה אחד עם שום מובן מקובל של "שוויון גמור" הוא חוק שנחקק שלא במסגרת סמכותה של הכנסת, ודינו בטלות (ראו חוות דעתי בבג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (2.1.2025); בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (26.10.2023); ובבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024); כמו כן, ראו דו"ח ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בדבר חוקת המדינה, אשר פורסם בסמיכות להקמת המדינה, בו נאמר כי "המסמכים והחוקים שיש להם אופי קונסטיטוציוני" כוללים את "ההכרזה על הקמת מדינת ישראל והמנשר" וכן את "פקודת סדרי השלטון והמשפט" המקורית, משנת התש"ח; בנימין אקצין "הפררוגטיבה במדינת ישראל", חלק ב' הפרקליט ז 590, 592, ה"ש 27 (1950);

ולפירוט גישתי, ראו: Alex Stein, *The Inevitability of Marbury v. Madison*, 26 (ICL – VIENNA J. INT. CONST. L. (2026), <https://ssrn.com/abstract=6431300>).

3. פשיטא הוא, כי מתן פטור גורף מן האחריות הפלילית למפרי צווי-גיוס, כמוגם שחרור גורף של ציבורים שלמים מחובת השירות בצה"ל, אינם עולים בקנה אחד עם דרישת "השוויון הגמור" שבהכרזת העצמאות, על שלל מובניה. אשר על כן, מעשה חקיקה שמתיימר להקנות פטור ושחרור כאמור נחקק בחוסר סמכות של הכנסת, ואין לו תוקף.



אלכס שטיין
שופט

השופטת דפנה ברק-ארז:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי המשנה לנשיא נ' סולברג, הן לגבי הפגמים שנפלו בהליך החקיקה והן לגבי אי-עמידתו של החוק שבפנינו בתנאי פסקת ההגבלה. אשר על כן, כמו חבריי, אף אני אסתפק בהערות קצרות.

בהתייחס להנמקתו של חברי המשנה לנשיא אוסיף כי כשלעצמי אני נוטה לגישה הגורסת כי בחינת תכלית החוק אינה צריכה להיות מצומצמת רק ללשונו המפורשת. עוד אוסיף ואבהיר שלשיטתי "הקפאת מעצרים של תלמידי ישיבה שתורתם אומנותם" אינה בגדר תכלית קונקרטית של החוק, כי אם האמצעי שבחר המחוקק להגשמת התכלית הכללית הנזכרת בו, דהיינו הכרה בחשיבותו של לימוד התורה. משזוהי התכלית שבה יש להתמקד, מתחדדת עוד יותר המסקנה לפיה מדובר באמצעי שבנסיבות העניין אינו מתאים ואינו מידתי. עוד אבקש להצטרף להערותיה של חברתי השופטת י' וילנר, שהובאו כעת בפני, בכל הנוגע ליישומם של מבחני המידתיות.

במישור הכללי יותר אוסיף כי מנקודת מבטי החוק העומד לביקורתנו הוא חוק מזיק ופסול קודם כול מאחר שהוא חותר תחת יסוד מוסד של שלטון החוק – השוויון

באכיפת החוק הפלילי. אין מדובר בהפליה שהיא תוצאה של מקריות או מחסור באמצעים כי אם בהפליה ממוסדת של האכיפה, שמקומה לא יכירנה בספר החוקים. הפליה כה בוטה מכרסמת בתחושת הצדק ומערערת על הלגיטימיות של אכיפת החוק אף בהקשרים אחרים. גם אם ביחס לסוגיה של קביעת חריגים מתוחמים לחובת הגיוס עשויות להיות דעות שונות, לא יכולה להיות מחלוקת לגבי חובתה הבסיסית של המדינה להבטיח שוויון בפני החוק.



דפנה ברק-ארז
שופטת

השופטת גילה כנפי-שטייניץ:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי המשנה לנשיא נ' סולברג, ולמסקנתו כי לפנינו חוק פסול: לא זו בלבד שנולד בהליך פגום, אלא שתוכנו פוגע באופן העמוק ביותר בזכות לשוויון – ודינו בטלות.

לצד זאת אעיר, כי מצאתי קושי ממשי בעובדה שלא עמדה לפנינו כל עמדה המגינה על תוקפו של התיקון, שעה שהייעוץ המשפטי לכנסת לא ראה להתנגד לעתירות. ודוק: סעיף 17(ג1) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק הכנסת), קובע כי "ראה בית משפט בהליך שלפניו, כי נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק, יזמין את הכנסת להתייבב בהליך, והיא תהיה רשאית להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו". שאלה פתוחה היא, האם רשאית הכנסת שלא להגן על תוקפו של חוק. שאלה זו התעוררה בעבר בעניין קוונטינסקי, ונותרה בצריך עיון (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת א' חיות (6.8.2017)); וראו גם: יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347, 395-396 (התש"ע)). באותו עניין ציין מייצג הכנסת בדיון שנערך בעתירה, כי "אנו נוטים לדעה שאם אנו מתייצבים אנו צריכים להגן על תוקפו של החוק"; ועוד הוסיף כי "אם אנו לא מתייצבים אנו יכולים לפנות לאחר שייצג אך אנו לא יכולים לטעון שדין העתירה להתקבל". ואכן בהקשר אחרון זה, סעיף 17(ב)(4) לחוק הכנסת מאפשר ליועץ המשפטי לכנסת, "בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, לבקש כי הכנסת תיוצג על ידי פרקליטות המדינה, או לייפות את כוחו של עורך דין אחר לייצג את

הכנסת". מסלול זה של ייצוג נפרד לכנסת לא נבחן, למיטב ידיעתנו, במקרה דנן; ומשהעניין לא התלבן לפנינו, אין מקום לטעת בו מסמרות. עם זאת, לנוכח הקושי העולה ממצב דברים בו לא מתקיים הליך אדברסרי כהלכתו בסוגיה כבדת משקל כבחינת חוקתיותו של דבר חקיקה – טוב תעשה הכנסת אם תשקול את הדברים ותגבש עמדה סדורה בנושא. כידוע, יתרונו וכוחו של ההליך האדברסרי אינו רק במתן זכות טיעון לצדדים הרלוונטיים, אלא גם בהרחבת המבט, טיוב ההליך וקירובו לתוצאה הנכונה והצודקת.



גילה כנפי-שטייניץ
שופטת

השופט עופר גרוסקופף:

אני מסכים לעיקרי חוות דעתו של חברי, המשנה לנשיא, נעם סולברג, ולתוצאה המובהקת אליה הגיע. המדובר במעשה חקיקה נפסד ופסול, אשר לא דגל שחור אחד, אלא מספר דגלים שחורים מובהקים מתנוססים מעליו. כפי שמטיב חברי להוכיח מעשה חקיקה זה נעשה בדרך נפסדת, שאינה תואמת את כלל ההכרה (rule of recognition) שקבעה הכנסת לעצמה; וגרוע מכך, תוכנו פסול מכל פסול, מאחר שהוא פוגע בזכות החוקתית לשוויון מבלי לעמוד אפילו בקירוב בתנאי פסקת ההגבלה שנקבעה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך, לשיטתי, כבר מהטעם שהוא עומד בסתירה חזיתית לא רק לערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל, אלא גם לאופייה היהודי. אחד נקודה אחרונה זו, ובתוספת זו לדברי חברי אסתפק.

התנאי הראשון שקובעת פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו להכרה בסמכות הכנסת לקבוע בחוק הסדר הנוגד את זכויות היסוד המנויות בסעיפים 2-7 לחוק היסוד הוא שידובר בהסדר "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל". משילוב הוראה זו עם סעיף 1א לחוק היסוד עולה כי ערכים אלה, הם בראש ובראשונה, "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (ראו גם: בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה

והרווחה, פ"ד ס' (1) 38, 53-54 (2005)). פשיטא בעיניי כי מעשה החקיקה בו עסקינן איננו תואם את ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל, ועל כך אינני רואה צורך להרחיב מעבר לדברי חברי, המשנה לנשיא סולברג בחוות דעתו (שאומנם לא דן בכך במישרין, ואולם הדבר מתבקש מקביעתו שמדובר בהפליה חוקתית שאין לה תכלית ראויה). חברי גם ציין כי הוא מטיל ספק אם הסדר חוק הפוטר תלמיד ישיבות תואם את ההלכה היהודית (ראו פסקאות 109-115 לחוות דעתו). נושא זה חורג מתחום התמחותי, ואולם גם אם אניח כי ניתן למצוא פנים לכאן ולכאן בהלכה היהודית בעניין זה, ברור וגלוי בעיניי כי מעשה החקיקה בו עסקינן עומד בסתירה למשמעות שיש ליחס ל-"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית", בחקיקה הישראלית בכלל, ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט (השוו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, 731-735 (2006) (בדעת המיעוט של המשנה לנשיא (בדימ') מישאל חשין ז"ל); ובאופן כללי לעניין המשמעות שיש ליחס למונח זה: אהרן ברק כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – כרך א – תורת הזכויות החוקתיות 586-589 (2023)).

ביסוד קיומה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי עומד עקרון הערכות ההדדית המתקיימת בין כל חלקיו של עם ישראל. על בסיס רעיוני זה הוקמה מדינת ישראל על מנת שתשמש בית לאומי ואבן שואבת לעם ישראל במולדתו ההיסטורית – ארץ ישראל. תפיסה לאומית זו עומדת ביסוד מגילת העצמאות ומפעל החוקה הישראלי, והיא משתקפת במורשת הלאומית שלנו באמירה "כל ישראל עֲרֵבִים זֶה לָזֶה" (לפי משמעותה המקובלת כיום). אין לך חובה שקבעה הכנסת המשקפת תפיסה לאומית זו, כחובת הגיוס לצה"ל. חובה זו היוותה, ועודה מהווה, לפי קביעת הכנסת, הכרח קיומי לשם הגשמת יעודה של מדינת ישראל כבית הלאומי של העם היהודי. בהתאם לכך, חובת הגיוס חלה על כל המגזרים והשכבות בעם ישראל: דתיים כחילוניים; עשירים כעניים; תושבי המרכז כיושבי הספר. והינה נמצא שגם בעת צְרָה וְצוּקָה יש בקרב בני ישראל קבוצה הרואה עצמה פטורה מהחשובה שבחובות הערכות ההדדית שקבעה הכנסת – הצורך להתאחד ולהתלכד לשם הדיפת האויבים החיצוניים המאיימים לללותנו – עד כדי הצהרה בריש גלי "נמות ולא נתגייס". אם אימוצו של הסדר כניעה ללא תנאי לדרישות מגזריות מסוג זה על ידי הממשלה והרוב הקואליציוני בכנסת אינו עומד בניגוד לאופייה היהודי של מדינת ישראל – אינני יודע ניגוד כזה מהו. המסקנה המתחייבת לדידי היא כי מעשה חקיקה המתעלם לא רק מהחובה האזרחית המוטלת על כלל אזרחי המדינה להשתתף על בסיס שוויוני בנטל החיים המשותפים בה, אלא גם מחובת הערכות ההדדית הקדושה המוטלת על כל חלקיו של עם ישראל היושב בציון,

לא יכול להיות חוק ה- "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" – לא מבחינת מהותה הדמוקרטית; לא מבחינת אופייה היהודי.

חובתנו, כמופקדים על שמירת זכויות היסוד של אזרחי ישראל להכריז כי מעשה חקיקה נפסד ופסול זה לא הפך לדין מחייב במדינת ישראל, ולא בא בקהל חוקיה – לא מבחינת דרך עשייתו; אף לא מבחינת תוכנו. כך עשינו בעבר; כך אנו עושים היום; כך גם נעשה בעתיד, ככל שנדרש.



עופר גרוסקופף
שופט

השופטת יעל וילנר:

1. אני מסכימה לעיקרי חוות דעתו של חברי, המשנה לנשיא, נ' סולברג, ולתוצאה המובהקת אליה הגיע.

2. אף אני סבורה, כי תיקון מס' 28 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: התיקון) מפר את עיקרון השוויון בפני הדין הפלילי, וכי לנוכח האמור דינו להתבטל. אכן, עקרון השוויון בפני החוק הוא יסוד מוסד של שיטתנו המשפטית, כמו גם תנאי אוניברסאלי לקיום חברה שהצדק הוא נר לרגליה. ציווי מוסרי זה מהדהד היטב במקורותינו: "לא תעשו עול במשפט לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול בצדק תשפט עמיתך" (ויקרא יט 15); ניצב ביסוד משפט העמים: "Law [...] must be the same for all, whether it protects or punishes" (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, art. 6 (Aug. 26, 1789)); ומשמש בסיס בתיאוריות מקובלות של פילוסופיה פוליטית (ראו, למשל: JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, Second Treatise §142, at 363 (Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press, student ed. 1988) (1690)).

3. אשר לסוגיית המידתיות, אציין כי מנקודת מבטי, צמצום תחולת התיקון – באמצעות הבחנה אפקטיבית בין מי שאכן מקדיש עצמו ללימוד תורה בישיבה, לבין מי שאינו עושה זאת אך מצהיר על כך – לא היה מוביל למסקנה, כי התיקון צולח את "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה".

4. כידוע, מבחן המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מורכב משלושה מבחני-משנה: "מבחן הקשר הרציונלי", שבגדרו נבחנת ההתאמה בין האמצעי שנבחר בחוק לבין התכלית שלשמה הוא ננקט; "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה", שבמסגרתו נבחנת השאלה אם קיימת חלופה לאמצעי שנבחר, שתגשים את התכלית הנדונה תוך פגיעה פחותה בזכות הרלוונטית; ו"מבחן המידתיות במובן הצר", שבגדרו נבחן היחס בין התועלת שצפויה לנבוע מהחוק בראי תכליתו, לבין עוצמת הפגיעה בזכויות שנגרמת כתוצאה ממנו (ראו, מני רבים: בג"ץ 7146/12 אדס נ' הכנסת, פס' 20 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (16.9.2013)).

5. בענייננו, אני סבורה, כאמור, כי גם אם התיקון היה מבחין באופן אפקטיבי בין מי שאכן לומד בישיבה לבין מי שלא, כך שהיקף תחולתו היה מצטמצם, לא היה בכך כדי להקהות את הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון שנגרמת כתוצאה מהתיקון; וממילא, לא היה בכך כדי להוביל למסקנה, כי התיקון עומד במבחן-המשנה השני של המידתיות, "האמצעי שפגיעתו פחותה".

6. כפי שמציין חברי, המשנה לנשיא, הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון נגרמת בענייננו בשל "הפליה מובהקת באכיפת הדין, המבוססת על השתייכות מגזרית-דתית; כזו שמפרה את חובתה של המדינה להתייחס לכל אזרחיה כשווים, במובן הבסיסי ביותר של המונח" (פס' 67 לחוות דעתו). לדעתי, עוצמתה או חומרתה של הפליה כזו אינן משתנות כתלות בהיקף הקבוצה שהדין לא נאכף ביחס לחבריה, או כתלות במידת למדנותם; עוצמתה וחומרתה של הפליה זו נובעות מעצם הפרת עיקרון השוויון בפני הדין הפלילי, אשר מבטאת כשל עצמה מסר פוגעני, שלפיו "חירותם של אלה בעלת ערך גבוה יותר משל אלה" (פס' 83 לחוות דעתו של חברי). לפיכך, אינני סבורה כי צמצום היקף התחולה של התיקון באופן האמור לעיל, היה מקהה את פגיעתו בזכות לשוויון.

7. אמנם, ניתן היה לטעון, כי היעדר הבחנה אפקטיבית בין הלומדים באמת בישיבות לבין אלו שלא, רלוונטית למבחן המידתיות הראשון; במובן זה שאין קשר רציונלי בין הקפאת הליכי מעצר של מי שאינם באמת לומדים בישיבות, לבין התכלית

שעניינה חשיבות לימוד התורה. ממילא, לפי טענה כזו, הבחנה אפקטיבית כאמור הייתה עשויה להוביל לעמידת התיקון במבחן "הקשר הרציונלי".

ואולם, אף טענה זו לא היה בידי לקבל, בהיותה מבוססת על הנחה – מוקשית, כפי שאבהיר להלן – שלפיה נקיטת הליכי מעצר כלפי תלמידי ישיבות שהשתמטו מגיוס פוגעת בתכלית של "הכרה בחשיבות לימוד התורה".

8. לדעתי, אף ביחס למי שבאמת לומדים בישיבות, לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי שנוקט התיקון, הקפאת הליכי מעצר של תלמידי ישיבות שהשתמטו מגיוס, לבין תכליתו המוצהרת, הכרה בחשיבות לימוד התורה. זאת, מן הטעם שנקיטת הליכי אכיפה נגד אדם שהפר את הדין הפלילי – בין אם הוא תלמיד ישיבה ובין אם לאו – בוודאי אינה גורעת מחשיבות לימוד התורה או מערכה.

9. לפיכך, לדעתי, התיקון אינו עומד במבחן-המשנה הראשון של המידתיות, ודינו להתבטל אף מהטעם הזה.



יעל וילנר
שופטת

השופטת רות רונן:

אני מסכימה למסקנתו הברורה של חברי המשנה לנשיא נ' סולברג בחוות דעתו. אף לטעמי קשה מאוד אם לא בלתי אפשרי למצוא צד זכות בחוק הנתקף בעתירה שלפנינו, בכל היבט בו ניתן לבחון אותו. זאת בוודאי כאשר המשיבים לא העלו טענות לזכותו.

שתי הערות קצרות מטעמי.

ראשית, חברי ביסס את חוות דעתו הן על הפגמים התהליכיים בחוק והן על הפגמים המהותיים בו. אני סבורה כי הפגמים הללו כרוכים אלה באלה, ולא בכדי החוק לוקה בשני סוגי הפגמים הללו. כך, הדרישות התהליכיות לקראת חקיקתו של דבר חוק של הכנסת, נועדו לאפשר דיון מקיף ומעמיק בהצעות חוק לפני קבלתן, וזאת – כדי להבטיח ככל האפשר שדברי חקיקה לא ראויים, בין היתר משום שהם אינם עומדים בערכי היסוד של מדינת ישראל – לא יתקבלו בכנסת.

בענייננו, ניתן להניח כי אילו היה החוק עומד בהסדרים התהליכיים, קרי אילו הייתה הצעת החוק נדרשת לקבל אישור בקריאה טרומית; אילו היה מתקיים לגביה לאחר מכן הליך של הכנה לקריאה ראשונה ובמסגרתו – דיון ציבורי מהותי ודיון במליאת הכנסת כנדרש; או אילו הייתה הצעת החוק עוברת בכור ההיתוך של עבודת מטה ממשלתית מסודרת ועבודה של הוועדה עצמה – היא לא הייתה מבשילה לכדי הנוסח שהתקבל בסופו של דבר על כל הפגמים והליקויים בו.

שנית, חברי קבע – ואף לכך אני מסכימה – כי החוק פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון. אולם מעבר לפגיעה זו, אני סבורה – כמו חברתי השופטת ד' ברק-ארז (שחוות דעתה הובאה כעת לעיוני), כי החוק פוגע גם בעקרון שלטון החוק.

בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות), הורה בית משפט זה בדעת רוב על פסילת תיקון 3 לחוק יסוד: השפיטה. זאת בשל פגיעתו הקשה בשני עקרונות אשר נמנים עם ערכי היסוד של מדינת ישראל ובמאפייניה הגרעיניים כמדינה יהודית ודמוקרטית, שאחד מהם הוא עקרון שלטון החוק. בהקשר זה נקבע כי "משמעותו הבסיסית של עקרון שלטון החוק במדינה דמוקרטית היא ש'אין איש או גוף שהוא מעל למשפט'" (בג"ץ הסבירות, פסקה 158 לפסק דינה של הנשיאה בדימ'א' חיות); וכי מצב בו קיימת חובה משפטית, אך הוסרו האמצעים אשר מאפשרים את אכיפתה, במילים אחרות "יש דין, אך אין דיין", משמעותו פטור מחובת הציות לחוק – "באין דיין, ייעלם אף הדין עמו" (שם, פסקה 160).

תיקון החוק שלפנינו יוצר, באופן מובהק, מצב דומה. כפי שציין חברי המשנה לנשיא נ' סולברג (פסקה 65 לפסק דינו), החוק אינו גורע כמלוא הנימה מעצם חובת השירות המוטלת על בני הישיבות כהגדרתם בו; ויחד עם זאת, הוא מסיר מעליהם את מנגנוני האכיפה הפליליים אשר נועדו לאכוף ולהוציא אל הפועל את החובה הזו. כך עולה, באופן כמעט מוצהר, גם מהסדרי החוק ומתכליותיו, אשר שונו לקראת הקריאה

השנייה והשלישית – מהסדרת חובת השירות להסרת אמצעי האכיפה (ראו בהרחבה בחוות דעתו של חברי המשנה לנשיא נ' סולברג).

לפי הכלל שיושם בבג"ץ הסבירות והזכר לעיל, משהוסרו מנגנוני האכיפה של חובה חוקית תקפה – חובת השירות, נפגע עיקרון שלטון החוק שהוא ממאפייניה הבסיסיים של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, ואף מטעם זה יש להורות על בטלותו של החוק.



רות רונן
שופטת

השופט יחיאל כשר:

מסכים אני לתוצאה אליה הגיע חברי, המשנה לנשיא נ' סולברג, ולעיקרי נימוקיו. כמו כן, אבקש לצרף קולי לקולן של חברותיי, השופטות ד' ברק-ארז, י' וילנר ו-ר' רונן, כי הפסול הבולט ביותר בחוק שבפנינו נעוץ בכך שחוק זה חותר תחת יסוד מוסד של שלטון החוק – השוויון באכיפת החוק הפלילי.

בתמצית של התמצית, עמדתי היא כי כאשר המחוקק משאיר בעינם את האיסור הפלילי ואת הסנקציה הקבועה בחוק בגין הפרתו, ובוחר לפטור קבוצה מוגדרת באוכלוסייה בלבד מתחולתה של אותה סנקציה, ועוד במבט צופה פני עתיד – גורם הוא בכך לפגיעה שלא ניתן להשלים עמה בעיקרון השוויון בפני החוק.

כמו כן, ברצוני להצטרף להערותיו של חברי, השופט ע' גרוסקופף, לעניין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.



יחיאל כשר
שופט

הוחלט כאמור בחוות דעתו של המשנה לנשיא נעם סולברג, כי תיקון מס' 28 לחוק שירות בטחון – בטל.

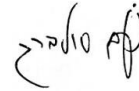
ניתן היום, כ"א אלול תשפ"ו (03 ספטמבר 2026).



דוד מינץ
שופט



דפנה ברק-ארז
שופטת



נעם סולברג
משנה לנשיא



אלכס שטיין
שופט



עופר גרוסקופף
שופט



יעל וילנר
שופטת



רות רוני
שופטת



יחיאל כשר
שופט



גילה כנפי-שטייניץ
שופטת