

התנתקות מפסקת ההגבלה?

בעקבות בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל

מור יוגב וניר סרבטקה*

א. מבוא

ב. עיקרי הקביעות בפסק הדין

1. הצגת עמדותיהם של העותרים ותגובות המשיבים
2. מסקנות בית המשפט בעניין חוקתיות חוק ההתנתקות
א. החלטת בית המשפט בנוגע לחוקתיות הפינני
ב. החלטת בית המשפט בנוגע לחוקתיות הפינני
ג. החלטת בית המשפט בנוגע לחוקתיות הממשלה וצווי הפינני
ד. החלטת בית המשפט בנוגע לאלי סיני וניסנית

ג. יישום מבחני פסקת ההגבלה על ידי בית המשפט

1. ההתנגשות בין חוק ההתנתקות לבין זכויות יסוד
2. האם הפגיעה הייתה בחוק או מכוח חוק?
3. האם החוק הולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית?
4. האם החוק נועד לתכלית ראויה?
5. האם החוק פוגע בזכויות יסוד במידה שאינה עולה על הנדרש?
א. כללי
ב. מבחן הקשר הרציונלי
ג. מבחן האמצעי הפחות בחומרתו
ד. מבחן המידתיות במובן הצר

ד. השפעות פסק הדין על יישום מבחני פסקת ההגבלה בעתיד

ה. סיכום

א. מבוא

ביוני 2004 החליטה ממשלת ישראל¹ לאשר את 'תוכנית ההתנתקות'², הכוללת את פינני היישובים היהודיים ברצועת עזה וצפון השומרון ואת נסיגת כוחות צה"ל מאותו אזור. מדובר במהלך חד צדדי שנועד, בין השאר, להקטין את החיכוך עם האוכלוסייה הפלסטינית ולאפשר יציאה מהקיפאון המדיני שבו הייתה נתונה מדינת

* סטודנטים למשפטים באוניברסיטת חיפה וחברי מערכת "הארץ דין" בשנת תשס"ו. תודתנו לליאור אבו, שבחן ראשון את הנושא, על בחירת שם ההארה ועל הערותיו המועילות.

¹ החלטה מספר 1996 שהתקבלה ביום 6.6.2004 בישיבת הממשלה בראשותו של ראש הממשלה אז אריאל שרון.

² לתוכנית ההתנתקות כפי שהיא מופיעה באתר משרד ראש הממשלה:
www.pmo.gov.il/PMO/Communication/hitntkut (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006).

ישראל.³ בפברואר 2005 אושר בכנסת חוק יישום תוכנית ההתנתקות,⁴ הידוע בכינויו "חוק פינוי-פיצוי", שמטרתו להסדיר את העניינים הדרושים להוצאת התוכנית אל הפועל ובהם אופן פינוי הישראלים ומתן פיצויים הוגנים וראויים לזכאים לכך.⁵ חוק זה מחולק לשמונה פרקים ולענייננו, כפי שנפרט מיד, רלוונטיים בעיקר שני פרקים: פרק ד העוסק באופן הפינוי עצמו, בביטול זכויות ובמסירת מקרקעין ומיטלטלין ופרק ה העוסק בהסדרי הפיצויים הניתנים בעבור בתי מגורים ועסקים ובזכאות למענקים שונים כגון מענקי פרישה, דמי הסתגלות והוצאות הובלה והתארגנות. יומיים לאחר אישור החוק בכנסת הוציאה הממשלה צווי פינוי שקבעו את מועד הפינוי והיישובים הנכללים בתוכנית.⁶

תוכנית ההתנתקות בכלל וחוק יישום תוכנית ההתנתקות בפרט עוררו סערה במדינה. תושבי היישובים העתידיים להתפנות ראו בתוכנית אקט של גירוש ועקירה מחבל הארץ שאותו הם אכלסו במשך שנים בעידודן של ממשלות ישראל המתחלפות. מלבד הפגיעה הערכית, חשו המפונים פגיעה של ממש בזכויות יסוד כגון הזכות לכבוד, לחירות אישית, לקניין ולחופש העיסוק. מפונים רבים, והמועצה האזורית חוף עזה, עתרו לבג"ץ נגד חוקתיותו של חוק יישום תוכנית ההתנתקות ונגד חוקיות הצווים שהוצאו מכוחו.⁷ מאמר זה לא יעסוק בנכונות הכרעת בית המשפט בעתירות שהובאו לפניו,⁸ וגם לא בהצדקות לתוכנית ההתנתקות או בהסתייגויות ממנה. מטרתו היא לבחון כיצד הפעיל בית המשפט את מבחני פסקת ההגבלה בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל⁹ בבוחנו את הפגיעה בזכויות היסוד של המפונים, ולברר אם סטה בית המשפט ממבחנים אלו, כפי שנקבעו על ידיו בעבר, כשדן בשאלת הפינוי

³ ראו נספח א להחלטת הממשלה, בסעיף 1 – משמעויות מדיניות וביטחוניות – ההחלטה התקבלה בממשלה לאחר שראש הממשלה פיטר שני שרים שהביעו בפומבי את כוונתם להתנגד לתוכנית ולהיאבק ככל יכולתם בהוצאתה אל הפועל. בעקבות פיטוריהם הוגשו ארבע עתירות לבג"ץ בטענה כי הפיטורים נעשו שלא כדין ומשיקולים זרים. לעניין זה ראו בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446 (2004). בית המשפט דחה את העתירות, אולם חלק מן השופטים שישבו בהרכב מתחו ביקורת על פיטורי השרים, בין היתר בשל העובדה שהפיטורים נועדו להביא לידי שינוי מאזן הכוחות בממשלה וליצור רוב לתוכנית ההתנתקות. ראו פסק דינם של השופט לוי (שם, בעמ' 477-475) והשופט טירקל (שם, בעמ' 478). כן ראו ביקורתה של פרוקצ'יה על ההתנגשות של מהלך הפיטורים שבוצע בעקרון הבעת דעה בתהליך קבלת ההחלטות, הנגזר מיסודות המשטר הדמוקרטי בישראל (שם, בעמ' 479-478).

⁴ חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, ס"ח 1982 (להלן: חוק ההתנתקות או החוק). ראו: www.knesset.gov.il/Laws/Data/law/1982/1982.pdf (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006).

⁵ ראו סעיף 1 לחוק ההתנתקות, שדן במטרות החוק.

⁶ צו יישום תוכנית ההתנתקות (חבל עזה), התשס"ה-2005, ק"ת 6713.

⁷ המחאה על ההתנתקות פעלה בכמה מישורים: החלו הפגנות ענק ברחבי המדינה. סרטון של הפגנה שהתקיימה בתל אביב ב-4 בינואר 2005 ניתן למצוא באתר: he.manhigut.org/content/view/full/114/163. החלה גם תעמולה באינטרנט ובטלוויזיה: הוקם מוקד ההסברה באינטרנט בשם "התנתקות – אסון ביטחוני". אתר המוקד: www.israel-wat.com/parent.htm. באתר ניתן למצוא קטעי "יזכור" ליישובים המפונים, סרטונים של הפינוי, הפגנות נגד ההתנתקות ועוד. גם ארגון "הבית הלאומי", שהיה אחראי לחסימות הכבישים בזמנו, הקים אתר מחאה: www.baitle.org. הושמעו קריאות לסירוב פקודה: www.seruv.co.il. בנוסף, מפונים רבים העלו בלוגים לאתר בשם "חולות נודדים" ושבהם הם מספרים את סיפורם האישי: www.holot.org (כל האתרים נצפו באחרונה בתאריך 3.10.2006).

⁸ מדובר ב-12 עתירות, המעלות טענות שונות נגד חוק ההתנתקות, שהדיון בהן אוחד.

⁹ פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: פרשת ההתנתקות או פסק הדין).

ובשאלת הפיצוי. המאמר מבקש לנתח את הדרך המשפטית שבית המשפט מתווה כדי להגיע אל מסקנתו, ולבדוק אם בית המשפט משתמש בקריטריונים קבועים וברורים בבואו להפעיל את דרישות פסקת ההגבלה. לאחר מכן יבקש לחזות כיצד תעצב פסיקה זו את אופן הפעלת המבחנים במקרים שיובאו לבית המשפט בעתיד.

הפרק השני למאמר יציג את עיקרי הקביעות בפסק הדין. הוא יעסוק בטענות העותרים ובטיעוני הנגד של המדינה. לאורך כל הפרק יוצגו באופן כללי המסקנות של בית המשפט באשר לחוקתיות הפינוי והפיצוי. הפרק השלישי יעסוק בעיקרי שאלת המחקר ויבדוק כיצד הפעיל בית המשפט את מבחני פסקת ההגבלה לאור ההתנגשות בין חוק יישום תוכנית ההתנתקות לחוקי היסוד. בפרק זה תוצג ביקורתנו על דרך הפעלת המבחנים כקריטריונים עתידיים, וטענתנו הכללית היא שבית המשפט מפעיל ומיישם את מבחני פסקת ההגבלה באופן שונה על פי נסיבות המקרה ומתוך התחשבות בהשפעות של פסיקתו על החברה הישראלית. בפרק הרביעי תיבחנה ההשפעות הצפויות של פסק הדין על הפעלת פסקת ההגבלה בעתיד. הפרק יעסוק בשאלה, אם יישום המבחנים יהיה שונה כאשר ידובר במטרות ביטחוניות-לאומיות לעומת מטרות כלכליות (כגון חלוקת משאבים ציבוריים). מסקנתו הסופית של המאמר תהיה כי על אף הביקורת המושמעת כיום כלפי בית המשפט, דווקא במקרים בעלי חשיבות לאומית, הכרוכים בשאלות העוסקות בזכויות אדם, מן הראוי שבית המשפט ינקוט אקטיביזם שיפוטי נמרץ יותר.

ב. עיקרי הקביעות בפסק הדין

1. הצגת עמדותיהם של העותרים ותגובות המשיבים

העותרים בפסק הדין נחלקים לארבע קבוצות. קבוצת העותרים האחת היא של העותרים נגד חוקתיות הפינוי.¹⁰ לטענתם, הפינוי פוגע פגיעה קשה בזכויות יסוד כגון כבוד האדם, חירות, קניין וחופש העיסוק. עצם הפינוי נתפס כמהלך חד צדדי שאינו נסמך על ערובות ממשיות לתוצאות שיביאו למדינה ביטחון והישגים מדיניים. תשובת המדינה היא שיש לדחות את העתירה על הסף שכן תוכנית ההתנתקות עוגנה בחקיקת הכנסת ומהווה סוגיה מדינית-ביטחונית. לפיכך, אין בסמכות בית המשפט להכריע בנושא. אשר לפגיעה בזכויות יסוד, המדינה מסכימה כי קיימת פגיעה בקניין המפונים אך לטענתה הפגיעה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹¹

¹⁰ ההוראות העיקריות בנוגע לפינוי ולאיסור השהייה בשטח קבועות בסעיפים 22, 23, 24, 25, ו-27 לחוק ההתנתקות. סעיף 22 קובע כי הממשלה תקבע צווי פינוי שיגדירו את יום ביצוע הפינוי ואת השטחים שיפונו. סעיפים 23-25 לחוק קובעים הגבלות שיחולו על הכניסה ועל השהייה בשטח המפונה עד יום הפינוי שיוגדר בצווי הממשלה ולאחריו. סעיף 27 מגדיר את הסנקציות הפליליות המוטלות על אזרח שעובר על הסעיפים הקודמים.

¹¹ ס"ח התשנ"ב 150. טענות אלו מוצגות בפס' 28-30 לדעת הרוב בפרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9.

קבוצת העותרים השנייה יוצאת נגד חוקתיותם של הסדרי הפיצויים הניתנים למפונים. העותרים טוענים כי שיעור הפיצוי שניתן אינו הולם את עוצמת הפגיעה ולכן אינו עומד במבחני פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹² חלק מהעותרים בקבוצה זו יוצאים נגד הסדר הפיצויים הספציפי העוסק בבתי מגורים,¹³ חלק מהעותרים טוענים נגד הסדר הפיצויים שניתן לעסקים¹⁴ וחלק מהעותרים מתנגדים לחוקתיות הסדר הפיצויים לחקלאים.¹⁵ העותרים נגד הסדר הפיצויים לבתי מגורים טוענים כי הפיצוי אינו ריאלי לפי ערכי השוק לרכישת בית חלופי. העותרים נגד הסדר הפיצויים לעסקים טוענים כי ההסדר אינו משקף באמת את שווי הנכסים והמפעלים ולכן אינו מעמיד אותם במצב שבו היו נתונים אלמלא הפינוי. העותרים נגד הסדר הפיצויים לחקלאים טוענים כי המדינה אינה מעמידה לרשותם שטחים חקלאיים חלופיים. גם לקבוצת עותרים זו משיבה המדינה שיש לדחות את התביעות על הסף. זאת מכיוון שהעותרים לא מיצו את ההליכים הואיל ולא פנו לוועדת הזכאות שהקים החוק, שבה ניתן להעלות השגות בנוגע לזכאות לפיצויים ולשיעורם. בנוסף, המדינה מסכימה כי ישנה פגיעה בקניין ובחופש העיסוק, אך לטענתה החוק קובע מערך פיצויים ייחודי, שוויוני ויעיל ולפיכך הפגיעה מידתית.¹⁶

קבוצת העותרים השלישית טוענת לאי חוקיות החלטת הממשלה וצווי הפינוי שהוצאו על פיה. לטענת העותרים, מועד הפינוי שנקבע מחמיר שלא לצורך את הפגיעה בהם מאחר שהוא קרוב מדי ואינו מאפשר תקופת היערכות סבירה. טענה נוספת היא שלא ניתנה לעותרים זכות טיעון שראוי לתת לפני קבלת החלטות מנהליות הפוגעות בזכויות. המדינה מנגד טוענת שמועד הפינוי שנקבע חיוני להשלמת תוכנית ההתנתקות, המהווה צעד לאומי וביטחוני חשוב. אשר לזכות הטיעון, המדינה משיבה כי תוכנית ההתנתקות התקבלה כהליך מדיני ברמה הלאומית ולכן אינה מחייבת שימוע פרטני לקבוצות נפגעים מסוימות.¹⁷

קבוצת העותרים הרביעית והאחרונה עוסקת בהחלטת פינוי היישובים אלי סיני וניסנית. לטענת העותרים אין להכליל את שני היישובים בביטוי "חבל עזה", שכן גדר הביטחון עוברת מזרוע להם ומפרידה

¹² ס"ח התשנ"ד 90.

¹³ ראו סעיפים 32-48 לחוק. סעיף 35 לחוק מפרט את מסלול א' למתן פיצויים וסעיף 2 לתוספת השנייה קובע את הפרמטרים לחישוב סכומי הפיצויים לפי מסלול א'. פיצויים לפי מסלול זה ניתנים לכל אדם שהיה בעל זכות בבית מגורים ביום הקובע. סעיף 36 מפרט את מסלול ב' למתן פיצויים וסעיף 3 לתוספת השנייה קובע את הפרמטרים לחישוב הסכום. פיצויים לפי מסלול זה ניתנים לאדם אשר מרכז חייו היה בבית מגורים ביישוב המפונה בשנתיים שלפני היום הקובע או לאדם שמרכז חייו לא היה ביישוב המפונה אך עד שנה לפני היום הקובע התגורר במשך שמונה שנים ביישוב המפונה.

¹⁴ ראו סעיפים 62-73 לחוק. סעיף 64 מאפשר לבעלי עסקים לבחור בין שני מסלולי פיצוי – מסלול פיצוי פיננסי או מסלול פיצוי נכסי.

¹⁵ ראו סעיף 62 לחוק לעניין הגדרת "התקופה הקובעת" לצורך חישוב הרווח התפעולי הממוצע של עסק חקלאי, סעיף 70(ג) לעניין מענק השקעה לעסק של חקלאות וסעיף 6 לתוספת השלישית לעניין הפיצוי עבור חממות.

¹⁶ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, פס' 31-46 לדעת הרוב.

¹⁷ שם, בפס' 47-48 לדעת הרוב.

ביניהם לבין יתר האזור. המדינה דוחה טענה זו על הסף באומרה שגדר הביטחון זמנית בלבד ולכן אינה מהווה
ראיה להפרדה ממשית בין היישובים הללו לבין שאר האזור.¹⁸

2. מסקנות בית המשפט בעניין חוקתיות חוק ההתנתקות

א. החלטת בית המשפט בנוגע לחוקתיות הפינוי

כצעד מקדים בית המשפט העליון בוחן את טענת המדינה לאי שפיטות.¹⁹ לאחר שהוא דוחה טענה זו, בית
המשפט פונה לבחינת חוקתיות הפינוי עצמו. בית המשפט מסכים לקביעה שהחוק פוגע בזכויות אדם
המעוגנות בחוקי היסוד ובמרכזן זכותם של המפונים לכבוד ולקניין. השופטים פונים לבחינת דרישות פסקת
ההגבלה, ולאחר דיון בכל אחד ממבחניה, דיון אשר יזכה להתייחסות מפורטת ביותר בפרק הבא במאמר, בית
המשפט מגיע לכלל מסקנה כי בגלל הפיזיו המובטח בחוק, הפגיעה בזכויות היסוד מקיימת את דרישות פסקת
ההגבלה ולכן היא חוקתית.

ב. החלטת בית המשפט בנוגע לחוקתיות הפיזיו

גם בנושא הפיזיו בית המשפט דוחה את טענת הסף של המדינה שהעותרים לא מיצו הליכים חלופיים שקבע
החוק.²⁰ לאחר דחיית הטענה בית המשפט פונה לבחינת הסדרי הפיזיויים הספציפיים שבחוק. כאמור, טענו
העותרים כי הפיזיויים שניתנו אינם הוגנים ולכן פוגעים במפונים במידה העולה על הנדרש. בית המשפט
מפעיל את מבחני המידתיות של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בנוגע לכל הסדר פיזיויים
פרטני. גם הדיון בהפעלת מבחני פסקת ההגבלה לעניין הפיזיו יפורט בפרק ג. מסקנתו של בית המשפט היא
כי ארבעה עניינים בהסדר הפיזיויים אינם חוקתיים, שכן פגיעתם בזכויות המפונים אינה מידתית.²¹ האחד הוא
עניין ייחוד העילה והוויתור על קבלת פיזיו לפי החוק.²² אשר לפיזיו הניתן לבעלי בתי מגורים, בית המשפט

¹⁸ שם, בפס' 49 לדעת הרוב.

¹⁹ כאמור, המדינה השיבה לטענות העותרים שנושא העתירה הוא בעל אופי מדיני מובהק ולכן לא מתפקידו של בית המשפט
לבחון את חוקיותו. לטענתה מדובר בשיקול דעת מדיני הנתון באופן מוחלט לממשלת ישראל ולכנסת. בית המשפט אינו מקבל
את טענת המדינה כי המרכיב הדומיננטי הוא השיקול המדיני-ביטחוני-לאומי. מטרת החוק היא פינוי ישראלים מחבל עזה
והיבט שכזה כרוך בפגיעה בזכויות אדם של המפונים, פגיעה זו מהווה מרכיב עיקרי לא פחות בחוק ואין השיקול המדיני
עולה במשקלו על שיקול פינוי הישראלים. לפיכך, בית המשפט דוחה את טענת אי השפיטות וקובע כי בסמכותו לדון בטענות
העותרים. שם, בפס' 73-75 לדעת הרוב.

²⁰ המדינה טענה שהעותרים לא מיצו את ההליכים הקבועים בחוק ולכן בית המשפט אינו רשאי להיענות לבקשותיהם. בית
המשפט אכן מסכים כי העותרים לא מיצו את ההליכים, אך קובע כי בנסיבות העניין יש מקום להידרש לעתירות לגופן שכן
מדובר בעניין בעל חשיבות עליונה ורגישות מיוחדת. שם, בפס' 123 לדעת הרוב. בנוסף, ועדות הזכאות לא תספקנה סעד
יעיל לעותרים שכן חלק מטענותיהם נוגעות ל"כלל הוויתור" הקובע שיש לוותר על תביעה מכוח הדין הכללי כתנאי כניסה
לוועדות. נימוק נוסף הוא שכדי לבחון את חוקתיות הפינוי, יש לבדוק גם את חוקתיות הפיזיו, ובחינה שכזו חייבת להיעשות
מבעוד מועד ולפני הליך הפינוי. שם, בפס' 120-125 לדעת הרוב.

²¹ שם, בפס' 474 לדעת הרוב.

²² סעיף 134, הקובע את ייחוד העילה והסמכות, ולפיו פיזיו בגין הפינוי הכפוי יינתן רק מכוח הוראות חוק ההתנתקות, וסעיף
135 הקובע כי סעיף 134 לא יחול על מי שוויתר על קבלת פיזיויים לפי חוק ההתנתקות בתנאי שהוויתור היה בתוך שלוש

קובע כי שלוש סוגיות אינן מידתיות ולכן בטלות:²³ האחת, שלילת זכות החזרה מהבחירה במסלול השומה הפרטנית;²⁴ השנייה, גיל הסף שנקבע לקבלת מענק אישי;²⁵ השלישית, מחסום "היום הקובע" לצבירת ותק לצורך קביעת סכום המענק האישי.²⁶ בית המשפט מכריז על בטלותן של הוראות אלו, ומפריד בינן לבין שאר הוראות החוק. אשר לפיצוי הניתן לבעלי עסקים, בית המשפט קובע כי מנגנון הפיצוי כולו הוא הסדר הוגן וראוי ולכן דוחה את טענות העותרים. גם באשר לפיצוי הניתן לחקלאים בית המשפט קובע כי ההסדר הינו הוגן וראוי.²⁷

ג. החלטת בית המשפט בנוגע לחוקיות החלטת הממשלה וצווי הפינוי

טענות העותרים בעניין החלטת הממשלה וצווי הפינוי נדחו גם הן. בית המשפט בחן את פגיעת ההחלטה והצווים בקניין המפונים ובחופש העיסוק שלהם לפי מבחני פסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד והגיע לכלל מסקנה כי תקופת חמשת החודשים, שנקבעה בצווי הפינוי, חוקתית ואינה פוגעת במידה העולה על הנדרש.²⁸

שנים מיום הפינוי. בית המשפט סבר כי ביטול סעיפים אלו יביא גם לידי ביטול הוראות שהן חוקתיות. לפיכך הסעד שניתן הוא הצהרה כי כל הוראה בסעיפים אלו שלפיה תביעת פיצוי לפי הוראות החוק יש בה משום וויתור על תביעה לפי הדין הכללי, או שבתביעה לפי הדין הכללי יש משום וויתור על פיצוי מכוח חוק ההתנתקות, היא בטלה ואין לנהוג לפיה.

23 הכרזתו של בית המשפט בפרשת ההתנתקות על בטלותן של הוראות מסוימות בחוק הפכה את הפסילה לסבוכה מאלו שראינו עד היום. היא מורכבת מביטולן של הוראות מסוימות על ידי בית המשפט ומהחלפתן של הוראות אחרות בהסדרים שהוא עצמו קובע, בניגוד למגמה שהייתה קיימת עד היום – של החזרת החוק לכנסת למקצה שיפורים. בית המשפט קובע את ברירת המחלוקת והיא נותרת בעינה מאחר שהכנסת לא יזמה תיקונים חקיקתיים בעקבות פסק הדין. לדיון מפורט בסוגיה זו והרחבת הביקורת על הסעד החוקתי שניתן, ראו גיא זיידמן והלל סומר "בית-המשפט העליון וההתנתקות" **משפט וממשל ט** 579, 601-605 (2006). במאמרם בוחנים זיידמן וסומר, בין היתר, את ההיבטים המוסדיים והצורניים ואת החידושים בפסק הדין באשר לסעדים חוקתיים, וכמה סוגיות בתחום המשפט המנהלי, ואילו מאמרנו זה מבקש לבחון את הפעלת מבחני פסקת ההגבלה על ידי בית המשפט בפרשת ההתנתקות.

24 סעיף 37(ה) לחוק קובע כי "מי שבחר בפיצוי לפי שומה פרטנית אינו רשאי לחזור בו מבחירתו". בית המשפט קבע כי הוראה זו בטלה. ביטול זה גם משפיע על סעיף 37(ג), לפיו המבקש שומה פרטנית נדרש לעשות זאת בתוך 60 יום למן מתן צו הפינוי, ולכן קבע בית המשפט שיש להאריך את המועד ל-30 יום מעת מתן פסק הדין.

25 סעיף 46 לחוק קובע כי "ישראלי שמתקיימים בו התנאים המפורטים בסעיף 44(א)(2) וכן תנאים אלה: (1) ביום הקובע מלאו לו 21 שנים לפחות; (2) מרכז חייו היה ביישוב מפונה במשך שלוש שנים רצופות לפחות בתכוף לפני היום הקובע, זכאי למענק בסכום של 4,800 שקלים חדשים לכל שנה מהשנים שבתכוף לפני היום הקובע, החל ביום הגיעו לגיל 21, שבהן מרכז חייו היה ברציפות ביישוב מפונה; לגבי חלק משנה כאמור יהיה זכאי לחלק יחסי מהסכום האמור". בית המשפט קבע כי אי החוקתיות בעניין גיל הזכאות קבועה בסעיף 46(1) ובדיבור "החל ביום הגיעו לגיל 21" בפסקה האחרונה של הסעיף, ולכן הם בטלים.

26 סעיף 46 לחוק, וסעיף 1 לתוספת השנייה אשר מגדיר "ותק" כ"משך תקופת המגורים הרצופה של הזכאי בתכוף לפני היום הקובע בתחום המועצה האזורית שאליה שייך היישוב המפונה שבו נמצא בית המגורים, ולגבי בעל זכות שכירות בדור ציבורי – משך תקופת המגורים כאמור בבית המגורים שלגביו יש לו זכות שכירות". היום הקובע רלוונטי גם למנגנון הפיצוי לעובדים, מאחר שסעיף 52 לחוק קובע את חישוב דמי הסתגלות שישולמו בהתאם למספר חודשי הוותק של הזכאי שהיו לפני היום הקובע. ראו פס' 373 לדעת הרוב בפרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9. בית המשפט ביטל בסעיפים אלו את כל הקביעות הנוגעות למונח "היום הקובע".

27 שם, בפס' 333, 350 לדעת הרוב.

28 שם, בפס' 464 לדעת הרוב.

כן נקבע כי לא הופרה זכות השימוע של העותרים. הם השמיעו את טענותיהם כיישובים העומדים להתפנות, וכיחידים לא עומדת להם בנסיבות העניין זכות זו.²⁹

ד. החלטת בית המשפט בנוגע לאלי סיני וניסנית

בעניין היישובים אלי סיני וניסנית בית המשפט קובע כי יישובים אלה מצויים בתחום "חבל עזה" ולכן נכללים בהסדרים שנקבעו בחוק יישום תוכנית ההתנתקות. בית המשפט מנמק את החלטתו בכך שהיישובים מצויים בשטח שבו הפעיל המפקד הצבאי את סמכויותיו על פי דיני התפיסה הלוחמתית מימי מלחמת ששת הימים. בנוסף, יישובים אלה נכללו ברשימת השטחים המפונים בנספח להחלטת הממשלה והחלטה זו היא בגדר מתחם הסבירות הנתון לממשלה.³⁰

ג. יישום מבחני פסקת ההגבלה על ידי בית המשפט

1. ההתנגשות בין חוק ההתנתקות לבין זכויות יסוד

בית המשפט החיל את חוקי היסוד על המתיישבים בחבל עזה ובצפון השומרון, ולפיכך עומדות להם הזכויות המעוגנות בחוקים אלו.³¹ דעת הרוב הכירה בכך שחוק ההתנתקות פוגע בזכויות המתיישבים לכבוד, לחירות, לאוטונומיה, לקניין ולעיסוק, ובכל זאת נדחו העתירות.³² עם זה, קשה שלא לשים לב לכך שהכרה זו בעצם הפגיעה לא כללה הכרה בעוצמתה של הפגיעה.³³

בית המשפט לא התייחס לכך שלא מדובר בזכות יסוד אחת שנפגעה אלא במכלול זכויות יסוד שהפגיעה בהן נעשתה בד בבד, דבר המשפיע על עוצמת הפגיעה. אכן, שונה מצבו של אדם שנפגעה זכות העיסוק שלו, אף שאין לזלזל בפגיעה כזו, ממצבו של אדם שנאסר עליו להמשיך להתגורר בבית שהקים לבני משפחתו ולעצמו, ושנאלץ לעבור לאזור מגורים חדש ולמצוא את תעסוקתו במקום זה, ואף להסתגל לאורח חיים חדש מבחינת קשריו החברתיים, הכלכליים, המוסדיים. השינוי היה חד במיוחד בענייננו, משום שהפינוי

²⁹ שם, בפס' 418 לדעת הרוב.

³⁰ שם, בפס' 466-473 לדעת הרוב.

³¹ נקבע כי לחוקי היסוד תחולה אישית על כל אחד מהמתיישבים בשטחים המפונים, הנגזרת משליטת המדינה בשטחים אלו בדרך של תפיסה לוחמתית. ראו שם, בפס' 78-80 לדעת הרוב. יש לציין כי קביעתו זו של בית המשפט אינה מוגבלת לנושא פינוי היישובים בלבד, ובין היתר היא עשויה להפוך את חוקי היסוד לחוקים בעלי תחולה אישית על המתיישבים. להשפעות נוספות של החלטת חוקי היסוד על המתיישבים ראו זיידמן וסומר, לעיל הערה 23, בעמ' 615-616.

³² שם, בפס' 81-83 לדעת הרוב. הפגיעה בחופש העיסוק נקבעה כפגיעה העומדת על רגליה שלה, בלא תלות בפגיעה בזכות לקניין. עוד יש לציין כי בהקשר של חופש העיסוק, חוק ההתנתקות פוגע בכל מי שעיסוקו נמצא בחבלי הארץ המפונים, ולא בהכרח בכל מי שמפונה. למען פשטות הדיון לא התעמקנו בהבחנה זו. כך גם בנוגע לפגיעה בזכות לקניין.

³³ על נקודה זו עמד שופט המיעוט – השופט לוי – שתיאר את הפגיעה כ"שילוב נדיר שכמעט אין לו אח ורע של פגיעה אנושה בזכויות הקניין, בחופש העיסוק, ומעל כולם ניצבת הפגיעה בכבוד האדם וחירותו", וסבר כי בחינת שאלת הפיצוי היא זילות של העיקר: הפינוי. מן הטעם הזה הוא גם סבר כי נחוץ לשופטי בית המשפט העליון לבקר לפחות בחלק מהיישובים המיועדים לפינוי, לפני שיכריעו בעתירות. ראו שם, בפס' 3 לפסק דינו.

הכפוי משמעו במרבית המקרים היה פירוק קהילה ומסגרת חברתית מגובשת³⁴ וכרוך בקשיים נוספים כגון פינוי בתי התפילה והוצאת המתים מקבריהם.³⁵ פסקת ההגבלה אמורה להיבחן לנוכח זכות ספציפית, וקשה להחילה וליישם את המבחנים המרכיבים אותה, על אגד שלם של זכויות. לפיכך ייתכן שהשימוש בכלי זה אין בו כדי לתת מענה במקרים כגון המקרה שבו אנו דנים.

בנוסף, בית המשפט הפחית מעוצמת הפגיעה כשקבע שהישיבה באזורים המפונים הייתה זמנית בלבד, והפינוי היה צפוי מראש.³⁶ לדעתנו, גישה זו היא בעייתית. תפיסת דעת הרוב שההתיישבות הייתה זמנית השפיעה על הניתוח כולו והקרינה על ההתייחסות לכל אחת מהפגיעות הספציפיות. נקודת המוצא של

³⁴ הגם שחלק קטן מהישובים המפונים היו אמורים לקום מחדש, בפועל הדבר טמן בחובו קשיים רבים, והיום - שנה ויותר לאחר ההתנתקות, רובם המכריע של המפונים עדיין מתגורר במגורים זמניים. ראו, למשל, כתבתו של נדב שרגאי מעיתון הארץ "טרם החלה בניית קבע עבור מפוני גוש קטיף", מיום 25.9.2006 news.walla.co.il/?w=/1980595 (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006). בכתבה זו מציין שרגאי שגם במקרים שבהם שיתפו מפונים פעולה עם מנהלת סל"ע, שהייתה אחראית להסדרת יישובם מחדש ושיקומם, ולמרות הבטחותיה של המנהלה ששיתוף פעולה זה יזרו את התהליכים, בפועל לא נרשמה התקדמות. לנתונים מתוך אתר ויקיפדיה:

he.wikipedia.org/wiki/%D7%A9%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%9D_%D7%9E%D7%A4%D7%95%D7%A0%D7%99_%D7%92%D7%95%D7%A9_%D7%A7%D7%98%D7%99%D7%A3_%D7%95%D7%A6%D7%A4%D7%95%D7%9F_%D7%94%D7%A9%D7%95%D7%9E%D7%A8%D7%95%D7%9F (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006), ונתונים מתוך אתר הבית של מעריב – NRG המתייחסים למקום מושבם של המפונים לאחר חצי שנה מעת ביצוע ההתנתקות (בתחתית העמוד, מצד שמאל): www.nrg.co.il/online/1/HP_751.html (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006). אמנם עלו טענות מצד פקדי סל"ע כי התנגדות המתיישבים היא שמנעה את האפשרות של יישוב מחדש, אולם דו"ח מבקר המדינה מבקר בחריפות את התנהלותה של המנהלה. ראו "דו"ח ביקורת על ההתנתקות – סוגיות בפעילותה של מנהלת סל"ע, היערכות הרשויות המקומיות וקליטת המפונים" דו"ח מבקר המדינה, 8.3.2006

<http://www.mevaker.gov.il/serve/contentTree.asp?bookid=456&id=2&contentid=8328&parentid=8325&sw=1024&hw=698> (נצפה באחרונה בתאריך 2.3.2007).

³⁵ בית המשפט אמנם מתייחס לכך שהוצאת אדם מביתו כרוכה בפגיעה בכמה זכויות יסוד, ומשווה זאת לבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002). באותו עניין תיאר בית המשפט ביתר פירוט את ההשפעות החמורות של העברת אדם מאזור יהודה ושומרון לאזור עזה לתקופה של שנתיים, לעניין הפגיעה בזכויותיו, אף כי באותו מקרה הדבר נעשה בשל הסכנה שנשקפה מאותו מגורש והיותו איום על ביטחון החברה (דובר בקרוביהם של מחבלים מתאבדים אשר היו מעורבים בפעילות חבלנית). וכך נאמר בפרשת עג'ורי: "הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים... (שם, בעמ' 365). בעניין ההתנתקות, הפינוי הכפוי פוגע בזכויות המתיישבים במובנים נרחבים וקשים ממובני ההעברה בפרשת עג'ורי. כפי שצינו, פינוי זה כרוך בפגיעה קשה בחופש הדת של התושבים, שכן הם נאלצים לעזוב את בתי הכנסת בשטחים המפונים, בפגיעה קשה ברגשותיהם, שכן הם נאלצים להוציא את עצמות יקיריהם מבתי העלמין, ובפגיעות נוספות המתלוות לפינוי כפוי של גושי התיישבות וקהילות שלמות על אנשיהן, מוסדותיהן ומתקניהן. ראו דבריו של השופט לוי, בפס' 3 לפסק דינו בפרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9: "הפינוי – זאת נדע – אינו רק עקירה מבתי ששימשו קורת גג, ולא מאדמה שעובדה, וגם לא ממפעלים ומאזורי תעשייה שהוקמו בעמל ובממון רב. זהו בראש ובראשונה הרס של מרקם חיים, של אמונה בעקרונות יסוד שלפיהם לכל אדם, באשר הוא, נתונה הזכות לבחור את מקום מגוריו, לבחור את קהילה שאליה הוא רוצה להשתייך, לבחור את המקום ואת הדרך שבה ימצא את לחמו, ולהבדיל, גם את המקום שבו יביא את יקיריו למנוחת עולמים וגם את המקום שהוא עצמו מבקש להיטמן בו בבוא שעתו". ההבדל בין עקירת היישובים לבין גירוש של עג'ורי איננו נעוץ רק בסופיות פינויים של המתיישבים לעומת זמניות העברתו של עג'ורי, מכיוון שלסופיות הפינוי יש ממדים נוספים. לעומת המתיישבים שפוננו, גם אם יועבר עג'ורי לצמיתות, עדיין יוכל בעתיד לשוב כמבקר אל קברי יקיריו, אל בית תפילתו ומחוזות ילדותו. עצם העובדה שכאן מדובר בעקירת קהילה מגביר את הפגיעה בזכויות הפרט כגון אלו שתוארו, ולא ניתן להשוות זאת למצב שנידון בעניין עג'ורי.

³⁶ שם, בפס' 115 לדעת הרוב.

בית המשפט הייתה שבגלל הזמניות, עוצמת הפגיעה איננה כה גדולה, והדבר בא לידי ביטוי בקביעותיו ובנימוקיו בכל אחד משלבי הפעלת פסקת ההגבלה. ניתן לראות זאת במיוחד במבחן המידתיות השלישי, שבו עורך בית המשפט מאזן בין הפגיעה במפונים לבין התועלת שתצמח מתוכנית ההתנתקות. אמנם נסכים כי בהיעדר ציפייה להתיישבות קבע, הפגיעה בזכויות המתיישבים היא פחותה בדרך כלל, אולם בית המשפט לא הסביר על מה ביסס את קביעתו שמדובר בהתיישבות זמנית. ודוק, העובדות דווקא מראות כי בצדק סברו המתיישבים שמגורי קבע מצאו לעצמם, או למצער כי לא בלתי הגיוני שפיתחו ציפייה למגורי קבע. ממשלות ישראל (משמאל ומימין) הן ששלחו אותם להתיישב באזורים אלו, מטעמים ביטחוניים ולא דווקא מטעמים של יישוב הארץ, ואמרו כי טעמים אלו אינם צורך השעה בלבד.³⁷ לפיכך מסכימים אנו לדברי שופט המיעוט, השופט לוי, שהתקשה להצדיק את ההפחתה מעוצמת הפגיעה בשל הזמניות לכאורה של ההתיישבות בשטחים המפונים. נקודת מבט נוספת יכולה אף להפוך את התמונה. ניתן לומר שדווקא פינוי של התיישבות זמנית באזורים הנתונים במחלוקת אידיאולוגית כרוך בפגיעה גדולה יותר מזו הנובעת מפינוי התיישבות קבע. תושבי האזורים המפונים ידעו שהתיישבותם היא חלק מהמאבק על גאולת האדמה, וכאבם גדול יותר שכן הוא נובע מהתחושה שהמאבק נכשל. ממד זה לא היה יכול לקבל ביטוי בפסק הדין ולכן נוצר פער בין תחושת ציבור המתנחלים ובין הכלים המשפטיים שעמדו לרשות בית המשפט. ממחישה את הפער הזה התייחסות בית המשפט לשאלת הפיצוי, שבה הוא דן לעומק ובפרטי פרטים, לעומת התייחסותו לשאלת הפינוי, שבה הדין הוא קצר יחסית ושטחי. גישת המפונים, לעומת זאת, מחשיבה מאוד את שאלת עצם חוקתיות המהלך כולו, ומחשיבה פחות את השאלה, כיצד סעד הולם ירפא את הפגיעה בזכויות. ניתוח זה יוצא מנקודת מוצא שפינוי התיישבות זמנית פוגע יותר; מאידך גיסא ניתן לטעון כי שאלת הזמניות איננה רלוונטית כלל לעוצמת הפגיעה. על פי גישה זו, אין להבחין בין התיישבות זמנית לבין התיישבות של קבע, ובשני המקרים עוצמת הפגיעה הנובעת מן הפינוי היא שווה. השפעות הפינוי על זכויותיו השונות של אדם – כבודו, קניינו וכדומה – שוות באופיין בשני סוגי המקרים.

³⁷ בפס' 10 לפסק דינו של השופט לוי, שם, הוא מצטט מנהיגים שונים שהתבטאו ברוח זו. הוא מצטט, למשל, את דבריו של יצחק רבין ז"ל בתפקידו כשר ביטחון בעת ביקורו בנווה דקלים ב-1985: "כבר לפני תשע שנים כאשר הייתי כאן בחנוכת היישוב הראשון (בצר חזני) כראש הממשלה, כך גם היום, אני מאמין שלאזור הזה יש עתיד התיישבותי, כלכלי, חברתי ותפקיד בטחוני, וכי הוא חייב להיות חלק בלתי נפרד ממדינת ישראל". דוגמה אחרת היא דבריו של אריאל שרון ב-1980: "אני רוצה לשלוח מעל במה זו ברכה חמה למתיישבי חבל קטיף. פועלכם כיום – השיבות לדורות", במאמר מ-1994 שבו כתב כי "היישובים חשובים, בנצרים כמו בחבל קטיף ובצפון הרצועה, או בהרי יהודה ובגבעות השומרון. כל יישוב משרת עניין ביטחוני חיוני... תכנון היישובים הוא בראש ובראשונה למען ביטחון המדינה. לכן הם שם, ויישאר שם", ואף דבריו בריאיון מיום 22.4.2005 בתשובה על השאלה "האם אתה מוכן להכריז כאן שהמתנחלים יושבים ביש"ע לא רק מתוקף תפיסה לוחמתית, אלא מפני שזה פשוט שלנו?": "אני חושב שאמרת את זה פעמים רבות". יתרה מזו, שופט המיעוט מציין כי תקופות החכירה הארוכות שניתנו למתיישבים, אשר כללו אפשרות הארכה לתקופה נוספת של 49 שנים, כמו גם הסכומים העצומים שהשקיעה המדינה בפיתוח היישובים, מביאים לכלל מסקנה כי העותרים היו רשאים להניח שאחיותם בקרקע אינה זמנית. זאת ועוד, חלק מהתושבים הם אנשים שפוננו בעבר מימית, שהופנו על ידי הממשלה להתיישבות באזור עזה, והובטח להם שלעולם לא ייעקרו מבתיהם שוב. ראו פס' 76 לכתבי הטענות הרלוונטיות לבג"ץ 1661/05 בעניין ההתנתקות: (בצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006) www.katif.net/pirsom/ati.doc

2. האם הפגיעה הייתה בחוק או מכוח חוק?

לאחר שקבע כי חוק ההתנתקות אכן פוגע בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, נדרש בית המשפט לבדוק אם הפגיעה מקיימת את מבחני פסקת ההגבלה,³⁸ שהרי זכויות האדם אינן מוחלטות וניתן להגבילן כאשר הגבלה זו עומדת בדרישות החוק.³⁹

המבחן הראשון של פסקת ההגבלה דורש שהפגיעה בזכות תיעשה מכוח חוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק.⁴⁰ בענייננו נראה כי הפגיעה בזכויות המתיישבים עומדת בדרישה זו שכן נעשתה מכוח חוק ההתנתקות. דעת הרוב דחתה את טיעוני העותרים כי החוק צריך לקבוע במפורש שהוא פוגע בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד; כי בשל חומרת הפגיעה היה צריך להתקבל בהצבעת רוב חברי הכנסת;⁴¹ וכי היה צריך להתקבל בחוק-יסוד.⁴² גם אם נקבל את עמדת הרוב בדבר חוקתיות חוק ההתנתקות מבחינות אלה, עדיין עולה שאלת חוקיותו מבחינה אחרת: האם הולם החוק את ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל.

3. האם החוק הולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית?

הדרישה הקבועה במבחן השני שבפסקת ההגבלה היא שהחוק יהלום את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁴³ לדעתנו, קביעתו הקצרה של בית המשפט כי חוק ההתנתקות עומד במבחן זה איננה נקייה מספקות.

³⁸ ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שקובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו." וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק לפיו "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

³⁹ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 59 לדעת הרוב; בג"ץ 5026/04 דזיזין 22 – שארק דלוס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, משרד העבודה והרווחה, פס' 11 (טרם פורסם, 4.4.2005) (להלן: פרשת דזיזין); בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433, 441 (1998) (להלן: פרשת תנופה); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 383-384 (1997) (להלן: פרשת מנהלי ההשקעות). ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך ב - 961-964, 975, 964 (מהדורה חמישית מורחבת, 1996); אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 465, 474-475 (1995).

⁴⁰ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 60 לדעת הרוב; הנשיא לשעבר שמגר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 337 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי).

⁴¹ חוק ההתנתקות התקבל ברוב של 59 חברי כנסת בלבד, לעומת 40 מתנגדים. על כן, אם היה בית המשפט מקבל את טענת העותרים שנדרש רוב של חברי הכנסת, לא היה מנוס מן המסקנה שהחוק אינו עומד במבחנה הראשון של פסקת ההגבלה ולפיכך אינו חוקתי. לנתוני ההצבעה ראו כתבתם של גדעון אלון וצבי זרחה מעיתון הארץ "בלי חצי מסיעת הליכוד – שרון העביר את חוק פינוי פיצוי בכנסת", מיום 17.2.2005 (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006). www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=575230

⁴² השופט לוי בדעת מיעוט סבר, לעומת זאת, כי לזכותם של יהודים להתיישב בארץ ישראל יש עיגון חוקתי, מאחר שעקרונותיה של מגילת העצמאות נהפכו לחוקתיים לאור סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן כדי לשלול זכות זו היה דרוש חוק יסוד ולא חוק רגיל. ראו פס' 10 לפסק דינו בפרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9.

⁴³ שם, בפס' 61 לדעת הרוב. ערכיה של המדינה כמדינה "יהודית ודמוקרטית" קבועים בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, והדרישה היא דרישה מצטברת, היינו שהחוק יהלום את ערכיה של המדינה כמדינה יהודית וגם את ערכיה כמדינה דמוקרטית. ראו: א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ'

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית נקבעו בפסיקה כערכי הציונות ומורשת ישראל.⁴⁴ לגישתנו, בית המשפט אינו מתייחס לעומקה לטענה המרכזית של העותרים, שפינוי יישובים אינו עולה בקנה אחד עם ערכים אלו. מחד גיסא הוא קובע כי החזון הציוני כולל כמובן את יישוב הארץ, אך מאידך גיסא הוא קובע כי הגשמת החזון חייבת להתחשב במכלול שיקולים כגון שיקולים לאומיים-מדיניים-ביטחוניים, שבעקבות שקילתם הולמת תוכנית ההתנתקות את הערכים הציוניים.⁴⁵ מוסכם עלינו כי יש לאזן את הערך הציוני של יישוב הארץ עם ערכים לאומיים וביטחוניים נוספים, אולם האם אכן מדובר במצב של איזון ראוי או שמא במצב של נסיגת ערך אחד מפני ערך אחר? לדעתנו, חוק ההתנתקות טומן בחובו ערכים לאומיים-ביטחוניים העלולים לסתור את ערך שמירת החזקה על שטחי המדינה בריבונות יהודית, ערך הנתפס כגרעין אופייה של מדינת ישראל כמדינת היהודים. לפיכך נראה כי היה מקום לנסות לאזן בין הערכים המתנגשים ולהתחשב גם בשיקול של יישוב הארץ כחלק ממכלול השיקולים להגשמת החזון הציוני, כפי שאכן הצהיר בית המשפט שיש לעשות. זאת, להבדיל ממה שנעשה בפועל, כאשר העניין נחתם בשורות בודדות ובלא דיון שיראה כי הובא בחשבון גם הפן של ההתיישבות כערך יהודי וציוני, ויסביר כיצד למעשה נעשה האיזון בין ערך זה לבין הערכים הלאומיים-מדיניים-ביטחוניים אשר נשארו ברמת הפשטה גבוהה שאינה מאפשרת בחינה מעמיקה. מאחר שבית המשפט קבע כי נושא העתירות שפוט, הציפייה היא שישתמש בשפה מושגית שבאמצעותה יוכל לפרוט את ערכי המדינה הרלוונטיים לשאלת פינוי יישובים והגדרת גבולות המדינה. העובדה שבית המשפט

ח"כ טיבי, פ"ד נו(4) 1, 20 (2003) (להלן: פרשת טיבי); פרשת דיזין, לעיל הערה 39, בפס' 14; הנשיא לשעבר שמגר בפרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 40, בעמ' 337; בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 36 (1997); עוד ראו אהרון ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 82-83 (2004).

⁴⁴ בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 281 (2000): "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בין היתר, מבססים את זכותו של העם היהודי לעמוד ברשות עצמו במדינתו הריבונית. כלשונה של הכרזת העצמאות [42]: 'בארץ-ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי-תרבות לאומיים וכלל-אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחי'. אכן, שיבתו של העם היהודי למולדתו נגזרת מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד... מערכיה אלה של מדינת ישראל – מכל אחד מהם בנפרד ומהשתלבותם זה בגדר זה – מתבקשות מסקנות מספר: כך, למשל, מתבקש כי עברית תהא שפה עיקרית במדינה ועיקרי חגיה ישקפו את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מתבקש מכך גם כי מורשת ישראל תהווה מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית, ומתבקשות מסקנות נוספות שאין לנו צורך לעמוד עליהן"; ע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יש(3) 365, 385 (1965): "האקט של הקמתה נעשה, בראש ובראשונה, בתוקף זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל"; פרשת טיבי, לעיל הערה 43, בעמ' 22: "מה הם אפוא המאפיינים ה'גרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית? מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד... במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית"; פרשת דיזין, לעיל הערה 39, בפס' 15: "למדינה היהודית שני היבטים עיקריים: היבט ציוני והיבט מורשתי-הלכתי... ההיבט הציוני מבוסס על עולמה של הציונות. ההיבט המורשתי-הלכתי, מבוסס על עולמה של היהדות"; אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך א 109-111 (מהדורה חמישית מורחבת, 1996). ראו גם ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל הערה 43, בעמ' 88: "מדינה יהודית בהיבט הציוני... היא מדינה שהתיישבות יהודית שמונחת בבסיסה". בנוסף ראו מאמרו של מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** יז 659, 668-670 (1993).

⁴⁵ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 90 לדעת הרוב.

שותק ואינו מרחיב, מעלה שאלות באשר למגבלות הדיון, ונראה כי אין קנה מידה משפטי מספק אשר באמצעותו אנו יכולים לקבוע אם חוק כחוק ההתנתקות אכן הולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית.

מלבד הבעייתיות שבקביעת בית המשפט כי החוק הולם את "הפן היהודי" של ערכי המדינה, בעייתית גם קביעתו בעניין "הפן הדמוקרטי" של ערכים אלו. ערכיה של מדינת ישראל כדמוקרטיה מבוססים על ההכרה בריבונות העם ובזכויות האדם.⁴⁶ אולם האם חוק ההתנתקות אכן משקף את רצונו של הריבון? לטענת העותרים, מעצם הנסיבות היה דרוש כאן משאל עם,⁴⁷ מכיוון שתוכנית ההתנתקות נוגדת את מצעה של מפלגת הליכוד שבראשה עמד ראש הממשלה שיזם את החוק. מאחר שאין חובה לערוך משאל עם בישראל, דחתה דעת הרוב טיעון זה בהסבירה כי "בישראל הריבון הוא העם. העם בוחר את הכנסת... היא "בית המחוקקים"... הכנסת מביעה את רצונה באמצעות חוקי יסוד וחוקים "רגילים". אלה קובעים את ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של המדינה ובאשר לצרכיה של החברה... הנה-כי-כן, הדמוקרטיה הישראלית היא דמוקרטיה ייצוגית. העם מדבר באמצעות נבחריו, והנבחרים מדברים באמצעות חקיקתם. חוק של הכנסת – כל חוק, לרבות חוק יישום ההתנתקות – הוא ביטוי להיבט זה של הדמוקרטיה הישראלית".⁴⁸ בית המשפט סירב לקשור בין סטייה של ראש ממשלה ממצע מפלגתי לבין תוקף חוק שהתקבל על ידי חברי כנסת מסיעות שונות. לגישתו, הכנסת איננה מבטאת מפלגה זו או אחרת אלא את רצון העם.

לדעתנו, יש בנימוק זה סתירה פנימית. כבר נאמר (ואף צוטט בדעת הרוב) כי ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית "...הם ערכיה של הדמוקרטיה הפורמאלית והמהותית גם יחד. לעניין הדמוקרטיה הפורמאלית יש להדגיש את עקרון הייצוגיות ואת העיקרון בדבר הגשמת רצון הרוב".⁴⁹ תמוה בעינינו כיצד ניתן לראות בהליך קבלת החוק ביטוי לפן זה של הדמוקרטיה הייצוגית בישראל. בבחירות שנערכו בשנת 2003 התמודד אריאל שרון מטעם סיעת הליכוד, כשמצע מפלגתו ונאומיו מצהירים על תמיכה בהתיישבות בשטחים המפונים. מטעם סיעת העבודה התמודד מולו עמרם מצנע שדיבר ראשון על רעיון ההתנתקות החד צדדית.⁵⁰ נושא זה, שעמד במרכז מערכת הבחירות, לווה בתעמולת בחירות סוערת.⁵¹ בסופו של דבר נבחר

⁴⁶ פרשת טיבי, לעיל הערה 43, בעמ' 23; פרשת דיזיין, לעיל הערה 39, בפס' 15; בג"ץ 5131/03 ח"כ ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577, 587 (2004). ראו גם ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל הערה 43, בעמ' 89-93.

⁴⁷ ההצעה לערוך משאל עם הונחה לפני הכנסת, ראו הצעת חוק-יסוד: משאל עם, ה"ח התשס"ה 146, אך נדחתה בקריאה הראשונה, ראו פרוטוקול הישיבה ה-239 של הכנסת ה-16 מיום י"ז באדר ב' התשס"ה (28 במרס 2005): www.knesset.gov.il/plenum/data/03998105.doc (עמ' 175) (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006).

⁴⁸ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 91 לדעת הרוב.

⁴⁹ פרשת ליצמן, לעיל הערה 46, בעמ' 588.

⁵⁰ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 18 ו-27 לפסק דינו של השופט לוי.

⁵¹ לדבריו של שרון בישיבת ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, כי "דין נצרים וכפר דרום כדין נגבה ותל-אביב" והפינוי רק יעודד את הטרור, ראו כתבתם של אריה בנדר ויצחק בן-חורי "שרון: "דין נצרים וכפר דרום כדין תל-אביב"" באתר מעריב מיום 24.2.2002 (2002) ראו: www.nrg.co.il/online/archive/ART/280/433.html (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006). לתשדיר בחירות 2003 של מפלגת העבודה, שבו הצהיר מצנע על כוונתו לפנות את היישובים הישראליים

שרון ברוב גדול לראשות הממשלה,⁵² אלא שלא חלפו ימים רבים והינה אימץ את עמדותיו של מצנע. כל אותם בוחרים שהצביעו עבור שרון – האין הם מבטאים את רצון העם? האם בחרו בשרון כדי לקבל את עמדותיו של מצנע? האם ראש ממשלה, אשר נבחר בשל השקפת העולם שהוא ומפלגתו מייצגים, יכול לסגת מדעותיו שהביאו לידי ניצחונו בבחירות ולאמץ את דעות יריבו? תוצאה זו קשה היא בעינינו ומערערת את אמון האזרחים בהליך הבחירות, בהליך הדמוקרטי. ויש לציין, לא מדובר בסטייה קלה לכאן או לכאן. בנושא ההתנתקות מדובר בשינוי כוונות מן הקצה אל הקצה, בלא כל שינוי בנסיבות המדיניות, הביטחוניות, הלאומיות או הכלכליות לעומת הנסיבות שבהן ניתנו הצהרותיו של ראש הממשלה כמועמד בבחירות.⁵³ לא ניתן להסכים למסקנה העולה מקביעת בית המשפט, שאין כל חשיבות להתחייבויות שקיבל עליו נבחר ציבור, ושבגינם בחר בו הציבור,⁵⁴ ובודאי אין לקבל את המסקנה כי במצב דברים שבו סטה נבחר הציבור סטייה

שברצועת עזה ואת היישובים הישראליים המבודדים שבצפון השומרון, ראו: [youtube.com/watch?v=wG3yeGIDgDA](https://www.youtube.com/watch?v=wG3yeGIDgDA) (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006).

52 בבחירות שנערכו ב-28 בינואר 2003 זכתה מפלגתו של שרון ב-38 מנדטים ואילו מפלגתו של מצנע ב-19 מנדטים בלבד. לנתונים מאתר הכנסת ראו: www.knesset.gov.il/elections16/heb/results/regions.asp (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006). לתוצאות חלוקת המנדטים באתר Ynet: www.ynet.co.il/home/0,7340,L-1863,00.html (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006).

53 ראו הרצאתו של השופט בדימוס אורי שטרומן בחוג הפרופסורים לחוסן מדיני וכלכלי בחיפה, "חוק בלתי חוקי" מיום 24.2.2005, בפס' ב: seruv.co.il/lawless-law.doc (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006). כדי להמחיש את הדברים, שטרומן מביא לדוגמה מצב שבו השר לשעבר טומי לפיד, שעמד בראש מפלגת שינוי, יחזור בתשובה ויפעל בממשלה ובכנסת להחלת דיני ההלכה על משפט המדינה (שם, בפס' ד). שטרומן דוחה את הניסיון לדמות הפרת הבטחות לבחור מסוג זה, להפרת ההבטחה שלא להעלות מיסים. האחרונה נתפסת לדעתו כהבטחה להשתדל להימנע ולא כהתחייבות מוחלטת להימנע, והיא מותנית בנסיבות הכלליות המשתנות מדי תקופה בתקופה (שם, בפס' ג).

54 תפיסת יחסי הבחור ונבחר הציבור כיחסים של שליחות (מנדט אימפריטיבי) מעוררת קושי פרקטי ותיאורטי בשל הצורך בגמישות פעולתו של הנבחר ואי היכולת לחזור אל הבחור בכל עניין ועניין שעל סדר היום הציבורי. לכן מקובל לראות יחסים אלו כיחסים של מנדט חופשי (מנדט רפרזנטטיבי) המותר לנבחר שיקול דעת לבחור את האופן שבו ייצג את בוחריו. עם זה, אין פירוש הדבר שהנבחר חסר כל תלות בבחור. ראו יגאל מרזל **המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות** 129 (2004): "... הציפייה מן הנציג היא כי הגם שיש לו (משפטית) שיקול דעת מוחלט ברמה המעשית הוא יהיה קשור לבחור, בייחוד בשאלות מדיניות עקרוניות. כך מתבקש גם אם רוצים לבסס לא רק מבנה ייצוגי של הממשל אלא גם לגיטימציה לשלטון זה... אמנם זהות בין הנציג לבחור אינה אפשרית (פרקטית), אולם אי-זהות ואי-תלות מוחלטת ביניהם עלולה להוביל למצב שתהיה 'מדינה ללא עם'. על כן נקודת המפתח בדמוקרטיה היא הסימולטניות במעמד של הנציג והבוחר". ראו גם דבריו של השופט חשין בבג"ץ 103/96 **כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נ(4) 309, 326 (1996): "נבחר הציבור הינו שליח הציבור, וכאותו שליח ציבור האומר להיות פה לקהל ומציג עצמו כעני מעש, נרעש ונפחד, כן הוא נבחר הציבור: משלו אין לו ולא כלום וכל אשר ברשותו ובהחזקתו – משל הקהל והקהילה הוא". עוד על מהות הקשר בין הבחור לבין הנבחר ראו אצל סוזי נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור" **משפטים** לא 433 (2000). אכן, מקובל לגרוס כי על נבחר הציבור מוטלת חובה אמון (ראו, למשל, פרשת ליצמן, לעיל הערה 46, בעמ' 588). עם זה, הדעות חלוקות בשאלה, כלפי מי מוטלת חובה זו. גישה אחת היא כי חובת הנאמנות של הנבחר חלה כלפי ציבור בוחריו, ראו השופט חשין בבג"ץ 5364/94 **ולגר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית**, פ"ד מט(1) 758, 827-828 (1995). לפי גישה שנייה, חובה זו קיימת כלפי כלל ציבור הבוחרים, ראו השופט ברק, שם, בעמ' 804-805. ראו גם מרזל, שם, בעמ' 63-64. גישה זו, שאינה מכירה בחובות הנבחר כלפי בוחריו, בעייתית משום שחבר הכנסת אינו נבחר לתפקידו באופן עצמאי אלא במסגרת מפלגתו, ומטרתה של המפלגה היא לקדם מטרות מדיניות וחברתיות באמצעות ייצוגן בבית הנבחרים. ראו הנשיא שמגר בבג"ץ 4031/94 **ארגון 'בצדק' נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 1, 23 (1994). לגישתו של השופט לוי בפס' 23 לפסק דינו בפרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, "ניתן לומר שחובת האמון שבה חייב חבר-הכנסת היא חובת אמון דואלית. היא נושאת פניה לציבור בוחריו ומפלגתו של חבר-הכנסת, מן העבר האחד, ולציבור בכללותו, מן העבר האחר". לפיכך, "חובת אמון כלפי הבוחרים נותנת ביטוי לחובה האמון הציבורית הכללית, באשר היעדר נאמנות כלפי בוחרים עלולה לפגוע, בסופם של דברים, אף בחובת הנאמנות כלפי הציבור כולו. חובת הנאמנות כלפי הבוחר אינה אלא ביטוי לציפייתו הלגיטימית של זה האחרון – ותהא המפלגה שלה נתן את קולו אשר תהא – להשפיע על סדר היום הפוליטי ולעצב את דמותו באמצעות נציגיו. ציפייה זו

חמורה מהתחייבויותיו אלה, החקיקה עדיין מבטאת את רצון הריבון שעליו נשענת הדמוקרטיה.⁵⁵ לפיכך, כדי לתקן את הפגם הדמוקרטי שבחקיקת החוק בניגוד לרצון הבוחר, שהתבטא בהצבעה על פי מצע המפלגות השונות, היה לדעתנו מקום לבחון את הצעת העותרים לערוך משאל עם. שימוש באמצעי של משאל עם עשוי להוות כלי משפטי לתיקון הכשל הדמוקרטי שתיארנו.⁵⁶

כאן מדובר בשינוי עמדה בעניין ביצוע נסיגה חד צדדית ופינוי כפוי של תושבים. בין שנסכים לכך שזהו צעד חיוני ומועיל ובין שלא, החשש הוא שבהיעדר ביקורת שיפוטית, יוכלו נבחרים הציבור לנהוג בעתיד ככל העולה על רוחם, שכן בית המשפט העליון כבל את ידיו בעניין זה. גם כאן ניתן לראות את מגבלות השיח המשפטי אם מאמצים את דעת הרוב. אימוץ עמדתו של שופט המיעוט מחייב את בית המשפט לנקוט גישה אקטיביסטית, לפקח על פעולות נבחר הציבור, ולקדם את תפקידו כשומר הדמוקרטיה וזכויות האדם בישראל. על פי גישה זו, ייתכן שבית המשפט היה יכול, למשל, להורות שלא לצאת למלחמה בלבנון, שכן גם מפלגת קדימה וגם מפלגת העבודה, שזכו לרוב בבחירות, דיברו בפירוש על כך שאין לערער את הגבול הצפוני.⁵⁷ אמנם התערבות כזו של בית המשפט איננה נעדרת קושי, במיוחד בשל העיקרון הדמוקרטי של הפרדת רשויות. עם זה, לפסיביות שאפיינה את דעת הרוב, אשר בחרה שלא להתערב, יש השפעות על יכולתו של בית המשפט להגן על היסודות הדמוקרטיים ועוד יותר מכך על זכויות האדם במדינה הדמוקרטית.⁵⁸ במצב היפותטי שבו ייבחר ראש ממשלה, שידרוס ברגל גסה זכויות יסוד, על פי דעת הרוב לא

משותפת היא לכל אזרח ואזרח, והיא העומדת בבסיסו של המשטר הדמוקרטי-ייצוגי. במובן זה, ייצוג שאינו לפי רצון הבוחרים חותר תחת עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית – ובראשם עקרון הייצוגיות... הנהגה-כך, אף טובת הציבור וחובת הנאמנות כלפיו מחייבת, ככלל, נאמנות כלפי הבוחרים" (שם).

יפים לעניין זה דבריו של השופט לוי, שם. ראו גם שטרומן, לעיל הערה 53, בפס' ד.

ניתן לטעון, מנגד, כי לאותם בוחרים מאוכזבים שהצביעו בעד הנבחר שלא עמד בהתחייבויותיו כלפיהם, הכוח להורידו ממרום מושבו בבחירות הבאות. אין לקבל טענה זו, שהיא בבחינת "לעג לרש", כפי שכינה אותה שופט המיעוט (פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 27 לפסק דינו). כאשר מדובר בהפרה כה משמעותית של התחייבות נבחר הציבור, רבה הסכנה שהבחירות הבאות כבר לא יוכלו להועיל. ראו דבריו של השופט ברק בבג"ץ 1635/90 **ז'רני'בסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה(1) 749, 843 (1991): "אמת, הכוחות הפוליטיים והציבור הרחב הם שישפטו, בסופו של דבר, את הרשויות השלטוניות על האופן בו כיבדו את ההסכמים אותם כרתו. אך משפט הציבור אינו תחליף למשפט ציבורי. בצד השיפוט הפוליטי ראוי שיתקיים גם השיפוט הנורמטיבי, ואין האחד בא במקום השני". סכנה זו אכן התממשה בענייננו, שכן לאחר שפוננו בתיבה ונהרסו, לא ניתן להשיב את מצבם של המפונים לקדמותו, ו"הענשת" ראש הממשלה בבחירות הבאות לא יכלה להוות תרופה כלשהי עבורם. לכך יש להוסיף גם את אמון הציבור במערכת הדמוקרטית שנפגע במידה רבה, ואת החשש ממדרון חלקלק בהיעדר ביקורת שיפוטית בתחום זה.

אימוץ עמדתו של השופט לוי יכול אף להביא לידי חיוב המדינה לבצע היפרדות גם ביהודה ושומרון, מאחר שמפלגת קדימה נבחרה על סמך מצע זה. עם זה מדובר בחיוב עשה ולא בהוראה של בית המשפט שנועדה לשמור על הסטטוס קוו, ולכן בית המשפט ייטה פחות להיענות לבקשה כזו.

דוגמה לכך ניתן לראות בגישתו הפסיבית של בית המשפט למדיניות המקרקעין בישראל. גישה זו נתנה גיבוי לתהליך הלאמת הקרקעות ולתהליך ההסדר, שכן בית המשפט נצמד לכללים פורמליסטיים ונמנע מדיון במישור החוקתי של פגיעה בזכויות יסוד כגון זכות הקניין. ראו, למשל, ע"א 58/54 **הבאב נ' האפורטורפוס לנכסי נפקדים**, פ"ד י 912 (1956); ע"א 482/59 **בדואן נ' מדינת ישראל** פ"ד טו(2) 906 (1961); ע"א 518/61 **מדינת ישראל נ' בדארן**, פ"ד טז 1717 (1962); ע"א 218/74 **אל האשלה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח (3) 141 (1984); ע"א 518/86 **אבו סולב נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מב(4) 518 (1989); סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט" **עיוני משפט** כא 665 (1998); יפעת הולצמן-גזית "דיני הפקעת מקרקעין בשנות החמישים בראי האידיאולוגיה הציונית של קליטת עליה וקניין פרטי" **מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי** 223 (חנוך דגן עורך, 1999).

יהיו לכאורה בידי בית המשפט הכלים להתמודד עם מעשיו. לשיטתנו, דווקא במצב שבו נתונה מדינת ישראל כיום, כאשר רשויות השלטון האחרות נתפסות בעיני הציבור כמי שפועלות על פי נורמות מוסר ירודות ואינן נהנות מאמונו, נחוץ מאוד בית משפט אקטיביסטי ומתערב.

לסיכום נקודה זו, נראה כי דיונו של בית המשפט בשאלת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית לוקה בחסר ואף אינו מתיישב עם ערכים אלו כפי שפורשו על ידי בית המשפט בעבר. למבחן ההלימות, שלא כמו למבחני המידתיות שיידונו בהמשך, קל יותר לקבוע קריטריונים נהירים, אך למרות זאת בית המשפט לא קבע קריטריונים כאלה, אף שמדובר במקרה המעלה שאלות קשות בעניין זה, שאלות שבמקרים אחרים התשובה עליהן היא ברורה.

4. האם החוק נועד לתכלית ראויה?

המבחן השלישי של פסקת ההגבלה דורש שהחוק הפוגע ייחקק לתכלית ראויה. דרישה זו תמולא אם התכלית המונחת ביסודו מצדיקה את הפגיעה בזכויות אדם.⁵⁹ בענייננו תכלית חוק ההתנתקות, שנקבעה בסעיף 1, היא להסדיר את פינוי התושבים, לתת פיצויים הוגנים וראויים לזכאים, לסייע בתהליך הפינוי ולהעתיק קבוצות התיישבות למקומות חלופיים.⁶⁰

בפסיקה נקבע זה מכבר כי תכלית המכוונת להגשמת מטרות ציבוריות, החשובות למדינה ולחברה והעולות בקנה עם ההגנה על זכויות אדם, תכלית ראויה היא. מטרות אלו יכולות להיות מטרות חברתיות, לכלליות, ביטחוניות וכדומה.⁶¹ עם זה, אין פגיעה בזכות אחת דומה לפגיעה בזכות אחרת ואף פגיעה באותה הזכות משתנה ממקרה למקרה. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, והפגיעה קשה יותר, נדרש שתהא תכלית

⁵⁹ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 63 לדעת הרוב. על תכליות החוק ניתן ללמוד מביטויין במפורש או במשתמע בחוק עצמו, וכן ממקורות נוספים כגון ההיסטוריה החקיקתית, מהות העניין, ערכיה הכלליים של שיטת המשפט. ראו פרשת קעדאן, לעיל הערה 44, בעמ' 272; בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 662-663 (2002); הנשיא לשעבר שמגר בפרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 40, בעמ' 342-343; בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 673-674 (1995) (להלן: פרשת בזק).

⁶⁰ ובלשונו של סעיף 1 לחוק ההתנתקות: "חוק זה מטרתו להסדיר את העניינים שלהלן, לשם יישום תכנית ההתנתקות: (1) פינוי ישראלים ונכסיהם מחבל עזה ומשטח בצפון השומרון, בהתאם להחלטות הממשלה; (2) מתן פיצויים הוגנים וראויים, בנסיבותיו המיוחדות של העניין, מאוצר המדינה, לזכאים לכך לפי חוק זה; (3) סיוע לזכאים לכך לפי חוק זה בתהליך הפינוי ובמעבר למקומות מגורים ותעסוקה חדשים; (4) העתקת מקומות מגורים של קבוצות מתיישבים והעתקת אגודות שיתופיות התיישבותיות למקומות חלופיים, לפי הוראות חוק זה".

⁶¹ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 62 לדעת הרוב; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 264 (2002); הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 40, בעמ' 434; פרשת דיזיין, לעיל הערה 39, בפס' 19; פרשת תנופה, לעיל הערה 39, בעמ' 444; פרשת חורב, לעיל הערה 43, בעמ' 52; בג"ץ 4513/97 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 39-40 (1998); פרשת בזק, לעיל הערה 59, בעמ' 687-686; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 778 (1999).

חשובה יותר לחוק הפוגע.⁶² בענייננו הסכים בית המשפט להניח, שהפגיעה הקשה בזכויות היסוד של המפונים מצריכה אמת מידה מחמירה כדי שתכלית החוק תקיים את דרישת פסקת ההגבלה, והגדיר אמת מידה זו כ"מטרה חברתית מהותית".⁶³

האם תכלית חוק ההתנתקות, להסדיר את יישום תוכנית ההתנתקות, עומדת במבחן זה? העותרים טענו כי תכלית ההתנתקות אינה ראויה.⁶⁴ במישור המדיני היא מהווה וויתור על גושי התיישבות, מרצון ובלא תמורה, דבר המנוגד לעקרון ההדדיות הדורש את הפסקת הטרור תמורת הוויתורים; התוכנית לא תביא לידי הפחתה ממשית של החיכוך עם האוכלוסייה הערבית בשטחים המפונים; בנוסף, היא לא תביא לידי שיפור בתמיכה הבין לאומית בישראל. במישור הביטחוני, לטענת העותרים, פינוי היישובים יעצים את הטרור נגד תושבי מדינת ישראל. במישור הכלכלי נטען כי עלויות הפינוי גבוהות ביותר ולפיכך אין בו יתרון כלכלי, אף לא לטווח ארוך בגלל ההוצאות הרבות שיגבה המאבק בטרור המתגבר. על טענות אלו השיבה המדינה כי ביסוד תוכנית ההתנתקות עומדות תכליות מדיניות, לאומיות וביטחוניות,⁶⁵ שנועדו להיטיב את מערכת היחסים עם הרשות הפלסטינית ואת יחסי החוץ של ישראל, לשפר את המציאות הביטחונית, ולהפחית את אחריות המדינה לאוכלוסייה הערבית בשטחים המפונים.

בית המשפט סבר כי הוא אינו יכול להכריע בשאלה, אם תוכנית ההתנתקות היא "אסון" למדינת ישראל כטענת העותרים או "צורך חיוני" כטענת המשיבים, משום שאין בידי הכלים להעריך את טיעוניהם השונים של הצדדים. עם זה קבע בית המשפט שהתכלית ראויה, מכיוון שאם אמנם יתממשו יעדיה של תוכנית ההתנתקות, כפי שהוצגו על ידי המדינה, יש בהם כדי להצדיק את הפגיעה בזכויותיהם של המפונים.⁶⁶ שופט המיעוט סבר שהתכלית העומדת בבסיס הפגיעה בזכויות המפונים לא התבררה דייה, ובנוסף, הנתונים שכן הוצגו דווקא מטים את הכף לטובת העותרים. מכאן שלדעתו אין התכלית עומדת במבחן פסקת ההגבלה. לדעתנו, צדקו שופטי הרוב בקביעתם כי אין לדון בשאלת סיכויי התגשמות התוכנית בבחינת התכלית הראויה, ודי בכך שמטרותיה ראויות. דיון זה מקומו בבחינת מידתיות הפגיעה, ובעיקר בבחינת התועלת שתצמח מן החוק לעומת הנזק שיגרורו.⁶⁷ עם זה, הערכת תכלית אמורה להיות דבר פשוט: מהו המצב החברתי

⁶² פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 64 לדעת הרוב. בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999); השופט דורנר בפרשת מנהלי ההשקעות, לעיל הערה 39, בעמ' 422; פרשת חורב, לעיל הערה 43, בעמ' 49; פרשת מנחם, לעיל הערה 61, בעמ' 260.

⁶³ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 65 לדעת הרוב.

⁶⁴ שם, בפס' 93 לדעת הרוב.

⁶⁵ שם, בפס' 94-96 לדעת הרוב.

⁶⁶ שם, בפס' 100-101 לדעת הרוב.

⁶⁷ חשוב לציין כי אף שלכאורה בית המשפט דוחה לשלב אחר את הדיון בשאלת סיכויי התגשמות תוכנית ההתנתקות, למעשה גם בבואו לדון במבחני המידתיות, הוא אינו מכריע בסוגיה. שם, בעמ' 598. בדיון בשאלת התכלית אומר בית המשפט את הדברים האלה: "... מהי מסקנתנו באשר לשאלה אם תכליתו של חוק יישום ההתנתקות היא 'תכלית ראויה'? יצוין כי בהקשר זה נעמוד על שאלת 'התכלית הראויה' בלבד. בכל הנוגע לאפשרויות מימוש התכלית נעמוד בהמשך במסגרת תנאי המידתיות ('קשר רציונלי') שבפסקת ההגבלה...". ראו שם. אולם בהגיעו לדיון במבחני המידתיות הוא קובע כי "אין כל אפשרות

שהחוק נועד להשיג או למנוע, ואם מצב חברתי זה מתיישב עם ערכי מדינת ישראל כאמור. לפיכך, כאשר מתעוררת בעיה ביישום מבחן התכלית הראויה, ונשמעת אמירה כי בית המשפט נעדר כלים שיאפשרו לו להעריך את הטענות שהועלו, הדבר מצביע על קושי ורומז על כך שאנו מצויים בשדה משפטי שונה מהשדות הרגילים.

דבר נוסף שעלינו לזכור הוא שהתכליות מחולקות לשני סוגים: תכליות כלליות ותכליות מיוחדות.⁶⁸ כאמור, תכליות המיוחדות של חוק ההתנתקות היו מניעת חיכוך עם האוכלוסייה הפלסטינית ויציאה מהקיפאון המדיני שהמדינה הייתה שרויה בו. ייתכן שאופן יישום תכליות החוק מתנגש בתכליות הכלליות של המדינה כיהודית – שמירת החזקה יהודית בכל חלקי ארץ ישראל. עלול להיווצר מצב של ניגוד תכליות ומן הראוי שבית המשפט ייתן דעתו לבעייתיות זו, גם אם יכריע בסופו של דבר כי לא מדובר בהתנגשות כלל או כי לא מדובר בהתנגשות שבכוחה לפסול את החוק. במקרה שבו עסקינן בית המשפט נמנע מלסווג את התכליות ומלפרטן, ובשל כך אינו מגיע כלל לשלב האיזון שבין התכליות הכלליות למיוחדות. איזון כזה הכרחי הואיל ומדובר בחוק הטומן בחובו תכליות שלא ברור אם הן עולות בקנה אחד עם התכלית הכללית של שמירת החזקה יהודית שהוזכרה לעיל.

לסיכום, ניתן לראות שגם בהקשר זה של מבחן התכלית הראויה, דעת הרוב מצמצמת מאוד את כוחו של בית המשפט להעריך כראוי את התכליות ולאפשר ודאות ביישומן של מבחן זה בעתיד. יתרה מזו, בית המשפט נמנע מלבחון את תכליות החוק לאור התכליות הכלליות שנקבעו בפסיקה, כדי להגיע אל המסקנה שאכן תכליתו ראויה. נציין עוד, ביקורתנו זו מופנית כלפי דרך הניתוח של בית המשפט ולא כלפי עצם הכרעתו בשאלה.

5. האם החוק פוגע בזכויות יסוד במידה שאינה עולה על הנדרש?

א. כללי

המבחן האחרון שבו נדרשת לעמוד הפגיעה בזכויות יסוד כדי שתהא חוקתית, הוא מבחן המידתיות. מבחן זה דורש כי הפגיעה תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש. מבחן זה מתמקד באמצעים להשגת מטרת החוק הפוגע, לאחר שהמטרה הוכרה כראויה,⁶⁹ ומורכב משלושה תת מבחנים מצטברים: מבחן הקשר הרציונלי,

לצפות שביט-משפט זה – ויורשה לנו לומר: כל בית-משפט אחר בעולם – יכריע בשאלות אלה. הסתברות מימושן של מטרות תכנית ההתנתקות מונחת בטבור העשייה המדינית, לאומית, ביטחונית. בית-המשפט אינו יכול לנקוט בעניין זה כל עמדה אלא במקרים קיצוניים וחריגים" (שם בפס' 109 לדעת הרוב).

⁶⁸ פרשת קעדאן, לעיל הערה 44, בעמ' 271-272, 276. השופט ברק קבע כי התכליות המיוחדות נובעות במישרין מהחוק שנתקק, ואילו התכליות הכלליות פרושות כמטרייה נורמטיבית על פני דברי החקיקה כולם. כדי לקבוע את תכלית החקיקה יש להתחשב בתכליות השונות, ובמקרה של התנגשות ביניהן נדרש לבצע איזון.

⁶⁹ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 66 לדעת הרוב; השופט גולדברג בפרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 40, בעמ' 574; פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל הערה 39, בעמ' 384; המשנה לנשיא ברק בבג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 11 (1995); פרשת סטמקה, לעיל הערה 61, בעמ' 777.

שלפיו צריכה להתקיים התאמה בין האמצעי לבין המטרה שאותה הוא מבקש להשיג; מבחן האמצעי הפחות בחומרתו, שלפיו האמצעי שנבחר לקידום מטרת החוק צריך להיות זה שפוגע פחות בזכויות האדם מבין כל האמצעים האפשריים להשגת המטרה; מבחן המידתיות במובן הצר, שלפיו חייב להתקיים איזון ראוי בין התועלת שתצמח מן החוק לבין הנזק שבפגיעה בזכויות אדם.⁷⁰ תת מבחנים אלו אינם מדויקים ואינם מוחלטים שכן יש מתחם מידתיות שבו הרשות יכולה להפעיל את שיקול דעתה ולבחור את התכלית הראויה והאמצעים המידתיים.⁷¹

ב. מבחן הקשר הרציונלי

מבחן המשנה הראשון מעלה את השאלה, אם מתקיים קשר רציונלי בין התכלית המדינית, הביטחונית והלאומית המונחת ביסוד חוק ההתנתקות, לבין האמצעי שבחר החוק – פינוי המתיישבים. בעניין הפיצוי, נראה שהיחס אמצעי-מטרה מתקיים. אין ספק שפיצוי כספי מפצה על פגיעה בזכויות מוחשיות הניתנות לכימות. בנוסף, מקובל שפיצוי כספי בשיעור ראוי הוא גם הכלי לפיצוי על נזק שאינו ממוני, כגון נזק נפשי שחוו המפונים בשל הניתוק מבייתם וממקום עיסוקם.⁷² בעניין הפינוי, טענו העותרים כי אין קשר רציונלי כזה מכיוון שהצלחת הפינוי להביא לידי הגשמת אותן מטרות שהמדינה הציבה לעצמה מוטלת בספק. מנגד טענה המדינה כי השגת המטרות מותנית במימוש הפינוי בפועל. בית המשפט קבע כי כאשר מדובר ב"תכנית לאומית-ביטחונית-מדינית הנוגעת לשורשי הקיום הלאומי", כמו תוכנית ההתנתקות, ההנחה היא שהכנסת והממשלה שקלו את כל השיקולים ההסתברותיים הנחוצים ונעזרו במומחים, ולכן שיקול הדעת המסור להן הוא רחב ביותר בעוד הביקורת השיפוטית שמותח בית המשפט היא מצומצמת.⁷³ בית המשפט יתערב רק

⁷⁰ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, פס' 66 לדעת הרוב; פרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 40, בעמ' 347-345, 436-438; פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל הערה 39, בעמ' 385-384; פרשת אורון, לעיל הערה 59, בעמ' 665; פרשת בן-עטייה, לעיל הערה 69, בעמ' 13-12; פרשת מנחם, לעיל הערה 61, בעמ' 279; פרשת חורב, לעיל הערה 43, בעמ' 54-53; פרשת אבו עראר, לעיל הערה 61, בעמ' 41-40; פרשת בזק, לעיל הערה 59, בעמ' 688-687; פרשת סטמקה, לעיל הערה 61, בעמ' 776; בג"ץ 4644/00 **יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פ"ד נד(4) 178, 182 (2000); פרשת צמח, לעיל הערה 62, בעמ' 271-269; בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 807, 839-840 (2004) (להלן: פרשת בית סוריק); פרשת דיזיין, לעיל הערה 39, בפס' 25; דליה דורנר "מידתיות" **ספר ברנזון** כרך שני – בני סברה 281, 283 (אהרון ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" **משפט וממשל** ב 109, 131 (1994).

⁷¹ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 66 לדעת הרוב; הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 40, בעמ' 438-437; השופט דורנר בפרשת תנופה, לעיל הערה 39, בעמ' 452; פרשת מנחם, לעיל הערה 61, בעמ' 280; פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל הערה 39, בעמ' 386; פרשת בן-עטייה, לעיל הערה 69, בעמ' 13; פרשת סטמקה, לעיל הערה 61, בעמ' 780; פרשת בית סוריק, לעיל הערה 70, בעמ' 840; פרשת דיזיין, לעיל הערה 39, בפס' 25; דורנר, לעיל הערה 70, בעמ' 292-291.

⁷² לעניין מהותו והערכתו של פיצוי על נזק בלתי ממוני ראו: רע"א 4740/00 **אמר נ' יוסף**, פ"ד נה(5) 510, 523-525 (2001); ע"א 611/89 **דרוקר זכריה חברה קבלנית לעבודות אזרחיות ופיתוח בע"מ נ' נחמיאס**, פ"ד מו(2) 60, 64-67 (1992). אמירות בעניין הפיצויים בגין נזקי גוף המתאימות גם לענייננו ניתן למצוא גם במאמרו של אהרון ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנוזיקין המצוי והרצוי" **עיוני משפט** ט 243, 251-250 (1983).

⁷³ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 105 לדעת הרוב; בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נו(6) 817, 882 (2003); בג"ץ 4400/92 **המועצה המקומית קרית ארבע חברון נ' ראש הממשלה**, פ"ד

במקרים חריגים ויוצאי דופן כגון מקרים שבהם תוכה שחיתות. המקרה הנידון אינו נופל בגדרם של מקרים חריגים אלו, ואין ביכולתו של בית המשפט לנקוט עמדה בשאלת הסתברות מימושן של מטרות תוכנית ההתנתקות, ה"מונחת בטבור העשייה המדינית, לאומית, ביטחונית".⁷⁴ לפיכך דחה בית המשפט את טענת העותרים כי לא הונחה על ידי המשיבים תשתית עובדתית מספקת שיש בה לשכנע בהסתברות מימושן של מטרות תוכנית ההתנתקות. בית המשפט קבע כי די בחומר שהוצג לפניו כדי להבין שמערך השיקולים הוא מורכב, משתנה, רווי פוליטיקה, מדיניות וצבא, ופסק כי מתקיים קשר רציונלי בין אמצעי הפינוי לבין תכליות החוק.

קשה להסכים לעמדה זו של דעת הרוב. אם האמצעי של פינוי מתיישבים אינו מבוסס על טעמים צבאיים כאמצעי שיביא לידי השגת המטרה, אזי לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה, ולכן על בית המשפט להכריע בשאלה, אם הוא עשוי להביא, או סביר להניח שיביא, לידי הגשמת מטרות תוכנית ההתנתקות.⁷⁵ זאת ועוד, ישנה גישה בפסיקה הישראלית הגורסת שכאשר ישנה פגיעה בזכויות יסוד, הנטל מוטל על הרשות להראות כי האמצעי שנבחר מקדם את המטרה.⁷⁶ ביקורת זו מתחזקת במיוחד כאשר משווים את אמצעי הפינוי לאמצעי הפיצוי. בית המשפט סבור כי יש בידיו הכלים לקבל הכרעה בעניין אמצעי הפיצוי ולהתערב בעניינים שבמדיניות והוא אף מבטל סעיפים פרטניים בהסדר הפיצויים, ביטול שלו השפעה על המדיניות הכלכלית שהתוותה המדינה. הבלדל זה בגישת בית המשפט לשני האמצעים יהיה ניכר עוד יותר בדין להלן במבחן האמצעי הפחות בחומרתו.⁷⁷

מח(5) 597, 609-610 (1994); בג"ץ 4877/93 ארגון נפגעי הטרור הערבי הבינלאומי (נטע) נ' מדינת ישראל, פס' 3 (לא פורסם, 12.9.1993); בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455, 471-472 (2001); בג"ץ 6029/99 פולארד נ' ראש-הממשלה ושר הביטחון פ"ד נד(1) 241, 248-249 (2000); פרשת מנחם, לעיל הערה 61, בעמ' 263-264; בג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר-הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199, 203-206 (2000); יצחק זמיר "משפט ופוליטיקה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 209, 213-214 וגם 218-219 (1993).

⁷⁴ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 108 לדעת הרוב.

⁷⁵ ראו דבריו של הנשיא ברק בפרשת בית סוריק, לעיל הערה 70, בעמ' 842: "בהכרעה לגבי התקיימות מבחן המידתיות על בית-המשפט לבחון את מידת הביסוס של ההכרעה לגבי תוואי גדר ההפרדה מבחינה צבאית, משום שאם המתווה שנבחר אינו מבוסס מבחינה צבאית, לא מתקיים קשר רציונלי בין המטרה אשר הגדר נועדה להגשים לבין המתווה שנבחר". ראו גם ברק **פרשנות במשפט**, לעיל הערה 39, בעמ' 479.

⁷⁶ לעניין נטל ההוכחה בשאלת המידתיות ישנן שלוש גישות. הגישה הראשונה גורסת כי בשלב הראשון החוק נהנה מחזקת חוקתיות ולכן הנטל להראות שהוא פוגע בזכות חוקתית מוטל על "הנפגע", ואילו בשלב השני הנטל מוטל על הרשות להראות שהפגיעה בזכות החוקתית נעשתה כדיון, כלומר לפי פסקת ההגבלה. ראו השופט ברק בפרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 40, בעמ' 428-429, והשופט ד' לוי, שם, בעמ' 458-459. לפי הגישה השנייה, כל חוק נהנה בכל שלב של ההתדיינות מחזקת החוקתיות, ולכן נטל ההוכחה מוטל על "הנפגע" בשני השלבים. ראו: השופט גולדברג, שם, בעמ' 577 והשופט בך, שם, בעמ' 586. גישה הביניים טוענת כי בשלב השני הנטל אמנם מוטל על הרשות, אולם "הנפגע" צריך להביא ראיות לכך שישנם אמצעים מידתיים יותר. ראו: הנשיא שמגר, שם, בעמ' 348, השופט מצא, שם, בעמ' 578-579, והשופט חשין, שם, בעמ' 570-571. השופט זמיר תיאר גישות אלו בפסק דינו בפרשת צמח, לעיל הערה 62, בעמ' 267-268. לגישתו, כאשר "הנפגע" הצליח לעורר ספק סביר בנוגע לחוקתיות החוק, אך לא הובאו די ראיות כדי להכריע בשאלה, בית המשפט רשאי לדרוש מהרשות להביא ראיות נוספות (שם, בעמ' 268-269). ראו גם פרשת סטמקה, לעיל הערה 61, בעמ' 778-779, שבה קבע בית המשפט כי הרשות לא הביאה נתונים המעידים על קשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה.

⁷⁷ זיידמן וסומר, לעיל הערה 23, בעמ' 599-600.

נסכם ונאמר כי גם בתת מבחן זה אין ניתוחו של בית המשפט מבסס את הקביעה כי אכן מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי שנקבע בחוק ההתנתקות לבין התכלית שאותה מבקש החוק להשיג. כן נראה כי דרכו של בית המשפט שונה כאשר מדובר במדיניות כלכלית.

ג. מבחן האמצעי הפחות בחומרתו

בנוגע למבחן המשנה השני, שעניינו האמצעי שפגיעתו בזכויות היסוד היא הפחותה ביותר, טענו העותרים כי הממשלה והכנסת דחו אמצעים שונים שהיו עשויים להקל את הפגיעה, כגון דחיית מועד הפינוי, מתן אפשרות להישאר תחת אחריות הרשות הפלסטינית, הרחבת הסדר הפיצוי ועוד. המשיבים טענו כי אמצעים אלו היו מונעים את השגת המטרה שביסוד תוכנית ההתנתקות. קביעתו של בית המשפט, לאחר דיון קצר ושטחי, היא כי החלטת המדינה על אמצעי הפינוי נמצאת במתחם המידתיות.⁷⁸ למרות ההלכה שעל הרשות מוטל הנטל להוכיח כי בחנה אפשרויות הפוגעות פחות בזכויות,⁷⁹ בית המשפט בענייננו אינו מעלה כלל דרישה כזו. בית המשפט אינו דורש מהמדינה להראות כי אכן בחנה אמצעים אחרים מלבד הפינוי, ואף אינו דורש ממנה לנמק מדוע שלא להיענות לבקשת העותרים.

לא זו אף זו, בית המשפט בוחן בשטחיות ובאופן מתמיה חלק מהחלופות שהציעו העותרים, כגון האפשרות שיישארו התושבים ביישוביהם תחת שלטון הרשות. בית המשפט קובע כי ניתן להניח שהדבר יסכן את ביטחונם של התושבים, וכי אין המדינה יכולה להסתכן בכך. בית המשפט משווה את המקרה שעל הפרק למקרה שבו סורבה בקשתם של רופאים ישראלים להיכנס לבית חולים בעזה, בשל חובת המדינה לדאוג לשלום אזרחיה גם אם הם עצמם מוכנים להסתכן.⁸⁰ כלום נכון לגזור גזרה שווה ולהשוות בין מצב שבו המדינה מבקשת לבצע פינוי כפוי של תושבים לבין מצב שבו המדינה מבקשת למנוע מאזרחים שאינם תושבים להיכנס לשטח? לדעתנו השיקולים שיש להביא בחשבון בשני המקרים הם שונים ולא ניתן להסיק מן האחד על האחר. בקשתם של התושבים היא להמשיך בשגרת חייהם, במקום שבו יישבה אותם המדינה, ואין הדבר דומה כלל לבקשתם של אותם רופאים לאפשר להם לבצע פעולה חריגה שאינה הכרחית⁸¹ ואשר

⁷⁸ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 111-113, 454-456 לדעת הרוב. דעת הרוב בבית המשפט ייחדה לסוגיה זו רק כשש פסקאות מכל 483 הפסקאות של פסק דינה.

⁷⁹ לעיל הערה 76. למרות חילוקי הדעות בפרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 40, מקובל כי הרשות היא שצריכה להוכיח כי החוק עומד בדרישות פסקת ההגבלה לאחר שהטוען לפגיעה הראה שיש אמצעים חלופיים הפוגעים פחות. ראו רובינשטיין ומדינה, כרך ב, לעיל הערה 39, בעמ' 980; ברק **פרשנות במשפט**, לעיל הערה 39, בעמ' 477-478.

⁸⁰ בג"ץ 4764/04 **רופאים ליכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5) 385, 406-407 (2004). יש לציין כי המדינה לא סירבה באופן מוחלט לכניסת רופאים, אלא רק לכניסת רופאים ישראלים, בשל החשש שייפגעו או שייחטפו ואז יחמיר המצב הביטחוני. במקרה זה לא הסבירו העותרים מדוע נדרשת כניסתם של ישראלים דווקא, שעה שרופאים לא ישראלים יכולים להשיג את מטרת הכניסה בלא סיכון.

⁸¹ שם. הפעולה לא הייתה הכרחית משום שהיו אחרים שיכלו להשיג את מטרתה, והייתה חריגה משום שאינה פעולה מפעולות היום של הרופאים. זאת, להבדיל מבקשת המתיישבים, שכמובן לא ניתן להשיג את מטרתה באמצעות אחרים, והיא למעשה בקשה לשימור מצב קיים.

המדינה אינה מעוניינת בה. בנוסף, האמנם אין יהודים יכולים להתיישב באזורים הנתונים לשליטה ערבית, כפי שעולה מדברי בית המשפט? ישנם יהודים החיים במדינות ערב אויבות, מתוך בחירה ושלא מתוך בחירה,⁸² ומדינות אלו מחויבות לשלומם ולביטחונם. לפיכך, היה על בית המשפט לבחון את האפשרות הזו, אולם בית המשפט בחר שלא לבדוק דרכים חלופיות.

בעניין הבקשה לדחות את מועד הפינוי כדי לאפשר למפונים להתארגן לקראתו כראוי, למצוא דיור חלופי הולם, מוסדות חינוך לילדים, מקומות תעסוקה, ובכלל לשמור על כבודם של המפונים ולמנוע את הטרומה שבפינוי חפז, הסכים בית המשפט כי הזמן הקצר שנקבע בחוק (חמישה חודשים שהוארכו לחמישה חודשים ועשרים ושישה ימים) מעצים את גודל הפגיעה. אולם למרות זאת קבע בית המשפט כי השיקולים המדיניים והביטחוניים העומדים מנגד הם שיקולים נעלים, העומדים על סף אי שפיות, ומביאים לידי מסקנה כי תאריך הפינוי נמצא במתחם המידתיות.⁸³ קשה להסביר מסקנה זו, כאשר המדינה לא נתנה כל נימוק ממשי, מדוע נדרש לבצע את הפינוי בתקופה כה קצרה, וכאשר כל מה שעומד מול עוצמת הפגיעה במפונים הוא טיעון פשטני של שיקולי מדיניות נעלים, אשר אינו מסביר את מהות השיקולים הללו. ההחלטה מתמיהה במיוחד הואיל ומדובר בפעולה חד צדדית של ישראל ולא במילוי תנאי הסכם עם הרשות הפלסטינית, ולכן לא ברורה מגבלת הזמן שקיבלה עליה המדינה,⁸⁴ בעוד עיקר ההכנות לשיקום המפונים טרם הושלם.⁸⁵ שופט המיעוט עמד על כך ואף סבר כי אורכה כה קצרה לפינוי הכפוי היא בגדר "משימה בלתי אפשרית".⁸⁶

⁸² קהילה יהודית גדולה נמצאת באירן ובה כ-25,000 יהודים. למידע נוסף על קהילות יהודיות ברחבי העולם ראו אתר הקונגרס היהודי העולמי: www.worldjewishcongress.org/communities/comm_reg_mideast.html (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006).

⁸³ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 454-452 לדעת הרוב.

⁸⁴ ההשוואה לפינוי חבל ימית נותנת יתר תוקף לתהיות אלו. בפינוי ימית, אשר נבע מהסכם השלום שנחתם בין ישראל לבין מצרים ב-1979, ניתנה לתושבים אורכה של שלוש שנים כדי להיערך כראוי. זאת, אף שהיה מדובר בהסכם דו צדדי ואף שאוכלוסיית חבל ימית הייתה קטנה במידה ניכרת מזו שבשטחי עזה והשומרון שפנו בעקבות חוק ההתנתקות (בשיאה היו כ-5,000 תושבים לעומת כ-10,000 מפונים בתוכנית ההתנתקות). לכך מתווספת העובדה שהיישוב בימית היה צעיר יחסית (מלבד יישוב אחד בעל ותק של 12 שנים, הוותק של שאר היישובים נע בין חמש לשבע שנים), ולעומת זאת תוכנית ההתנתקות ביקשה לפנות יישוב שמתקיים כבר למעלה מ-30 שנה ושהתגוררו בו שלושה-ארבעה דורות, כל שכן שבימית לא היה הדבר כרוך בפינוי בתי קברות. ראו פס' 80-72 לכתבי הטענות בבג"ץ 1661/05 שניידן במסגרת עניין ההתנתקות: www.katif.net/pirsom/ati.doc (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006). למידע נוסף על פינוי ימית ראו כתבתה של נורית בלקין "המראות שעלולים לחזור: כך נראה הרס ימית" באתר ידיעות אחרונות מיום 12.8.2005: www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-3126204.00.html#n וראו גם הערך "פינוי סיני" באנציקלופדיה שבאתר Ynet: www.ynet.co.il/home/0.7340.L-1361.00.html (נצפו באחרונה בתאריך 3.10.2006).

⁸⁵ לאחר מעשה, נראה כי היערכות המדינה לטיפול במפונים לקתה בליקויים חמורים. למרות חלוף תקופה של יותר משנה, למרביתם עדיין אין הסדר לדיור קבע, אחוזי האבטלה גבוהים ביותר (יש לזכור שרוב המפונים הם חקלאים במקצועם ואיבדו את היכולת להתפרנס), ואף מוסדות חינוך לילדים עדיין חסרים. ב-27 ביוני 2006 נערך דיון במליאת הכנסת בנוגע למצבם של מפוני חבל עזה וצפון השומרון. ניתן למצוא את פרוטוקול הדיון באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/plenum/data/03587806.doc (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006) (עמ' 14 ואילך).

⁸⁶ פס' 39 לפסק דינו של השופט לוי בפרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9.

שונה גישתו של בית המשפט לטענות על היקפו של הסדר הפיצוי. בעניין זה בית המשפט מוכן לבצע ומבצע בפועל בדיקה מעמיקה של מידתיות הפגיעה. מסקנותיו מבחינה זו הן שחלקים מהסדר אכן בלתי חוקתיים ויש לתקנם.⁸⁷ כך, למשל, פוסל בית המשפט את עניין ייחוד העילה והוויתור עליה בקובעו שמדובר בכלל החורג ממתחם המידתיות, שכן ניתן לצמצם את הפגיעה במפונים בלי לפגוע ביכולת להשיג את המטרה, וזאת באמצעות מתן זכות פנייה לערכאות מכוח הדין הכללי. יתרה מזו, בית המשפט אינו מהסס לבטל את "היום הקובע" וגיל הסף וזאת אף שהדבר כרוך בהקצאת משאבים חלוקתיים רבים מצד המדינה שלא הובאו בחשבון על ידיה. גם כאן התשתית הראייתית נראית מעורערת שכן לא ברור על פי מה נפסלו דווקא סעיפים אלו ולא אחרים. נראה כי בית המשפט לא הסתמך על נתונים אמפיריים, כגון שיעור הפיצוי הנדרש בשל פגיעה נפשית במפונה בן שלוש שנים, לעומת שיעור הפיצוי הראוי לבן שמונה עשרה. בית המשפט קבע כי תיקונו להסדר הפיצוי מבערים את אי החוקתיות שבו ועל כן הסדר הפיצוי אינו משפיע על חוקתיות הפינוי.⁸⁸ זאת, למרות ההכרה בכך שחוקתיות הפיצוי עשויה להשפיע על חוקתיות הפינוי.

לסיכום, בולט השוני בגישת בית המשפט לעניין הפינוי ולעניין הפיצוי כשהוא בוחן את האמצעי הפחות בחומרתו. בעניין הפינוי בית המשפט נמנע מלהיכנס לעובי הקורה, ואילו בעניין הפיצוי, בית המשפט בוחר להתערב ואף לנקוט צעד חריג של ביטול סעיפים בחוק שחוקקה הכנסת. נראה שכאשר המדיניות הנבחנת היא מדיניות כלכלית, בית המשפט מיישם את תת המבחן כבעבר, אך כאשר המדיניות נוטה למישור הביטחוני-מדיני-לאומי, בית המשפט מתעלם מקיומם של אמצעים חלופיים מעשיים. עם זה יש לציין כי בעבר נטה בית המשפט שלא להתערב בנושאים כלכליים, ואילו בעניין ההתנתקות הוא מרחיב את התערבותו ומצמצם את שיקול דעתה של הרשות המנהלית באשר לחלוקת המשאבים בחברה. התערבות כזו עשויה להביא לידי פסילתם של חוקים רבים בעתיד. מובן שיש לה השפעות החורגות מתחום המדיניות הכלכלית, ונוגעות למישור החברתי ולמישורים נוספים.

ד. מבחן המידתיות במובן הצר

מבחן המשנה השלישי דורש איזון ראוי בין הגשמת מטרות החוק ובין הפגיעה בזכויות היסוד. העותרים טענו כי גם אם יש ממש בתכליות החוק, שלהן טענה המדינה, הן אינן יכולות להצדיק את הפגיעה הקשה במכלול זכויות היסוד שתיגרם לאלפי המתיישבים. אשר לתועלת הצומחת מחוק ההתנתקות, קבע בית המשפט כי ככל שהסתברות להתרחשותה גדולה יותר, כך גדל משקלה על כף המאזניים, ולהפך – ככל שהסתברות קטנה

⁸⁷ ראו לעיל הדיון בפרק ב. זיידמן וסומר מפקקים בצורך של בית המשפט להיכנס לפרטי ההסדר, שכן מרבית הפרטים אינם בעלי השפעה מיידית ולכן אין צורך בהליך שיפוטי מזורז בלא בירור התשתית העובדתית באמצעות שמיעת עדויות ובחינת ראיות. ניתן היה להסתפק בקביעה כי בהינתן פיצויים ראויים, פינוי היישובים הוא חוקתי, וכי לבית המשפט שמורה הסמכות לבדוק בעתיד את חוקיותם של הסדרים פרטניים. ראו זיידמן וסומר, לעיל הערה 23, בעמ' 594-595.

⁸⁸ פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 112 לדעת הרוב.

יותר, כן קטן משקלה. אשר לנזקם של המתיישבים, התייחס בית המשפט לשני גורמים המצמצמים את שיעור הנזק: העובדה שהשטח המפונה הוא שטח המחוזק בתפיסה לוחמתית, ולפיכך שהותם של ישראלים בו היא זמנית בלבד, והעובדה שהחוק מעניק למפונים פיצוי כספי כדי לבנות את חייהם מחדש במקום אחר.⁸⁹ לבסוף העמיד בית המשפט זו מול זה את התועלת ואת הנזק, וקבע כי "בהינתן הפיצוי הנאות ובהתחשב בזמניות התפיסה הלוחמתית יהיו אלה מקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם יקבע בית המשפט כי הגשמת יעדים לאומיים, חברתיים וביטחוניים בעלי היקף ומשמעות היסטורית אינה אפשרית בשל הנזק הנגרם לאזרחיה המפונים מהשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. חריגים אלה אינם מתקיימים בפרשה שלפנינו".⁹⁰ מכאן, שהפגיעה בזכויותיהם של הישראלים המפונים מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

מסקנה זו לוקה בחסר מכמה סיבות. ראשית, לעניין קביעת ההסתברות שאכן יתממשו תחזיות המשיבים, הרי כאשר ביקש בית המשפט לבחון אם התכלית ראויה, הוא קבע כי אין לו יכולת להכריע מי צודק: העותרים בראותם אסון ממשמש ובא, או המשיבים בראותם צעד חיוני שיביא לפריחה.⁹¹ קביעה זו של בית המשפט היא בעייתית מכיוון שרק העותרים הביאו ראיות התומכות בטיעוניהם, בדמות עדותו של האלוף במילואים עמידרור. המשיבים, לעומת זאת, נמנעו מלהציג דרג ביטחוני כלשהו כדי לאשש את טיעוניהם. המשיבים אף סירבו לדרישת העותרים להביא את עדותו של ראש המטה הכללי, מי שמוחזק כעד מומחה וחסר פניות.⁹² שופט המיעוט ראה בחומרה את היעדר חוות דעת של מומחים מטעם המשיבים, במיוחד משום שהם אף לא טרחו להסביר לבית המשפט, מה גרם לממשלה לבצע אותה תפנית דרמטית בהתנהלותה, אשר תצדיק לא רק את עקירתם של אלפי מתיישבים מבתיהם אלא גם את חשיפת כלל תושבי המדינה לסכנות שעליהם התריעו העותרים. זאת אמר, לאחר שבחן את חוות הדעת של האלוף במיל' עמידרור, שאיששה את טענות העותרים, ולאחר שבחן דעות שהשמיעו אנשי ציבור שונים בדבר הסיכון שבתוכנית.⁹³ אין לנו אלא להסכים לביקורת על היעדר תשתית ראייתית, מקום שבנקל יכלה להימצא, ועל כך שבית המשפט נמנע

⁸⁹ שם, בפס' 115 לדעת הרוב.

⁹⁰ שם, בפס' 117 לדעת הרוב.

⁹¹ זאת אף שבית המשפט יכול לדרוש הבאת ראיות נוספות, ראו לעיל הערה 76. ראיות כאלה היו בנמצא ואף חשופות לעיני כול: דוגמה לכך ניתן לראות במסמך של תנועת החמאס המתאר את מדיניותו החדשה בעקבות הנסיגה מרצועת עזה. מסמך זה נוצר עובר לנסיגה בתאריך 23.5.2004. לתרגום המסמך על ידי המרכז למורשת המודיעין ראו: www.intelligence.org.il/sp/6_04/si_7e_04.htm (נצפה באחרונה בתאריך 3.10.2006).

⁹² בית המשפט אף הוא דחה את בקשת העותרים לזמן עדות זו, כנגד דעתו החולקת של השופט לוי. יש לציין כי לעדות כזו יש משקל רב יותר ממשקל העדות שהביאו העותרים, ראו פרשת בית סוריק, לעיל הערה 70, בעמ' 844-845; בג"ץ 258/79 **עמירה נ' שר הביטחון**, פ"ד לד(1) 90, 92-93 (1979); בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1, 25 (1979).

⁹³ אף שפרסומים בכלי התקשורת אינם יכולים להוות ראיה, ציטט שופט המיעוט דעות של אישים שונים מהצמרת הביטחונית והמדינית, התומכות בחוות דעתו של עמידרור, וציין כי המשיבים לא טרחו להביא תצהירים נגדיים אף שמבחינתם לא היה בכך כל קושי. בין היתר צוטטו אמירותיהם של הרמטכ"ל אז משה יעלון, שר האוצר אז בנימין נתניהו, יו"ר "יהד" יוסי ביילין, שר החוץ לשעבר שלמה בן עמי וראש שירות הביטחון הכללי לשעבר עמי איילון. ראו פס' 36 לפסק דינו של השופט לוי בפרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9.

מלדרוש הבאת ראיות שלהן הוא נזקק כדי לקבל החלטה נכונה ומוצדקת.⁹⁴ לרשות בית המשפט עומדים כלים שונים לשם כך, כגון זימון עדים מומחים מטעמו או בקשה מהצדדים להגיש ראיות נוספות, הן בנוגע להיבט הצבאי והן בנוגע להיבט המדיני. זאת ועוד, בהיעדר תשתית ראייתית, קבע בית המשפט, כי אינו יכול להעריך את תוצאות תוכנית ההתנתקות. בהיעדר יכולת להעריך את תוצאות הפינוי, כיצד ניתן לומר שהתועלת עולה על הנזק?⁹⁵ הקביעה שהתועלת מחוקק ההתנתקות עולה על נזקו, מצריכה הכרעה מוקדמת בעניין ההסתברות להתממשות מטרות החוק, כפי שהוצגו על ידי המשיבים. הכרעה זו משפיעה על משקלה של התועלת על כפות המאזניים. לכן, אם בהקשר של מבחן התכלית הראויה נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלת ההסתברות, אין בידיו להכריע בשאלת התועלת לעומת הנזק.⁹⁶ שנית, לעניין זמניותה של ההתיישבות, כבר ציינו את הבעייתיות שבשימוש בנימוק זה כדי להפחית מעוצמת הפגיעה בזכויות המפונים, ולפיכך ראייתה כגורם המפחית משיעור הנזק בעייתית גם היא.⁹⁷ שלישית, איננו בטוחים שהקביעה כי פיצוי כספי יכול לנקל לפצות על הפגיעה הקשה בזכויות המתיישבים היא קביעה נכונה, מאחר שלא נבחנה לעומקה השאלה, אם יכול המענק האישי בשל ותק, אשר ניתן במסגרת הסדר הפיצוי, לכפר על הפגיעה ברגשות המתיישבים ובכבודם.⁹⁸ בית המשפט אמנם ביטל את מגבלת הגיל והיום הקובע לעניין קבלת המענק האישי. עם זה הוא לא בחן, אם המענק בהיקפו לפני ביטול המגבלה, כמו גם לאחריו, אכן מספיק כדי לענות על הצרכים

⁹⁴ ראו גם זיידמן וסומר, לעיל הערה 23, בעמ' 598-599. לגישתם של זיידמן וסומר, הסירוב המודע של בית המשפט לברר את העובדות לאשורן וליצור תשתית עובדתית מספקת להכרעה, משמעותו כי בכל פעם שיעסוק בשאלה מדינית בעלת אופי כללי, יקבל בית המשפט את עמדת הרשות בלא לתת אפשרות לעותרים לנסות להוכיח עמדה אחרת (שם).

⁹⁵ בית המשפט דחה את ההשוואה שביקשו העותרים לעשות בין המקרה שנידון בפרשת ההתנתקות ובין המקרה שנידון בפרשת בית סוריק, לעיל הערה 70, שבה נקבע כי הפגיעה בזכויות התושבים בעקבות הקמת גדר ההפרדה בתוואי שקבע המפקד הצבאי עולה על התועלת הביטחונית שתצמח מהגדר. את דחיית ההשוואה מנמק בית המשפט בשלושה טעמים: באותו מקרה הוצגה חלופה ביטחונית שאפשרה להשיג לפחות חלק משיקולי הביטחון; הפיצוי לנפגעים לא היה ממשי; דובר בסכסוך מקומי בלבד שניתן לבחון את תוצאותיו. לגישתנו, קשה להצביע על הבדל ממשי בין שני המקרים שיכול לשלול את כוחו של בית המשפט להכריע בעניינים של מדיניות ביטחונית כאשר מדובר בהתנתקות, אך שכוחו זה עומד לרשותו בפרשת בית סוריק. וכך נאמר בפרשת בית סוריק: "המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה גדר ההפרדה. אנו מומחים להיבטיו ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו" (שם, בעמ' 846). אף אין לקבל את העמדה שעניין בית סוריק לא טבל ב"מערכות מורכבות של שיקולים לאומיים, מדיניים וביטחוניים". יתרה מזו, כאן הציעו העותרים חלופות שונות, אך בית המשפט לא טרח כלל לבחון אותן, או למצער לא בחן לעומק אם הן בנות ביצוע.

⁹⁶ בעת הדיון במבחן התכלית הראויה, בית המשפט הצהיר על כוונתו לבדוק את ההסתברות כאשר יגיע לדון במבחן המידתיות הראשון (ראו פרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9, בפס' 98 לדעת הרוב), אך בפועל לא קיים את הצהרתו. ראו זיידמן וסומר, לעיל הערה 23, בעמ' 598.

⁹⁷ ראו לעיל הדיון בסעיף 1 לפרק זה.

⁹⁸ השופט לוי בפס' 31 לפסק דינו בפרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9: "קשה להעלות על הדעת פגיעה חמורה מכך בחייו של אדם, בדיוק כשם שקשה להעלות על הדעת כיצד ניתן לפצות על פגיעה זו בערכים כלכליים". זה המקום לציין שבינוי 2006 פורסם מחקר של המוסד לחקר הביטחון הלאומי באוניברסיטת חיפה בראשותם של פרופ' סטיבן הובפל וז"ר ניסים קנטי. המחקר עוסק במצבם של המפונים כשנה לאחר ההתנתקות. תוצאות המחקר מצביעות על כך שיותר מרבע מקרב הנשאלים סבלו מתסמינים המאפיינים הפרעת דחק פוסט-טראומטי, PTSD, ויותר מ-40% סבלו מתסמינים דיכאוניים ברמת חומרה בינונית-גבוהה. 77% מהמתיישבים, כך אומר המחקר, דיווחו שנפגעו כלכלית עקב ההתנתקות, ואחוזים גבוהים באופן יחסי דיווחו על פסימיות, על תחושה של אובדן שליטה בגורמים המשפיעים על חייהם. המחקר תואר בהרחבה על ידי חבר הכנסת זבולון אורלב מסיעת האיחוד הלאומי-מפד"ל בדיון במליאת הכנסת שנערך בתאריך 27.6.2006, אשר נושא "מצבם של מפוני גוש-קטיף וצפון השומרון". לפרוטוקול הדיון ראו לעיל הערה 85.

הנפשיים המתעוררים. כך, למשל, לא נבחנה עלותו של טיפול פסיכולוגי או השווי של פירוק קהילה לעומת הפיזי שניתן. כפי שציינו בהקשר של מבחן האמצעי הפחות בחומרתו, אם בית המשפט היה מתבסס על תשתית ראייתית מלאה, ייתכן שהיה דווקא מסיק מסקנה מנוגדת, ולפיה הפיזי מספיק או אף עולה על הנדרש כדי לכפר על הפגיעה. לפיכך, הגם שבידי בית המשפט הכלים לכמת נזק שאינו ממוני, במקרה הנידון לא נעשה כימות כזה, ולכן לא היה ניתן להגיע לכלל מסקנה שהפיזי אכן מפצה על הפגיעה.

לסיכום, כדי לקבוע כי התועלת עולה על הנזק, היה על בית המשפט להכריע בשאלות מקדמיות, כגון שאלת סיכויי התממשות תכליות החוק. בהיעדר הכרעות אלו, בשל תשתית עובדתית רעועה, לא ניתן לאזן את כפות המאזניים. לפיכך גם כאן ניתן לראות סטייה מהדרך שהתווה בית המשפט בעבר.

ד. השפעות פסק הדין על יישום מבחני פסקת ההגבלה בעתיד

נראה אפוא שבית המשפט יישם באופן שונה את מבחני פסקת ההגבלה כשדן בחוקתיות הפיזי ובחוקתיות הפיזי, ונטה להתערב יותר בכל הנוגע לפיזי, שהוא קנייני-כלכלי, לעומת הפיזי, שהוא לאומי-ביטחוני. כאשר היה מדובר בבחינת חוקתיות הפיזי, בית המשפט אף נטה יותר לסטות מדרך יישום המבחנים שאימץ בעבר. דומה שהקריטריונים להפעלת מבחני פסקת ההגבלה בכלל ומבחני המידתיות בפרט אינם קבועים אלא תלויים במטרות שלשמן נבחנת הפגיעה בזכויות היסוד. קיים הבדל בין בחינת חוקיותן של מטרות לאומיות-מדיניות לבין בחינת חוקיותן של מטרות כלכליות-חברתיות. כאשר נבחנה חוקתיות הפיזי דומה שבית המשפט נמנע מלהיכנס ללבן של דרישות פסקת ההגבלה והעדיף להותיר מתחם סבירות רחב במקרה זה לרשויות המדינה גם במקרים שבהם לא הונחה תשתית ראייתית מבוססת דייה שתתמוך בעמדותיהן. לעומת זאת, כאשר בוחן בית המשפט את חוקתיות הפיזי, עניין כלכלי לחלוטין, נראה שבית המשפט בוחן לעומקם של דברים את הפגיעה בזכות הקניין והאפשרות לצמצמה באמצעות סעד הפיזיים בכלל והסדרי הפיזיים הפרטניים. כאשר בית המשפט נדרש, למשל, לבחון אם האמצעי שננקט לעניין הפיזי הוא הפחות בחומרתו, לא הייתה התייחסות רצינית לאמצעים החלופיים שהציעו העותרים, ואילו לעניין הפיזי בחן בית המשפט את טענותיהם ואף ביטל חלק מהאמצעים שנקבעו בחוק.

כפי שציינו בפרקים הקודמים, בית המשפט סוטה במובהק מנטייתו להימנע מלהיכנס בעובי הקורה בנושאים כלכליים ומלהטיל על המדינה חיובים הכרוכים בהוצאות כספיות גדולות שלא הובאו על ידיה בחשבון. בדרך כלל הוא נמנע מכך משום שחיובים אלו משפיעים גם במישור החברתי – כאשר לוקחים ממקום אחד ולטובת מטרה מסוימת בהכרח פוגעים במטרות חשובות אחרות, כמו גם במישורים נוספים כגון המישור הביטחוני. על פי רוב גישת בית המשפט היא שאלו ענייני מדיניות הנתונים לשיקול דעת כמעט בלעדי, אם כי לא מוחלט, של הממשלה, הקובעת את סדרי העדיפויות הלאומיים. לפיכך פסק הדין מהווה נקודת מפנה בתחום זה. ייתכן שההסבר לשינוי בתפיסת בית המשפט נעוץ באופן שבו בית המשפט מבין את

הסוגיה: כמקרה שבו זכויות הפרט (כגון זכות הפרט לקניין) עומדות על הפרק ולא זכויות חברתיות, שאינן זכות הפרט אלא זכות הקבוצה (כגון מעמד כלכלי). נראה כי בית המשפט רואה במפונים מקרה הנוגע לזכויות הפרט, אולי משום שראה בהם ציבור מסוים, ואילו בפסיקותיו הקודמות בעניינים שבמדיניות כלכלית ראה לפניו ציבור בלתי מסוים. בעניין זה מתעורר בבירור מתח בין שאלת הפיננסי לשאלת הפיננסי. הרי לכאורה גם בעניין הפיננסי מדובר באנשים ספציפיים ולא ב"ציבור בלתי מזוהה", אלא שבית המשפט מדגיש את הפן הקולקטיבי (מדיניות לאומית מרכזית וכדומה) ורואה את המתנחלים כקבוצה שעמדתה נדחתה לטובת עמדת הקבוצה שזכתה לרוב לכאורה בכנסת, והפועלת לתכלית לגיטימית (במובן של הגנה על מדינת ישראל באמצעות מניעת חיכוך, שיפור מעמדה בעולם וכדומה).

לבסוף, נצפה אל עבר העתיד – כיצד ישפיע מהלך זה של בית המשפט על יישום עתידי של מבחני פסקת ההגבלה? על שאלה זו אין תשובה ודאית, אך ניתן להצביע על הקושי שצפוי לעלות במקרים עתידיים. מדובר במצבים שבהם נפגעות הן זכויות יסוד מוחשיות של האזרח כגון זכות הקניין והן זכויות יסוד שאינן מוחשיות כגון הזכות לכבוד או הזכות לחירות. לדעתנו, לבית המשפט עוד דרך ארוכה לפסוע בה להגדרת מבחני פסקת ההגבלה אף שמבחנים אלה מיושמים כדבר שבשגרה במקרים רבים. על בית המשפט להגדיר קריטריונים מדויקים או לפחות להתוות גבולות מסודרים לרמת ההעמקה של מבחני פסקת ההגבלה בנושאים כלכליים, ביטחוניים, לאומיים ומדינתיים. בנימה אישית נבקש לומר שדווקא משום שמדינתנו היא מדינה רב תרבותית ובעלת אוכלוסיות מגוונות וייחודיות – מן ההכרח שבית המשפט יתעמק בכל סוגי הפגיעות ויבחן אותן על פי קריטריונים שווים וקבועים מראש. לבסוף נבקש להתריע על כך שהימנעות בית המשפט מלמתוח ביקורת שיפוטית על מחויבותו של נבחר ציבור לבוחריו עלולה להיות לו, לבית המשפט, לרועץ במקרים שבהם התערבות כזו תידרש מאוד.⁹⁹

ה. סיכום

בהארה זו ביקשנו לבחון אם סטה בית המשפט ממבחני פסקת ההגבלה, כפי שנקבעו על ידיו בעבר, בשאלת הפיננסי ובשאלת הפיננסי, ומה ההשפעות של תשובה חיובית על שאלה זו. ראשית תיארונו את טענות העותרים, את טענות המשיבים, ואת קביעותיו הכלליות של בית המשפט בעתירות אלה. לאחר מכן ניתחנו בפרק ג לעומקם את נימוקיו של בית המשפט לדרך החלטת מבחני פסקת ההגבלה בעניין הפיננסי והפיננסי. במהלך פרק זה הגענו לכלל מסקנה כי בית המשפט מתייחס באופן שונה לפגיעות שונות בזכויות יסוד ומיישם את מבחני פסקת ההגבלה על פי אופי הפגיעה ומטרותיה. הבדלים כאלה קיימים כאשר בית המשפט נדרש לקבוע קריטריונים למבחני פסקת ההגבלה במקרים של פגיעה לא מוחשית (כבוד האדם, חירות ופגיעה נפשית)

⁹⁹ ראו דבריו של השופט לוי בפס' 27 לפסק דינו בפרשת ההתנתקות, לעיל הערה 9: "... אי-התערבותו של בית-המשפט תהווה מסר לכל מפלגה, בין שנבחרה לשלטון ובין שתיבחר בעתיד, כי אין מתום בחריגה כה בוטה ממצעה ומהעקרונות שאותם הבטיחה באזניהם של בוחריה ליישם".

מור יוגב וניר סרבטקה "התנתקות מפסקת ההגבלה – בעקבות בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל" הארת
דין ג(2) 99 (התשס"ו)

ובמקרים של פגיעה מוחשית (קניין וחופש העיסוק). כאשר היעד הוא לאומי, לבית המשפט יש נכונות רבה יותר להסכים לפגיעה בזכויות יסוד, ולעומת זאת כאשר היעד הוא כלכלי, בית המשפט מגלה נכונות מועטה יותר.

נראה כי בפסק הדין שבחנו בהארה זו אישר בית המשפט את חוקתיותן של פגיעות קשות בזכויות אדם, והדרך המשפטית שהתווה לוקה בחסר ונשענת על הנמקות פשטניות היוצרות חוסר ודאות במשפט. תקוותנו היא שבית המשפט יתערב גם בנושאים הרגישים יותר, נושאים לאומיים-מדיניים, התערבות הכרחית להבטחת דמוקרטיה אמיתית המגיעה מבוחרי הרשויות ולא מנבחריה ואשר זכויות אדם עומדות בראש מעייניה.