



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6198/23

בג"ץ 6199/23

בג"ץ 6477/23

בג"ץ 7525/23

בג"ץ 7955/23

בג"ץ 3917/24

לפני:

כבוד ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ

העותרים בבג"ץ 6198/23 : התנועה למען איכות השלטון בישראל ו-391 אח'

העותרים בבג"ץ 6199/23 : אחים לנשק ו-20 אח'

העותרים בבג"ץ 6477/23 : איילת השחר סיידוף ו-239 אח'

העותרים בבג"ץ 7525/23 : 1. פורום איילון לזכויות אדם, זכויות חברתיות

וצמיחה שוויונית

2. עו"ד משה שפירא

3. עו"ד אבי קורצברג

העותרת בבג"ץ 7955/23 : התנועה הדמוקרטית האזרחית

העותרת בבג"ץ 3917/24 : משמר הדמוקרטיה הישראלית

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 6198/23 : 1. שר הביטחון

2. ממשלת ישראל

3. צה"ל

4. היועצת המשפטית לממשלה

5. איחוד הישיבות באר"י

המשיבים בבג"ץ 6199/23 : 1. שר הביטחון

2. ראש המטה הכללי

3. ממשלת ישראל

4. היועצת המשפטית לממשלה

5. איחוד הישיבות באר"י

- המשיבים בבג"ץ 6477/23 :
1. שר הביטחון
 2. ראש המטה הכללי
 3. ממשלת ישראל
 4. היועצת המשפטית לממשלה
 5. יו"ר מפלגת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי התורה – ח"כ אריה דרעי
 6. יו"ר מפלגת הסתדרות אגודת ישראל בארץ ישראל – שר השיכון יצחק גולדקנופף
 7. יו"ר מפלגת החרדים דגל התורה – יו"ר ועדת הכספים ח"כ משה גפני
 8. איחוד הישיבות באר"י

- המשיבים בבג"ץ 7525/23 :
1. היועצת המשפטית לממשלה
 2. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט כלכלי)
 3. איחוד הישיבות באר"י

- המשיבים בבג"ץ 7955/23 :
1. ממשלת ישראל
 2. שר החינוך
 3. שר האוצר
 4. החשב הכללי במשרד האוצר
 5. היועצת המשפטית לממשלה
 6. איחוד הישיבות באר"י

- המשיבים בבג"ץ 3917/24 :
1. ממשלת ישראל
 2. ראש הממשלה
 3. משרד הביטחון
 4. משרד החינוך
 5. משרד האוצר
 6. צבא ההגנה לישראל
 7. היועצת המשפטית לממשלה

המבקש להצטרף לבג"ץ : 7525/23 ולבג"ץ 7955/23

איגוד מנהלי הישיבות והמוסדות התורניים

התנגדות לצו על-תנאי

(2.6.2024)

כ"ה באייר התשפ"ד

תאריך הישיבה :

עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד תומר נאור ; עו"ד הידי נגב

בשם העותרים בבג"ץ : 6198/23

עו"ד טומי מנור ; עו"ד עמית מור ; עו"ד טל גנדלמן

בשם העותרים בבג"ץ : 6199/23

בשם העותרות בבג"ץ : 6477/23	עו"ד דפנה הולץ-לכנר ; עו"ד קמילה מיכמן
בשם העותרים בבג"ץ : 7525/23	עו"ד משה שפירא ; עו"ד אבי קורצרברג
בשם העותרת בבג"ץ : 7955/23	עו"ד גלעד ברנע ; עו"ד גלעד שר ; עו"ד איתן טוקר
בשם העותרת בבג"ץ : 3917/24	עו"ד יובל יועז ; עו"ד אוהד שפק ; עו"ד רינה ענתי
בשם פרקליטות המדינה :	עו"ד ענר הלמן ; עו"ד אבי מיליקובסקי ; עו"ד סיגל אבנון סוויצקי
בשם הממשלה :	עו"ד דורון טאובמן ; עו"ד ירון ליפס
בשם איחוד הישיבות באר"י :	עו"ד שמואל הורוביץ
בשם המבקש להצטרף לבג"ץ : 7955/23 ולבג"ץ 7525/23	עו"ד דוד שוב

פסק-דין

ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן:

העתירות שלפנינו מביאות לפתחו של בית משפט זה – פעם נוספת – את שאלת השוויון בנטל השירות הצבאי. בימים של מלחמה קשה וכואבת, נאלצים אנו לשוב ולהכריע בסוגיה מורכבת זו, שמלווה את האומה מיום לידתה. לפני למעלה מחצי יובל שנים קבע בית משפט זה כי על כנסת ישראל לקדם הכרעה חוקית וחוקתית בסוגיה זו, אך דומה שחזרנו לנקודת המוצא: בעת הזו אין חוק שמסדיר את הסוגיה, ואין מדיניות ממשלתית קוהרנטית שמבקשת לתת לה מענה.

שש העתירות שמונחות עתה לפנינו נחלקות לשלוש קבוצות: העתירות בבג"ץ 6198/23, 6199/23 ו-6477/23 (להלן גם: עתירות הגיוס) מכוונות לבקשת העותרים לאכוף את חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות ביטחון או החוק) על תלמידי הישיבות, בשים לב לפקיעת תוקפו של הסדר הפטור שעוגן בו; ולבטלותה של החלטת הממשלה שבגדרה הנחתה הממשלה שלא לאכוף את חובת הגיוס על תלמידי הישיבות עד ליום 31.3.2024 (כפי שיפורט להלן בהרחבה). העתירות בבג"ץ 7525/23 ו-7955/23 (להלן גם: עתירות המימון) מכוונות לבסיס החוקי להעברת כספי

תמיכה למוסדות תורניים בגין תלמידי ישיבה ששירותם הצבאי לא נדחה כדין. במוקד עתירות אלו ניצבת הטענה שלפיה נוכח פקיעת הסדר דחיית השירות שעוגן בפרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון, לא קיים עוד בסיס חוקי להעברת כספים אלה. העתירה בבג"ץ 3917/24 (להלן: עתירת הייצוג הנפרד) נוגעת להחלטת ממשלה שביקשה לקבוע את גבולותיו של הייצוג הנפרד שנתנה היועצת המשפטית לממשלה (להלן גם: היועצת) לממשלה בעתירות הגיוס ובעתירות המימון.

רקע – גיוס תלמידי הישיבה שתורתם אומנותם

1. הרקע הנדרש לענייננו פורט בהרחבה בפסקי דין הקודמים שעסקו בסוגיה (ראו, בין היתר: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין)); בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (12.9.2017) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)), ולפיכך יובאו להלן בתמצית עיקרי הדברים הנדרשים לענייננו. בשנת 1949 החליט ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, דוד בן גוריון, להעניק פטור משירות צבאי לכ-400 תלמידי ישיבה. מדיניות זו של מתן דחיית שירות ופטור משירות נמשכה על ידי ממשלות ישראל לדורותיהן, כאשר מספר תלמידי הישיבה הבאים בגדריה הלך והתרחב בהדרגה (המסגרת החוקית הייתה זו הקבועה בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון שמאפשר לשר הביטחון לדחות את שירות הביטחון של מועמד לשירות). נושא זה עורר מחלוקת ציבורית עזה, ורגישותה ומורכבותה של סוגיית גיוס תלמידי הישיבות הובילה להתדיינויות מרובות בבית משפט זה לאורך השנים (בג"ץ 179/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(4) 421 (1982); בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 81 (1981); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין נדחתה: ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708 (1982); בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 238 (1970)).

2. ההכרעה הראשונה שחשובה לענייננו היא פסק הדין שניתן בעניין רובינשטיין בשנת 1998. באותו עניין נקבע, בעיקרם של דברים, כי נוכח היקפם הגדל והולך של תלמידי ישיבות שקיבלו פטור מגיוס, ומאחר שמדובר ב"שאלה לאומית נוקבת" (שם, בעמ' 528), הסוגיה מחייבת הכרעה באמצעות קביעת הסדר ראשוני, קרי יש להסדיר את הסוגיה בחקיקה ראשית. בהתאם לאמור, נקבע כי לא ניתן להפעיל את סמכותו של שר הביטחון לפי סעיף 36 לחוק שעוסק במתן פטור משירות צבאי למועמד לגיוס לצורך מתן פטור גורף כאמור. הצו שניתן בפסק הדין בעניין רובינשטיין הושעה מספר פעמים, וזאת על מנת ליתן לכנסת שהות לדון בהסדר החקיקתי המתאים. במסגרת זאת הוגש גם דו"ח הועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות בראשות השופט (בדימ') צ' א' טל,

שעל יסוד המלצותיה נחקק חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, שנודע גם כ"חוק טל" (להלן: חוק דחיית השירות או חוק טל). חוק דחיית השירות הסמיך את שר הביטחון לתת לתלמיד ישיבה צו דחיית שירות למשך שנה, שניתן להארכה בשנה נוספת כל פעם, ובלבד שהתלמיד עמד בתנאים שפורטו בחוק זה.

3. חוקתיותו של חוק טל נדונה בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) (2006) (להלן: בג"ץ 6427/02). בית המשפט מצא כי החוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון, וכי החוק לא הוביל לקידום התכלית של השתתפות גברים חרדים בשירות הצבאי או למצער בשירות האזרחי. לצד זאת, נמצא כי באותה העת לא ניתן היה לקבל הכרעה באשר למידתיות החוק, שכן לא ניתנה "הזדמנות ראויה" לחוק להגשים את מטרותיו, וזאת גם בשים לב לכך שהחוק נחקק כהוראת שעה לתקופה של חמש שנים. צוין כי אם לא יחול שינוי בנתונים שהובאו לפני בית המשפט, קיים חשש רציני כי החוק יהפוך לבלתי חוקתי. לאחר שבשנת 2007 חוק דחיית שירות הוארך לתקופה של כ-5 שנים נוספות, הוגשו לבית משפט זה מספר עתירות נוספות שתקפו את חוקתיותו ושנדונו בבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012) (להלן: עניין רסלר). באותו עניין נקבע כי בהסדר גלום "פגם גנטי", כי יש בו כדי להנציח את המצב הקיים, וכי ההסדרים שנקבעו בו לא הובילו למימוש תכליותיו. לפיכך, נקבע כי אין להאריך את תוקפו של חוק זה פעם נוספת. החוק פקע בחודש אוגוסט 2012.

4. בסמוך למועד פקיעת החוק, הוגשו מספר עתירות נוספות על רקע העובדה שהכנסת לא פעלה לחוקק הסדר חלופי. שתיים מן העתירות כונו לאכיפת חובת הגיוס שבחוק שירות ביטחון על תלמידי הישיבות (בג"ץ 5823/12 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון ובג"ץ 6704/12 ישראל חופשית נ' שר הביטחון); עתירה נוספת (בג"ץ 6101/12 חדו"ש לחופש דת ושוויון נ' ממשלת ישראל) התמקדה במבחנים אשר מכוחם מחלק משרד החינוך כספי תמיכה למוסדות תורניים. במהלך הדיון בעתירות ניתנו שני צווי ביניים. צו הביניים הראשון ניתן ביום 22.8.2013. הצו מנע, החל מיום הינתנו, הפחתה של תקופת שירות או כל תקופה רלוונטית אחרת לעניין גיוסם ושירותם של בני ישיבות, כמפורט בהחלטה. צו הביניים השני אשר ניתן ביום 4.2.2014 (בדעת רוב, נגד דעתו החולקת של השופט נ' הנדל), אסר על ביצוע העברות כספיים לצורך תמיכה במוסדות תורניים, ביחס לתלמידי מוסדות תורניים ילידי השנתונים 1994, 1995 וחציו הראשון של שנתון 1996, אשר קיבלו צו גיוס למועדים שונים החל מחודש אוגוסט 2013, ואשר לא התייצבו לגיוס בשל החלטות כלליות לדחות את מועד התייצבותם.

5. לבסוף, בחודש מרץ 2014 נחקק הסדר נוסף שנועד ליתן מענה לסוגיה: חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד-2014 (להלן: תיקון מס' 19), שבגדרו התווסף לחוק שירות ביטחון פרק ג' 1 שכותרתו "שילוב בוגרי ישיבות ומוסדות חינוך חרדיים" (להלן גם: פרק ג' 1); וחוק שירות לאומי-אזרחי, התשע"ד-2014. בעקבות השינוי בתשתית המשפטית שעמדה ביסודן של העתירות שבמסגרתן ניתנו צווי הביניים, הורה בית המשפט על מחיקתן. בשנת 2015, נחקק חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015 (להלן: תיקון מס' 21), שערך תיקונים מסוימים בתיקון מס' 19.

6. נפרט בתמצית על אודות ההסדר האמור, שעמד בתוקפו עד לפקיעתו ביום 30.6.2023. בעיקרם של דברים, ההסדר הקנה לממשלה סמכות לקבוע יעדי גיוס לציבור החרדי עבור כלל תלמידי הישיבות. מילוי המכסה שנקבעה על ידי הממשלה, בנוסף לעמידה בתנאים שנקבעו בחוק, הקנה אפשרות לתלמידי הישיבה לקבל דחיית שירות עד לקבלת פטור מלא משירות. ואולם, גם בהיעדר מילוי המכסה, ניתנה לשר הביטחון סמכות בחוק לאפשר את המשך הסדר דחיית השירות. החוק מבחין בין שתי תקופות: "תקופת הסתגלות ראשונה" (שחלה מיום 20.3.2014 עד ליום 30.6.2020); ו"תקופת הסתגלות שנייה" (מיום 1.7.2020 עד ליום 30.6.2023)). במשך התקופה הראשונה – נקבע כי אי עמידה במכסת הגיוס לא תמנע משר הביטחון להפעיל את סמכותו לדחיית שירותם הצבאי של תלמידי הישיבות; אשר לתקופת ההסתגלות השנייה, ככל שלא הושגה מכסת הגיוס, תחול חובת הגיוס גם על תלמידי הישיבה, בתנאים המפורטים בחוק. על אף האמור, ניתנה לשר סמכות לדחות את המשך דחיית השירות לפי שיקול דעתו ובשים לב ליעד השנתי הכולל לגיוס שקבעה הממשלה. עוד אפשר התיקון לתלמיד ישיבה לבחור בין שירות צבאי לבין שירות לאומי-אזרחי.

7. הסדרים אלה ניצבו במרכזה של ההכרעה בעניין התנועה לאיכות השלטון. בפסק הדין, שניתן בשנת 2017 (כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג), מצא בית המשפט כי ההסדר שעוגן בתיקון מס' 21 אינו חוקתי. פעם נוספת הודגשה הפגיעה הקשה הנגרמת לזכות לשוויון ביחס לחובה לשרת בצבא בשים לב לסמכותו של שר הביטחון ליתן פטור במנותק מיעדי הגיוס, ואף נוכח הסמכות להפנות תלמידי ישיבות לשירות לאומי-אזרחי שהוא שונה בטיבו מהשירות הצבאי. אשר למידתיות ההסדר, הודגש כי לא קיים מנגנון שמעגן סנקציות במצב הדברים שבו לא התממש היעד שקבעה הממשלה. במישור הסעד, בית המשפט מצא להשהות את ביטול החוק לתקופה של שנה (עד לחודש ספטמבר 2018), על מנת לתת שהות מספקת לכנסת לדון כנדרש בהסדר החוקי שלדעתה צריך לחול לגבי גיוסם של תלמידי הישיבות כמו גם לאפשרות לחוקק חוק חדש ככל שהיא תראה צורך בכך.

8. ואולם, על אף השהות שניתנה, בחלוף שנה ממועד פסק הדין, לא הוסדרה הסוגיה; חלף זאת, המדינה הגישה בקשות חוזרות ונשנות לדחיית מועד בטלותו של פרק ג'1 לחוק – במשך תקופה שעולה על 5 שנים. אותן בקשות נומקו, בין היתר, בכוונת המדינה לקדם ולגבש הסדר חקיקתי חלופי בנושא במועדים האמורים. לבסוף, פקע החוק ביום 30.6.2023 (כאמור, זהו המועד שנקבע בחוק כתום תקופת ההסתגלות השנייה).

9. ביום 25.6.2023, 5 ימים לפני פקיעת פרק ג'1, התקבלה החלטת ממשלה 682 של הממשלה ה-37 "השירות בצבא הגנה לישראל והוקרת המשרתים" (להלן: החלטת ממשלה 682 או החלטה 682). נוכח חשיבותה של החלטה זו לענייננו, נביא את החלק הרלוונטי מתוכה, כלשונו:

"בשים לב לפקיעת פרק ג'1 לחוק, בתקופה שמיום 1 ביולי 2023 ועד ליום כניסתו לתוקף של ההסדר החדש (להלן: תקופת הביניים) לא יינתנו דחיות שירות חדשות ולא יוארכו דחיות שירות שניתנו מכוח הפרק האמור לתלמידי ישיבות ובוגרי מוסדות לימוד חרדיים. ואולם בהינתן כוונת הממשלה לגבש הסדר חקיקתי חדש, הממשלה מנחה את שר הביטחון להנחות את צה"ל, במסגרת סמכותו לקרוא לגיוס בתוך התקופה הקבועה בסעיף 20 לחוק, כי לא יינקטו הליכים לשם גיוסם של תלמידי ישיבות כאמור, ככל שיוצגו בפני רשויות הגיוס אישורים לפי צורכי הצבא ודרישתו, בדבר לימודיהם בישיבות, וזאת עד ליום 31 במרץ 2024" (ההדגשה הוספה; סעיף 3 להחלטה).

הנה כי כן: לאחר פקיעת פרק ג'1 לחוק שירות ביטחון, החליטה הממשלה להנחות את שר הביטחון להנחות את הצבא להימנע מלאכוף את חוק שירות ביטחון על תלמידי ישיבות עד ליום 31.3.2024 (תקופה זו, שבין 1.7.2023 ועד ליום 31.3.2024 תכונה להלן: תקופת הביניים). עוד מובהר בהחלטה כי בתקופת האמורה מתכוונת הממשלה "לגבש הסדר חקיקתי חדש".

הגשת עתירות הגיוס

10. בחודש אוגוסט 2023 הוגשה עתירת הגיוס הראשונה, בג"ץ 6198/23, על ידי התנועה למען איכות השלטון בישראל (להלן: התנועה לאיכות השלטון או התנועה). בעתירתה, טענה התנועה כי בהתאם להלכה שנקבעה בעניין רובינשטיין – מתן פטור גורף לתלמידי ישיבות משירות בצה"ל עולה כדי הסדר ראשוני אשר מצריך חקיקה ראשית. עוד נטען כי מדובר בהחלטה מפלה, אשר פוגעת פגיעה קשה בזכות החוקתית לשוויון;

וכי בקיום החלטת הממשלה נוהג שר הביטחון במדיניות של אכיפה סלקטיבית פסולה. עוד הוסיפה התנועה וטענה כי החלטת הממשלה חורגת ממתחם הסבירות ואינה מידתית. העותרים בבג"ץ 6199/23 (ארגון "אחים לנשק" ו-20 אחרים; להלן ביחד: אחים לנשק) הצטרפו, בעיקרם של דברים, לטענות התנועה. אחים לנשק הדגישו את התקופה הארוכה שחלפה ממתן פסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון, שבגדרה הייתה נתונה לממשלה שהות ארוכה במיוחד לפעול לגיבוש הסדר חקיקתי הולם. לטענתם, בהיעדרו של הסדר חוקי שמקנה לתלמידי הישיבה פטור משירות, מחויבים תלמידי הישיבות להתייצב לשירות, והימנעות מלעשות כן עולה כדי עבירה פלילית. נטען כי החלטת הממשלה עומדת בסתירה חזיתית אל מול פסיקות בית המשפט בנושא, וכי לשר הביטחון אין סמכות להורות לצבא שלא לאכוף את חובת הגיוס. העותרים בבג"ץ 6477/23 (איילת השחר ו-240 אחרים) הצטרפו אף הם לטענות שהובאו לעיל, והדגישו את מספרם המשמעותי, לדבריהם, של תלמידי הישיבות שמקבלים בפועל פטור משירות צבאי. לשיטתם, ההצדקה להמתנה הממושכת להסדרה בידי המחוקק אינה יכולה לעמוד עוד, ויש ליתן הכרעה מעשית שתוביל לשוויון בגיוס ובשירות הצבאי של תלמידי הישיבות. עוד במסגרת העתירות התבקשו צווי ביניים שונים.

במאמר מוסגר יוער כי בבג"ץ 6477/23 הוגשה בקשה להוספת צו על תנאי שעניינו בהקדמת מועדי הגיוס למכינות קדם צבאיות ולמסלולי שירות. בקשה זו נדחתה מאחר שהוגשה בנושא עתירה נפרדת, אשר בשלב מאוחר יותר נמחקה בהסכמה לאחר שהתקיים בה דיון (בג"ץ 1278/24 המכינה הקדם צבאית תל"ם (מיסודה של התנועה הרפורמית – יהדות מתקדמת בישראל) נ' שר הביטחון (6.3.2024)).

11. בתגובתם המקדמית של המשיבים (כלל המשיבים יוצגו אותה העת על ידי היועצת המשפטית לממשלה), צוין כי לוח הזמנים שהוצג במסגרת החלטת הממשלה לגיבוש מתווה חוקי נקבע עובר לתחילתה של מלחמת "חרבות ברזל". המשיבים הדגישו שמשאבי מערכת הביטחון והצבא הוסבו לצרכי הלחימה המתמשכת, ובשל כך לוח הזמנים לא צפוי להתממש במועדו. צוין כי "מתקיים שיח אינטינסיבי בין כל הצדדים הרלוונטיים" שמטרתו להאריך את תוקפה של החלטת ממשלה 682 ולהשלים מתווה חקיקתי שתקדם הממשלה. לצד זאת הובהר כי "לעת הזו אין עדיין מתווה ממשי שניתן להצהיר עליו" (סעיף 6 לתגובה המקדמית מיום 21.2.2024) ואף לא ניתן לנקוב בלוח זמנים להשלמת מתווה כאמור. עוד במסגרת התגובה, ביקשו המשיבים להגיש הודעה מעדכנת עד ליום 24.3.2024 – כשבוע לפני שתפקע החלטה 682. צוין כי במועד זה יהיה ניתן לשוב ולשקול מתן צווי ביניים במתווה שניתן בעתירה בבג"ץ 5823/12. לטענת המדינה, החלטת הממשלה לא סותרת את ההלכה שנקבעה בעניין רובינשטיין. זאת מאחר

שאינן מדובר במתן פטור, כפי שמצוין במפורש בהחלטה, אלא שהחלטה "נועדה לקבוע את ההתנהלות, במסגרת החוק, ביחס לתקופת הביניים הקצובה, ועד אשר הכנסת תכריע בדבר ההסדר החקיקתי שיחול בעניינה של קבוצה זו" של תלמידי הישיבות (סעיף 19).

רקע – תמיכות במוסדות תורניים

12. משרד החינוך מעביר כספי תמיכות לסוגים שונים של מוסדות תורניים. לענייננו, רלוונטיות הישיבות הגבוהות – בהן לומדים רווקים בגירים, ככלל במסגרת פנימייה; והכוללים – שמיועדים לתלמידים נשואים. אופן החלוקה מתבצע בהתאם להוראת שנקבעו ב"מבחנים לחלוקת כספים לצורך תמיכה של משרד החינוך במוסדות תורניים – לימוד ופעולות" (י"פ התשס"ד, 3498) (להלן: מבחני התמיכה או המבחנים), שנקבעו בהתאם לסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב). אופן חישוב גובה התמיכה נעשה על בסיס מספר משתנים – שנרחיב לגביהם בהמשך – ובראשם העיקרון שקבוע בהוראת סעיף 12(ד) למבחני התמיכה, שלפיו:

"תמיכה למוסדות תורניים תינתן על פי מספר התלמידים
הלומדים באופן סדיר בכל מוסד תורני לפי דיווחי
המוסדות [...]"

הנה כי כן, היקף התמיכה במוסד תורני מהווה פועל יוצא של מספר התלמידים במוסד נתון. דיווחי המוסדות מועברים, כך נקבע במבחנים, ב-4 מועדים שמפורטים שם, בסעיף 12(ד).

13. בהמשך לאמור, הוראות סעיפים 14(א)(2) ו-14(ג)(1) למבחנים, מתייחסות להגדרת "כולל" ו"ישיבה גבוהה" לצרכי מבחני התמיכה, ומפנות בתוך כך להסדר דחיית הגיוס שנקבע בפרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון. בנוסף לאמור, הוראת סעיף 12(י) למבחנים מורה כי "למען הסר ספק, תמיכה למוסד תורני בעד לימודיו של תלמיד שטרם החל את שירותו] בצה"ל למעט תלמידי ישיבת הסדר, ואשר קיבל מהפוקד צו התייצבות אישי לשירות סדיר, תהיה עד מועד ההתייצבות שנקבע לו בצו כאמור".

14. כאמור לעיל, ביום 30.6.2023 פקע הסדר דחיית השירות שעוגן בפרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון, ו-5 ימים קודם לכן התקבלה החלטת ממשלה 682 שבמסגרתה הנחתה הממשלה את שר הביטחון להנחות את הצבא שלא לאכוף את חובת הגיוס על תלמידי הישיבות עד ליום 31.3.2024. כפי שיפורט להלן, הצדדים חלוקים בשאלה האם יש

בפקיעת פרק ג'1 להשליך על חוקיות העברת כספי התמיכות לכוללים וישיבות גבוהות, ככל שמדובר במיועד לגיוס לשירות ביטחון שלא ניתן לו פטור מגיוס כדין.

15. לשלמות התמונה יוער כי סוגיה דומה נדונה בבג"ץ 6101/12 חדו"ש לחופש דת ושוויון נ' ממשלת ישראל (1.4.2014). במסגרת עתירה זו נדונו השלכות פקיעתו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, על תמיכת הממשלה במוסדות התורניים בהתאם למבחני התמיכה שהיו נוהגים באותה העת (זאת בהתאם להכרעה בעניין רסלר, שלפיה אין להאריך את תוקפו של חוק זה פעם נוספת). כפי שפורט לעיל, עתירה זו נדונה יחד עם שתי עתירות נוספות: בג"ץ 5823/12 ובג"ץ 6704/12, שביקשו לאכוף את חובת הגיוס על תלמידי הישיבות בשל פקיעת החוק (בעתירות אלו ניתן צו על תנאי ביום 15.11.2012, לעניין חובת הגיוס). כאמור לעיל, ביום 4.2.2014 ניתן צו ביניים שאסר על ביצוע העברות כספים לצורך תמיכה במוסדות תורניים, ביחס לתלמידי מוסדות תורניים ילידי השנתונים 1994, 1995 וחציו הראשון של שנתון 1996, אשר קיבלו צו גיוס למועדים שונים החל מחודש אוגוסט 2013, ואשר לא התייצבו לגיוס בשל החלטות כלליות לדחות את מועד התייצבותם. לבסוף, לאחר חקיקתו של הסדר חדש, נמחקו העתירות האמורות.

הגשת עתירות המימון

16. בחודש אוקטובר 2023 הגישו העותרים בבג"ץ 7525/23 (פורום איילון לזכויות אדם ושני אחרים) את עתירת המימון הראשונה. במסגרת העתירה, טענו העותרים כי המשך העברת תמיכה כספית למימון ישיבות שבהן לומדים תלמידים חייבי גיוס שמפרים את חובתם החוקית להתגייס, מנוגד לצו הביניים שניתן בבג"ץ 6101/12 שאסר על העברת כספים למוסדות תורניים עבור תלמידים שלא התייצבו למימוש חובתם. כמו כן, נטען כי המשך העברות כספי התמיכות פוגע פגיעה ממשית ובלתי מידתית בזכות לשוויון ובכבוד האדם. עוד הדגישו העותרים כי התנהלות הממשלה מפרה את עיקרון שלטון החוק וחורגת ממתחם הסבירות. כמו כן נטען כי יש להשיב את הכספים שהועברו לתמיכה במוסדות תורניים שלא כדין החל מיום 1.7.2023. העותרת בבג"ץ 7955/23 (התנועה הדמוקרטית האזרחית; להלן: התנועה הדמוקרטית) טוענת כי נוכח פקיעתו של פרק ג'1 לחוק שירות ביטחון, תשלומי התמיכות למוסדות התורניים מועברים בניגוד לסעיף 3א לחוק יסודות התקציב ולהוראות שנקבעו במבחני התמיכה עצמם. זאת מאחר שתנאי יסודי למתן התמיכה בגין כל תלמיד הוא דחיית שירותו כדין או מתן פטור כדין משירות. עוד מודגש כי בהחלטת ממשלה 682 צוין במפורש כי לא יוארכו דחיות שירות ולא יינתנו דחיות שירות חדשות. במסגרת העתירה התבקש גם צו ביניים למניעת העברת

כספי תמיכות נוספים עד להכרעה בעתירה. לשלמות התמונה יוער כי העתירה בבג"ץ 7955/23 כוונה גם לבטלות סעיף 3 להחלטת ממשלה 682.

17. בתגובתם המקדמית שהוגשה בחודש פברואר 2024, ציינו המשיבים (אשר, כאמור, היו מיוצגים כולם באותה עת על ידי היועצת המשפטית לממשלה) כי הדיון בעתירות המימון כרוך בעניינן של עתירות הגיוס. לטענתם, סוגיה זו הובאה לפתחו של הדרג המדיני הבכיר, אך הובהר כי בעת הזו לא קיים מתווה ממשי לחקיקה, וכי אף לא ניתן לנקוב בלוח זמנים לקבלת החלטות. בכל הנוגע לחוקיות מימון תלמידי הישיבות, הפנו המשיבים לסעיף 12(י) למבחני התמיכה, אשר לשיטתם מבטא את "הזיקה בין ההסדר החוקי הנוגע לגיוסם של בני ישיבות לבין אפשרות קבלת תמיכות" (סעיף 10 לתגובה המקדמית). לשיטת המשיבים, הסעיף מבוסס על קיומה של מסגרת נורמטיבית שמסמיכה את רשויות הצבא שלא לקרוא לאותם תלמידים להתייצב לשירות. מסגרת כאמור, הייתה קיימת עד לחודש יולי 2023 בחוק שירות ביטחון; ובתקופת הביניים היא מושתתת על החלטת ממשלה 682. צוין כי לעמדת המשיבים, לאחר שתפקע החלטת הממשלה ובהיעדר מסגרת נורמטיבית שתאפשר את דחיית שירותם או את אי גיוסם של תלמידי הישיבות כדין, הדבר ישליך על חוקיות מתן התמיכות בגין אותם תלמידים.

הדיון הראשון בעתירות

18. ביום 26.2.2024 התקיים דיון ראשון בעתירות הגיוס ובעתירות המימון (בהרכב ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן והשופטים י' עמית ונ' סולברג), שבמסגרתו חזרו הצדדים על עיקרי טענותיהם שהובאו לעיל. באותו יום הורה ההרכב על איחוד הדיון בעתירות, ועל צירוף איחוד הישיבות בארץ ישראל (להלן: איחוד הישיבות באר"י) כצד להליכים. לאחר הדיון ניתן צו על תנאי הן בעתירות הגיוס, הן בעתירות המימון כפי שיפורט להלן. בעתירות הגיוס ניתן צו על תנאי שהורה למשיבים לבוא ליתן טעם:

א. מדוע לא ייקבע כי סעיף 3 להחלטת ממשלה 682 של הממשלה ה-37 'השירות בצבא הגנה לישראל והוקרת המשרתים' (25.6.2023) בטל (להלן: החלטת הממשלה).

ב. מדוע לא יפעלו לגיוסם לשירות צבאי של תלמידי הישיבות, נוכח פקיעתו של פרק ג'1 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות ביטחון).

בנוסף, ניתן בעתירות הגיוס צו ביניים שמונע הפחתה של תקופת שירות או כל תקופה רלוונטית אחרת לעניין גיוסם ושירותים של בני ישיבות, וזאת החל מיום הדיון.

19. בעתירות המימון ניתן צו על תנאי שהורה למשיבים לבוא ליתן טעם:

"מדוע לא ייקבע כי נוכח פקיעת הסדר דחיית השירות שעוגן בפרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון, לא קיים עוד בסיס להעביר כספי תמיכה למוסדות תורניים בגין תלמידי ישיבה ששירותם הצבאי לא נדחה כדין; זאת, בהתאם למבחני התמיכה שנקבעו על ידי משרד החינוך ("מבחנים לחלוקת כספים לצורך תמיכה של משרד החינוך במוסדות תורניים – לימוד ופעולות" (י"פ התשס"ד, 3498))."

התפתחויות לאחר הדיון הראשון

20. ביום 11.3.2024 הגיש איחוד הישיבות באר"י תגובה לבקשה למתן צו ביניים בעתירות המימון. במסגרת התגובה, צוין כי האיחוד משאיר את הבקשה לשיקול דעת בית המשפט. לצד זאת, צוין בין היתר כי לשיטת האיחוד, יש מקום ליתן משקל לכך שאין מדובר בתלמידי ישיבות אשר נקראו להתייצב לשירות והפרו את חובתם. בהמשך, ביום 1.4.2024, הוגש תצהיר תשובה מטעם איחוד הישיבות באר"י, שבמסגרתו העלה האיחוד טענות סף. בכלל זאת, נטען כי חלק מהעתירות לוקות באי צירוף משיבים רלוונטיים, כגון גורמים מהציבור החרדי שעליהם תשפיע ההכרעה, וכי חלקן לוקות בחוסר ניקיון כפיים. לשיטת איחוד הישיבות באר"י, יש לדחות את העתירות על הסף מחמת אי שפיטות הנושא, זאת מאחר שבית המשפט אינו יכול לספק פתרון לסוגיה זו, כך נטען, נוכח רגישותה הציבורית. ביחס לעתירות הגיוס, נטען בין היתר, כי הצבא אינו ערוך לגיוס בני הישיבות, וכי גיוסם יוביל לפגיעה בזכויותיהם לחופש דת ולכבוד. עוד נטען כי אכיפת חובת הגיוס על בני הציבור החרדי תעלה כדי אכיפה סלקטיבית אל מול הציבור הערבי (באותה העת הייתה תלויה ועומדת בעניין זה עתירה, אשר נדחתה בינתיים; בג"ץ 4137/24 אמסלם נ' שר הביטחון (6.6.2024) (להלן: עניין אמסלם)). במאמר מוסגר יובהר בנקודה זו כי סוגיית גיוס הציבור הערבי אינה לפנינו בעת הזו.

21. ביום 28.3.2024 הוגש תצהיר תשובה מטעם משיבי המדינה הן בעתירות הגיוס, הן בעתירות המימון. אשר לעתירות הגיוס, משיבי המדינה הבהירו כי לשיטתם, במצב הדברים שבו החלטת ממשלה 682 עומדת לפקוע ימים בודדים לאחר מועד הגשת תצהיר התשובה, הראש הראשון של הצו על תנאי מתייתר. אשר לראש השני של הצו על תנאי בעתירות הגיוס, שעניינו בגיוס תלמידי הישיבות, צוין כי החל מיום 1.4.2024 לא יהיה

מקור סמכות שמאפשר הימנעות גורפת מהליכי גיוס ביחס לבני הישיבות, ובהתאם כלל גורמי המדינה מחויבים לפעול להליכי גיוס החל ממועד זה. בהקשר זה הובהר עוד כי נכון למועד הגשת תצהיר התשובה, לא הוצג ליעוץ המשפטי לממשלה מתווה חקיקה קונקרטי אשר יש בו כדי לעמוד באמות המידה החוקתיות.

22. אשר לעתירות המימון, צוין כי לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בהיעדר בסיס נורמטיבי לאי גיוס תלמידי ישיבות החל מיום 1.4.2024, באותו מועד לא תהיה עוד סמכות להעברת כספי תמיכות למוסדות תורניים בגין תלמידים המיועדים לשירות ביטחון אשר לומדים במוסדות אלה, ככל שאינם אווזים בצו דחיית שירות שטרם פקע. הודגש כי לשיטת היועצת המשפטית לממשלה, הממשלה אינה רשאית להפר את הוראות חוק שירות ביטחון ולהימנע באופן גורף מגיוס תלמידי ישיבות אשר מיועדים לשירות ביטחון בהיעדר מקור סמכות מפורש; כפועל יוצא, הממשלה אינה מוסמכת לממן את פעילותם, אשר חותרת תחת חובת הממשלה לגייסם. בתצהיר התשובה הודגש כי לשיטת היועצת המשפטית לממשלה, סעיף 14 למבחני התמיכה מבהיר כי בהיעדר מקור סמכות בחוק להימנעות גורפת מקריאה לשירות של תלמידי ישיבות, נשמט הבסיס החוקי להמשך מתן תמיכות למוסדות בגין תלמידים אלה. עוד נטען כי ניתן להגיע לאותה תוצאה באמצעות פרשנות תכליתית של סעיף 12(י) למבחני התמיכה, בשילוב עם סעיף 38(ד) לחוק שירות ביטחון, אשר קובע חובה אישית שמוטלת על מיועד לשירות ביטחון שדחיית השירות שלו הסתיימה, להתייצב למילוי חובתו גם במקרה שטרם הוצא לו צו התייצבות אישי.

היועצת המשפטית לממשלה הוסיפה וציינה כי ככל שיוחלט על מתן צו ביניים בעתירות המימון, יש לאפשר תקופת היערכות קצרה לגופים הנתמכים, כהוראת מעבר. עוד ציינה היועצת כי יש מקום לקביעת תקופת מעבר נפרדת עבור מוסדות שבעקבות צו הביניים לא יעמדו עוד בתנאי הסף שקבועים במבחני התמיכה בנוגע למספר תלמידים מינימלי במוסד נתמך.

23. לתצהיר התשובה צורפה "תמצית עמדת ראש הממשלה לגוף עתירות הגיוס והתמיכות", שבמסגרתה צוין כי לעמדת ראש הממשלה, היעדר מקור חוקי "להימנעות גורפת מגיוס" אין משמעותו 'הוראה גורפת לגיוס' (סעיף 2). לפי העמדה שהובאה, פרשנות היועצת שוללת למעשה את סמכות הצבא להפעיל שיקול דעת לפי סעיף 20 לחוק שירות ביטחון באשר למועד שבו יש לזמן מיועדים לשירות ביטחון להשלמת הליכי הגיוס. כנטען, הראש השני של הצו על תנאי בעתירות הגיוס, שמכוון להליכי גיוס של תלמידי ישיבות, הוא מוקדם, מאחר שמדובר במצב חדש. אשר לעתירות המימון, צוין

כי העמדה שהוצגה על ידי היועצת המשפטית לממשלה אינה על דעת ראש הממשלה, וכי לעמדתו אין כל שינוי בסמכות החוקית להעברת כספי תמיכות למוסדות בגינם של תלמידי ישיבות, כל עוד אלו לא קיבלו צו התייצבות אישי על ידי הפוקד. עוד צוין כי ככל שבית המשפט יחליט על מתן צו ביניים, לשיטת ראש הממשלה יש לקבוע תקופת מעבר עד לסוף שנת הלימודים הנוכחית במוסדות התורניים. עוד התבקש בית המשפט שלא להכריע בשאלת הגיוס ובשאלות שכרוכות בה במשך 30 יום, וזאת על מנת לאפשר לממשלה לגבש סופית את ההסכמות ולהשלים את עבודת המטה המקצועית.

24. לאחר הגשת העמדות, הורינו ביום 28.3.2024 על מתן צו ביניים בעתירות המימון, שאוסר על העברת כספים לצורך תמיכה במוסדות תורניים, עבור תלמידים שלא קיבלו פטור או דחייה משירות צבאי מכוח ההסדר שהיה קבוע בפרק ג'1 לחוק שירות ביטחון, ולא התייצבו לגיוס מאז יום 1.7.2023 מכוח החלטת ממשלה 682; וביחס לתלמידי מוסדות תורניים שדחיית שירותם מכוח פרק ג'1 האמור פקעה והם לא התייצבו לגיוס מאז יום 1.7.2023 מכוח החלטת הממשלה האמורה. בהחלטה הורינו כי צו הביניים ייכנס לתוקפו ביום 1.4.2024. בשים לב, בין היתר, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה בדבר אי-חוקיות העברת כספי התמיכות לאחר מועד זה, ובהיעדר מקור סמכות לכאורי להמשך העברת התמיכות, לא ראינו לקבוע הוראת מעבר. לצד זאת, הורינו כי מוסדות אשר צו הביניים ישפיע על עמידתם בתנאי הסף לעצם קבלת כספי התמיכה, ימשיכו לקבל כספי תמיכה עבור תלמידים שאינם באים בגדרי צו הביניים, וזאת עד לסוף שנת הלימודים הנוכחית.

בשים לב לאמור בתשובת משיבי המדינה ובמכתב ראש הממשלה שצורף לה, הורינו כי משיבי המדינה יוכלו להגיש תצהיר משלים עד ליום 30.4.2024.

25. ביום 31.3.2024 פקעה החלטת ממשלה 682 ולא התקבלה החלטת ממשלה חלופית.

26. לשלמות התמונה יוער כי ביום 8.4.2024 הוגשה בקשה למתן צו ביניים מטעם איחוד הישיבות באר"י, שבמסגרתה התבקשו להורות כי "אין מקום להוציא או לקיים צווים לזימון או לגיוס תלמידי ישיבות שהיו זכאים למעמד 'בן ישיבה' בתאריך 31.3.2024", וזאת עד להכרעה בעתירה. בו ביום הורינו על דחיית הבקשה, וזאת מאחר שחרגה מגדרי העתירות, ואף מהטעם שלא מוצו הליכים טרם הגשת הבקשה.

27. נוכח הפערים שבין עמדת ראש הממשלה לבין עמדת היועצת המשפטית לממשלה בנושאים שבמוקד העתירות, בראשית חודש אפריל 2024 פנו שר המשפטים ומזכיר הממשלה ליועצת המשפטית לממשלה בבקשה להסדיר ייצוג נפרד בעתירות. ביום 11.4.2024 השיב המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (ציבורי-מינהלי) כי עובר לבחינת בקשת הממשלה לייצוג נפרד, על הממשלה לגבש עמדה שאותה תציג בבית המשפט העליון במסגרת תגובתה לעתירות. בהמשך לכך, ביום 17.4.2024 קיבלה הממשלה החלטה "לאמץ את עמדת ראש הממשלה כפי שצורפה לתשובת המדינה ביום 28.3.2024" ולבקש את אישור היועצת המשפטית לממשלה לייצוג נפרד בהליכים (החלטה 1711 של הממשלה ה-37 "דיון וקביעת עמדת הממשלה בנוגע לעתירות בעניין חוק הגיוס לאור בקשת ראש הממשלה ושר המשפטים לייצוג נפרד של הממשלה בבג"ץ"). בהתאם, פנה מזכיר הממשלה ליועצת המשפטית לממשלה בבקשה לאשר ייצוג נפרד בעתירות. ביום 21.4.2024 מסר המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי) למזכיר הממשלה כי היועצת המשפטית לממשלה אישרה את בקשת הייצוג הנפרד. במכתב הודגש כי ההיתר מתייחס לייצוג הממשלה אך ורק בעתירות המימון והגיוס וכי:

"משרדי הממשלה ויתר גופי המדינה הרלוונטיים לעתירות, ובראשם – משרד הביטחון, צה"ל, ומשרד החינוך, יהיו מיוצגים בעתירות אלו באמצעות פרקליטות המדינה. מעורבותו של עורך-דין פרטי תהיה גדורה לייצוג הממשלה בלבד, בעתירות שבנדון בלבד, ולא תכלול היבטים משפטיים אחרים הקשורים בנושא הגיוס של תלמידי הישיבות" (שם, סעיף 4).

28. ביום 26.4.2024 השיב מזכיר הממשלה למכתב האמור, ובמסגרת זאת הודיע כי הממשלה דוחה את הקביעה כי הייצוג הנפרד מתייחס לממשלה ולא למשרדי הממשלה. במכתב צוין כי "מדובר בניסיון תמוה לכפות על הממשלה, שהיא הרשות המבצעת, הפרדה בינה לבין גופי הביצוע [...] מדובר ברעיון הסותר מושכלות יסוד בסיסיות ביותר במדעי המדינה, בתיפקוד רשויות השלטון ובניהול של כל גוף" (שם, סעיף 2). במכתב נטען כי פרשנות זו מנוגדת להוראות חוק-יסוד: הממשלה ולתקנון הממשלה, וכי מזכיר הממשלה מבקש שמחלקת הבג"צים "תימנע מלכלול בתצהיר התשובה שתגיש לבג"ץ [...] כל גורם ממשלתי למעט היועצת המשפטית לממשלה ונציגיה" (סעיף 18 למכתב).

29. ביום 30.4.2024 התקבלה החלטה 1724 של הממשלה ה-37 "ייצוג נפרד לממשלה בעניין חוק הגיוס – מדיניות ממשלתית אחת" (להלן: החלטת הממשלה 1724), שבמסגרתה הוחלט "[...] לקבוע כי משמעות הייצוג הנפרד לממשלה בבג"ץ היא ייצוג נפרד לממשלה ולכל משרדי הממשלה וגופי הממשלה הרלוונטיים לעתירות ובכללם משרד הביטחון, צה"ל ומשרד החינוך, זאת משום שעמדה המובאת לפני בית המשפט חייבת להיות עמדה המייצגת מדיניות ממשלתית אחת".

30. בתגובה להחלטת ממשלה זו, שלח המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט מינהלי-ציבורי) מכתב נוסף למזכיר הממשלה ביום 1.5.2024 שבו טען כי החלטת ממשלה 1724 מעוותת את המשמעות של ההיתר שניתן על ידי היועצת לייצוג נפרד. במכתב זה הודגש כי המשמעות המעשית של החלטה זו היא שגופי המדינה הרלוונטיים יפעלו בהתאם לעמדת הממשלה בתקופת הביניים, כלומר ימנעו מלפעול לגיוסם של בני הישיבות וימשיכו להעביר כספי תמיכות בהיקף דומה לזה שהועבר עד כה. הודגש כי בהחלטתה האמורה ביקשה הממשלה – מבלי שנתונה לה הסמכות לכך – לשנות את מהות הייצוג הנפרד, כפי שאושר על ידי היועצת המשפטית לממשלה. עוד נטען כי נושא זה הוסף לסדר היום דקות ספורות לפני ישיבת הממשלה, מבלי שהיה ניתן לשקף לחבריה כי מדובר בהחלטה מנוגדת לדין. בהמשך צוין כי: "דרך פעולה זו, יש בה משום המשך של הניסיון, שהוא חלק ממה שכונה 'הרפורמה המשפטית', להחליש את מעמד הייעוץ המשפטי לממשלה, לעקוף אותו ולפגוע באפשרותו לשמור על אינטרס הציבור ועל שלטון החוק" (סעיף 7 למכתב).

תצהירי התשובה המשלימים

31. בתצהיר התשובה המשלים מטעם הממשלה, נטען כי במשך תקופה של מספר חודשים מתקיים שיג ושיח מקצועי, שתכליתו להביא למתווה גיוס מוסכם שיכלול יעדי גיוס משמעותיים בגרף עולה לתקופה ארוכה, וכן סנקציות כלכליות מוסדיות על אי עמידה ביעדים אלה. כנטען, עקרונות אלה התבטאו בתזכיר חוק חדש שעליו שקדו בממשלה, ואולם הייעוץ המשפטי לממשלה קבע כי יש מניעה לקדמו בשל היעדר עבודת מטה מקצועית והיעדר הסכמה מטעם מערכת הביטחון, ונוכח החלטת שר הביטחון שלא לקדם הצעת חוק שאינה מקובלת על השר דאז בני גנץ. נוכח האמור, צוין כי הוחלט לקדם את הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 26) (שילוב תלמידי ישיבות), התשפ"ב-2022 (להלן: הצעת החוק). לטענת הממשלה, הצעת החוק קודמה על ידי שר הביטחון בממשלה הקודמת, וזאת בהמשך למסקנות ועדה מקצועית בראשות היועץ המשפטי למערכת הביטחון, שקמה בעקבות פסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון, ובהמשך

לעבודת מטה שנעשתה במערכת הביטחון בתקופת ממשלה הקודמת. צוין כי ביום 16.5.2024 התקיימה ישיבה של ועדת שרים לענייני חקיקה המחילה דין רציפות על הצעת החוק. לצד זאת הוסף כי לאחר קבלת ההחלטה הוגש עליה ערר בהתאם להוראות תקנון הממשלה, אשר יובא בהמשך למליאת הממשלה. עוד צוין כי ביום 26.5.2024 ייערך דיון בממשלה ותינתן החלטה בערר; וביום 27.5.2024 תונח על שולחן הכנסת הודעת הממשלה בדבר הפעלת דין רציפות. צוין בנוסף כי בין יום 10.6.2024 לבין יום 13.6.2024 תיערך הצבעה בכנסת על החלת דין רציפות על הצעת החוק, ובהמשך זו תובא לדיון בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת להכנה לקריאה שנייה ושלישית. נמסר כי בכוונת הממשלה להשלים את הליך החקיקה עד לסוף מושב הקיץ של הכנסת, קרי עד ליום 31.7.2024.

32. בנוסף לאמור, נטען כי בקשתם של העותרים לחייב את הממשלה לפעול להוצאת צווי גיוס פרטניים נעדרת בסיס חוקי. לשיטת הממשלה, סמכותו של הפוקד לקרוא לגיוס היא סמכות שבשיקול דעת ואינה סמכות חובה. כנטען, אמנם בית משפט זה קבע כי לא ניתן לעשות שימוש גורף בסמכות לפי סעיף 36 לחוק שירות ביטחון כאשר הדבר עולה כדי הסדר ראשוני, ואולם לשיטת הממשלה, במקרה דנן אין מדובר בהסדר ראשוני – אלא בהחלטה מינהלית אשר על הפוקד לשוב ולבחון אותה מעת לעת. כנטען, לכך יש להוסיף את קידומה של הצעת החוק. לשיטת הממשלה, הטענה שהזכות לשוויון עשויה להיפגע כתוצאה מהחלטת הפוקד אין בה כדי להצדיק קביעה שלפיה יש לראות בסמכותו כסמכות חובה. עוד הודגש כי ככל שמדובר בסמכות חובה, לא ניתן להלוט את מצב הדברים שבו הציבור הערבי לא מגויס לצבא. הממשלה הוסיפה עוד כי לשיטתה, עתירות הגיוס כלל לא עוסקות באופן הפעלת סמכותו ושיקול דעתו של הפוקד; וממילא סוגיה זו היא מוקדמת ולוקה בחוסר בשלות. בנוסף, נטען שככל שייקבע כי מדובר בסמכות חובה, יש לפוקד שיקול דעת ביחס לאופן בו עליו לקיים את החובה, בפרט ביחס ללוחות זמנים. לשיטת הממשלה, בשים לב ללוחות הזמנים שקבועים בסעיף 13 לחוק שירות ביטחון, הפוקד רשאי לעשות שימוש בסמכותו לכל הפחות עד לסוף חודש יוני בשנת 2025.

33. ביחס לעתירות המימון, הממשלה טוענת כי אין כל קשר בין מבחני התמיכה לבין סוגיית דחיית השירות, ובהתאם, כנטען, פקיעת פרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון אינה גורעת מסמכות משרד החינוך להעברת תמיכות. הממשלה מדגישה כי מטרתם של מבחני התמיכה אינה להביא להגדלת שיעורי הגיוס השירות הצבאי של הציבור החרדי לצה"ל, אלא לתמוך בלימוד תורה; לפיכך, לשיטתה זו, אין להתחשב במטרה זו במסגרת פרשנות מבחני התמיכה. הממשלה דוחה את הטענה כי סעיף 14 למבחני התמיכה יוצר זיקה בין

פרק ג'1 לחוק שירות ביטחון לבין התמיכה במוסד עבור התלמיד. בהקשר זה מפנה הממשלה למכתב שהעביר אגף בכיר במוסדות התורניים במשרד החינוך, אשר אחראי על יישום המבחנים (ואשר כנטען, תומך בטענת הממשלה). הממשלה טוענת כי סעיף 14 למבחני התמיכה מבחין בין הדרישות השונות אשר חלות ביחס לתלמידים בשים לב להיותם דחויי שירות, לעומת תלמידים שקיבלו פטור או ששירתו שירות צבאי, ואולם אין מדובר בתנאי לעצם מתן התמיכה. כנטען, מדובר בעמדה העקבית של משרד החינוך, משרד הביטחון ומשרד האוצר.

34. לשיטת הממשלה, הדבר בא לידי ביטוי בין היתר בכך שהמוסדות הנתמכים מעולם לא נדרשו להעביר נתונים בדבר קיומה של דחיית שירות לתלמידים. לשיטת הממשלה, האיזון בין דרישת השירות לבין מבחני התמיכה קבוע בסעיף 12(י) למבחני התמיכה, שלפיו לא ניתן להעביר תמיכה עבור תלמיד שהוצא לו צו גיוס והוא לא התייצב במועד שנקבע בצו. הודגש כי תכליתו של סעיף 12(י) היא "שלא ייצא חוטא נשכר" (סעיף 77 לתצהיר המשלים). זאת, כנטען, מאחר שלא ניתן להלום מצב שבו תלמיד מפר חובה חוקית אשר מוטלת עליו, ובו בזמן מוסד הלימוד מקבל עבורו מימון. לשיטת הממשלה, פרשנות העותרים את סעיף 14 למבחני התמיכה מייתרת את הצורך בסעיף 12(י) למבחנים אלה.

35. בשולי תצהיר התשובה המשלים, התייחסה הממשלה גם לסוגיית "הגדרת 'הממשלה' לצורך הייצוג הנפרד בבג"ץ" (סעיפים 102-111 לתצהיר המשלים). בהתייחסותה, ציינה הממשלה כי לא הייתה לה "כל כוונה לכלול בייצוג היבטים משפטיים אחרים הקשורים בנושא הגיוס על תלמידי הישיבות, אלא ייצוג בעתירות בלבד" (שם, סעיף 105).

36. בסוף חודש מאי 2024 הגישה היועצת תצהיר משלים. ביחס לעתירות הגיוס, נמסר כי מערכת הביטחון שוקדת על הכנת תכנית לגיוס מדורג של בני הציבור החרדי. בין היתר, נמסר כי מתקיימת עבודת מטה בראשות שר הביטחון, הרמטכ"ל ובכירי מערכת הביטחון. צוין כי רשויות הצבא יוכלו לגייס כ-3,000 חיילים מקרב בני הציבור החרדי במהלך שנת הגיוס 2024, שמתחילה בחודש יוני 2024. היועצת הדגישה כי לעמדתה, לא ניתן להסתמך על הכוונה המוצהרת לקדם הליך חקיקה, על מנת להימנע באופן גורף מגיוסם של בני הישיבות. לעמדת היועצת, בעת הזאת לא קיים עוד בסיס נורמטיבי למתן פטור גורף כאמור, ועל רשויות הגיוס לפעול לגיוסם של תלמידי הישיבות לפי הדין. לשיטת היועצת, עמדת הממשלה שלפיה גם בעת הזו ניתן לא לגייס

את כלל בני הישיבות, אינה מתיישבת עם הצרכים הנוכחיים של מערכת הביטחון בכוח אדם נוסף, בשים לב ללחימה המתמשכת. עוד נטען כי עמדת הממשלה מתעלמת מחובתו של הפוקד להפעיל את סמכותו לקרוא לגיוס באופן שוויוני.

37. אשר לעתירות המימון, הובהר כי כאשר הממשלה מפעילה את סמכותה השיורית במתן תמיכות, היא מחויבת לפעול לפי עיקרון שלטון החוק ועיקרון השוויון. לעמדת היועצת, הימנעות גורפת מהוצאת צווי התייצבות לתלמידי ישיבות, בהיעדר הסדר חוקי מפורש, משליכה על סמכותה השיורית של הממשלה לתמוך במוסדות תורניים. זאת, נוכח הקשר ההדוק שבין סוגיית הגיוס ובין התמיכה במוסדות התורניים. עוד צוין כי יש לפרש את הוראות מבחני התמיכה פרשנות תכליתית ועדכנית, שמבוססת על מצב הדברים העובדתי והמשפטי הנוכחי. נטען כי אף אם תתקבל עמדת הממשלה בדבר אי תלות בין מבחני התמיכה לבין סוגיית דחיית השירות, יש לקבוע כי הוראות מבחן התמיכה לא יכולות לעמוד. עוד צוין, למעלה מן הצורך לפי שיטה זו, כי ביחס לתלמידי ישיבות שהחזיקו בדחיית שירות שפקעה, הוראת סעיף 38(ד) לחוק שירות ביטחון קובעת חובת התייצבות אישית. בהתאם לכך, לשיטת היועצת, יש לראות את מועד תום תקופת דחיית השירות הפרטנית של כל מיועד לשירות כמועד שבו חלה עליו חובת התייצבות אישית, אלא אם רשויות הגיוס קבעו לו מועד אחר להתייצבות.

העתיקה בעניין החלטת ממשלה 1724

38. בשים לב להתפתחויות הנוגעות לייצוג הנפרד שאושר לממשלה בעתירות הגיוס ובעתירות המימון, ולמחלוקת הנוגעת למשמעותו של ייצוג נפרד זה, הוגשה עתירה נוספת שכוונה להחלטת ממשלה 1724. לשיטת העותרת (משמר הדמוקרטיה הישראלית), דין ההחלטה בטלות. העותרת מפנה לדו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי מינויו של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (1998) (להלן: דו"ח ועדת שמגר), שלפיו היועצת המשפטית לממשלה היא הפרשנית המוסמכת של הדין עבור כלל גופי הרשות המבצעת, כל עוד בית המשפט לא פסק בעניין. במקרה דנן, לטענת העותרת, משמעות קביעה זו היא כי על כלל משרדי הממשלה ליישם את עמדתה של היועצת. אמנם, לשיטת העותרת, לממשלה נתונה האפשרות לבקש ייצוג נפרד בעתירות תלויות ועומדות, אך היא אינה רשאית ליישם את עמדתה הבלתי חוקית בטרם בית המשפט פסק בסוגיה. העותרת מדגישה כי לפי דוח ועדת שמגר, כלל לא היה מקום להתיר ייצוג נפרד במקרה דנן, מאחר שמדובר באי-חוקיות ברורה וגלויה מצד הממשלה. ואולם, כנטען, משניתן היתר על ידי היועצת, היקפו נתון לשיקול דעתה בלבד. עוד מודגש כי לפי דו"ח ועדת שמגר, הגורם היחיד שלו ניתן לאשר ייצוג נפרד הוא הממשלה עצמה ולא שום גוף

שלטוני אחר, בפרט לא למשרדי הממשלה. עוד נטען כי משמעות החלטת הממשלה היא שלמעשה, משרדי הממשלה יפעלו בהתאם להנחיות של ייעוץ משפטי פרטי, וזאת חלף הנחיותיה של היועצת המשפטית לממשלה. כמו כן, נטען כי ישנם פגמים פרוצדורליים בהליך קבלת החלטת הממשלה, ובתוך כך העובדה כי ההצעה לא נכללה בסדר יומה של הממשלה; והעובדה כי לא צורפה לה חוות דעת משפטית. בהתאם לאמור, נטען כי ההחלטה התקבלה בניגוד לתקנון הממשלה. במסגרת העתירה התבקשו גם להורות על מתן צו ביניים שישהה את תוקפה של החלטת הממשלה עד להכרעה בעתירה.

39. ביום 20.5.2024 הגיש מזכיר הממשלה לבית המשפט "הודעה מטעם הממשלה" שבמסגרתה ציין כי בתצהיר המשלים מטעם הממשלה בעתירות הגיוס והמימון "נפרסה בפני בית המשפט הנכבד התמונה במלואה של עמדת משרדי הממשלה הרלוונטיים, אשר ייתרה את הצורך במימוש החלטה מס' 1724". ביום 22.5.2024 הועברה עתירת הייצוג הנפרד לדיון לפני הרכב, ובו ביום הוצאנו בה צו על תנאי "מטעמים של יעילות הטיפול, ומבלי שיהיה בכך משום הבעת עמדה לגופם של דברים".

40. ביום 30.5.2024 הוגש תצהיר התשובה מטעם המשיבים בעתירת הייצוג הנפרד. לעמדת המשיבים, החלטת ממשלה 1724 התקבלה בחוסר סמכות ועל כן דינה להתבטל. החלטה זו, כנטען, מבקשת לעקוף את חוות הדעת המחייבת של היועצת המשפטית לממשלה ולהנחות את משרדי הממשלה לפעול בניגוד לפרשנותה המחייבת את הדין. לטענת המשיבים, ההחלטה סותרת הלכות מפורשות של בית משפט זה וחותרת תחת עיקרון שלטון החוק.

41. ערב הדיון בעתירות, הוגשה בקשה מטעם עמותת איגוד מנהלי הישיבות והמוסדות התורניים (להלן: איגוד מנהלי הישיבות) להצטרף לעתירות המימון. ביום 30.5.2024 נקבע כי איגוד מנהלי הישיבות יגיש את עמדתו בכתב. בהתאם לאמור, הוגשה עמדת איגוד מנהלי הישיבות, שהצטרפה לעמדת הממשלה והוסיפה, בכללם של דברים, כי יש ליתן משקל לכך שתלמידי הישיבות הסתמכו על כספי התמיכות. עוד נטען כי אין מקום למנוע את העברת התמיכות שמועברות למוסדות מקום בו הצבא, כך נטען, אינו ערוך לגיוס בני הישיבות.

הדיון בעתירות

42. ביום 2.6.2024 קיימנו דיון בעתירות בהרכב מורחב. במסגרת הדיון חזרו הצדדים, בעיקרם של דברים, על טענותיהם שהובאו לעיל. המדינה עדכנה במסגרת הדיון

כי המספר שבו נקבה ביחס למתגייסים בשנת הגיוס הקרובה מקרב תלמידי הישיבות (3,000 מתגייסים) הוא מספר מינימלי התחלתי, וכי מערכת הביטחון וצה"ל מחויבים לפעול כבר עתה להגדלת מספר זה. עוד הודגש כי מספר מתגייסים זה הוא בנוסף למספר המתגייסים שנרשם מקרב הציבור החרדי בשנים האחרונות (בממוצע, 1,800 מתגייסים בשנה).

43. ביום 6.6.2024 הגיש איחוד הישיבות באר"י הודעת עדכון שבה ציין כי היועצת המשפטית לממשלה הגישה עמדה מטעמה בעתירה בעניין אמסלם, שאוזכרה לעיל. עוד באותו היום התרנו לאיגוד מנהלי הישיבות, לבקשתו, להגיש השלמת טיעון בכתב. במסגרת השלמת הטיעון, טען האיגוד כי מאחר שכוונת מערכת הביטחון היא לגייס בשלב זה מספר מועט של תלמידי ישיבות, אין מקום לבטל באופן גורף את המימון שניתן למוסדות. עוד נטען, בין היתר, כי הפרשנות הראויה של מבחני התמיכה מלמדת שאין מניעה בהמשך העברת כספי התמיכות.

ביום 19.6.2024 הגישה עמותת "הרצליה למען תושביה" בקשה להצטרף להליכים, וזאת בין היתר, בגין מעורבותה בהליכים קודמים בסוגיה זו. בשים לב, בין היתר, לשלב הדיוני שבו נמצאים ההליכים, לא ראינו להיעתר לבקשה והיא נדחת בזה.

דיון והכרעה

44. לאחר שעיינו בכתבי הטענות שהגישו הצדדים ושמענו את טיעוניהם בעל פה, מצאנו כי דינן של העתירות להתקבל, והכל כפי שיפורט להלן. נדון תחילה בעתירות הגיוס, ובנתון למסקנתנו ביחס לעתירות אלו, נפנה לעתירות המימון. בסופו של הדיון נדון בתמצית בעתירת הייצוג הנפרד. נקדים אחרית לראשית ונציין כי מצאנו לקבל את העתירות כולן, ולקבוע כי אין בעת הזו בסיס חוקי להימנעות מגיוסם של תלמידי הישיבות; כי על המדינה לפעול לאכיפת חוק שירות ביטחון על תלמידי הישיבות; כי אין סמכות חוקית להמשיך בהעברת התמיכות בגין תלמידים אלה; וכי החלטת ממשלה 1724 ניתנה בחוסר סמכות והיא בטלה.

45. עובר לדיון לגופן של העתירות, יובהר כי לא מצאנו לקבל את טענת איחוד הישיבות באר"י שלפיה יש להורות על דחייתן של העתירות על הסף. אשר לטענה כי יש לדחות את העתירות מחמת אי צירוף משיבים רלוונטיים מהציבור החרדי שעליהם תשפיע ההכרעה, הרי שבמהלך ניהול העתירה צורף כמשיב איחוד הישיבות באר"י. בנוסף לאמור, התקבל טיעון בכתב מטעם איגוד מנהלי הישיבות (חרף המועד החריג

שבו הוגשה בקשתו להעלות טענותיו), ונשמעו טענותיו בדיון על פה לפני המותב. זאת ועוד, ראשי הסיעות החרדיות בכנסת צורפו מלכתחילה לעתירה כמשיבים, אך לא הגישו כתבי בית דין ולא התייצבו לדיונים. בנסיבות אלו, איננו סבורים כי נפל פגם בעתירות מחמת אי צירוף משיבים רלוונטיים. בדומה, לא ראינו לדחות את העתירות מחמת חוסר שפיטות, כשים לב לכך שבית משפט זה כבר הכריע בסוגיה זו לפני 34 שנה, עת קבע כי אין לדחות את העתירה בנושא זה מחמת היעדר שפיטות (כן ראו: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 472-498 (1988)).

עתירות הגיוס

46. השאלה המרכזית שניצבת במוקד עתירות הגיוס היא האם למדינה נתונה סמכות שלא לאכוף את הוראות חוק שירות ביטחון על תלמידי הישיבות, במצב הדברים שבו פרק ג'1 פקע ומבלי שנחקק הסדר חלופי. כפי שיפורט להלן, אנו סבורים כי המסקנה המתחייבת מההלכה שנקבעה בעניין רובינשטיין היא כי יש להשיב לשאלה זו בשלילה. בהתאם לאמור, מצאנו כי סעיף 3 להחלטה 682 התקבל בחוסר סמכות, וכי על המדינה לפעול לאכיפת הוראות חוק שירות ביטחון על תלמידי הישיבות, והכל כפי שיפורט להלן.

47. כפי שתואר בהרחבה לעיל, כבואנו לבחון את השאלה שלפנינו איננו נדרשים להתחיל מבראשית; להיפך, מצויים אנו בקרקע חרושה היטב. ציון הדרך המרכזי בפסיקתנו בכל הנוגע לסוגיית דחיית שירותם של תלמידי ישיבות הוא ההלכה שנקבעה בעניין רובינשטיין, לפני למעלה מ-25 שנים. בפרשה זו נקבע – בהרכב של אחד עשר שופטים – שהסדר שבמסגרתו מפעיל שר הביטחון את סמכותו לדחיית השירות של תלמידי הישיבות שתורתם אומנותם עולה כדי "הסדר ראשוני", ומשכך הסמכות לקביעתו מצויה בידי הכנסת, ולא בידי הרשות המבצעת. ביסודה של הכרעה זו, עמדו מספרם ההולך וגדל של תלמידי ישיבות שמקבלים דחיית שירות; העובדה כי מדובר בסוגיה שמצויה במחלוקת ציבורית נוקבת; השלכותיה על הזכות לשוויון ועל הזכות לחופש דת; כמו גם האינטרסים הציבוריים המשמעותיים אשר עומדים על הפרק. בפסק הדין הודגש כי בסוגיה לאומית נוקבת מעין זו צריכה להכריע הכנסת:

"הבעיה האידאולוגית והחברתית הקשורה בגיוסם של תלמידי ישיבה שתורתם אומנותם' והפתרונות השונים לה, צריכה למצוא את פתרונה על-ידי פעולות חקיקה של הגוף, שעל-פי מבנה המשטר הדמוקרטי שלנו, צריך להתמודד עם בעיות מסוג זה. גוף זה אינו הרשות המבצעת.

גוף זה בישראל הוא הרשות המחוקקת" (שם, בעמ' 529; ההדגשה הוספה).

48. ההלכה שנקבעה בעניין רובינשטיין עומדת בתוקפה, ואף במסגרת הליך זה לא התבקשו על ידי מי מהצדדים לבחון אותה מחדש. על רקע התשתית המשפטית האמורה, נפנה לבחון את המצב החוקי הן ביחס להחלטת ממשלה 682, הן ביחס להתנהלות הממשלה לאחר פקיעתה. אמנם, על פניו, נוכח פקיעת החלטת הממשלה, ההכרעה בשאלת חוקיותה התייתרה ברובה (הגם שיש בשאלה זו כדי להשליך על סוגיית הסעד בעתירות המימון, כפי שעוד יפורט להלן); ואולם, סבורים אנו כי נוכח חשיבותה של השאלה והשלכותיה על שלטון החוק, יש מקום להתייחס אליה, אף אם בקצרה.

49. כפי שתואר לעיל, סעיף 3 להחלטת ממשלה 682 קבע כי: "[...] בהינתן כוונת הממשלה לגבש הסדר חקיקתי חדש, הממשלה מנחה את שר הביטחון להנחות את צה"ל, במסגרת סמכותו לקרוא לגיוס בתוך התקופה הקבועה בסעיף 20 לחוק, כי לא יינקטו הליכים לשם גיוסם של תלמידי ישיבות כאמור [...]" (ההדגשה הוספה). הנה כי כן, בגדרי החלטת הממשלה ניתנה הנחייה גורפת לרשויות הצבא, שלא לנקוט בהליכי גיוס ביחס לכלל תלמידי הישיבות. זאת, בתקופה שמיום 1.7.2023 ועד ליום 31.3.2024. ואולם, יישום הלכת רובינשטיין בנסיבות המקרה דנן מעלה כי בהיעדר מסגרת חקיקתית שקובעת הסדר פטור לתלמידי הישיבות, לא נתונה לרשות המבצעת הסמכות לקבוע מדיניות בעניין זה.

50. במסגרת תגובתה המקדמית, טענה היועצת המשפטית לממשלה (כאשר המשיבים כולם יוצגו על ידה, כזכור, ב"תקופת הביניים") כי יש לאבחן את הלכת רובינשטיין מנסיבות המקרה שלפנינו. כנטען, בשונה מנסיבותיו של עניין רובינשטיין, אין מדובר בהחלטה למתן דחיית שירות אלא בהחלטה שלא לאכוף את הוראות החוק ל"תקופת הביניים הקצובה" (שם, בסעיף 19). הודגש כי אין בהחלטת ממשלה 682, כשלעצמה, להוביל לשחרורם של תלמידי הישיבות מהשירות הצבאי, ואף לא לקיצור משך שירותם, אלא היא נועדה לקבוע את התנהלות רשויות הצבא בתקופה האמורה. אין בידינו לקבל טענה זו. הלכה למעשה, משמעותה של החלטת הממשלה האמורה היא כי ציבור תלמידי הישיבות בכללותו לא יתגייס לשירות ביטחון. השאלה אם הדבר נובע ממתן דחיית שירות באופן פורמלי (כבעניין רובינשטיין), או מהחלטה שלא לנקוט בהליכים לשם גיוסם של תלמידי הישיבות (כבעניינו), אין בה כדי להעלות או להוריד מההלכה הברורה והמפורשת שנקבעה בעניין רובינשטיין – שלפיה אין לרשות המבצעת

סמכות לקבוע מדיניות גורפת בהתייחס לגיוסם של כלל תלמידי הישיבות, משמדובר בהסדר שנתון לסמכותה של הכנסת.

51. במסגרת התגובה המקדמית, הדגישה היועצת המשפטית לממשלה את זמניותה של החלטת הממשלה, כטעם להצדקת חוקיותה. כך, נטען כי תכליתו של ההסדר הזמני הייתה "הקפאת מצב" בנוגע לגיוסם של תלמידי ישיבות, בשנים לב להצהרת הממשלה כי בכוונתה לפעול להשלמת מתווה חקיקתי בטווח הזמנים שצוין בהחלטה 682. אין בטענה זו כדי לשנות מהעובדה שהממשלה לא הייתה מוסמכת לקבל החלטה מעין זו. לצד זאת, נבהיר כי אף לגופם של דברים, טענה זו מעוררת קושי של ממש. כפי שהובהר לא אחת, על הרשות המינהלית לפעול בגדרי הסמכויות הנתונות לה בדין הקיים, ואין בעצם כוונתה לקדם חקיקה שתשנה את המצב החוקי כדי לאפשר לה להימנע מהפעלת סמכויותיה:

"אכן, על כל רשות מינהלית לפעול ולהפעיל סמכותה בהתאם לדין הקיים, ואין היא רשאית שלא לעשות כן בגלל אפשרות שחקיקה עתידית תשנה את התמונה ותפתור בדרך כלשהי את הבעיה המתעוררת עתה בבית המשפט [...] החלטתה שלא להחליט בדבר עד להסדרת הנושא בחוק אינה ממלאת חובה זו. הטעם לדבר אינו רק חובת הרשות להחליט על-פי הדין הקיים היום. טעם נוסף הוא, שאין לדעת אם יחוקק החוק ומתי יחוקק. לכנסת סדרי עדיפויות משלה, ואין לדעת מתי תידון הצעת החוק, אם בכלל, כמה זמן יימשך הליך החקיקה ומה יהיה תוכנו של החוק" (ההדגשה הוספה; בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485, 496 (1993); כן ראו: בג"ץ 5124/18 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 12 (4.3.2019) (להלן: עניין תנובה)).

52. עוד נציין כי בנסיבות העניין, הטענה כי מדובר אך בפרק זמן קצר אשר דרוש להשלמת החקיקה מעוררת קושי אף בשנים לב לנסיבות שקדמו לפקיעת פרק ג'1. כך, פסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון, שקבע כאמור כי דין פרק ג'1 בטלות ניתן בשנת 2017, ונקבעה במסגרתו תקופת התארגנות בת שנה שלמה. בהקשר זה, צוין כי: "פרק הזמן שנקבע הוא ארוך, ולא בכדי. תקופת התארגנות זו עשויה להיות נחוצה לרשויות הצבא ולמערך השירות הלאומי-אזרחי. בפרט, היא נועדה להקנות לכנסת פרק זמן ראוי כדי לדון כנדרש בהסדר החוקי שלדעתה צריך לחול לגבי גיוסם של תלמידי הישיבות ובכלל זה לתת סיפק בידה לחוקק חוק חדש ככל שהיא תראה צורך בכך" (שם, פסקה 104). ואולם, בתום אותה שנה שבה המדינה והגישה בקשות חוזרות ונשנות לדחיית

מועד בטלותו של פרק ג' 1' לחוק (15 בקשות במספר) – במשך תקופה שעולה על 5 שנים. אף במסגרת בקשות אלו נטען, בין היתר, כי הדבר דרוש לשם השלמת הליך החקיקה. אנו סבורים כי במצב דברים זה, הטענה כי יש ליתן משקל לכך שמדובר בתקופה קצרה וזמנית הדרושה להשלמת החקיקה היא מוקשית ביותר.

53. החלטת הממשלה לגופה מעוררת קושי במישור נוסף; זאת מאחר שבמסגרתה מורה הממשלה לרשויות הצבא לנקוט באכיפה סלקטיבית פסולה. אין חולק כי לאחר פקיעתו של פרק ג' 1', הוראות חוק שירות ביטחון חלות באופן שווה הן על תלמידי הישיבות, הן על יתר המיועדים לשירות, ואין עוד עיגון בחוק להבחנה בין שתי הקבוצות. למרות זאת, החלטת הממשלה מורה לרשויות הצבא להבחין בין הקבוצות במישור של אכיפת החוק; הלכה למעשה, מדובר בהוראה לאכוף את החוק באופן מפלה. אמנם, לרשות המינהלית נתון שיקול דעת באכיפת הוראות החוק, ואולם עליה להפעיל אותו באופן אשר מקיים את עיקרון השוויון, שהוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי של כולנו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969); כן ראו והשוו: ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פסקה 24 (10.9.2013)). ברי כי גיוסם של תלמידי הישיבות מצריך היערכות משמעותית של רשויות הצבא, וכי ניתן להתחשב בהיערכות זו לעניין אופן אכיפת חובת הגיוס של תלמידי הישיבות. ואולם – החלטת הממשלה מבקשת להורות לרשויות הצבא להימנע באופן גורף, ללא כל סייג או שיקול דעת, מגיוסו של מי שהוא תלמיד ישיבה. משכך, מדובר באכיפה סלקטיבית פסולה, והיא מגלמת פגיעה קשה בשלטון החוק, ובעיקרון שלפיו כל הפרטים שווים בפני החוק (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 304-305 (1999)). לכך יש להוסיף כי חומרתה של האכיפה הסלקטיבית מתעצמת כאשר מדובר באכיפת חובת הגיוס על הפרט: חובה שמשמעותה הגבלה משמעותית על זכויות היסוד שלו ואשר עשויה לחייבו להעמיד בסכנה את חייו ואת שלמות גופו, בהגנה על ביטחון המדינה.

54. נוכח כל האמור לעיל, המסקנה הברורה והמתחייבת היא כי סעיף 3 להחלטת ממשלה 682 התקבל בהיעדר סמכות, וכי הוא מעורר קשיים של ממש גם לגופו. משאמרנו דברים אלה, נפנה לבחינת המצב החוקי לאחר פקיעת החלטת הממשלה.

55. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, עם פקיעתה של החלטת הממשלה ובהיעדר מסגרת נורמטיבית חלופית אין עוד מקור סמכות שמאפשר להימנע באופן גורף מנקיטה בהליכים לגיוסם של תלמידי הישיבות. לעומת זאת, הממשלה טענה כי גם בעת הזו לא ניתן לחייב את רשויות הצבא לפעול לגיוסם. הממשלה ביססה עמדה זו על הוראת סעיף 13 לחוק שירות ביטחון, שמסדירה את סמכות רשויות הצבא לקרוא ליוצא צבא להתייצב

בצו לשירות סדיר, בתנאים המפורטים בסעיף זה. יוער למען בהירות הדברים כי המונח "יוצא צבא" בחוק שירות ביטחון מכוון, למעשה, למי שמיועד לשירות ביטחון. הוראת סעיף 13 קובעת כי: "פוקד רשאי, בצו, לקרוא [...] להתייצב, תוך התקופות הנזכרות בסעיף 20, לשירות סדיר במקום ובזמן שקבע בצו הפוקד, או מי שהוא הסמיך לכך, ואותו יוצא-צבא חייב להתייצב כאמור" (ההדגשה הוספה). לשיטת הממשלה, מאחר שהסעיף נוקט בלשון "רשאי", סמכות הקריאה להתייצבות לשירות סדיר היא סמכות שבשיקול דעת; לפי שיטה זו, הפעלת מכלול השיקולים הרלוונטיים עשויה להוביל למסקנה כי "לעת הזאת, אין לקרוא לתלמידי הישיבות – כולם או חלקם – להתגייס" (סעיף 34 לתצהיר התשובה מטעם הממשלה). אין בידנו לקבל את עמדתה של הממשלה.

56. הדברים שנאמרו לעיל בהתייחס להלכת רובינשטיין יפים מקל וחומר בהתייחס למצב הדברים שלאחר פקיעת החלטת ממשלה 682. טענת הממשלה שלפיה אין מדובר בהסדר ראשוני אלא בהפעלת שיקול דעת פרטני, אינה יכולה לעמוד ולו משום שאין אלה פני הדברים. הממשלה אינה טוענת להפעלת שיקול דעת פרטני בעניינו של כל מתגייס, אלא לבחינת שיקול כללי ועקרוני: שאלת השתייכותו של הפרט לקבוצת תלמידי הישיבות. עמדת הממשלה כלל לא כיוונה לבחינת נסיבותיו האישיות של תלמיד ישיבה פלוני. לכאורה ניתן היה להסתפק בכך, ואולם מצאנו להוסיף כי עמדה זו מעוררת קשיים משמעותיים בשני מישורים נוספים.

57. במישור העקרוני, טענת הממשלה חותרת למעשה נגד עצם קיומה של חובת הגיוס, אשר חלה באורח שוויוני על אזרחי המדינה (וראו: סעיף 2 לפקודת צבא הגנה-לישראל, התש"ח-1948; כן ראו בג"ץ 6427/02 שאוזכר לעיל, פסקה 14 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין). כפי שנאמר בפרשה אחרת: "השירות הצבאי בישראל הוא חובה אזרחית החלה על כל יוצא צבא. חובה זו היא חובה משפטית החלה מכוח חוק [...] חובה זו מוטלת באורח שוויוני, ועל כל האזרחים לשאת בה" (בג"ץ 2383/04 מילוא נ' שר הביטחון, פ"ד נט(1) 166, 175 (2004)). מכאן, שנקודת המוצא היא כי שיקול הדעת של הפוקד אינו מכוון לשאלה אילו קבוצות באוכלוסייה לגייס – אלא מוגבל לאופן יישומה של חובה זו (וברי כי הפוקד אינו מוסמך לקבוע מעין "הסדר ראשוני" בעניין זה, באופן שחורג מעניין רובינשטיין). עדות נוספת לכך מצויה בהסדרי הפטור המפורטים שקבועים בחוק שירות ביטחון. עמדתה של הממשלה, שלפיה לפוקד נתון שיקול דעת מוחלט ביחס לשאלה את מי לגייס, ובכלל זאת, כנטען, באפשרותו להחליט שלא לגייס את כלל ציבור תלמידי הישיבות, אף מבלי שאלה יקבלו פטור כדין, אינה עולה בקנה אחד עם קיומה של חובת הגיוס.

58. במישור שיקול הדעת, טענת הממשלה שלפיה שיקול הדעת שניתן לפוקד מאפשר לו להימנע מגיוסם של כלל בני הישיבות, עומדת בסתירה לחובתה של הרשות המינהלית להפעיל את שיקול דעתה באופן שוויוני, עליה עמדנו לעיל. בהתאם לאמור, גם כאשר מדובר בהפעלת הסמכות שנתונה לפוקד להורות לפלוני על התייצבות לשירות סדיר לפי סעיף 13 לחוק, עליו ליתן משקל הולם לעיקרון השוויון. בענייננו, על הפוקד להפעיל את סמכותו מתוך התייחסות שוויונית לכל יוצא צבא כהגדרתו בחוק; הגדרה זו אינה מבחינה בין תלמיד ישיבה לבין יתר המיועדים לשירות. הפרת עיקרון השוויון בהקשר זה תעלה כדי אכיפה סלקטיבית, שעל חומרתה עמדנו לעיל, ותהווה פגם חמור בהפעלת שיקול דעתו של הפוקד.

59. בנוסף לאמור, טענת הממשלה כי הפוקד רשאי, גם בעת הזו, שלא לגייס את כלל תלמידי הישיבות, סותרת את חובתו להפעיל את סמכותו בהתאם לתשתית עובדתית מלאה ותוך מתן משקל לכלל השיקולים הרלוונטיים, ובהם צרכי הביטחון העכשוויים של הצבא ושל מערכת הביטחון. כידוע לכל, בבוקר השבעה באוקטובר 2023 ידעה מדינת ישראל מתקפת טרור אכזרית. מאז, במשך תקופה של למעלה מ-8 חודשים, מצויים אנו במלחמה נגד ארגוני טרור ברצועת עזה ובחזית הצפונית. כידוע, אין דומים צרכי הצבא בימי שגרה, לצרכי הצבא בימי מלחמה. בהתאם לאמור, עמדתה העדכנית של מערכת הביטחון היא כי נוכח ריבוי המשימות הביטחוניות והלחימה האינטנסיבית במגוון זירות קיים צורך קונקרטי ודחוף בכוח אדם נוסף. הממשלה עצמה ומערכת הביטחון קיבלו שורה של החלטות שמלמדות על הצורך האמור: כך למשל, במהלך הלחימה גויסו מאות אלפי אנשי מילואים; גיל הפטור משירות מילואים הועלה (חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 26 – הוראת שעה – חרבות ברזל), התשפ"ד-2024); הוחלט לקצר את תקופת דחיית השירות של תלמידי מכינות קדם צבאיות ובני שנת שירות; וכן הוחלט להקדים את גיוסם של בני ישיבות ההסדר. בנוסף לאמור, הוכנו תזכירי חקיקה להארכת השירות הסדיר והמילואים (ראו: סעיפים 33-34 לתצהיר התשובה המשלים מטעם המדינה מיום 30.5.2024). ברי כי בהפעלת סמכותו של הפוקד חובה עליו ליתן את הדעת לאתגרים שמונחים לפתחו של הצבא ומערכת הביטחון בימים אלה, כמו גם לצרכי הביטחון הקונקרטיים. החלטתו של הפוקד לא יכולה להיות מנותקת מהאמור לעיל, ועליה לשקף את המציאות הביטחונית שבה אנו מצויים בימים אלה ממש.

60. לפני סיום חלק זה, במישור היישומי, עדכנה כאמור היועצת המשפטית לממשלה הן במסגרת התצהיר המשלים, הן במסגרת הדיון מיום 2.6.2024 כי רשויות צה"ל יוכלו לגייס כ-3,000 חיילים מקרב בני הציבור החרדי בשנת הגיוס הקרובה (זאת, בנוסף למספר החיילים שהיו מתגייסים בממוצע בשנים עברו מציבור זה). העתירות שלפנינו

אינן המסגרת המתאימה לדיון בפרטים הנוגעים לאופן אכיפת הוראות חוק שירות ביטחון והיקפי הגיוס של תלמידי הישיבות, וממילא איננו מביעים עמדה ביחס לסוגיה זו. מובן כי אף בהפעלת סמכות זו ובפעולות לגיבוש תכניות לגיוס מדורג של תלמידי הישיבות יהא על רשויות הצבא לפעול בהתאם לכללי המשפט המינהלי.

61. סיכומם של דברים: ביום 30.6.2023 פקע פרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון. ממועד זה, לא קיים עוד כל הסדר חקיקתי שמאפשר להבחין בין תלמידי הישיבות לבין יתר המיועדים לשירות צבאי. יישומה של ההלכה שנקבעה בעניין רובינשטיין, מוליכנו למסקנה הבלתי נמנעת כי לא נתונה למי מהגורמים ברשות המבצעת סמכות להורות על הימנעות גורפת מגיוסם של כלל תלמידי הישיבות. בהתאם לאמור, על המדינה לפעול לגיוסם, בהתאם להוראות החוק (כאמור בסיפת סעיף 60 לעיל).

לצד האמור – בשלב זה – ימשיך ויעמוד בתוקפו צו הביניים שניתן ביום 26.2.2024 שמונע הפחתה של תקופת שירות או כל תקופה רלוונטית אחרת לעניין גיוסם ושירותם של תלמידי הישיבות למשך 18 חודשים מהיום.

עתירות המימון

62. בשים לב למסקנתנו לעיל בדבר היעדרה של מסגרת נורמטיבית לפטור גורף מגיוס עבור תלמידי הישיבות, נפנה לבחון את שאלת חוקיות העברת התמיכות במוסדות התורניים לפי מבחני התמיכה שאוזכרו לעיל (למען הנוחות נזכיר כי מדובר ב"מבחנים לחלוקת כספים לצורך תמיכה של משרד החינוך במוסדות תורניים – לימוד ופעולות"). במוקד המחלוקת בין הצדדים בשאלה זו ניצבת שאלת הזיקה שבין מבחני התמיכה לבין ההסדרה החוקית של אי-גיוסם של תלמידי הישיבות. העמדות שהוצגו לנו בנושא זה מקוטבות: בעוד העותרים והיועצת המשפטית לממשלה מצביעים על קשר הדוק בין המבחנים לבין המסגרת החוקית שמאפשרת פטור מגיוס; הממשלה, איחוד הישיבות באר"י ואיגוד מנהלי הישיבות טוענים כי אין כל קשר ביניהם. זאת ועוד, לעמדת הממשלה, גם בחינת הוראות התמיכות לגופן מגלות שניתן להמשיך ולהעביר תמיכות עבור תלמידי הכוללים והישיבות הגבוהות שלא גויסו, גם בהיעדר מסגרת חוקית שמסדירה את אי גיוסם. כפי שיפורט להלן, מצאנו לדחות עמדה אחרונה זו – הן במישור העקרוני, הן במישור של בחינת הוראות התמיכות לגופן.

(א) המישור העקרוני: תמיכות כספיות בהיעדר מסגרת נורמטיבית לאי-גיוס

63. נקודת המוצא, עליה אין חולק, היא כי הממשלה מוסמכת, מכוח סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, להעניק תמיכה כספית למוסדות ציבור שאינם ממוסדות המדינה. חלוקת התמיכות צריכה להיעשות, כידוע, על פי מבחנים שוויוניים (סעיף 3א(ד) לחוק זה; כן ראו: דפנה ברק-ארז "תמיכות מינהליות: משפט, מדיניות והגינות" 99 סלים ג'ובראן 149 (אהרן ברק, מוחמד ס' ותד, גד ברזילי ז"ל ודורית פרידמן עורכים; 2023)). חלוקת תמיכה כספית היא החלטה מינהלית, ולפיכך היא כפופה לכללי המשפט המינהלי בכללותם. בין היתר, היא צריכה להתקבל על בסיס תשתית עובדתית ראויה, על יסוד שיקולים ענייניים ובאופן שעולה בקנה אחד עם החובה לנהוג בשוויון. כמו כן, הרשות אינה רשאית לבסס את החלטתה על שיקולים זרים או לנהוג בשרירותיות (ראו: עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 39-38 (2010)). משאמרנו דברים עקרוניים אלה, נפנה לבחון את הזיקה בין מבחני התמיכה לבין קיומו של הסדר חוקי שפוטר את תלמידי הישיבה מגיוס.

64. בהתאם לסעיף 3א לחוק יסודות התקציב קבעה הממשלה בשנת 1992, את המבחנים לחלוקת כספי תמיכה למוסדות תורניים (י"פ התשנ"ב 4020, 3737). בשנת 2004 נוסחו מבחנים אלה מחדש, וזאת על מנת שיתאימו לדרישות חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (י"פ התשס"ד 5317, 3498; כן ראו: בג"ץ 4128/14 ישיבת "אשרי האיש" נ' משרד החינוך, פסקה 2 (7.9.2014) (להלן: עניין אשרי האיש)). מבחני התמיכה בתצורתם הנוכחית נקראים "מבחנים לחלוקת כספים לצורך תמיכה של משרד החינוך במוסדות תורניים – לימוד ופעולות". מבחנים אלה, מגדירים שיטת ניקוד שלפיה תלמידים במוסדות מסוימים "יתקצבו" בסכום גבוה יותר מתלמידים במוסדות אחרים. לפי שיטה זו, כל תלמיד במוסד תורני מקבל "ניקוד" בהתאם לסוג המוסד שבו הוא לומד, ולאחר מכן, שוויה של "נקודת התמיכה" מחושב על ידי חלוקת סך תקציב התמיכות במספר הנקודות שצברו כל התלמידים בכל המוסדות התורניים הנתמכים. מוסד תורני מסוים מקבל תמיכה בסך מכפלת הניקוד שצברו כלל הלומדים בו בערכה הכספי של נקודת תמיכה בשנת הכספים הרלוונטית (סעיף 8 למבחנים; כן ראו: עניין אשרי האיש, פסקה 3).

65. כבר בנקודה זו יוער כי בחינת הניקוד לגופו (כיום וכן בגרסאות קודמות של מבחני התמיכה) מצביעה על קשר הדוק בין גיוס לצבא לבין היקף הזכאות לתמיכה. הוראות מבחני התמיכה העדכניות קובעות כי תלמיד ישיבה גבוהה מזכה את המוסד שבו הוא לומד ב"נקודה" אחת (אך תלמיד חו"ל באותה ישיבה, יזכה אך ב-0.6 נקודות); תלמיד ישיבת הסדר (שהיא, כאמור בסעיף 22א חוק שירות ביטחון "ישיבה שמתקיימים בה לימודים תורניים, המיועדת למשרתים בשירות משולב") מזכה את המוסד ב-2

נקודות; תלמיד ישיבת הסדר שמשרת 24-26 חודשים מזכה את המוסד ב-2.3 נקודות; ותלמיד בישיבת הסדר שמשרת 32 חודשים מזכה את המוסד ב-2.5 נקודות. זאת ועוד, המבחנים קובעים שישיבה גבוהה תחשב לכזו ש"מעודדת לשירות צבאי" אם 15% מתלמידי שלושה שנתונים רצופים התגייסו לשירות סדיר בצה"ל (בתנאים נוספים, ראו סעיף 14(1)(ה) למבחנים). ביחס לישיבות גבוהות שמעודדות שירות צבאי, שווי הנקודה הולך ועולה ככל ששיעור הגיוס עולה (14(6)(ח)(1)-(4)). הוראות אלו ממחישות גם הן כי אף במובחן מהוראה פרטנית כזו או אחרת, מבחני התמיכה נשענים על זיקה עמוקה בין הגיוס לצבא לבין היקף התמיכה שיקבל מוסד הלימודים התורני.

66. שאלת זיקתם של מבחני התמיכות לקיומה של מסגרת נורמטיבית לאי גיוסם של תלמידי הישיבות התעוררה בעבר. כך, לאחר פקיעתו של חוק דחיית השירות בחודש אוגוסט 2012, הוגשה לבית משפט זה עתירה שביקשה, בדומה לעתירות שלפנינו, לקבוע כי בהיעדר מסגרת נורמטיבית לאי גיוסם של תלמידי הישיבות אין מקום להמשיך לבצע העברות כספי תמיכה למוסדות תורניים בגין אותם תלמידים. שר החינוך דאז תיקן בחודש ספטמבר 2012 את מבחני התמיכה, ושינה את סעיף 14 למבחנים (סעיף שמסדיר את הדרישות ממוסדות תורניים, ושנרחיב בעניינו בהמשך הדברים) על מנת לאפשר המשך העברת התמיכות למוסדות בגין אותם תלמידים. בשלב מאוחר יותר, במסגרת אותה עתירה ניתן צו ביניים שאסר על ביצוע העברות כספים ביחס לילידי חלק משנתוני הגיוס (כפי שתואר לעיל בהרחבה).

67. במקביל, וכחלק מתהליכי חקיקתו של פרק ג' 1 (תחילה, במסגרת קידום תיקון מס' 19) התקבלה החלטה 638 של הממשלה ה-33 "שילוב חרדים ובני מיעוטים בשירות צבאי ואזרחי לצורך שילובם בשוק העבודה וליצירת שוויון בנטל הביטחוני והכלכלי" (28.7.2013). סעיף 20 לאותה החלטה קבע במפורש כי "ישיבה לא תקבל תמיכה בגין תלמיד המצוי בגילאי דחיית שירות ואשר אינו עומד בתנאים הנדרשים בכדי לקבל דחיית שירות או שנקרא להתגייס ולא התייצב". מבחני התמיכה תוקנו ועודכנו לאחר חקיקת פרק ג' 1 ובמסגרתם נקבע, כפי שעוד יפורט להלן בהרחבה, כי תלמידיהם של ישיבה גבוהה ושל כולל לאברכים יהיו מי ששירותם הצבאי נדחה בהתאם להוראות חוק שירות ביטחון או מי ששירתו בצבא, שקיבלו פטור משירות צבאי או שאינם מיועדים לשירות ביטחון.

68. זאת ועוד, חוק שירות ביטחון מבטא אף הוא את הזיקה בין דחיית השירות לבין הלימוד בישיבה. כך, במסגרת תיקון מס' 19 נקבע כי (ההדגשה הוספה):

26כג. (א) לא יינתן צו דחיית שירות לפי פרק זה אלא למיועד לשירות ביטחון שהוא תלמיד ישיבה שמתקיימים בו כל אלה:

תנאים
לדחיית
שירות
(תיקון מס'
19) תשנ"ד-
2014

- (1) הוא לומד בישיבה לימודים תורניים, באופן סדיר, בהיקף שלא יפחת מ-45 שעות בשבוע, ובכולל – 40 שעות בשבוע, למעט בתקופות חופשה שקבע שר הביטחון;
(2) הוא לא עוסק בכל עיסוק נוסף על לימודיו בישיבה; [...]

הוראה זו מלמדת כי ההצדקה למתן דחיית שירות נעוצה בהיותו של מיועד לשירות תלמיד ישיבה, אשר לומד באופן סדיר ומשמעותי, בהיקף הקבוע בחוק (הוראה ברוח זו מעוגנת גם במבחני התמיכה, ועל כך נעמוד בהמשך).

69. הנה כי כן: מזה כשני עשורים כרוכה סוגיית התמיכות עבור תלמידי הישיבות בהסדרי הגיוס לצבא, ובהסדרים הנורמטיביים שאפשרו את דחיית שירותם הצבאי (ומתן הפטור משירות צבאי זה); תחילה, בהתאמתם של מבחני התמיכה לחוק דחיית השירות, ובהמשך בהתאמתם לפרק ג'1 לחוק שירות ביטחון. כריכה זו אינה עניין מקרי: עוד בימיו הראשונים של הסדר "תורתם אומנותם" (שימיו כימי המדינה) – דחיית השירות הצבאי נועדה לאפשר למיועדים לגיוס לעסוק בלימודים תורניים. דחיית השירות והלימודים התורניים הם שני הצדדים של אותו המטבע: בהעדר בסיס חוקי לדחיית השירות, נשמת הבסיס החוקי לעידוד ולתמיכת המדינה בפעילותם של אלה שנמנעים מגיוס. לא ניתן להלום התנהלות בלתי חוקית במישור דחיית הגיוס, באופן שסותר מפורשות הלכה של בית משפט זה בסוגיה זו (בין אם בדרך של החלטת הממשלה שלא לאכוף את הדין במסגרת החלטת ממשלה 682 ובין אם בדרך אחרת) ולצדה המשך העברת תמיכות למימון הפעילות שבגינה מבוקשת דחיית השירות האמורה.

(ב) הוראות מבחני התמיכה עצמן לא מאפשרות המשך העברת כספים

70. ומן המישור העקרוני להוראות מבחני התמיכה עצמן. במוקד מבחני התמיכה מצוי פרק ג' שכותרתו "תמיכה במוסדות לימוד תורניים". בפרק זה שלושה סעיפים: סעיף 12 קובע כללים עקרוניים לחלוקת התמיכות (דוגמת סעיף 12(ד) שקובע את מועדי דיווחי המוסדות על מספרי התלמידים שלומדים בהם באופן סדיר); סעיף 13 מפרט את הטפסים שעל מוסדות תורניים להגיש לצורך קבלת התמיכה; וסעיף 14 קובע את "הדרישות" שעל מוסדות תורניים שמבקשים תמיכות לפי המבחנים לקיים, כמו גם את

אופן חישוב סכום התמיכה. במוקד טענות הצדדים שלפנינו ניצב סעיף 14, כאשר לענייננו רלוונטיות הדרישות ביחס לישיבה גבוהה (סעיף 14(1)(א) למבחנים) ולכולל לאברכים (סעיף 14(1)(ג)). כפי שיפורט להלן, אנו סבורים כי הוראות סעיף 14 קובעות תנאי סף ברורים להגדרת התלמידים במוסדות אלה, באופן שלא מותר מקום לספק שהמבחנים – בנוסחם הנוכחי – אינם מאפשרים את המשך העברת כספי התמיכות לאחר פקיעת פרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון.

71. נפתח בהגדרת כולל לאברכים:

14. במוסדות תורניים, כמפורט בסעיף 12(ב), יתקיימו הדרישות האלה:
(1) מוסדות תורניים
[...]

(ג) כולל לאברכים הוא:

(1) מוסד תורני המקיים תכנית לימודים מלאה כמפורט להלן, והמיועד לתלמידים בעלי משפחה:
(א) לתלמידים ששירותם הצבאי נדחה בהתאם לחוק שירות ביטחון, הלומדים במוסד באופן סדיר, תכנית הלימודים תהיה בהיקף שלא יפחת מארבעים שעות בשבוע, [...]; מספר התלמידים בסוג זה הלומדים במוסד לא יפחת משניים;
(ב) לתלמידים ששירותו סדיר או שקיבלו פטור משירות זה או שאינם יוצאי צבא, הכל לפי חוק שירות ביטחון [...] הלומדים במוסד באופן סדיר, תכנית הלימודים תהיה בהיקף שלא יפחת משלושים וחמש שעות בשבוע, [...];
(ג) במקרה של תלמיד ששירותו נדחה, בהתאם לחוק שירות ביטחון, התלמיד אינו עוסק בעיסוק נוסף; ולגבי תלמיד ששירותו לא נדחה – הוא אינו עוסק בעיסוק נוסף בשעות לימודיו בכולל, שמדווח הכולל למשרד לשם קבלת תמיכה; [...]

עיון בהגדרת כולל לאברכים מלמד כי ילמדו בו שתי קבוצות תלמידים: "תלמידים ששירותם הצבאי נדחה בהתאם לחוק שירות ביטחון" (כאמור בסעיף 14(1)(ג)(1)(א)), שביחס אליהם, תכנית הלימודים תהיה בהיקף שלא יפחת מ-40 שעות בשבוע; ו"תלמידים ששירותו סדיר או שקיבלו פטור משירות זה או שאינם יוצאי צבא, הכל לפי חוק שירות ביטחון" (כאמור בסעיף 14(1)(ג)(1)(ב)), שביחס אליהם תכנית הלימודים תהיה בהיקף שלא יפחת מ-35 שעות בשבוע. בהתאם להגדרה שבסעיף 14 למבחני התמיכה אין תלמידים אחרים בכולל לאברכים (שיהיו זכאים לתמיכה בהתאם למבחנים). בהמשך לכך, סעיף 14(1)(ג)(1)(ג) מתייחס לשאלה האם מותר לתלמיד בכולל לעסוק בעיסוק נוסף. אף סעיף זה מבחין בין שתי קטגוריות: "תלמיד ששירותו

נדחה" ו"תלמיד ששירותו לא נדחה". שתי קטגוריות אלו הן בדיוק שתי הקבוצות שהוגדרו בסעיפים הקודמים, סעיפים (א) ו-(ב) שתוארו לעיל: תלמיד ששירותו נדחה הוא מי ששירותו נדחה בהתאם לחוק שירות ביטחון; ותלמיד ששירותו לא נדחה הוא מי ששירת שירות סדיר או מי שקיבל פטור משירות, או מי שאינו מיועד לשירות ביטחון. משכך, אין בידינו לקבל את טענת הממשלה שלפיה התיבה "תלמיד ששירותו לא נדחה" מתייחסת לכל תלמיד, לרבות מי שמיועד לשירות צבאי אך לא התגייס, מכל סיבה שהיא. הפרשנות המוצעת על ידי הממשלה לא תואמת את מבנה הסעיף, את לשונו והיא מובילה לחוסר הרמוניה במבחני התמיכה עצמם.

72. ישיבה גבוהה מוגדרת בסעיף 14 באופן הבא:

14. במוסדות תורניים, כמפורט בסעיף 12(ב), יתקיימו הדרישות האלה:

(1) מוסדות תורניים

(א) ישיבה גבוהה היא:

[...]

(2) תלמיד בישיבה גבוהה, ייחשב מי שלומד במוסד באופן סדיר, בהיקף שלא יפחת מארבעים וחמש שעות בשבוע, [...]; במקרה של תלמיד ששירותו נדחה, בהתאם לחוק שירות ביטחון – התלמיד אינו עוסק בעיסוק נוסף; ולגבי תלמיד ששירותו לא נדחה – הוא אינו עוסק בעיסוק נוסף בשעות לימודיו בישיבה, שמדווחת הישיבה למשרד לשם קבלת תמיכה; [...]

אין חולק – הגדרת ישיבה גבוהה אינה מפורטת כהגדרת הכולל לאברכים. ואולם, גם בה מצויה אותה החלוקה שמופיעה (באותן המילים בדיוק), בהגדרת כולל לאברכים (סעיף 14(1)(ג)(1)(ג)): תלמיד בישיבה גבוהה "ששירותו נדחה" בהתאם לחוק שירות ביטחון לא יעסוק בעיסוק נוסף; ואילו "לגבי תלמיד ששירותו לא נדחה", הוא לא יעסוק בעיסוק נוסף בשעות לימודיו בישיבה. הממשלה סברה כי ביחס לישיבה גבוהה, יש לקרוא את המונח "תלמיד ששירותו לא נדחה" ככולל כל תלמיד, ללא שום זיקה לחוק שירות ביטחון. ואולם, בשים לב לכך שמדובר בנוסח זהה לזה שמופיע בהגדרת הכולל לאברכים, ספק אם ניתן להלום פרשנות כה שונה למונחים זהים שמופיעים במבחני התמיכה. זאת ועוד, לא הובא לפנינו טעם ממשי שבגינו יש ליתן למונחים אלה משמעויות שונות.

73. בנוסף, הממשלה ביקשה לטעון שסעיף 14 אינו מגדיר "תנאי סף", והוא אך סעיף פרוצדורלי שקובע "את שעות הלימוד ומגבלות התעסוקה החלות על התלמידים" (סעיף 75 לתצהיר מטעמה). לטענת הממשלה, זו גם הייתה עמדת המדינה העקבית לאורך

השנים. כאמור לעיל, אין אנו סבורים כי קריאה זו עולה בקנה אחד עם לשון המבחנים, והיא לבטח אינה משקפת את ההיסטוריה של מבחני התמיכה שעליה עמדנו לעיל. יתר על כן, עיון בתגובה המקדמית שהוגשה בעניין אשרי האיש מגלה כי במסגרתה הביעה המדינה עמדה שונה בשאלת מהות התנאים שקבועים בסעיף 14. כך, באותו עניין צוין במפורש: "סעיף 14 למבחני התמיכה עיגן את הדרישות השונות ביחס לכל אחד מסוגי המוסדות. באופן כללי ניתן לומר כי לכל סוג מוסד נקבעו תנאי סף שונים, בהתאם למאפייניו" (ההדגשה הוספה; סעיף 14 לתגובה; יוער כי התגובה שם גובתה בתצהירו של מנהל אגף בכיר מוסדות תורניים במשרד החינוך).

74. דומה כי קריאת סעיף 14 למבחני התמיכה כלשונו מלמדת שמיועד לשירות ביטחון שלא קיבל דחיית שירות או פטור לפי חוק שירות ביטחון, אינו בגדר "תלמיד" כהגדרתו בסעיף זה ומכאן שהמוסד אינו זכאי לתמיכה בגינו. לפיכך, בהיעדר מסגרת נורמטיבית שמאפשרת דחיית שירות בחוק שירות ביטחון, לא ניתן להמשיך להעביר תמיכות עבור תלמידים שהם מיועדים לשירות ביטחון, ולא קיבלו דחיית שירות או פטור כדין. ברי כי ניתן להמשיך להעביר תמיכות בגין קבוצת התלמידים השנייה, שכוללת כאמור תלמידים שאינם מיועדים לשירות ביטחון; בין אם שירתו שירות סדיר, קיבלו פטור כדין, או שאינם "יוצאי צבא" (היינו, לא מיועדים לשירות ביטחון). ביחס לקבוצת תלמידים אחרונה זו, פקיעת פרק ג'1 לא שינתה מאום.

75. לצד טענותיהם בנוגע לסעיף 14, ביקשה הממשלה, שאליה הצטרפו איחוד הישיבות באר"י ואיגוד מנהלי הישיבות, לטעון שסעיף 12(י), שנוסף למבחני התמיכה בשנת 2013, הוא הסעיף היחיד שמבטא קשר בין מבחני התמיכה לבין חובת השירות הצבאי. נוכח חשיבותו לענייננו, נביאו כלשונו:

"למען הסר ספק, תמיכה למוסד תורני בעד לימודיו של תלמיד שטרם החל את שירותו]ן בצה"ל למעט תלמיד ישיבת הסדר, ואשר קיבל מהפוקד צו התייצבות אישי לשירות סדיר, תהיה עד מועד ההתייצבות שנקבע לו בצו כאמור".

מהוראת סעיף זה ביקשה הממשלה ללמוד כי כל עוד תלמיד לא קיבל מהפוקד "צו התייצבות אישי" – ניתן להעביר לזכותו תמיכות. נטען לפנינו כי סעיף זה נוסף למבחני התמיכה בתקופה שלאחר פקיעת חוק דחיית השירות במטרה לאפשר להמשיך להעביר את כספי התמיכה לתלמידים – ובלבד שלא קיבלו צו התייצבות אישי ולא התייצבו במועד שנקבע עבורם בצו כאמור. סעיף זה נועד, כנטען, למנוע מצב שבו חוטא

יוצא נשכר. ואולם, דומה כי בהקשר זה לא נפרשה לפני בית המשפט התמונה המלאה. זאת, שכן עיון בנוסחים השונים של מבחני התמיכה (שלמרבה הצער לא צורפו באופן מסודר על ידי מי מהצדדים להליכים) מלמד כי השינוי המרכזי והמידי שנערך בהם לאחר פקיעת חוק דחיית השירות, לא היה אך הוספת סעיף 12(י), כי אם תיקון סעיף 14 (וראו גם הערת שוליים 1 במסמך הפנימי של הלשכה המשפטית של אגף בכיר מוסדות תורניים במשרד המשפטים שצורף לתצהיר של הממשלה). במסגרת אותו תיקון למבחנים, נקבע כי תלמידים ככוללים ובישיבות גבוהות ייחשבו מי שקיבלו בעבר דחיית שירות לפי חוק דחיית השירות. למען הבהירות, תובא להלן טבלה שממחישה את השינוי שנעשה בהגדרה לישיבה גבוהה (תיקונים דומים נעשו כאמור גם בהגדרת כולל לאברכים ובהגדרות נוספות):

הנוסח לפני פקיעת חוק דחיית השירות	הנוסח לאחר פקיעת חוק דחיית השירות
<p>14. במוסדות תורניים, כמפורט בסעיף 12(ב), יתקיימו הדרישות האלה:</p> <p>(1) מוסדות תורניים</p> <p>(א) ישיבה גבוהה היא:</p> <p>(2) תלמיד בישיבה גבוהה, ייחשב [...] במקרה של תלמיד ששירותו נדחה בעבר, לפי חוק דחיית שירות תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 [...] ולא נקרא להתייצב לשירות סדיר, או תלמיד אחר שלא נקרא להתייצב לשירות סדיר, או תלמיד ששירותו נדחה כאמור או תלמיד אחר שנקרא להתייצב לשירות סדיר ומועד ההתייצבות טרם הגיע – התלמיד אינו עוסק בעיסוק נוסף.</p>	<p>14. במוסדות תורניים, כמפורט בסעיף 12(ב), יתקיימו הדרישות האלה:</p> <p>(1) מוסדות תורניים</p> <p>(א) ישיבה גבוהה היא:</p> <p>(2) תלמיד בישיבה גבוהה, ייחשב [...] במקרה של תלמיד ששירותו נדחה, בהתאם לחוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 [...] התלמיד אינו עוסק בעיסוק נוסף.</p>

הנה כי כן, לאחר פקיעת חוק דחיית שירות ביקש משרד החינוך "לנתק" את מבחני התמיכות מהמסגרת הנורמטיבית לאי גיוס שהייתה קבועה עד אותה העת (חוק דחיית השירות), אך זאת לא בדרך של הוספת סעיף 12(י), כי אם בדרך של תיקון "דרישות הסף" מהמוסדות, שקבועים בסעיף 14. זאת ועוד, התיקון נעשה בלשון ברורה ומפורשת שלפיה יועברו תמיכות גם עבור תלמידי הכוללים והישיבות הגבוהות ששירותם נדחה לפי החוק שפקע. ודוקו היטב: עצם הצורך בשינוי דרישות הסף בשנת 2012 – שינוי

שאינן חולק שלא נעשה במקרה דנן – מלמד על הקושי הרב שגלום בטענות הממשלה כי סעיף 14 אינו קובע תנאי סף.

ויובהר כבר עתה, כפי שכבר צוין לעיל, סעיף 14 בנוסחו הנוכחי אינו מתייחס לתלמידי ישיבות ולתלמידי כוללים כמי שקיבלו בעבר דחיית שירות לפי פרק ג'1 (שפקע כאמור לפני כשנה). נתון זה הוא בעל משקל מכריע בדחיית עמדת הממשלה בכל הנוגע להוראות מבחני התמיכה.

76. סעיף 12(י) אכן נוסף לימים למבחנים, בשנת 2013 (י"פ 6562, בעמ' 3449). סעיף זה ביקש, אף לשיטת הממשלה, לעגן את העיקרון שלפיו "לא יצא חוטא נשכר", ולא לאפשר להמשיך להעביר תמיכות למוסד עבור תלמיד שקיבל לידיו צו התייצבות אישי אך נמנע מלקיימו. ואולם, בשים לב לשינוי סעיף 14 שקדם להוספת סעיף 12(י), ספק אם סעיף 12(י) יכול כשלעצמו, כשיטת הממשלה, לנתק את מבחני התמיכות מהמסגרת הנורמטיבית לאי גיוסם של תלמידי המוסדות התורניים. בשולי נקודה זו נבהיר כי אין בדברים אלה כדי להביא עמדה באשר לחוקיותו של "ניתוק" מעין זה בין מבחני התמיכה (כנוסחם באותה עת) לבין המסגרת הנורמטיבית לדחיית גיוס (סוגיה זו ניצבה כזכור במוקד בג"ץ 6101/12, שלא נדרשה בו הכרעה בסופו של יום).

77. בבחינת למעלה מן הצורך, נוסף ונעיר כי אף לו היינו מקבלים את עמדת הממשלה, איחוד הישיבות באר"י ואיגוד מנהלי הישיבות שלפיה סעיף 12(י) הינו הסעיף היחיד שיוצר זיקה בין מבחני התמיכות לבין חובת הגיוס (וכאמור, איננו סבורים כי כך הדבר), הרי שאף בהתאם לנוסחו של סעיף זה אין מקום להמשיך להעביר כספי תמיכות לחלק ניכר מהתלמידים בישיבות הגבוהות ובכוללים לאברכים. כידוע, פרק ג'1 לחוק שירות ביטחון פקע לפני כשנה, מאז רבים מהתלמידים שהחזיקו בדחיית שירות מכוחו – אינם מחזיקים עוד בדחיית שירות בתוקף. מכאן, שלגבי אותם תלמידים חל סעיף 38 לחוק שירות ביטחון, שקובע:

ביטול צו
לפטור או
לדחיית
שירות

38. [...] (ד) מי שחל עליו צו דחיה לפי סעיף 36(3), סעיף 22ב או פרק ג'1 ולא נקרא להתייצב במועד אחר לרישום, לבדיקה רפואית, לשירות בטחון או להמשך השירות, חייב להתייצב למילוי חובתו בתום תקופת הדחיה, אולם שירותו יתחיל במועד שהורה לו הפוקד בצו; [...]

כלומר, אותם תלמידים מחויבים להתייצב מיוזמתם למילוי חובתם ("לרישום, לבדיקה רפואית, לשירות בטחון או להמשך השירות") בתום תקופת הדחייה. בהקשר זה נטען לפנינו שסעיף 12(י) מאפשר את המשך העברת התמיכות עד למועד שייקבע בצו התייצבות אישי – ומאחר שמדובר בתלמידים שאפילו לא נרשמו לגיוס ולא נערכו להם בדיקות רפואיות, הרי שניתן להמשיך להעביר תמיכות עבורם (ראו פרוטוקול הדיון מיום 2.6.2024, בעמ' 34, ש' 10-12). מדובר בטענה מוקשית ביותר: אם תכליתו של סעיף 12(י) למנוע מצב שבו חוטא יוצא נשכר, קשה להלום תוצאה שמוסד ימשיך לקבל תמיכות עבור מי שבמו ידיו מערים קשיים על הפוקד, בכך שאינו ממלא אחר מצוות המחוקק להתייצב למילוי חובתו לאחר שפקע כל בסיס חוקי לדחיית שירותו.

78. טרם סיום, נתייחס בתמצית לטענה שהועלתה על ידי איגוד מנהלי הישיבות, שלפיה לא ניתן להלום מצב שבו מוסד לימוד לא יוכל לקבל תמיכה עבור תלמיד ישיבה על אף שהוא מבקש להתגייס, מאחר שרשויות הצבא כלל לא ערוכות בעת הזו לגייס את כל בני הישיבות. טענה זו נטענה בכלליות ובעלמא, מבלי שהובא עניינו של תלמיד פרטני שביקש להתגייס, נענה בשלילה, והמוסד שבו למד ביקש לקבל תמיכה עבורו. ברי כי ככל שתלמיד מסוים יבקש להתגייס לצבא אך הצבא ידחה את בקשתו, פתוחה לפני המוסד הדרך לפנות למשרד החינוך בבקשה מתאימה. החלטת משרד החינוך תהיה כפופה כמובן לביקורת שיפוטית, ואין באמור משום נקיטת עמדה לגופם של דברים.

(ג) הסעד המתאים

79. מסקנתנו היא כי עם פקיעתו של פרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון – ביום 1.7.2023 – לא הייתה עוד מסגרת נורמטיבית שאפשרה את דחיית שירותם של תלמידי המוסדות התורניים. בהיעדר מסגרת נורמטיבית כאמור, לא ניתן היה להמשיך ולהעביר כספי תמיכות לישיבות גבוהות ולכוללים עבור תלמידים שלא קיבלו פטור או ששירותם הצבאי לא נדחה כדין. משכך, העברות כספים שבוצעו החל ממועד זה נעשו שלא כדין. בנסיבות אלו, מתעוררת השאלה מהו הסעד המתאים.

80. כידוע, עיקרון התוצאה היחסית (או הבטלות היחסית), אשר זה מכבר קנה אחיזה בפסיקתנו, מבחין בין הפגם שנפל בהחלטה המינהלית לבין תוצאות הפגם. במסגרת זאת, בית המשפט יבחן מהו הסעד שמתאים בשים לב לנסיבות המקרה שלפניו ובהתחשב באופי ההחלטה והמאטריה הרלוונטית (עע"ם 2827/22 עיריית טירת הכרמל נ' קידום צעיר עמותה לקידום הספורט והחינוך בטירת הכרמל, פסקה 16 (9.2.2023); בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר, פסקה 4 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (12.1.2022)

(להלן: עניין זילבר); עע"ם 7293/20 פנגיה די דבליו בע"מ נ' רשות שדות תעופה, פסקה 27 (24.1.2021)). בין היתר, נקבע כי ניתן ליתן משקל גם להסתמכות של צדדים (בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט, פסקה 83 (13.5.2020)).

81. בנסיבות ענייננו, יש לאזן בין מכלול שיקולים. מחד גיסא, כפי שנטען לפנינו על ידי איחוד הישיבות באר"י ואיגוד מנהלי הישיבות, דומה כי למוסדות התורניים ולתלמידיהם תיגרם פגיעה משמעותית כתוצאה מהפסקת העברת הכספים. זאת ועוד, השבת הכספים שהועברו שלא כדין עלולה לגרור פגיעה קשה בתפקוד המוסדות. עוד יש ליתן משקל ממשי לכך שבתקופת הביניים פעלו משרדי הממשלה בהתאם לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, שסברה כי בתקופה זו (לאחר פקיעת פרק ג' 1' ולפני פקיעת החלטת ממשלה 682) – ניתן להמשיך ולהעביר את כספי התמיכות. מאידך גיסא, לא ניתן להתעלם מחומרת אי החוקיות בנסיבות העניין, שכן למעשה, מדובר בהעברת כספים תוך חריגה ממבחני התמיכה, בניגוד לעיקרון שלפיו על חלוקת כספי התמיכה להתבצע בצורה שוויונית, עניינית ואחידה (בג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410, 423-424 (1997)). אשר לטענת ההסתמכות, הרי שבשונה מעניין זילבר, שעסק בשינוי מדיניות תמיכה ממשלתית בגדר סמכות הממשלה, במקרה שלפנינו מדובר בהעברת כספים תוך חריגה מסמכות. זאת ועוד, יש ליתן משקל ממשי לכך שפסק הדין שהורה על בטלות פרק ג' 1' ניתן כבר בשנת 2017, ושאלת חוקיות העברת התמיכות בהיעדר מסגרת נורמטיבית למתן פטור משירות צבאי התעוררה בעבר לפני למעלה מעשור.

82. במכלול השיקולים, מצאנו כי האיזון המתאים הוא קביעה שלפיה המועד שבו לא ניתן עוד להעביר את כספי התמיכות הוא מיום 1.4.2024 – מועד פקיעתה של החלטת ממשלה 682. זאת, באופן שעולה בקנה אחד גם עם הקביעה בצו הביניים שניתן בעתירות המימון. בהתאם, המוסדות התורניים לא יידרשו להשיב את הכספים שהועברו להם ממועד החינוך לפני מועד זה. יובהר בהקשר זה כי ככל שהתמיכות מועברות ככלל עבור חודש קודם (כפי שנטען בסעיף 25 להשלמת הטיעון מטעם איגוד מנהלי הישיבות), משרד החינוך היה רשאי להעביר כספים בעבור חודש מרץ 2024 (אף אם מועד התשלום שתוכנן היה אמצע חודש אפריל 2024). בנוסף לאמור, כפי שנקבע בצו הביניים, מוסדות אשר ההפחתה תשפיע על עמידתם בתנאי הסף לעצם קבלת כספי התמיכה (כאמור בסעיף 14 להודעת משיבי המדינה מיום 22.3.2024) ימשיכו לקבל כספי תמיכה עבור תלמידים אשר זכאותם לא נפגעה, וזאת עד לסוף שנת הלימודים הנוכחית שמסתיימת ביום ה' באב התשפ"ד, 9.8.2024.

83. במוקד עתירה זו ניצבת כאמור שאלת חוקיותה של החלטת ממשלה 1724. למען הנוחות, תובא החלטה זו כלשונה:

”בהמשך להחלטת הממשלה מס’ 1711 מיום 17.4.2024 ולמכתבו של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) מיום 21.4.2024, שהונח על שולחן הממשלה ושבו הוא הודיע כי היועצת המשפטית לממשלה אישרה לממשלה ייצוג נפרד בעתירות לבג”ץ, לדחות את ההבחנה המופיעה בסיפה של סעיף 4 למכתב ולקבוע כי משמעות הייצוג הנפרד לממשלה בבג”ץ היא ייצוג נפרד לממשלה ולכל משרדי הממשלה וגופי המדינה הרלוונטיים לעתירות ובכללם משרד הביטחון, צה”ל ומשרד החינוך, זאת משום שעמדה המובאת לפני בית המשפט חייבת להיות עמדה המייצגת מדיניות ממשלתית אחת”.

הצדדים לעתירה תמימי דעים בשאלת חוקיותה של החלטה זו: לשיטתם, הסמכות לקבוע את גבולותיו של היתר הייצוג הנפרד נתונה באופן בלעדי ליועצת המשפטית לממשלה, ולא הייתה לממשלה הסמכות לקבוע (או לנסות לקבוע) אחרת. בדיון שהתקיים לפנינו, הבהיר בא כוח הממשלה (שכאמור, מייצג את הממשלה רק בעתירות הגיוס והמימון) כי שירותיו נשכרו אך ורק לייצוג במסגרת אותן עתירות, ולא על מנת “לייעץ למאן דהוא” (פרוטוקול הדיון מיום 2.6.2024, בעמ’ 6, ש’ 24). אף אם בשלבים מוקדמים יותר ניתן היה לזהות פערים בין עמדת הממשלה (בהחלטותיה ובהתנהלותה) לבין עמדת היועצת המשפטית לממשלה בסוגיה זו, דומה כי בשלב זה אין עוד מחלוקת בדבר היקפו של היתר הייצוג שניתן, כמו גם בדבר העובדה שבאי כוח הממשלה לא מעניקים למשרדי הממשלה שירותי ייעוץ. משאלה הם פני הדברים, מצאנו להתייחס אך בקצרה לסוגיה זו, על מנת להעמיד דברים על מכונם.

84. בפתח הדברים, נחזור למושכלות ראשונים – היועצת המשפטית לממשלה היא הפרשנית המוסמכת של הדין כלפי הרשות המבצעת. כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת, פירושה את הדין משקף את המצב המשפטי – הקיים והמצוי – ופירושה זה מחייב את הרשות המבצעת. עמדה זו יצוקה בעשרות שנות פסיקותיו של בית משפט זה (דנג”ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ’ שר הפנים, פסקה 44 לפסק הדין של הנשיאה מ’ נאור (26.10.2017); בג”ץ 6494/14 גיני נ’ הרבנות הראשית (6.6.2016); בפסק הדין התקיים דיון נוסף אף לא בסוגיה זו, דנג”ץ 5026/16 גיני נ’ הרבנות הראשית

לישראל (12.9.2017); בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסקה 33 (12.10.2008); בג"ץ 3495/06 מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 8 (30.7.2007); בג"ץ 4247/97; סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241, 277 (1998); בג"ץ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, פ"ד נב(2) 222, 239 (1998) (להלן: עניין גרמן); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993) (להלן: עניין אמיתי); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 425 (1993); בג"ץ 73/85 סיעת 'כך' נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985).

85. לצד זאת, נקבע בפסיקתנו כי ייתכנו מקרים חריגים שבהם היועצת המשפטית לממשלה תחליט כי תובא לפני בית המשפט גם עמדה אחרת. בהקשר זה, אין חולק כי ההחלטה להתיר ייצוג נפרד נתונה לשיקול דעת היועצת המשפטית לממשלה והיא הגורם שיקבע אם להיעתר לבקשה כזו, כמו את על האופן שבו תוצג עמדה כזו – בצירוף עמדה בכתב; בעל פה; או בייצוג נפרד (עניין תנובה, פסקה 4 לפסק הדין של השופט מזוז; וראו גם: בג"ץ 8451/18 האקדח על שולחן המטבח – אשה לאשה מרכז פמיניסטי חיפה נ' השר לביטחון פנים (18.10.2020)).

86. החלטה 1724 ביקשה באופן מובהק לסטות מכללים אלה, ובמסגרתה שאפה הממשלה לקבוע, בעצמה, את גבולות הייצוג הנפרד שלה ולסטות מייפוי הכוח שניתן על ידי היועצת המשפטית לממשלה. להחלטה כאמור אין כל בסיס חוקי, היא סותרת את פסיקת בית משפט זה ומשכך היא אינה יכולה לעמוד. נוכח האמור לעיל ראינו לעשות את הצו על תנאי למוחלט בראש זה של העתירה, ולקבוע כי החלטה 1724 מבוטלת.

87. קודם לחתימת הדברים יובהר כי ייצוג נפרד אינו ייעוץ נפרד. היתר לייצוג נפרד – כשמו כן הוא: הוא מאפשר את ייצוג עמדתו המשפטית של הגוף המינהלי בהליך משפטי פלוני (לאחר קבלת אישורה של היועצת המשפטית לממשלה). היתר לייצוג הנפרד אינו מקנה למייצגים את האפשרות ליטול מהיועצת את סמכותה (וחובתה) לשמש כפרשנית המוסמכת של הדין. עד להחלטה אחרת של בית המשפט, פרשנות היועצת המשפטית לממשלה היא שמשקפת את הדין מבחינת הרשות.

סוף דבר

88. למעלה מ-7 שנים חלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון, שהורה על בטלותו של פרק ג' 1 לחוק שירות ביטחון, וזאת נוכח הפגיעה העוצמתית

והקשה בזכות לשוויון. פסק הדין – שהשעה את סעד הבטלות לתקופה ממושכת של כשנה – מעולם לא הפך אופרטיבי; זאת, בשים לב לבקשות הארכה הרבות שביקשה המדינה, להן נעתרנו, בין היתר כדי לאפשר לכנסת השלמת חקיקה חלופית. לבסוף, על אף הצהרותיה של המדינה, פרק ג'1 פקע מעצמו, מבלי שנחקק הסדר אחר. בהתאם לאמור, הלכה למעשה, מצויים אנו באותו המקום שבו עמדנו לפני למעלה מ-25 שנים, עת ניתן פסק הדין בעניין רובינשטיין. בשלב זה, אין מנוס מלשוב ולחזור על שאמרנו בעבר: לרשות המבצעת אין סמכות להורות שלא לאכוף את חוק שירות ביטחון על תלמידי הישיבות בהיעדר מסגרת חקיקתית מתאימה. משלא מעוגן פטור במסגרת חקיקה, על המדינה לפעול לאכיפת החוק.

89. המסקנה המתחייבת היא כי התנהלות המדינה ממועד פקיעתו של פרק ג'1 הייתה בניגוד לדין. הקושי שבמצב דברים זה מתחדד נוכח המלחמה המתמשכת בה מצויה מדינת ישראל, שמשליכה על צרכי הצבא בכוח האדם אשר נדרש על מנת לעמוד במשימותיו החיוניות. בעוד שבשנת 1949 מספרם של תלמידי הישיבות שלא התגייסו היה מצומצם ועמד על כ-400 תלמידי ישיבה בלבד, בחלוף השנים, "הכמות הפכה לאיכות" (עניין רטלר, בעמ' 126); כיום, מספרם של תלמידי הישיבות הינו בסדרי גודל אחרים בתכלית; בהתאם לנתונים שהציגה המדינה, בסוף יוני 2023 המספר עמד על כ-63,000 תלמידים (סעיף 21 לתגובה המקדמית מטעם המדינה). במצב דברים זה, אי אכיפת הוראות חוק שירות ביטחון יוצרת הפליה קשה בין אלה הנדרשים לשרת, לבין אלה אשר לא ננקטים הליכים לשם גיוסם. כפי שנאמר בפרשה אחרת, "הפליה באשר ליקר מכל – החיים עצמם – היא הקשה שבהפליות. 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, בעמ' 690). בימים אלה, בעיצומה של מלחמה קשה, מעמסת אי השוויון בנטל חריפה מתמיד – ומחייבת קידום פתרון בר קיימא לסוגיה זו.

כפועל יוצא, המדינה אינה מוסמכת להעביר כספי תמיכות למוסדות תורניים בגין תלמידי ישיבה שלא קיבלו פטור או ששירותם הצבאי לא נדחה כדין.

סוף דבר: מן הטעמים המפורטים לעיל, אנו מורים על קבלת העתירות ועל הפיכתם של הצווים על תנאי לצווים מוחלטים.

הממשלה תשלם לעותרים הוצאות הליך זה בסך 10,000 ש"ח בכל אחת מהעתירות.

ניתן היום, י"ט בסיון התשפ"ד (25.6.2024).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

מ"מ הנשיא

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט