סמכות בטחונית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית

בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הבטחון[1]

זאב סגל*

א. מבוא. ב. פרשת תורקמאן. ג. ההיבט הכללי בעניין תורקמאן: הפעלה מפורשת הלכה למעשה של עילת הנזר היחסיות: 1. יחס בין המעשה שנעשה לאמצעי שהופעל; 2. יחסיות בצל הסבירות: אור, יותר אור! ד. ההיבט המיוחד בעניין תורקמאן: ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכות בטחונית בשטחים המוחזקים. ה. האם אביב של ביקורת שיפוטית? ו. סוף פסוק.

א. מבוא

ביקורת שיפוטית על דרך הפעלת סמכות מינהלית מבטיחה את שלטון החוק ברשויות השלטון. בסולם הביקורת השיפוטית משמשת עילת הסבירות מכשיר חשוב בהגברת היקפה של ביקורת זו.[2] עובדת היותה של עילה זו רחבה ובלתי מוגדרת מרתיעה את בג"צ מפסילת ההחלטה שיש בה משום אי-סבירות בלבד.[3] על רקע זה נראה ראוי לבודד בעץ אי-הסבירות ענפים שניתן יהיה להיאחז בהם, כדי להראות טעם מצדיק לביקורת שיפוטית

---

* מרצה בכיר למשפטים, הפקולטה למדעי החברה, אוניברסיטת תל-אביב.

1. טרם פורסם. ניתן ביום 15.2.93. הרכב השופטים: א' ברק, י' מלץ, א' מצא (להלן: עניין תורקמאן).

2. ראה: א' זמיר, "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי", **משפטים** יב (תשמ"ד) 291, 302. כללית, ראה: מ' שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", **משפטים** יב (תשמ"ב) 102; מ' לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי", **עיוני משפט** יד (תשמ"ט) 5.

3. ראה: ד' קרצמר, "ארבעים שנה למשפט הציבורי", **משפטים** יט (תש"ן) 551, 553; י' זמיר, "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?", **משפטים** יט (תש"ן) 563, 565-566. וכן ראה: I. Zamir, "Unreasonableness Balance of Interests and Proportionality", 11 **T.A University Studies in Law** (1992), 131, 132.

nevo.co.il

בקיומן של נסיבות מוגדרות. הנחה היא שיציקת תוכן ברור למסגרת הרחבה של אי-סבירות תועיל להתגברות על הרתיעה משימוש בעילת מפתח זו לביקורת שיפוטית.

ענף מיוחד, המתפתח בינתיים במסגרת עילת האי-סבירות, הוא זה שעניינו בהעדר יחסיות בין המעשה המיוחס לפלוני לבין האמצעי שנוקט כנגדו השלטון. עיקרון זה, שרשות ציבורית חייבת לקיימו, החל להתפתח לאחרונה בתחום המשפט המינהלי בישראל.[4] הפניה לייחודה של עילת העדר היחסיות נעשתה בספרות המשפטית.[5] כשם שבמדינת ישראל מתפתחת עילה זו כחלק מעילת אי הסבירות,[6] הוא הדין גם במשפט האנגלי,[7] לעומת זאת במשפט הצרפתי,[8] במשפט הקהילה האירופית[9] ובמשפט הקנדי[10] עומדת עילת העדר היחסיות על רגליה שלה.

פסק-הדין בעניין **תורקמאן** מהווה פריצת-דרך חשובה לחיזוקה של עילת העדר היחסיות במשפט המינהלי הישראלי. בג"צ הפעיל במקרה זה, כפי שיובהר להלן, אולי לראשונה בצורה מפורשת, את עילת העדר היחסיות בטעם יחיד לביטול ההחלטה

4. ראה: א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", **משפט וממשל** א (תשנ"ב) 9, 31.

5. ראה: I. Zamir (לעיל, הערה 3), 135-136; ז' סגל, "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי", **הפרקליט** לט (תשנ"א) 507.

6. ראה במאמרים הנ"ל. וכן ראה: בג"צ 5667/91 **ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון**, פ"ד מו (1) 858, בגישת השופט א' ברק, בעמ' 860 (להלן: עניין **ג'בארין**). הזיהוי בין עילת אי-היחסיות לבין עילת אי-הסבירות בולט גם בעניין **תורקמאן** עצמו, כפי שנראה להלן.

7. לגישה באנגליה ראה, למשל: **Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service** 3 [1984] 3 ALL.E.R. 935 (H.L.); **Brind and Others v. Secretary of State for the Home Department** 1 [1991] 1 ALL.E.R. 720 (H.L.).
וכן ראה: J. Jowell & A. Lester, "Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law", **Public Law** (1987) 368; J. Jowell & A. Lester, "Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous", **Current Legal Problems - Special Issue - New Directions in Judicial Review** (1988) 51.

8. ראה: L.N. Brown & F.F. Garner, **French Administrative Law** (3rd ed., 1983, London) 159-160; J. Bell, "The Expansion of Judicial Review over Discretionary Powers in France", **Public Law** (1986) 99.

9. ראה: D. Wyatt & A. Dashwood, **The Substantive Law of the EEC** (1987, London) 60-69, 140-141, 193-194.

10. ראה: **R. v. Big M Drug Mart** 18 (1985) D.L.R. (4th) 321, 366; **R. v. Oackes** S.C.R. 1 [1986] 103, 139.
וכן ראה: L. Eisenstat Weinrib, "The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter", 10 **Sup. Ct. L. Rev.** (1988) 469; L. Eisenstat Weinrib, "Of Diligence and Dice: Reconstituting 207. Canada's Constitution", 42 **University of Toronto** L.J. (1992).

nevo.co.il

המינהלית. בצד חשיבותו הכללית של פסק-הדין לביסוס עילה זו במשפט המינהלי, יש לפסק-הדין חשיבות ספציפית במה שנוגע להפעלת ביקורת שיפוטית על פעולות צה"ל בשטחים המוחזקים. אדון להלן, בנפרד, בהיבטים אלה.

ב. פרשת תורקמאן

ביום 27.10.92 ירה מוחמד תורקמאן לעבר בני הזוג מולי ומוטי ביטון, תושבי ההתנחלות גנים שביהודה ושומרון, בעת ששהו בחנות מכולת בג'נין. השניים נפצעו. מוטי ביטון ז"ל מת לאחר מכן מפצעיו. תורקמאן נתפס ונועמד לדין. הוא הודה בעובדות כתב האישום, והורשע, בין השאר, בגרימת מותו בכוונה של מוטי ביטון ז"ל ובניסיון לגרום למותה של רעייתו. בית-המשפט הצבאי הטיל עליו עונש מאסר עולם, וכן חמישים שנות מאסר במצטבר לעונש זה.

מוחמר תורקמאן מתגורר בבית בודד בן קומה אחת ובו שלושה חדרים. בבית מתגוררים גם אמו ושבעת אחיו ואחיותיו. כן מתגורר באותו בית אח נוסף, שהוא האח הבכור, עם אישתו ובנו. המפקד הצבאי אטם את הבית "על אתר" מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.[11] השגת המשפחה על האטימה נדחתה. העתירה לבג"צ התייחסה הן לפעולת אטימת הבית כולו, והן להודעת המפקד הצבאי על כוונתו להרוס את הבית כולו. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים נתבקש המפקד הצבאי לבדוק אפשרות להריסה חלקית של המבנה, תוך השארת חלקים למגורי האם והאח הבכור ומשפחתו. הבדיקה העלתה כי כל הריסה חלקית תפגע ביציבות שאר המבנה.

על רקע המציאות ההנדסית האמורה, שלא אפשרה הריסה חלקית של המבנה, החליט בג"צ על אטימה חלקית של שני חדרים, באופן שהאח הבכור ומשפחתו יוכלו להמשיך להתגורר במקום. על דעת כל השופטים – אהרן ברק, יעקב מלץ ואליהו מצא – הוחלט כך, בניגוד לעמדת רשויות הביטחון שביקשו את הריסת המבנה כולו. וכך אמר השופט ברק שכתב את פסק-הדין הקצר והתמציתי:

> נראה לי כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא יחסי" – ועל כן גם לא סביר – בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה הייתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. כפי שראינו, דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלה, יש לנקוט את האמצעי הדרסטי פחות – שאף הוא חמור ביותר – של אטימה חלקית.

ההחלטה בעניין תורקמאן, שמשמעותה הכוללת היא מניעת הריסת ביתו של מי שהורשע ברצח, אם יביא הדבר להריסת ביתם של בני משפחתו, לפחות במקרה שבו לא

11. תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2 (ע) 858, (א) 1055.

nevo.co.il

ידעו אלה על מעשיו, ניתנה בניגוד לפסיקה קודמת. בפסק-דין, שניתן אך כשנה קודם לכן,[12] נקבע בנסיבות דומות שבית-המשפט לא ימנע את הריסת המבנה בשלימותו. על דעת הרוב – השופטים שושנה נתניהו ויעקב מלץ – נפסק כי:

> ...ההריסה של המבנים בשלמותם תפגע לא רק בעותרים עצמם אלא גם בבני משפחותיהם. אך זו התוצאה של הצורך בהרתעת הרבים, למען יראון וידעון, כי במעשיהם הנפשעים לא רק שהם פוגעים בפרט, מסכנים את שלום הציבור וממיסים עונש כבד על עצמם, אלא שהם מביאים צרה גם על בני ביתם.[13]

ההחלטה בעניין **חיזראן** האמור, מסתמכת על שורה ארוכה של החלטות שלא פורסמו.[14] אם נזכור שבעניין **חיזראן** דובר בהרשעת העותר בעבירות תמורות הרבה פחות מאלה שבהם הורשע העותר בעניין **תורקמאן**, ניתן יהיה לחוש במיוחד ברוח החדשה הנושבת מפסק-הדין החדש. פסק-הדין החדש, המתייחס לפסיקה קודמת,[15] איננו מזכיר כלל את ענין **חיזראן**. דמיון הנסיבות בשני המקרים האמורים (באשר להעדר האפשרות להריסה חלקית של מבנה), השוני הבולט בתוצאת הפסיקה, הנכונות כאן לביקורת שיפוטית כנגד שיקול-הדעת הצבאי, ההימנעות המוחלטת מביקורת שיפוטית שם,[16] כל אלה עושים את שתיקת בית-המשפט בעניין **חיזראן** למדברת ולזועקת בקול כנגד גישה אחרת.

ג. ההיבט הכללי בעניין תורקמאן: הפעלה מפורשת הלכה למעשה של עילת העדר היחסיות

1. יחס בין המעשה שנעשה לאמצעי שהופעל

ההחלטה בעניין **תורקמאן** וקבלת העתירה מבוססות על כך שלדעת בית-המשפט ביקשה הרשות לנקוט אצעי "לא יחסי", כלומר: אמצעי חמור מדי. תומרת היתר נובעת מכך שהריסת המבנה תגרום סבל לצד שלישי, קרי: למשפחתו של מי שהורשע ברצת. בהריסת ביתו של מי שהורשע ברצת ונידון למאסר עולם אין בג"צ רואה אמצעי "לא יחסי".

---

12. ראה: בג"צ 4772/91, 5359 **חיזראן** ואח' נ' **מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון**, פ"ד מו (2) 150 (להלן: ענין **חיזראן**).
13. שם, בעמ' 155.
14. שם, שם.
15. נזכרים בפסק-הדין: בג"צ 361/82 **חמרי** נ' **מפקד איזור יהודה ושומרון**, פ"ד לו (3) 439, 443; ענין **ג'בארין** (לעיל, הערה 6), 860; בג"צ 2722/92 **אלעמרין** נ' **מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** (טרם פורסם; ניתן ביום 14.6.92) (להלן: ענין **אלעמרין**).
16. ראה בענין **חיזראן** (לעיל, הערה 12), 155 את דברי השופטת ש' נתניהו, שלפיהם "השימוש בסמכויות אלה הוא לפי שיקול-דעתו של המשיב, בהתחשב בחומרת המעשה ובצורכי הזרתעה על רקע היקפה של התופעה".

nevo.co.il

הקביעה בדבר אטימת חדרים – להבדיל מהריסתם – נקבעת רק בהעדר אפשרות להריסה חלקית של בית הרוצח בלבד.

הסתמכות על העדר פרופורציה ראויה בין המעשה האסור לבין הסנקציה הננקטת איננה נעדרת מפסיקת בג"צ. כשם שניתן למצוא פסיקה שביססה התערבות שיפוטית על תומרת יתר של האמצעי שננקט להשגת מטרה לגיטימית כשלעצמה,[17] כך ניתן גם למצוא פסיקה שביססה התערבות שיפוטית על כך שהרשות המינהלית נקטה סנקציה קלה מדי בהתחשב במעשה שנעשה.[18]

עם זאת, מתייחד עניין תורקמאן בזאת שבג"צ ציין במפורש כעילה להתערבותו את עילת העדר היחסיות, אשר עד עתה כמו "נבלעה" בפסיקה מבלי שהובלט ייחודה.[19] בעניין ג'בארין, שנפסק לפני כשנה, עמד השופט א' ברק במפורש על היחסיות או המידתיות החייבת להתקיים בין מעשה הפרט לבין האמצעי שהשלטון נוקט,[20] אולם בית-המשפט לא התערב בהחלטת הרשות הלכה למעשה. רק בעניין תורקמאן הודגשה עילת העדר היחסיות והובלטה כבסיס להחלטת בג"צ להתערב בשיקול-דעתו של המפקד הצבאי. בית-המשפט הלך כאן, למעשה, בעקבות גישת המיעוט של השופט מישאל חשין בעניין חיזראן.[21] אותה גישה, כדעת מיעוט, נקט השופט חשין בעניין אלעמרין,[22] כאשר ביקש להורות למפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה לנמק מדוע לא יימנע מהריסת ביתו של מי שהודה ברצח הנערה הלנה ראפ ז"ל בבת-ים. כדעת הרוב שם הותרה הריסת הבית, תוך פגיעה בבני משפחת הרוצח, כאשר נראה היה לכאורה שלא ניתן להביא להריסה חלקית של המבנה. דעת הרוב הביאה לכך שאף עצם קיום האפשרות להריסה חלקית לא נבדק עד תומו. ההחלטה בעניין תורקמאן אמורה ליצור מציאות חדשה בהקשר זה.

---

17. ראה, למשל: בג"צ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מד (3) 317.
18. ראה, למשל: בג"צ 425/89 צופאן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מג (4) 718; בג"צ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485 (להלן: עניין גנור).
19. לניתוח הפסיקה, בטרם עניין תורקמאן, ראה מאמרים (לעיל, העדה 5).
20. לעיל, הערה 6, 860.
21. לעיל, הערה 12, 155-161. אפשר לאבחן ולומר שגישת השופט חשין בעניין חיזראן אינה מבוססת, למעשה, על עקרון היחסיות, ואת הואיל ועיקרון זה מבוסס ביסודו על יחסיות בין מעשהו של אדם לבין הסנקציה שננקטת כנגדו. ואילו בעניין חיזראן יסוד גישת השופט חשין היא בעיקרה שאין כלל סמכות למפקד הצבאי לפעול כנגד מי שלא חטא בגין מעשהו של אדם אחר. עם זאת ניתן, לדעתי, להשקיף דרך עיני היחסיות גם במקרה שבו פועלים כלפי אדם בגין מעשיו כלפי אדם אחר. או אז אין יחס סביר בין מעשהו של אחד לבין הסבל שמנקשים לגרום לאחר. כך רואה השופט ברק בעניין תורקמאן את היחסיות ככוללת גם יחס בלתי-סביר בין מעשהו של אחד לסבל שנגרם לאחר. לדעתי, נוסחה הכוללני של תקנה 119 נותן למפקד הצבאי סמכות לפעול כנגד מי שלא חטא בגין מעשה של אחר. הדבר ברור מנוסח התקנה. השאלה היא זו של דרך הפעלת הסמכות, ולא של הסמכות עצמה, וכאן מתייצבת עילת העדר היחסיות.
22. לעיל הערה 15.

nevo.co.il

חשיבות ההחלטה בעניין תורקמאן חורגת מהקשרה הספציפי, ותרומה מרכזית שלה היא בחיזוק עילת היחסיות. היחס הענייני בין המטרה לאמצעי מקבל רלוואנטיות בתחומים כלכליים שונים, שבהם יכולה הרשות להיקרא להצדיק את החלטתה, כך שיהיה ברור שאין היא פוגעת בחופש העיסוק של הפרט במידה שאיננה מתחייבת מן המציאות. כך, למשל, נפסק כי הגבלת רשיון ייבוא ליצרן של מוצר או לסוכנו הבלעדי בישראל, יש עמה שימוש ב"אמצעי מרחיק לכת, הפוגע בחופש העיסוק של הפרט, מבלי שהאינטרס הציבורי מתייב זאת או מצדיק זאת".[23]

ההכרה השיפוטית בעילת היחסיות, ותחילת פיתוחה, הינה רבת-חשיבות לאור "פסקת ההגבלה" הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.[24] הרכיב בפסקת ההגבלה, הקובע כי הפגיעה בזכויות האמורות בחוק זה יכולה להיות רק "במידה שאינה עולה על הנדרש", נותן לעקרון היחסיות מעמד חוקתי.[25] ניתן להניח, שבבואו להכריע בחוקתיותו של חוק, יידרש בית-המשפט לפסיקת בג"צ שעניינה היחסיות שבין מעשה וסנקציה ושבין מטרה ואמצעים להגשמתה. בעליל נראה ברור שבית-המשפט יפעל כך בעבודתו הפרשנית, שסטיית המחוקק מהעקרונות שבחוק-היסוד תיתכן אך-ורק בחקיקה שתהא כבחינת "הכרח בל יגונה" ושתפגע פגיעת מינימום בחירויות היסוד. נראה לי שהעובדה שרכיב היחסיות נעדר מ"פסקת ההגבלה" שבחוק יסוד: חופש העיסוק,[26] איננה בעלת משמעות כזו שיש עמה "הסדר שלילי". דרישת היחסיות יכולה להיכלל במסגרת הרכיב המחייב את "טובת הכלל" בחקיקה, ולהיחשב כעקרון יסוד של שיטת המשפט הישראלי לאור הפסיקה.

2. יחסיות בעל הסבירות: אור, יותר אור!

בעניין תורקמאן, עם כל תרומתו לעילת הערך היחסיות, משקיף בג"צ על עילה זו במשקפיים של סבירות. בג"צ מציין את חובת המפקד הצבאי להפעיל שיקול-דעת סביר. בכוונתו להביא להרחבת המבנה כולו רואה בית-המשפט, מפי השופט א' ברק, רצון להפעיל "אמצעי לא יחסי ועל כן גם לא סביר". כך מווהה עילת העדר היחסיות עם עילת אי-הסבירות.

הזיהוי האמור עלול לפגום בהפעלתה של ביקורת בשיפוטית, אם יהיה בג"צ נכון לפעול אך-ורק במקרה שבו מורה אמצעי מסוים על חריגה ממיתחם הסבירות. אם ניפנה למובנה של עילת אי-הסבירות במשפטנו החוקתי-מינהלי, נמצא שבג"צ יהיה נכון להתערב אך-ורק אם יראה לו שהרשות פעלה באופן ששום רשות סבירה לא הייתה פועלת, ורק אם הסטייה מאמת הסבירות היא מהותית ואף קיצונית.[27]

23. ראה: בג"צ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד מד (1) 456, 470. ראה גם: בג"צ 256/88 מדאינוסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח', פ"ד מד (1) 19.

24. ס"ח התשנ"ב, 150. ראה: סע' 8.

25. ראה א' ברק (לעיל, הערה 4) 31-34.

26. ס"ח התשנ"ב, 114. ראה: סע' 1.

27. ראה האסמכתאות הנזכרות (לעיל, הערה 2), וענין גנור (לעיל, הערה 18).

לגישה זו, המונעת התערבות בעת שהרשות נמצאת בתוך "מיתחם הסבירות",[28] מכוון השופט ברק שעה שהוא דן במשמעות הרכיב הקבוע ב"פסקת ההגבלה" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה ניתן לפגוע בזכויות היסוד שלפי החוק אך-ורק ב"מידה שאינה עולה על הנדרש". כהרגשתו, המחוקק מדבר כאן בעקרון היחסיות, כמובנו במשפט המינהלי.[29] השופט ברק כופף כאן את עקרון היחסיות לעקרון הסבירות, כך שאל לו לבית-המשפט לקבוע מהי הדרך הראויה ביותר למנוע פגיעה רבה מדי בזכויות האדם. אם קיימת דרך חקיקתית להגשמת מטרות החקיקה, הפוגעת בזכויות האדם במידה פחותה מזו שבחר המחוקק, יבטל בית-המשפט חוק שאינו בוחר בדרך זאת. אך אם במספר דרכים חלופיות יש מידה שווה של פגיעה, מקיים החוק הנדון את עקרון היחסיות הנדרשת, ובית-המשפט לא יכריע בעד חקיקה אחרת בעלת אופי דומה, ולא יתערב בחקיקה שנקבעה.[30]

כליאה זו של עילת העדר היחסיות במסגרת עילת אי-הסבירות אינה נראית בעיני, גם עלי מקובל שהכלל הרגיל צריך להיות, שבג"צ לא יתערב במקרה שבו בחרה הרשות באופציה סבירה, במובנו של מושג זה במשפטנו הנוהג. עם זאת ראוי, לפתוח במקרים נדירים, להכיר בעילה לביקורת שיפוטית שיסודה בכך שהרשות הציבורית יכולה הייתה לבחור ב"אמצעי מספיק" להשגת מטרתה הלגיטימית, שאין עמו תומרת כה רבה כלפי הפרט. ההתערבות במקרה כזה איננה יכולה להיות בהכרח התערבות בעילה של אי-סבירות, הואיל ולא תמיד ניתן לומר שהאמצעי שנקט הוא בלתי סביר באופן קיצוני עד ששום רשות סבירה לא הייתה פועלת כך. ההתערבות תהיה אז בעילה **נפרדת** של **העדר יחסיות** בין המעשה האסור לבין האמצעי, או בין האמצעי לבין המטרה, כאשר ניתן היה להגיע למטרה תוך פגיעה פחותה בזכויות הפרט. המבחן האמור ראוי גם לבחינת מעשי הרשות המבצעת וגם לבחינת מעשי הרשות המחוקקת, למשל, לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

תימוכין לכך ניתן למצוא בדין הנוהג בשאלת **מעצרים מינהליים**. ההלכה המיוחדת בשאלת המעצרים המינהליים, המתירה לבית-המשפט לבוא בנעלי הרשות ולהמיר את שיקול-דעתה בשיקול-דעתו, מבוססת על הקביעה המפורשת בחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, לפיו מוסמך נשיא בית-המשפט המחוזי "...לאשר את צו המעצר, לבטלו או לקצר את תקופת המעצר שבו".[31] לאור סעיף זה קבע בית-המשפט העליון, ששיקול דעתו של נשיא בית-המשפט עצמאי הוא, וכי מוסמך הוא לדון בצו המעצר מחדש, תוך בחינת השאלה אם מדובר באמצעי ראוי.[32] לאור זאת בחן

28. ראה: בג"צ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד לה (1) 421.
29. ראה לעיל הערות 24-26 והטקסט הצמוד להן. ראה: א' ברק (לעיל, הערה 4), 32-33.
30. ראה: א' ברק, **שם**, שם.
31. ראה: סע' 4א.
32. ראה: עמ"מ 2/86 **פלוני נ' שר הביטחון**, פ"ד מא (2) 508.

nevo.co.il

בית-המשפט העליון, בערעור שנשמע בפניו, את כל קשת האמצעים התלויים למעצר מינהלי, ואישרו אותו רק משהוברר ששימוש בחלופות האחרות איננו אפקטיבי.[33]

מה שראוי לגבי מעצרים מינהליים נראה לי ראוי לפחות במקרה שבו מפעילה הרשות המינהלית אמצעי "מעין עונשי", כגון: הפסקת הופעת עיתון, הריסת בתים, גירושים, הפקעת מקרקעין וכו'. הביקורת השיפוטית כאן איננה צריכה להצטמצם בבחינת הסבירות (אמצעי סביר), אלא גם בהתערבות בשיקול-הדעת המינהלי בעילת אי-היחסיות (אמצעי ראוי יותר). עניין תורקמאן עצמו יכול להוכיח את גישתי.

ההיצמדות של השופט ברק לעילת אי-הסבירות (כפי שראינו לעיל) מחייבת אותנו להניח שהרשות נתפסה לאי-סבירות קיצונית בעניין תורקמאן, עד ששום רשות סבירה לא הייתה נוהגת כמוה. שאחרת, לא ניתן להבין במסגרת הגישה הנוהגת את התלטת בג"צ להמיר את ההחלטה בדבר הריסת המבנה באטימה חלקית. נראה לי שהחלטת בג"צ בחרה באמצעי המספיק והראוי ביותר, אך לא היה ניתן לומר שהאמצעי שנקטה הרשות היה בלתי סביר באופן מהותי וקיצוני. נקיטה באמצעי זה – לאחר מתן זכות טיעון לנפגע – אושרה בפסיקה עניפה של בג"צ, ונחשבת סבירה בעיני שופטים רבים שדנו בכך.[34]

אמור מעתה: החלטת בג"צ בעניין תורקמאן הינה, אכן, החלטה שיש עמה העמדת עילת הסדר היחסיות על דגליה שלה. רק הברה בכך שבג"צ קובע, למעשה, את האמצעי הראוי ביותר, אפילו נקטה הרשות אמצעי סביר מבחינה משפטית, יכולה להצדיק את ההתערבות המשפטית המחייבת. המפקד הצבאי בתורקמאן נקט אמצעי לא יחסי שאיננו בהכרח בלתי סביר. רתיעתו של בג"צ מלהורות שהוא ממיר את שיקול-דעת הרשות בשיקול-דעתו שלו היא המביאה אותו להיצמדות לעילת הסבירות, תוך הדגשה שאיננו מתערב בבחירת הרשות בין אופציות סבירות.[35] הודאה בכך שלעתים מן הראוי להמיר את שיקול-הדעת המינהלי בשיקול-הדעת השיפוטי הייתה מועילה להעמדת עילת העדר היחסיות באור הנכון, ולא בצל עילת הסבירות.[36] הרחבת הביקורת השיפוטית על חשבון קדושת שיקול-הדעת המינהלי, תוך שימוש בעקרון היחסיות, נעשית מקובלת במדינות רבות.[37]

33. ראה: עמ"מ 1/88 **אגבריה ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב (1) 840.

34. ראה: עניין **חיזראן** (לעיל, הערה 12). ראה במיוחד שם, בעמ' 155.

35. ראה: בג"צ 399/85 **כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח'**, פ"ד מא (3) 255, 301-302, 307.

36. לקריאה להכרת עילת היחסיות כעילה עצמאית לביקורת שיפוטית, ראה: I. Zamir (supra note 3, at p. 136)
לשאלת עילת הסדר היחסיות ושאלת ההתערבות בשיקול-הדעת המינהלי, ראה: ז' סגל (לעיל, הערה 5), 525-532.

37. ראה: A.R. Brewer-Carias, **Judicial Review in Comparative Law** (1989, Cambridge) 33-35.

nevo.co.il

ד. ההיבט המיוחד בעניין תורקמאן: ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכות בטחונית בשטחים המוחזקים

על-פי ההצהרה השיפוטית המקובלת, נתון שיקול-הדעת של הרשות הצבאית בשטחים לביקורת שיפוטית בהיקף המקובל לגבי כל רשות מינהלית.[38] במציאות הנוהגת מהסס בג"צ מאוד בטרם שהוא מתערב בשיקול-דעתו של הממשל הצבאי בשטחים והוא נוהג לבטל דעתו מפני דעת הרשות,[39] להוציא חריגים, מהסס בג"צ להתערב בשיקול-הדעת של רשויות הביטחון יותר מאשר בשיקול-הדעת בעניינים אחרים, עד שנוצר "...אבסורד, שלפיו הסמכויות בתחום הביטחון, שהן הקיצוניות והמסוכנות מכל הסמכויות השלטוניות, דווקא הן תהיינה נתונות לביקורת רופפת יותר מן הביקורת המופעלת על-ידי בית-המשפט על סמכויות אחרות".[40]

המציאות האמורה בעניינו ביטחון בכלל מתחדדת בכל הנוגע להפעלת ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכות בטחונית בשטחים המוחזקים. בחינה, לדוגמה, של הפסיקה, שנתפרסמה בכרך מ"ד של פסיקת בית-המשפט העליון, והמתייחסת להחלטות שניתנו בשנים 1989-1990, מראה שכל העתירות נגד מפקדי כוחות צה"ל באיזור, למעט אחת, נדחו. העתירה שנתקבלה הייתה בעילה של טענה בעובדה, כאשר הובר שהמפקד ייחס למי שהתגורר במבנה הודאה במעשים שלא הודה בהם. גם או לא בוטלה ההחלטה בדבר הריסת המבנה, והעניין הוחזר למפקד הצבאי לשיקול מחודש.[41] פסיקה עניפה של בג"צ, במרוצת השנים האחרונות, מראה על אישור צעד בלתי הפיך של הריסת מבנה, מבלי שבג"צ בוחן אפשרות לנקיטת אמצעי תלופי חמור פחות.[42]

על רקע הנדירות שבהתערבות בג"צ בפעולות הממשל הצבאי בשטחים,[43] לא יקשה להעריך את חשיבות ההחלטה בעניין תורקמאן. פסק-הדין מהווה סטייה ממגמה נמשכת של אי-התערבות כמעט מוחלטת, במעשי הממשל הצבאי בשטחים. דווקא ההתערבות בעניין

38. ראה: בג"צ 358/88 **האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח'**, פ"ד מג (2) 529, 539.

39. ראה: א' מעוז, "משפט תוקפני" **בספר השנה של המשפט בישראל**, (תשנ"א) 68, 99.

40. ראה: י' זמיר, "זכויות האדם ובטחון המדינה", **משפטים**, יט (תשמ"ט) 17, 37.

41. ראה: בג"צ 802/89 **נסמאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה**, פ"ד מד (2) 601. להארת הפסיקה בתקופה האמורה, ראה: ז' סגל, "משפט מנהלי", **בספר השנה של המשפט בישראל**, (תשנ"א), 110, 130-132. לפיקוח השיפוטי על שיקוליהן של רשויות הביטחון בהפעילן סמכויות תירום, ראה: B. Bracha, "Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts," 28, Stan. J. Int'l L. (1991) 39.

42. ראה, למשל: בג"צ 796/88 **אח'ליל נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מג (1) 568; בג"צ 779/88 **אלפסיוס נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מג (1) 576; בג"צ 228/89 **אלג'מל נ' שר הביטחון**, פ"ד מג (2) 66; בג"צ 658/89 **סנואר נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה**, פ"ד מג (2) 821.

פרטני, קטן לכאורה, שאיננו מערב היבטים כלליים רחבים, יכול להציב "רמזור אדום" בפני הרשויות לשיקול מדוקדק של כל התלטה ספציפית בעניין הריסת בתים. עד להתלטה בעניין תורקמאן יכולות היו רשויות הביטחון להניח על סמך נסיון העבר, שבג"צ לא יתערב בהתלטה בדבר הריסת מבנה, כאשר מבצע עבירה חמורה מתגורר עם בני משפחתו שלא חשאו ולא ידעו. מעתה הובהר לרשויות שבמקום שבו לא תיתכן הריסה חלקית של מבנה, לא יתיר בג"צ את הריסת המבנה כולו, ויורה על אטימה חלקית בלבד. בכך, ולאור תנאי מגורים משותפים בשטחים, ניטל מרשויות הביטחון אמצעי הרתעה של פגיעה בבני משפחתו של אדם, באשר איש בעוונו הוא יישא.

חשיבות ההתלטה איננה מתייחדת, כמובן, לאמצעי של הריסת מבנים בלבד. היא מתקשרת לכל היקף הפיקות השיפוטי בשטחים, אם אכן תתקבל הגישה שבה בפסיקת בית-המשפט בעניינים דומים. לא למותר להזכיר שעניין תורקמאן נפסק כשלושה שבועות בלבד לאחר החלטת בג"צ בהרכב של שבעה שופטים, שלא להתערב בתוקפם של צווי הגירוש האינדיבידואליים שהוצאו כנגד 415 מתושבי השטחים, שלגביהם הצטבר מידע שלפיו הם פעילים בארגון החמאס או הג'יהאד האיסלאמי.[44] על ההתלטה ההיא כתב פרופ' מרדכי קרמניצר, דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, כי בג"צ הוציא לממשלה "כרטיס צהוב". בג"צ אישר, אמנם, את צווי הגירוש האינדיבידואליים (תוך ביטול הצו הכללי שפגע "באופן סותף וכוללני" בזכות הטיעון), אך הזהיר את הממשלה שלא לעולם חוסן, כאותו שופט כדורגל המזהיר שחקן באמצעות "כרטיס צהוב", וזאת בטרם הרחקה מן המגרש.[45] בעניין תורקמאן הפעיל בג"צ "כרטיס אדום", שהגביל את מפקד איזור יהודה ושומרון כשחקן יחיד במגרש שבו שיחק מאז ומתמיד באין מפריע. על כך ראוי בג"צ להוקרה רבה. המפקד הצבאי נשאר, כמובן, במגרש והוא בעל הסמכות, אלא שבג"צ היה באותו מגרש לשופט מתערב ופעיל.

43. למקרים נדירים של התערבות, ראה: I. Zamir, "Courts and Politics in Israel", Public Law (1991) 523, 525-526.
על רקע נדירות ההתערבות השיפוטית הועלתה הטענה שאי-ההתערבות המקובלת נותנת לגיטימיות למדיניות ישראל בשטחים על-ידי בית-המשפט, כאשר אין זו משמעות אי-ההתערבות. ראה: R. Shamir, "'Landmark Cases' and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice", 24 L. & Soc. R. (1990) 781, 799.

44. ראה: בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון (טרם פורסם: ניתן ביום 28.1.93. הרכב השופטים: מ' שמגר, מ' אלון, א' ברק, ש' נתניהו, א' גולדברג, ת' אור, א' מצא). ראה לעניין פסק-דין זה: ח' כהן, "גירוש כהלכה" עמ' 447 לעיל; א' בנבנישתי, "נגרש ונשמע", עמ' 441 לעיל.

45. ראה מ' קרמניצר, "בכל זאת, יש שופטים בירושלים", ידיעות אחרונות (31.1.93) עמ' 19.

nevo.co.il

ה. האם אביב של ביקורת שיפוטית?

בשלב זה אין לדעת אם יש בפסק-הדין בעניין **תורקמאן** משום סנונית המבשרת אביב של ביקורת שיפוטית על הממשל הצבאי בשטחים, המפעיל סמכויות קיצוניות כלפי זכויות הפרט. מה שברור, לדעתי, הוא שהעמקת הביקורת השיפוטית על שיקולי ביטחון – במדינת ישראל ולא רק בשטחים – מתחייבת דווקא לאור אופי הסמכות. ההכרה בביקורת הכוח, שלא יפעיל אלא אמצעים מפיקים והכרתיים, נוצר בגין המציאות המחייבת לעתים את נקיטתם של אמצעים דראסטיים. כאשר אמצעים כאלה מתחייבים, לעתים כמעשה של יום-יום, לא נותר אלא להבטיח ביקורת שיפוטית ממשית לשמירת עקרונות שלטון החוק. עת קשה איננה עת לריסון שיפוטי, כאשר מדובר במציאות נמשכת.[46] ההתערבות השיפוטית בעניין **תורקמאן** מחזקת את אלה – שעמם נמנה המחבר – המצדדים בהמשך הביקורת השיפוטית של בג"צ על הנעשה בשטחים.[47] ההחלטה מוכיחה שבוח השיפוט וכוח ההרתעה של בג"צ לא נמוגו. הפעלת הביקורת השיפוטית הלכה למעשה, במקרים ראויים, הינה הכרח בל יגונה למול הסמכויות הקיצוניות הנמצאות בידי רשויות הביטחון.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הכיר בזכות הקניין כבזכות יסוד שכל רשויות השלטון חייבות לכבדה. גם המפקדים הצבאיים בשטחים, שהם שלוחי מדינת ישראל, חייבים להפעיל את שיקול-דעתם לאור העקרונות האמורים בחוק-יסוד זה.[48] ביקורת שיפוטית רחבה על תקיפת הכנסת, המתבקשת מחוק-היסוד האמור, אטורה להתקיים גם כלפי

---

46. בכך אני מבקש להצטרף לגישת השופט מ' חשין בעניין **אלעמרין** (לעיל, הערה 15).

47. בבג"צ 6163/92 **איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון** (טרם פורסם; ניתן ביום 23.3.93) נטען, בין היתר, כי מוצדק מינויו של מר יוסי גינוסר לכהונת מנכ"ל משרד ממשלתי, חרף היותו מעורב בעבירות פליליות הואיל ובצען "למען בטחון המדינה". בג"צ קבע כי "אכן לא למען עצמו פעל...אלא למען הכלל" וכי "המניע שלו לא היה אישי. הוא ראה לנגד עיניו את צרכי המדינה ובטחונה". עם זאת נפסק מפי השופט א' ברק בהסכמת השופטים א' גולברג וא' מצא – שלא הוסיפו דברים משלהם – כי אין בכוחו של שיקול זה להכריע את הכף. מניע בטחוני, קבעו השופטים, אין בו כדי להצדיק מתן עדות שקר, שיבוש הליכי משפט ופגיעה בחירותו של הפרט. כדברי בג"צ: "הביטחון יקר לנו, אך זהו ביטחון הפועל במסגרת החוק. כאשר שומרי הביטחון מפרים את החוק, נפגעים החוק והביטחון גם יחד". כך נפסל מינויו של מר גינוסר למנכ"ל משרד הבינוי והשיכון, בהיות התלטת הממשלה למנותו "בלתי סבירה בעליל ובאופן קיצוני". מהחלטת בג"צ זו עולה נכונות רבה של בית-המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית רחבה. התערבות נדירה זו בהחלטת מליאת הממשלה, שהיא "הרשות המבצעת של המדינה", מבטאת כשלעצמה נכונות זו.

48. השקפה זו אינה נחלת הכלל. בישיבת הכנסת ביום 22.3.92, שבה נדחתה הצעת אי-אמון בממשלה, תקף ראש הממשלה יצחק רבין את ההחלטה בעניין **תורקמאן**. הוא אמר שרשויות הביטחון ביקשו להרוס את ביתו של המחבל שהרג את מוטי ביטון ז"ל, אך בג"צ מנע זאת.

nevo.co.il

הרשות המבצעת שיד חזקה לה בהגבלת חירויות הפרט. אל לה למטרה לגיטימית, בהגנת הביטחון בשטחים ובמדינה, לקדש את כל האמצעים. שימוש ראוי בעילת העדר היחסיות כעילה עצמאית לביקורת שיפוטית יועיל, לפחות באופן יחסי, לקיום עקרונות שלטון החוק בשטחים.

ו. סוף פסוק

החלטתו של בג"צ בעניין תורקמאן, אם אכן תיצור מסגנה שיפוטי, תוכל להקהות את מסקנתו העגומה של פרופ' דוד קרצ'מר במאמרו המקיף בטרם פסק-דין זה, שלפיה "היסודות הבולטים ביותר בהחלטותיו של בית-המשפט לגבי הריסת בתים ואטימתם הם חוסר נכונותו של בית-המשפט לקבל על עצמו אחריות להתערבות באמצעי שמפקדי צה"ל דוגלים בו כאמצעי ביטחון". פסק-הדין בעניין תורקמאן מקבל על עצמו אחריות חשובה למעורבות שיפוטית בהבטחת שלטון החוק, גם מול מה שנתשב מקודש כמעט: בשחון המדינה.[49]

49. ראה: ד' קרצמר "ביקורת בג"צ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים", בספר **קלינגהופר על המשפט הציבורי** (תשנ"ג) 305, 357.

nevo.co.il