

בית המשפט העליון

בג"ץ 1661/05, בג"ץ 1798/05, בג"ץ 2252/05, בג"ץ 2703/05,
בג"ץ 3059/05, בג"ץ 3127/05, בג"ץ 3205/05, בג"ץ 3208/05,
בג"ץ 3761/05, בג"ץ 4004/05, בג"ץ 4014/05, בג"ץ 4054/05

המועצה האזורית חוף עזה ואח'

נגד

כנסת ישראל ואח'

פ ס ק - ד ין

ירושלים, סיון תשס"ה – יוני 2005

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1661/05
בג"ץ 1798/05
בג"ץ 2252/05
בג"ץ 2703/05
בג"ץ 3059/05
בג"ץ 3127/05
בג"ץ 3205/05
בג"ץ 3208/05
בג"ץ 3761/05
בג"ץ 4004/05
בג"ץ 4014/05
בג"ץ 4054/05

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק

כבוד המישרנה לנשיא מ' חשין

כבוד השופט ד' ביניש

כבוד השופט א' ריבלין

כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

כבוד השופט א' א' לוי

כבוד השופט א' גרוניס

כבוד השופטת מ' נאור

כבוד השופטת ע' ארבל

כבוד השופטת א' חיות

כבוד השופט י' עדיאל

העותרים בבג"ץ 1661/05 :

העותר בבג"ץ 1798/05 :

העותרים בבג"ץ 2252/05 :

העותרים בבג"ץ 2703/05 :

העותר בבג"ץ 3059/05 :

העותרת בבג"ץ 3127/05 :

העותרים בבג"ץ 3205/05 :

העותרים בבג"ץ 3208/05 :

העותרים בבג"ץ 3761/05 :

העותרים בבג"ץ 4004/05 :

העותרים בבג"ץ 4014/05 :

העותרים בבג"ץ 4054/05 :
המועצה האזורית חוף עזה ואח'

ח"כ בנימין אלון

בנימין יפת ואח'

ליאוניד אלימלך ואח'

נסים ברכה

חברת מורי השקעות בע"מ

רון שטיינר ואח'

קובים תעשיות בע"מ ואח'

אריאל פיינגרש ואח'

ניסנית ואח'

יצחק מילר ואח'

אריאל פורת ואח'

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 1661/05 :
כנסת ישראל ואח'

המשיבים בבג"ץ 1798/05 :

המשיבים בבג"ץ 2252/05 :

המשיבים בבג"ץ 2703/05 :

המשיבים בבג"ץ 3059/05 :

המשיבים בבג"ץ 3127/05 :

המשיבים בבג"ץ 3205/05 :

המשיבים בבג"ץ 3208/05 :

המשיבים בבג"ץ 3761/05 :

המשיבים בבג"ץ 4004/05 :

המשיבים בבג"ץ 4014/05 :

המשיבים בבג"ץ 4054/05 :

ראש הממשלה – אריאל שרון ואח'

ממשלת ישראל ואח'

ראש הממשלה – אריאל שרון ואח'

כנסת ישראל ואח'

ממשלת ישראל ואח'

כנסת ישראל ואח'

ממשלת ישראל ואח'

כנסת ישראל ואח'

ממשלת ישראל ואח'

כנסת ישראל ואח'

ראש הממשלה – אריאל שרון ואח'

תשובות לצו על תנאי

תאריכי הישיבות:
כ"ז באדר ב' תשס"ה
כ"ד בניסן תשס"ה
(07.04.2005)
(03.05.2005)

בשם העותרים בבג"ץ 1661/05 :

בשם העותר בבג"ץ 1798/05 :

בשם העותרים בבג"ץ 2252/05 :

בשם העותרים בבג"ץ 2703/05 :

בשם העותר בבג"ץ 3059/05 :

בשם העותרת בבג"ץ 3127/05 :

בשם העותרים בבג"ץ 3205/05 :

בשם העותרים בבג"ץ 3208/05 :

בשם העותרים בבג"ץ 3761/05 :

בשם העותרים בבג"ץ 4004/05 :

בשם העותרים בבג"ץ 4014/05 :

בשם העותרים בבג"ץ 4054/05 :

בשם המשיבים בבג"ץ 1661/05,
בבג"ץ 1798/05, בבג"ץ 2252/05,
בבג"ץ 2703/05, בבג"ץ 3059/05,
בבג"ץ 3127/05, בבג"ץ 3205/05,
בבג"ץ 3208/05, בבג"ץ 3761/05, בבג"ץ 4004/05, בבג"ץ 4014/05 ובבג"ץ 4054/05 :
עו"ד יוסף פוקס ; עו"ד יורם שפטל

בעצמו

עו"ד יצחק מירון

עו"ד אדוה פרי פז

עו"ד יוסף מ' גולדשטיין

עו"ד חנן מלצר ; עו"ד ברק בר-שלום ;
עו"ד דניאל פדר ; עו"ד נוה אילן ;
עו"ד זכריה פייט

עו"ד ירון סהר ; עו"ד אלון המר

עו"ד יעקב נאמן ; עו"ד אייל רוזובסקי ;
עו"ד דוד זיילר ; עו"ד דן פרידמן ; עו"ד שי כגן

עו"ד משה מגן

עו"ד איתי הכהן

עו"ד יוסף תמיר ; עו"ד אפרת מזרחי

עו"ד אביעזר הר-זהב

עו"ד אסנת מנדל ; עו"ד אורית קורן ;
עו"ד אורית סון ; עו"ד ענר הלמן ;
עו"ד יובל רויטמן ; עו"ד אביטל סומפולינסקי

מבנה פסק הדין
(ההפניות הן למספרי הפסקאות בפסק הדין)

הנשיא א' ברק, המישנה לנשיא מ' חשין, השופטת ד' ביניש, השופט א' ריבלין, השופטת א' פרוקצ'יה, השופט א' גרוניס, השופטת מ' נאור, השופטת ע' ארבל, השופטת א' חיות, השופט י' עדיאל :

א. מבוא

(1) מלחמת ששת הימים ותוצאותיה במשפט.....	1
(2) תפיסה לוחמתית במבחן הזמן.....	7
(3) ההתיישבות הישראלית ביהודה, שומרון וחבל עזה.....	12
(4) ההליכים עד לקבלת חוק יישום ההתנתקות.....	16
(5) חוק יישום ההתנתקות והצווים על-פיו.....	17

ב. העתירות ותשובת המדינה

(1) נושא העתירות.....	27
(2) העתירות בעניין חוקתיות הפינוי.....	28
(3) העתירות בעניין חוקתיות הפיצוי.....	31
(4) העתירות בעניין חוקתיות החלטת הממשלה וצווי הפינוי.....	47
(5) העתירה בעניין אלי סיני וניסנית.....	49
(6) ההליך בפני בית המשפט העליון.....	50

ג. המסגרת הנורמטיבית

(1) הבחינה החוקתית ושלביה.....	54
--------------------------------	----

.....(2) שלב ראשון : הפגיעה בזכות יסוד.....	57
.....(3) שלב שני : פסקת ההגבלה.....	58
.....(4) שלב שלישי : הסעד בגין הפרת הזכות.....	69
.....(5) שלבי הבחינה החוקתית והיקף הביקורת השיפוטית.....	70
.....(6) בחינת חוקיות החלטת הממשלה והצווים על פי החוק.....	71

ד. חוקתיות הפינוי

.....(1) הוראות הפינוי.....	72
.....(2) טענת סף : אי שפיטות.....	73
.....(3) שאלת התפיסה הלוחמתית.....	76
.....(4) שלב ראשון בבחינה החוקתית : הפינוי ופגיעתו בזכויות האדם.....	78
.....(5) שלב שני בבחינה החוקתית : פסקת ההגבלה.....	84
....."בחוק".....	85
....."הולם את ערכיה של מדינת ישראל".....	89
....."שנועד לתכלית ראויה".....	93
....."במידה שאינה עולה על הנדרש".....	102
.....(6) כללם של דברים.....	119

ה. חוקתיות הפיצוי – כללי

.....(1) טענת סף : סעדים חלופיים ואי מיצוי הליכים.....	120
.....(2) הזכות הנפגעת.....	126
.....(3) הסעד בגין הפגיעה בזכות.....	129
.....המקורות לזכות לפיצויים.....	130
.....מטרת הסעד.....	138
.....(4) היום הקובע.....	143
.....(5) היחס לפיצוי מפוני סיני.....	151
.....(6) מנגנון ההכרעה בתביעות הפיצויים לפי החוק.....	154
.....ועדות הזכאות.....	155
.....השמאי הממשלתי הראשי.....	175
.....הוועדה המיוחדת.....	178

.....הערה לסיום	185
.....(7) יחוד עילה וויתור עליה	187
.....(8) כללם של דברים	195

ו. הפיצוי בשל בית מגורים, תשלומים נילוויים ומענק אישי

.....(1) כללי	196
.....(2) ההסדרים הקבועים בחוק	198
.....(3) טענות העותרים	211
.....(4) תשובת המדינה	222
.....(5) דיון – כללי	233
.....שומה פרטנית : בחירה שאין ממנה חזרה	234
.....מענק אישי בשל ותק – גיל עשרים ואחת כגיל סף	238
.....צבירת ותק – "השנה האבודה"	241
.....יתר טענות העותרים	244
.....(6) כללם של דברים	253

ז. חוקתיות הפיצוי בשל עסקים

.....(1) הסדרי הפיצוי הקבועים בחוק ביחס לעסקים והעתירות	254
.....(2) אקדמת מילים	263
.....(3) המסלול הפיננסי	272
.....(4) המסלול הנכסי	284
.....(5) הפיצוי בגין עסקים – דיון ומסקנות	317
.....(6) כללם של דברים	333

ח. חוקתיות הפיצוי לחקלאים

.....(1) כללי	334
.....(2) הטענות בעתירה	337
.....(3) דיון	346

ט. חוקתיות הפיצוי לעובדים

.....(1) הסדריו של החוק	351
.....(2) טענות העותרים	358
.....(3) בחינת הסדרי הפיצוי לעובדים	359
.....(4) טענות ההפליה	367
.....(5) פיצויי הפיטורין	368
.....(6) כללם של דברים	373

י. ההיבט המינהלי

.....(1) טענות בעניין חוקיות החלטת הממשלה וצווי הפינוי	374
.....(2) צווי יישום ההתנתקות – החורגים הם מתקציב המדינה?	377
.....(3) צווי הפינוי – האם הוצאו בסמכות על-פי המנגנון שנקבע בחוק יישום ההתנתקות?	391
.....(4) ההופרה זכות השמיעה בהוצאתם של צווי הפינוי?	409
.....(5) כשישה חודשים נקצבו למתיישבים לפני פינוי; העומדת תקופת-חודשים זו במבחן הסבירות והמידתיות?	437
.....(6) כללם של דברים	465
.....יא. ההיבט הפרשני – אלי סיני וניסנית	466

יב. סעדים חוקתיים

.....(1) התרופה החוקתית	474
.....(2) צווי הביניים	481
.....סוף דבר	482

השופט א' א' לוי:

.....העובדות הדרושות לעניין	1
.....ביקורת שיפוטית על החלטות מדיניות	4
.....הזכות להתיישבות יהודית בכל חלקי ארץ-ישראל	

.....	9
.....	18
.....	28
.....	33
.....	38
.....	40

תוצאות פסק הדין

פסק-דין

הנשיא א' ברק, המישנה לנשיא מ' חשין, השופטת ד' בניש, השופט א' ריבלין, השופטת א' פרוקצ'יה, השופט א' גרוניס, השופטת מ' נאור, השופטת ע' ארבל, השופטת א' חיות, השופט י' עדיאל:

ימים קשים הם ימים אלה. העם מפולג. מרחף חשש של אלימות. ניתוק קשה ומכאיב של אלפי מתיישבים ישראלים מחבלי ארץ בהם חיו שנים רבות עומד להתרחש. הכנסת והממשלה קיבלו הכרעות מדיניות קשות שהינן בעלות אופי היסטורי ממש. על פיהן מתנתקת ישראל מאזור חבל עזה ומאזור צפון השומרון (להלן – השטח המפונה). עתה עומדת בפנינו ההכרעה המשפטית, אם החקיקה של הכנסת ליישום תוכנית ההתנתקות היא חוקתית ואם פעולות על פיה הן חוקיות. אף הכרעה זו קשה היא. אמת, איננו מכריעים בתבונתה של החלטת הניתוק. דנים אנו אך בחוקתיותה ובחוקיותה. אך גם בחינה משפטית-נורמטיבית עוסקת בבני אדם. כאבם הוא גדול ומר. לא נוכל ולא נרצה להתעלם ממנו. אך את תפקידנו עלינו לבצע. כפי שנכתב בפרשה אחרת:

"ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חיים בחברה הישראלית: יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חיי המדינה... אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על פי מיטב מצפוננו והכרתנו באשר לדין" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 846-845 (הנשיא א' ברק)).

נפנה, איפוא, לבחינתה של הדרך המשפטית.

א. מבוא

(1) מלחמת ששת הימים ותוצאותיה במשפט

1. ביום 5.6.1967 פרצה מלחמת ששת הימים. במהלך הקרבות תפס צבא ההגנה לישראל את החלק המזרחי של ירושלים, את רמת הגולן, את חצי האי סיני, את אזור יהודה והשומרון ואת חבל עזה. מעמדם המשפטי של שטחים אלה אינו זהה. ניתן להבחין בין שלושה סוגים של הסדרים משפטיים. הסוג הראשון חל במזרח ירושלים וברמת הגולן. בשני אזורים אלה הוחל "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה". המקורות המשפטיים להחלה שונים בשני המקרים. לעניין מזרח ירושלים נעשתה ההחלה מכוח הוראת סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. הוראה זו הוספה לפקודת סדרי השלטון והמשפט בתשכ"ז-1967 (בחוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז-1967). נקבע בה כי:

"המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו".

בעקבות הוראה זו התקינה הממשלה את צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967, לפיו (סעיף 1):

"השטח של ארץ-ישראל המתואר בתוספת נקבע בזה כשטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה".

כן יש לקחת בחשבון את חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. חוק-יסוד זה קובע כי "ירושלים השלימה והמאוחדת היא בירת ישראל" (סעיף 1; לפירוש ההוראה ראו ר' לפידות, חוק-יסוד: ירושלים, בירת ישראל 64 (1999)). בסעיף 5 לחוק-היסוד – הוראה שהוספה בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון), בתשס"א-2002 – נקבע כי "תחום ירושלים כולל, לעניין חוק-יסוד זה, בין השאר, את כל השטח המתואר בתוספת לאכרזה של הרחבת תחום עיריית ירושלים מיום כ' בסיון התשכ"ז (28 ביוני 1967), שניתנה לפי פקודת העיריות". כן נקבע בחוק היסוד איסור על העברת סמכויות המדינה או עיריית ירושלים לגורם זר (סעיף 6). עוד נקבע כי "אין לשנות את הוראות סעיפים 5 ו-6 אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת" (סעיף 7). לעניין רמת הגולן נעשתה ההחלטה מכוח הוראה מפורשת בחקיקה של הכנסת. סעיף 1 לחוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981, קובע:

"המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בשטח רמת הגולן כמתואר בתוספת".

פירושן של הוראות אלה נדון בהרחבה בפסיקה ובספרות (ראו א' רובינשטיין ו-ב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 87-91 (מהדורה חמישית, כרך א', 1996)). יצויין כי בחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999, נקבע כי "החלטת ממשלה לפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח [כלומר "שטח שחלים בו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל"; סעיף 1, הגדרת "שטח"], טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה" (סעיף 2). כן נקבע כי "החלטת ממשלה, שאושרה על ידי הכנסת כאמור בסעיף 2, טעונה גם אישור במישאל עם, שיתקבל ברוב הקולות הכשרים של המשתתפים במישאל" (סעיף 3).

2. ההסדר המשפטי השני חל בחצי האי סיני. תחילה הוחלו באזור זה דיני התפיסה הלוחמתית. על מהותם של אלה נעמוד בהמשך. בעקבות חוזה השלום בין ישראל לבין הרפובליקה הערבית של מצרים, פונה אזור זה הפינני נעשה מכוח צווים של המפקד הצבאי (ראו צו בדבר סגירת אזור המגורים (אזור חבל עזה וצפון סיני) (מס' 745), התשמ"ב-1982; צו בדבר סגירת אזור המגורים (אזור חבל עזה וצפון סיני) (תיקון) (צו מס' 748), התשמ"ב-1982). למפונים שולמו פיצויים על פי האמור בחוק פיצוי מפוני סיני, התשמ"ב-1982.

3. ההסדר המשפטי השלישי חל באזור יהודה ושומרון ובחבל עזה. חלק מאזורים אלה הוא השטח המפונה נשוא העתירות שלפנינו. על פי תפיסת המשפטית של ממשלות ישראל לדורותיהן כפי שהוצגה בפני בית המשפט העליון – תפיסה שנתקבלה על ידי בית המשפט העליון לדורותיו – מוחזקים אזורים אלה על ידי מדינת ישראל בדרך של "תפיסה לוחמתית" (Belligerent Occupation). משמעותה של תפיסה משפטית זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. ממשלת ישראל לא הוציאה כל צו להחלת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה, ושר הביטחון לא הוציא מנשר לעניינם על פי פקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948 (ראו בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 12 (להלן – פרשת דויקאת); ראו גם ע"א 54/82 לוי נ' עיזבון המנוח עפאנה מחמוד מחמוד (אבו-שריף), פ"ד מ(1) 374, 389). אזורים אלה לא "סופחו" לישראל, והם אינם חלק ממנה. בהיעדר הוראה בחקיקה (מפורשת או משתמעת) אין חוקי הכנסת חלים באזורים אלה (ראו רובינשטיין ומדינה, שם, עמ' 1180; בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(3) 675, 681; להלן – פרשת שעאר). שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נקבע על ידי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ובמרכזם הכללים העוסקים בתפיסה לוחמתית. על משמעות כפולה של תפיסה זו עמד מ"מ הנשיא מ' לנדוי בפרשת דויקאת, באומרו:

"הנורמה הבסיסית שעליה הוקם מבנה השלטון הישראלי ביהודה ושומרון בפועל הוא, כאמור, עד היום, נורמה של ממשל צבאי ולא החלת המשפט הישראלי שיש עימו ריבונות ישראלית" (פרשת דויקאת, עמ' 12; ראו גם בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595; להלן – פרשת העצני).

דברים אלה צוטטו בהסכמה על ידי מ"מ הנשיא מ' שמגר בפרשה אחרת, ועליהם הוסיף השופט שמגר:

"משפט מדינת ישראל לא הוחל על האזורים האמורים, והעקרונות המשפטיים הבסיסיים, שעל-פיהם נשלטים האזורים ולפיהם נקבעת מערכת המשפט החלה בהם מאז יוני 1967, ביטויים התוצאתי במנשר מס' 1 בדבר נטילת השלטון על ידי צה"ל ובמנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מס' 2) של הממשל הצבאי הישראלי, ובמשמעותם של אלו לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי" (בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 228; להלן – פרשת אבו עיטה).

וברוח דומה ציין השופט א' ברק בפרשת ג'מעית אסכאן :

"המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל לא הופעלו ביהודה ושומרון... יהודה ושומרון מוחזקות על-ידי ישראל בדרך של תפיסה צבאית או 'תפיסה לוחמתית' (belligerent occupation). באזור הוקם ממשל צבאי אשר בראשו עומד מפקד צבאי. כוחותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי יונקים מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה צבאית. על פי הוראותיהם של כללים אלה, כל סמכויות הממשל והמינהל מוחזקות בידי של המפקד הצבאי. סמכויות אלה יש שהן יונקות מהדין, אשר שרר באזור בטרם התפיסה הצבאית, ויש שהן יונקות מחקיקה חדשה, שהוחקה על-ידי המפקד הצבאי" (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאונה אלמהודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקד אזור יהודה ושומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז' (4) 785, 792 (להלן – פרשת ג'מעית אסכאן); ראו גם בג"ץ 619/78 אל-טליעאה' שבועון נ' שר הביטחון, פ"ד לג' (3) 505 (להלן – פרשת אל-טליעאה); בג"ץ 548/04 אמנה – תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח' (3) 373; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו' (6) 352, 364 (להלן – פרשת עג'ורי)).

עמד על כך הנשיא מ' שמגר, בציינו :

"כל עוד לא עזב הממשל הצבאי את השטח של חבל עזה, וכל עוד לא הוסכם אחרת בין הצדדים הנוגעים בדבר, ממשיך המשיב להחזיק בשטח מכוח תפיסה לוחמתית, והוא כפוף לדיני המשפט הבינלאומי המינהגי, החלים בעתות מלחמה" (בג"ץ 185/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב' (2) 1, 50).

וברוח דומה ציין השופט ד' לוין :

"הנורמה הבסיסית, שעליה הוקם מבנה השלטון הישראלי באזור יהודה, שומרון וחבל עזה, היא נורמה של ממשל צבאי, לפיה למפקד הצבאי הישראלי, במסגרת הסמכויות המוקנות לו על-פי דיני המלחמה ובמשפט הבינלאומי המנהגי, הכוח לקבוע את המסגרת המשפטית שתחול על השטחים" (בג"ץ 2977/91 תג' נ' שר הביטחון, פ"ד מו' (5) 467, 471; להלן – פרשת תג').

ובפרשת בית סוריק חזר על כך בית המשפט העליון :

"נקודת המוצא העקרונית של כל הצדדים היתה – וזו אף נקודת המוצא שלנו – כי ישראל מחזיקה באזור בתפיסה לוחמתית... באזורים הנדונים בעתירה ממשיך לחול ממשל צבאי, אשר בראשו עומד מפקד צבאי... סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי ועניינם תפיסה לוחמתית" (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, פסקה 23); ראו גם בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח' (5) 385 (להלן – פרשת רופאים לזכויות אדם)).

על בסיס תפיסה זו הוקמו שני ממשלים צבאיים. האחד באזור יהודה ושומרון והשני בחבל עזה. לעניין אלה ברצוננו להעיר שלוש הערות :

4. ראשית, לא היתה כל מחלוקת בדבר תחולתן באזור יהודה ושומרון וחבל עזה של התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן – תקנות האג). נקבע כי "אף שתקנות האג הן הסכמיות, הרי הדעה המקובלת היא – ודעה זו נתקבלה על-ידי בית משפט זה... – כי תקנות האג הן דקלרטיביות באופיין, והן משקפות משפט בינלאומי מנהגי החל בישראל גם בלא מעשה חקיקה ישראלי" (פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 793). לעומת זאת, התעוררה מחלוקת סופרים בשאלה אם אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית) חלה באזור יהודה ושומרון ובחבל עזה (ראו: רובינשטיין ומדינה, שם, עמ' 1174; מ' דרורי, החקיקה באזור יהודה ושומרון 23 (1975)). אין לנו צורך, במסגרת העתירות שלפנינו, לחזור לסוגיה זו. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, משום שבאי כוח המדינה חזרו בפנינו על ההצהרה שהצהירו פעמים רבות בעבר בפני בית משפט זה בעניין אמנת ג'נבה הרביעית (ראו בג"ץ 337/71 אלמעיה אלמסיריה ללארצ' אלמקדסה נ' שר הביטחון, פ"ד כו' (1) 574, 580). עמדה זו נוסחה לראשונה על ידי היועץ המשפטי לממשלה מאיר שמגר (ראו M. Shamgar, "The Observance of International Law in the Administered Territories", 1 Israel Yearbook of Human Rights 262; M. Shamgar, "Legal Problems of the Israeli Military Government", Military Government in the Territories Administered by Israel (Vol. 1, 1982) 13 (1967-1980)). על פי עמדה זו "ממשלת ישראל החליטה לנהוג על-פי חלקיה ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית" (פרשת עג'ורי, עמ' 364; ראו גם פרשת בית סוריק, פסקה 23; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו' (1) 385, 396 (להלן – פרשת המוקד להגנת הפרט); בג"ץ 5591/02 יאסינ נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נו' (1) 403, 413; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה

המערבית, פ"ד נח(3) 443, 455; להלן – פרשת הס; פרשת תגי, עמ' 472). לאור הצהרה זו אין לנו צורך לבחון את הדין החל לו ביקשה ממשלת ישראל לחזור בה מעמדתה זו. שנית, העותרים שלפנינו אינם סומכים טיעוניהם על אמנת ג'נבה הרביעית, והם אף אינם יכולים לעשות כן. בצדק ציינה המדינה כי "העותרים ותושבי האזורים המפונים כלל אינם נכללים בגדר המושג 'מוגנים' לעניין אמנת ג'נבה הרביעית מיום 12.8.1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה... זאת בהתאם לסעיף 4 לאמנה, הקובע כי 'מוגנים על-ידי האמנה הזאת הם אלה המוצאים את עצמם – באיזה זמן שהוא ובאיזה דרך שהיא – בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחים של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת'" (פסקה 36 בהודעת המשיבים בבג"ץ 1661/05 מיום 21.3.2005). ודוק: אין קשר בין הטענה (בה אין לנו צורך להכריע) בדבר אי תחולת אמנת ג'נבה הרביעית ביהודה, שומרון וחבל עזה, לבין מעמדם של אזורים אלה כשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. עמד על כך מ"מ הנשיא מ' לנדוי בפרשת העצני, בציינו:

"נכונה העובדה שירדן לא היתה מעולם הריבון החוקי באזור יהודה והשומרון. אבל אין ללמוד מזה שמפקד האזור לא יכול היה להכריז על מתן תוקף למשפט שהיה קיים באזור לפני כניסת צה"ל אליו. אין לערבב בין בעיית הריבונות ביהודה והשומרון לפי המשפט הבינלאומי לבין זכותו וחובתו של המפקד הצבאי לקיים את הסדר הציבורי באזור, כדי להבטיח את שליטתו באזור ולהנהיג בו משטר של שלטון החוק לטובת התושבים שבו. זכות זו וחובה זו, הנובעים מדיני המלחמה המנהגים, באו לידי ביטוי בסעיף 43 של כללי האג" (עמ' 597).

וברוח דומה ציין מ"מ הנשיא מ' שמגר בפרשת אבו עיטה, בה נדונה סמכותו של המפקד הצבאי להנהיג באזור יהודה, והשומרון מס בלו מוסף:

"אין לצורך העניין שלפנינו השלכה לכך, מה היה מעמדו המשפטי של השלטון הקודם, שהוחלף על-ידי הממשל הצבאי הישראלי... המפקד הצבאי, העומד בראש הממשל הצבאי, ממשלו ורשויותיו יונקים סמכויותיהם מן הבחינה העובדתית, מן ההשתלטות היעילה על השטח ומן הבחינה המשפטית מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, וביתר פירוט, מדיני המלחמה... ואלו מכתביבים להם, מהו היקף הפעולה שהותר להם" (עמ' 228, 301).

5. הערתנו השניה הינה, כי בהפעילו את סמכויותיו של הממשל הצבאי פועל המפקד הצבאי על פי הדין המקומי שעמד בתוקפו ערב התפיסה הלוחמתית. הדבר מצא את ביטויו במנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, ובמנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (רצועת-עזה וצפון סיני) (מס' 2), תשכ"ז-1967. המפקד הצבאי קבע במנשר כי:

"המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא ההגנה לישראל באזור" (סעיף 2 למנשר ביהודה והשומרון וסעיף 2 למנשר בחבל עזה).

כן נקבע במנשר כי "כל סמכות של שלטון, חקיקה, מינוי ומינהל לגבי האזור או תושביו, תהא נתונה בידי בלבד ותופעל על-ידי או על-יד מי שיתמנה לכך על-ידי או יפעל מטעמי" (סעיף 10 למנשר ביהודה ובשומרון; סעיף 13) למנשר בחבל עזה). זאת ועוד: המושל הצבאי מוסמך לשנות את הדין המקומי, וזאת במסגרת הסמכות הנתונה לו בדיני התפיסה הלוחמתית (ראו סעיף 43 לתקנות האג; סעיף 64 לאמנת ג'נבה הרביעית). במסגרת זו הוחקה באזורים תחיקת ביטחון מקיפה. בנוסף למקורות אלה – המשפט הבינלאומי הפומבי ובמרכזו דיני התפיסה הלוחמתית, הדין המקומי וחקיקת הביטחון של המושל הצבאי – כפוף המפקד הצבאי, בהפעילו את סמכויותיו באזור, לעקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, כגון הגינות, אי-שרירות, סבירות, מידתיות וכללי הצדק הטבעי (ראו פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 810; בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529 (להלן – פרשת האגודה לזכויות האזרח); פרשת המוקד להגנת הפרט, עמ' 396; פרשת בית סוריק, פסקה 24; פרשת הס, עמ' 455; ע"א 6860/01 חמאדה נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, פ"ד נו(3) 8, 17; להלן – פרשת חמאדה). בתחולתם של עקרונות יסוד אלה של המשפט הישראלי על פעולותיו של המפקד הצבאי אין משום החלת המשפט הישראלי באזור. עמד על כך מ"מ הנשיא מ' שמגר, בציינו:

"אין פירושו של דבר, שהמשפט המינהלי הישראלי חל על האזור ותושביו, או שחוקיותה של פעולה בשטח המוחזק תיבחן על-פי המשפט בישראל ותו לא. משמעותה של האמירה הנ"ל היא כי פעולותיהם של הממשל הצבאי ורשויותיו, כזרועות של הרשות המבצעת הישראלית, נבדקות מבחינת חוקיותן ותוקפן גם לפי קריטריונים נוספים. כללי המשפט הישראלי אמנם לא הוחלו על האזור, אך נושא תפקיד ישראלי בשטח נושא עימו אל תפקידו את החובה לנהוג לפי אמות המידה הנוספות, המתחייבות מעובדת היותו רשות ישראלית, יהיה מקום

6. הערתנו השלישית הינה באשר לביקורת השיפוטית על פעולותיו של המפקד הצבאי. זו נערכת בבית המשפט הגבוה לצדק. היא מבוססת על התפיסה כי הממשל הצבאי ורשויותיו הן "זרועות של הרשות המבצעת בישראל" (פרשת האגודה לזכויות האזרח, עמ' 537, מפי הנשיא מ' שמגר). "מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון... מדבר בשם המדינה... הקול... הוא קול המדינה" (השופט י' זמיר בבג"ץ 2717/96 ופא נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 848, 855; להלן – פרשת וופא; ראו גם פרשת חמאדה, עמ' 17; י' דינשטיין, "ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל הצבאי בשטחים המוחזקים", עיוני משפט ג' 330, 331 (תשל"ג-תשל"ד)). מכוח סמכותו הכללית של בית המשפט הגבוה לצדק לתת צווים לגופים ולאנשים "הממלאים תפקידיהם הציבוריים על פי דין" (סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה) נגזרת סמכותו של בית המשפט לתת צווים למפקדים הצבאיים ולשאר רשויות הממשל הצבאי באזור בכל הנוגעים לפעולותיהם באזור. עמד על כך השופט ברק בפרשת ג'מעית אסכאן:

"הביקורת השיפוטית של בית-משפט זה משתרעת הן לעניין בדיקת קיומו של מקור פורמאלי לסמכותו של הממשל הצבאי (אם בדין המקומי ואם בחקיקת הביטחון) והן לעניין אופן השימוש בסמכות זו. בדיקה אחרונה זו נעשית הן לאור כללי המשפט הבינלאומי המנהגי והן לאור כללי המשפט המינהלי הישראלי. מבחינה זו ניתן לומר, כי כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שעניינם דיני המלחמה, ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" (עמ' 810).

עילות הביקורת השיפוטית והיקפה הן כמקובל במשפט המינהלי. "כוח רב מרכז בידי ממשל צבאי, ולמען שלטון חוק מן הראוי להפעיל ביקורת שיפוטית על-פי המבחנים הרגילים" (שם, שם).

(2) תפיסה לוחמתית במבחן הזמן

7. התפיסה הלוחמתית סובבת סביב שני צירים מרכזיים: הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית; הבטחת צרכיהם של האנשים המוגנים (protected persons) על ידי דיני התפיסה הלוחמתית (ראו בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124, 138; פרשת אבו עיטה, עמ' 271; פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 794; ראו גם י' דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים", עיוני משפט ב' 505, 509 (תשל"ב-תשל"ג)). אלה שני "קטבים מגנטיים" (בלשון של דינשטיין, שם, שם). ביניהם קובעים דיני התפיסה הלוחמתית איזון עדין. נקודת המוצא הינה, כי בהפעלת סמכויותיו אין המפקד הצבאי יורשו של השלטון שניגף. אין הוא הריבון באזור המוחזק. סמכויותיו של השלטון שניגף מושעות. למפקד הצבאי מוקנית "סמכות הממשל והמינהל העליונה באזור" (פרשת אל-טליעה, עמ' 510, השופט מ' שמגר).

8. סמכויות המושל הצבאי – המשמש כזרועה הארוכה של המדינה התופסת את האזור בתנאים של תפיסה לחימתית – הן מעצם מהותן זמניות. עמד על כך השופט יצחק כהן בציינו:

"מטבעו של ממשל צבאי בשטח מוחזק... ברור, שביסודו ממשל כזה הוא זמני, ותפקידו העיקרי הוא, בהתחשב עם צורכי מלחמה וביטחון, לפעול כמיטב יכולתו לקיום סדר ציבורי וביטחון. אמנם 'זמניות' החזקת השטח היא יחסית, והעניין של יהודה ושומרון יוכיח, כי עד כה נמשכת החזקת השטח באזור הנתון לשליטת מפקד צבאי כבר קרוב ל-14 שנה" (בג"ץ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתית, פ"ד לה(2) 673, 690).

ברוח דומה ציין מ"מ הנשיא מ' שמגר בפרשת אבו עיטה:

"כתוצאה מן המלחמה, בה ניגף מי ששלט בשטח עד אותה עת, ואשר במהלכה הוא נסוג ממנו, עברו השלטון וכל סמכות הכרוכה בו אל הכוח הצבאי, החולש מעתה באופן יעיל על השטח ומונע את המשך הפעולה או את החזרה לשליטה של הרשות השלטונית הקודמת. סמכותו של המושל הצבאי היא כידוע, זמנית, במובן זה שמשכה וכוחה כמשכה וכזמן קיומה של השליטה היעילה על השטח וכאורך קיומו של השלטון הצבאי שכוון בשטח. אך מעת נטילת הסמכויות על-ידיו, וכל עוד הוא מתקיים – והמשפט הבינלאומי הפומבי אינו יוצר סייגים של זמן לגבי משך קיומו – נכנס הממשל הצבאי בנעלי השלטון המרכזי ורשויותיו" (עמ' 230; ההדגשות במקור).

על גישה זו חזר השופט א' ברק בפרשת ג'מעית אסכאן לעניין סמכויותיו של המפקד הצבאי:

"סמכויות אלה הן, מבחינה משפטית, זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה... זמניות זו יכול שתהיה ארוכת מועד... אין המשפט הבינלאומי קוצב לה זמן, והיא נמשכת, כל עוד הממשל הצבאי שולט באופן יעיל באזור" (עמ' 794).

ובהמשך פסק הדין צויין כי הממשל הצבאי אינו ממשל קבע אלא ממשל זמני, שאינו ריבון אלא שליט מכוח דיני המלחמה. הודגש כי השלטון הצבאי הוא שלטון:

"שאינו יונק חיותו מבחירתם של בני האזור, שאינו ריבון מכוח עצמו, והשוואב את כוחו מדיני המלחמה עצמה. זהו שלטון זמני מעצם מהותו, גם אם זמניות זו נמשכת תקופה ארוכה" (שם, עמ' 802).

9. מעמד זמני זה של שטח הנתון לתפיסה לוחמתית יוצר מתח טבעי בין צרכי הביטחון לבין האינטרס של האנשים המוגנים. מתח זה מוצא את ביטויו בהוראת סעיף 43 לתקנות האג המבטאת את סמכותו הכללית של המפקד הצבאי:

"בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".

הסמכות "להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים" מחייבת את המפקד הצבאי לאזן בין צרכי הביטחון לבין צרכיהם של האנשים המוגנים על ידי דיני התפיסה הלוחמתית. ככל שהממשל הצבאי מתארך ומתקיים מעבר מממשל צבאי קצר טווח לממשל צבאי ארוך טווח, כך גוברים צרכיה ה"אזרחיים" של האוכלוסיה האזרחית, וסמכותו ה"אזרחית" של המפקד הצבאי מתפרשת על רקע צרכים אלה. עם זאת, אין בהתפתחויות אלה כדי לשלול מהממשל הצבאי את אופיו זה (ראו בג"ץ 500/72 מרים חליל סאלם אבו אל-טין נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 481, 484). אין בהן כדי להביא לטישוש "השוני הקיים שבין ממשל צבאי לבין ממשל רגיל" (פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 803). אין בהם כדי להביא להחלת המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל על אזורים אלה. זמניות התפיסה הלוחמתית וקשייה, הלכה למעשה, אין בהם כדי להביא לביטולה של התפיסה הלוחמתית. בצדק ציין מ"מ הנשיא מ' שמגר בפרשת אבו עיטה כי זמניות סמכותו של המושל הצבאי משמעותה כי "משכה וכוחה כמשכה וכזמן קיומה של השליטה היעילה על השטח וכאורך קיומו של השלטון הצבאי שכון בשטח" (עמ' 230).

10. מאז מלחמת ששת הימים חלו שינויים פוליטיים שהשפיעו על המצב ביהודה, שומרון וחבל עזה (ראו רובינשטיין ומדינה, שם, עמ' 1184; א' בייקר, "התפתחות תהליך השלום במזרח התיכון (מיום 17.9.1978) עליו הוסכם בקמפ-דיוויד. כן צויין כי בספטמבר 1993 הושג הסכם בדבר עקרונות על הסדרי ביניים של ממשל עצמי בין ממשלת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני (אש"פ) ("הסכם אוסלו"). בעקבותיו נחתם (ביום 4.5.1994) הסכם קהיר שעניינו יישום הסכם העקרונות ברצועת עזה ובאזור יריחו. בעקבותיו נחקק חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1994. בספטמבר 1995 נחתם בוועידת טאבר (סמכויות ביניים בין מדינת ישראל לבין אש"פ שעניינו אזורי יהודה והשומרון ורצועת עזה. יישומו של הסכם הביניים חייב תיקוני חקיקה, אשר מצאו ביטויים בחוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996. במקביל לחקיקה של הכנסת (משנת 1995), פרסמו המפקדים הצבאיים מנשרים הנוגעים ליישום הסכם הביניים. הוראות ההסכם הפכו בכך לחלק מהמשפט הפנימי החל באזורים אלה (ראו מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995; מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (אזור חבל עזה) (מס' 5), התשנ"ו-1995) (ראו י' זינגר, "הסכם-הביניים הישראלי-פלשתינאי בדבר הסדרי ממשל עצמי בגדה המערבית וברצועת עזה – כמה היבטים משפטיים", משפטים כז 605 (1997)). בעקבות הסדרים אלה יצאו כוחות צה"ל ממרכזי האוכלוסין באזור, תוך שנערכו בחירות ונמסרו סמכויות ניהול עצמי לרשות הפלסטינית בתחומים שונים. אירועי הטרור הביאו, לא פעם, לחזרתו של צה"ל לשטחים מהם יצא. זהו בעיקרו מצב הדברים כיום.

11. היש בשינויים אלה כדי לשנות את המבנה המשפטי הבסיסי, לפיו מחזיקה ישראל ביהודה, שומרון וחבל עזה על פי דיני התפיסה הלוחמתית? השאלה נשאלה בפרשת עגורי. בפסק הדין צויין כי "כל הצדדים לפנינו יצאו מתוך ההנחה כי על פי המצב הקיים כיום באזור הנתון לשליטתו של צבא ההגנה לישראל, יש תחולה בו לדינים של המשפט הבינלאומי בדבר תפיסה לוחמתית" (עמ' 364). גם בעתירות שלפנינו לא נטען אחרת, וזו תהא, איפוא, גם הנחתנו שלנו. נוסף כי במנשרים בדבר יישום הסכם הביניים נקבע:

מפקד כוחות צה"ל באזור וכן כל מי שנתמנה על ידו או פועל מטעמו יוסיפו להיות בעלי כוחות ותחומי אחריות, לרבות כוחות חקיקה, שיפוט ומנהל, על כל אחד מאלה:

(1) הישובים [כהגדרתם בסעיף 12 להסכם הביניים; כלומר ביהודה ובשומרון – הישובים הישראליים באזור C; וברצועת עזה – אזור היישובים הישראליים בגוש קטיף ובארז, כמו גם הישובים הישראליים האחרים ברצועת עזה]...

(2) אזור C.

(3) ישראלים [כהגדרתם בסעיף 20 להסכם הביניים, הכוללים גם רשויות סטטוטוריות ישראליות ותאגידיים הרשומים בישראל].

(4) כל עניין הנוגע לבטחון החוץ של האזור, לבטחון ולסדר הציבורי של הישובים, האתרים הצבאיים וישראלים;

(5) בטחון וסדר ציבורי במקומות המצויים תחת אחריות בטחונית של ישראל; וכן

(6) כוחות ותחומי אחריות אחרים הנתונים בידי מפקד כוחות צה"ל באזור לפי הסכם הביניים, לרבות הכוחות ותחומי האחריות שלא הועברו למועצה בהסכם זה" (סעיף 6 למנשר על יהודה והשומרון. הוראה דומה מצויה בסעיף 5 למנשר על אזור חבל עזה).

בכך ניתן ביטוי להמשך סמכותו של המפקד הצבאי על הישובים הישראליים, הכוללים את כל הישובים נשוא העתירות שלפנינו (ראו פרשת וופא).

(3) ההתיישבות הישראלית ביהודה, שומרון וחבל עזה

12. מלחמת ששת הימים הביאה בעקבותיה להתיישבות ישראלית ביהודה, שומרון וחבל עזה. מספר המתיישבים הישראליים באזורים אלה נאמד ב-2003 בלמעלה מ-200,000 מתיישבים, מהם כ-8,000 בחבל עזה (ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שנתון סטטיסטי לישראל 2004 (מספר 55), לוח 2.22). בתשובת המדינה צויין כי "הקמת היישובים הישראליים באזור יהודה והשומרון וחבל עזה הותנתה באישור רשויות המדינה. יתרה מכך, רשויות המדינה היו מעורבות, במידה כזו או אחרת, בהקמת היישובים האמורים, לרבות בדרך של הקצאת תקציבים לצורך כך". המתיישבים הם רובם ככולם אזרחים ישראליים. בשל כך אין הם נופלים לגדר "אנשים מוגנים" (protected persons), כמשמעות דיבור זה באמנת ג'נבה הרביעית (ראו סעיף 4 לאמנה).

13. באזורי יהודה, שומרון וחבל עזה הוקמו עשרות רבות של יישובים ישראליים. רובם ככולם הוקמו על "אדמות מדינה". כלומר, רכוש שלא בבעלות פרטית ושהקניין בו היה בידי השלטון הקודם ואשר ניהולו הופקד עקב התפיסה הלוחמתית בידי ממונה על הרכוש הממשלתי (ראו צו בדבר רכוש ממשלתי (אזור יהודה והשומרון) (מס' 59), תשכ"ז-1967; צו בדבר רכוש ממשלתי (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 43), תשכ"ז-1967; וכן בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701 (להלן – פרשת אל נאזר); בג"ץ 277/84 אע"ריב נ' ועדת העררים לפי צו בדבר רכוש ממשלתי, אזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 57). חלק קטן מהישובים הוקם על אדמות בבעלותם של יהודים שנרכשו לפני הקמת המדינה או לאחר מלחמת ששת הימים (ראו א' זמיר ו-א' בנבנישתי, "אדמות-היהודים ביהודה ושומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים" 17 (1993)). חלק קטן אחר של היישובים הוקם על קרקע שבעלות פרטית ערבית. מעמדם המוניציפלי של הערים, המושבים והקיבוצים נקבע על פי חקיקת הביטחון של המפקד הצבאי (ראו דרורי, "ההתיישבות הישראלית באזור יהודה והשומרון והמבנה הארגוני והמוניציפלי שלה. היבטים משפטיים", עיר ואזור – כתב עת לשלטון מקומי לתכנון ופיתוח עירוני ואזורי, כרך 4, עמ' 28 (תשמ"א)). חקיקה זו קבעה לעתים קרובות הסדרים נורמטיביים הדומים בתוכנם לאלה המקובלים בישראל. כך ננקט, למשל, בתחום החינוך, התכנון והבניה והשלטון המקומי (צו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), תשל"ט-1979; צו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), תשמ"א-1981; צו בדבר ניהול מועצות אזוריות (חבל עזה) (מס' 604), תשל"ט-1979). כמו כן הוחקו חוקים של הכנסת, אשר החילו על אזרחים ישראליים המתגוררים באזורים אלה הוראות מיוחדות בתחומים שונים, כגון מיסוי, פיקוח על מצרכים ושירותים, שירות ביטחון, כניסה לישראל, ביטוח לאומי, ביטוח בריאות ממלכתי, מרשם האוכלוסין (ראו א' רובינשטיין, "מעמדם המשתנה של הישטחים" – מפקדון מוחזק לייצור כלאיים משפטי", עיוני משפט יא 439 (תשמ"ז); א' זמיר, חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 193 (2002)). חרף חקיקה זו, המסגרת הבסיסית של תפיסה לוחמתית על משמעותה הכפולה (ראו פסקה 7 לעיל) המשיכה להתקיים. באחת הפרשות טען העותר, אזרח ישראלי המתגורר בקרית-ארבע, כי צו המעצר המינהלי שהוצא נגדו על ידי המפקד הצבאי אינו כדון, שכן אין המפקד הצבאי מוסמך לעצור בצו מעצר מינהלי אזרח ישראלי. בדחותו הטענה פסק השופט א' מצא:

"אין חולק, שבשנים האחרונות אכן נוצרה מערכת דינים החלה רק על מתיישבים ישראלים בשטחים

המוחזקים... אך קיומה של תופעה זו, על בעיותיה המיוחדות, אינו תומך בעמדת העותר... ישראל [נמנעה] הימנעות מודעת ומכוונת היטב, מהחלה כוללת של הדין הישראלי על השטחים המוחזקים בידי צה"ל ובחרה לייסד את מבנה שלטונה בהם על נורמה של ממשל צבאי... החלת מעשי חקיקה שונים על מתיישבים ישראלים בשטחים המוחזקים אינה סותרת את המגמה שצויינה; שכן דווקא מן ההחלה הפרטנית נובע כי מעשי החקיקה, שאין לגביהם הוראות תחולה כזאת, אינם חלים מחוץ לתחומי השיפוט של ישראל" (פרשת שעאר, עמ' 680).

14. שאלת מעמדה המשפטי של ההתיישבות הישראלית באזור יהודה, שומרון וחבל עזה התעוררו בבית המשפט העליון מספר פעמים. בית המשפט בחן בעיקר את סמכותו של המפקד הצבאי לתפוס קרקעות להתיישבות הישראלית. נקבע כי סמכות זו חייבת להיות מעוגנת בדיני התפיסה הלוחמתית (ראו בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113; להלן – פרשת איוב; פרשת דויקא; פרשת אל נאזר, עמ' 704; בג"ץ 4400/92 המועצה המקומית קרית-ארבע חברון נ' ראש הממשלה, פ"ד מח(5) 597 (להלן – פרשת קרית-ארבע)). לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה אם הקרקע הנתפסת היא "אדמת מדינה" או קרקע הנתונה לבעלות פרטית (ראו בג"ץ 6022/93 אע"ריב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש (לא פורסם); בג"ץ 3125/98 עיאד נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נה(1) 913, 916 (להלן – פרשת עיאד)). אכן, מעמדה המשפטי של ההתיישבות הישראלית בא לה מכוחו של המפקד הצבאי, המפעיל סמכויות שבאו לו מדיני התפיסה הלוחמתית (בין דינים שעניינם תפיסת רכוש לצרכים צבאיים (תקנות 23(g) ו-52 לתקנות האג) ובין דינים שעניינם שימוש ברכוש ממשלתי (תקנה 55 לתקנות האג); ראו בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169; פרשת איוב; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90 (להלן – פרשת עמירה); פרשת דויקא; בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608; פרשת הס). מעבר לקביעה זו, אין לנו צורך להרחיב בסוגיה סבוכה זו.

15. בחינת מעמדה המשפטי של ההתיישבות הישראלית ביהודה, שומרון וחבל עזה, מצביעה על מתח ניכר בין המסגרת המשפטית לבין השאיפות של מרבית המתיישבים. בעוד שהמסגרת המשפטית עמדה על דיני התפיסה הלוחמתית, הרי ביסוד מניעיהם של רבים מהמתיישבים עמדו שיקולים דתיים, לאומיים והיסטוריים. דבר זה מצא ביטוי בדבריו הבאים של מ"מ הנשיא מ' לנדוי בפרשת דויקא:

"גם מי שאינו מחזיק בדעותיהם של המצהיר וחבריו יכבד את אמונתם הדתית העמוקה ואת מסירות הנפש הממריצה אותה. אבל אנחנו בשבתנו לדין במדינת חוק שבה ההלכה מופעלת רק במידה שהחוק החילוני מרשה זאת, אנו חייבים להפעיל את חוק המדינה... בעתירה זו יש תשובה ניצחת לטיעון שמגמתו לפרש את הזכות ההיסטורית המובטחת לעם ישראל בספר הספרים כפוגעת בזכויות קניין לפי דיני הקניין הפרטי. הרי מסגרת הדין בעתירה נתחמת בראש ובראשונה על-ידי צו התפיסה שהוציא מפקד האזור וצו זה מקורו הישיר לכל הדעות בסמכויות שהמשפט הבינלאומי מקנה למפקד הצבאי בשטח שנכבש על-ידי כוחותיו במלחמה. כן נתחמת מסגרת הדין על-ידי יסודות המשפט שהונהג על-ידי המפקד הצבאי הישראלי באזור יהודה והשומרון – גם זאת על פי דיני המלחמה במשפט הבינלאומי" (שם, עמ' 11).

כך היה המצב לפני עשרים וחמש שנה (בפרשת דויקא). כך הוא המצב גם עתה.

(4) ההליכים עד לקבלת חוק יישום ההתנתקות

16. ראש הממשלה, ח"כ א' שרון הכריז בדצמבר 2003 על תוכנית מדינית-ביטחונית-לאומית להתנתקות של מדינת ישראל מאזורי חבל עזה ומאזור צפון השומרון. עבודת מטה נערכה בתחילת שנת 2004. התוכנית בנוסחה המקורי הוצגה באפריל 2004. התוכנית לוותה בחליפת מכתבים (מיום 14.4.2004) בין ראש ממשלת ישראל לבין נשיא ארצות-הברית, מר ג' בוש. תוכנית זו, בתיקונים מסויימים, אושרה (ביום 6.6.2004) על ידי ממשלת ישראל (החלטה מס' 1996). נקבע כי אין בהחלטה זו כשלעצמה כדי לפנות ישובים. הוחלט כי הקבינט המדיני-ביטחוני ילווה וינחה את התוכנית (המתוקנת). הוקמו ועדת היגוי, מינהלת ביצוע ו-ועדה לענייני פינוי-פיצוי והתיישבות חלופית. הוחלט להקפיד, ככלל, את קידומן וביצוען של תוכניות ממשלתיות לבינוי ולפיתוח באזורים המפונים. נקבע כי היום הקובע לזכות לפיצויים הוא יום קבלת החלטת הממשלה (כלומר, ה-6.6.2004). לבסוף, הוחלט כי הפיצוי לזכאים ייקבע בחוק של הכנסת. בעקבות החלטה זו הוכן על ידי הוועדה לענייני פינוי-פיצוי (ביום 12.9.2004) דין וחשבון המסכם את פעולותיה. המלצות הוועדה הובאו (ביום 14.9.2004) בפני הקבינט המדיני-ביטחוני. ההמלצות אושרו. כן אושרה הצעה לתשלום מקדמות למתיישבים ולעובדים, והצעה למתן הלוואות לבעלי עסקים. עתירה כנגד חוקיות תשלום המקדמות נדחתה, תוך שנרשמה הודעת המדינה כי תשלום המקדמות ייעשה אך ורק בהתאם להוראות חוק-יסוד: משק המדינה וחוק-יסוד: התקציב, התשמ"ה-1985, ולאחר קבלת אישור ועדת הכספים של הכנסת או עיגון מפורש בחוק התקציב השנתי הרלבנטי" (בג"ץ 8600/04 שמעוני נ' ראש הממשלה (טרם פורסם); להלן – פרשת שמעוני). תזכיר הצעת חוק יישום תוכנית ההתנתקות פורסם ביום 23.9.2004. התזכיר אושר (ביום 25.10.2004) על ידי ועדת השרים לענייני חקיקה. בעקבות זאת פורסמה (ביום 27.10.2004) הצעת חוק. חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (להלן – חוק יישום ההתנתקות) התקבל ביום 16.2.2005.

(5) חוק יישום ההתנתקות והצווים על-פי

17. מטרתו של חוק יישום ההתנתקות הוגדרה בסעיף 1 לחוק, בזו הלשון:

מטרת החוק

1. חוק זה מטרתו להסדיר את העניינים שלהלן, לשם יישום תוכנית 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 והמעבר למקומות מגורים ותעסוקה חדשים.
- (4) העתקת מקומות מגורים של קבוצות מתיישבים והעתקת אגודות שיתופיות התיישבותיות למקומות חלופיים, לפי הוראות חוק זה.

לשם הגשמת החוק הוקמה מינהלה לסיוע למתיישבי השטח המפונה וליישום תוכנית ההתנתקות (סעיף 4). המינהלה אחראית לביצוע הוראות החוק. כפי שעולה ממטרות החוק, הוא בא להסדיר שני עניינים מרכזיים הכרוכים ביישום תוכנית ההתנתקות: עניין הפינוי ועניין הפיצוי.

18. פינוי הישראלים (ישראלי מוגדר בחוק יישום ההתנתקות כאדם הרשום במרשם האוכלוסין לפי חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (סעיף 2(א)), ולעניין הפינוי גם מי שניתן לו רישיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (סעיף 23(ה)) ונכסיהם מהשטח המפונה מוסדר בפרק ד' לחוק. ההוראה המרכזית מצויה בסעיף 22 לחוק. על-פיה, לאחר שהממשלה תחליט על פינוי יישובים על פי תוכנית ההתנתקות יקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון בצו את השטחים שיפונו. לגבי כל שטח ייקבע יום הפינוי. יום הפינוי יהיה בתום חמישה חודשים לפחות מיום פרסומו של הצו, אלא אם כן שוכנעה הממשלה שטעמים חיוניים מצדיקים קביעת יום פינוי קרוב יותר (ס"ק א)). ראש הממשלה רשאי, בהתייעצות עם שר הביטחון והשר לביטחון פנים, לקבוע בצו יום שממנו ואילך תוגבל הכניסה לשטח שניתן לגביו צו פינוי (ס"ק ב)). החוק קובע כי החל ביום הפינוי מתבטלות כל הזכויות של ישראלים לגבי מקרקעין המנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (סעיף 28), והוטלה על המפונים חובה למסור המקרקעין לממונה (סעיף 29). לביצוע הפינוי נקבעו הגבלות על כניסה לשטח ועל שהייה בו (סעיפים 23 ו-24), תוך שנקבע כי כוחות הביטחון ימנעו את הכניסה והשהייה (סעיף 25). כן נקבעו עבירות ועונשים למפרים (סעיף 27).

19. פיצוי הישראלים המפונים מוסדר בפרק ה' לחוק. המועד הקובע לזכאות לפיצויים הוא ה-6.6.2004 (מועד החלטת הממשלה על ההתנתקות). הפיצויים מוענקים לנזקים שונים, כשלכל נזק ייחוד מנגנון פיצוי משלו. שלושת מנגנוני הפיצויים המרכזיים עוסקים בפיצוי בשל בית מגורים (סימן א'), פיצויים בשל עסקים (סימן ד') ופיצוי עובדים (סימן ג').

20. מנגנון הפיצוי בשל בית מגורים קובע ארבעה מסלולים לפיצוי. הראשון ("מסלול א'") מעניק פיצוי לפי סוג בית המגורים ושטחו (סעיפים 32-48). השני ("מסלול ב'") מוסיף לפיצוי הניתן במסלול א' סכום המשתנה לפי ותק המגורים. מסלול זה אפשרי רק למי שמרכז חייו היה בישוב המפונה ביום הקובע ובמשך שנתיים רצופות תכופות לפניו או במשך תקופה של שמונה שנים רצופות שפגו ושהסתיימו במהלך שנתיים שקדמו ליום הקובע (סעיף 36). המסלול השלישי הוא של שומה פרטנית (סעיף 37). היא נערכת על ידי השמאי הממשלתי הראשי. על הבחירה בשומה הפרטנית יש להודיע לא יאוחר מ-60 ימים מיום מתן צו הפינוי. מי שבחר בפיצוי לפי שומה פרטנית אינו רשאי לחזור בו מבחירתו (סעיף 37(ה)). מי שקיבל פיצוי בגין בית מגורים זכאי לקבל הלוואה לדזור, מענקים נוספים ושיפוי בגין הוצאות הכרוכות בפינוי. המסלול הרביעי הוא מסלול החזר מחיר הרכישה ששילם בעל הזכות בבית המגורים (סעיף 7 לתוספת השנייה).

21. מנגנון הפיצוי בשל עסקים קובע שני מסלולי פיצוי בשל עסק פעיל ביום הקובע. המסלול האחד, הוא פיצוי לפי שווי הנכסים (הפרטים קבועים בתוספת השלישית (סעיפים 1-7)). המסלול השני הוא השווי הפיננסי. שווי זה מחושב על ידי הכפלת ממוצע הרווח הטיפעולי של העסק (לאחר הפחתה של 30 אחוזים ממנו) במכפיל העסק. נקבעו הוראות לחישוב מרכיבים אלה (הפרטים קבועים בתוספת השלישית, סעיפים 8-12). נקבע כי ועדה מיוחדת (שמונתה לפי סעיף 37(א)) רשאית, לפי הצעת ועדת זכאות (שהוקמה בסעיף 10 לחוק) להגדיל את הפיצוי במקרים יוצאי דופן (סעיף 68). ועדת הזכאות, באישור הוועדה המיוחדת, רשאית להקטין את הפיצוי במקרים יוצאי דופן

(סעיף 69). בנוסף לפיצוי בשל העסק, פותח החוק אפשרות לקבל מענק השקעה (סעיף 70(א)). כן זכאי העסק להטבות אם יופעל המפעל בנגב או בגליל (סעיף 70(ב)). נקבע שיעור מס מיוחד בשל פיצוי לעסקים (סעיף 72). ביחס לעסק חקלאות, נקבעו הוראות מיוחדות (סעיף 6 לתוספת השלישית).

22. מנגנון פיצוי שלישי שנקבע עניינו פיצויים לעובדים המועסקים בשטח המפונה ביום הקובע (סימן ג'). הפיצוי ניתן לעובד בגין שינוי בתנאי העבודה או אובדן מקום העבודה. מנגנון הפיצוי העיקרי לעובדים הוא דמי הסתגלות (סעיפים 51-53). בנוסף, הוענקו תשלומים לקופת גמל לקיצבה (סעיף 54), גמול פרישה (סעיפים 57-58), תשלום לקופת גמל לתגמולים (סעיף 58) ופיצוי פיטורין (סעיף 60).

23. אחת ממטרותיו של חוק יישום ההתנתקות היא העתקת מקומות מגורים של קבוצות מתיישבים למקומות חלופיים (סעיף 1(4)). להגשמת מטרה זו נקבע הסדר העתקה (סעיף 85). נקבע בו, כי לבקשת עשרים מתיישבים או יותר, או לבקשת אגודה שיתופית התיישבותית, רשאית המינהלה, באישור הוועדה המיוחדת, להתקשר בהסכם להעתקת המגורים ליישוב קולט.

24. החוק קובע את דרכי מימוש הפיצויים הקבועים בו. ההליך מתחיל בהגשת תביעה. זו תוגש לא יאוחר משלוש שנים מיום הפינוי הנוגע לתביעה. התביעה מוגשת לוועדת הזכאות (סעיפים 12 ו-13). ועדת הזכאות מורכבת מעובד המדינה הכשיר להיות שופט של בית משפט השלום, מנהל המינהלה לסיוע למתיישבים המתפנים או נציגו, חשב המינהלה או נציגו ונציג ציבור (סעיף 10). ועדת הזכאות, המחליטה בתביעה (סעיף 11), תפעל בדרך הנראית לה מועילה ביותר. אין היא כפופה לסדרי הדין ולדיני הראיות החלים בבית המשפט (סעיף 15). על החלטת ועדת הזכאות ניתן לערער בפני בית משפט השלום בירושלים (סעיף 17). על החלטות בית משפט השלום ניתן לערער לבית המשפט המחוזי בירושלים (סעיף 18).

25. החוק קובע כי "לא יינתן פיצוי ולא תהא זכות, עילה או תביעה לפיצוי... אלא מכח חוק זה ולפי תנאיו" (סעיף 134(א)). ייחוד העילה "לא יחול על מי שוויתר על קבלת פיצויים לפי חוק זה... ובלבד שהוויתור יהיה בתוך שלוש שנים מיום הפינוי הנוגע לאותו אדם, ושעד למועד הוויתור לא הגיש תביעה או בקשה ולא היה צד להסכם לפי חוק זה" (סעיף 135(א)). בהקשר זה נקבע כי "מי שמסר כתב ויתור רשאי לחזור בו בתוך 30 ימים מיום מסירת כתב הוויתור. לא חזר בו כאמור, לא יהיה זכאי לתבוע פיצויים או לבקש תשלום מיוחד לפי חוק זה" (סעיף 135(ג)).

26. ארבעה ימים לאחר קבלת חוק יישום ההתנתקות בכנסת, ובהתאם לסמכותה על פי סעיף 22(א) לחוק, החליטה הממשלה (החלטה מס' 3281) (ביום 20.2.2005) על פינוי כל הישובים אליהם התייחסה בהחלטה (מס' 1996) מיום 6.6.2004. בו ביום התקינו ראש הממשלה ושר הביטחון (מכוח סמכותם לפי סעיף 22(א)) שני צווים (להלן – צווי הפינוי). הצו הראשון קובע כי השטח המפונה הוא כל שטח חבל עזה (סעיף 1). יום הפינוי הוא י"ג בתמוז התשס"ה (20 ביולי 2005) (צו יישום תוכנית ההתנתקות (חבל עזה), התשס"ה-2005). הצו השני קובע כי השטח המפונה בצפון השומרון הוא שטח כמפורט בתוספת לצו (סעיף 1). יום הפינוי הוא י"ג בתמוז התשס"ה (20 ביולי 2005) (צו יישום ההתנתקות (צפון השומרון), התשס"ה-2005). כעבור כשלושה חודשים (ביום 19.5.2005) התקינו ראש הממשלה ושר הביטחון את צו יישום תוכנית ההתנתקות (חבל עזה) (תיקון), התשס"ה-2005, ואת צו יישום תוכנית ההתנתקות (צפון השומרון) (תיקון), התשס"ה-2005. צוים אלה תיקנו את מועד הפינוי שנקבע בצווי הפינוי המקוריים, וקבעו תחתם יום פינוי חדש. יום הפינוי הוא י' באב התשס"ה (15 באוגוסט 2005).

ב. העתירות, תשובת המדינה וההליך בפנינו

(1) נושא העתירות

27. כנגד חוקתיותו של חוק יישום ההתנתקות וכנגד חוקיות הצווים שהוצאו מכוחו מכוונות העתירות שלפנינו. ניתן לחלק את העתירות לארבע קבוצות עיקריות, תוך שלעתיים עתירה אחת משייכת עצמה ליותר מקבוצה אחת, ולעיתים אין חפיפה בטענות המועלות בעתירות השונות השייכות לאותה קבוצה. קבוצת העתירות הראשונה טוענת כנגד חוקתיות ההוראות בחוק יישום ההתנתקות בעניין עצם הפינוי (בג"ץ 1661/05; בג"ץ 2252/05). קבוצת העתירות השנייה מכוונת כנגד חוקתיות הוראות חוק יישום ההתנתקות בכל הנוגע לפיצויים הניתנים למפונים. מעבר לטענות המשותפות לכל העתירות המשותפות לקבוצה זו, ניתן להבחין בתוכה בשלוש תת-קבוצות: האחת, הטוענת כנגד חוקתיות הסדר הפיצויים בשל בית מגורים (בג"ץ 3205/05; בג"ץ 3761/05; בג"ץ 4014/05); השנייה, המכוונת טיעוניה כנגד חוקתיות הסדר הפיצויים לעסקים (בג"ץ 2703/05; בג"ץ 3127/05; בג"ץ 3208/05); השלישית, העוסקת באי-חוקתיות הסדר הפיצויים לחקלאים (בג"ץ 4054/05). קבוצת העתירות השלישית מכוונת כנגד חוקיות החלטת הממשלה והצווים אשר הוצאו מכוח החוק (בג"ץ 1661/05; בג"ץ 1798/05; בג"ץ 2252/05; בג"ץ 3127/05). העתירה מן הסוג הרביעי (בג"ץ 4004/05) מבקשת לפרש את חוק יישום ההתנתקות כך שלא יחול על היישובים אלי סיני וניסנית. נעמוד בקצרה על עיקרי הטענות ותשובות המדינה להן.

28. שתי עתירות – בג"ץ 1661/05 ובג"ץ 2252/05 – עוסקות בחוקתיות עצם הפינני, כפי שנקבע בפרק ד' לחוק יישום ההתנתקות. טענתם העיקרית של העותרים הנה, שהפינני – אותו הם מכנים "עקירה", "גירוש" ואף "טיהור אתני" – פוגע קשות בזכויות המתיישבים לכבוד, לחירות ולקניין. העותרים כופרים בטענה כי מדובר בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית זמנית (בג"ץ 1661/05). הם טוענים, כי ההתיישבות הישראלית באזור נעשתה בהסתמך על מצגן הנמשך של ממשלות ישראל לדורותיהן, כי מדובר בהתיישבות-קבע בשטח משטחי ארץ ישראל. זו היתה ציפייתם הלגיטימית של המתיישבים. כעת טופחת תוכנית ההתנתקות על פניהם, ועושה אותם לפליטים בארצם, פגועים כלכלית, נפשית ומוראלית עקב הפינני הכפוי. פגיעה זו בזכויות אינה הולמת את ערכיה של מדינה יהודית, הכוללים את יישוב הארץ ואת עידוד החלוציות, ושוללים עקירה של יהודים מבתיהם. היא אף אינה הולמת את ערכי הדמוקרטיה, מפני שהוחלט עליה בלא לאפשר לעם לומר את דברו בבחירות או במישאל עם. החוק אינו לתכלית ראויה, באשר התכליות המדיניות והבטחוניות להן טוענת המדינה משוללות יסוד. תכנית ההתנתקות נעשית באורח חד-צדדי, בלא ערובות ממשיות להתקדמות מדינית ולהישגים אחרים שיצדיקו אותה; ואין להניח שתפיסת אחריותה של ישראל לנעשה בחבל עזה תפחת בעקבות הפינני. אף התוחלת הבטחונית של ההתנתקות מוטלת בספק. לעניין זה הגישו העותרים בבג"ץ 1661/05 חוות-דעת של אלוף (מיל') י' עמידרור, לפיה תכנית ההתנתקות נושאת סיכונים בטחוניים העולים בהרבה על הסיכויים הגלומים בה. נוסף לכל זאת נטען, שהפגיעה בזכויות אינה מידתית – אף אם תושגנה התכליות המוצהרות על-ידי המדינה, אין בכך להצדיק את הפגיעה הקשה בחיי המפונים, שפיתחו זיקה עזה למקום, את אדמתו עיבדו, בנו בו בית, הקימו משפחות ומוסדות חינוך, תרבות ודת, ואף קברו את מתיהם וחלליהם. מעבר לטענות בעניין חוקתיות עצם הפינני, מפנים העותרים טיעוניהם גם נגד חוקתיות העבירות הפליליות שנקבעו בחוק (סעיף 27), ביחס למי שיימצא בשטח המפונה אחרי יום הגבלת הכניסה או יום הפינני ממנו. לטענתם, מדובר בפגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות.

29. טענתה הבסיסית של המדינה בתשובה לטענות העותרים נגד חוקתיות הפינני שבחוק יישום ההתנתקות הנה, כי תכנית ההתנתקות מהווה סוגיה מדינית-בטחונית מן הרמה הלאומית, המצויה ככזו מחוץ לתחום השפיטות המוסדית. לשיטתה, בית המשפט אמור למשוך ידיו מביקורת עצם ההחלטה בדבר הפינני והמועד שנקבע לו, ויש לדחות את הטענות בעניינים אלה על הסף. יחד עם זאת המדינה מבהירה, כי גם לגופה היתה ההחלטה על פינני היישובים חוקית, כל שכן משעוונה בחקיקת הכנסת. הדבר נובע מן העובדה שהאזור המפונה מוחזק בתפיסה לוחמתית, שהיא זמנית מטבעה, וכמוה גם היישובים שהוקמו מכוחה. הן על-פי המשפט הבינלאומי והן על-פי המשפט הפנימי, רשאית מדינת ישראל להחליט על צמצום שטחה ולקבוע את גבולותיה בהתאם. בכלל זה בכוחה להביא בכל עת להפסקת מצב של תפיסה לוחמתית, ועמה לפינוי היישובים שהקימה באזור. זהו ביטוי לריבונות המדינה ולחובת האזרחים, השותפים ל"אמנה החברתית" המאגדת אותם, לציית להכרעות אלה. נוכח מעמדו המשפטי הידוע של השטח, כמו גם לאור ניסיון הפינני מסיני, היה על המתיישבים לצפות את אפשרות הפינני, ואין לקבל את הטענה כי ציפו שהתיישבותם באזור תהיה קבועה. אף אין לקבל אפשרות של פינני תוך הותרת המתיישבים במקום: הדבר יאייץ את היתרונות המדיניים שלשמש נעשה הפינני, ואף יחייב את כוחות הבטחון לשוב להיכנס לאזור תוך סיכון בטחון המדינה, לצורך קיום חובתה להגן על חיי אזרחיה.

30. המדינה מסכימה שהפינני פוגע בזכות הקניין של המתיישבים, וכי בלא צורך להכריע בדבר, נקודת המוצא המקובלת עליה הינה כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל לעניין העתירות שלפיננו. אולם, לשיטתה, בנסיבות העניין הפגיעה בזכות עומדת בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא נעשתה בחוק ומכוחו. היא מגשימה תכלית מדינית-בטחונית-לאומית ראויה ומשכנעת, המשלבת אופק מדיני בתהליך השלום עם הפלסטינים וביחסי ישראל עם ארצות ערב והעולם, יחד עם סיכוי להפחתת החיכוך הבטחוני לרווחת אזרחי ישראל כולם. היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, המקנים לרשויות השלטון (הממשלה והכנסת) את הסמכות לקבוע את גבולות המדינה ולהסיג את כוחותיה מאזורים שבתפיסתה הלוחמתית. הפגיעה אף מידתית. היא מקיימת קשר רציונלי לתכליות שביסוד תכנית ההתנתקות. היא הפחותה ביותר האפשרית, באשר היא מצרפת לפינוי ההכרחי הסדר פיצוי מקיף ומספק. היא אף מקיימת יחס ראוי בין תועלתה של התכנית לבין נזקיה. זאת מסיקה המדינה מן הנחיצות (בראיית הנהגת המדינה) שבמימוש תכנית ההתנתקות במועדה, מחד גיסא, לעומת חולשתן היחסית של הזכויות הקנייניות שבידי המתיישבים באזור והפיצוי המספק שיינתן בגינן, מאידך גיסא. על-פי המדינה, אלה זכויות שהיו כפופות כל העת לקיומו של הממשל הצבאי באזור ולסמכותו של הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש לסיים את חוזה החכירה שנכרתו עם רבים מהמתיישבים. ערכן פחת באורח משמעותי בשנים האחרונות, עקב העימות המזוין. הפיצוי הניתן בגין ביטולן במסגרת החוק הוא הוגן וסביר, וודאי שיש בו להביא את הפגיעה לרמה המקיימת את מבחן המידתיות "במובן הצר". ביחס לעבירות הפליליות טוענת המדינה, כי אלה נועדו לאפשר את אכיפת הפינני, העונשים הקבועים בהן אינם חריגים בחומרתם, ופגיעתם בבחירות היא מידתית.

31. לעותרים כנגד הסדרי הפיצוי טענות משותפות לגבי חוקתיות ההסדרים, ולצדן טענות מיוחדות לגבי הסדרי הפיצוי השונים – פיצוי בשל בתי מגורים, בתי עסק, נחלות חקלאיות ואבדן פרנסה. טענות המשותפות לעותרים כולם הן, כי החוק מביא לפגיעה קשה בזכות הקניין של העותרים, בחופש העיסוק שלהם ובכבודם.

הפיצויים בחוק אינם הולמים את עוצמת הפגיעה. מנגנוני הפיצוי אינם עולים בקנה אחד עם מטרתו המוצהרת של החוק ליתן פיצויים הוגנים וראויים ואינם תואמים את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת חוק-יסוד: חופש העיסוק. הפגיעה בזכויות היא בדרך שאינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ובמידה העולה על הנדרש ולפיכך אינה חוקתית. טיבה הזמני של התפיסה הלוחמתית, גם אם הוא עשוי להצדיק את עצם מהלך ההתנתקות, אינו יכול להצדיק שלילת קניין בלא פיצוי מלא. העותרים מבקשים גם את ביטולם של סעיפים 134 ו-135 לחוק, המתנים את זכותם של הזכאים לפי החוק להגיש תביעות בהתאם לדין הכללי בויתור על הפיצויים מכוח החוק. נטען כי כלל הוויתור אינו חוקתי. הכלל סותר עקרון יסוד בדיני ההפקעה של תשלום מיידי של הסכום שאינו שנוי במחלוקת. נשללת גם הזכות החוקתית של פניה לערכאות, הזכות לפיצויים מלאים בגין פגיעה בקניין, והזכות לתרופות שונות בשל עילות חוזיות, נזיקיות, קנייניות ועשיית עושר ולא במשפט. המשמעות המעשית של הכלל היא כבילה לרמות הפיצוי שנקבעו בחוק. העותרים מוסיפים וטוענים כי ענישת מתיישבים בדרך של שלילת פיצויים אינה ראויה ואינה מידתית. שלילה אוטומטית של הוצאות ההובלה וההתארגנות, מענק הוותק, הזכאות להלוואה עומדת ושיפוי בגין מס רכישה, ממי שלא פינה את ביתו תוך 48 שעות מ"יום הפינוי", אין לה כל הצדקה. ענישה זו, ללא משפט וללא שיקול דעת, אינה עומדת במבחן פסקת ההגבלה.

32. המדינה מבקשת לדחות על הסף את העתירות הנוגעות להסדר הפיצויים, בטענה כי לעותרים עומדים סעדים חלופיים וכי טרם מיצו את ההליכים. החוק מעמיד לרשות העותרים מסלול מפורט של סעד חלופי – ועדת זכאות לפי סעיף 10 לחוק וועדה מיוחדת לפי סעיף 137 לחוק. במסגרת מסלולי הפיצויים שנקבעו במפורש בחוק ניתן יהיה להעלות טענות כנגד עצם הזכאות לפיצויים וכנגד גובהם. המדינה מוסיפה וטוענת כי בית המשפט אינו הפרום הנאות לקביעת הסדרים ראשוניים מסוג זה.

33. לגופם של דברים, המדינה אינה חולקת על כך שזכות הקניין נפגעת כתוצאה מהוראות החוק בדבר ביטול זכויותיהם של מתיישבים ובעלי עסקים לגבי מקרקעי בשטח המפונה, המנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי הנוטש. נוכח הכרה זו – כך לדברי המדינה – קבע החוק מערך פיצויים ייחודי, כולל, שוויוני ויעיל, המעניק את השווי הכלכלי של הזכויות. שווי הזכויות, נכון ל"מועד הקובע" היה נמוך ביותר, מטעמים שונים שאינם קשורים לתוכנית ההתנתקות. על רקע זה נקבעו בחוק גם הסדרי פיצוי ומענקים החורגים מעבר לשווי, וזאת כדי למזער את הפגיעה באורחות החיים של המתיישבים ולאפשר את מעברם לנכס חלופי בישראל. כך, המענק האישי בשל ותק ניתן לפנים משורת הדין. הוא חורג מחסרון כיס ונועד לשמש תמריץ לעזיבת השטח המפונה כנדרש בחוק. אמת המידה לבחינת חוקתיות הפיצוי היא ההתאמה בין שווי הזכות שנפגעה לבין שיעור הפיצוי בגינה.

34. המדינה סבורה כי הדין הכללי אינו נותן מענה ראוי לסיטואציה המיוחדת של ההתנתקות. ביטול הזכויות במקרקעי במסגרת ההתנתקות אינו בגדר הפרת חוזה מצד המדינה, הוא אינו מהווה עוולה נזיקית ואינו הליך של הפקעה. האפשרות לבטל את הזכויות שהוקנו במקרקעי טבועה באופי הזכויות עצמן מעצם התפיסה הלוחמתית, שהיא זמנית וכפופה לתהליכים מדיניים. מטרת ביטול הזכויות אינה לצורך שימוש ציבורי של המדינה בקרקע עצמה אלא פועל יוצא מהתוכנית המדינית של הממשלה. לפיכך, אין מקום לשימוש בכלים המשפטיים הרגילים שבדיני הנזיקין, החוזים והקניין. אלה אינם ערוכים לתת מענה הולם, יעיל ומקיף לתוצאות הכרוכות ביישום תוכנית ההתנתקות.

35. אשר להסדר "ייחוד העילה" (סעיף 134) והוויתור עליה (סעיף 135), מציינת המדינה כי מדובר בהסדר חוקתי המופיע גם בחוקים אחרים. הוא פוגעני פחות מהסדר של "ייחוד עילה" המוכר כהסדר לגיטימי בדין הישראלי. לדברי המדינה, חזקה על המפונים שיוכלו לברר מבעוד מועד מהו מסלול התביעה המיטיב עימם. המנגנון כלל אינו פוגע בזכות הגישה לערכאות, שכן ניתן לערער על החלטת ועדת הזכאות ולעתור על החלטת הוועדה המיוחדת. זאת ועוד, אם הפיצויים שנקבעו בחוק הם חוקתיים – וכך סבורה המדינה – ממילא לא נפל פגם חוקתי בקביעת הסדר של "ייחוד עילה" ואפשרות הוויתור עליה, תוך הפנייה למנגנונים שנקבעו בחוק. המדינה סבורה כי מכיוון שהמסלול על פי הדין הכללי אינו נותן פתרון ראוי למתפנים, אפילו נשללה בחוק עילת תביעה על פי דין אחר, לא היה בכך פגם חוקתי שיצדיק התערבות בית המשפט.

36. מכאן לטענות המיוחדות לכל קבוצת עותרים, ותחילה לפיצוי על בתי המגורים (בג"ץ 2252/05; בג"ץ 3205/05; בג"ץ 3761/05; בג"ץ 4014/05). נטען כי הפיצוי בגין בית המגורים אינו מעניק פיצוי ריאלי, בערכי שוק, לרכישת בית חלופי זהה ב"אזורי ייחוס" של הישובים המתפנים ("אזורי ייחוס" הם אזורים בנגב ובגליל, אשר לפי דברי ההסבר להצעת חוק יישום תכנית ההתנתקות, ערך הקרקע בהם שימש בסיס לחישוב הפיצוי (ראו ה"ח 130, התשס"ה, עמ' 16 ו-73)). העותרים קובלים, בין היתר, על היעדר פיצוי בגין רכיב הקרקע ב"מסלול א"; על מנגנון הפיצוי הרגרסיבי בגין שטח הבית; על היעדר פיצוי בגין השקעות מיוחדות בבית המגורים או במגרש; על היעדר פיצוי בגין הוצאות נילוות בבניה של בית חדש. כן נטען כי המענק האישי בשל ותק אינו נותן פיצוי ראוי לעגמת הנפש הנגרמת לתושבים בשל תהליך הפינוי שנכפה עליהם, וכי גובה דמי השכירות לתקופת הביניים נמוך מדי ומשכם קצר מדי. העותרים דורשים פיצוי מלא בגין רכיב הקרקע, ללא זיקה לוותק המגורים, לרצף המגורים ולמרכז החיים ב"מועד הקובע". שלילת הפיצוי בגין רכיב הקרקע אינה עומדת במבחן המידתיות ומפלה לרעה את

המתיישבים שעזבו בשל המצב הביטחוני הקשה. פיצוי מידתי צריך לשקף, לטענתם, ערכי שווי שוק ריאליים של קרקע באזורי הייחוס. כמו כן, נדרש פיצוי בגין הוצאות לרכישת נכס חלופי ופיצוי בגין עגמת נפש בדומה לפיצוי שקיבלו מפוני סיני. חישוב הוותק לצורך תחשיב הפיצוי צריך להתבצע לפי מועד הפינוי בפועל ולא "היום הקובע".

37. המדינה דוחה טענות אלה של העותרים, בהתבסס על עמדתה העקרונית בשאלת שווי הזכויות והיקף הפיצוי המתחייב. לשיטתה, הפיצוי ב"מסלול א" הוא מידתי כשלעצמו, שכן הוא מגיע, לכל הפחות, לכדי שווי בית המגורים המפונה אילו נמכר בעסקה רצונית. התוספת הניתנת ב"מסלול ב" נועדה לאפשר לבעל הזכויות לרכוש בית מגורים חלופי באזורי הייחוס בהם ערכי הקרקע גבוהים יותר. הנחת המוצא של המחוקק היא כי למי שמרכז חייו ב"יום הקובע" לא היה באזור המפונה כבר ישנו הסדר מגורים חלופי ואין מקום להעמיד לרשותו תוספות פיצוי אלה. צבירת הוותק עד ל"יום הקובע" אינה פגיעה בזכות מוקנית כלשהי, כיון שהפיצוי ב"מסלול ב" עולה על הפיצוי המתחייב בגין שווי הזכות. המדינה הסבירה כי אחד הטעמים להגבלה זו בצבירת הוותק היה שלא ליצור תמריץ שלילי לפינוי מרצון ממועד החלטת הממשלה.

38. קבוצת עתירות נוספת, שהגישו בעיקר בעלי עסקים ובעלי מפעלים באזור התעשייה ארז, מופנית כנגד הפיצוי לבעלי עסקים (בג"ץ 2252/05; בג"ץ 2703/05; בג"ץ 3127/05; בג"ץ 3208/05). לדבריהם, הוראות החוק אינן עולות בקנה אחד עם דיני ההפקעה הכלליים. עיקר הפגיעה בבעלי העסקים כרוכה בכך שהחוק אינו מבטיח להם פיצוי כספי מלא בהתאם לשומה פרטנית. הסדרי הפיצוי על פי נוסחאות, תחשיבים ופרמטרים קבועים מראש אינם משקפים באופן אמיתי ונכון את שווי הנכסים והמפעלים. הפיצוי אינו מעמיד אותם במצב שבו היו נתונים אלמלא הפינוי. הסדרי הפיצוי אינם משמרים את יכולת ההשתכרות של בעלי הנכסים והמפעלים. אלה סופגים מכה כלכלית קשה ואינם מפוצים בגין עלויות והוצאות הנגרמות עקב הפינוי הכפוי. בעלי העסקים טוענים כי הפיצוי מפלה לרעה, מקפח אותם ופוגע בעקרון השוויון. הוא מפלה ברכיבים השונים ובשיטת חישוב הפיצויים בין מתיישבים ובעלי חממות, לבין בעלי מפעלים וזימים. כן מפלה החוק בין העסקים המפונים לבין עסקים שפוננו בזמנו מחצי האי סיני. העותרים דוחים את הנחת המוצא של המדינה, המבקשת ליצור ניתוק מלאכותי בין תכנית ההתנתקות לבין ירידת ערך הנכסים עובר ל"יום הקובע". לשיטתם, יש להתחשב בירידת המחירים של הקרקע בשנת 2004 כחלק מהנוק שנגרם לבעלי העסקים המפונים.

39. העותרים עומדים על כשלים בשני מסלולי הפיצוי לבעלי עסקים – הפיצוי הפיננסי והפיצוי הנכסי. לגבי המסלול הפיננסי נטען כי קביעת נוסחה אחידה, קשיחה וגורפת לחישוב הפיצויים לכלל בעלי העסקים אינה נותנת מענה הולם לשלל ההבדלים הקיימים ביניהם. המכפילים שנקבעו הם שרירותיים ומביאים לתוצאות בלתי סבירות. נוסחת הפיצוי אינה מתחשבת בשיעור צמיחה. אין גם הצדקה לשיעור מס אחיד של 30%. החוק מבוסס על פיצוי קולקטיבי שנקבע בשיטת מיצוע, ולא על פיצוי אינדיבידואלי כמתחייב בדין. התנגדות המדינה לשומה פרטנית לבעלי עסקים מדברת בעד עצמה. נוחות מינהלית ומחסור בתקציב אינם מצדיקים פגיעה בזכויות אזרח.

40. לגבי המסלול הנכסי, נטען כי הפיצוי בחוק נמוך מעלות רכישתו של נכס חלופי (למשל באזור אשדוד ואשקלון). הפיצוי אינו מאפשר להקים עסק חלופי בישראל ואף אינו מאפשר לעותרים להחזיר הלוואות שנטלו לשם בניית העסק. לטענת העסק, המדינה משיתה עליהם חלק גדול מהוצאות ההתנתקות, כגון העתקת מפעל, הסתגלות, אבדן הכנסה בתקופת המעבר ועלויות פיטורי העובדים הישראלים המתגוררים מחוץ לשטח המפונה. חישוב הפיצוי בגין כל ארבעת הרכיבים – קרקע, מבנה, רכוש קבוע ומלאי – נעשה בדרך מעוותת וחלקית. הפיצוי נמוך משווי השוק הריאלי. כך למשל, הפיצוי בגין מלאי עומד על 40% בלבד. בנוסף, הטלת מס אחיד על דמי הפיצוי בגובה 5%, בלא זכות לניכוי, לזיכוי, לקיזוז, לפטור, להנחה או להפחתה כלשהי שוללת אפשרות לקזז את המס כנגד הפסדים. בדומה למתיישבים, יש לפטור גם בעלי עסקים ממס על הפיצוי וממס רכישה עבור קניית קרקע חלופית.

41. המדינה מבקשת לדחות את כל הטענות המייחדות את בעלי העסקים. הנחת המוצא של המדינה היא כי ללא קשר לתוכנית ההתנתקות, שווי הזכויות במקרקעין לפי כל שיטות השומה המקובלות היה נמוך מאוד. זאת בעיקר נוכח המציאות הביטחונית בראשית שנת 2004 וסגירת אזור התעשייה ארז בפני פועלים פלסטיניים כתוצאה מכך. לכן אין טעם, לשיטתה, בעריכת שומה פרטנית למועד הקובע, שכן ימצא כי שווי הקרקע זניח לחלוטין. לכך מתווסף שיקול היעילות שבביצוע תחשיב לפי ספרי העסק בלא צורך בביקור בשטח ועריכת שמאוויות. בסיס הנתונים של רשויות המס הוא הזמין והאמין ביותר לגבי עסקים שחזקה עליהם שדיווחו דיווחי אמת. בהקשר זה מדגישה המדינה את הצורך לפצות את כל בעלי העסקים בתקופת זמן קצרה. לעניין טענת האפליה, עמדת המדינה היא כי אין מקום להשוואה עם חוק פינוי סיני. בעלי העסקים אינם מופלים לעומת המתיישבים לעניין עריכת שומה פרטנית. אם זו תיעשה על פי הכללים המקובלים, ימצא ששווי הקרקע זניח לחלוטין.

42. המדינה טוענת כי קיומם של שני מסלולי פיצוי חלופיים מיטיב עם בעלי העסקים. בעסק מצליח שהפיק רווח ראוי לשמו יבחר בעל העסק במסלול הפיננסי ואילו עסק כושל יוכל לקבל פיצוי בגין שווי נכסיו. לגבי המסלול הפיננסי, המכפילים שנקבעו הם פרי עבודתו של צוות מקצועי בעל שיעור קומה. ממצאיו הוצגו בפני ועדת הכספים של הכנסת וקיבלו את ברכתה. לבעל העסק אפשרות לבחור את ארבע השנים הטובות מתוך שש השנים האחרונות. התחשבות בהיבטי המס לצורך קביעת רווח תפעולי של עסק היא דבר מקובל בעולם העסקים

בהערכת שווים של עסקים. במסלול הנכסי ניתן פיצוי מלא על זכויות העסק בקרקע ובמבנה ופיצוי ראוי על פריטי הרכוש הקבוע ועל המלאי (אף כי אלה נותרים בידי בעל העסק). ערכי הקרקע נקבעו על פי בדיקות שערך השמאי הממשלתי הראשי ביחס למחירי קרקע חלפית באיזור יחוס מתאים בישראל (אזור התעשייה הדרומי באשקלון). שווי המבנה מוערך לפי עלות הקמתו בפועל לפי מסד הנתונים שדווח לרשויות המס. במקרה של העתקת העסק לשטחי ישראל, ניתן בנוסף מענק בשיעור של 10%.

43. למתיישבים טענות גם בנוגע להיקף הפיצוי לעובדים. נטען כי שיעור הפיצוי בגין "דמי הסתגלות" אינו משקף את קשיי התעסוקה ומציאת מקור פרנסה חדש במציאות התעסוקתית השוררת כיום. חלקם גם דורשים להקדים את הזכויות לעניין "גמול פרישה" מגיל 55 לגיל 50. המדינה, מצידה, סבורה כי לא נפל כל פגם חוקתי במנגנון "גמול הפרישה". אין המדינה חייבת, ככלל, לפצות עובדים במשק אשר נפגעים בעקיפין בשל מדיניות ממשלתית. ההסדר שנקבע בחוק הוא בעל מאפיינים סוציאליים.

44. מכאן לטענות המייחדות את עתירת החקלאים (בג"ץ 4054/05). אלה קובלים על כך שהמדינה אינה מעמידה לרשותם נחלות חלופיות, תוך יצירת רציפות והמשכיות לעסקם הנוכחי. ביצוע ההתנתקות תחת סד הזמנים שנקבע – בטרם עלה בידי העותרים להקים מחדש נחלות חקלאיות – שולל מהם את האפשרות להמשיך את הפעילות העסקית בצורה רציפה. נטען כי מנגנון הפיצויים מנסה להתמודד רק עם אבדן הנכסים הכרוך בפינוי. הוא אינו מתמודד עם שלילת עצם היכולת של החקלאים להמשיך לעסוק במקצועות החקלאיים שלהם.

45. המדינה דוחה טענות אלה בטענה כי הפיצוי הכספי שיינתן לחקלאים הינו למעלה מהפיצוי שהיו זכאים לו בדין הכללי. אין כל מקור בדין הכללי המחייב את המדינה להעמיד להם "פיצוי בעין" ואין כל פגם חוקתי בפיצוי בכסף ולא בעין. יחד עם זאת הודיעה המדינה, כי הוכן מאגר של קרקעות חלופיות באזורי עדיפות א' בנגב או בגליל עבור החקלאים המפונים; הגם שניתן יהיה להקצותן רק באישורן של האגודות השיתופיות שבשטחן מצויות הנחלות. המדינה אינה מתכחשת לכך שההתנתקות תפגע מאוד בעונת הגידול הקרובה. נמסר לנו כי המדינה פועלת על מנת לאפשר לחקלאים המפונים להמשיך ולעסוק בחקלאות גם לאחר הפינוי, כך שיש לקוות כי החשש שלא יוכלו לעסוק בעתיד בחקלאות יתבדה. יחד עם זאת מבחירה המדינה כי הפגיעה בחופש העיסוק של העותרים עקב ההתנתקות היא לכל היותר פגיעה בחופש שלהם לעסוק בחקלאות בתחום אזור חבל עזה ואין מדובר בפגיעה בחופש העיסוק שלהם להיות חקלאים בישראל.

46. בכמה עתירות הועלו טענות בעניין ועדות הזכויות המוקמות מכוח החוק והמעמד המיוחד שניתן לשמאי הממשלתי בחוק. נטען כי מהות התפקיד שהועיד החוק לשמאי ולוועדות הזכויות הוא תפקיד שיפוטי מובהק. על רקע זה, הרכבה של ועדת הזכויות וכן גם הרכבה של הוועדה המיוחדת הוא הרכב מוטא. על כך משיבה המדינה כי ועדת הזכויות והוועדה המיוחדת אינן גופים שיפוטניים או מעין שיפוטניים, אלא גופים מינהליים טהורים, עליהם הוטלו התפקידים המפורטים בחוק. ובהיותן גופים מינהליים, אין כל פגם מובהק בהרכבן.

(4) העתירות בעניין חוקיות החלטת הממשלה וצווי הפינוי

47. לצד טענותיהם נגד החוק, טוענים העותרים בבג"ץ 1661/05 ובבג"ץ 2252/05 גם לאי-חוקיות החלטת הממשלה מס' 3281 וצווי הפינוי שהוצאו על-פיה, מכוח סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות. טענתם העיקרית היא, כי מועד הפינוי שנקבע בצווים הנו קרוב ביותר, אינו מאפשר למפונים תקופה היערכות סבירה, ומחמיר ללא צורך את הפגיעה בהם. בהקשר זה נטען (בבג"ץ 2252/05) כי המדינה מתרשלת במשימתה לקדם פתרון של "העתקה קהילתית" בדרך של הקמת ישובים חלופיים לישובים המפונים (על-פי סעיפים 1(4) ו-85 לחוק). לצד זאת, לעותרים כמה טענות "מנהליות" ביחס לתוקף החלטת הממשלה והצווים. ראשית, נטען כי הליך קבלת החלטה 3281 ומתן צווי הפינוי סטה מן המנגנון שנקבע לעניין זה בסעיף 22 לחוק, ולכן ההחלטה והצווים חסרי סמכות ומשוללי תוקף. שנית, צווי הפינוי ניתנו תוך הפרת זכות השימוע של המתיישבים, ולכן יש לבטלם (טענה זו מופיעה גם בבג"ץ 4004/05). טענה נוספת נגד תוקפם של צווי הפינוי הנה, כי לא ניתן היה לקיים את צווי הפינוי, עליהם חתמו ראש הממשלה ושר הבטחון ביום 20.2.2005, טרם נחקק חוק תקציב המדינה לשנת 2005 ביום 29.3.2005 (בג"ץ 1798/05, בג"ץ 3127/05). נוכח זאת, מתבקש בית המשפט להורות על דחיית תחילתם של הצווים – ושל ביצוע ההתנתקות – בכ-40 ימים מעבר לחמשת החודשים שנקבעו בצווים.

48. המדינה דוחה את טענות העותרים נגד תוקפם של החלטת הממשלה ושל צווי הפינוי. היא מדגישה כי מועד הפינוי שנקבע משקף אינטרס לאומי חיוני להשלים את הליך ההתנתקות עוד הקיץ, שאל לבית המשפט להתערב בו. המדינה מקיימת היערכות ענפה לקליטת המפונים וליישובם מחדש. פעילות זו נושאת פירות, אולם קידומה נתקל בחוסר שיתוף פעולה מצד המתיישבים, המקשה על מיצוייה. אשר להליך קבלת החלטת הממשלה 3281 ומתן צווי הפינוי – נטען כי זה נעשה במועד וכדין, בלא להפר את הוראות החוק. המדינה אף אינה סבורה שבנסיבות העניין נדרש שימוע למתיישבים טרם מתן צווי הפינוי. להבנתה, מדובר במהלך מדיני-אסטרטגי ברמה הלאומית, המשפיע על כל אזרחי המדינה, ואינו מחייב שימוע פרטני לנפגעים מסוימים, שקולם נשמע ממילא במסגרת הוויכוח הציבורי הער. המדינה דוחה גם את הטענות בעניין העדר הכיסוי התקציבי ליישום הצווים. לשיטתה, בתקופה שממתן הצווים ועד לקבלת תקציב 2005 ניתן כיסוי תקציבי לפעולות הממשלה מכוח תקציב השנה הקודמת, ולאור ההוראות התקציביות של חוק יישום ההתנתקות עצמו.

49. העתירה בבג"ץ 4004/05 מעוררת שאלה בדבר פירושו של חוק יישום ההתנתקות. בעתירה זו מבקשים הישובים ניסנית ואלי סיני, הממוקמים בקצה הצפוני של חבל עזה, לקבוע כי חוק יישום ההתנתקות אינו חל עליהם. לטענתם, ישובים אלה ממוקמים על שטח שהיה "אזור מפורז" עובר לתפיסתו במלחמת ששת הימים. הם נושקים ל"יקו הירוק". גדר בטחון עוברת מדרום להם ומפרידה מעשית בינם לבין יתר האזור. מכל הטעמים הללו נכון לפרש את חוק יישום ההתנתקות ואת צו הפינוי שנחתם מכוחו, אשר עושים שימוש בביטוי "חבל עזה", כאילו אין הם חלים על ניסנית ואלי סיני. במישור המנהלי טוענים העותרים, כי הכללת שני הישובים במסגרת החלטות הממשלה מס' 1996 ומס' 3281 היתה בלתי סבירה, ולכן דינה להתבטל. המדינה דוחה טענות אלה. היא מציינת שהישובים ניסנית ואלי סיני מצויים באזור חבל עזה, הנתון לתפיסה לוחמתית. ניהולם נעשה מכוח צווי המפקד הצבאי ועל-פיהם. דינם הוא כדיון שאר הישובים בחבל עזה לכל דבר ועניין, ובכלל זה גם לצורך תכנית ההתנתקות. הגדר שהוקמה מדרום להם נועדה לצורך בטחוני זמני, ואין בה ללמד על מעמדם המשפטי או המדיני. לא הובאו ראיות לכך שמדובר ב"אזור מפורז", וממילא אין בכך להשפיע על נושא ההתנתקות. בפועל, כך נטען, כולל חוק יישום ההתנתקות את הישובים הללו בישובים המופנים, באמצעו (על דרך הפניה) את תוכן החלטת הממשלה 1996 (סעיף 22(א) לחוק).

(6) ההליך בפני בית המשפט העליון

50. שתיים-עשרה העתירות שלפנינו הוגשו במשך תקופה בת כחודשיים, ממחרת חקיקת חוק יישום ההתנתקות (ביום 17.2.2005), ועד לסוף חודש אפריל 2005. בהחלטת הנשיא (מיום 24.3.2005) נקבע, כי הן תישמענה בפני הרכב מורחב של אחד-עשר שופטים. לאחר הגשת תגובה מקדמית מטעם המדינה, התקיים (ביום 7.4.2005) דיון בפני ההרכב בשמונה העתירות הראשונות שהוגשו. בסוף אותה ישיבה הורינו על השלמת טיעונים בכתב, ועל המשך שמיעת הטיעונים על-פה במועד אחר. באותו דיון שמענו גם טענות לעניין צווי הביניים שנתבקשו על-ידי העותרים בעתירות השונות. החלטנו (ביום 18.4.2005) ברוב דעות, נגד דעתו החולקת של השופט לוי, שלא להוציא באותה עת צו ביניים. הדיון בפני ההרכב המורחב התחדש ביום 3.5.2005, אז נשמעו כל שתיים-עשרה העתירות שהוגשו, ותשובת המדינה להן.

51. במהלך הדיון (ביום 3.5.2005) שמענו את דבריהם של כמה מן העותרים. גב' אתי רוזנבלט, תושבת חומש, ביקשה שתובטח לה ולשכניה רמת חיים הדומה לזו ממנה נהנו טרם הפינוי. מר בנימין יפת, חקלאי מוותיקי נצר חזני, ששכל את בנו איתמר ז"ל בפיגוע בחבל עזה, ביקש לדחות את מועד הפינוי, כך שיתאפשר למתיישבים להתארגן כראוי לפינוי, ובכלל זה לוודא את העתקתן הסדירה של תשתיות החקלאות. מר שאול הילברג, תושב נצר חזני, שבנו יוחנן ז"ל, חלל אסון השייטת, קבור בגוש קטיף, ביכה את אובדן הבית שבנה, ואת העובדה שאין הוא יודע לאן יעתיק את קבר בנו ביום הפינוי. מר קובי כהן, תושב רמת-גן שהנו בעל מפעל וחבר ועד היזמים באזור התעשייה ארז, תיאר את המשבר הכלכלי בו נתונים העסקים באזור התעשייה בתקופה האחרונה, נוכח ההיערכות לתוכנית ההתנתקות. גב' עינת יפת, נערה תושבת נצר חזני, סיפרה על מצוקותיהם ולחציהם של 4,000 בני נוער ישראלים החיים בחבל עזה לנוכח הפינוי הצפוי.

52. בתום ישיבה זו קבענו, בהסכמת המדינה, כי נראה את כל העתירות כאילו הוצא בהן צו-על-תנאי וניתנה תשובה על-פי הצו. כן היתרנו השלמה נוספת של טיעונים בכתב. אלה הוגשו עד ליום 26.5.2005. בקשה לשמיעה נוספת של טיעונים בעל-פה נדחתה (ביום 1.6.2005). לצד זאת, ביקשו העותרים כי בית המשפט יקיים סיור באזור חבל עזה. בהמשך לכך הוגש (ביום 6.5.2005) מתווה מוצע לסיור. שקלנו את הבקשה ובאנו לידי המסקנה כי לא נוכל להיעתר לה. ראשית, סברנו כי ארגונו של הסיור המבוקש וקיומו יחייבו דחייה משמעותית במועד מתן פסק הדין. שנית, וזה העיקר – ביקור במקום הוא צעד נדיר ומיוחד בבית משפט זה, אשר על פי הכללים המקובלים עלינו, אנו נוקטים בו רק כאשר יש בו כדי למלא חסר ראייתי וליתן בידי בית המשפט מידע אשר בהיעדרו אין בפני בית המשפט נתונים מספיקים להכרעה. אם ביקשו העותרים להראות לנו את עוצמת הפגיעה, את היקפה ומשמעותה, נוכח פני הישובים המיועדים לפינוי, הרי את אלה שיווינו לנגד עינינו כל העת, וזו נקודת המוצא ממנה יצאנו בבואנו לדון בחוק. בעניין אחר החלטנו (ביום 2.6.2005), נגד דעתו החולקת של השופט לוי, לדחות בקשה לזימון ראש המטה הכללי של צה"ל לעדות בפנינו. בד-בבד, הוגשו לנו שלוש בקשות לצווי ביניים. בקשת העותרים בבג"ץ 3761/05 עסקה ביחס בין הגשת תביעות עבור הוצאות הובלה ודמי שכירות ובין "דין הוויתור" לפי סעיפים 134-135 לחוק יישום ההתנתקות. לאחר חילופי תגובות, ובהתחשב בהסכמתה (החלקית) של המדינה, הורה הנשיא ברק (ביום 22.5.2005) על מתן צו ביניים, לפיו לעניין תביעות לפי סעיפים 44 ו-45 לחוק, יחל מניין 30 הימים הקבוע בסעיף 135(ד) לחזרה מתביעה לפי החוק ביום מתן פסק הדין בעתירות אלה. העותרים בבג"ץ 4014/05 ביקשו להרחיב את ההסדר האמור לכל התביעות המוגשות לפי החוק. המדינה הביעה נכונותה לכך, ובלבד שבמקביל יידחה גם המועד לתשלום כספים לפי החוק (למעט לפי סעיפים 44 ו-45). נוכח החלטתנו בפסק דין זה, אין עוד צורך במתן החלטה בבקשה זו. בקשת העותרים בבג"ץ 2252/05 עסקה בהודעתה של שרת המשפטים צ' ליבני (מיום 18.5.2005), לפיה על הישראלים המפונים המעוניינים להצטרף להסדר של יישוב זמני באזור ניצנים להודיע על כך למינהלה בתוך שבעה ימים. העותרים ביקשו כי בית המשפט ישהה את המועד

להגשת הודעה זו עד לאחר מתן פסק דינו. המדינה התנגדה לבקשה. לטענתה, הסדר הישוב הזמני מחייב היערכות זמן ניכר מראש, ולכן נזקקה הממשלה בהקדם לפרטי המעוניינים להצטרף אליה. בקשה זו נידונה (ביום 31.5.2005) במסגרת תזכורת בפני הנשיא ברק. החלטנו (ביום 1.6.2005) לדחות אותה, משום שהיא עוררה טענות מתחום המשפט המינהלי שאינן נוגעות ישירות לעתירות שלפנינו, ושמקומן בעתירה נפרדת. הטיעונים שהוגשו לנו במסגרת שתיים-עשרה העתירות ובתשובות להן היו נרחבים ועשירים. עיינו בהם לפרטיהם ושקלנו אותם בכובד ראש. עתה, באה שעת הכרעה.

53. נדגיש, כי מספרן של הטענות שהועלו בפנינו הוא רב. הן עוסקות בהיבטים נרחבים של הוראות חוק יישום ההתנתקות. עמדנו בפסק דינו על הטענות שנראו לנו כעיקריות. כתוצאה מכך נשארו מספר טענות ללא מענה. אין לראות את שתיקתנו בעניינן כקבלתן או כדחייתן. כך, למשל, לא בחנו את חוקתיותן של ההוראות הפליליות בחוק יישום ההתנתקות (סעיף 27) ושל ההוראות בעניין שלילת הזכות למענקים שונים בשל אי פינוי בית המגורים במועד (סעיף 44(א)(2)(ב)), וממילא לא נקטנו בעניין זה כל עמדה. כמו כן לא דנו בסוגיית פינוי בתי הקברות (סעיף 144); נושא זה עומד לבחינת בית המשפט במסגרת עתירה אחרת (בג"ץ 4873/05).

ג. המסגרת הנורמטיבית

(1) הבחינה החוקתית ושלביה

54. חוק יישום ההתנתקות נתון במחלוקת ציבורית קשה. מחלוקת זו, כשלעצמה, אינה מעוררת בעיה חוקתית. בעיה חוקתית מתעוררת רק אם חוק יישום ההתנתקות (או חלק ממנו) פוגע בחוק-יסוד. איננו סבורים, כי חוק-יסוד: הכנסת או חוק-יסוד: הממשלה מונעים מהכנסת או מהממשלה מלקבל החלטה בעניין ההתנתקות. סמכות זו נתונה לרשויות השלטוניות (כנסת וממשלה) על פי משפטה הפנימי של מדינת ישראל. סמכות כזו נתונה על פי המשפט הבינלאומי הפומבי למדינה התופסת בשטח בתפיסה לוחמתית. כל הגבלה לא הוטלה בחוק-יסוד על סמכות הכנסת או הממשלה לקבל החלטה בעניין זה (השוו סעיף 2 לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999; סעיפים 5 ו-7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל). נמצא, כי הבעיה החוקתית במקרה שלפנינו מתעוררת רק בשל כך שפינוי השטח המפונה כרוך בפינוי הישראליים המתגוררים בו.

55. פינוי הישראליים מהשטח המפונה מעורר את השאלה אם אין בו כדי לפגוע בזכויות האדם של הישראליים המפונים – זכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. אם אמנם קיימת פגיעה זו, קמה ועומדת בפנינו בעיה חוקתית שעניינה חוקתיותו של חוק יישום ההתנתקות לאור פגיעתו בזכויות אדם חוקתיות. ודוק: אין די בכך אם ייקבע שהמתיישבים הישראליים בשטח המפונה נהנים מזכויות האדם המעוגנות במשפט המקובל הישראלי. אין גם די בכך שייקבע שהם נהנים מזכויות אדם המקובלות במשפט הבינלאומי הפומבי. עיגון כזה – בו איננו נוקטים כל עמדה – עם כל חשיבותו, אין בו כדי לעורר בישראל בעיה חוקתית. הטעם לכך הוא זה: כאשר הפגיעה בזכות שמקורה במשפט המקובל או במשפט הבינלאומי הפומבי מתנגשת עם הוראה מפורשת בחוק של הכנסת – יד חוק הכנסת על העליונה, ובעיה חוקתית אינה מתעוררת. אכן, בעיה חוקתית תתעורר בישראל רק אם זכותם של המתיישבים הישראליים מעוגנת בהוראה נורמטיבית חוקתית-על-חוקית, כלומר בחוק-יסוד. זאת ועוד: אין די בכך שחוק יישום ההתנתקות פוגע בזכות המעוגנת בחוק-יסוד. בעיה חוקתית מתעוררת רק אם הפגיעה של חוק יישום ההתנתקות באותה זכות היא פגיעה שלא כדין. בהתקיים תנאים אלו או אומרים שהחוק אינו חוקתי, ונבחנת שאלת הסעד בגין הפרת הוראות חוק-היסוד.

56. נמצא, כי הבחינה בדבר חוקתיותו של כל חוק – וממילא, בחינת חוקתיותו של חוק יישום ההתנתקות – נעשית בשלושה שלבים (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן – פרשת בנק המזרחי המאוחד); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (להלן – פרשת לשכת מנהלי ההשקעות); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (להלן – פרשת צמח); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (להלן – פרשת אורון); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235 (להלן – פרשת מנחם)). חלוקה זו נועדה לסייע בניתוח החוקתי. היא באה "לשם בהירות הניתוח ודיוק החשיבה" (בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 427, 440 (להלן – פרשת תנופה)). השלב הראשון בוחן אם החוק – בעניינינו חוק יישום ההתנתקות – פוגע בזכות אדם המעוגנת ומוגנת בחוק-יסוד. אם התשובה היא בשלילה, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם התשובה היא בחיוב יש לעבור לשלב השני. השלב השני בוחן אם הפגיעה בזכות האדם מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. על מהותה של זו נעמוד בהמשך. אם המסקנה היא כי החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם, לעומת זאת, החוק הפוגע אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, יש לעבור לשלב השלישי. שלב זה בוחן את תוצאות אי החוקתיות. זהו השלב של הסעד. נעמוד בקצרה על שלבים אלה.

(2) שלב ראשון: הפגיעה בזכות יסוד

57. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם חוק – ובענייננו חוק יישום ההתנתקות – פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד? שאלה זו נחלקת בענייננו לשתי שאלות משנה. האחת, האם זכויות האדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק חלות על מתיישבים ישראלים בשטח המפונה. שאלה זו מיוחדת היא לעתירות שלפנינו. אם התשובה לשאלת משנה זו היא בחיוב, מתעוררת שאלת המשנה השניה. שאלה זו שהיא כללית וחלה בכל מקרה של טענה חוקתית בוחנת את הזכויות המעוגנות בחוק-יסוד אשר בהם פגע, לפי הטענה, החוק הפוגע. ביקורת שיפוטית תידרש רק אם יימצא, שחוק פוגע פגיעה ממשית בזכויות המוגנות; אין די בפגיעה של מה-בכך (פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 431). אם התשובה המתקבלת משתי שאלות אלה היא בחיוב, יש לעבור לשלב השני בבחינה החוקתית.

(3) שלב שני: פסקת ההגבלה

58. השלב השני של הבחינה החוקתית בוחן אם הפגיעה בזכות האדם היא כדין? בחינה זו מבוססת על תפיסתם הבסיסית של חוקי-היסוד, לפיה זכויות האדם שבחוקי-היסוד אינן מוחלטות. ניתן לפגוע בהן בלא שהפגיעה תהא לא חוקתית. אמות המידה לחוקתיות הפגיעה קבועות ב"פסקת ההגבלה" שבכל אחד מחוקי היסוד בדבר זכויות האדם (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 433; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות; פרשת צמח; פרשת אורון). פסקת ההגבלה (סעיף 8) שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת:

"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".

הוראה דומה מצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 4).

59. פסקת ההגבלה קובעת ארבעה תנאים שבהצטברם יחדיו ניתן לפגוע כדין בזכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד. בכך ניתן ביטוי לרעיון שזכויות האדם אינן מוגנות כדי מלוא היקפן. בכך מודגשת התפיסה כי הפרט חי בגדריה של חברה, וצרכיה של החברה ומטרותיה הלאומיות עשויות לאפשר פגיעה בזכויות האדם. עמד על כך השופט א' ברק בפרשת בנק המזרחי המאוחד:

"תפקידה של ההגבלה הוא כפול. היא מגינה על זכויות האדם ומאפשרת פגיעה בהן, בעת ובעונה אחת. היא מבטאת את רעיון היחסיות של זכויות האדם. היא משקפת את תפיסת היסוד כי זכויות האדם מתקיימות במסגרת חברתית המקיימת את זכויות האדם. היא ראי לתפיסת היסוד, כי זכויות האדם אינן משקיפות על הפרט כאי בודד, אלא כחלק מחברה אשר לה יעדים לאומיים. היא פרי ההכרה כי יש לקיים זכויות אדם בסיסיות ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד. היא נועדה לאפשר פגיעה בזכויות האדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. אכן, הזכות החוקתית והפגיעה כדין בה יונקים ממקור משותף... הן הזכות החוקתית והן ההגבלה שעליה כפופות לעקרון היסוד שעליו בנוי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 1) ולמטרותיו (סעיפים 1א, 2). פסקת ההגבלה היא, נקודת האחיזה שעליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה. היא משקפת את התפיסה כי בצד זכויות אדם קיימות גם חובות אדם; כי העולם הנורמטיבי אינו רק של זכויות אלא גם של חובות; כי בצד זכותו של האדם עומדת חובתו כלפי רעהו וחובתו כלפי הכלל" (עמ' 433; ראו גם פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 384).

תפקידה של פסקת ההגבלה הוא כפול: היא באה להבטיח כי זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד לא יפגעו אלא בהתקיים התנאים הקבועים בחוקי-היסוד; היא קובעת כי בהתקיים אותם תנאים הפגיעה בזכויות היסוד היא חוקתית. הינה כי כן, זכויות האדם אינן מוחלטות. ניתן להגבילן. עם זאת, להגבלות על זכויות האדם יש גבולות. אלה קבועים בפסקת ההגבלה (ראו בג"ץ 5026/04 דזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רוזנצוייג צביקה, רע"נ היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח, משרד העבודה והרווחה (טרם פורסם, פסקה 11); להלן – פרשת דזיין; בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, פסקה 17)). ארבעה הם תנאיה של פסקת ההגבלה. כל ארבעת התנאים צריכים להתקיים. נבחן בקצרה תנאים אלה.

60. התנאי הראשון לחוקתיותו של חוק הפוגע בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הינו כי הפגיעה היא "בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

61. התנאי השני הנדרש בפסקת ההגבלה הינו כי החוק "הולם את ערכיה של מדינת ישראל". אלה ערכיה "כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם בעלי מספר מאפיינים:

"מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד... במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהיו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומתה הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית"

הנשיא א' ברק בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נז(4) 1, 22 (להלן – פרשת טיבי); ראו גם פרשת דיזיין, פסקה 15).

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מבוססים, אף הם, על מספר מאפיינים:

"מאפיינים אלה מבוססים... על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות, הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית" (שם, עמ' 23).

על הפרשן לשאוף לקיומה של סינתזה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. יש לחפש את המשותף והמאחד. "מדרכה של סינתזה זו שמבקשת היא את המשותף שבין שתי המערכות, היהודית והדמוקרטית, את העקרונות המשותפים לשתיהן או שלפחות ניתן לשלב ביניהן" (המשנה לנשיא מ' אלון בע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 167).

62. התנאי השלישי הנדרש בפסקת ההגבלה הוא שהחוק הפוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק-היסוד הוא "לתכלית ראויה". על מהותה של דרישה זו עמדה השופטת ד' ביניש בציינה כי תכלית היא "ראויה" אם היא:

"נועדה להגן על זכויות האדם, לרבות על ידי קביעת איזון סביר והגון בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט. זאת ועוד, תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן" (פרשת מנחם, עמ' 264).

תכלית היא ראויה אם היא "מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים, אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגנה על זכויות האדם" (השופטת' אור בפרשת אורון, עמ' 662). על כן, "חקיקה שנועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור, היא לתכלית ראויה" (פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 434). אכן, תכלית היא ראויה אם היא מבקשת לאזן בין האינטרסים של הכלל לבין הפגיעה בפרט (ראו פרשת דיזיין, פסקה 19).

63. בחינת השאלה אם התכלית היא "ראויה" נעשית בהקשר של הפגיעה בזכות האדם המוגנת בחוק-היסוד. השאלה עליה יש להשיב הינה אם ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות האדם בתכליתה הראויה של החקיקה. עמד על כך פ' הוג, בציינו:

"The only reason for embarking on the search for the legislative objective is to determine whether there is a sufficient justification for infringement of the charter. The statement of the objective should therefore be related to the infringement of the charter, rather than to other goals" (P. Hogg, (Constitutional Law of Canada 880 (4th Ed., 1997).

נמצא, כי חקיקה הפוגעת בזכויות אדם תקיים את הדרישה בעניין "תכלית ראויה", אם תכליתה של אותה חקיקה מעניקה צידוק מספיק לאותה פגיעה בזכויות אדם. "התכלית" היא איפוא התכלית המונחת ביסוד ההוראה בחוק הפוגעת בזכויות האדם, ותכלית זו תהא "ראויה" אם יש בה כדי להצדיק פגיעה זו.

64. מה מידת החשיבות של התכלית המונחת ביסוד החוק הפוגע בזכויות אדם, כדי שזו תוכל להיחשב כ"ראויה"? במספר פסקי דין צויין כי התשובה משתנה על פי מהותה של הזכות הנפגעת. "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה" (השופט י' זמיר בפרשת צמח, עמ' 273). צויין כי יש להתחשב "במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק" (השופטת ד' דורנר בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 420), וכי "לעניין ההגנה על זכויות האדם בפני פגיעה בהן, לא כל הזכויות הן בעלות מעמד שווה. לא הרי הזכות לכבוד האדם כהרי זכות הקניין, ובמסגרתה של אותה זכות עצמה, עשוי להיות שוני במידת ההגנה הניתנת לפגיעה בה. כך, למשל, לא הרי מידת ההגנה בפני פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, כהרי מידת ההגנה הניתנת בפני פגיעה בחופש הביטוי המסחרי... במסגרתו של היבט מסויים של זכות (כגון הדיבור הפוליטי), לא הרי פגיעה שהיא בגרעינה של הזכות כהרי פגיעה בשוליה" (הנשיא א' ברק בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 49 (להלן – פרשת חורב)). צעד נוסף בעניין זה נעשה בפרשת מנחם בה ציינה השופטת ד' ביניש כי:

"אין לגזור את היקף ההגנה על חופש העיסוק על בסיס טיבה של הזכות כשהיא עומדת לעצמה, אלא יש לקבוע את רמת ההגנה על הזכות החוקתית על-פי מכלול פרמטרים נוספים, ובהם: התחום שהחקיקה הפוגעת עוסקת בו (כלכלי, חברתי, סוציאלי, ביטחוני ועוד), הטעמים שבבסיס הזכות המוגנת וחשיבותה החברתית היחסית, מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי, נסיבות הפגיעה והקשרה, וכן מהות הזכויות או האינטרסים המתחרים. יש להניח כי עם הזמן תיושמה אמות-מידה אלה בפסיקה בדרך של צעידה ממקרה למקרה, והדבר יסייע לגיבוש היקף ההגנה על חופש העיסוק החוקתי בשיטתנו המשפטית" (עמ' 258).

מהי אמת המידה על-פיה יש לנקוט בעתירות שלפנינו?

65. השאלות הקשורות במידת חשיבותה של התכלית ויחסה לחשיבותה של הזכות הנפגעת מעוררות בעיות קשות (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 347 (2004)). לדעתנו, אין לנו צורך בעתירות שלפנינו, להכריע בשאלות אלה. מוכנים אנו להניח, בלא לפסוק בדבר, כי לאור הפגיעה הקשה בזכות לכבוד ולקניין, יש לנקוט באמת מידה מחמירה לעניין חשיבותה של התכלית. אמת מידה זו דורשת כי הפגיעה בכבוד ובקניין במקרה שלפנינו היא "לתכלית ראויה" אם היא מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית. זוהי רמת הבדיקה העליונה בארצות-הברית; זו הרמה המקובלת בקנדה. נראה לנו כי לאור הנסיבות המיוחדות של תוכנית ההתנתקות זו רמת הבדיקה הראויה במקרה שלפנינו.

66. התנאי הרביעי והאחרון לחוקתיות הפגיעה בזכות אדם המוגנת בחוקי היסוד הוא שהפגיעה הינה "במידה שאינה עולה על הנדרש". זהו "מבחן המינון": מינון הפגיעה צריך שיהא כך שלא יעלה על הנדרש" (השופט א' גולדברג בפרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 574). הוא מבטא מבחן של מידתיות. בעוד שהתנאי בדבר "תכלית ראויה" מתמקד במטרה, התנאי של "במידה שאינה עולה על הנדרש" מתמקד באמצעים הננקטים להגשמת המטרה (ראו דורנר, "מידתיות", ספר ברנזון 281 (כרך שני, 2000); פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 384). ברשימה ארוכה של פסקי דין נקבע כי קיומה של דרישת המידתיות מותנה בקיום של שלושה מבחני משנה (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 436; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 385; פרשת אורון, עמ' 665; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412; בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12 (להלן – פרשת בן-עטייה); פרשת מנחם, עמ' 279; פרשת חורב, עמ' 53; בג"ץ 4513/97 אבו ערער נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נב(4) 26, 41; בג"ץ 1255/94 "בזק" נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 687; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (להלן – פרשת סטמקה); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי נ' הרשות השנייה, פ"ד נד(4) 178; בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 212, 261; פרשת בית סוריק; ראו ז' סגל, "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי", הפרקליט לט 507 (1990); "י זמיר", המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט וממשל ב 109, 131 (1994); דורנר, שם, עמ' 281).

67. מבחן המשנה הראשון למידתיות הפגיעה הוא מבחן הקשר הרציונלי או מבחן קשר ההתאמה. על פיו חייב להתקיים קשר של התאמה בין התכלית הראויה (המטרה) לבין ההסדרים שהחוק קובע להגשמתה (האמצעים). האמצעי שנבחר צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה. מבחן המשנה השני למידתיות הפגיעה הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן הצורך. על-פיו, האמצעי שנבחר על-ידי החוק צריך לפגוע בזכות האדם במידה הקטנה ביותר. "האמצעי החוקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החוקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החוקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה" (ראו פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 385). מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות "במובן הצר". על-פיו האמצעי שנקט החוק והפוגע בזכות האדם, חייב לקיים יחס ראוי בין האמצעי למטרה. במסגרת מבחן זה "נשקלת התועלת שתצמח לציבור מן החקיקה הנדונה לעומת הפגיעה בזכות החוקתית של הפרט כתוצאה מהפעלת האמצעי שנבחר" (פרשת מנחם, עמ' 279). זהו מבחן של איזון.

68. פסקת ההגבלה בוחנת את חוקתיות החוק. אין היא בוחנת את תבונתו. הבחינה החוקתית אינה מתמודדת עם השאלה אם החוק הוא ראוי, טוב, יעיל ומוצדק. היא מתמודדת עם השאלה אם החוק הוא חוקתי. זאת ועוד: מבחינה של המידתיות אינם מדוייקים. לעתים ניתן לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה במספר דרכים. נוצר מעין "מיתחם הגבלה". הבחירה בין האפשרויות השונות בגדרי המיתחם היא בידי המחוקק. זהו תפקידו על פי עקרון הפרדת הרשויות. השאלה אשר השופט צריך לשאול עצמו הינה אם האיזון שבחר המחוקק בין צורכי הכלל והפרט נופל לגדר מיתחם ההגבלה. זהו "מיתחם של התחשבות" (ה-margin of appreciation) או "מרחב תמרון" (reasonable room to maneuver) המאפשר למחוקק לבחור, על פי שיקול דעתו, בין תכלית (ראויה) לבין אמצעים (מידתיים). בית משפט זה עמד על כך בפרשת בנק המזרחי המאוחד בצינו:

"לכל מחוקק יש מרחב סביר של תמרון... קביעת המדיניות החברתית – בין בסוגיות כלכליות ובין בסוגיות אחרות – נתונה למחוקק, ויש להעניק לו מרחב של תמרון חקיקתי. בית המשפט אינו קובע את המדיניות החברתית. עניין זה הוא למחוקק. אך אם המדיניות אינה חוקתית, זהו עניין לשופט" (שם, עמ' 438).

"מבחינה המשנה אינם מוחלטים או דווקניים. לרשויות יש שיקול דעת ביישום, ודי כי הפגיעה בזכות תימצא במסגרת 'מיתחם המידתיות' כדי שהנורמה תעמוד בדרישת המידתיות" (פרשת תנופה, עמ' 452).

על אותו עקרון חזרה השופטת ד' ביניש :

"הדרישה כי על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם. קביעה כזו תקשה מדי על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית. זאת ועוד, שאלת המידתיות היא לרוב מסוג השאלות שאין עליהן תשובה מדוייקת ואחידה, שכן היא דורשת מלאכת שיקול והערכה. ייתכנו מצבים שבהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור. עקב כך הכיר בית-משפט זה ב'מרחב תימרון חוקתי' המכונה גם 'מיתחם המידתיות'. גבולותיו של מרחב התימרון החוקתי נקבעים על-ידי בית-המשפט בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו. בהתחשב במהותן של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה אל מול טובתם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים, בית המשפט לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדרי מיתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם, והוא בלתי מידתי באופן ברור" (פרשת מנחם, עמ' 280).

(4) שלב שלישי: הסעד בגין הפרת הזכות

69. עמדנו על היקף הבחינה החוקתית בשלב השני, שעניינו חוקתיות הפגיעה. אם בחינה זו מוליכה למסקנה כי הפגיעה אינה כדוין, יש לעבור לשלב השלישי. בשלב זה נבחנת שאלת הסעד או התרופה החוקתית. בענייננו, משמעותו של דבר תהא בביטול ההוראה הבלתי חוקתית או בצמצום חלותה. למותר לציין כי אין בכך לבטל את החוק כולו. הביטול הוא "מקומי", תוך שאנו מפרידים (severance) בין ההוראה המבוטלת לבין שאר הוראות החוק. בכל אלה על בית המשפט לעשות ככל יכולתו כדי לצמצם את היקף הפגיעה בחוק לכדי החיוני ביותר.

(5) שלבי הבחינה החוקתית והיקף הביקורת השיפוטית

70. בחינה חוקתית מחייבת זהירות שיפוטית. "ביישמו את המבחנים החוקתיים הקבועים בפסקת ההגבלה על חקיקת הכנסת, יפעל בית-המשפט באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון" (השופטת ד' ביניש בפרשת מנחם, עמ' 263). בצדק ציין השופט י' זמיר כי:

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מהחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט... כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק" (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496; להלן – פרשת מרכז השלטון המקומי; ראו גם בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68; להלן – פרשת הופנונג).

אכן, לא הרי ביטול חוק בשל אי חוקתיותו, כביטול תקנה בשל אי חוקיותה. בביטול חוק בשל אי-חוקתיותו עניין לנו בביטול דבר חקיקה שנחקק על ידי גוף שנבחר על ידי העם. מכאן הגישה, כי נדרשת פגיעה בולטת ומשמעותית בזכות אדם חוקתית, כדי להביא לאי-חוקתיות החוק (ראו פרשת הופנונג, עמ' 68); מכאן התפיסה, כי לא הרי חוק "קבוע" כהרי חוק "זמני" בבחינת חוקתיות החוק (ראו בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 486; פרשת מרכז השלטון המקומי, עמ' 494; בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(2) 699). אכן, בבחינה החוקתית "כל הממעט הרי זה משובח" (השופט מ' חשין בבג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 548). גם מרחב התימרון של המחוקק נגזר מזהירות שיפוטית זו. עם זאת, זהירות אסור לה שתגרור אחריה קיפאון. לא על ערכיו שלו מגן בית המשפט. הוא מגן על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הוא נותן ביטוי לדברה של הכנסת בחוק-יסוד. בצד כבוד החוק מונח כבוד חוק-היסוד. מקום שבית המשפט קובע כי החוק פגע פגיעה של ממש ושלא כדוין בחוק היסוד, עליו להסיק את המסקנות המתבקשות מפגיעה זו.

(6) בחינת חוקיות החלטות הממשלה והצווים על פי החוק

71. עמדנו על המסגרת הנורמטיבית לבחינת חוקתיותו של חוק יישום ההתנתקות. העתירות שלפנינו מעוררות

גם שאלות הקשורות בחוקיותם של החלטת הממשלה ושל הצווים אשר הוציאו ראש הממשלה ושר הביטחון בעניין זה, כמו גם של פעולות מינהל אחרות במסגרת יישום החוק. שאלות אלה נבחנות על-פי הכללים של המשפט המינהלי הישראלי. במרכזם של אלה עומדות הדרישות בעניין הסמכות, הסבירות והמידתיות. על הרשות המינהלית, וממשלת ישראל בכלל זה, לפעול על-פי הסמכויות שהוקנו לה בחוק, ובגדר גבולות התקציב שנקבע לה. על פעולותיה להיות סבירות. עליהן לפגוע בזכויות במידה המותרת בלבד. הניתוח שערכנו בעניין המידתיות לעניין חוקיותו של חוק יישום ההתנתקות חל גם לעניין ניתוח חוקיותם של הצווים שהוצאו מכוח החוק. בצדק ציין פרופ' י' זמיר כי:

"ברור מאליו כי מה שאסור למחוקק לפי פסקת ההגבלה אסור גם, בבחינת קל וחומר, לרשות המינהלית... גם המעשה המינהלי חייב לעמוד בביקורת התנאים של פסקת ההגבלה" (י' זמיר, הסמכות המינהלית 115 (כרך א', 1996); ראו גם בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 138 (להלן – פרשת מילר); פרשת חורב).

על כן, במקביל למיתחם התימרון העומד לרשות המחוקקת, מוכר מרחב התימרון של הרשות המבצעת (ראו פרשת בן-עטייה, עמ' 13). מיתחם זה חל הן במישור הסבירות ("מיתחם הסבירות": ראו בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 442), הן במישור המידתיות ("מיתחם המידתיות": ראו פרשת תנופה, עמ' 452; פרשת סטמקה, עמ' 780). בפעולתה בגדרי מיתחם זה חייבת הרשות לקיים את עקרונות ההגינות השלטונית, ובראשם כללי הצדק הטבעי (חובת שימוע, איסור משוא-פנים), כפי שפותחו במשפטנו המקובל. הפרתו של כלל מכללי המשפט המינהלי עשויה להביא לתוצאות משפטיות שונות, החל מבטלות הפעולה המינהלית וכלה בקיומה על-אף הפגם שנפל בה – הכל לפי העניין, אופי הפגם, והדין החל (ראו רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637).

ד. חוקתיות הפינוי

(1) הוראות הפינוי

72. ההוראות בדבר פינוי הישראלים מהשטח המפונה מצויות בפרק ד' של חוק יישום ההתנתקות. ההוראה המרכזית מצויה בסעיף 22, הקובע:

צווים בדבר פינוי והגבלת כניסה

22. (א) לאחר שהממשלה תחליט על פינויה של כל אחת מקבוצות היישובים כאמור בסעיף 2(א) (לנספח א' של החלטת הממשלה מס' 1996, מיום י"ז בסיון התשס"ד (6 ביוני 2004), יקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון, בצו, את השטחים שיפונו, ולגבי כל שטח – את יום פינויו; יום הפינוי שייקבע בצו יהיה בתום חמישה חודשים לפחות מיום פרסומו, אלא אם כן שוכנעה הממשלה שטעמים חיוניים מצדיקים קביעת יום פינוי קרוב יותר; צו הקובע יום פינוי קרוב יותר טעון אישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; צו שהוצא לפי סעיף קטן זה יונח על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת לידיעתה.

(ב) ראש הממשלה רשאי לקבוע, בצו, בהתייעצות עם שר הביטחון והשר לביטחון הפנים, יום שממנו ואילך תוגבל הכניסה לשטח שניתן לגביו צו לפי סעיף קטן (א).

הוראות נוספות קובעות הגבלה על כניסה ושהייה בשטח המפונה מיום הגבלת הכניסה עד יום הפינוי (סעיף 23); איסור כניסה ושהייה בשטח החל ביום הפינוי (סעיף 24); הסמכת כוחות הביטחון למנוע כניסה לשטח והסמכתם להוציא מי ששוהה בשטח המפונה (סעיף 25); קביעת עבירות הקשורות בכניסה שלא כדין ובאי-ציאה מהשטח המפונה (סעיף 27). טענת העותרים הינה, כי הסדר זה, לפיו מפונים הישראלים מהשטח המפונה, אינו חוקתי. לטענתם, הוראת הפינוי אינה חוקתית גם אם הוראות הפיצוי מפיצות כדין את הישראלי המפונה. נפנה, איפוא, לבחינת חוקתיותה של הוראת הפינוי.

(2) טענת סף: אי שפיטות

73. המדינה טענה בפנינו, כי העתירות הנוגעות לחוקתיות הפינוי תוקפות דבר חקיקה של הכנסת, בנושא שהינו בעל אופי מדיני מובהק. על כן הן מצויות "בתחום אי השפיטות המוסדית ולמצער נוסקות לו" (פסקה 66 לתגובה המקדמית בבג"ץ 1661/05) (על אי שפיטות מוסדית ראו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441; א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 275 (2004)). המדינה מוסיפה וטוענת כי "סוגיה זו – פינוי היישובים –

מצויה בלב ליבו של שיקול הדעת המדיני של ממשלת ישראל ושל הכנסת, ומשום כך לא יראה בית המשפט הנכבד להידרש לה". לגישת המדינה, היקף הביקורת השיפוטית על תוכנית ההתנתקות ותכליותיה, "מן הראוי ומן הדין שיהיו מצומצמים ביותר, עד כדי הגעה לתחום אי השפיטות לגבי סוגיית הפינוי והתכליות העומדות בבסיסו" (פסקה 38 לתגובה בבג"ץ 2252/05). המדינה מציינת כי "אופיה הדומיננטי של תוכנית ההתנתקות הינו אופי מדיני-ביטחוני-לאומי. תוכנית ההתנתקות, שיש בה כדי לשנות את פני ההיסטוריה של מדינת ישראל, הינה תוכנית מדינית, המצויה בלב ניהול ענייני האומה כולה". כל אלה מובילים למסקנה כי "מידת התערבותו של בית המשפט הנכבד בשיקולים מסוג זה הינה מצומצמת ביותר, עד כדי הגעה לתחום אי השפיטות המוסדית" (פסקה 41, שם). בהשלמת טיעוניה צעדה המדינה צעד נוסף בציינה כי "הסוגיה בה עסקינן – התוכנית המדינית-ביטחונית-לאומית של הכנסת ושל ממשלת ישראל – להתנתקות מדינת ישראל מחבל עזה ומאזור צפון השומרון, הינה, מקרה מובהק של חוסר שפיטות מוסדית. קרי, סוגיה בה אין זה ראוי מבחינה מוסדית, שבית המשפט יכריע, אלא הוא אמור להותיר את ההכרעה לרשויות האחרות, בראשן, הממשלה אשר הגתה את התוכנית, ולכנסת, אשר אישרה אותה וחוקקה את החוק ליישומה (פסקה 14 לטיעונים המשלימים מיום 1.5.2005).

74. חוק יישום ההתנתקות נועד להגשים את תוכנית ההתנתקות של הממשלה. עד כמה שתוכנית זו משמעותה אך ביטול השליטה הישראלית על השטח המפונה – שהוא שטח הנתון לתפיסה לוחמתית – הרי היא נתונה לשיקול דעתן הרחב של הממשלה ושל הכנסת. בצדק הדגישה המדינה, כי היבט זה של תוכנית ההתנתקות ספוג בשיקולים מדיניים, ביטחוניים ולאומיים, עליהם מופקדות הממשלה והכנסת. אילו עסקה תוכנית ההתנתקות אך בהיבט זה, היא לא היתה מעוררת בעיה חוקתית (בכל הנוגע לחקיקת הכנסת) והיא לא היתה מעוררת בעיה חוקית (בכל הנוגע להחלטת הממשלה וצויה). היינו בוודאי דוחים העתירות בשל היעדר עילה להתערבותנו. כך עשינו במקרים רבים ובהם עתירות בעניין הסכמי אוסלו, פיטורי שרים, ניהול משא ומתן מדיני על ידי ממשלה שאינה נהנית מאמון הכנסת ושחרור אסירים. בכל העתירות הללו, וברבות אחרות, המרכיב הדומיננטי של העתירה הוא בשיקול המדיני-ביטחוני-לאומי, אשר שולל מעורבות שיפוטית בשל היעדר עילה (ראו למשל בג"ץ 4877/93 ארגון נפגעי הטרור הערבי נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455 (להלן – פרשת וייס); בג"ץ פורסם; להלן – פרשת פוקס); בג"ץ 9290/99 מ.מ.ט.מ.ט. מטה מותקפי הטרור נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(1) 8. במקרים אלה ניתן להסתפק באמירה כי בית משפט זה אינו מתערב בעניינים מדיניים מובהקים (ראו בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817 (להלן – פרשת התנועה לאיכות השלטון); פרשת קרית-ארבע, עמ' 610. ככל ששיקול הדעת השלטוני הוא רחב יותר, כן הביקורת השיפוטית פועלת בגבולות צרים יותר (ראו פרשת פוקס). היו בוודאי גם שופטים, שהיו מנמקים את דחיית העתירה לא בטענה של חוסר עילה אלא בטענה של חוסר שפיטות מוסדית (ראו בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (להלן – פרשת ברגיל); פרשת עיאד; בג"ץ 4354/92 תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(1) 37; בג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199).

75. המקרה שלפנינו הוא שונה. מטרתו של חוק יישום ההתנתקות הינה "פינוי ישראלים ונכסיהם מחבל עזה ומשטח בצפון השומרון, בהתאם להחלטות הממשלה" (סעיף 1(1)). ההתנתקות אינה כרוכה אך בביטול השליטה על השטח המפונה. להתנתקות היבט נוסף, שעניינו "פינוי ישראלים ונכסיהם" מהשטח המפונה. היבט זה של ההתנתקות כרוך בפגיעה בזכויות האדם של הישראלים המפונים. במצב דברים זה אין מקום לדחות העתירות בשל חוסר שפיטות מוסדית. עמד על כך השופט ויתקון בציינו:

"בטרם אסיים את דברי, ברצוני להעיר מלה על טענתם הנוספת של המשיבים כי השאלה שהועמדה לפנינו אינה 'שפיטה', בהיותה שאלה העתידה להידון במשא ומתן לשלום, ושאינן בית משפט דן בשאלות פוליטיות שבתחום הממשלה. לא התרשמתי מטענה זו כלל ועיקר... ברור שבעניינים של מדיניות חוץ – כמו במספר נושאים דומים – ההכרעה היא בידי הרשויות הפוליטיות ולא בידי הרשות השופטת. אך בהנחה... שרכושו של אדם נפגע או נשלל ממנו שלא כדין, קשה להאמין שבית-המשפט יקפץ את ידו מאותו אדם, כיוון שזכותו של זה עשויה לעמוד לוויכוח במשא ומתן פוליטי" (פרשת איוב, עמ' 124).

ברוח דומה ציין מ"מ הנשיא מ' לנדוי בפרשת דויקאת:

"ממשל צבאי המבקש לפגוע בזכות הקניין של הפרט, עליו להראות אסמכתא משפטית לכך ואין הוא יכול לפטור עצמו מפיקוח שיפוטי על מעשיו בטענה של חוסר שפיטות" (עמ' 15).

אכן, גם באותם מקרים בהם דחה בית משפט זה עתירה משום חוסר שפיטותה המוסדית, הוא הדגיש כי הוא עושה כן משום שאין היא מעלה שאלה של פגיעה בזכויות האדם. עמד על כך השופט א' גולדברג בציינו:

"יש שהכרעה שיפוטית, שאינה נוגעת לזכויות הפרט, חייבת להידחות מפני תהליך מדיני, רב-חשיבות ורב-משמעות" (פרשת ברגיל, עמ' 220; ההדגשה שלנו).

הנשיא מ' שמגר הדגיש באותה עתירה כי :

"השאלה אשר אותה יש להציג במקרה כגון זה היא בדרך כלל, מהו אופיה הדומיננטי של הפלוגתא... אמת המידה המיושמת על-ידי בית המשפט היא משפטית, ועל-פיה יבחן אם הנושא ראוי לדיון בבית המשפט, היינו אם הוא נושא שהוא באופן דומיננטי מדיני או שהוא באופן דומיננטי משפטי" (שם, עמ' 218).

העתירות שלפנינו נוגעות לפגיעה בזכויותיהם של הישראלים אשר התיישבו בשטח המפונה. גם אם אמרנו כי השיקול המדיני-ביטחוני-לאומי הוא דומיננטי, בצידו של שיקול זה עומד השיקול – גם הוא שיקול דומיננטי – של פינוי הישראלים המתגוררים בשטח המפונה. פינוי זה גורר אחריו פגיעה בזכויות האדם. שני השיקולים הם מרכזיים; שניהם חשובים; אין האחד שולט על האחר. ייתכן שהצדק עם המדינה בטיעוניה הראשוניים כי העתירות שלפנינו "נושקות" או מגיעות עד לתחום אי השפיטות המוסדית. עם זאת, אין הן נכנסות לתוכו. מטעמים אלה, אנו דוחים את טענת הסף של המדינה בעניין אי השפיטות המוסדית.

(3) שאלת התפיסה הלוחמתית

76. טיעון מרכזי של העותרים (בעיקר בבג"ץ 1661/05) הינו כי השטח המפונה הוא חלק ממדינת ישראל. אין הוא שטח הנתון לתפיסה לוחמתית. נטען בפנינו כי עמדת המדינה כפי שבוטאה בפנינו על ידי היועץ המשפטי לממשלה, לפיה השטח המפונה נתון לתפיסה לוחמתית, אינה משקפת את עמדת הממשלה וראשה. לטענת העותרים, יש לפנות בעניין זה אל ראש הממשלה ולשמוע מפיו את עמדתו. אין כל ממש בטענה זו. כפי שראינו (ראו פסקה 3 לעיל) בית משפט זה קבע ברשימה ארוכה של פסקי דין כי יהודה, שומרון וחבל עזה נתונים לתפיסה לוחמתית של המדינה. אין הם חלק ממדינת ישראל. המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים בהם. יצויין כי על פי סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, הוסמכה הממשלה בצו לקבוע את חלקי ארץ ישראל אשר בהם יחולו המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה. הממשלה עשתה שימוש בסמכותה זו לעניין החלת המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל על "מזרח" ירושלים (ראו צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967). החלה דומה לא נעשתה לגבי אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה. בדומה, סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948, קובע כי "כל חוק החל על מדינת ישראל כולה יראה כחל על כל השטח הכולל גם את שטח מדינת ישראל וגם כל חלק מארץ-ישראל אשר שר הביטחון הגדיר אותו במנשר כמוחזק על-ידי צה"ל". שר הביטחון לא הגדיר את אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה, כמוחזקים על-ידי צה"ל (ראו בג"ץ 100/57 וויס נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד יב(1) 179, 183; פרשת דויקא, עמ' 13). זאת ועוד: עם כניסת כוחות צה"ל לאזורי יהודה, שומרון וחבל עזה, הוציא המפקד הצבאי מנשר בדבר נטילת השלטון על ידי צה"ל (ראו סעיף 3(א)); מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967; סעיף 3(1) למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (רצועת-עזה וצפון סיני) (מס' 2), תשכ"ז-1967, וכן מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט, לפיו :

"המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה, למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור" (סעיף 2 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967. מנשר דומה הוצא לעניין חבל עזה: ראו סעיף 2 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (רצועת-עזה וצפון סיני) (מס' 2), תשכ"ז-1967).

אין, איפוא, כל בסיס לטענה כי על אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה, חלים המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה מה היה מעמדם של אזורים אלה לפני מלחמת ששת הימים.

77. גישה זו באשר לתחולת דיני התפיסה הלוחמתית שבמשפט הבינלאומי הפומבי על השטח המפונה מבטאת את עמדתה של ממשלת ישראל כפי שהיא הוצגה בפני בית המשפט העליון. מאז סיום מלחמת ששת הימים ועד עצם היום הזה, ממשלות ישראל התחלפו, אך העמדה המשפטית בעניין מעמדם של יהודה, שומרון וחבל עזה כשטח הנתון לתפיסה לוחמתית לא השתנתה. דורות של יועצים משפטיים הופיעו – בין אישית ובין באמצעות פרקליטים המייצגים אותם – וחזרו בפני בית המשפט העליון על עמדה זו. זוהי, איפוא, עמדתה של ממשלת ישראל ושל מדינת ישראל. אין כל צורך ואין כל מקום להפנות בעניין זה שאלות לראש הממשלה.

(4) שלב ראשון בבחינה החוקתית: הפינוי ופגיעתו בזכויות האדם

78. הפיננו מעורר בעיה חוקתית רק אם ניתנת תשובה חיובית לשתי השאלות הבאות: הראשונה, האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק חלים בענייננו? השניה, האם זכות אדם המעוגנת באחד מחוקי-יסוד אלה נפגעה? נפתח בשאלה הראשונה. העותרים טענו בפנינו כי חוקי-יסוד אלה חלים לעניין חוקתיותו של חוק יישום ההתנתקות. עמדת המדינה הינה, כי "לצורך הדיון בעתירות שלפנינו, מוכנים המשיבים לצאת מן ההנחה כי חוק היסוד חל, הגם שסוגיה זו אינה פשוטה כלל ועיקר" (פסקה 116 להשלמת טיעון נוספת מטעם המשיבים מיום 26.5.2005). לדעת המדינה, מן הראוי הוא להשאיר שאלה זו בצריך עיון – כפי שנעשה בעבר (ראו פרשת המוקד להגנת הפרט, עמ' 396). בהקשר זה הדגישה המדינה כי קיימות מספר אינדיקציות לכך שחוקי היסוד הם בעלי תחולה טריטוריאלית, בעיקר כך במקום שפעולות המושל הצבאי יונקות כוחן מהמשפט הבינלאומי, ולא מכוח הסמכה בחוק או על פיו. חרף זאת סבורה המדינה, כי "בהתחשב בנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן של חוק יישום ההתנתקות, היותו חוק ישראלי (להבדיל מצו היוצא בשטחים), וזיקותיו הרבות לפעולות הנעשות בתחומי מדינת ישראל, על ידי נושאי תפקידים ברשויות ציבוריות ישראליות והמתייחסות לישראלים – מוכנים המשיבים לצאת מן ההנחה שחוק היסוד חל על הוראות שנקבעו בחוק זה. בנסיבות אלה אין צורך להכריע במסגרת עתירות אלה בשאלה החוקתית העקרונית והרחבה של תחולת חוקי היסוד מחוץ לתחומה הריבוני של המדינה" (שם, פסקה 118). לבסוף, המדינה מדגישה בתשובתה כי "ההכרעה בשאלת התחולה הישירה של חוקי היסוד באזור אינה נדרשת על מנת להכיר בתחולה של עקרונות יסוד של שיטת המשפט הישראלית על כל בעל תפקיד ישראלי המפעיל סמכויות באזור. חובותיהן של רשויות ציבוריות ישראליות לכבד את כבוד האדם, חיי אדם, גופו ורכושו, ולהגן עליהם, לא נולדו עם חקיקת חוקי היסוד והן חלק מהמשפט הציבורי הישראלי המצוי בצקלוננו של כל בעל סמכות הפועל באזור" (שם, פסקה 120).

79. הדין עם המדינה, כי שאלת תחולתם האקסטרה-טריטוריאלית (מקומית) של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק מעוררת שאלות משפטיות סבוכות (ראו א' ברק, פרשנות במשפט 460 (כרך שלישי, 1994)). נוכל להשאירה בעקירה בצריך עיון. כמובן, ניתן היה להשאיר בצריך עיון, כפי בקשת המדינה, את שאלת התחולה האקסטריטוריאלית-הפרסונלית (אישית) של חוקי היסוד על ישראלים המפונים מהשטח המפונה, אילו סברנו כי דין העתירות להידחות. לא נוכל להשאיר את דין התחולה הפרסונלית בצריך עיון, לאור עמדתנו כי בעניינים מסויימים יש לבטל מספר הוראות בחוק יישום ההתנתקות או לצמצם את תחולתן. זאת ועוד: הדין לפיו כל חייל ישראלי בשטח המפונה נוטל עימו בצקלוננו את ערכי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי אין בכוחו להתגבר על חוק של הכנסת. נמצא, כי אין מנוס מלנקוט עמדה בשאלה החוקתית שהוצגה בפנינו.

80. לדעתנו, מעניקים חוקי-היסוד זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה. היא פרי התפיסה כי על ישראלים המצויים מחוץ למדינה אך באזור הנתון לשליטתה בדרך של תפיסה לוחמתית חלים חוקי-היסוד של המדינה באשר לזכויות האדם. לאור מסקנתנו זו, אין לנו צורך לנקוט עמדה בשאלת התחולה המקומית (הטריטוריאלית) של חוקי היסוד, ואין לנו צורך לבחון השאלה אם חוקי-היסוד מעניקים זכויות גם למי שאינם ישראלים והמצויים באזורים הנתונים לתפיסה לוחמתית, או לישראלים שאינם מצויים בשטח שבשליטת ישראל. שאלה זו מעוררת בעיות שאין לנו צורך לדון בהן, ונשאיר אותן בצריך עיון.

81. האם חוק יישום ההתנתקות פוגע פגיעה של ממש בזכויות האדם של הישראלים המפונים המעוגנת בחוק-יסוד? על הכל מקובל כי נפגעת זכות הקניין (ראו פסקה 71 לטיעונים המשלימים של המדינה מיום 1.5.2005). על היקפה של הפגיעה בקניין בהקשר שלפנינו נעמוד בהמשך (ראו פסקה 127 להלן). האם נפגעו זכויות אדם נוספות? המדינה טענה בפנינו כי הזכות לחופש העיסוק לא נפגעה. כן נטען שאף אם ייקבע שחופש העיסוק נפגע, הרי פגיעה זו נילוית לפגיעה בקניין. לדעתנו, נפגע חופש העיסוק של הישראלים אשר עסקו בעיסוק, מקצוע או משלח-יד בשטח המפונה, ועתה נשלל הדבר מהם. פגיעה זו עומדת לעצמה, ואין היא נבלעת בפגיעה בזכות הקניין (השוו: בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד (5) 15, 31).

82. האם נפגעות זכויות אדם נוספות? לדעתנו, התשובה היא בחיוב. חוק יישום ההתנתקות פוגע בכבוד האדם של הישראלים המפונים. כבוד זה מוגן בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע:

"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

יישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות בו קבורים מתיו. הוא פוגע באישיותו. אכן, ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית "עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו" (בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827, מפי השופט א' ברק). באחת הפרשות עמד השופט מ' חשין על כך כי "המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו" (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד (נ1), 48, 95-96). ברוח דומה עמד השופט ת' אור על זכות יסוד של האדם לאוטונומיה, כלומר הזכות "להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה"

(ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570). בהתייחסו לתוכנה של זכות זו קבע השופט אור :

"זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה ; במה יעסוק ; עם מי יחיה, במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט... הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות הבחירה. היא כוללת גם רובד נוסף – פיזי – של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו" (שם, עמ' 570, 571).

המקור המשפטי של זכות זו הוא בזכות החוקתית של כבוד האדם. כותב השופט אור :

"ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית... היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכות החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו" (שם, עמ' 571).

על אותו רעיון עמד הנשיא א' ברק בפרשה אחרת, בה נדון רצונו של נאשם שלא להיות נוכח במשפטו. וכך כתב הנשיא ברק :

"רצון זה הוא ביטוי לאוטונומיה שלו, שהיא ביטוי לכבוד האדם, שממנו הוא נהנה. על-פי חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו. כבוד האדם מתבטא, בין השאר, בחופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי" (בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 783 ; ראו גם בג"ץ 4330/93 גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 233 ; ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 842).

אכן, הפינוי הכפוי של הישראלים מהשטח המפונה פוגע בכבוד האדם שלהם. הוא פוגע בכבוד האדם של כל ישראלי מפונה.

83. הנה כי כן, פינוי הישראלים מהשטח המפונה פוגע במגוון זכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד : חופש העיסוק. ביטוי לכך כי הוצאתו של אדם מסביבתו הטבעית מהווה פגיעה במספר זכויות אדם נתן הנשיא א' ברק באחת הפרשות בצינו :

"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 הפרטים ויחסיו החברתיים" (פרשת עגור, עמ' 365 ; ראו גם דברי השופטת ט' שטרסברג-כהן בע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 623).

המסקנה היא, איפוא, כי חוק יישום ההתנתקות פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. לאור מסקנתנו זו, עלינו לעבור לשלב הבא, הוא שלב פסקת ההגבלה.

(5) שלב שני בבחינה החוקתית : פסקת ההגבלה

84. פגיעה בזכות מוגנת בחוק-היסוד היא שלב חיוני בבחינה החוקתית. אין היא מסיימת את הבחינה. חוק הפוגע בזכויות אדם הוא חוקתי, אם הוא מקיים כל אחד מארבעת התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה (1) בחוק ; (2) הולם ערכיה של ישראל ; (3) לתכלית ראויה ; (4) במידה שאינה עולה על הנדרש). משהגענו למסקנה כי זכויות אדם המוגנות בחוקי היסוד אכן נפגעות על-ידי חוק יישום ההתנתקות, עלינו לבחון עתה אם חוק זה מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. לבחינה זו נעבור עתה. נצמצם עצמנו אך לאותן טענות הנוגעות לפסקת ההגבלה ושאין מוצאות את פתרונן על ידי תשלום כספי. אלה האחרונות יידונו בהמשך. נפתח בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה, אשר עניינו פגיעה "בחוק".

"בחוק"

85. הפגיעה בזכויות הישראלים בשטח המפונה נעשית בחוק יישום ההתנתקות עצמו. מכאן, שהדרישה כי הפגיעה בזכות המעוגנת בחוק-היסוד תהא "בחוק" – מתמלאת. מכיוון שכך, אין לנו צורך לדון בשאלות שהיו מתעוררות, אילו מקורה של סמכות הפינוי לא היה בחוק אלא בצו של המפקד הצבאי, כפי שהיה בפינוי חצי האי סיני (ראו פסקה 2 לעיל).

86. נטען על ידי העותרים (בבג"ץ 1661/05) כי חוקתיות הפגיעה "בחוק" מותנית בכך כי החוק הפוגע קובע במפורש כי הוא מבקש לפגוע בזכות המעוגנת בחוק-יסוד. דין טענה זו להידחות. פגיעה של חוק "רגיל" בזכות המעוגנת בחוק-יסוד, יכול שתהא מפורשת ויכול שתהא משתמעת. הצורך בהוראה מפורשת הקובעת כי הפגיעה היא "על אף האמור" בחוק-יסוד קיימת רק לעניין חוק הפוגע בחופש העיסוק ואשר אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה ("חוק חורג": סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). דרישה כזו אינה קיימת במקרה שלפנינו, שכל כולו נבחן במסגרתה של פסקת ההגבלה עצמה (ראו בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד (5) (15)).

87. עוד טוענים העותרים (בבג"ץ 1661/05 ובבג"ץ 4054/05) כי חוק שפגיעתו בזכויות יסוד היא כה חמורה, יש לקבלו ברוב חברי הכנסת. העותרים מציינים כי חוק יישום ההתנתקות התקבל ברוב רגיל (59 חברי כנסת בעד; 40 חברי כנסת נגד), ועל כן אין בכוחו לפגוע בזכות יסוד המעוגנת בחוק-היסוד בדבר זכויות האדם. אין לקבל טענה זו. חוק-היסוד אינם קובעים כי הפגיעה בזכויות המעוגנות בהן אפשרית רק אם החוק הפוגע נתקבל ברוב חברי הכנסת. דרישה כזו קיימת לעניין "חוק חורג" הפוגע בחופש העיסוק בלא שהוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אין דרישה כזו לעניין קיום תנאיה של פסקת ההגבלה עצמה.

88. מוסיפים העותרים וטוענים, כי חוק יישום ההתנתקות שולל לחלוטין זכויות של הישראלים בשטח המפונה המעוגנות בחוק-יסוד. מכאן מסקנתם כי לשם כך אין להסתפק בחוק רגיל, אלא נדרש חוק-יסוד. דין טענה זו להידחות. חוק-היסוד אינם דורשים כי הפגיעה בזכויות המעוגנות בהן, יהא היקפה אשר יהא, תעוגן בחוק-יסוד. הדרישה הינה, כי הפגיעה האמורה תמלא את התנאים שבפסקת ההגבלה. נמצא, כי די בכך שהפגיעה היא "בחוק".

"הולם את ערכיה של מדינת ישראל"

89. נטען בפנינו כי חוק יישום ההתנתקות אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. על פי הטענה, הוא אינו הולם את ערכיה כמדינה יהודית, שכן הוא פוגע במימוש החזון הציוני של התיישבות יהודית ועצמאות יהודית בארץ-ישראל; אין הוא הולם את ערכיה כמדינה דמוקרטית, משום שבנסיבות העניין דרישות הדמוקרטיה הן קיומו של מישאל עם, המכריע ברוב ברור של העם, ומשום שתוכנית ההתנתקות נוגדת את מצעה של מפלגת הליכוד ואת תוצאות המישאל שנתקיים בין חברי הליכוד. אין בידינו לקבל טיעונים אלה.

90. הדיבור "ערכיה של מדינת ישראל" בפסקת ההגבלה, משמעותו "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (ראו סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם בעלי היבט ציוני והיבט מורשתי גם יחד (ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 281; פרשת טיבי, עמ' 12). ערכיה הציוניים של מדינת ישראל – ובהם מתמקדים טיעוניהם של העותרים – משמעותם ההכרה כי "מדינת ישראל היא... ההגשמה של משאת הנפש של בני העם היהודי מדורי דורות לחדש ימיו כקדם, אתחלתא דגאולה ומימוש החזון הציוני" (השופט ד' לוינ בע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 230). החזון הציוני כולל כמובן את יישוב הארץ. הגשמתו של חזון זה, הלכה למעשה, חייבת להתחשב במכלול שיקולים. שיקולים אלה נגזרים לעתים מההיבט הציוני גופו, ובהם שיקולים לאומיים, מדיניים וביטחוניים. אם אמנם שיקולים כאלה קיימים – ועל כך נעמוד בהמשך – כי אז יישום תוכנית ההתנתקות הולם את ערכיה הציוניים של מדינת ישראל.

91. ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה כמדינה דמוקרטית. האם חוק יישום ההתנתקות הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית? בעניין שלפנינו די אם נאמר כי מאפייניה הבסיסיים של הדמוקרטיה מבוססים "על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית" (פרשת טיבי, עמ' 23). ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית "הם ערכיה של הדמוקרטיה הפורמלית והמהותית גם יחד" (הנשיא א' ברק בבג"ץ 5131/03 ח"כ י' ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת (טרם פורסם, פסקה 13)). האם חוק יישום ההתנתקות הולם את הערכים הדמוקרטיים הללו? נטען בפנינו, כי חוק יישום ההתנתקות אינו הולם את ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל משום שהוא לא אושר בדרך של מישאל עם. אכן, הצעה ברוח זו הובאה בפני הכנסת (ראו הצעת חוק-יסוד: מישאל עם, ה"ח 77 התשס"ה, עמ' 146). ההצעה נדחתה בקריאה הראשונה (ראו פרוטוקול הישיבה ה-239 של הכנסת ה-16 מיום י"ז באדר ב' התשס"ה (28 במרץ 2005)). אולם, השאלה שבפנינו היא שאלת חוקתיותו של חוק יישום ההתנתקות. במסגרת בחינה זו של החוקתיות – בחלק שעניינו הלימת החוק את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית – אין מקום לטענה לפיה החוק אינו תקף שכן היה על הכנסת לפעול במישאל עם דווקא. אין

לראות, איפוא, בדחיית ההצעה לערוך מישאל עם בנושא ההתנתקות ובהגשמת תוכנית ההתנתקות באמצעות חוק יישום ההתנתקות, משום פעולות שאינן הולמות את ערכיה הדמוקרטיות של מדינת ישראל. הטעם לכך הוא זה: בישראל הריבון הוא העם. העם בוחר את הכנסת. היא "בית הנבחרים של המדינה" (סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת); היא "בית המחוקקים" (סעיף 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949). הכנסת מביעה את רצונה באמצעות חוקי-יסוד וחוקים "רגילים". אלה קובעים את ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של המדינה ובאשר לצרכיה של החברה (ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 508). 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. אמת, במדינות דמוקרטיות שונות מקובל המוסד של מישאל עם. הוא ביטוי לדמוקרטיה ישירה בעניינים מסויימים הנראים לאותה חברה כראויים לפניה ישירה לעם. ידועים מישראל העם הנוהגים בשוויץ ובמדינות אחרות (ראו K. Kobach, *The Referendum: Direct Democracy in Switzerland* (1993); G. Fossedal, *Direct Democracy in Switzerland* (2002)). מוסד זה הוכר אמנם בחקיקה בישראל באופן חלקי, אולם טרם הופעל הלכה למעשה (ראו חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999). במקרה שבפנינו אין חובה בחוק – או בחוק-יסוד – לערוך מישאל עם דווקא תוך איסור לפעול באמצעות חקיקה של הכנסת. בהנחה שניתן לערוך בישראל מישאל עם בנסיבות מסויימות – ומבלי להביע בעניין זה ובחוקתיותו כל עמדה – הרי שהיעדרו של מוסד זה של מישאל העם מן ההליכים הקשורים בעניין ההתנתקות ואי שימוש בו לעניין יישום תוכנית ההתנתקות, אינו פוגע בערכיה הדמוקרטיות של מדינת ישראל, ובוודאי שאינו גורר אחריו אי חוקתיות החוק. לכל היותר ניתן לטעון כי בידי הכנסת היו מספר אפשרויות, כולן דמוקרטיות, להגשמת רצון העם הריבון. בבחירה בנסיבות העניין בחקיקה דווקא, ולא בעריכת מישאל עם, אין משום פגיעה בערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית וממילא אין כדי לפגום בחוקתיות החוק שנתקבל.

92. נטען בפנינו כי חוק יישום ההתנתקות אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, משום שראש הממשלה פעל בניגוד למצע מפלגתו, ובניגוד למישאל שנערך בין חברי הליכוד. אין בידינו לקבל טענות אלו. אכן, שאלה היא עד כמה כבול חבר הכנסת, לרבות ראש הממשלה, להבטחות שנתן לבוחריו במצע המפלגה, ולעמדותיה של המפלגה מכוחה נבחר הוא, עמדות שיכולות אולי למצוא ביטוי בנסיבות מסויימות במישאל פנימי בין חברי המפלגה (ראו למשל בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, 797, 804-805, 821-822; בג"ץ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1, 55; פרשת פוקס; כן ראו י' מרזל, המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות 136-144, 332-335 (2004)). שאלה זו על מורכבותה אינה דורשת הכרעה בנסיבות המקרה שבפנינו וניתן להשאירה בצריך עיון. הטעם לכך הוא כי השאלה שבפנינו אינה אם סטה ראש הממשלה מקו מפלגתי זה או אחר. גם אם נניח כי אכן כך נעשה במקרה זה – ואין לנו מביעים בכך כל עמדה לגופו של עניין – הרי שהשאלה שבפנינו היא אך אם יש בסטיה מעין זו מן הקו המפלגתי ומהמצע כדי להביא לאי חוקתיות של החוק, בהיותו בניגוד לערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. התשובה לכך היא בשלילה. ענייננו הוא בחוק של הכנסת שנתקבל על ידי חברי הכנסת ולא בפעולה של מפלגה זו או אחרת. החוק נתקבל על ידי חברי כנסת מסיעות שונות המייצגות מפלגות שונות. אין לקשור בין יחסי ראש הממשלה, מפלגתו ובוחריה ובין תוקף החוק שנתקבל על ידי חברי הכנסת מסיעות שונות המייצגים מטבע הדברים ציבורים שונים ואינטרסים אחרים. אין הכנסת משקפת ומבטאת מפלגה זו או אחרת. מבטאת היא בחוקיה את רצון העם, הריבון.

"שנועד לתכלית ראויה"

93. העותרים טוענים כי תכליתיה של תוכנית ההתנתקות אינן ראויות. הם שוללים את הנחותיה של המדינה, כאילו פינוי חבל עזה ישיג יתרונות בטחוניים ומדיניים כלשהם. במישור המדיני טוענים העותרים, כי החלטתה של ישראל לבצע את ההתנתקות מטרפדת את היתרון המדיני העיקרי לישראל, הגלום (לשיטתם) ב"מפת הדרכים", ולפיו לא יינתנו ויתורים לצד הפלסטיני בהעדר הפסקה מוחלטת של הטרור. תכנית ההתנתקות מהווה ויתור מרצון, בלא תמורה, לנוכח התמשכות הטרור, על גוש ישובים שלם. תכנית שכזו אינה ראויה במיוחד לאור עמדתה המוצהרת של ממשלת ישראל כי בהסדר הקבע צפויים להיות במקומם גושי ההתיישבות הישראלית באזור. ההתנתקות, כן נטען, תפחית אך במעט את החיכוך עם האוכלוסיה הפלסטינית, המופרדת במידה רבה מן הישובים הישראליים, ובינתיים לא הביאה לשיפור ממשי בתמיכה הבינלאומית בישראל. במישור הביטחוני טוענים העותרים, כי למעשה צפוי הפינוי לספק עידוד לאויבי ישראל, שיתרשמו כי הטרור שהופעל נגדה הביאה להחלטה חד-צדדית על פינוי. סיום הנוכחות הישראלית בחבל עזה יעצים את הסיכון ליישובים הישראליים הסמוכים מפני ירי טילים מתוך האזורים הפלסטיניים. להבנת העותרים, חששות בטחוניים אלה משותפים גם לבכירים במערכת הביטחון, שקולם לא נשמע בעת חקיקת החוק. לגיבוי טענותיהם הביטחוניות הגישו העותרים (בבג"ץ 1661/05 חוות-דעת של אלוף (מיל') י' עמידרור, המדגיש (בנוסף לטענות אלה) את הסיכון מפני התגברות איום הטרור על ישראל עקב אובדן השליטה המעשית של צה"ל על הנעשה בחבל עזה. עוד נטען, שההתנתקות אינה מקדמת תכלית כלכלית ממשית, נוכח עלויותיה הגבוהות, והעלויות הניכרות שיידרשו בעתיד (להערכת העותרים) למימון המאבק בטרור שיגבר.

94. כנגדם טוענת המדינה כי ביסוד תוכנית ההתנתקות עומדות תכליות מדיניות, לאומיות וביטחוניות. אשר לתכליות המדיניות מדגישה המדינה כי תוכנית ההתנתקות נועדה להביא ליציאה מהקיפאון הטמון במערכת היחסים הנוכחית בין מדינת ישראל לפלסטינים. היא גם תביא למציאות מדינית טובה יותר. אלה הם שיקולים

מדיניים הקשורים ליחסי החוץ של מדינת ישראל, ולמאמצים להמשך המשא והמתן להשגת הסדר קבע עם הפלסטינים. אכן, לדעת הממשלה, ניכרת בחודשים האחרונים מגמה של שינוי לטובה במערכת היחסים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית. מגמת שינוי זו מלווה אף בשיפור ביחסי החוץ של מדינת ישראל (לרבות עם מדינות ערב) ובמעמדה הבינלאומי של ישראל. כל אלה נגרמו, לפי עמדת המדינה, בשל תוכנית ההתנתקות. במיוחד חל שיפור ניכר ביחסים עם מצרים וירדן. שגריריהן חזרו לישראל. התפתח משא ומתן ביטחוני עם השלטונות המצרים. כן מדגישה המדינה בתשובתה את היתרונות המדיניים בתחומים שונים שהושגו אגב עיצוב תוכנית ההתנתקות. במיוחד מודגשת הצהרתה של נשיא ארצות-הברית, הנשיא ג' בוש (מיום 14.4.2004), ממנה עולה, לדעת המדינה, הכרה של הנשיא בוש בחלק מהעמדות המדיניות של מדינת ישראל ביחס להסדר הקבע. ביטול תוכנית ההתנתקות או דחייתה יביאו לנסיגה משמעותית ולנזק מדיני של ממש לישראל. הדבר יפגע ביחסי החוץ של המדינה.

95. המדינה טוענת בפנינו כי תוכנית ההתנתקות תוביל למציאות ביטחונית טובה יותר. כך, משום השיפור הביטחוני הטמון בתוכנית והנגזר מהפחתת החיכוך בין כוחות צה"ל והאוכלוסיה הישראלית בשטח המפונה לבין האוכלוסיה הפלסטינית באזורים אלה. הפחתת חיכוך זו תקטין את הסיכון לחיילי צה"ל שלא יאלצו להוסיף ולשהות דרך קבע באזור, ותקטין את הסיכון לאוכלוסיה הישראלית המתגוררת כיום בשטח המפונה. זאת ועוד: הפינוי ישפר את מירקם החיים של תושבי האזור הפלסטיניים, ויפחית את הרצון שלהם לפגוע באוכלוסיה הישראלית. לבסוף, תוכנית ההתנתקות תביא לצמצום סדר הכוחות הצבאי אשר ידרש על מנת לשמור על הביטחון השוטף באזור זה. עיקרי פעילות הצבא תהיה במעטפת של חבל עזה, ולא בתוכו.

96. המדינה מוסיפה וטוענת כי תוכנית ההתנתקות תביא להפחתה ניכרת במידת האחריות של מדינת ישראל לאוכלוסיה הפלסטינית בחבל עזה. כן תביא התוכנית להגברת אחריותה של הרשות הפלסטינית על מהלך חייהם של הפלסטינים, תושבי השטח המפונה, בכל תחומי החיים הרלבנטיים. דבר זה יביא, לאורך זמן, לשלילת תוקפן של טענות כנגד ישראל בדבר אחריותה לפלסטינים בשטח המפונה. כן יעודד הדבר את הרשות הפלסטינית לממש בפועל את המוטל עליה בתחום הלחימה בטרור וברפורמות בהתאם ל"מפת הדרכים" של הנשיא בוש.

97. העותרים אינם מקבלים טיעונים אלה. הם מדגישים כי לא הונחה כל תשתית ראייתית להנחותיה של המדינה באשר ליתרונות הגלומים בתכנית ההתנתקות; וככל שקיימת תשתית כזו – היא נוטה לכיוון ההפוך מטעוניה של המדינה. כך, התכלית המדינית של ההתנתקות שולית ומוטלת בספק, וממילא נדרש לעדכנה נוכח חילופי ההנהגה הפלסטינית וחידוש הדיאלוג בין הצדדים. לעניין התכלית הביטחונית העותרים מציינים, כי הגורם הביטחוני היחיד שהציג את עמדת המדינה בנושא בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, במסגרת הליכי ההכנה של הצעת החוק, היה להתרשמותם זוטר בדרגות ומאופק ומסויג בדבריו. בפועל, טוענים העותרים, מומחי ביטחון רבים צופים התגברות במוטיבציה של ארגוני הטרור לפגוע בישראל אחרי השלמת ההתנתקות, ועמה החמרה במצב הביטחוני. בנוסף, לא צפויה הקטנת החיכוך בין כוחות צה"ל לאוכלוסיה הפלסטינית, שכן פינוי חבל עזה יאפשר חידוש של תשתיות הטרור ויגרור בסופו של דבר כניסה מחודשת של כוחות צה"ל לאזור לצורך מאבק במחבלים. גם אין לצפות שיהיה בהתנתקות כדי להפחית את אחריותה של ישראל לאזורים הפלסטיניים. זאת, הן נוכח כוונתה להמשיך ולשלוט בציר המפריד בין חבל עזה לשטח מצרים; ובמיוחד נוכח הגישה המשפטית הרווחת, לפיה יהודה, שומרון וחבל עזה מהווים יחידה מדינית ומשפטית אחת, שלהפסקת התפיסה הלוחמתית בחלק מסוים שלה אין משמעות מבחינת האחריות הכוללת לנעשה בה.

98. על רקע טיעונים נוגדים אלה, מהי מסקנתנו באשר לשאלה, אם תכליתו של חוק יישום ההתנתקות היא "תכלית ראויה"? יצויין כי בהקשר זה נעמוד על שאלת "התכלית הראויה" בלבד. בכל הנוגע לאפשרויות מימוש התכלית נעמוד בהמשך במסגרת תנאי המידתיות ("יקשר רציונלי") שבפסקת ההגבלה (ראו פסקאות 104-109 להלן). באשר ל"תכלית הראויה", בחינתה נעשית בהקשר של הפגיעה בזכויות האדם אשר חוק ההתנתקות גורם. כן ראינו כי תכלית היא "ראויה" אם היא "משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם לקדמן" (השופט ד' ביניש בפרשת מנחם, עמ' 264). תכלית אינה "ראויה" אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה (ראו פרשת אורון, עמ' 662). לעניין חשיבותה של התכלית, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חברתית מהותית. האם מבחינים אלה מתקיימים בחוק יישום ההתנתקות, כפי שהדבר עולה בעתירות שלפנינו?

99. התשובה לשאלה זו נתונה במחלוקת קשה בין הצדדים. כולם מסכימים, שתוכנית ההתנתקות היא תוכנית בעלת השלכות מרחיקות לכת. העותרים טוענים כי היא אסון לעם ולמדינה; כי היא פוגעת נואשות בישראלים המפונים מהשטח המפונה; כי התכליות המונחות ביסודה לא יוגשמו; כי המצב הביטחוני יורע באופן משמעותי. המדינה טוענת כי תוכנית ההתנתקות הינה, בלשונו של ראש הממשלה, "חיונית לביטחון ישראל, לשגשוגה ולעתידה" (נאום ראש הממשלה (ביום 11.10.2004) במושב פתיחת הכנסת); כי היא "תחזק את ישראל באחידותה בשטח החיוני לקיומנו ותזכה בברכתם והוקרתם של קרובים ורחוקים, תפחית איבה, תפרוץ חרם ומצור ותקדם אותנו בדרך השלום עם הפלסטינים ושאר שכנינו... יש בתוכנית ההתנתקות כדי לקבוע שער למציאות אחרת" (נאום ראש הממשלה (ביום 25.10.2004) בכנסת); כי היא "יכולה להביא תקווה ולהפוך לנקודת הזינוק החדשה לתהליך מתואם ומוצלח" (נאום ראש הממשלה (ביום 8.2.2005) בפסגת שארם-אל-שייח).

100. איננו יכולים, איננו חייבים ואיננו רשאים להכריע במחלוקת עמוקה זו. איננו יכולים לקבל הכרעה בשאלות שבמחלוקת, שכן התמונה שהוצגה בפנינו היא מטבעה חלקית, ואין בידינו כלים להערכתם של הטיעונים השונים. איננו חייבים להכריע במחלוקת זו, שכן השאלה הניצבת בפנינו איננה איזו משתי העמדות הנוגדות נראית לנו כראויה. השאלה אינה מה היינו אנו מחליטים אילו פעלנו כחברי כנסת. איננו רשאים להכריע במחלוקת זו, שכן כפי שבית משפט זה חזר ופסק בכל שנות קיומו במאות פסקי דין, אין הוא מחליף את שיקול הדעת של הרשות המחוקקת (והרשות המבצעת) בשיקול דעתו שלו; כי בחינתו של בית המשפט אינה בודקת את תבונתה או את יעילותה של ההחלטה השלטונית אלא את חוקיותה או חוקיותה. נמצא, כי איננו רשאים להחליט "מי צודק". אכן, השאלה שבה אנו יכולים וחייבים להכריע היא שאלה שונה. היא נגזרת מהמסגרת החוקתית הניצבת בפנינו. השאלה הינה זו: האם התכליות המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות הן תכליות ראויות לעניין פסקת ההגבלה? השאלה היא, איפוא, אם התכליות של חוק יישום ההתנתקות נועדו להגשים צורך חברתי חיוני מספיק דיו כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות האדם (בעיקר כבוד האדם והקניין) של הישראלים המפונים?

101. תשובתנו על שאלה זו היא בחיוב. התכליות המדיניות, הלאומיות והביטחוניות עליהם מבוססת תוכנית ההתנתקות הן כבדות משקל. הן נועדו להגשים מה שנראה לכנסת ולממשלה כצורך חברתי חיוני ומהותי שיש בו, אם אמנם יתממש, כדי להצדיק פגיעה בזכויות האדם של הישראלים המפונים. אכן, השגת שלום, ביטחון, הכרה בינלאומית וכיוצא באלה הישגים שמונחים ביסוד תכליות של חוק יישום ההתנתקות הם ביסוד הקיום הלאומי. השאלה הקשה שעלתה לפנינו הינה אם אמנם יתממשו תכליותיה של תוכנית ההתנתקות? האם יוגשמו יעדיה? בשאלה זו נדון בהמשך, במסגרת התנאי המשני הראשון (קשר רציונלי) שבדרישת המידתיות.

"במידה שאינה עולה על הנדרש"

102. תנאי זה שעניינו מידתיותה של הפגיעה, בוחן את היחס בין התכלית הראויה לבין האמצעי שנבחר בחוק להגשמתה של אותה תכלית. כפי שראינו, הפסיקה "פירקה" דרישה זו לשלושה מבחני משנה: קשר רציונלי, אמצעי שפגיעתו פחותה, ומידתיות "במובן הצר". טענתם של העותרים הינה כי תנאי זה, על כל שלושת חלקיו, אינו מתקיים בענייננו. לטענתם, נוכח הספק הרב בדבר תקפותן של התכליות הנטענות על ידי המדינה, לא מתקיים מבחן המשנה הראשון שעניינו קשר רציונלי בין תכליות אלה, ובין הפגיעה הכרוכה במתיישבים לצורך השגתן. מבחן המשנה השני, המורה על בחירת האמצעי שפגיעתו בזכויות אדם היא הפחותה ביותר האפשרית, אינו מתקיים אף הוא. הממשלה והכנסת דחו הצעות שונות שעשויות היו לאפשר את הקלת פגיעתה של ההתנתקות במתיישבים. בכלל אלה מציינים העותרים: דחייה משמעותית במועד הפינני; הרחבת הסדרי הפיצוי; קידום נמרץ ורציני של הסדרי יישוב חלופי באזורים סמוכים או באזור יהודה ושומרון, למניעת "עקירה כפולה"; בחינת האפשרות להותרת מתיישבים, עסקים או נחלות חקלאיות באזור; קיום קשר כן ושוטף של נציגי הממשלה עם המתיישבים עצמם, כהכנה לפינני; וכן הימנעות מהטלת סנקציות פליליות וכלכליות על המתנגדים לפינני. מעל לכל זאת טוענים העותרים, כי הופר מבחן המשנה השלישי בדרישת המידתיות. זאת, מפני שבנסיבות העניין, אין בכוחן של התכליות הנטענות על ידי המדינה, אפילו היה בהן ממש, להצדיק את הפגיעה הקשה במכלול זכויות היסוד, אשר תיגרם לאלפי משפחות על לא עוול בכפן.

103. המדינה טוענת כי חוק יישום ההתנתקות קובע, בהתחשב במכלול הוראותיו, הסדר שפגיעתו בזכויות האדם היא מידתית. הוראות הפינני מקיימות קשר רציונלי לתכליות החוק, שכן השגת התכליות מותנית בהכרח במימוש ההתנתקות בפועל. בהתחשב בתכליות התוכנית, ובראשן הנחיצות שבהשלמה קרובה של תהליך ההתנתקות, אף לא ניתן היה לאמץ אמצעים שפגיעתם פחותה, דוגמת דחיית מועד הפינני או ניהול מגעים עם הרשות הפלסטינית להותרת מתיישבים באזור. ההסדר שנקבע בחוק נמצא בתוך "מיתחם המידתיות", המתיר פגיעה פחותה בהתחשב במכלול הנסיבות. לשיטת המדינה, גם מבחן המשנה השלישי של המידתיות מתקיים בענייננו. זאת, מן הצד האחד נוכח החשיבות העליונה שרואה הממשלה במימוש תוכנית ההתנתקות כאינטרס לאומי מרכזי; ומן הצד השני לאור הסדר הפיצוי שנקבע בחוק, על "שסתומי הביטחון" שלו, אשר נתפס בעיני המדינה כהסדר ממצה ומאוזן, המביא את הפגיעה בזכויות האדם של המפונים לרמה חוקתית.

מבחן המשנה הראשון: קשר רציונלי

104. האם מתקיים קשר רציונלי בין התכלית המדינית, ביטחוניית ולאומית המונחת ביסוד חוק ההתנתקות לבין האמצעי שנבחר על ידי חוק ההתנתקות, הוא הפינני של הישראלים? עמדת העותרים הינה כי קשר רציונלי נדרש אינו מתקיים. לטענתם לא רק שהתוכנית לא תביא את התועלת שהיא מניחה כי תושג, אלא היא תביא בעקבותיה נזק כבד בכל אחד מיעדיה. האם הדין עם העותרים?

105. המחלוקת בין הצדדים סובבת סביב הערכת ההסתברות להגשמת היעדים של תוכנית ההתנתקות. דומה

שאינו טוען לוודאות גמורה בתחום מורכב זה. עניין לנו בהערכות של מדיניות ובהערכות לאומיות וביטחוניות התלויות בגורמים רבים שאין שליטה עליהם. עניין לנו בשיקולים "פוליציטריים", כלומר שיקולים שאין להם נקודת אחיזה אחת אלא המבוססים על ריבוי של נקודות אחיזה ועל משתנים שהשלכותיהם רבות ומגוונות. באלה אין כל אפשרות לנקוט באמת מידה הסתברותית חד-ערכית, אלא יש לבחון מגוון של משתנים. המאפיין מצב דברים זה הוא שיקול דעת רחב של הרשות השלטונית. כך לעניין שיקוליה של הממשלה ושריה; כך בוודאי, ועל אחת כמה וכמה, לשיקול דעת רחב של הכנסת. המעורבות השיפוטית במצב דברים זה היא מטבעה מוגבלת ביותר. עמד על כך הנשיא א' ברק בצינו:

"שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, אשר לעתים קרובות אף שנויים הם במחלוקת, הדורשים מומחיות ומידע, ואשר עשויים לחייב הנחת הנחות והיפותיזות, שהן מצידן מחייבות הנחות נוספות, רצוי לו לשופט להיזהר מהפעלתם. הדרך הבטוחה והסבירה תהיה לרוב להשאיר את הסוגיה למחוקק, אשר יוכל לקבל מידע מלא מפי מומחים ולגבש מדיניות משפטית התואמת את הסוגיה בכל היקפה" (א' ברק, שיקול דעת שיפוטי 255 (1987); ראו גם 353, 364 (1978) Harv. L. Rev. "The Forms and Limits of Adjudication", Fuller).

כך הוא בגיבושה של תוכנית לאומית בעלת אופי כלכלי או חברתי. כך הוא על אחת כמה וכמה בגיבוש תוכנית לאומית-ביטחונית-מדינית הנוגעת לשורשי הקיום הלאומי כמו תוכנית ההתנתקות. בסוגייה כגון זו, על בית המשפט לצאת מתוך ההנחה כי הכנסת והממשלה שקלו את מלוא ההיקף של השיקולים ההסתברותיים, תוך שהן נעזרו במומחים בתחומים השונים, העומדים לרשותן. עליהן מוטלת האחריות הלאומית להכרעות קשות אלה. זהו תפקידן בשילוש הרשויות. הן ולא בתי המשפט צריכות להכרעות בשאלות אלה. יהיו אלה בוודאי מקרים חריגים ויוצאי דופן – כגון מקרים בהם תוכח שחיתות – אשר בהם בית המשפט יקבע כי מדיניות לאומית בעלת השלכות כה מרחיקות לכת, כמו תוכנית ההתנתקות, אינה מגשימה את יעדיה. בסוגיות בעלות עוצמה והיקף מצומצמים בהרבה – כגון שחרור אסירים ביטחוניים או פיטורי שרים – נקט בית משפט זה בגישה זו (ראו פסקה 74 לעיל). על אחת כמה וכמה בתוכנית לאומית בעלת עוצמה והשלכות כמו תוכנית ההתנתקות. יפים לענייננו דבריו של השופט מ' חשין בפרשה שבה נדונה סמכותו של ראש הממשלה לפטר שרים בממשלתו:

"המאטריה היא מאטריה של מדיניות ופוליטיקה; החומר העושה את הממשלה הוא חומר של מדיניות ופוליטיקה; האטמוספירה היא אטמוספירה של מדיניות ופוליטיקה... כך היא האטמוספירה המשפטית וכך הוא פיקוחו של בית המשפט. אכן, עוצמת פיקוח של בית המשפט תיגזר, בין השאר, מרוחבה ומעומקה של סמכות הרשות המוסמכת; וביחס הפוך, כמובן" (פרשת פוקס, פסקאות 1-3).

אכן, היקף שיקול הדעת של הממשלה והכנסת הוא רחב ומקיף, ואילו היקף הביקורת השיפוטית הוא צר ומצומצם (ראו פסקה 74 לעיל).

106. נוכל להדגים זאת בשתי סוגיות השנויות במחלוקת בין הצדדים בעתירות שלפנינו. נפתח בשיקול המדיני. המדינה טוענת כי תוכנית ההתנתקות תשפר את מערכת היחסים המדיניים של ישראל עם מדינות העולם בכלל ועם שכנותיה המדינות הערביות (מצרים וירדן) בפרט. היא כבר הביאה להכרה של נשיא ארצות-הברית בחלק מעמדותיה של ישראל ביחס להסדר הקבע. ביטול התוכנית או דחייתה יביאו לנזק מדיני רב. העותרים טוענים כי התוכנית פוגעת ביתרונות המדיניים של ישראל. היא לא הביאה לשיפור של ממש בתמיכה הבינלאומית בישראל. התכלית המדינית שולית ואף מוטלת בספק. כיצד נוכל להכריע בשאלה הניצבת בפנינו? השיקולים רוויים בטיעונים מדיניים; מידת ההסתברות שלהם משתנה בטווח הקצר והרחוק; הם מותנים בגורמים רבים ומגוונים. ההכרעה בכל אלה היא בידי הכנסת והממשלה. בית המשפט יכול לפעול רק במקרים הקיצוניים ויוצאי הדופן. המקרה שלפנינו אינו נופל לקטגוריה צרה זו. נעשה תפקידנו פלסטר ונפגע בסמכויותיהן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת אם נכניס ראשינו במחלוקת מדיניות קשות אלה.

107. נעבור לשיקולים הביטחוניים. המדינה טוענת כי תוכנית ההתנתקות תשפר את המצב הביטחוני. זאת, משום שהחיכוך עם האוכלוסיה הפלסטינית יפחת; משום שהסיכון לחיילי צה"ל יקטן ומשום שהסיכון לאוכלוסיה האזרחית בשטח המפונה יקטן ביותר. כן מדגישה המדינה כי הפינוי ישפר את מירקם החיים של התושבים הפלסטיניים ויפחית את רצונם לפגוע באוכלוסיה ישראלית. כן תביא התוכנית לצמצום סדר הכוחות של הצבא. לעומתם, טוענים העותרים כי תוכנית ההתנתקות תעודד את אויבי ישראל, אשר יגיעו למסקנה כי הטרור הצליח ואיום הטרור על ישראל יגדל; היא תגדיל את הסיכון הביטחוני ליישובים הישראליים הסמוכים לשטח המפונה; היא לא תקטין את החיכוך בין כוחות הצבא לבין האוכלוסיה הפלסטינית, שכן הפינוי יאפשר חידוש תשתיות הטרור ויצריך כניסה מחודשת של הצבא לשטח המפונה במאבק נגד המחבלים. לעניין זה אנו מתבקשים על ידי העותרים שלא לסמוך על המומחים הביטחוניים של המדינה. העותרים מציינים לפנינו כי הגורם הביטחוני שהציג את ההיבט הביטחוני בפני ועדת החוץ והביטחון היה זוטרי בדרגתו ומאופק בדבריו. לטענתם, גורמים ביטחוניים בכירים במערכת הביטחון הביעו חששות מפני תוכנית ההתנתקות, אך קולם לא נשמע. העותרים הציגו בפנינו חוות דעת ביטחונית של אלוף (מיל') עמידרור, המתריע בפני הסיכונים הביטחוניים של תוכנית ההתנתקות.

108. לא נוכל ללכת בדרך המוצעת לנו על ידי העותרים. עמדתו של בית משפט זה מיום הקמתו היתה כי החזקה פועלת לטובת הסתמכות על מומחי הביטחון מטעם המדינה, אשר עליהם מוטלת האחריות להגשמת מדיניות הביטחון. נדרשות ראיות כבדות משקל כדי לסתור חזקה זו. עמד על כך השופט ויתקון בפרשת דויקאט, באומרו:

"בענייני ביטחון, כאשר העותר מסתמך על חוות דעתו של מומחה לענייני ביטחון, ואילו המשיב מסתמך על חוות דעתו של האיש שהוא גם מומחה וגם האחראי למצב הביטחון במדינה, טבעי הדבר שניתן משקל מיוחד לדעתו של זה האחרון" (עמ' 25).

וברוח דומה ציין מ"מ הנשיא מ' לנדוי בפרשה אחרת:

"הוגש תצהיר נגדי לסתירת הטענות הללו, שנתן מר מתתיהו פלד, שהוא אלוף במילואים. הוא פוסל את השיקולים שהסביר אלוף מט בתצהירו אחד אחד ותומך בטיעונם של העותרים שהמשיבים משתמשים בטעמים צבאיים מדומים כדי להצדיק התיישבות אזרחית שאינה מותרת בשטח מוחזק אלא למטרות צבאיות. במחלוקת כזאת בשאלות צבאיות-מקצועיות, שבה אין לבית המשפט ידיעה מבוססת משלו, נעמיד את המצהיר מטעם המשיבים, המדבר בשם אלה המופקדים בפועל על שמירת הביטחון בשטחים המוחזקים ובפנים הקו הירוק, בחזקתו שטעמיו המקצועיים הם טעמים כנים. דרושות ראיות משכנעות מאוד כדי לסתור חזקה זו" (פרשת עמירה, עמ' 92).

ועל אותו עקרון חזר בית משפט זה לאחרונה בפרשת בית סוריק, שעניינה שיקולי הביטחון באשר לגדר ההפרדה. וכך נפסק מפי הנשיא א' ברק:

"ניצבים אנו, איפוא, בפני חוות דעת צבאיות סותרות באשר להיבטים הצבאיים של מיתווה גדר ההפרדה. חוות דעת אלה מבוססות על תפיסות צבאיות נוגדות. כך, למשל, המפקד הצבאי סבור כי יש להרחיק את גדר ההפרדה מבתי ישובים יהודיים כדי להבטיח מרחב ביטחון שיאפשר מירדף אחרי מחבלים לאחר שיצליחו לעבור את גדר ההפרדה, ויש להבטיח כי שטחים שולטים יכללו במסגרת הגדר. כדי להשיג מטרות אלה אין מנוס לעתים מבניית גדר ההפרדה בקירבת בתיהם של התושבים המקומיים. לעומתו סבורים המומחים הצבאיים של המועצה לשלום ולביטחון כי יש להרחיק את גדר ההפרדה מבתיהם של התושבים המקומיים, שכן הקירבה מסוכנת היא לביטחון. שטחים שולטים ניתנים לתפיסה, בלא צורך לכללם במסגרת הגדר. במצב דברים זה, החופשיים אנו לאמץ לעצמנו את חוות הדעת של המועצה לשלום ולביטחון? תשובתנו היא בשלילה. ביסוד גישתנו זו עומדת התפיסה, המאפיינת את פסיקתו של בית משפט זה, לפיה עלינו לתת משקל מיוחד לחוות דעתו הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון" (פסקה 47).

זו היתה הגישה במחלוקת מצומצמות למדי בעניין חוקיותה של התיישבות ישראלית באזורים מוגדרים ביהודה והשומרון (פרשת דויקאט; פרשת עמירה), או חוקיותו של קטע מוגדר בגדר ההפרדה באזור זה (פרשת בית סוריק). על אחת כמה וכמה שזו הגישה כאשר המחלוקת היא רחבת היקף, והיא משתרעת על מלוא הסיכונים והסיכויים הקשורים בפתרון הסכסוך הישראלי-פלסטיני. אין כל אפשרות לצפות שבית משפט זה – ויורשה לנו לומר: כל בית משפט אחר בעולם – יכריע בשאלות אלה. הסתברות מימושן של מטרות תוכנית ההתנתקות מונח בטבור העשייה המדינית, לאומית, ביטחונית. בית המשפט אינו יכול לנקוט בעניין זה כל עמדה אלא במקרים קיצוניים וחריגים.

109. העותרים טענו כי לא הונחה בפנינו תשתית עובדתית מספקת שיש בה לשכנע אותנו בהסתברות מימושן של מטרות תוכנית ההתנתקות. לא הוסבר לנו לטענתם מה הביא לשינוי בעמדת הממשלה והכנסת. אין בידינו לקבל גישה זו. עניין לנו במדיניות לאומית, מדינית וביטחונית רחבת היקף; היא עוסקת בשאלות סבוכות של מדינה וחברה. לדעתנו, די במה שנמסר לנו. חומר נוסף היה מכניס אותנו למעגלים מקצועיים ופוליטיים הולכים וגוברים. לא היה בידינו לבחון אותם ולהסיק מהם דבר על השאלה המשפטית הניצבת בפנינו. איננו יכולים, איננו צריכים ואיננו רשאים להפוך עצמנו לראש ממשלה-על, לממשלת-על או לכנסת-על. אנו שופטים. די בחומר שהוצג בפנינו כדי שנשתכנע כי מערך השיקולים שיש להתחשב בו מורכב, משתנה, רווי פוליטיקה, מדיניות וצבא. כל שנותר לנו הוא לבחון אם הדברים נעשו ביושר ובתום לב. אין לנו כל סיבה להניח שאלה אינם פני הדברים. מעבר לכך איננו צריכים לעיין בפרוטוקולים סודיים של ישיבות ממשלה, בדיווחים סודיים של פגישות בין ראש הממשלה ושר הביטחון, או בדין וחשבון של ישיבת המטה הכללי. מידע נוסף זה, לא יוסיף לנו דבר הנחוץ לנו בהכרעתנו בשאלה הצרה הנתונה לשיקול דעתנו שלנו. קיים קשר רציונלי בין התכלית המדינית, לאומית וביטחונית המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות לבין האמצעי של פינוי הישראליים מהשטח המפונה. ושוב: השאלה בפנינו אינה אם היינו בוחרים במכשיר הפינוי אילו ניתנה לנו הסמכות לכך. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם על בסיס מלוא החומר שבפנינו, הבחירה של הממשלה והכנסת היא רציונלית. בהתחשב במהותה של המטריה

ומורכבות הגורמים שיש לקחתם בחשבון, מסקנתנו היא בחיוב. מבחן המשנה הראשון של דרישת המידתיות מתקיים, איפוא.

מבחן המשנה השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

110. האם ניתן להשיג את תכליותיה של תוכנית ההתנתקות על ידי אמצעים שפגיעתם בזכות האדם של הישראלים המפונים היא קטנה יותר? בעניין זה מעלים העותרים שלושה רבדים של טיעונים: הרובד האחד עוסק בחיוניות הפינוי עצמו; הרובד השני מתמקד בשיעור הפיצויים. הרובד השלישי בוחן את פעילות הממשלה ונציגיה בהגשמת הפינוי. נעמוד על כל אחד מרבדים אלה.

111. סוג הטענות הראשון מבוסס על האפשרות כי מדינת ישראל תפנה את השטח בלא שהדבר יגרור פינוי הישראלים המתגוררים בשטח המפונה. המדינה דוחה אפשרות זו. לדעתנו, עניין זה נכנס לגדר "מיתחם ההגבלה" עליו עמדנו (ראו פסקה 68 לעיל). די לעניין זה אם נציין כי יש מקום להנחה כי השארתם של הישראלים בשטח המפונה תעמיד אותם בסיכון רב, וכי מדינת ישראל אינה רשאית ליטול על עצמה סיכון זה. באחת הפרשות ביקשו רופאים ישראליים להיכנס לבתי חולים בעזה. המפקד הצבאי סירב לבקשתם. עתירתם נדחתה. וכך קבע בית המשפט:

"חובתה של ישראל להגן על אזרחיה. אין היא יוצאת ידי חובתה רק משום שהאזרחים מוכנים ליטול על עצמם את הסיכון". נטילת סיכון זו אינה מעלה ואינה מורידה, שכן המדינה נשארת מחוייבת לשלום אזרחיה, ועליה לעשות הכל כדי להחזירם בשלום לארץ" (פרשת רופאים לזכויות אדם, עמ' 406; ראו גם בג"ץ 9293/01 ח"כ ברקה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509).

112. הרובד השני של טיעוני העותרים מתייחס להסדר הפיצויים שבחוק יישום ההתנתקות. אכן, חוקתיותו של הפינוי יכול שתהא מושפעת מחוקתיותו של הפיצוי. הפיצוי משפיע על המידתיות של הפגיעה. "פיצויים כאלה יש בהם כדי לשרת את התכלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קרי, צמצום הפגיעה בזכות הקניין כדי שלא תעבור על המידה הראויה" (השופט י' זמיר בע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 482 (להלן – פרשת ברעלי); ראו גם דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 85 (להלן – פרשת נוסייבה); ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 642 (להלן – פרשת הולצמן)). מכאן שחיבותם החוקתית של הסדרי הפיצוי, עליהם אנו עומדים בנפרד. כפי שנראה, מספר הסדרים נמצאו על ידינו כבלתי חוקתיים (ראו פסקאות 190, 237, 240, 243 ו-366 להלן) וניתן סעד בגינם (ראו פסקאות 475-478 להלן). סעד זה מסיר את אי החוקתיות שדבקה בהם, ועל כן אין בכוחו להשפיע על חוקתיות הפינוי עצמו.

113. הרובד השלישי של טיעוני העותרים עניינו התנהלות הממשלה ועובדיה בכל הנוגע לטיפול בעניינם של הישראלים המפונים. טיעונים אלה אינם נוגעים לחוקתיותו של חוק יישום ההתנתקות. עניינם בחוקיות פעולות מינהל שונות. כפי שנראה בהמשך (ראו פסקאות 459-460 להלן), לא מצאנו כל אי חוקיות בעניינים אלה.

מבחן המשנה השלישי: מידתיות "במובן הצר"

114. מבחן משנה זה מחייב קיומו של איזון ראוי בין הגשמת מטרת החוק לבין האמצעי בו הוא נוקט. העותרים טוענים כי הנזק הנגרם לישראלים המפונים הוא כבד עד שאין כל יחס ראוי בין נזק זה לבין הגשמתו של התכליות המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות. אכן, נזקם של העותרים הוא רב. האם קיים יחס ראוי בין נזק זה לבין מימוש התכליות המדיניות הלאומיות והביטחוניות שביסוד חוק יישום ההתנתקות?

115. בכל הנוגע לתועלת הצומחת למדינת ישראל, יש להתחשב בהסתברות התרחשותה של תועלת זו. ככל שהסתברות זו גדולה יותר, מתעצם משקלו של שיקול זה. ככל שהסתברות התרחשותה של תועלת זו קטנה יותר, כך קטן משקלו של שיקול זה. בכל הנוגע לנזקו של הישראלי המפונה, יש לקחת בחשבון שני גורמים, המשפיעים על שיעורו של נזק זה. הגורם האחד שיש בו כדי להפחית את עוצמת הנזק של הישראלים המפונים, הוא המציאות הנורמטיבית שהם מפונים משטח המוחזק בתפיסה לוחמתית. מעצם טבעו של שטח זה, ששהותם של ישראלים בו היא זמנית, וכפופה להסכם שלום או להחלטה חד-צדדית של ישראל לפנות את השטח. האפשרות כי פינוי יתרחש באחד הימים מרחפת מעל לראשו של הישראלי כל העת. הסתברותה של אפשרות זו משתנה, כמובן, על פי המציאות הפוליטית המשתנה. הגורם השני הוא הפיצויים המשתלמים על פי החוק לישראלים המפונים. פיצויים אלה נועדו לאפשר לישראלים המפונים לבנות מחדש את בתיהם, עסקיהם ומערכות חייהם מחוץ לשטח המפונה בתנאים הדומים לתנאים שהיו להם בשטח המפונה. כפי שנראה בהמשך, ובכפוף למספר חריגים משיג חוק יישום ההתנתקות – והאפשרות שהוא נותן, בעקבות החלטתנו היום, לפנות לדין הכללי (ראו פסקה 475 להלן) – מטרה זו. נמצא, כי תרופת הפיצויים נותנת מענה כספי לפגיעה הקשה. אמת, הפיצוי הכספי אין בכוחו להחזיר את הישראלים המפונים לשטח המפונה, ולאידאליים שעמדו ביסוד היותם שם. עם זאת, הוא מאפשר להם לבנות

מערכות חיים חדשות קרובות לאלו שהיו להם בשטח המפונה.

116. על רקע שני גורמים אלה ניתן לנסח מחדש את השאלה הניצבת לפנינו במסגרת תנאי המשנה השלישי של המידתיות. השאלה היא זו: האם היחס בין היקף הפגיעה בזכותו של הישראלי המפונה לבין מימושן של מטרות ההתנתקות הוא מידתי, וזאת בהתחשב מחד גיסא בסיכויי התמשותן של מטרות ההתנתקות ובהתחשב מאידך גיסא בכך שהשטח המפונה הוא שטח הנתון לתפיסה לוחמתית, ובכך שהישראלי המפונה מקבל פיצוי כספי שנועד לאפשר לו לבנות מערכת חיים חדשה הדומה לזו שממנה פונה?

117. תשובתנו לשאלה זו היא בחיוב. אכן, לא פעם ניצבת מדינה בפני הצורך לפנות אוכלוסייה שלמה משטח מסויים בה, וזאת מטעמים של סכסוך מזויין בתוך המדינה; פגעי טבע; תכנון לאומי או מטעמים אחרים (ראו Commission on Human Rights, Analytical Report of the Secretary-General on Internally Displaced Persons, E/CN. 4/1992/23 (1992); R. Cohen and F.M. Deng, Masses in Flight, The Global Crisis of Internal Displacement (1998)). עד כמה שמטרת הפינוי משרתת טעמים לאומיים, חברתיים או ביטחוניים מסתברים שאין להשיגם בדרך אחרת מזה, והיא מעניקה פיצוי הוגן מזה, יהיו אלה מקרים נדירים שבית המשפט ימנע מהמדינה את הגשמת יעדיה. ההכרעה תיפול במסגרת הרשות המחוקקת או המבצעת, לפי העניין. ברוב רובם של המקרים יראה בכך בית המשפט עניין הנופל לגדר "מרחב התימרון" של המחוקק, או "מרחב ההתחשבות" שלו או "מרחב הכיבוד" של הכרעותיו. על אחת כמה וכמה כאשר עניין לנו בפינוי תושבי המדינה ואזרחיה משטח הנתון לתפיסה לוחמתית. בהינתן הפיצוי הנאות, ובהתחשב בזמניות התפיסה הלוחמתית, יהיו אלה מקרים חריגים ויוצאי דופן בהם 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.

118. נטען בפנינו כי עניינם של העותרים דומה לעניינם של העותרים בפרשת בית סוריק. כזכור נקבע באותה פרשה כי "אין מתקיים יחס מידתי בין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים לבין התועלת הביטחונית הצומחת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שקבע המפקד הצבאי" (פסקה 60). "מה בינינו הישראליים לבין התושבים הערבים" – שואלים העותרים? התשובה לשאלה זו היא משולשת. ראשית, בפרשת בית סוריק הוצגה בפנינו חלופה ביטחונית, שניתן היה להשיג באמצעותה את עיקרי שיקולי הביטחון, גם אם לא את כולם. לא כן במקרה שלפנינו. שנית, בפרשת בית סוריק הפיצוי הכספי לא היה מעשי, והמדינה סירבה להעמיד לרשות התושבים המקומיים הנפגעים קרקע חלופית. לא כן במקרים שלפנינו. לבסוף, בפרשת בית סוריק נידון סכסוך מקומי שניתן היה, באמצעות הכלים שעמדו לרשות בית המשפט, לבחון את השלכותיו ותוצאותיו. לא כן במקרה שלפנינו שכל כולו טובל במערכות מורכבות של שיקולים לאומיים, מדיניים וביטחוניים. אכן, בפרשת בית סוריק יכול היה בית המשפט להשיב בשלילה על השאלה אם היתרון הביטחוני המתקבל מקבלת עמדתו של המפקד הצבאי שקול כנגד תוספת הפגיעה המתקבלת מעמדתו. לא כן בעתירות שלפנינו. לא נוכל לומר כי הסתברות הגשמתם של היתרונות המדיניים, החברתיים והביטחוניים שתוכנית ההתנתקות מבקשת להשיג אינה שקולה כנגד הפגיעה בזכויות הישראליים, הלוקחת בחשבון את זמניות התפיסה הלוחמתית והפיצוי הניתן להם.

(6) כללם של דברים

119. הגענו למסקנה, כי חוק יישום ההתנתקות פוגע בזכויות האדם של הישראליים המפונים. במרכזן של פגיעות אלה עומדות הפגיעות בזכותם לכבוד ולקניין. בחינת חוקתיותן של פגיעות אלה הינה שפיטה. עם זאת, הגענו למסקנה כי על רקע הפיצוי הראוי המובטח בחוק (כפוף לתיקונים מספר עליהם נעמוד בהמשך) ועל רקע זמניותה של התפיסה הלוחמתית, הפגיעה בזכויותיהם של הישראליים המפונים מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. נעבור, על כן, לבחינת חוקתיות ההוראות בעניין הפיצויים. בחינה זו היא חיונית, שכן הפיצוי הנאות יכול שישיע על חוקתיות הפינוי.

ה. חוקתיות הפיצוי – כללי

(1) טענת סף: סעדים חלופיים ואי מיצוי הליכים

120. בפי המדינה טענת סף גם בכל הנוגע לעתירות בעניין הסדרי הפיצוי. לטענת המדינה, לוקות העתירות בפגם של אי מיצוי הליכים, כיוון שהעותרים לא פעלו על פי המתווה הקבוע בחוק בדבר פניה לוועדת הזכאות. לעותרים עומדים מסלולים שנקבעו במפורש בחוק, במסגרתם ניתן להעלות טענות כנגד עצם הזכאות לפיצויים או למענקים כאלה ואחרים וכן כנגד גובה הפיצויים. דרך המלך שנקבעה בחוק היא פניה לוועדת הזכאות. המדינה מבחירה כי אמנם ועדת הזכאות אינה מוסמכת לקבוע כי איזו מהוראות החוק אינה חוקתית, ואינה מוסמכת לסטות מן ההסדרים שנקבעו בחוק, אך בית המשפט השלום במסגרת הערעור יוכל לקבוע, אגב אורחא, כי הוראה מסוימת שבחוק אינה חוקתית. סעד חלופי נוסף הינו הוועדה המיוחדת המוסמכת להגדיל את הפיצוי בגין עסקים (סעיף 137(ב)(1) בצירוף סעיף 68 לחוק). הוועדה המיוחדת גם מוסמכת לאשר "תשלום מיוחד" לפני משורת הדין למי שאין מתקיימים בו תנאי הזכאות. על החלטתה ניתן להגיש עתירה מינהלית. גם כאן הערכאות

השיפוטיות תוכלנה להידרש לטענות חוקתיות. המדינה סבורה כי עקב קיומו של מסלול מפורט של סעד חלופי ראוי, המצוי באופן מפורש בחוק עצמו, אין מקום לדון בטענות בעניין הפיזיויים בטרם ימצו העותרים את ההליכים בפני הוועדות. המדינה מוסיפה כי העובדה שעניין מסויים הינו בעל חשיבות כללית, כולל בקשה לביטול הוראת חוק, אינו מצדיק, ככלל, לאפשר לעותר לדלג מעל המשוכות הדיוניות הרגילות הנהוגות בבית המשפט, לרבות כלל הדחייה על הסף נוכח סעדים חלופיים.

121. העותרים, מנגד, סבורים כולם כי טעמים של מדיניות משפטית מחייבים דיון ענייני בעתירות. לשיטתם, ראוי שביט משפט זה הוא שיכריע בעניין חוקתיות החוק, תחת גלגול העניין לבתי משפט שלום באלפי ערעורים על ועדות הזכאות. העותרים סבורים כי עניין לנו בסוגיה מהותית ומרכזית שטרם נקבעה לה תשובה בפסיקה. עוד נטען כי ועדות הזכאות והוועדות המיוחדות הן גופים מינהליים אשר כלל אינם מוסמכים לקיים ביקורת שיפוטית ולהתערב בחקיקת הכנסת. באשר לערכאות השיפוטיות הנמוכות, הן אמנם מוסמכות להידרש אגב אורחא לשאלות חוקתיות, אך להכרעה אגבית באותן ערכאות יהיה תוקף מחייב רק בין הצדדים לאותו הליך. לא תהיה לה נפקות כלפי ציבור המפונים בכללותו. העותרים מוסיפים וטוענים כי על חוק הנוטל קניין לעשות זאת מתוך קביעת הסדרים המעניקים פיצוי מלא כנגד נטילה זו. טענות עקרוניות בדבר נטילת קניין ללא פיצוי הולם צריכות להתברר בבית המשפט העליון.

122. סמכותו של בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, היא סמכות שבשיקול דעת (בג"ץ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד יג 1182, 1194; בג"ץ 86/89 שנקר נ' ראש המועצה המקומית רמת-השרון, פ"ד מב(4) 777, 781; בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678, 692). ככלל, "על-פי שיקול-דעתנו זה... איננו דנים בעתירה כל עוד עומד לעותר סעד חלופי" (בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 240). אכן, בית-משפט זה אינו נוהג לעשות שימוש בסמכותו כל עוד לא מיצה העותר סעד חלופי יעיל שעומד לו על פי דין. לא פעם פסקו כי אי מיצוי הליכים על-ידי פניה לרשות המוסמכת קודם הגשת העתירה מצדיקים דחייה על הסף (דנג"ץ 4894/96 פרבר נ' משטרת ישראל ו-5 אח', פ"ד נ(4) 21; בג"ץ 4793/95 ששון נ' ראש הממשלה ושר הביטחון (לא פורסם)). ואולם, חריג לכלל הדחייה על הסף מצוי באותם מקרים בהם הסעד החלופי אינו יעיל, במקרים בהם הנסיבות מחייבות התערבות מיידית של בית משפט זה כדי למנוע עוול, או כאשר משיקולי צדק כלליים מתחייבת התערבותו של בית משפט זה.

123. בנסיבות העניין שוכנענו כי יש מקום להידרש לעתירות לגופן, הגם שהעותרים טרם מיצו את הסעדים העומדים להם במסלולי התביעה מכוח החוק. לכך כמה טעמים עיקריים. ראשית, המדובר במקרה ברור של בעיה משפטית סבוכה ומורכבת. העתירות עוסקות בעניין ציבורי רגיש, בעל חשיבות מדרגה ראשונה. הן מעלות שאלות של פגיעה בזכויות אדם של אלפי אנשים המתגוררים בשטח המפונה. הן עוסקות בהנחות המוצא ובעקרונות הבסיסיים עליהם בנויים הסדרי הפיזיויים בחוק. העתירות מעלות בעיות משפטיות חדשות, שטרם הוכרעו (השוו, בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הועדה לבניה למגורים ולתעשייה, פ"ד מח(4) 237 (להלן – פרשת סוקר)). אין המדובר בבירור שגרתי של אופן חישוב הזכאות לפיזיויים לפי החוק. קיים צורך בהכרעה מיידית שתסיר את חוסר הבהירות סביב זכויות הפיצוי למפונים. הפניית העותרים אל ועדות הזכאות לא תספק את ההכרעה המיידית והכללית המתחייבת לאלתר.

124. שנית, הפניית העותרים למסלול של ועדות הזכאות לא תספק סעד חלופי יעיל. העתירות תוקפות, בין היתר, את עצם החוקתיות של המסלולים המשפטיים שמתווה החוק, אליהם מפנה המדינה את העותרים בבחינת סעד חלופי, כמו גם את "כלל הויתור" לפיו הויתור על תביעה מכוח הדין הכללי הוא תנאי לכניסה למסלולים אלה. לגבי סוגיות אלה, קשה לראות בוועדות הזכאות משום סעד חלופי. מנגנון ועדות הזכאות מתווה את ההליך לקבלת פיצויים למי שמקבל, עקרונית, את הסדר הפיזיויים שבחוק. המסגרת הנורמטיבית לפעולתן של ועדות הזכאות והוועדה המיוחדת שונה מהמסגרת הנורמטיבית להפעלת ביקורת שיפוטית של בית משפט זה. מטרותיהן ותפקידיהן של הוועדות שונות מתפקידו של בית משפט זה. לכן, עילות הביקורת אליהן תוכלנה להידרש ועדת הזכאות וערכאות הערעור מצומצמות יותר מהעילות המנחות בית משפט זה. אין הוועדות מהוות, איפוא, תחליף ראוי לביקורת שיפוטית של חוקתיות החוק בבית משפט זה. במצב דברים זה, אין לסגור את הדלת בפני העותרים תוך הפנייתם לוועדות הזכאות.

125. שלישית, בחינה של הסדר הפיצוי היא חלק בלתי נפרד מבחינה חוקתית של הפינוי. אחת ממטרותיו של החוק היא "מתן פיצויים הוגנים וראויים, בנסיבותיו המיוחדות של העניין" (סעיף 2(1)). חוקתיותו של הפינוי יכולה שתהא מושפעת מחוקתיותו של הפיצוי. הפיצוי משפיע על המידתיות של הפגיעה. לבחינה חוקתית של הסדרי הפיצוי חשיבות לעניין עצם הפינוי. תרופת הפיצויים נועדה לתת מענה כספי לפגיעה הקשה במפונים. לא ניתן לקבוע האם הוראות הפינוי הקבועות בחוק הן חוקתיות ללא בירור השאלה האם הסדרי הפיצוי נותנים את המענה הנדרש. ההכרעה צריכה להיעשות מבעוד מועד, לפני שמהלך הפינוי מתבצע הלכה למעשה. ההיבט החוקתי הכולל של מהלך הפינוי מחייב, איפוא, לבחון גם את הסדרי הפיצויים בבית משפט זה.

(2) הזכות הנפגעת

פינוי ופיצוי

126. במסגרת בחינת חוקתיותו של הפינני עמדנו על זכויות האדם החוקתיות אשר נפגעות כתוצאה מהפינני. ציינו כי אלו הן הזכויות החוקתיות לכבוד, לקניין, ולחופש עיסוק. הדגשנו, כי חוקתיות הפינני קשורה בחוקתיות הפינני. עתה אנו בוחנים את חוקתיותו של פגיעות אלה מזווית הראיה של הפינני. בקביעת מהותה של הפגיעה ושיעורו של הפינני יש להתחשב בכך כי הזכויות שנפגעו הן זכויותיהם של ישראלים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. זמניותה של התפיסה הלוחמתית משפיעה על מהותה של הזכות הנפגעת וממילא על הפינני בגין הפרתה. דבר זה בולט במיוחד בזכות הקניין, אשר לבחינתה נעבור עתה.

הפגיעה בקניין

127. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע (סעיף 3):

"אין פוגעים בקניינו של אדם".

ה"קניין" בהוראה זו משתרע על כל זכות רכושית. חוק היסוד מגן על פגיעה ברכושו של אדם. נמצא, כי ההגנה על הקניין משתרעת לא רק על זכויות "קנייניות" כגון בעלות, שכירות וזיקת הנאה, אלא גם על זכויות "אובליגטוריות" בעלות ערך רכושי (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 431, 372). האם חוק יישום ההתנתקות פוגע בזכות קניין של ישראלים בשטח המפונה? החוק קובע כי הוא מבטל זכויות לגבי מקרקעין. וזו לשון ההוראה (סעיף 28):

ביטול זכויות לגבי מקרקעין

28. (א) זכות מכל סוג שהוא, של ישראלי, תאגיד ישראלי, רשות מקומית, ועד מקומי, חברה ממשלתית או ההסתדרות הציונית העולמית, לגבי מקרקעין בשטח מפונה המנוהלים על ידי הממונה, בטלה החל ביום הפינני, בין אם בעל הזכות זכאי לפיצויים לפי חוק זה ובין אם לאו, ואם נחתם לגבי הזכות כאמור הסכם בדבר מקדמה או הסכם כאמור בסעיף 11(4) – החל ביום שנקבע בהסכם כיום מסירת החזקה במקרקעין או ביום הפינני, לפי המוקדם מביניהם.

(ב) כל הסכם שענינו זכות לגבי מקרקעין, מכל סוג שהוא בשטח מפונה, בין ישראלי או גוף כאמור בסעיף קטן (א) לבין הממונה, המדינה או מי מטעמה, בטל החל ביום הפינני, אם לא בוטל קודם לכן בהסכם בין הצדדים.

(ג) החל ביום כאמור בסעיף קטן (א), לא תהא כל זכות לממש שעבוד או עיקול שהוטלו על זכות כאמור בו".

האם זכות של ישראלי "לגבי מקרקעין בשטח מפונה המנוהלים על ידי הממונה" (סעיף 28(א)) היא זכות קניין כמשמעות דיבור זה בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? התשובה היא בחיוב. לישראלים המפונים היו זכויות רכושיות, שניתנו להם על ידי המפקד הצבאי ושבוטלו על ידי חוק יישום ההתנתקות. בכך נפגעה זכותם החוקתית לקניין. עם זאת, זכות קניין זו היא מוגבלת בהיקפה. אין לנו צורך לאפיין במדויק זכות זו, אם ניתן לראותה כרישיון הדיר או כזכות דומה לו. די אם נאמר כי אין למרבית הישראלים בשטח המפונה בעלות במקרקעין עליהם הם בנו את בתיהם ועסקיהם בשטח המפונה. את זכויותיהם הם רכשו מהמפקד הצבאי, או ממי שפועלים מטעמו. אלה אינם בעלי הרכוש, ואין הם יכולים להעביר יותר זכויות משיש להם. עד כמה שהישראלים בנו בתיהם ונכסיהם על קרקע שאינה פרטית ("קרקע מדינה"), זו אינה בבעלותו של המפקד הצבאי. סמכויותיו קבועות בתקנה 55 לתקנות האג, והן משקפות את המשפט הבינלאומי המינהגי (ראו י' דינשטיין, דיני מלחמה 230 (1983)). התקנה קובעת:

"The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct."

ובתרגום לעברית:

המדינה הכובשת תיחשב רק כמנהל וכבעל טובת-הנאה בבנינים הציבוריים, נכסי דלא ניידים, יערות ונחלות חקלאיות השייכים למדינה האויבת והנמצאים בארץ הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה.

מדינת ישראל משמשת, איפוא, כמי שמנהלת את הרכוש הממשלתי וכמי שרשאית להפיק ממנו טובת הנאה)

usufructuary). ניהול זה מוסדר לעניין רכוש ממשלתי בצו בדבר רכוש ממשלתי (אזור הגדה המערבית) (מס' 59), תשכ"ז-1967, ובצו בדבר רכוש ממשלתי (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 43), תשכ"ז-1967; ולעניין רכוש נטוש בצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (אזור הגדה המערבית) (מס' 58), תשכ"ז-1967, ובצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 42), תשכ"ז-1967. עד כמה שהישראלים, התיישבו בקרקע שנרכשה לפני הקמת המדינה על ידי יהודים ("אדמות היהודים"), הרי הבעלות בקרקע זו לא הושבה לבעליה היהודים, ואף היא מתנהלת על ידי המפקד הצבאי או מי מטעמו (ראו זמיר ובנבנישתי, שם, עמ' 157; א' בבננישתי וא' זמיר, הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני 29 (1988); ראו גם צו בדבר נכסי יהודים (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 78), תשכ"ז-1967). לא נמסר לנו אם מצויים ישראלים שבנו בתיים על קרקע פרטית של התושבים המקומיים שנתפסה על ידי המפקד הצבאי.

128. בתשובת המדינה (מיום 4.4.2005) ניתנה סקירה מקיפה על הדרכים השונות בהן הוקצתה קרקע לבתי מגורים ולבתי עסק. אין לנו צורך לבחון עניין זה לפרטיו, שכן דרכי ההקצאה השונות אין בהן להעניק לישראלי שבנה בית והקים עסק יותר זכויות משהיו לממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש. זאת ועוד: במספר הסדרים משפטיים נקבעה הוראה מפורשת לפיה רשאי הממונה להקדים את יום סיום החוזה או אף לבטל את החוזה (שם, עמ' 84-87). גם במקום שהוראה כזו אינה קיימת, היא נגזרת מארעיותה של התפיסה הלוחמתית, ומארעיות מעמדו של המפקד הצבאי. עם זאת, לסיום התפיסה הלוחמתית של מדינת ישראל לא נקבע מועד קבוע מראש. המציאות הפוליטית יצרה ציפיות שונות באשר למשך קיומה של התפיסה הלוחמתית ובאשר להסדרים שלאחריה. בכל אלה יש להתחשב, כמובן, בקביעת שיעור הפיצויים המגיעים לישראלים המפונים.

(3) הסעד בגין הפגיעה בזכות

129. חוק יישום ההתנתקות פוגע במספר זכויות של הישראלים המפונים. מהו הסעד העומד לרשותם בגין פגיעות אלה ומהי מטרתו? עמדת המדינה הינה, כי סעד זה מכונס כולו בחוק יישום ההתנתקות ובהוראותיו באשר לפיצויים הניתנים לישראלים המפונים. מטרתו של סעד זה, כפי שנקבעה במפורש בחוק יישום ההתנתקות, היא "מתן פיצויים הוגנים וראויים" (סעיף 21(2)). נדון תחילה בשאלה מהם המקורות לזכות לפיצויים. לאחר מכן נבחן את מטרתם.

המקורות לזכות לפיצויים

130. לטענת המדינה, אין מקור משפטי שמחוץ לחוק יישום ההתנתקות עליו ניתן לתלות זכות לסעד בגין הפרת הזכות. וזו לשון תשובת המדינה:

"תוכנית ההתנתקות היא מעשה שלטוני מובהק שהפך המדינה-ביטחוני בו מהווה את עיקר טיבו; המדובר בצעד כולל, שביטול הזכויות במקרקעין שבניהול הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, הקבוע בסעיף 28 לחוק הוא רק היבט אחר הימנו. עמדת המדינה היא, כי אין לעשות שימוש בכלים המשפטיים הרגילים שבדיני הניזקין, החוזים והקניין, הקבועים בדין ובהלכה הפסוקה. זאת, משום שאלה אינם ערוכים לתת מענה הולם, יעיל ומקיף לתוצאות הכרוכות ביישום החלטה מדינית-שלטונית מובהקת, בעלת אופי ייחודי, כגון תוכנית ההתנתקות, אף בשים לב לקשת הרחבה של הזכויות" (עמ' 81 לתשובה מיום 4.4.2005).

ובהמשך מציינת המדינה:

"מאז נחקקו חוקי היסוד ועלה קרנן ומעמדן של זכויות היסוד, וביניהן גם זכות הקניין. בנסיבות אלה, סברה הממשלה, עוד בראשית הדרך, כי יש מקום לפיצוי המתיישבים בגין הפגיעות שיגרמו להם בגין תוכנית ההתנתקות. יחד עם זאת, בהיעדר כלים מתאימים במשפט האזרחי, הוחלט לעצב בתוך מבנה ייחודי, אד-הוק, של פיצוי בשל יישום תוכנית ההתנתקות" (שם, שם).

לדעת המדינה, אין למצוא במשפט הפרטי מקור לחובת תשלום הפיצויים למפונים. אין בפנינו משום הפרת חוזה או מעשה ניזקין. ביטול זכויות הישראלים במקרקעין (סעיף 28 לחוק יישום ההתנתקות) אינו בגדר הפקעה.

131. את טיעוניה סומכת המדינה, בין השאר, על פסק הדין בפרשת בן-ברוך. באותה פרשה נידונו חוזים שבין מדינת ישראל לבין תושבי ימית אשר פונו מסיני ואשר קבעו פיצוי למפונים. עם תחילת פסק הדין כתב השופט י' כהן:

"אכן אין 'מגילת זכויות סטטוטוריות', המקנה לתושבי חבל ימית או לכל מי שעומד להתפנות מאזור הגבול עם מצרים זכויות מוגדרות ומפורשות ביחס לפיצויים שישולמו להם בקשר לגזירת הפינוי שנפלה עליהם עם חתימת חוזה קמפ-דיויד. למציאות המשפטית הזו התכוונה בעצם באת-כוח המשיבים, כשאמרה שהפיצויים, שהוענקו על-ידי ממשלת ישראל למתיישבי חבל ימית, הינם 'בגדר הענקת חסד'. הביטוי שנבחר על-ידי באת כוח המשיבים אולי איננו מוצלח בהתחשב ברגשות הצער והאכזבה, המקננים בליבות תושבי ימית נוכח גזירת הפינוי, אך

כוונתה היתה לומר, כי באופן משפטי לא נעשה כל דבר חקיקה, שיסדיר בעיה בוערת ונחוצה זו" (בג"ץ 274/81 בן-ברוך נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד לו(1) 124, 125).

אכן, בצדק ציין השופט יהודה כהן כי בעת כתיבת פסק הדין לא היתה "מגילת זכויות סטטוטורית" המקנה זכות לפיצויים למפוני סיני. חוק פיצוי מפוני סיני, התשמ"ב-1982 (להלן – חוק פיצוי מפוני סיני), נחקק כחצי שנה לאחר מתן פסק הדין בפרשת בן-ברוך. חוק זה עסק אך במפוני סיני, ואין לראות בו "מגילת זכויות סטטוטורית" המקנה זכויות לישראלים המפונים מהשטח המפונה. האם משמעות הדבר כי הדין עם המדינה, כי את הפיצוי לפגיעה בזכויותיהם של המפונים יש למצוא אך ורק במסגרת חוק יישום ההתנתקות?

132. לדעתנו, אין לקבל את עמדת המדינה. ראשית, דומה שהנחתו של חוק יישום ההתנתקות היתה, כי מצויה זכות לסעד מחוץ לחוק עצמו. נקבע בו כי "לא יינתן פיצוי ולא תהיה זכות, עילה או תביעה לפיצוי מאת המדינה או מאת רשות מרשויותיה ומי שפעל מטעמה, בשל הפינוי... אלא מכוח חוק זה ולפי תנאיו" (סעיף 134(א)). כן נקבע כי ניתן לוותר על קבלת הפיצויים לפי חוק יישום ההתנתקות (סעיף 135), תוך שהודגש כי אין בויתור זה, כדי ליצור עילת תביעה אם איננה קיימת לפי דין (סעיף 135(ח)). האין לפרש הוראות אלה, בין השאר, כמניחות קיומה של עילת תביעה בגין פיצויים מחוץ לחוק יישום ההתנתקות? שאם לא כן, מה טעם קבע המחוקק הוראות בעניין ייחוד העילה ויתור עליה?

133. שנית, המדינה טוענת באופן נחרץ כי דיני החוזים, הנזיקין וההפקעה אינם חלים במקרה שלפנינו. זאת לאור אופייה של תוכנית ההתנתקות, המהווה "במובהק החלטה מדינית, שנועדה לקיים אינטרס ציבורי בעל חשיבות עליונה" (תגובת המדינה מיום 4.4.2005, עמ' 92) (השוו ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45; בג"ץ 6317/95 פדסקו (מוצרי נפט) בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד נב(4) 170, 184). ספק בעינינו אם הדין עם המדינה. כך, למשל, גורסת פרופ' ד' ברק כי ניתן לעגן בדיני הרשלנות שבנזיקין הגנה על זכות הפרט כנגד התרשלות שלטונית (ראו ד' ברק, עולות חוקתיות 149 (תשנ"ג)).

134. שלישית, המדינה אינה מתמודדת עם האפשרות של פיתוח משפט מקובל ישראלי, אשר מכיר בזכויות הישראלים הנפגעים. כידוע, המשפט הישראלי מכיר בקיומו של משפט מקובל (Common Law) ישראלי. בכוחו של משפט זה להתפתח ולתת פתרונות חדשים לבעיות חדשות (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 230 (2004); מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א' 292, 293 (1969)). היטיב להביע זאת השופט א' ויתקון:

"אין אני גורס כי הזכות צריכה להיות זכות סטטוטורית, הכתובה בחוק. לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקה שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין. דברים שבנוהג ובמושגי הצדק הטבעי, שרק תמול שלשום היו עוד חסרי דמות ובלתי גדורים, עולים בדרך זו על דרך המלך וזוכים לדרגה של זכות. זוהי ההתפתחות השיפוטית, המתנהלת בצידה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתי רוצה להצר את צעדיה. סמכות זו ערובה היא לחופש הפרט" (בג"ץ 29/62 כהן נ' שר-הביטחון, פ"ד טז 1023, 1027).

על בסיס זה הכיר בית המשפט העליון מאז היווסדו בקיומן של זכויות "שאינן כתובות על ספר" (ראו השופט ש"ז חשין בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 83; בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415). זכויות אלה הוכרו במסגרת המשפט הציבורי, ובהן זכויות האדם כלפי השלטון. הן הוכרו גם במסגרת המשפט הפרטי (כגון חובות אמון של מנהלים) (ראו ד"ר 29/84 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(4) 505, 511). הן נגזרו מעקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו ומתפיסותיה הבסיסיות (ראו בג"ץ 1635/90 זירז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 859).

135. כבר עתה מכיר המשפט המקובל הישראלי בזכות לפיצויים בגין ביטול זכות במקרקעין. בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון כי אין פוגעים במקרקעין בלא תשלום פיצויים. בית המשפט ראה בכך "עיקרון כללי, המגלם זכות יסוד של אזרח בעל קניין במקרקעין" (השופט מ' לנדוי בע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה(3) 645, 651; להלן – פרשת פייצר). הוא ראה בזכות "לפיצוי" את "אחד מסימני ההיכר של שלטון החוק" (השופט ח' כהן בע"א 336/59 בידרמן נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1681, 1689). הוא הכיר בה כזכות בעלת "אופי אוניברסלי" אשר ביסודה טעמים "עליונים" של צדק ויושר" (הנשיא ש' אגרנט בע"א 216/66 עיריית תל-אביב-יפו נ' חג' מחמד אבו דאיה, פ"ד כ(4) 522, 546). בית המשפט ראה זכות זו לפיצויים כמבוססת על שיקול של "צדק חלוקתי", לפיו גם אם התוכנית מביאה תועלת ורווחה לכלל הציבור, אין זה מן הראוי שאותם בעלים, שהתוכנית פוגעת בהם, לא יקבלו פיצוי בגין הרעת מצבם" (השופט י' מלץ בע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627, 639). כבר לפני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם נפסק כי "משנפגע הקניין בדרך של הוראה מפורשת... קמה ועולה זכות

יסוד נוספת, והיא הזכות לפיצוי הוגן" (השופט א' ברק בפרשת פייצר, עמ' 656). גישה זו הלכה והתחזקה לאחר חקיקתם של חוקי היסוד. נפסק "שאינן פוגעים בקניינו של אדם אלא אם בצידה של מכה באה לטיפה, ובסמוך לשלילת קניין או לגריעה מקניין נולדת תביעה לפיצוי" (השופט מ' חשין בע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' קהתי, פ"ד מח(2) 190, 201-202; ראו גם בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (להלן – פרשת קרסיק)). אמת, בפסקי דין אלה הופקעה זכות קניינית. עם זאת גישה זו אינה מיוחדת לדיני הפקעה דווקא. הגיונה חל בכל פגיעה בקניין, גם אם הפגיעה אינה מקיימת את הגדרתה של ההפקעה (ראו דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ (טרם פורסם); פסקה 15 לפסק דינו של השופט מ' חשין; להלן – פרשת הורוויץ)). זאת ועוד: אין גישה זו, וההיגיון המונח ביסודה, מוגבלת לפגיעה בזכויות קניין "קלאסיות" דווקא. היא הוחלה, למשל, לעניין פגיעה בזכות לתגמולים של נכי רדיפות הנאצים החיים בישראל, שנגרמה על ידי חקיקה ישראלית שמנעה מהם לתבוע פיצויים מאת ממשלת גרמניה. בהתייחסו לכך ציין השופט ש' לוי:

"מקום בו מפקיע השלטון זכות קניין של הפרט למען צורכי הציבור, זכותו של הפרט היא לקבל פיצוי נאות על הפגיעה בו, והטענה שחובת הפיצוי מעמיסה על השלטון נטל כספי שאינו יכול לעמוד בו, לאו טענה היא. דינם של חברי הקבוצה המקופחת אינו צריך להיות שונה מדינו של מי שמקרקעיו הופקעו לפי חוקי ההפקעה לצורכי ציבור" (בג"ץ 5263/94 הירשזון נ' שר האוצר, פ"ד מט(5) 837, 845).

נמצא, כי במשפט המקובל הונח כבר הבסיס להכרה בזכויות אדם אשר הפרתן מעניקה סעד של פיצויים לישראלים המפונים.

136. רביעית, מאז פרשת בן-ברוך חוקקה בישראל "מגילת זכויות סטטוטורית". אלה הם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. הם חלים במקרה שלפנינו. הם מכירים בזכויות חוקתיות-על-סטטוטוריות". אמת, לא נקבע בחוקי-היסוד עצמם סעד באשר לפגיעה בהם. הועלו בעניין זה אפשרויות שונות בספרות המשפטית (השוו א' ברק, פרשנות במשפט 785 (כרך שלישי, 1994)). אפשרות אחת הינה, כי הסעד יינתן במסגרת דיני הרשלנות שבפקודת הנזיקין (ראו ד' ברק, שם), או במסגרת דיני הפרת החובה שבהם (ראו א' ברק, שם, עמ' 787). אפשרות שניה מבקשת להסתמך על פרשת אדמה. על-פיה "נוצרת עילת-תביעה כאשר מתקיימים שלושה יסודות אלה: (1) הנתבע עשה מעשה בלתי-חוקי; (2) המעשה גרם נזק כספי לתובע או פגע בנחיותו או בהנאתו מרכושו; (3) הנזק או הפגיעה הם תוצאה ישירה וטבעית של מעשהו הבלתי חוקי של הנתבע" (השופט צ' ברנזון בע"א 140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד ט 1666, 1672). יש שראו בדבריו של השופט ברנזון בפרשת אדמה כביטוי לעולה בדבר היפר חובה חקוקה ולא כעילת תביעה עצמאית (ראו ע"א 416/58 ג'דעון נ' סלימאן, פ"ד יג 916, 921; ע"א 4/62 בורמן נ' בדנה בע"מ, פ"ד טז 2460; ע"א 55/56 ראש המועצה המקומית אשדוד נ' אורן, פ"ד כ(4) 841). אחרים מדגישים את האופי העצמאי של עילת תביעה זו (ראו מ' חשין, "דין נזיקין ודין אבות נזיקין במשפט ישראל", משפטים א 346, 365; א' ברק, שם, עמ' 789; ד' ברק, שם, עמ' 181; פרשת סוקר, עמ' 250, 261). גישה זו מבקשת למקם את פרשת אדמה במסגרת רחבה, שעניינה הכלל כי מקום בו זכות שם גם תרופה (*ubi ius ubi remedium*). על פי גישה זו "הסעד הוא פונקציה של הזכות" (ראו ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278, 292). "הלך הסעד אחר הזכות" (ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 687). לפי תפיסה זו, משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנגזר ממנה. כך הדין, למשל, בארצות-הברית לעניין הפרת הזכויות הקבועות במגילת הזכויות האמריקנית (ראו א' ברק, שם, עמ' 703). אין סיבה שלא להכיר בדין דומה בישראל (ראו א' ברק, שם, עמ' 703, 704).

137. נראה לנו, איפוא, כי עמדת המדינה, לפיה "המסגרת המשפטית הכללית אינה מעמידה עילת תביעה מוגדרת, אם בכלל" (תגובה מטעם המדינה מיום 4.4.2005, עמ' 96), אינה משקפת את המצב המשפטי הקיים. עם זאת, המסגרת המשפטית הכללית טרם הגיעה לגיבוש מלא. זאת ועוד: בעיות לא פשוטות עשויות להתעורר באשר להערכת הנזק וקביעת הפיצוי. בעניין זה יש להתחשב, כפי שראינו, בזמניות התפיסה הלוחמתית. כן יהא מקום להתחשב, כגורם המפחית את הנזק והפיצוי, בתמיכות השונות שהמדינה תמכה, במשך השנים, בבניית ההתיישבות של הישראלים באזור המפונה, כגון, בכל הנוגע להקצאת קרקעות ומתן מענקים והלוואות (במישרין ובעקיפין). על רקע זה, נראה לנו כי המחוקק פעל כראוי שעה שקבע הסדר מקיף של פיצויים בחוק יישום ההתנתקות עצמו. תפקידנו בהקשר זה – על רקע הטיעונים שהועלו בפנינו – הוא כפול: ראשית, עלינו לבחון אם מודל הפיצויים שבחוק יישום ההתנתקות על פי הנחותיו שלו הוא חוקתי. זוהי בחינה של חוק יישום ההתנתקות על פי המודל שהוא הציב לעצמו. שנית, עלינו לבחון אם גישתו של המחוקק באשר ל"ייחוד העילה" (סעיף 134) ול"ווייתור על קבלת פיצוי לפי החוק" (סעיף 135), הינה חוקתית. על שתי בחינות אלה נעמוד לאחר שנבחן את טענות העותרים באשר למודל הפיצויים שבחוק יישום ההתנתקות.

מטרת הסעד

138. הכלל הבסיסי בפיצוי על נזק הינו כי הפיצוי נועד להחזיר את המצב לקדמתו (*restitutio in integrum*). זהו אחד מאותם "עקרונות-יסוד ודוקטרינות ששיטת המשפט כולה ספוגה בהם... אמורים [הם] לשמש, ומשמשים הם בדינו, כלי-מלאכה, ועושים אנו בהם בחיי היומיום ליישומו של צדק במשפט" (השופט מ' חשין

בע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73, 100; להלן – פרשת דבש; פרשת הורוויץ (פסקה 15 לפסק דינו של השופט מ' חשין)). בתי המשפט ראו בעקרון זה "עקרון גג" (רע"א 2371/01 אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ, פ"ד נו(5) 787, 792 (להלן – פרשת אינשטיין)). מטרתו של הפיצוי, על פי גישה זו, הינה להעמיד את הנפגע, באותו מצב בו היה נתון בעת הפגיעה, לולא הפגיעה (ראו ע"א 355/80 איניסמוב בע"מ נ' מלון טירת בת-שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800, 808; פרשת אינשטיין, עמ' 792; ע"א 140/00 עזבון המנוח אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ (טרם פורסם)). לעתים העמדת הנפגע באותו מצב בו היה נתון בעת הפגיעה לולא הפגיעה היא בלתי אפשרית. כך בוודאי במצבים שונים בתחום דיני הנזיקין (ראו א' ברק, "הערכת הפיצוי בנוזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי", עיוני משפט ט 243 (1983); להלן – ברק, הערכת הפיצוי). כך גם בתחומים רבים אחרים, כגון הפקעות. במצב דברים זה יש להעמיד את הנזוק, במונחים כספיים, קרוב למצב בו היה נתון בעת הפגיעה בזכות לולא הפגיעה. "בהיעדר יכולת להשיב מצב לקדמותו בעין יעשה המשפט להשבת מצב לקדמתו קרוב ככל-הניתן להשבה בעין (cy-près), ובהיעדר יכולת לעשות אפילו כך, ישמש הסולבנט האוניברסלי – הכסף – תחליף להשבת המצב לקדמתו" (השופט מ' חשין בפרשת דבש, עמ' 99). פיצוי הניתן בדרך זו הוא פיצוי נאות והוגן. זוהי גם מטרת הפיצוי לפי חוק יישום ההתנתקות. סעיף 1(2) לחוק קובע:

מטרת החוק

1. חוק זה מטרתו להסדיר את העניינים שלהלן, לשם יישום תוכנית ההתנתקות:

(1) ...

(2) מתן פיצויים הוגנים וראויים, בנסיבותיו המיוחדות של העניין, מאוצר המדינה לזכאים לכך לפי חוק זה.

אכן, פיצוי "מלא", פיצוי "נאות", פיצוי "הוגן", החזרת המצב לקדמתו – כל אלה חד הם (ראו ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 772).

139. העקרון הכללי הוא, אם כן, אחד. הוא מוסכם בעיקרו על הצדדים. כמקובל בתחום זה, העקרון הכללי דורש קונקרטיזציה, אשר תיתן תשובה לשאלה, מה משמעותו לנסיבות הפינני על פי חוק יישום ההתנתקות? נראה לנו כי הפעלתו לנסיבות המקרה שלפנינו משמעותה היא זו: יש להעניק לישראל המפונה מהשטח המפונה אותו סכום בכסף, אשר יאפשר לו לבנות מחוץ לשטח המפונה את ביתו, עסקיו ושאר מערכות יחסיו שנפגעו בשל הפינוי, וזאת בתנאים דומים לתנאים שהיו לו בשטח המפונה, תוך "קיצוץ" טובות הנאה שניתנו ושהיו קשורות לטיבו של השטח המפונה. ההצעות שהעלתה המדינה באשר לאזורי ייחוס ראויות לבחינה, אך אין הן ממצות את הבחינה. אמת מידה זו היא אינדיבידואלית. היא תופרת את חליפת הפיצוי על פי מידותיו של כל נזוק. עם זאת, גם אמת המידה האינדיבידואלית סומכת עצמה, לעתים קרובות, על נתונים סטנדרטיים. האם משיג חוק יישום ההתנתקות מטרה זו?

140. התשובה לשאלה זו קשה היא. היא מחייבת בחינה כוללת המשקיפה על התמונה כולה, וזאת "ממעוף הציפור" של מכלול ההסדרים שבחוק. בחינה זו מורכבת היא, שכן היא חייבת להתחשב בכל מרכיביו של החוק, ובהם הסדרי המס המיוחדים, המענקים ותשלומים מיוחדים שיוכלו להשתלם בנסיבות מיוחדות (ראו פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 402). כל אלה מקשים על הערכה כוללת. זאת ועוד: חוק יישום ההתנתקות נקט במודל שיש בו מיזוג בין אמות מידה סטנדרטיות ("תעריפים") לבין אמות מידה אינדיבידואליות. ההיבט הסטנדרטי מוצא ביטוי, בין השאר, ביסודות של מסלול א' ומסלול ב' בפיצוי על בית מגורים. בדומה, הפיצוי על עסקים – הן במסלול לפי שווי הנכסים והן במסלול לפי השווי הפיננסי – מבוסס על רכיבים סטנדרטיים. עם זאת, יש בחוק יישום ההתנתקות יסודות אינדיבידואליים רבים. כך, למשל, השומה הפרטנית בפיצוי בשל בית מגורים מבוססת על אמת מידה אינדיבידואלית. הוא הדין במסלול החזר מחיר רכישה (סעיף 7 לתוספת השניה). גם הפיצוי בגין עסקים יש בו היבטים אינדיבידואליים. חלק ממרכיבי הפיצוי במסלול "השווי הנכסי" מבוססים על הנתונים הפרטניים של העסק, כגון העלות המתואמת של המבנה והעלות המתואמת של פריטי הרכוש הקבועים בדו"חות הכספיים. הפיצוי במסלול "השווי הפיננסי" מבוסס על הרווח הטיפעולי של העסק בהתאם לדוחותיו הכספיים. בנוסף, החוק הקים "ועדה מיוחדת" (סעיף 137) המוסמכת, בהתקיים תנאים הקבועים בחוק, להגדיל את סכום הפיצוי (סעיף 137(ב)). בהסתכלות כוללת, הנדרשת בעניין שלנו, נראה לנו כי בעיקרו של דבר, ומתוך מבט על הטיפוסי והממוצע, הפיצוי שנקבע בחוק יישום ההתנתקות הוא ראוי, והוא מגשים את אמת המידה שהציב לעצמו ("פיצויים הוגנים וראויים": סעיף 1(2)), שהיא גם אמת המידה הראויה להערכת הנזק. עם זאת, אין באפשרותנו לקבוע, כי אמות המידה שחוק יישום ההתנתקות קובע מבטיחות פיצוי ראוי בכל המקרים. עשויים להיות מקרים, אשר את שיעורם איננו יכולים לקבוע, בהם הפיצוי יהא מעל לנדרש; ועשויים להיות מקרים, בהם הפיצוי יהא מתחת לנדרש. בוודאי כך, לאור חוסר הבהירות השורר לדעתנו בשאלת מפתח שעניינה שווי הקרקע באזור המפונה. הערכה ראויה צריכה לקחת בחשבון שווי זה. המחלוקת העיקרית בעניין זה היא בשיעורו של השווי. האם הוא קרוב לאפס, כטענת המדינה, או הרבה למעלה מכך, כטענת העותרים. לא נוכל להכריע במסגרת העתירות שלפנינו, מה שווי המדויק של הקרקעות באזור המפונה בכלל ובאזור ארז בפרט. מקובלת עלינו, בעניין זה, טענת המדינה כי השווי הוא בוודאי נמוך באופן משמעותי משווי הקרקע באזורי

הייחוס. כמו כן, הפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני ("כאב וסבל") בחוק הוא חלקי בלבד. הוא מוצא את ביטוי בהסדרים בעניין המענק האישי. בחלק מהמקרים הסדרים אלה עשויים שלא לספק. על רקע מצב דברים זה מתעוררת השאלה, אם הסדר הפיצויים שנקבע בחוק יישום ההתנתקות הוא מידתי?

141. ככלל, מודל של פיצויים בגין נזק המבוסס על אמות מידה סטנדרטיות ("תעריפויות") עשוי לקיים את אמות המידה החוקתיות. זאת, מקום שכנגד הפגיעה בזכותו של הניזוק בגין האופי התעריפי של הפיצוי עומדת הרחבת אחריותו של הפוגע והסדרים מיטיבים אחרים. כך הוא הדין, למשל, לעניין ההסדרים על פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. כנגד הגבלת סכומי הפיצויים באה האחריות המוחלטת של המזיק. מצב דברים זה אינו קיים במקרה שלפנינו. מהו, איפוא, הגורם המאזן בחוק יישום ההתנתקות, שיש בו כדי לקיים את הדרישות החוקתיות שבפסקת ההגבלה לגבי אותם ניזוקים שבסופו של יום יקבלו על פי החוק פיצוי הנופל מהפיצוי ההוגן והראוי? המדינה משיבה על שאלות אלה בהפנותה לאותן הוראות בחוק, המבוססות על הסדרים אינדיבידואליים. הוראות אלה מקטינות, כמובן, את הפער. נתקשינו עם זאת בשאלה אם מבטלות הן אותו. הדבר מותנה באופן היישום של הוראות אלה ובפירוש שיינתן להן. לא נוכל כיום ליתן תשובה מקיפה לעניין זה. יש, על כן, לקבוע גורם מאזן נוסף, שיהא בכוחו להתגבר על הפער בין הפיצוי ההוגן והנאות לבין סכומי הפיצויים שיתקבלו על פי חוק יישום ההתנתקות. לדעתנו, הגורם המאזן הוא בכוחו של הישראלי המפונה, הסבור כי הפיצוי שניתן לו נופל מהפיצוי ההוגן והמלא, לפנות אל מחוץ לחוק, לעבר הדין הכללי, ולבקש בו את הפיצוי שהוא ראוי לו. זאת בנוסף לתיקונים בחוק עליהם נעמוד בהמשך.

142. מודעים אנו לכך שפתרון זה אינו אידיאלי. עם זאת, השאלה הניצבת לפנינו הינה, אם בשל האפשרות שחלק מהנפגעים מיישום תוכנית ההתנתקות לא יקבלו פיצוי הוגן וראוי על פי הוראות החוק, יש לפסול את הסדרי הפיצויים כולם? אכן, אין לשכוח כי עניין לנו בשאלה אם חוק חוקתני. בעניין זה יש להכיר, מחד גיסא, במרחב התימרון של המחוקק, ומאידך גיסא, בריסון השיפוטי הנדרש. על רקע זה נראה לנו, כי בפתחת הפתח לתביעת פיצויים על פי הדין הכללי יימצא האיזון הראוי בין מכלול הסדריו של חוק יישום ההתנתקות. כפי שנראה בהמשך, חוק יישום ההתנתקות מגביל אפשרויות אלה. הוא אינו מאפשר למי שקיבל פיצוי על פי חוק יישום ההתנתקות לתבוע על פי הדין הכללי. לדעתנו, הוראה זו אינה מידתית ולכן אינה חוקתית. נעמוד על כך בהמשך.

(4) היום הקובע

143. הסדרי הפיצוי בחוק יישום ההתנתקות מבוססים על העקרון לפיו המועד הרלוונטי לקביעת הזכאות לפיצויים ולחישוב היקף הזכאות – "היום הקובע" – הוא מועד החלטת הממשלה (מס' 1996) לאשר את "תוכנית ההתנתקות המתוקנת", החלטה שהתקבלה ביום 6.6.2004. עקרון כללי זה קבוע בסעיף 138 לחוק, המורה כי "לא יינתנו פיצויים לפי חוק זה בעד נכס או זכות שנוצרו או שנרכשו לאחר היום הקובע, אלא אם כן נקבע מפורשות אחרת בחוק זה". הגדרת היום הקובע – 6 ביוני 2004 – מצויה בסעיף 2 לחוק. ל"יום הקובע" נפקויות רבות לעניין הזכאות וחישוב הפיצויים. כך למשל, "בעל זכות בבית מגורים" הוא בעל זכות ב"יום הקובע" (סעיפים 32 ו-35); זכות לפיצוי במסלול ב' עומדת למי שמרכז חייו ב"יום הקובע" ושנתיים לפני כן היה בישוב מפונה (סעיף 36); תקופת הוותק לצורך חישוב הפיצוי במסלול ב' מסתיימת ב"יום הקובע" (סעיפים 1 ו-3 לתוספת השניה); שומה פרטנית של בית מגורים תיערך ל"יום הקובע" (סעיף 4 לתוספת השניה); מענק הוצאות הובלה ומענק לדמי שכירות ניתן למי שב"יום הקובע" גר בישוב מפונה (סעיף 44); המענק האישי ניתן למי שב"יום הקובע" היה בן 21 שנה לפחות (סעיף 46); תקופת הוותק לצורך חישוב דמי ההסתגלות לעובדים מסתיימת ב"יום הקובע" (סעיף 52); הזכאות לדמי פרישה היא לעובד שב"יום הקובע" מלאו לו 55 שנה; הפיצוי לעסק ניתן לעסק פעיל ב"יום הקובע" (סעיף 64).

144. בעתירות נטען כי קביעת "היום הקובע" לצרכי החוק היא שרירותית לחלוטין. לעיגונו של "היום הקובע" ביום 6.6.2004 אין הצדקה ואין זיקה למציאות בשטח. נטען על ידי העותרים כי קביעת "היום הקובע" כיום החלטת הממשלה יוצרת פגיעה רטרואקטיבית בזכויות. החלטת הממשלה לא יצרה מצב בן פועל תחיקתי. בהחלטת הממשלה נאמר במפורש כי אין בה קביעה שיפוני ישובים. ההחלטה לא חיבה איש לשנות את התנהלותו ותוכניותיו. למעשה, במרבית המקרים היא גם לא אפשרה לעשות כן. לטענת העותרים, במציאות הפוליטית שהייתה קיימת אז, איש לא ידע אם מהלך ההתנתקות יצלח, אם לאו. גורל הפינוי לא היה ידוע. העותרים סבורים כי אין לקבל את התעלמותו של המחוקק מכל מה שארע לאחר "היום הקובע". עם קבלת החלטת הממשלה העולם לא עצר מלכת. השקעות בנכסים שנעשו לאחר היום הקובע – הן בבתי מגורים הן בעסקים – נעשו בגלוי ולאור יום, כדת וכדין, בידיעתה של המדינה. התעלמות מכל אלה הופכת את הפיצוי לבלתי מידתי.

145. לשיטתם של חלק מן העותרים, "היום הקובע" צריך להיות סמוך ככל האפשר למועד הפינוי ולמועד מתן הפיצוי. בעתירות שעסקו בבתי המגורים נטען כי גריעת שנת הוותק מ"היום הקובע" עד לפינוי בפועל אינה

חוקתית. הם מבקשים כי המועד הקובע לעניין הוותק יהיה מועד הפינוי בפועל. נטען כי המנגנון המפצה לפי הוותק עד ה"יום הקובע" יוצר הפליה בין מתיישבים חדשים לוותיקים. גם התניית חלק מהזכויות במרכז החיים ב"יום הקובע", אין לה צידוק הגיוני. לעומתם, עותרים מאזור התעשייה ארז מעוניינים ש"היום הקובע" להערכת שווי נכסיהם יהיה מועד כלשהו בעבר, לפני האירועים הבטחוניים שהביאו לסגירת אזור התעשייה בפני פועלים פלסטיניים. לטענתם, המועד לקביעת שווי המקרקעין צריך להיות ערב פרסום תוכניתו של ראש הממשלה בדבר ההתנתקות, פרסום שנעשה בסוף שנת 2003. אחרים סבורים כי כלל לא ניתן להעריך שווי לפי יום נתון שנקבע באופן שרירותי, אלא יש לעשות כן על פני תקופה.

146. כנגדם טוענת המדינה, כי לא נפל כל פגם בקביעת "היום הקובע" ליום החלטת הממשלה ב-2004.6.6. בהחלטת הממשלה קבעה הממשלה את יום קבלת ההחלטה כיום הקובע לזכות לפיצוי. החלטת הממשלה פורסמה לציבור, בין היתר באתר האינטרנט של משרד ראש הממשלה. מאותו מועד ואילך כל השקעה בשטח המיועד לפינוי היתה "בסיכון גבוה". מי שבחר בכל זאת להשקיע לקח את הסיכון המלא על עצמו. הקופה הציבורית אינה צריכה לשאת בתשלום פיצוי למי שבחר לעבור להתגורר בשטח המיועד לפינוי או להשקיע בו לאחר החלטת העקרונית של הממשלה. בהתחשב בכך שחלפו כשמונה חודשים בין החלטת הממשלה לחקיקת החוק, מקום שהכנסת השתכנעה כי קיים הצדק לשלם פיצוי על נכס שבא לעולם אחרי "היום הקובע", היא קבעה את הזכאות בחוק תוך סטייה מן היום הקובע. המדינה סבורה כי שינוי "היום הקובע" למועד מאוחר להחלטת הממשלה, הוא בעל השלכות שליליות חמורות. משמעות הדבר היא מתן זכאות למי שהגיע לאזור המפונה לאחר שכבר היה ברור שהממשלה מתכוונת לפנותו עד לסוף שנת 2005. המדינה מוסיפה כי החוק ביקש שלא ליצור תמריץ שלילי להתפנות מרצון, החל ממועד החלטת הממשלה. המחוקק הגביל את צבירת הוותק רק עד ל"יום הקובע" ולא עד ליום הפינוי בפועל כדי שלא לעודד מתיישבים להישאר באזור המפונה רק כדי לצבור ותק לצורך פיצויים.

147. מנגנוני הפיצוי בחוק מתבססים, ברובם, על מועד קלנדרי מסויים לצורך קביעת הזכאות וחישוב הזכאות בעילות הפיצוי השונות. המועד הקלנדרי שנקבע בחוק כ"יום הקובע" הוא 6 ביוני 2004, מועד החלטת הממשלה לאשר את "תוכנית ההתנתקות המתוקנת". עקרונית הפיצוי בחוק נקבע מתוך הנחה כי, עקרונית, ניתן יהיה לצבור זכויות רק עד למועד זה. לא השתכנעו כי בעצם קביעתו של "יום קובע" אחיד, שהוא מועד החלטת הממשלה, יש כדי לפגום בחוקיות החוק. קביעת מנגנוני פיצוי מחייבת קביעת מועד לחישוב הזכויות. זה עניין חשובנאי. אין המדובר ברטרואקטיביות. בידי הכנסת היו אפשרויות שונות לקביעת "היום הקובע". ניתן היה אף לקבוע "ימים קובעים" נפרדים לעניינים שונים. הכנסת יכלה לבחור כל אחת מבין האפשרויות השונות בגדרי מיתחם ההגבלה. שיקול הדעת בעניין זה נתון למחוקק. לרשותו מרחב של תמרון. ככלל, בית המשפט לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול דעתו ולא יעצב מחדש את מנגנוני הפיצוי. "היום הקובע" צריך לבטא, בתוך מתחם סביר של זמן, איזון בין האינטרסים הנוגעים לעניין. כל מועד שיקבע, בתוך מתחם זה, יהיה בהכרח שרירותי במידת מה. עובדה זו כשלעצמה, אין בה כדי להביא לבטלות "היום הקובע". אין יסוד לפסול את המועד רק משום שהמחוקק יכול היה לקבוע מועד שונה, לצורך תחשיב כזה או אחר של הפיצויים.

148. בבחירה ביום החלטת הממשלה אין כשלעצמה משום חוסר מידתיות. במועד זה החלו צעדים ממשיים ראשוניים לקראת מימוש תכנית ההתנתקות. כבר בהחלטת הממשלה נקבע כי מועד זה יהיה "היום הקובע". הדבר נועד למנוע השקעות ורכישות ספקולטיביות לשם זכייה בפיצויים, לאחר שהממשלה קיבלה החלטה עקרונית לגבי פינוי. ממועד החלטת הממשלה אין כבר ציפיה לגיטימית לפיצוי בגין אירועים המאוחרים להחלטה. לגבי שומת הנכסים, "יום קובע" שהוא מוקדם יחסית, שהוא סמוך לתחילת ההחלטות העקרוניות אודות המהלך של הפינוי, מנטרל, עד כמה שניתן, את השפעת עצם ההחלטה המדינית בדבר הפינוי על שווי הנכסים.

149. סוגיית היום הקובע, על הקשריה השונים, נדונה בהרחבה גם בוועדות הכנסת. נשמעו קולות שונים. הרעיון הבסיסי, העובר כחוט השני בדיוני הוועדות, היה למנוע ניצול לרעה של הסדר הפיצויים, על ידי רכישת מעמד לזכאות לאחר שהממשלה החליטה על ההתנתקות. יחד עם זאת, בתחומים מסויימים מצאה הכנסת לנכון להגמיש את המועד הקובע. בנושאים מסויימים נקבע מועד ייחוס שונה מ"היום הקובע". כך, למשל, מענק ההובלה, שנקבע לפי גודל המשפחה, הוא לפי גודל המשפחה ביום הפינוי. הוא הדין לעניין דמי השכירות, המחושבים לפי גודל המשפחה ביום הפינוי. גם מרוץ ההתיישנות של תביעות לוועדת הזכאות מתחיל רק ביום הפינוי (סעיף 113(1) לחוק). התקופה שנקבעה לפטור ממכרז להתקשרות עם מינהל מקרקעי ישראל היא שלוש שנים מיום הפינוי. הגמשה נוספת נקבעה לעניין זכות לשומה פרטנית, המוקנית גם למי שביום תחילתו של החוק בניית ביתו טרם הושלמה, ובלבד שביום הקובע היה בידו היתר בנייה. הגמשה של המועד הרלוונטי לעריכת תחשיב שווי ניתן למצוא במסלול שנקבע לעסק של חקלאות, שם ניתנה אפשרות לבחור "תקופה קובעת" לצורך חישוב הפיצויים אשר תכלול גם את שנת 2004 (הגדרת "התקופה הקובעת" בסעיף 62 לחוק).

150. בסיכום הדברים, לא מצאנו כי נפל פגם חוקתי בעצם הקביעה של "יום קובע" כנקודת מוצא לעריכת חישובים. היום הנקבע מצוי, עקרונית, במיתחם ההגבלה. היום הקובע אינו שרירותי. הוא היום שבו התקבלה החלטת הממשלה. הגישה העקרונית כי ממועד זה לא תיווצר זכאות חדשה לגבי מי שלא היה זכאי במועד זה, אין בה משום חוסר סבירות. יחד עם זאת, יש לבחון את התאמתו של המועד שנקבע לכל הסדר פיצוי פרטני. אין לשלול את האפשרות כי הוא אינו מתאים לכל מנגנוני הפיצוי. ייתכן כי בעניינים מסויימים, ההיצמדות ל"יום הקובע" עשויה להיות בלתי הולמת. המחוקק עצמו מצא לנכון לסטות מהיום הקובע בכמה נושאים. גמישות זו

מלמדת על התייחסות עניינית שנועדה למנוע עיוותים. נטען בפנינו כי בעניינים נוספים מוצדק לשנות את המועד הקובע. טענות אלה יידונו בהמשך, במסגרת הדיון הפרטני באותם הסדרי פיצוי. בין היתר, תיבחן בהרחבה סוגיית "השנה האבודה", היא שאלת צבירת הוותק מאז "היום הקובע" ועד ליום הפינוי, שיש לה נגיעה הן לעניין פיצוי בגין בית מגורים במסלול ב', הן לעניין המענק האישי, והן לעניין דמי ההסתגלות לעובדים.

(5) היחס לפיצוי מפוני סיני

151. נטען בפנינו, כי הסדר הפיצויים הקבוע בחוק יישום ההתנתקות מפלה לרעה את המתיישבים ואת בעלי העסקים בשטח המפונה לעומת אלה שפוננו מחצי סיני בעקבות הסכם השלום בין ישראל ומצרים. על-פי הטענה, עיקר ההפליה טמון בכך שהפיצוי שנקבע בחוק פיצוי מפוני סיני כלל רכיבי-פיצוי רבים שאינם מופיעים בחוק יישום ההתנתקות. כך למשל, פיצה חוק פיצוי מפוני סיני בעלי עסקים בשל הוצאות והפסדים עקב העברת העסק או חיסולו ופיצוי בגין הפסד מוניטין. כן נקבעו באותו חוק אזורי ייחוס מפורשים (באילת ובערד) להערכת שווי הזכויות במקרקעין שבוטלו. מנגנון דומה של הערכת שווי לא נקבע ביחס למפונים לפי תוכנית ההתנתקות. התוצאה היא, לדברי העותרים, שהפיצוי המובטח לפי חוק יישום ההתנתקות נמוך בהרבה מן הפיצוי שניתן במסגרת חוק פיצוי מפוני סיני, וזאת ללא כל טעם סביר. בכך רואים העותרים הפליה שאינה מבוססת על שוני רלוונטי ואשר פוגעת בכבודם של המתיישבים, ולכן יש להורות למחוקק לתקן את הסדרי הפיצוי הנוכחיים כך שיתאימו ל"קנה המידה" שנקבע בחוק פיצוי מפוני סיני.

152. המדינה שוללת את ההשוואה שעורכים העותרים עם חוק פיצוי מפוני סיני. המדינה מציינת כי במסגרת עבודת המטה הממשלתית, שנערכה מראשית שנת 2004 לבחינת יישום תכנית ההתנתקות, נלמדו ביסודיות לקחי פינוי סיני. הבחינה העלתה כי חוק פיצוי מפוני סיני לקה בכמה ליקויים מערכתיים, ונעשה ניסיון להימנע מהם בפניו הנוכחי. כך מצוין, כי הצעת חוק פיצוי מפוני סיני הוגשה כהצעת חוק פרטית, ולא ממשלתית, פורסמה פחות מחודש לפני הפינוי, והדיון בה היה מהיר ביותר. בהיבטים רבים עיגן החוק הסכמים פרטניים שונים אליהם הגיעה הממשלה עם מגזרים שונים של מתיישבים בסיני, ללא ראייה מערכתית כוללת ושוויונית. ניסוח הצעת חוק יישום ההתנתקות נעשה, על כן, בהתחשב בניסיון שנצבר מחוק פיצוי מפוני סיני. לאור זאת נוצר הסדר שהנו שונה בעניינים רבים מחוק פיצוי מפוני סיני, כולל בסכומי הפיצוי. בנסיבות אלה, טוענת המדינה, אין מקום להשוואה בין החוקים, וממילא אין מדובר בהפליה לרעת העותרים.

153. לדעתנו, לא עלה בידי העותרים לבסס טענה של ממש בדבר פגיעה בזכות לשוויון. פינוי סיני לחוד ופינוי חבל עזה וצפון השומרון לחוד. אמת, בשני המקרים מדובר בפינוי אוכלוסייה ישראלית משטח שהיה מצוי מאז 1967 בתפיסה לוחמתית. אולם בכך תם הדמיון בין האירועים. כל אירוע התייחד בנסיבותיו-שלו, בכל הנוגע להקשרים המדיניים, הכלכלי והמשפטי שסבבו את העניין. בעקבות זאת נחקקו בשתי הפעמים חוקי-פיצוי שונים, הקובעים הסדרים ייחודיים שאין ביניהם בסיס של ממש להשוואה. מפוני סיני ומפוני ההתנתקות הינם קבוצות נבדלות, כל קבוצה על תביעותיה, זכויותיה והסדרי הפיצויים שנקבעו לה. אכן, אפילו ניתן היה לקבוע כי מפוני סיני זכו בהסדר-פיצוי מטיב לעומת זה שנקבע למפונים על-פי חוק יישום ההתנתקות – ובהעדר תמונה כוללת בעניין לא נביע כל עמדה בדבר – לא היה בכך בלבד כדי להצדיק התערבות בהסדר הפיצוי הנוכחי. המדינה רשאית להעניק בנסיבות מסוימות הסדר כזה ובנסיבות שונות הסדר אחר, ובלבד שבכל מקרה מקיים הפיצוי את תנאי החוקתיות לפגיעה בזכויות האדם עקב הפינוי. נושא זה ייבחן בהמשך בבדיקת חוקתיותם של הסדרי הפיצוי הקבועים בחוק יישום ההתנתקות; אין לו דבר עם הוראותיו של חוק פיצוי מפוני סיני. לאור מסקנתנו זו, איננו רואים מקום לבחון, בהקשר שלפנינו, את השאלות המשפטיות הקשורות במעמדה החוקתי של הזכות לשוויון, ומיקומה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו גם פסקה 240 להלן).

(6) מנגנון ההכרעה בתביעות הפיצויים לפי החוק

154. במקצת מן העתירות (בג"ץ 3059/05, בג"ץ 2252/05 ובג"ץ 3205/05) העלו העותרים טענות כנגד חוקתיותו של המנגנון שנקבע בחוק להכרעה בתביעות הפיצויים של המפונים. יצוין כי העתירה בבג"ץ 3059/05 מיקדה עצמה רק בטענות כנגד המנגנון האמור. כפי שיפורט להלן, מנגנון ההכרעה שנקבע בחוק מורכב משני גופים עיקריים – ועדות הזכאות והוועדה המיוחדת. במסגרת המנגנון האמור הועיד המחוקק תפקיד גם לשמאי הממשלתי הראשי. לטענת העותרים, הסמכויות הנתונות בחוק לגופים האמורים, הרכבם של גופים אלה והמנגנון שקבע המחוקק לביקורת שיפוטית על החלטותיהם, לוקים בפגמים חוקתיים המצדיקים התערבות של בית-משפט זה. לשם הכרעה בטענות האמורות, נעמוד תחילה על הרכבם של הגופים האמורים, סמכויותיהם ותכלית הקמתם בהתאם לתכליות הכלליות של החוק. לאחר מכן נפנה לדיון בטענות העותרים.

ועדות הזכאות

155. פרק ג' לחוק יישום ההתנתקות הוקדש למנגנון ההכרעה בתביעות הפיצויים, ובמרכזו עומדות ועדות הזכאות המוקמות על-פי הוראת סעיף 10(א) לחוק. על-פי האמור בסעיף זה, על מנהל המינהלה להקים ועדות

זכאות. כל ועדת זכאות כוללת ארבעה חברים: עובד מדינה הכשיר להיות שופט של בית-משפט השלום שימנה שר המשפטים, והוא יהיה יושב-ראש הוועדה; מנהל המינהלה או נציגו שהוא עובד המינהלה; חשב המינהלה או נציגו; וכן נציג ציבור בעל ניסיון מתאים שימנה שר המשפטים בהתייעצות עם ראש המועצה האזורית שומרון או עם ראש המועצה האזורית חוף עזה או עם שניהם (סעיף 10(ב)). על-פי הוראת-סעיף 12(א) לחוק, התובע פיצויים על-פי החוק יגיש את תביעתו באמצעות מנהל המינהלה אל ועדת הזכאות. סעיף 11 לחוק מונה את סמכויותיה של הוועדה. וזו לשון הסעיף:

סמכויות ועדת הזכאות
11. ועדת הזכאות מוסמכת –

- (1) לקבוע את זכאותו של תובע לפיצויים ואת היקף הזכאות לפי הוראות חוק זה;
- (2) לקבוע את סכומי הפיצויים המגיעים לתובע לפי הוראות חוק זה;
- (3) לאשר, לפני קביעת סכומי הפיצויים כאמור בפסקה (2), מטעמים שיירשמו, מתן תשלומים לתובע על חשבון הפיצויים.
- (4) לבדוק ולאשר הסכמים שערכה המינהלה עם התובעים בעניין הפיצויים.

לפי חוק יישום ההתנתקות, עיקר תפקידה של ועדת הזכאות הוא לקבוע את זכאותו של התובע לפיצויים וכן את סכומי הפיצויים המגיעים לו על-פי החוק. הפיצויים כוללים את מכלול התשלומים שיינתנו למפונים. על החלטותיה של ועדת הזכאות בעניינים אלה ואחרים, רשאי התובע לערער בפני בית-משפט השלום בירושלים (סעיף 17(א)), ועל פסק-דינו ניתן לערער בזכות לבית-המשפט המחוזי בירושלים שידון בערעור בשופט אחד (סעיף 18). בהתאם לדין הכללי, החלטתו של בית-המשפט המחוזי בערעור על בית-משפט השלום תהא נתונה לערעור ברשות בפני בית-המשפט העליון.

156. מהוראותיו של פרק ג' לחוק יישום ההתנתקות ומההיסטוריה החקיקתית של החוק עולה כי מטרת הקמתן של ועדות הזכאות היתה ליצור מנגנון אשר יקיים את תכלית החוק למתן פיצוי הוגן במהירות וביעילות בתביעות המפונים לפי החוק; מנגנון אשר הכרעותיו תהיינה פומביות ונגישות לביקורת ציבורית. ההנחה היתה כי הקמת מנגנון שיוביל למתן הכרעות הוגנות, מהירות ויעילות בתביעות המפונים, יאפשר לשלם את כספי הפיצויים לזכאים במהירות האפשרית, ובכך יסייע להם בתהליך המעבר אל מחוץ לאזורי הפינוי. תכליות אלה תואמות את תכליותיו הכלליות של החוק ליתן "פיצויים הוגנים וראויים בנסיבותיו המיוחדות של העניין לזכאים לכך לפי החוק" וכן לסייע לזכאים לפי החוק "בתהליך הפינוי ובמעבר למקומות מגורים ותעסוקה חדשים" (סעיף 1).

157. הרכבן של ועדות הזכאות, סדרי הדיון בפניהן וההליך שנקבע בחוק לביקורת שיפוטית על החלטותיהן, יוצרים מנגנון מיוחד שאין זהה לו בחוקים אחרים. נוצר מנגנון שתכליתו לסייע למתן הכרעה הוגנת, מהירה ויעילה בתביעות הפיצויים של הישראלים המפונים על-פי אמות-המידה והתבחינים שנקבעו בחוק יישום ההתנתקות. כפי שראינו, כוללת הוועדה ארבעה חברים. כשירותם של חברי הוועדה כמפורט בהוראת-סעיף 10(ב) לחוק, אמורה להבטיח כי ועדת הזכאות תורכב מבעלי הידע והמומחיות הנדרשים לצורך קביעת היקף זכאותו של התובע לפיצויים וסכומם. בהתאם לכך, יושב-ראש הוועדה הוא עובד מדינה הכשיר להיות שופט בית-משפט שלום, ולפיכך הוא בעל הידע והכישורים לניהול הדיון בתביעות הפיצויים ולמתן הכרעה מאוזנת בהן בהתאם לחוק. נציגו של מנהל המינהלה אף הוא חבר בוועדת הזכאות. על-פי הוראת-סעיף 4 לחוק, מופקדים מנהל המינהלה ועובדיה על יישום תוכנית ההתנתקות ועל ביצוע הוראות החוק. לפיכך, מנהל המינהלה או נציגו הם בעלי ראייה רחבה וכוללת של מכלול ההיבטים הכרוכים בפינוי ובמעבר של המפונים למקומות החדשים. חשב המינהלה או נציגו, האמונים על בחינת ההיבטים הכספיים הכרוכים בתביעות הפיצויים שיוגשו בפני הוועדה. יצוין כי בהצעת החוק המקורית, הורכבה ועדת הזכאות משלושת החברים האמורים בלבד. במסגרת הדיונים בוועדות הכנסת הוחלט להוסיף להרכבה של ועדת הזכאות נציג ציבור שימונה על-ידי שר המשפטים בהתייעצות עם ראש המועצה האזורית שומרון, או עם ראש המועצה האזורית חוף עזה או עם שניהם. המטרה היתה לאפשר שקיפות וביקורת ציבורית על הליך עבודתה של הוועדה, וכן ליתן מענה לדרישת המתיישבים לייצוג בהרכבן של ועדות הזכאות. נוכח תיקונה של הצעת החוק כך שוועדת הזכאות תכלול ארבעה חברים כאמור לעיל, הוסיף וקבע המחוקק כי החלטות ועדת הזכאות תתקבלנה ברוב דעות חברי הוועדה, ובאין רוב לדעה אחת, תכריע דעת יושב-ראש הוועדה (סעיף 15(ד) לחוק).

158. דרכי הטיפול בתביעות הפיצויים וסדרי הדיון בפני ועדות הזכאות מפורטים בסימן ב' לפרק ג' לחוק. עיון בהוראות-חוק אלה מלמד כי דרכי הטיפול וסדרי הדיון שנקבעו בחוק נועדו למספר תכליות: ראשית, להביא לידי כך שבפני ועדות הזכאות יוצגו מכלול המסמכים, הראיות והעדויות הרלוונטיים לצורך קביעת היקף הזכאות וסכום הפיצויים לו זכאים התובעים על-פי אמות-המידה שנקבעו בחוק יישום ההתנתקות. זאת, על-מנת לאפשר לוועדת הזכאות ליתן החלטה מבוססת המתחשבת במכלול הנתונים הרלוונטיים לצורך הכרעה בתביעות. בהתאם לכך, נקבע כי על התובע פיצויים לפי החוק להגיש לוועדת הזכאות באמצעות מנהל המינהלה תביעה מפורטת

בצירוף ראיות (סעיף 12(א)). התביעה תיתמך בתצהיר המאמת את העובדות הכלולות בו, והתובע רשאי לצרף כל מסמך ותצהיר נוסף שיש בהם לדעתו כדי לתמוך בתביעה (סעיף 12(ד)). על-פי הוראת-סעיף 14 לחוק, רשאית ועדת הזכאות לדרוש מהתובע כל מידע או מסמך הדרושים לה לצורך בירור התביעה, והיא זכאית לבקש מידע, מסמכים וחוות-דעת מאת גופים ורשויות, אם הדבר דרוש לה לצורך בירור התביעה. כן רשאית הוועדה להסתמך על מידע, מסמכים, חוות-דעת, הערכות ושמואות שיזמה או אספה המינהלה ובלבד שתינתן לתובע הזדמנות לעיין בהם ולטעון טענותיו לגביהם, בדרך שתורה הוועדה (סעיף 15(ז)). בנוסף, קבע המחוקק כי לוועדת הזכאות תהיינה סמכויות לפי סעיפים 9 עד 11 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, על-מנת ליתן בידיה כלים מתאימים לזימון עדים ולחיובם להעיד בפני הוועדה (סעיף 15(ה)). כל זאת, במטרה שמכלול החומר הרלוונטי יימצא בפני הוועדה לשם מתן הכרעה בתביעות שבפניה. יצוין כי סעיף 15(ו) לחוק מסמיך את ועדת הזכאות לדון ולהחליט בתביעות הפיצויים על-פי הטענות והראיות שהוגשו לה בכתב בלבד, אולם לבקשת התובע תינתן לו הוועדה הזדמנות לטעון את טענותיו בעל-פה ולהציג בפניה ראיות בדרך שתורה. עוד יצוין כי נוכח הצורך בהכרעה יעילה ומהירה בתביעות הפיצויים, מוסיפה הוראת-סעיף 15(ח) לחוק וקובעת כי אם התובע לא מסר תוך זמן סביר מידע או מסמכים שברשותו או בשליטתו על-אף שנדרש למסרם, או הפריע בדרך אחרת לבירור התביעה, רשאית ועדת הזכאות להכריע בתביעה על יסוד ממצאים והנחות שקבעה על-פי שיקול-דעתה והחומר שלפניה.

159. שנית, סדרי הדיון נועדו להביא לכך שההליכים בפני ועדת הזכאות יהיו פשוטים ויעילים. בכך יהיה כדי להקל על התובעים לנהל את תביעותיהם וכן לאפשר הכרעה בתביעות מהר ככל הניתן כדי לסייע למפונים בתהליך המעבר אל מקומות המגורים והתעסוקה החדשים. בהתאם לכך, נמנע המחוקק מהכפפתה של ועדת הזכאות לסדרי דיון נוקשים ובלתי גמישים. לפיכך, נקבע בהוראת-סעיף 15(א) לחוק יישום ההתנתקות של ועדת הזכאות "תפעל בדרך הנראית לה מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה בתביעה, ותקבע את סדרי בירור התביעה והדיון בה בהתאם להוראות חוק זה ולהנחיות ראש ועדות הזכאות ככל שיינתנו". עוד נקבע כי ועדת הזכאות לא תהיה קשורה בסדרי הדיון ובדיני הראיות הנהוגים בבתי-המשפט, פרט לדיני חסינות עדים וראיות חסויות כאמור בפרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (סעיף 15(ב) לחוק). במתן חירות לוועדה לפעול שלא על-פי דיני הראיות, נפתחה אפשרות רחבה לאיסוף חומר מכל סוג שיש בו כדי לבסס או לתמוך בתביעות הפיצויים. לשם מתן הכרעה מהירה בתביעות אלה, קבע החוק כי החלטתה של ועדת הזכאות תינתן לא יאוחר מתום שישים ימים מהמועד שבו הומצאו לה כל הראיות הדרושות למתן החלטה, והושלמה שמיעת הראיות והטיעונים במקרים בהם התובע ביקש לטעון טענותיו בפני הוועדה ולהציג בפניה את ראיותיו (סעיף 16(ב) לחוק).

160. התכלית השלישית אותה נועדו סדרי הדיון הקבועים בחוק להגשים היתה להבטיח פומביות ושקיפות של החלטות ועדות הזכאות על-מנת לאפשר ביקורת ציבורית על עבודתן והכרעותיהן. בהתאם לכך, קבע המחוקק כי ההנחיות שיקבע ראש ועדות הזכאות בנוגע לסדרי בירור התביעה והדיון בה יפורסמו בדרך שיוורה (סעיף 15(א) סיפא). עוד נקבע בחוק כי החלטתה של ועדת הזכאות תהיה מנומקת ותינתן בכתב, וכי תמצית החלטה תפורסם בהתאם להנחיות ראש ועדות הזכאות, בהשמטת פרטים מזהים ונתונים אחרים שיש בהם משום פגיעה בפרטיות או בסודות מסחריים (סעיף 16).

161. הכרעותיהן של ועדות הזכאות בתביעות הפיצויים המוגשות בפניהן אינן בגדר סוף פסוק. הן נתונות לביקורת שיפוטית. החוק לא הפקיד את סמכות הביקורת בידי ועדות ערר מעין-שיפוטיות המתמנות על-ידי הרשות, אלא קבע כי ערעור על החלטותיה על ועדת הזכאות יוגש במישרין לבית-משפט השלום בירושלים (סעיף 17(א)). מהוראותיו של חוק יישום ההתנתקות ומההיסטוריה החקיקתית שלו עולה כי הביקורת השיפוטית שיפעיל בית-משפט השלום על החלטותיהן אינה ביקורת בג"צית על-פי עילות הביקורת השיפוטית-מינהלית. מדובר בביקורת ערעורית במסגרתה בוחן בית-משפט השלום את תוכן החלטותיהן של ועדות הזכאות. הוא מוסמך ליתן כל החלטה שהיתה מוסמכת ליתן ועדת הזכאות. ביקורת ערעורית זו רחבה יותר על-פי טיבה ומהותה מביקורת שיפוטית במתכונת בג"צית (ראו דברי הנשיא י' זוסמן בע"א 461/69 ביטון נ' הממונה על מס הבולים, פ"ד כד(1) 50, 55; דברי השופט א' גולדברג בע"א 1326/91 הבורסה לניירות ערך נ' כץ, פ"ד מו(2) 441, פסקה 9 ואילך). מטרתו של החוק היתה לאפשר בכך ביקורת שיפוטית רחבה ומקיפה על הליך קביעת היקף הזכאות וסכומי הפיצויים לזכאים לכך לפי החוק. דומה כי מטעם זה אף נמנע החוק מהגבלת הערעור בפני בית-המשפט המחוזי לשאלה משפטית בלבד, כפי שנקבע בחוקים אחרים (ראו והשוו: סעיף 12א וסעיף 34(א) לחוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 [נוסח משולב]; סעיף 123 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995; סעיף 90 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963).

162. על סדרי הדיון בפני בית-משפט השלום בדונו בערעורים על החלטותיהן של ועדות הזכאות, נעמוד עוד בהמשך. בשלב זה נציין כי בכפוף לסדרי הדיון שנקבעו בהוראת-סעיף 17 לחוק, ראה המחוקק להותיר שיקול-דעת רחב לבית-משפט השלום בקביעת סדרי הדיון בערעור על החלטות ועדות הזכאות, במטרה לאפשר גמישות ופישוט של הליכי הערעור בפניו. בהתאם לכך נקבע בחוק כי בית-משפט השלום ידון בערעור "בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה" (סעיף 17(ה)). עוד נקבע כי בית-משפט השלום, כמו ועדות הזכאות עצמן, לא יהיה קשור בדיני הראיות פרט לדיני חסינות עדים וראיות חסויות כאמור בפרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (סעיף 17(ו)). יצוין כי בית-משפט השלום בירושלים ובית-המשפט המחוזי בירושלים כערכאת הערעור שמעליו, הם שמונו על-פי החוק להכריע במכלול הערעורים על החלטותיהן של ועדות הזכאות. ניכר כי מטרת החוק היתה לייחד את בתי-המשפט בירושלים לדיון בערעורים האמורים, על-מנת לאפשר להם

לרכוש מיומנות בסוגיות הכרוכות בכך ובדרך זו לסייע במתן הכרעות מהירות ועילות בערעורים אלה. כן נועד הדבר לאפשר ככל הניתן אחידות הן בדרכי הדיון בערעורים והן בקביעות המהותיות ביחס להחלטותיהן של ועדות הזכאות.

163. טענתם המרכזית של העותרים בפנינו היתה כי ועדות הזכאות מהוות גופים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים, אשר מעיקרן נועדו להחליף את מערכת בתי-המשפט האזרחיים בכל הנוגע לפסיקת הפיצויים לפי חוק יישום ההתנתקות. לטענתם, מסקנה זו מתבקשת מדרכי הטיפול וסדרי הדיון שנקבעו בחוק לעניין תביעות הפיצויים המוגשות בפני ועדות הזכאות. כך למשל, ציינו העותרים כי הוראת-סעיף 15(א) לחוק הקובעת כי ועדת הזכאות "תפעל בדרך הנראית לה המועילה ביותר..." , דומה להוראות-החוק בנוגע לסדרי הדין החלים בבתי-המשפט לענייני משפחה ובבתי הדין לעבודה. קביעת החוק כי ועדת הזכאות אינה קשורה בדיני הראיות ובסדרי הדין הנוהגים בבתי-המשפט נחוצה לגישת העותרים, רק אם ועדות הזכאות מהוות גופים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים. העובדה כי ניתנו בידיהן של ועדות הזכאות סמכויות לזימון עדים ולחיובם להעיד על-פי סעיפים 9 עד 11 לחוק ועדות חקירה, מצביעה אף היא – כך לטענת העותרים – על האופי המעין-שיפוטי שלהן. צירופו של נציג ציבור להרכבה של ועדת הזכאות מאפיין אף הוא טריבונליים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים, להבדיל מגופים מינהליים. מסקנה דומה מתבקשת לטענת העותרים מהחיוב הפרסם בציבור את תמצית הכרעותיהן של ועדות הזכאות. העותרים הוסיפו וטענו כי העובדה שכלל, בית-משפט השלום בדונו בערעורים על החלטותיהן של ועדות הזכאות אינו גובה ראיות ואינו שומע עדים אלא "מטעמים מיוחדים שיירשמו" (סעיף 17(ד) לחוק), מעידה אף היא על מהותן המעין-שיפוטית של הוועדות האמורות.

164. על יסוד עמדתם לפיה ועדות הזכאות מהוות טריבונליים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים, טענו העותרים כי אופן הקמתן והרכבן של ועדות הזכאות מעורר חשש ממשי מפני ניגוד עניינים ומשוא פנים. כפי שצוין לעיל, ועדות הזכאות מוקמות על-ידי מנהל המינהלה, שהיא הגוף המוסמך לשלם פיצויים לזכאים לכך לפי חוק יישום ההתנתקות (סעיף 4(ב)(1) וסעיף 19(א)). שלושה מבין ארבעת חברי הוועדה הינם עובדי מדינה, כאשר שניים מתוך אותם שלושה עובדי מדינה הם עובדי המינהלה - המנהל או נציגו וכן חשב המינהלה או נציגו. על-פי הטענה, תפקידם של עובדי המינהלה הוא יישום החוק מתוך ריסון וחיסכון תקציביים. לטענת העותרים, הרכב זה של ועדת הזכאות מוביל לכך שבעל-הדין הופך לדיין, מצב שהוא מנוגד למושכלות היסוד של שיטתנו החוקתית ולעקרונות הצדק הטבעי. לטענתם, הרכבן של ועדות הזכאות פוגע שלא כדין ובאופן בלתי מידתי בזכות הגישה לערכאות, הכוללת בתוכה את הזכות להישמע בפני ערכאה שיפוטית ניטרלית, עצמאית ובלתי תלויה. לגישת העותרים, זכות הגישה לערכאות זוכה להגנה חוקתית, בהיותה חלק מהזכויות החוקתיות לכבוד, לחירות ולקניין. נוכח הפגיעה הבלתי מידתית בזכויות החוקתיות האמורות, טענו העותרים כי יש להורות על ביטולן של ועדות הזכאות כך שתביעות הפיצויים לפי החוק יידונו בבתי-המשפט האזרחיים. בטיעונים המשלימים בבג"ץ 3059/05 העלה העותר טענה חלופית לפיה ניתן היה לקבל את הרכב ועדת הזכאות כגוף האוסף נתונים ומקבל החלטה ראשונית ובלבד שבת-המשפט יקימו דיון אדברסרי בו יובאו מכלול הראיות שהוצגו בפני הוועדה לדיון מחודש.

165. מנגד, טענה המדינה כי טיעונים שעניינם ניגוד עניינים ומשוא פנים בהרכבן של ועדות הזכאות, אין בכוחם להקים עילה חוקתית להתערבות בחקיקה ראשית של הכנסת. לגופם של דברים, טענה המדינה כי ועדת הזכאות מהווה גוף מינהלי שהחלטותיו הן מינהליות על-פי טיבן. על-פי הטענה, מטרת הקמתן של ועדות הזכאות היתה לאפשר למדינה לקבל החלטות מושכלות מטעמה בנוגע לתביעות הפיצויים של המפונים. בהתאם לכך, ועדות הזכאות מהוות גוף מינהלי המחליט מטעם המדינה ועבורה בתביעות הפיצויים, ואין בהן כדי להוות טריבונליים מעין-שיפוטיים המכריעים בסכסוך. לפיכך, טענה המדינה כי טיעוני העותרים בדבר החשש מפני משוא פנים וניגוד עניינים נוכח הרכבן של ועדות הזכאות, חסרי יסוד.

166. השאלה מהו גוף מעין-שיפוטי ומה מבחין בינו לבין גוף מינהלי טהור, אינה פשוטה למענה. ההכרעה בה העסיקה את בתי-המשפט עוד לפני שנים. עמד על כך השופט מ' זילברג עוד בבג"ץ 3/58, 9 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493 (להלן – פרשת ברמן) באומרו כי: "...עוד לא הצליח אדם להגדיר בדיוק נמרץ, ואפילו לא כל כך נמרץ, את משמעות המלה 'מעין'..." (שם, בעמ' 1504). נראה כי הקושי במתן הגדרה ממצה נובע מהיותם של רבים מהגופים הסטטוטוריים בעלי תכונות מעורבות – מינהליות ושיפוטיות. דומה כי השאלה מה טיבו של גוף הפועל על-פי חוק – האם שיפוטי, מעין-שיפוטי או מינהלי טהור – שאלה שבדרגה היא, ותלויה בתכליתו של החוק, בהגדרת תפקידיו וסמכויותיו של הגוף הנדון ובמכלול נסיבות העניין (ראו: דברי השופט ש' לוי בבג"ץ 701/81 מלאך נ' לוי, פ"ד לו(3) 1, 12). על-אף הקושי במתן הגדרה ממצה, מקובל לומר כי מאפיין מרכזי של גוף או טריבונל מעין-שיפוטי טמון בהיותו פוסק בריב (Lis) בין שני צדדים וזאת על-פי הליך דמוי משפט. לשון אחר; נדרש משולש של שני צדדים מתדיינים וביניהם הרשות הפוסקת (ראו למשל: דברי הנשיא מ' לנדוי בד"נ 15/79 ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד לה(3) 29, 37 (להלן – פרשת ליבל); עוד ראו והשוו: דברי השופט א' ברק בע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 126; כן ראו: ב' ברכה משפט מינהלי 66 (כרך א', תשנ"ח)).

167. תכלית הקמתן של ועדות הזכאות על רקע תכליות הכלליות של החוק; תפקידיהן וסמכויותיהן של הוועדות האמורות, וההיסטוריה החקיקתית של חוק יישום ההתנתקות, מלמדים כי ועדות הזכאות אינן מהוות טריבונליים מעין-שיפוטיים אלא גופים מינהליים המכריעים בתביעות הפיצויים עבור המינהלה. ראשית,

מהוראות-החוק עולה בבירור כי ועדות הזכאות מהוות זרוע של המינהלה. כפי שצוין לעיל, ועדות אלה מוקמות על-ידי מנהל המינהלה (סעיף 10(א)), ותביעות הפיצויים מוגשות להן באמצעות המנהל (סעיף 12(א)). הוראות-חוק אלה מדגישות את היותן של ועדות הזכאות גוף מינהלי המכריע בתביעות הפיצויים עבור המינהלה, שעליה מוטל תפקיד תשלום הפיצויים לזכאים לכך לפי החוק. שנית, מהוראות-החוק עולה כי ועדת הזכאות אינה מכריעה בריב (Lis) בין שני בעלי-דין חיצוניים לה, אלא תפקידה להכריע עבור המינהלה בתביעות הפיצויים שהגיש לה התובע. תימוכין לכך ניתן למצוא בעובדה שהמינהלה אינה רשאית לערער על החלטותיה של ועדת הזכאות בפני בית-משפט השלום (סעיף 17(א)), שכן הכרעתה של ועדת הזכאות בתביעות הפיצויים היא למעשה הכרעתה של המינהלה. זאת ועוד; ועדת הזכאות היא המשביה בערעור בפני בית-משפט השלום והיא מיוצגת בידי בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 17(ב)). מכאן עולה כי ועדת הזכאות היא בעלת-הדין ואין מתקיים אותו יחס משולש של שני צדדים מתדיינים וביניהם גוף פוסק. שלישית, העובדה כי על החלטותיו של בית-משפט השלום בדונו בערעור על הכרעותיהן של ועדות הזכאות, ניתנה זכות ערעור נוספת לבית-המשפט המחוזי שלא הוגבלה לשאלה משפטית בלבד, יש בה כדי לתמוך במסקנה בדבר אופיה המינהלי של ועדת הזכאות. הנה כי כן, על-פי אמות המידה שגיבשה פסיקתנו ניתן לקבוע בעניין שלפנינו כי ועדת הזכאות אשר בידה הופקדה הסמכות להכריע בדבר היקף הזכאות וסכום הפיצויים, הינה גוף מינהלי הפועל בשם הרשות שתפקידה לשלם פיצויים לזכאים לכך לפי החוק.

168. יודגש כי ועדת הזכאות אינה קובעת על-פי שיקול-דעת בלתי מוגבל את היקף הזכאות ואת סכום הפיצויים שישתלמו לתובע. עליה לקבוע נתונים עובדתיים ומכוחם לגזור את עצם הזכאות, את היקפה ואת סכום הפיצוי בהתאם לאמות-המידה שהותוו בחוק יישום ההתנתקות. ההליך של קביעת נתונים עובדתיים ומתן החלטה שיש בה כדי להשפיע על זכויותי המהותיות של התובע, אין בהם כשלעצמם כדי להכריע לעניין טיבו ומהותו של הגוף המחליט. בכל החלטה מינהלית בה נדרשת הכרעת הרשות ביחס לזכויות ולאינטרסים מוגנים של הפרט, מתמזגים יחדיו יסודות של קביעת עובדות והכרעה על-פיהן בהתאם לדין. במובן זה, כל החלטה מינהלית מסוג זה יש בה סממנים מעין-שיפוטיים (ראו: דברי הנשיא י' אולשן בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ון 1) 696, 702 (להלן – פרשת זקס); דברי הנשיא מ' לנדוי בפרשת ליבל, וכן דברי השופט א' ברק בפרשת ליבל הנ"ל (שם, בעמ' 48)). בשל אותם סממנים מעין-שיפוטיים המאפיינים הכרעה של גוף מינהלי ביחס לזכויות הפרט, חלים כללי הצדק הטבעי וחובות האמון על כל גוף מינהלי במתן החלטותיו. אולם בכך בלבד אין כדי להפוך גוף מינהלי על-פי מהותו לגוף שיפוטי או מעין-שיפוטי.

169. אכן, דרכי הטיפול וסדרי הדיון שנקבעו בחוק בנוגע לוועדות הזכאות, הופכים את ההליך המתקיים בפניהן לדמוי-משפט בהקשרים מסויימים. כך למשל בנוגע לתהליך איסוף הראיות, ככל שהוא מבוסס על הסמכות לזמן עדים ולחייבם במתן עדות. סמכות זו נועדה לאפשר לוועדות הזכאות להכריע מטעם הרשות בתביעות הפיצויים על-בסיס מלוא החומר הראייתי הנדרש לעניין, כדי לייעל את מנגנון ההכרעה בתביעות אלה. אין בסמכות זו וביתר הסמכויות שנקבעו בחוק כדי לשנות ממסקנתנו כי ועדות הזכאות מכריעות בתביעות הפיצויים עבור המדינה, ואין הן בגדר טריבונל שיפוטי או מעין-שיפוטי המכריע בריב שאינו לו.

170. טענת העותרים בפנינו היתה כי הרכבן של ועדות הזכאות מעורר חשש ממשי מפני ניגוד עניינים ומשוא פנים, באופן המקים עילה חוקתית להתערבותנו בדבר המחוקק. ייאמר מיד כי בנסיבות העניין איננו נזקקים לשאלה מהי הזכות הנפגעת כאשר מוקם גוף סטטוטורי שהרכבו נגוע במשוא פנים ובניגוד עניינים, והאם מדובר בזכות הזוכה להגנה חוקתית כחלק מכבוד האדם המוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם או מזכות פרטיקולרית אחרת המעוגנת מפורשות בחוק היסוד. טעם הדבר הוא כי בעניין שלפנינו לא שוכנענו כי הרכבן של ועדות הזכאות מעורר חשש מפני משוא פנים וניגוד עניינים כאמור בטיעוני העותרים.

171. ועדות הזכאות הן גופים מינהליים ותפקידן להכריע בתביעות הפיצויים עבור המינהלה. אין חולק כי היותו של גוף מינהלי לפי טיבו, אינו מוציאו מגדר תחולתם של כללי הצדק הטבעי וחובות האמון כלפי הציבור. ובלשונו של הנשיא א' ברק:

"כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (conflict of interest). לכלל זה מקורות מספר, אשר החשובים שבהם הם כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה. על-פי כללי הצדק הטבעי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של משוא פנים או דעה משוחדת... תחום פעולתו העיקרי של כלל זה הוא לעניין עובד ציבור המבצע תפקיד שיפוטי או כעין שיפוטי. אך אין הכלל מוגבל למצבים אלה בלבד. כל גוף ציבורי, יהא תפקידו אשר יהיה, חייב לבצע את תפקידו ללא דעה קדומה ומשוחדת, ללא פניות וללא משוא פנים" (בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד' 566, 569).

מהותו של גוף סטטוטורי ואופי הסמכויות המסורות לו יש בהם כדי להשפיע על ההכרעה בשאלה האם הרכבו של הגוף מעורר חשש ממשי מפני משוא פנים או ניגוד עניינים. משבאנו למסקנה כי ועדות הזכאות הן גופים מינהליים המכריעים בתביעות הפיצויים מטעם המינהלה, נשמט הבסיס מתחת לטענותיהם של העותרים לעניין הפסול בהרכבן. אין גם יסוד להסתמכותם של העותרים על פסיקתו של בית-משפט זה המתייחסת לבעייתיות שבהרכבם של בתי-דין מינהליים המשמשים טריבונלים מעין-שיפוטיים. נוכח תפקידה של ועדת הזכאות להכריע

עבור המינהלה בתביעות הפיצויים לפי החוק, אין כל פגם בכך ששלושה מחברי הוועדה הינם עובדי מדינה ושניים מהם משמשים כעובדי המינהלה. העותרים עצמם אישרו בטיעוניהם בפנינו כי אין פסול בכך שרשות מינהלית תסתייע לצרכיה בבעלי ידע ומומחיות המועסקים על-ידיה, לשם גיבוש עמדתה בתביעות המוגשות לה. נזכיר עוד כי באופן יוצא דופן יחס להרכבם של גופים מינהליים הפועלים מטעם הרשות, הוסיף המחוקק לוועדות הזכאות חבר שהוא נציג ציבור בעל ניסיון מתאים. ודוק, אין מדובר בנציג של הזכאים שהוא בעל עניין אישי בזכאות; אלא באיש ציבור מוכר אשר ברקע האישי שלו ובהכרת הנתונים יוכל לתרום להכרעה מנקודת מבטם של המתיישבים. כמוכן, שאין בעצם צירופו של נציג ציבור כדי לשנות מאופיה המינהלי של ועדת הזכאות והוא אף אינו מקים חשש לניגוד עניינים הפוסל את ההרכב כולו. אשר על כן, דין טענותיהם של העותרים בכל הנוגע להרכב של ועדות הזכאות להידחות.

172. טענה נוספת שהעלו בפנינו העותרים נגעה להיקף סמכותו של בית-משפט השלום בדונו בערעורים על החלטותיהן של ועדות הזכאות. את עיקר חיצייהם בהקשר זה הפנו העותרים כנגד הוראת סעיף 17(ד) לחוק שזו לשונה:

ערעור על החלטת ועדת הזכאות
... 17.

(ד) בית המשפט לא יקבל ראיות נוספות, ולא ישמע עדויות, אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו.

לטענת העותרים, בהתחשב בקביעה כי ועדת הזכאות מהווה גוף מינהלי המכריע עבור המינהלה בתביעות הפיצויים לפי החוק, הרי בית-משפט השלום משמש הערכאה השיפוטית הראשונה שדנה בתביעות אלה. בהתחשב בכך, ניתן היה לצפות כי בית-משפט השלום יקיים הליך בו ישמע מחדש את מכלול העדויות והראיות הרלוונטיות לעניין ויתרשם מהן באופן ישיר ובלתי אמצעי. לגישת העותרים, קביעת המחוקק לפיה ככלל, בית-המשפט אינו שומע עדויות ואף לא מקבל ראיות "אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו", פוגעת בזכותם לשמיעה הוגנת. הלכה למעשה, ניתן לומר כי העותרים טוענים לפגיעה בזכותם להליך הוגן. על-פי הטענה, פגיעה זו עולה כדי פגם חוקתי המצדיק התערבותנו בחוק.

173. השאלה מהו היקפה ותוכנה של הזכות להליך הוגן היא סוגיה לעצמה שלא כאן המקום לדון בה. ברקע הדברים ייאמר כי בנסיבות מתאימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. נסיבות אלה אינן מתקיימות במקרה שלפנינו. כאמור, נוכח השאיפה למתן הכרעות הוגנות, יעילות ומהירות בתביעות הפיצויים על רקע תכליותיו הכלליות של החוק, יצר המחוקק מנגנון מיוחד שאין זהה לו בחוקים אחרים. החוק ראה לצייד את ועדות הזכאות בכלים מתאימים על-מנת שמכלול הראיות והעדויות הרלוונטיות לעניין יובאו בפניהן לשם הכרעה מטעם המינהלה בתביעות שיוגשו להן לפי החוק. הסדר זה נועד להבטיח כי ועדות הזכאות תיתנה את הכרעתן על-בסיס מכלול החומר הראייתי הרלוונטי לעניין באופן שכלל, ימנע הצורך בהחזרת הדיון אליהן לשם השלמת נתונים חסרים. עוד נזכיר כי ועדות הזכאות רשאיות להכריע בתביעות על-בסיס טענות וראיות שהוגשו להן בכתב בלבד, אלא אם ביקש התובע להופיע בפני הוועדה ולהציג ראיותיו (סעיף 15(ו)). בהתחשב בכל אלה, קבע המחוקק כי עם הגשת ערעור לבית-משפט השלום יובא בפניו מכלול החומר הראייתי שהיה מונח בפני ועדת הזכאות (סעיף 17(ג)). על רקע זה, הניח החוק כי ככלל, לא יתעורר הצורך בקבלת ראיות או בגביית עדויות בפני בית-משפט השלום. אף-על-פי-כן, ראה החוק להוסיף ולקבוע כי לבית-המשפט סמכות לקבל ראיות ולגבות עדויות "מטעמים מיוחדים שיירשמו". דומה כי בכך כיוון החוק בעיקר למקרים בהם הגיע לתובע פרט מידע שלא היה ביכולתו לגלותו בטרם הגשת התביעה הראשונית, או לנסיבות מתאימות אחרות בהן סבור בית-המשפט כי קיימת הצדקה לקבלת ראיה או לגביית עדות. במקרים אלה, פתוחות בפני בית-המשפט שתי דרכי פעולה אפשריות. הבחירה ביניהן נתונה לשיקול-דעתו בהתחשב במכלול נסיבות העניין. האפשרות האחת היא להחזיר את הדיון לוועדת הזכאות על-מנת שתקבל את הראיה או תשמע את העדות, ותשקול את הכרעתה בהתאם לכך. האפשרות השנייה היא כי בית-המשפט עצמו יקבל את הראיה או ישמע את העדות וישקול את הכרעתו בערעור בהתחשב בהן. יש להניח כי בנוסף לאמור לעיל, תובע שנתגלה לו פרט מידע שלא היה ביכולתו לגלותו בטרם הגשת תביעתו הראשונית, רשאי לפנות ישירות לוועדת הזכאות על-מנת שתשקול מחדש הכרעתה בעניינו. נוכח היותה של ועדת הזכאות גוף מינהלי, רשאית היא כמוכן לדון שנית בהחלטתה ולבוחנה מחדש אם יש בסיס מספיק לכך (ראו: סעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; על גדריה של סמכות זו כאשר יש בה כדי לאצול על זכויות ואינטרסים מוגנים של הפרט, ראו: דברי השופט מ' חשין בבג"ץ 7193/97 מוסטפא עבד נ' השר לעניני דתות, פ"ד נב(5) 365, פסקה 18 ואילך, והאסמכתאות המובאות שם; עוד ראו: י' זמיר הסמכות המינהלית 981 (כרך ב, תשנ"ו)). ברי כי על החלטתה של ועדת הזכאות רשאי יהיה התובע לערער בפני בית-משפט השלום.

174. בהתחשב בכל האמור עד כה, מתבקשות שתי מסקנות: ראשית, יש לדחות את טענת העותרים לפיה הקמתן של ועדות הזכאות פגעה שלא כדין בזכות הגישה לערכאות. טענה זו חסרת בסיס בהתחשב בזכות הערעור הכפולה הנתונה לפי החוק על הכרעותיהן של ועדות הזכאות – תחילה לבית-משפט השלום ואחר-כך לבית-המשפט המחוזי – תוך אפשרות להגשת ערעור ברשות בפני בית-המשפט העליון. משלא הוכחה פגיעה בזכות הגישה לערכאות כנטען על-ידי העותרים, אין צורך שנכריע בשאלת היקף ההגנה החוקתית הנתונה לזכות

האמורה (ראו בעניין זה: דברי השופט א' גרוניס ברע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עזבון המנוח באסל נעים איברהים (טרם פורסם); דברי השופט א' פרוקצ'יה ברע"א 8292/00 יוספי נ' לוינסון (טרם פורסם); דברי השופט א' מצא ברע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים נ' מצפה כנרת, פ"ד נו(5) 156, פסקה 7; דברי הנשיא א' ברק בע"א 6805/99 תלמוד תורה נ' הוועדה המקומית, פ"ד נו(5) 433, בפסקה 1 לפסק-דינו; דברי השופט א' גולדברג בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 590 וכן דבריו של השופט מ' חשין, שם, בעמ' 629; ש' לוי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451, 452; י' רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (תשנ"ח) 139 ואילך והאסמכתאות המובאות שם). שנית, נוכח העובדה כי מכלול החומר הראייתי הרלוונטי להכרעה בערעור על החלטותיה של ועדת הזכאות מובא לעיונו של בית-משפט השלום, ובהתחשב בכך שלבית-המשפט שיקול-דעת בקבלת ראיות ובגביית עדויות בנסיבות מתאימות, אין כל יסוד לטענות כנגד הגינותם של הליכי ההכרעה בתביעות הפיצויים, ואף אלה דינן להידחות. אשר על כן, ונוכח מכלול הטעמים שהובאו, לא מצאנו עילה להתערבות בדבר המחוקק בכל הנוגע לועדות הזכאות ולמנגנון הערעור על החלטותיהן.

השמאי הממשלתי הראשי

175. במסגרת מנגנון ההכרעה בתביעות הפיצויים, ייחד המחוקק תפקיד לשמאי הממשלתי הראשי. השמאי הממשלתי הראשי הוא האחראי על כל שירותי שומת המקרקעין עבור משרדי הממשלה והגופים הממשלתיים (ראו: עע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים (טרם פורסם)). תפקידו המרכזי לפי חוק יישום ההתנתקות הוא בקביעת השומות הפרטניות מקום שהחוק מאפשר עריכת שומה פרטנית. המחוקק קבע אפשרות בחירה בשומה פרטנית לעניין פיצויים בשל בית מגורים (סעיף 37(ב)), וכן לעניינים מיוחדים נוספים על-פי בקשת התובע המעוניין בכך (ראו למשל: סעיף 80(ב) לעניין מוסד ציבור; סעיף 84(ג) לעניין אגודה שיתופית התיישבותית; וכן סעיף 3(א)5) לתוספת השלישית לחוק לעניין החלופה של פיצוי בגין "קרקע אחרת" של עסק). על-פי האמור בחוק, מוסמך השמאי הממשלתי הראשי או נציגו לקבוע שומה בהתאם לכללי שמאות מקובלים לאחר שנתן לזכאי הזדמנות להביא ראיות ומסמכים, לרבות שמאויות מטעמו (סעיף 4(א) לתוספת השנייה לחוק). למותר לציין כי בעריכת השומה הפרטנית, על השמאי הממשלתי לשקול את מכלול החומר הראייתי שבפניו, לרבות השמאויות הפרטיות שהוגשו לו. על-פי השומה שיקבע השמאי הממשלתי תכריע ועדת הזכאות בתביעת הפיצויים שהוגשה לה, והכרעתה תהא נתונה לערעור בפני בית-משפט השלום כמפורט לעיל.

176. טענתם העיקרית של העותרים בעניין השמאי הממשלתי היתה כי הפקדת ההכרעה השמאית בידיו, מעוררת חשש ממשי מפני משוא פנים וניגוד עניינים עקב כך שהשומה הפרטנית תהיה מוטה לטובת המדינה שבשמה הוא פועל. לא מצאנו ממש בטענה זו. השמאי הממשלתי כמוהו כאורגן של ועדת הזכאות הפועלת כזרוע של המינהלה. עליו הוטל לבצע את השמאויות בענייני מקרקעין עבור המינהלה (סעיף 34(ג)). גם בכל הנוגע לשומות הפרטניות, עורך השמאי הממשלתי את השומה מטעמה של המינהלה ועבורה. הלכה פסוקה היא כי אין פסול בכך שלצורך קבלת הכרעות בעניינים הדורשים מומחיות מקצועית, מקבל הגוף המינהלי את הכרעתו של המומחה מטעמו ונשען על מיומנותו המקצועית (ראו והשוו: דברי השופט א' ויתקון בבג"ץ 77/58 טחן בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד יג 80, 83; דברי השופט ח' כהן בבג"ץ 13/80 "נון" תעשיית שימורים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 693, 696; דברי השופט ת' אור בבג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 506-507; דברי השופט א' ברק בבג"ץ 2400/91 בוני בנין נ' עיריית נתניה, פ"ד מה(5) 69, 72-73).

177. על השמאי הממשלתי מוטלת החובה לקיים הליך שמאי במסגרתו תינתן לתובעים שמיעה הוגנת ואפשרות הבאת ראיות והגשת חוות-דעת שמאויות פרטיות מטעמם. זאת ועוד; השמאי הממשלתי הוא הפוסק הקובע מטעם המדינה בשומות הפרטניות, אולם הכרעתו נתונה לביקורת שיפוטית-ערעורית שמפעיל בית-משפט השלום על החלטותיה של ועדת הזכאות. ברי כי כל החומר הראייתי שהובא בפני השמאי הממשלתי וועדות הזכאות, מועבר לעיונו של בית-משפט השלום. בידו לבחון את הכרעת השמאי הממשלתי אל מול מכלול החומר שבפניו, לרבות חוות-הדעת השמאויות הפרטיות במסגרת הליך הערעור המתקיים בפניו (סעיף 17(ג)). הנה כי כן, השמאי הממשלתי קובע את השומה הפרטנית מטעם המינהלה, אך הכרעתו נתונה לביקורת ערכאת הערעור (ראו והשוו: דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 7721/96 איגוד שמאי הביטוח נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, פסקה 37). אשר על כן, אין במילוי תפקידו של השמאי משום ניגוד עניינים, ואף לא מתקיימת פגיעה בזכות להליך הוגן שיש בה להקים עילה חוקתית להתערבותו בחוק. לפיכך, דין טענותיהם של העותרים בעניין זה להידחות.

הוועדה המיוחדת

178. במסגרת מנגנון ההכרעה שנקבע בחוק בנוגע לתביעות הפיצויים, הקים המחוקק גוף נוסף – הוועדה המיוחדת – שהרכבה וסמכויותיה מייחדים אותה כוועדה שתפקידה להכריע במקרים חריגים. הוראת-סעיף 137 בפרק ח' לחוק יישום ההתנתקות דנה בהרכבה של הוועדה המיוחדת ובסמכויותיה. הוועדה הינה רמת דרג ביחס לוועדות הזכאות, והיא מתמנית על-ידי ראש הממשלה. חברי הוועדה הינם מנהל המינהלה או המשנה שלו, המכהן כיושב-ראש הוועדה; משפטן שימונה באישור היועץ המשפטי לממשלה; נציג החשב הכללי במשרד האוצר; וכן נציג ציבור בעל ניסיון מתאים שימונה שר המשפטים בהתייעצות עם ראש המועצה האזורית שומרון, או עם ראש המועצה האזורית חוף עזה או עם שניהם. יצוין כי בדומה להרכבן של ועדות הזכאות, נציג הציבור הוסף להרכבה של הוועדה המיוחדת בשלבי החקיקה בכנסת.

179. תכלית הקמתה של הוועדה המיוחדת היתה ליתן מענה למקרים חריגים ויוצאי דופן שקיימת בהם הצדקה לחרוג ממסגרת הפיזיים שנקבעו בחוק. בהתאם לכך, עיקר סמכויותיה של הוועדה הינן להגדיל את הפיזיו הניתן בשל עסק לפי הצעתה של ועדת הזכאות אם הזכאי ביקש זאת "במקרים יוצאי דופן, על-פי כללים ובתנאים שקבע שר המשפטים בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת הכספים של הכנסת" (סעיף 68(א)); לאשר החלטתה של ועדת הזכאות להקטין את הפיזיו לבעלי עסקים במקרים יוצאי דופן (סעיף 69(ד)); וכן "לאשר תשלום מיוחד, לפני משורת הדין, למי שלא מתמלא בו תנאי מתנאי הזכאות לפיזיים" לפי החוק. זאת, אם ראתה הוועדה מטעמים שתפרט בהחלטתה כי "בשל נסיבותיו המיוחדות של המבקש מן הצדק לעשות כן" (סעיף 137(ב)(2)). על דרכי הטיפול וסדרי הדיון בפני הוועדה המיוחדת יחולו בשינויים המחוייבים הוראות-החוק החלות על ועדות הזכאות (סעיף 137(ה) לחוק).

180. ככלל, על החלטה של הוועדה המיוחדת רשאי המבקש לעתור לבית-המשפט לעניינים מינהליים בירושלים (סעיף 137(ד) לחוק). בהתאם לדין הכללי החל על העניין, נתונה החלטתו של בית-המשפט לעניינים מינהליים לערער בזכות בפני בית-המשפט העליון. יודגש כי להבדיל מסמכות הביקורת הערעורית על החלטותיה של ועדת הזכאות, הרי סמכות הביקורת השיפוטית על החלטותיה של הוועדה המיוחדת נושאת אופי של ביקורת שיפוטית-בג"צית על-פי עילות המשפט המינהלי. דומה כי השוני בעניין זה נובע מההבדלים בתפקידן של כל אחת מהוועדות ומאופי הזכויות המוכרעות על-ידן – בעוד שוועדת הזכאות מכריעה על-פי הזכויות הקבועות בחוק, מכריעה הוועדה המיוחדת בבקשות החורגות ממסגרת החוק. לפיכך, הביקורת השיפוטית על הכרעותיה של הוועדה המיוחדת מתמקדת בבחינת חוקיות החלטותיה ודרך קבלתן.

181. את הוראות-החוק הנוגעות לוועדה המיוחדת תוקפים העותרים בשני עניינים עיקריים. הטענה האחת נוגעת להרכב הוועדה. במסגרת טענה זו שבים ומעלים העותרים אותם טיעונים בדבר משוא פנים וניגוד עניינים שהעלו כנגד הרכבן של ועדות הזכאות. הטענה האחרת היא כי בהעדרם של כללים להפעלת שיקול-דעתה של הוועדה המיוחדת, אין היא רשאית להפעיל את סמכויותיה.

182. דין טענותיהם של העותרים לעניין הרכבה של הוועדה המיוחדת להידחות. בהיות הוועדה המיוחדת גוף מינהלי המכריע בבקשות שבפניו מטעם המינהלה, אין לנו אלא להפנות לטעמים שפורטו לעיל בעניין דחיית טענות העותרים בנוגע להרכבן של ועדות הזכאות (פסקאות 170-171 לעיל). למותר לציין כי העובדה שהוועדה המיוחדת מורכבת מבעלי תפקידים בכירים המוסמכים לחרוג במקרים יוצאי דופן ממסגרת החוק נועדה אך להקנות יתרון למפונים, ואין לעותרים בסיס להלין על כך.

183. אשר לטענה בדבר חוסר סמכותה של הוועדה המיוחדת להכריע בבקשות שיוגשו בפניה בהעדר כללים להפעלת שיקול-דעתה, הרי אף אנו סבורים כי יש בטענה זו ממש. משניתנו לוועדה המיוחדת הכוח והסמכות להכיר בזכאות לפיזיים ולפסוק סכומי פיזיים מעבר למסגרת הקבועה בחוק, עליה לפעול על-פי אמות-מידה שוויוניות, הוגנות וסבירות. על אמות-מידה אלה להיקבע אותם כללים אשר החוק הסמיך את ראש הממשלה ושר המשפטים, לפי העניין, לקובעם (ראו: סעיף 68(א) וסעיף 137(ו) לחוק). בשלב זה, בטרם נקבעו כללים כאמור, לא תוכל הוועדה המיוחדת להגיע לידי הכרעה בבקשות שיונחו בפניה, אף כי מובן שאין בהעדר הכללים כדי לפסול את עצם קיומה של הוועדה. יצוין כי בטיעוניה המשלימים הודיעה המדינה כי הכללים לעבודתה של הוועדה המיוחדת נמצאים בשלבים אחרונים של גיבוש, אך טרם אושרו על-ידי הגורמים המוסמכים לכך בחוק. יש לצפות כי מלאכה זו תסתיים בהקדם.

184. הנה כי כן, למעט טענתם של העותרים בנוגע לצורך בקביעת כללים להכרעה בבקשות המונחות בפני הוועדה המיוחדת, לא מצאנו ממש ביתר טענותיהם של העותרים בנוגע למנגנון ההכרעה בתביעות הפיזיים לפי החוק.

הערה לסיום

185. בהתאם להוראת-סעיף 4(ב)(1) לחוק יישום ההתנתקות, המינהלה היא הגורם המוסמך "לשלם לזכאים את הפיזיים שייקבעו להם לפי חוק זה, בהתאם למנגנוני התשלומים הקבועים לפי חוק זה". סעיף 9 לחוק מוסיף וקובע כדלקמן:

סיום פעולת המינהלה

9. (א) המינהלה תחדל לפעול עם סיום ביצוע תפקידיה לפי חוק זה או במועד אחר שעליו יורה ראש הממשלה; הודעה על חדילת פעילותה של המינהלה תפורסם ברשומות.

(ב) חדלה המינהלה לפעול כאמור בסעיף קטן (א), רשאי ראש הממשלה להסמיך גורם אחר לבצע תפקיד מתפקידיה שביצעו טרם הושלם ולתת הוראות נוספות הדרושות לשם כך, וכן רשאי הוא לתת הוראות בעניין מידע שנאגר ברשות המינהלה.

בבג"ץ 3059/05 טען העותר כי אם המינהלה תסיים את פעולתה בטרם יסתיים תשלום הפיצויים לפי החוק, עשוי הדבר להוביל לכך שביצוע תשלומי הפיצויים יופסק בטרם ישולם מלוא הפיצוי לזכאים לכך לפי החוק. על-פי הטענה, תוצאה זו תוביל לפגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לקניין. לפיכך, ביקש העותר להורות כי לסעיף 9 לחוק יתווסף סעיף-קטן (ג) שזו לשונו: "אין בסיום פעולת המינהלה כאמור בסעיף זה כדי לשלול זכות על פי חוק זה".

186. דין בקשתו האמורה של העותר להידחות. ראשית, בית-משפט זה אינו שם עצמו בנעליה של הכנסת, וככלל אין בידו להורות על הוספת סעיפים לחקיקה ראשית של הכנסת. שנית, בשלב זה אין כל ודאות שהמינהלה תסיים את פעולתה בטרם יסתימו תשלומי הפיצויים לפי החוק, ולפיכך העתירה בעניין זה מוקדמת. שלישית, לגופם של דברים, החשש שהעלה העותר אין בו ממש, בהתחשב בכך שהוראת-סעיף 9(ב) לחוק מסמיכה את ראש הממשלה למנות גורם אחר להשלים את ביצוע פעולותיה של המינהלה. אשר על כן, אין עילה להתערבות בהכרעתו של המחוקק בסוגיה האמורה.

(7) ייחוד עילה וויתור עליה

187. חוק יישום ההתנתקות קובע הסדר של ייחוד עילה (סעיף 134) וויתור עליה (סעיף 135). על פיו נתונה לישראלים המפונים הברירה האם לתבוע פיצויים על-פי ההסדר הקבוע בחוק, או לתבוע בבית משפט את זכויותיהם על-פי הדין הכללי, תוך ויתור על הזכויות המוקנות בחוק יישום ההתנתקות. כך מורים סעיפים אלה:

ייחוד העילה והסמכויות

134. (א) לא יינתן פיצוי ולא תהיה זכות, עילה או תביעה לפיצוי מאת המדינה או מאת רשות מרשויות ומי שפעל מטעמה, בשל הפינוי שבוצע ליישום תכנית ההתנתקות ושנעשה לפי הוראות חוק זה, לרבות בשל ביטול זכויות כאמור בחוק זה, ובשל החלטות רשויות המדינה הקשורות לפינוי כאמור, או בשל הפסד הכרוך בו, אלא מכוח חוק זה ולפי תנאיו, לרבות תשלום מיוחד לפי סעיף 137(ב)(2) לגבי מי שאינו זכאי לפי חוק זה.

(ב) לא תהיה מכוח משא ומתן, הסכם, החלטה, הבטחה, הוראה או מסמך אחר, כל זכות לפיצוי או עילת תביעה כלפי המדינה או כלפי רשות מרשויות ומי שפעל מטעמה, בשל הפינוי, אלא לפי הוראות חוק זה או הסכם לפיו.

(ג) לא תהיה סמכות לקבוע זכאות לפיצויים או סכום פיצויים לעניין חוק זה, אלא לפי הוראה של חוק זה.

ויתור על קבלת פיצוי לפי החוק

135. (א) סעיף 134 לא יחול על מי שויתר על קבלת פיצויים לפי חוק זה לרבות על קבלת תשלום מיוחד לפי סעיף 137(ב)(2), ובלבד שהויתור יהיה בתוך שלוש שנים מיום הפינוי הנוגע לאותו אדם, ושעד למועד הויתור לא הגיש תביעה או בקשה ולא היה צד להסכם לפי חוק זה.

(ב) ויתור יהיה בהודעה בכתב למינהלה בנוסח שייקבע בתקנות (בסעיף זה – כתב ויתור).

(ג) מי שמסר כתב ויתור רשאי לחזור בו בתוך 30 ימים מיום מסירת כתב הויתור; לא חזר בו כאמור, לא יהיה זכאי לתבוע פיצויים או לבקש תשלום מיוחד לפי חוק זה.

(ד) מי שהגיש תביעה או בקשה לוועדת זכאות או לוועדה מיוחדת רשאי לחזור בו בתוך 30 ימים מיום הגשת התביעה או הבקשה; לא חזר בו כאמור, לא יוכל לוותר על קבלת פיצויים לפי חוק זה כאמור בסעיף קטן (א).

(ה) היו שניים או יותר זכאי לפיצוי בשל בית מגורים אחד, לרבות בית שבבניה או מגרש לפי סימן א' בפרק ה', או בשל עסק שאינו תאגיד או בשל עסק הוא חממה, או שהיו זכאים למענקים ולשיפוי במשותף לפי סימן ב' לפרק ה', יהיה הויתור של כל הזכאים, וכתב הויתור ייחתם בידי כולם.

(ו) אגודה שיתופית התיישבותית וחבר במושב שיתופי כהגדרתו בסעיף 108(א), לא יהיו רשאים לחתום על כתב ויתור כאמור בסעיף קטן (א).

(ז) הוראות סעיף 21 יחולו, בשינויים המחויבים, על תביעה לפיצויים או על הליך משפטי אחר שהוגשו שלא לפי הוראות חוק זה בידי מי שמסר כתב ויתור לפי סעיף זה, ושלולא הויתור לא יוכל היה להגישם.

(ח) אין בויתור לפי סעיף זה כדי ליצור עילת תביעה אם אינה קיימת לפי דין.

188. העותרים מלינים כנגד הסדר זה. הם טוענים כי הוא יוצר ברירה למראית-עין בלבד. למעשה, הוא כופה על המתיישבים לבחור בפיצוי לפי החוק בלא לאפשר חלופת תביעה על-פי הדין הכללי, במיוחד נוכח הספק אם הדין הכללי מעמיד זכות ממשית לפיצוי. הסדר של ברירת עילה נפוץ בחקיקה הישראלית, בלא שיהיה בכך פגם חוקתי. למפונים ניתן זמן רב לבחור במסלול התביעה המועדף עליהם (שלוש שנים), וחזקה כי יוכלו לברר בתקופה זו איזה מסלול מיטיב עמם. הסדר ברירת העילה פוגעני פחות – מבחינת מגוון אפשרויות התביעה – מהסדר של "ייחוד עילה", שאף הוא מוכר ומותר בהקשרים שונים, והיה נחשב חוקתי גם בנסיבות חוק יישום ההתנתקות. לשיטת המדינה, דין הויתור שנקבע בחוק אינו שולל גישה לערכאות, שכן הוא קובע כחלק מהסדריו הפנימיים זכויות ערעור ועתירה לבית משפט השלום ולבית משפט לעניינים מנהליים על החלטות ועדת הזכאות והוועדה המיוחדת.

189. המדינה משיבה, כי די בהנחה שהוראות חוק יישום ההתנתקות מספקות פיצוי הולם לכל המתיישבים, כדי לקבוע שאין חובה חוקתית לאפשר חלופת תביעה על-פי הדין הכללי, במיוחד נוכח הספק אם הדין הכללי מעמיד זכות ממשית לפיצוי. הסדר של ברירת עילה נפוץ בחקיקה הישראלית, בלא שיהיה בכך פגם חוקתי. למפונים ניתן זמן רב לבחור במסלול התביעה המועדף עליהם (שלוש שנים), וחזקה כי יוכלו לברר בתקופה זו איזה מסלול מיטיב עמם. הסדר ברירת העילה פוגעני פחות – מבחינת מגוון אפשרויות התביעה – מהסדר של "ייחוד עילה", שאף הוא מוכר ומותר בהקשרים שונים, והיה נחשב חוקתי גם בנסיבות חוק יישום ההתנתקות. לשיטת המדינה, דין הויתור שנקבע בחוק אינו שולל גישה לערכאות, שכן הוא קובע כחלק מהסדריו הפנימיים זכויות ערעור ועתירה לבית משפט השלום ולבית משפט לעניינים מנהליים על החלטות ועדת הזכאות והוועדה המיוחדת.

190. לדעתנו, ההסדרים של חוק יישום ההתנתקות בעניין ייחוד העילה והויתור עליה אינם חוקתיים. זאת, משום שהם אינם מקיימים את דרישת המידתיות של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אנו סבורים, שהסדר ייחוד העילה והויתור אינם הסדרים שפגיעתם בזכויות מצויה במיתחם הכיבוד המותר לצורך מימוש תכלית של חוק יישום ההתנתקות, ועל כן הם נמצאים מפריס את מבחן המשנה השני של דרישת המידתיות. אכן, הסדר שיאפשר פנייה לדין הכללי, יביא את הפגיעה בזכויות הישראלים המפונים לרמה ראויה, מבחינת אפשרויות הפיצוי שלהם, וזאת בלא לסכל את תכליותיו של חוק יישום ההתנתקות. ביסוד גישתנו זו מונח השיקול כי שלילת האפשרות לקבלת פיצוי לפי החוק ממי שפנה לדין הכללי נוטלת מן הישראלים המפונים מקור כספי שהנו חיוני לצורך מעבר, שיקום והתבססות בימים, בשבועות ובחודשים הסמוכים לפינוי. אכן, מועד הפינוי נכפה על המפונים, והוא קרוב ביותר. לאחריו יוותרו רבים מהם מחוסרי דיור ופרנסה. מובן שבזמן שנותר לא קיימת אפשרות מעשית למצות את מסלול התביעה על-פי הדין הכללי, לא לצורך קבלת מלוא הפיצוי הנדרש לכינון חיים חדשים מחוץ לשטח המפונה; ואף לא לצורך השגת אמצעי-הביניים הנדרשים למציאת פתרונות זמניים. חוק יישום ההתנתקות אינו מבחין בין תשלומים מסוגים שונים. לעניין הויתור, תביעת הפיצוי המלא כמותה כתביעת הוצאות הובלה, דמי שכירות או דמי הסתגלות. זו כן זו משמעותו ויתור על הזכויות מכוח הדין הכללי (סעיף 135(ד) לחוק; ראו פסקה 52 לעיל לעניין צו הביניים שהוצא בנושא זה). הכרה בכך שקבלת פיצוי מכוח החוק לא תחסום את האפשרות לתביעה על-פי הדין הכללי תאפשר לישראלים המפונים לקבל את הסכומים העיקריים הנחוצים להם – הן להוצאות המיידיות והשוטפות והן להתבססות מחדש – במסגרת המנגנון המהיר והיעיל הקבוע בחוק, אך בלא שיישאל "שסתום" להבטחת חוקתיות הפיצוי באמצעות הפנייה לדין הכללי.

191. נוסף כי יכולת הפניה לסעד מכוח הדין הכללי חיונית היא כדי לקיים את האיזון עליו מבוסס מודל הפיצויים של חוק יישום ההתנתקות. כפי שראינו המודל ה"מעורב" עליו מבוסס הפיצוי בחוק, הבנוי על היבטים סטנדרטיים ועל היבטים אינדיבידואליים, עשוי במקרים מסוימים להביא לפיצוי שנופל מהפיצוי ההוגן והראוי הנדרש על פי אמות מידה חוקתיות. עשוי להיווצר מצב בו הפגיעה בזכויותיו של ישראלי מפונה אינה מידתית. הדרך למנוע חוסר מידתיות זה, ולאזן מצב דברים זה, היא בפתיחת הפתח לפנייה לדין הכללי, אשר נוקט באמת מידה אינדיבידואלית. מניעתה של פניה זו במקום שהוגשה תביעה או בקשה לוועדת הזכאות או לוועדה המיוחדת והפונה לא חזר בו (סעיף 135(ד)), שוללת אפשרות זו. אמת, סעיפים 134 ו-135 לחוק אינם מבוססים על ייחוד העילה. הם מאפשרים ויתור על הוראות החוק, תוך פניה לדין הכללי. אך מדוע יימנע מישראלי שפונה מהשטח המפונה מלפנות לדין הכללי רק משום שהוא פנה קודם לכן בתביעה או בבקשה לפי החוק ולא חזר בה ממנה בתוך 30 ימים מיום הגשת התביעה בבקשה? תשובתה של המדינה בעניין זה מבססת עצמה, בעיקרו של דבר, על שיקולי יעילות. כפי שנראה (ראו פסקה 236 להלן), שיקולים אלה אין בכוחם בלבד להסיר את חוסר המידתיות שבהוראות החוק לענייננו.

192. לבסוף, בחירה בין סעדים מקובלת היא בחקיקה (ראו: סעיף 323 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; סעיפים 36-336 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט-1959; סעיפים 21-21ב1

לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"ו-1950; סעיף 11 לחוק לפיצוי נפגעי גזות, התשס"ד-2004; סעיף 8 לחוק לפיצוי נפגעי עירוי דם (נגיף האיידס), התשנ"ג-1993). היא אינה מעוררת לרוב בעיה חוקתית (ראו: I. England, *The Philosophy of Tort Law* 125 (1993)). עם זאת, בבסיס ההכרה בחוקתיות הבחירה מונחת ההנחה כי הבחירה היא מודעת. אכן, "ויתור על זכות שלא מדעת... אינו בגדר ויתור" (השופט טירקל בבג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 713 (להלן – פרשת ניב)). "ויתור צריך שיעשה מתוך מודעות... כוחו של הויתור יפה רק כאשר מי שעלול להיפגע אכן מודע לזכותו" (השופט ד' לוי בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 308-309 (להלן – פרשת יפת)). עקרון זה, לפיו רק ויתור המבוסס על ידיעת הזכות והכרת החלופות הנו ויתור בעל משמעות, מאפיין תחומי משפט רבים. כך בדיני החוזים (ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים 778-779, 1125-1128 (כרך ב', 1992); S. Wilken, T. Villiers, "Waiver, Variation", (1992); R.H. Christie, "The Law of Contract in South Africa" 489-490 (3rd ed., 1996); כן בדיני השליחות (א' ברק, חוק השליחות 259 (1975)); כן בדיני הראיות (פרשת יפת, שם; בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 83); כן בסדר הדין הפלילי (סעיף 28(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996; סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1962 G. E. Dix, "Waiver in Criminal Procedure: A Brief for More Careful Analysis" 55 Tex. L. Rev. 193, 205 (1977); A. Young, "Not Waiving but Drowning: A Look at Waiver and Collective Constitutional Rights in the Criminal Process" 53 Saskatchewan L. Rev. 47, 69 (1989); D. E. Carney, "Note: Waiver of the Right to Appeal Sentencing in Plea Agreements with the Federal Government", 40 Wm and Mary L. Rev. 1019, 1029-1031 (1999); כן במשפט המינהלי (דני"פ 9384/01 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין (טרם פורסם), פסקה 29 (השופטת ד' ביניש), פסקאות 14-15 (השופטת מ' נאור)); כן במשפט העבודה (פרשת ניב, עמ' 713); כן בדיני האימוץ (ע"א 4798/95 פלוני נ' היועץ המשפטי, פ"ד נ(3) 195, 206-207); וכך בדיני ההפקעות (סעיף 9א(ב) לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964; א' קמר, דיני הפקעת מקרקעין, 454-455 (תשס"א)).

193. במקרה שלפנינו, נוכח נסיבותיו המיוחדות, ובהתחשב בזמן העומד לרשות הישראלים המפונים להחליט על הבחירה, הברירה שקובע חוק יישום ההתנתקות אינה מאפשרת בחירה מודעת של ממש בין החלופות השונות. אכן, הסדרי הפיצוי הקבועים בחוק יישום ההתנתקות מעוררים אצל המתיישבים ובעלי העסקים בשטח המפונה חששות רבים כי הפיצוי שישגו יפחת מן המגיע להם על פי הדין שמוחץ לחוק יישום ההתנתקות. המדינה דוחה חששות אלה ומשוכנעת שהפיצוי שיינתן יהא מספק. בפועל, טרם הותנעה פעילות נמרצת של ועדות הזכאות והוועדה המיוחדת, וממילא לא ניתן לשער את גישתם של בתי המשפט ואת ההלכות שיפסקו, בדונם בערעורים ובעתירות על החלטות גופים אלה בסוגיית הפיצוי. אי-בהירות זו מקשה על הערכה שקולה של יתרונות מסלול הפיצוי לפי החוק. על רקע זה, בחירה מראש במסלול תביעה זה, תוך ויתור מוחלט על הזכויות לפי הדין הכללי, הנה פעולה שאין בה בחירה מודעת כנדרש. אמת, להלכה קוצב החוק שלוש שנים לביצוע הבחירה בין שני מסלולי הפיצוי (סעיף 135(א)). אולם מובן הוא, כאמור, כי מרבית המפונים יזדקקו לשיעורים משמעותיים מכספי הפיצוי כבר בסמוך לעזיבתם את השטח המפונה. המתיישבים יידרשו לרכוש בית ולכונן את חייהם במקום חדש (לעניין זה יוזכר, כי מענק עבור דמי שכירות על-פי החוק משולם, לכל היותר, לתקופה של שנתיים ימים). בעלי העסקים והחקלאים יצטרכו לחדש את מקורות הכנסתם באתרים חלופיים ולהיענות לתביעותיהם של נושים. נוכח לחץ הזמנים, מצוקת המידע אך מחריפה תוך שלא נצבר כל ניסיון על-פיו ניתן לבצע בחינה מושכלת ובחירה מודעת. אכן, הזמן הקצר המוקנה בפועל לבחירה, סביר שיטוה רבים מן המפונים לבחור בפיצוי על-פי החוק אך משום שמדובר בהליך מהיר הרבה יותר, המשתלם תוך זמן קצר, ולא משום שזהו ההליך העדיף מבחינת שיעור הפיצויים ואופיים. במצב זה ניכר, שכל בחירה באחת החלופות – והויתור על החלופה השנייה הכרוך באותה בחירה – יידרשו להיעשות מעמדה של נחיתות במידע ובשהות לאיסופו. בחירה וויתור שכאלה אינם בחירה וויתור שהדין נכון לתת להם תוקף בהקשרים שונים במשפט. הבחירה שהחוק העמיד בפני הישראלים המתפנים אינה מיידית. ניתן לקיים את מטרות החוק – ואף הכרחי הוא לשם קיום מטרות החוק – בקביעת חלופה פוגעת פחות. חלופה זו עניינה הכרה באפשרות לפנות לדין הכללי גם במקום שהוגשה תביעה או בקשה לוועדת הזכאות.

194. מודעים אנו לכך, כי קביעתנו בעניין אי חוקתיות ההסדרים בעניין ברירת העילה ומיצויה – כל עוד לא תשונה כדין על ידי המחוקק (ראו פסקה 479 (להלן) – עשויה להכביד על מערכת בתי המשפט. יש הטוענים כי הדבר יביא להצפת בתי המשפט בתביעות על פי הדין הכללי. נימוק זה כוחו עמו. עם זאת, אין לדעת אם אמנם תהא זו התוצאה. ברבים מהעניינים בהם נטען טיעון ההצפה הוא לא התגשם הלכה למעשה. על כל פנים, אין בכוחו של טיעון זה להכריע את הכף. עמד על הדברים בית הלורדים באנגליה:

"[It could not be right to allow 'floodgates' arguments of this nature to stand in the way of claims] which, as a matter of ordinary legal principle, are well founded" (*Malik v Bank of Credit and Commerce International SA (in liquidation)* [1997] 3 All ER 1).

(8) כללם של דברים

195. תוכנית ההתנתקות פוגעת בזכויות חוקתיות של הישראלים המפונים. פגיעה זו תהא חוקתית, אם היא תלויה בהסדר פיצויים מספק, שיקרב את המפונים למצב בו היו אילו לא הפינוי. בחנו את היבטי הכלליים של הסדר הפיצוי בחוק יישום ההתנתקות (להבדיל מעניינים פרטניים מסוימים, שיידונו להלן), האמור לשמש

כהסדר הפיצוי העיקרי למפונים. מצאנו, כי מדובר בהסדר אשר מספק פיצוי התואם את דרישותיה של פסקת ההגבלה. מסקנתנו זו כפופה לקביעה, כי ההוראות הקובעות ייחוד עילה על-פי החוק ובצידה אפשרות של ויתור מראש על הפיצוי לפי החוק אינן חוקתיות, באשר הן שוללות היבט מהותי להבטחת חוקתיות הפיצוי, ממנה נגזרת גם חוקתיות הפינוי. הוראות אלה מונעות את האפשרות להשלמתו של פיצוי-חסר באמצעות הדין הכללי. הן מעמידות את המפונים במצב של ברירה שלא-מדעת. משכך דינן להתבטל. לא מצאנו טעם להתערב בהיבטים כלליים אחרים של הסדר הפיצוי, ובהם מושג "היום הקובע", והמבנה המוסדי שיצר החוק להכרעה בתביעות הפיצויים.

ו. פיצוי בשל בית מגורים, תשלומים נלווים ומענק אישי

(1) כללי

196. התכלית המרכזית שלשמה נחקק חוק יישום ההתנתקות היא "פינוי ישראלים ונכסיהם מחבל עזה ומשטח בצפון השומרון, בהתאם להחלטות הממשלה" (סעיף 1(1)). בצד תכלית זו, מונה החוק בסעיפים 1(2)-(4) מטרות נוספות שאף אותן נועד החוק להגשים, כמטרות הכרוכות ושלובות בתהליך הפינוי, אשר לא למותר לשוב ולפרטן:

"(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".

על מנת להגשים מטרות נוספות אלה, קבע החוק שורה ארוכה של הסדרים לפיצויים, למתן מענקים ולשיפוי. הסדרים אלה כוללים, בין היתר, הוראות בדבר פיצוי בשל בית המגורים; מענקים עבור הוצאות הובלה והתארגנות, דמי שכירות לאחר הפינוי; שיפוי על תשלום מס רכישה בשל רכישת דירת מגורים חלופית; וכן מענק אישי בשל ותק. כנגד הסדרים אלה, כמו גם כנגד הסדרי הפיצוי האחרים הקבועים בחוק, העלו העותרים, כאמור, טענות רבות, אך לזו הטענות כולן הוא כי ההסדרים לסעיפיהם ולענפיהם השונים אינם מקנים למתיישבים המפונים פיצוי הולם עבור הפגיעה בזכויותיהם. פגיעה זו, כפי שכבר צויין, הינה "רב מערכתית". היא אינה מצטמצמת לפגיעה בזכויות הקנייניות בלבד. השלכותיה מתפרשות ונוגעות בזכויות יסוד נוספות של המפונים ובהן כבודם כבני אדם המבקשים להמשיך ולהתגורר במקום שבו בחרו ובמסגרת הקהילה שאליה הם משתייכים. בהעדר פיצוי הולם בגין פגיעה זו, כך טוענים העותרים, עניין לנו בפגיעה במידה העולה על הנדרש, אשר אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יתירה מכך, החוק עצמו הצהיר והכריז בסעיף 1, כאמור, כי אחת המטרות שלשמן נועד הינה הענקת "פיצויים הוגנים וראויים" לזכאים לכך על פי החוק "בנסיבותיו המיוחדות של העניין". משאין בהסדרי הפיצוי שקבע החוק כדי להעמיד למפונים פיצוי הולם, נמצא המחוקק, כך טוענים העותרים, כמי שאינו "פורע את השטר שמשך" בסעיף המטרות של החוק.

197. בפרק זה תידונה הטענות שהועלו בארבע מן העתירות (בג"ץ 2252/05; בג"ץ 4014/05; בג"ץ 3205/05; בג"ץ 3761/05), בעניין חוקתיותם של ההסדרים הקבועים בחוק לפיצוי בשל בית מגורים, לתשלומים נלווים ולמענק אישי. בטרם נפרט ונבחן את שלל הטענות שהעלו העותרים בעניינים אלה, מן הראוי להציג את ההסדרים הנ"ל, המפורטים בסימן א' ובסימן ב' שבפרק ה' לחוק.

(2) ההסדרים הקבועים בחוק

כללי

198. סימן א' לפרק ה', עניינו פיצוי בשל בית מגורים באזור מפונה, והוא קובע ארבעה מסלולי פיצוי שונים למי שהינו "בעל זכות בבית מגורים", כהגדרתו של מונח זה בסעיף 32 לחוק. בנוסף לארבעה מסלולי פיצוי אלה, קובע החוק פיצוי גם ל"בעל זכות שכירות בדיוור ציבורי", כהגדרתו של מונח זה בסעיף 38 לחוק. נקדים ונאמר כי בכל הנוגע לפיצוי הניתן לבעלי זכות שכירות בדיוור ציבורי, לא עלו בעתירות טענות המעוררות, ולו לכאורה, קשיים חוקתיים. על כן, ראינו למקד את הדיון בארבעת מסלולי הפיצוי הנוגעים לבעלי זכויות בבתי מגורים, ולא נעסוק בהסדר הנוגע לפיצוי הניתן לבעלי זכות שכירות בדיוור ציבורי. אשר לתשלומים הנלווים, אלה הוסדרו בסימן ב' לפרק ה' של החוק שכותרתו "מענקים ושיפוי" ובו מפורטת שורה של תשלומים החל במענק הוצאות הובלה והתארגנות, דרך מענק לדמי שכירות והלוואה עומדת להתיישבות, וכלה בשיפוי עבור מס רכישה ששולם בגין רכישת דירת מגורים אחרת. תשלום נוסף המוסדר בסימן ב' הוא מענק אישי בשל ותק. מסלולי הפיצוי בשל בית מגורים וכן התשלומים הנלווים והמענק האישי שונים זה מזה בתנאי הזכאות בדרך החישוב ובסכום המשתלם בגינם. אולם, המכנה המשותף לכולם הוא בכך ש"היום הקובע" – "י"ז בסיוון התשס"ד (6.6.2004) – הוא המועד הרלוונטי לבחינת תנאי הזכאות ולחישוב הסכום. תאריך זה שנקבע בסעיף 2 לחוק כ"היום הקובע", הוא המועד שבו נתקבלה החלטת הממשלה בדבר תוכנית ההתנתקות המתוקנת, ובאותה החלטה עצמה נקבע גם כי יום

קבלתה יהא "היום הקובע" לעניין הזכות לפיצוי (ראו: סעיף 14(א) להחלטת הממשלה האמורה; פסקה 143 לעיל).

פיצוי בשל בית מגורים – ארבעה מסלולים

199. המסלול הראשון, "מסלול א'", מפורט בסעיף 35 לחוק ותנאי הזכאות הנדרשים לגביו הינם הבסיסיים ביותר. כך זכאי לפיצוי על פי מסלול זה כל מי שביום הקובע היה בעל זכות בבית מגורים ביישוב מפונה. סכום הפיצוי לזכאי מסלול א' נגזר, בעיקרו, מעלויות בנייה, בערכי כינון, של בית מגורים דומה. סעיף 2 של התוספת השנייה לחוק (להלן – התוספת השנייה), קובע את הפרמטרים לחישוב סכומי הפיצוי על פי מסלול א' ומפרט סכומי עלות אחידים למ"ר מ"שטח הבית" (כהגדרתו בסעיף 1 לתוספת השנייה), על פי שלושה טיפוסים של בית מגורים: (1) בניה טרומית – 3,150 ש"ח למ"ר (2) בית אחר שנבנה על ידי משרד הבינוי והשיכון או על ידי חברת בנייה – 3,825 ש"ח למ"ר (3) בית מגורים שנבנה בבניה עצמית – 4,500 ש"ח למ"ר. אשר לבית מגורים ששטחו עולה על 160 מ"ר מוסיף החוק וקובע כי שיעור הפיצוי למ"ר יפחת, ויעמוד על 90% מסכום הפיצוי האחד, עד 200 מ"ר, ועל 80% לגבי "שטח הבית" העולה על 200 מ"ר. העובדה כי סכומי הפיצוי במסלול זה נקבעו בערכי כינון משמעותה היא כי לא נלקח בחשבון המצב בפועל של בית המגורים שבגינו ניתן הפיצוי, והפיצוי נגזר, כאמור, מעלויות אחידות הנדרשות להקמת בית מגורים חדש מאותו טיפוס בנייה ובאותו "שטח בית". בנוסף לפיצוי בגין עלויות הבניה, ניתנת לזכאי מסלול א' הלוואה מוטבת לדיור בגובה 20% מסכום הפיצוי המגיע להם על פי סעיף 2 לתוספת השנייה (ראו: סעיף 6(ב) לתוספת השנייה).

200. המסלול השני, מסלול ב', מפורט בסעיף 36 לחוק ותנאי הזכאות הנדרשים לגביו הם: (1) היות הזכאי בעל זכות בבית מגורים ביישוב מפונה ביום הקובע, דוגמת זכאי מסלול א'; (2) מרכז חייו של הזכאי היה ביום הקובע ובמשך שנתיים רצופות בתוך לפני כן ביישוב המפונה בו מצוי בית המגורים, או שמרכז חייו היה ביישוב המפונה במשך שמונה שנים רצופות שהסתיימו בתוך עשרים וארבעה החודשים שקדמו ליום הקובע. הפיצוי לזכאי מסלול ב' קבוע בסעיף 3 לתוספת השנייה, והינו כסכום הפיצוי הניתן לזכאי מסלול א', בתוספת סכום קבוע (360,000 ש"ח לנחלה ביישוב חקלאי ו-225,000 ש"ח לבית מגורים אחר), המשקף, על פי דברי ההסבר להצעת החוק "ערך קרקע באזור ייחוס מתאים בנגב ובגליל" (ראו: דברי ההסבר לסעיף 3 לתוספת, ה"ח תשס"ה 68). הסכום הנוסף עבור ערך הקרקע באזור ייחוס משתלם במלואו רק למי שצבר ותק של שש שנות מגורים רצופות לפחות בתחום המועצה האזורית שבשטחה מצוי הבית. מי שלא צבר שש שנות ותק כאמור, זכאי לחלק יחסי בלבד מסכום זה, הנגזר ממנו באופן פרוגרסיבי (חמישית בגין כל שנת ותק משנת המגורים השלישית ואילך), וכן להלוואה מוטבת לדיור בגובה הפרש שבין הסכום המלא לסכום שהוא זכאי לו מכוח הסעיף (ראו: סעיף 6(ג) לחוק). סעיף 41 לחוק מסייג את הזכאות לפיצוי לפי מסלול ב' לבית מגורים אחד לכל זכאי.

201. המסלול השלישי הוא מסלול השומה הפרטנית הקבוע בסעיף 37 לחוק. זכאים לפיצוי על פי מסלול זה כל מי שעונים על תנאי הזכאות לפי מסלול א' או ב', אשר הודיעו למינהלה בתוך שישים ימים מיום מתן צו הפינוי כי הם מעוניינים בשומה פרטנית. כן זכאי לפיצוי במסלול זה בעל זכות בבית מגורים, לרבות תוספת בנייה בבית מגורים קיים, שבנייתו טרם הושלמה ביום תחילת החוק, ובלבד שהיה בידיו היתר בנייה ביום הקובע. סכום הפיצוי לזכאי מסלול זה ייקבע על פי שומה שיערוך השמאי הממשלתי הראשי ליום הקובע או ליום תחילת החוק לפי העניין, בהתאם לכללי שמאות מקובלים, ולאחר שניתנה לזכאי הזדמנות להביא בפניו ראיות ומסמכים לרבות שמאויות מטעמו (ראו: סעיף 4 לתוספת השנייה). זכאי מסלול ב' שבחרו במסלול השומה הפרטנית, יקבלו בנוסף לסכום הפיצוי על פי השומה – המהווה תחליף לסכומים האחידים המשתלמים בגין עלויות הבניה – גם את הסכום המשקף את ערך הקרקע באזורי ייחוס על פי סעיף 3 לתוספת השנייה, בכפוף להוראות הוותק הקבועות באותו סעיף. בכל הנוגע למסלול השומה הפרטנית בולטת הוראת סעיף 37(ה) לחוק יישום ההתנתקות הקובעת כי מי שבחר במסלול זה אינו רשאי לחזור בו מבחירתו.

202. המסלול הרביעי והאחרון הוא מסלול החזר מחיר הרכישה הקבוע בסעיף 7 לתוספת השנייה. על פיו יכולים זכאי מסלול א' או ב', אשר רכשו את הזכות בבית המגורים בחמש השנים שקדמו ליום הקובע, לקבל את מחיר הרכישה אותו שילמו, בניכוי מענקים והלוואות עומדות ובתוספת הפרשי הצמדה ממועד התשלום ועד ליום הקובע. מסלול זה נועד להבטיח כי בעל זכות בבית מגורים יקבל, למצער, השבה של הסכום המשוער אותו שילם בפועל בעבור הזכות שרכש. לצורך כך עליו להוכיח, להנחת דעתה של ועדת הזכאות, כי הסכום האמור עולה על סכום הפיצוי שהיה זכאי לו על פי מסלול א' או ב' לפי העניין, וכן להודיע כי אינו מעוניין בפיצוי על פי מסלול השומה הפרטנית. מסלול זה הוחל גם על "בעל זכות במגרש", כהגדרתו בסעיף 32 לחוק.

203. לגבי כל המסלולים כולם קובע החוק בסעיף 40 הוראה כללית לעניין מודל הפיצוי באומרו "היו שניים או יותר זכאים לפיצוי לפי סימן זה, בשל אותה בית מגורים... הפיצוי המגיע להם יחד יחושב כאילו הם היו זכאי אחד בלבד".

204. סימן ב' לפרק ה' של החוק קובע, כאמור, שורה של מענקים וכן שיפוי בגין מס רכישה וזאת על פי תנאי זכאות המפורטים בסעיפים הרלוונטיים שבאותו סימן, ואלו הם:

205. מענק הוצאות הובלה והתארגנות נקבע בסעיף 44 לחוק, וזכאי לו מי שמקום מגוריו הקבוע כדין ביום הקובע היה בבית מגורים ביישוב מפונה. סכום המענק אינו נגזר מהוצאה מוכחת עבור הובלה או התארגנות, והוא נקבע לפי מספר הנפשות שהתגוררו בבית המגורים ביום שבו פונה: (1) עד שלוש נפשות – 14,000 ש"ח; (2) ארבע או חמש נפשות – 17,500 ש"ח; (3) שש נפשות או יותר – 21,000 ש"ח. הנפשות שהתגוררו בבית המגורים כאמור, נחשבות כזכאי אחד לצורך מענק זה.

206. מענק לדמי שכירות נקבע בסעיף 45 לחוק, ואף לו זכאי מי שמקום מגוריו הקבוע כדין ביום הקובע היה בבית מגורים ביישוב מפונה. מענק זה, כמו מענק הוצאות ההובלה וההתארגנות, אינו נגזר מהוצאה מוכחת עבור דמי שכירות וגם לצורך מענק זה הנפשות שהתגוררו בבית המגורים ביום שבו פונה והוא אמור לשקף דמי שכירות עבור שנה אחת, נקבע לפי מספר הנפשות שהתגוררו בבית המגורים ביום שבו פונה (1) עד שלוש נפשות – 21,600 ש"ח; (2) ארבע או חמש נפשות – 24,300 ש"ח; (3) שש נפשות או יותר – 27,000 ש"ח. עם זאת, ניתנת בסעיף 45 לחוק האפשרות לקבלת מענק עבור שנת שכירות נוספת, על פי החלטת המנהל, כנגד הוכחות על המשך מגורים בשכירות בשל רכישת בית מגורים שבנייתו טרם הושלמה או קרקע לבניית בית מגורים כאמור.

207. הלוואה עומדת להתיישבות בנגב, בגליל ובאשקלון נקבעה בסעיף 47 לחוק, לזכאי מסלול א' או ב' (לרבות מי מהם שבחר במסלול השומה הפרטנית או במסלול החזר דמי הרכישה) וכן לזכאים לפיצוי בשל זכות שכירות בדיוור ציבורי, שמרכז חייהם ביום הקובע היה ביישוב מפונה. הלוואה זו, בסכום של 135,000 ש"ח, ניתנת לזכאים הנ"ל לשם רכישת קרקע לבניית בית מגורים, או רכישת בית מגורים, בנגב או בגליל, באזור עדיפות לאומית א' לעניין שיכון, או באשקלון. היא תהפוך למענק בתום חמש שנים מיום קבלתה בתנאי שהזכויות לא הועברו על ידי הזכאי, וברכישת קרקע גם בתנאי שבית המגורים נבנה בתוך אותה תקופה. סעיף 47(ג) לחוק קובע כי שניים או יותר שזכאים להלוואה לפי סעיף זה מכוח אותו בית מגורים ייחשבו כזכאי אחד.

208. שיפוי בשל מס רכישה נקבע בסעיף 48 לחוק וזכאי לו מי שזכאי לפיצוי בשל בית מגורים, שרכש דירת מגורים אחרת בתוך חמש שנים מן היום הקובע. סכום השיפוי הינו בגובה מס הרכישה ששילם הזכאי בשל רכישת הדירה האחרת, בכפוף לסכומי המקסימום הקבועים בסעיף 48(ד) לחוק. גם לצורך שיפוי זה נחשבים מי שזכאים לפיצוי בשל אותו בית מגורים כזכאי אחד.

מענק אישי בשל ותק

209. לצד הפיצוי בשל בית מגורים ולצד התשלומים הנלווים שפורטו לעיל, קובע החוק בסעיף 46 מענק המכונה "מענק אישי בשל ותק", וזו לשונו:

מענק אישי בשל ותק

46. 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.

החוק קובע, אפוא, כי מתיישב זכאי לקבל מענק אישי בסכום של 4,800 ש"ח לכל שנה מהשנים שבתכוף לפני היום הקובע, שבהן מרכז חייו היה ברציפות ביישוב מפונה. תנאי הזכאות לקבלת מענק זה הם שניים: האחד – היות המתיישב ביום הקובע בן עשרים ואחת שנים לפחות (שנות הזכאות מחושבות אף הן מגיל זה ואילך) והשני – היות מרכז חייו של המתיישב ביישוב מפונה ביום הקובע, ובשלוש שנים רצופות בתכוף לפניו לפחות. בדברי ההסבר להצעת החוק מוסברת מהותו של המענק האישי כך (ה"ח תשס"ה 20):

"לפינוי אנשים מבתייהם בשל תוכנית מדינית, לאחר שמרכז חייהם היה במשך תקופה ממושכת ביישוב מפונה, יש השלכות אישיות מעבר לעלויות הישירות הנגרמות כתוצאה מן הצורך לעבור למקום מגורים חדש. לפיכך, ראוי להעניק להם מענק אישי מיוחד, אשר סכומו ייקבע בהתאם לאורך התקופה שבה מרכז חייהם היה ביישוב

הנה כי כן, המענק האישי נועד להעניק למפונים פיצוי בגין אותן "השלכות אישיות" הכרוכות בתהליך הפינוי ובצורך לעקור למקום חדש ועיקרן בנזק הלא ממוני קרי: עוגמת הנפש, הכאב והסבל הנגרמים למפונים כתוצאה מן הפינוי.

210. הזכאות לקבלת מענק הוצאות הובלה והתארגנות, הזכאות לקבלת הלוואה עומדת ושיפוי בשל מס רכישה, וכן הזכאות לקבלת מענק אישי בשל ותק (אך לא הזכאות למענק לדמי שכירות), מותנות בנוסף לכל האמור לעיל גם בפניו כדן של בית המגורים ושל האזור המפונה, כמפורט בסעיף 44(א)(2)(ב)-(ג) לחוק.

(3) טענות העותרים

211. נפנה עתה לטענות שהעלו העותרים כנגד הסדרי הפיצוי והמענקים המפורטים לעיל. נוכח העובדה כי קיימת חפיפה בין הטענות שהעלו העותרים בעתירות השונות, נפרט את עיקרי הטענות בחלוקה על פי נושאים, תוך התייחסות אל כל העתירות כמקשה אחת, ובלא לשייך טענה פלונית לעתירה אלמונית.

פיצויים בשל בית מגורים

212. מסלול א': העותרים מעלים שורה של טענות נגד הפיצוי על פי מסלול א', ובראשן הטענה כי מודל הפיצוי על פי מסלול זה אינו כולל סכום כלשהו בגין רכיב הקרקע, בין זו שאותה נדרשים המתיישבים לפנות ובין זו שאותה יהא על המתיישבים לרכוש על מנת לבנות בה את ביתם החלופי. העותרים מוסיפים וטוענים כי סכומי הפיצוי במסלול זה הינם אחידים, ואינם מתחשבים בשוויו הספציפי של בית המגורים ובהשקעות שהושקעו בו בפועל. עוד טוענים העותרים כי הפיצוי ניתן בגין "שטח הבית" כפי שהוגדר בסעיף 1 לתוספת, וזה אינו כולל שטחים בנויים המהווים חלק אינטגרלי מבית המגורים, כגון: מרחב דירתי מוגן, מחסנים, פרגולות וחנייה מקורה. טענה נוספת אותה מעלים העותרים כנגד מודל הפיצוי על פי מסלול א', היא כי שיעור הפיצוי למ"ר שקבע החוק אין בו כדי לכסות את עלויות הבנייה הנדרשות למימון דיור חלופי. העובדה ששיעור זה פוחת והולך ככל ששטח הבית עולה על 160 מ"ר, מעצימה לטענת העותרים את עוצמת הפגיעה הקיימת ממילא נוכח שיעור הפיצוי שנקבע, ואינה עולה בקנה אחד עם כללי שמאות מקובלים. לבסוף טוענים העותרים כי לצורך רכישת בית מגורים חלופי יהא על המפונים לשאת בהוצאות נוספות הנלוות לעלויות הבנייה, כגון שכר טרחת עורך-דין, דמי תיווך, מס ערך מוסף, ואלה לא הובאו בחשבון במסגרת סכומי הפיצוי שנקבעו. בהקשר זה מפנים העותרים אל ההסדר שנקבע בחוק פיצוי מפוני סיני, אשר בו הובאו הוצאות אלה בחשבון לצורך חישוב סכום הפיצוי למפונים.

213. מסלול ב': הטענות שהועלו לגבי מסלול א', למעט הטענה בעניין רכיב הקרקע, יפות גם ככל שהדבר נוגע לזכאי מסלול ב', שכן הפיצוי המגיע להם מורכב, בין היתר, מסכומי הפיצוי הקבועים במסלול א'. כמו כן, מוסיפים העותרים ומעלים טענות כנגד הפיצוי שנקבע לזכאי מסלול ב' לצורך רכישת קרקע באזורי הייחוס (סעיף 3 לתוספת השניה). ראשית, מלינים העותרים על כך שהפיצוי לפי מסלול זה הותנה בהיות מרכז חיי המפונה ביום הקובע ובשנתיים שקדמו לו ביישוב שבו מצוי בית המגורים. העותרים מציינים כי תנאי זה מקפח את אותם מתיישבים שנאלצו לעזוב את בתיהם מאימת הטרור אולם לא השתקעו עדיין במקום של קבע, ואילו האפשרות החלופית הקבועה בחוק לקבל פיצוי על פי מסלול זה (מרכז חיים ביישוב מפונה במשך שמונה שנים רצופות, שהסתיימו במהלך עשרים וארבעה החודשים שלפני היום הקובע), אף שנועדה לענות על הבעיה, לא די בה כדי לאיין את הקיפוח. שנית, קובלים העותרים על כך שסכומי הפיצוי לצורך רכישת קרקע באזורי הייחוס משתנה על פי מפתח של ותק, בעוד שעל פי גישתם יש להעניקו במלואו לכל מפונה, ובוודאי לאלה העונים על התנאים לעניין עצם הזכאות לפיצוי על פי מסלול ב'. זאת נוכח תכליתו של הפיצוי המיועד לאפשר למפונים לרכוש דיור חלוף באזור דומה. שלישית, לחלופין טוענים העותרים כי נוכח הגדרת המונח "ותק" בסעיף 1 לתוספת השניה, לא באה במניין לצורך חישוב הוותק תקופה רלוונטית של כשנה, שתחילתה ביום הקובע וסופה ביום הפינוי, בה מתגוררים המפונים כדן במקום. דרישת הרציפות למניין שנות הוותק אף היא יש בה לטענת העותרים כדי להפחית ללא הצדקה את הפיצוי לאותם זכאים במסלול ב' אשר בשל מוראות הטרור, עברו לזמן מה להתגורר מחוץ לאזור המפונה אך שבו אליו לאחר מכן. לבסוף טוענים העותרים כי סכומי הפיצוי הקבועים בסעיף 3 לתוספת השניה נמוכים ואינם מאפשרים רכישת קרקע באזורי הייחוס, בייחוד ככל שהדבר נוגע למתיישבים המפונים מאזור צפון השומרון, באשר אזור הייחוס הטבעי להם הוא העיר עפולה ובנותיה אך זו אינה נכללת בין אזורי הייחוס שקובע החוק לצורך ההלוואה העומדת. לבסוף טוענים העותרים כי אין כל מקום לסייג את הזכאות לפיצוי לפי מסלול ב' לבית מגורים אחד לכל זכאי.

214. מסלול השומה הפרטנית: אשר למסלול השלישי, הוא מסלול השומה הפרטנית, חוזרת מפי העותרים כולם הטענה כנגד הוראת סעיף 37(ה) לחוק יישום ההתנתקות, הקובעת כי מי שבחר במסלול זה אינו רשאי לחזור בו מבחירתו. בהקשר זה מעלים העותרים טענות במספר מישורים: ראשית, הם טוענים כי פרק הזמן אשר נקצב בחוק למתן הודעת הבחירה – שישים ימים מיום מתן צו הפינוי דהיינו עד יום 20.4.2005 – מהווה סד זמנים קצר ולא ראוי לצורך גיבוש עמדה לעניין בחירה זו. שנית, טוענים העותרים כי העקרונות לעריכת השומה הפרטנית לוקים בערפול ובעמימות המקשים עליהם מאוד להעריך מראש את סכום הפיצוי על פי מסלול זה, ואינם מאפשרים להם בחירה מושכלת מדעת בין המסלולים השונים. שלישית, והיא עיקר, עצם חובת הבחירה מקפחת

לטענת העותרים את זכויותיהם ופוגעת בהם באופן לא מידתי שכן היא מאלצת אותם לוותר על מסלולי הזכאות האחרים העומדים לרשותם (מסלול א' או ב') ושוללת מהם את הזכות לקבל פיצוי ראוי והוגן, שהוא בנסיבות העניין הפיצוי המירבי האפשרי מבין המסלולים התואמים את תנאי זכאותם.

215. מסלול החזר מחיר הרכישה: טענתם המרכזית של העותרים לגבי מסלול זה נוגעת לכך שהזכאות לפיצוי על פיו, מותנית בביצוע הרכישה בחמש השנים שקדמו ליום הקובע. לטענת העותרים, תנאי זה מוביל לתוצאה לפיה בעל זכות במגרש, שמסלול הפיצוי היחיד העומד לו מכוח החוק הינו המסלול הרביעי, והוא רכש את זכותו לפני התקופה האמורה, לא יפוצה כלל בגין הפגיעה בקניינו. העותרים מוסיפים ומלינים על כך שהחוק אינו מכיר בזכותו של בעל המגרש לפיצוי אלא במסלול הרביעי, ולטענתם מסלול זה אינו כולל כל פיצוי בגין הוצאות תכנון שהוציא בעל המגרש לשם בנייה במגרש, הוצאות שירדו לטמיון עקב הפינוי.

התשלומים הנלווים

216. מענק הוצאות הובלה והתארגנות: העותרים מלינים על כי סכומי המענק הינם אחידים, ולא ניתן לתבוע פיצוי בגין עלויות המעבר הממשיות שהוצאו. כן מלינים העותרים על כי החוק מצפה אותם בגין מעבר אחד בלבד ומתעלם מכך שחלק מן המפונים יידרשו לעקור תחילה לדיר ארעי ורק לאחר זמן יוכלו לעבור למקום מגורי הקבע. טענה נוספת אותה טוענים העותרים היא הטענה כי מענק הוצאות ההובלה וההתארגנות ניתן רק עבור בית אחד, ובכך נפגע מי שמחזיק בבעלותו שני בתים אותם עליו לפנות.

217. מענק לדמי שכירות: העותרים מלינים על כך שהסכום שקבע חוק יישום ההתנתקות (סכום מקסימאלי של כחמש מאות דולר לחודש למשפחה בת שש נפשות ויותר), לא יאפשר למפונים למצוא לעצמם דיר חלוף ארעי הולם, ובוודאי שלא יאפשר להם למצוא דיר חלוף ארעי בתנאים דומים לתנאי מגוריהם הנוכחיים. עוד מלינים העותרים על כי החוק קובע את סכום הפיצוי על פי מספר הנפשות שהתגוררו בבית המגורים, אולם אינו מבחין בין משפחות שונות המונות מעל שש נפשות, אשר כולן מסווגות באותה קבוצה. זאת על אף שאין חולק כי צרכי הדיר של משפחה בת שש נפשות אינם זהים לצרכי הדיר של משפחה בת עשר נפשות. טענתם האחרונה של העותרים בעניין זה הינה כי המענק לדמי השכירות חושב על פי ההנחה שתקופת השכירות תעמוד על שנה, אולם יש להניח כי למרבית המפונים תידרש תקופה ארוכה יותר באופן משמעותי עד שיוכלו לעבור למקום מגורים קבוע.

218. ההלוואה העומדת: העותרים מציינים כי אין מקום להתנות את הזכות לקבלת ההלוואה בכך שמרכז חיי המתיישב ביום הקובע היה ביישוב מפונה. לטענתם, תנאי זה פוגע באלה שעזבו את ביתם בשל אירועי הטרור אותם חוו בשנים האחרונות. עוד טוענים העותרים כי יש מקום להעניק את ההלוואה גם למפונים המבקשים לרכוש דירה בעפולה ובכפר-סבא, שהן ערי הייחוס של היישובים המפונים באזור צפון השומרון, ולא רק באשקלון, הסמוכה ליישובי גוש קטיף.

219. שיפוי בשל מס רכישה: העותרים מלינים על כי השיפוי ניתן עבור רכישת דירה אחת בלבד. בכך נפגע לטענתם מי שהינו בעל זכות ביותר מבית מגורים אחד, וכעת עליו לשאת בהוצאות הנלוות לרכישת בית אחר במקומו, למרות שמהלך זה נכפה עליו ולא נעשה מתוך בחירה. עוד מלינים העותרים על כי השיפוי אינו ניתן לבעל זכות במגרש.

המענק האישי בשל ותק

220. הטענות שהעלו העותרים בנוגע למענק האישי מכוונות הן כנגד תנאי הזכאות שנקבעו בחוק לצורך קבלת המענק האישי והן כנגד סכום המענק ודרך חישובו. אשר לתנאי הזכאות טוענים העותרים כי אין כל מקום להבחין בין מפונים שגילם עשרים ואחת שנים לבין מפונים שגילם נמוך יותר (להלן – המפונים הצעירים). לאלה כמו לאלה גורם הפינוי הכפוי סבל רב, ולא ברור כלל מדוע בחר המחוקק להעניק פיצוי עבור סבל זה רק למי שהינו בן עשרים ואחת שנים ומעלה. העותרים מדגישים כי הפגיעה הנפשית שתיגרם למפונים הצעירים אינה פחותה, ואפשר שאף עולה על זו שתיגרם להורים, ולפיכך אין להשלים עם העובדה שמפונים אלה אינם מפוצים בגינה. עוד מציינים העותרים כי אפילו היה נקבע כי קטינים אינם זכאים לקבלת המענק, בודאי שלא היה מקום לשלול אותם מבגירי שאינם בני עשרים ואחת, ובחירתו של גיל זה כרף התחתון לפיצוי במקום גיל שמונה עשרה מעידה אף היא, לטענתם, על השרירות שבהוראה זו. העותרים מלינים גם על התניית הזכאות למענק אישי בכך שמרכז החיים של המתיישב ביום הקובע, ובמשך שלוש שנים שקדמו לו, היה ביישוב מפונה. לטענת העותרים ייסורי הנפש שיגרום הפינוי הכפוי יהיו מנת חלקו של כל מי שמרכז חייו ביישוב מפונה, ולפיכך אין לשלול את הפיצוי ממי שגר ביישוב כזה תקופה הקצרה משלוש שנים. העותרים מודים אמנם כי יש מקום להבחין בין מתיישב כזה לבין מתיישב ותיק יותר, אולם לטענתם אבחנה זו יש לעשות בשיעור המענק (המחושב על פי שנות הוותק), ולא בעצם הזכאות לו.

221. לעניין סכום המענק טוענים העותרים כי התעריף של 4,800 ש"ח לכל שנה נקבע באופן שרירותי, והוא נמוך ביותר. בהקשר זה מפנים העותרים לתעריף המענק המקביל שנקבע בחוק פיצוי מפוני סיני, ולטענתם סכום

המענק לו תזכה משפחה ממוצעת על פי החוק מגיע לכדי חמישית בלבד מסכום המענק לו הייתה זוכה משפחה זו על פי חוק מפוני סיני. זאת, כך טוענים העותרים, על אף שהפגיעה הנגרמת למפונים בשל ההתנתקות גדולה יותר, בהיות היישובים שיפנו במסגרת ההתנתקות ותיקים משמעותית מן היישובים שפנו בסיני, חתך גיל המתיישבים גבוה יותר, ולוח הזמנים לפינוי קצר הרבה יותר. העותרים מוסיפים ומדגישים בהקשר זה את חוסר הוודאות לגבי גורלם, בשונה מן המצב שהיה בעת פינוי סיני אשר נמשך פרק זמן ארוך יותר. טענה נוספת שמעלים העותרים היא הטענה בעניין דרך חישוב המענק, ולפיה העובדה שהחוק מונה את שנות הוותק עד ליום הקובע גורמת לכך שהם אינם מפוצים בגין תקופת מגורים בת למעלה משנה שבין היום הקובע ליום הפינוי. בתקופה זו, כך טוענים העותרים, הם מתגוררים בשטח המפונה כדין, מה עוד שהסבל שנגרם להם במהלכה גדול במיוחד. גם בעניין זה הפנו העותרים להוראות חוק פיצוי מפוני סיני, שם הוגדל תעריף המענק ככל שהתקרב מועד הפינוי.

(4) תשובת המדינה

222. המדינה טוענת כי הפיצוי בשל בית מגורים כמו גם התשלומים הנלווים והמענק האישי המוקנים למפונים מכוח החוק, עומדים במבחן החוקתי ומהווים, כלשון סעיף 21(2) לחוק, "פיצויים הוגנים וראויים בנסיבותיו המיוחדות של העניין". המדינה סבורה כי הכלים המשפטיים הרגילים, שבדיני החוזים והנזיקין ובדיני ההפקעות, אינם ערוכים לתת מענה הולם לתוצאות הפינוי, וחצר זה, כך נטען, מתמלא על ידי חוק יישום ההתנתקות. חוק זה, כך טוענת המדינה, קובע הסדרים מפורטים המעמידים לרשות המפונים מערך שלם של פיצוי כולל וייחודי בכל התחומים הרלוונטיים, ובהם בתי המגורים. בהקשר זה מדגישה המדינה בטיעוניה כי מסלולי הפיצוי השונים שנקבעו בחוק וכן המענקים והשיפוי הנלווים אליהם, נועדו להבטיח כי יעמדו לרשות המתיישבים המשאבים הדרושים על מנת לבנות את חייהם במקום חדש לאחר הפינוי. המדינה מוסיפה וטוענת כי המנגנון שנקבע בחוק לצורך מתן הפיצוי הינו מהיר, יעיל, שקוף ושוויוני והוא כולל ערעורים בזכות בפני שתי ערכאות שיפוטיות. בצד מנגנון זה, כך מדגישה המדינה, הוקמה על פי החוק ועדה מיוחדת (ראו: סעיף 137 לחוק) לצורך טיפול במקרים חריגים, וכן הותיר המחוקק בידי המפונים ברירת עילה על פי הדין הכללי כנגד ויתור על הזכויות שמעניק החוק. עד כאן טענותיה הכלליות של המדינה ומכאן אל תשובתה לטענות הספציפיות שהעלו העותרים באשר לפיצוי בשל בית מגורים, באשר לתשלומים הנלווים ובאשר למענק האישי.

הפיצוי בשל בית מגורים

223. מסלול א': המדינה מציינת כי הפיצוי עבור בית המגורים במסלול זה נועד לאפשר לכל מי שהיו בעלי זכות בבית מגורים בשטח המפונה אך לא התגוררו במקום ביום הקובע ואינם עונים לתנאי הזכאות הנדרשים לצורך מסלול ב', לרכוש בית חלופי. לצורך כך בחר המחוקק מודל פיצוי המשקף עלויות בנייה בערכי כינון, המאפשר רכישה או בנייה של בית דומה חדש, ואילו גילו של בית המגורים המפונה, וכן נתונים נוספים שיש בהם כדי להפחית את הפיצוי, אינם מובאים בחשבון על פי מודל הכינון שנבחר, כאמור. המדינה מוסיפה ומציינת כי רכיב הקרקע הובא בחשבון לצורך קביעת סכומי הפיצוי במסלול א', אלא שרכיב זה הינו מינימאלי נוכח שוויון של הקרקעות בשטח המפונה, ועל כן אין לו השפעה ממשית על שיעור התעריפים שנקבע. עוד מציינת המדינה כי לצורך רכישת קרקע לבניית בית חלופי עומדת בפני זכאי מסלול א' האפשרות לקבל קרקע המשווקת על ידי המדינה בשווי מינימאלי בגולן, לאורך קו העימות מול לבנון או בשדרות. אשר לתעריפים עצמם מציינת המדינה כי אלה נקבעו בהתחשב בנתונים המופיעים בחוברת "דקל", הסוקרת עלויות בנייה סטנדרטיות והמקובלות כבסיס לאומדנים ושמאיות בתחום זה בישראל. כמו כן מבוססים התעריפים על הערכות של השמאי הממשלתי שניתנו לאחר ביקור בשטח. המדינה מוסיפה ומציינת כי לתעריפים אותם גיבש השמאי הממשלתי נוסף, בכל טיפוס הבנייה, סך של 450 ש"ח למ"ר, בעקבות הדיונים בהצעת החוק שהתקיימו בוועדות הכנסת. עוד טוענת המדינה כי החישוב הרגריסיבי של התעריף לגבי בתי מגורים ששטחם עולה על 160 מ"ר, תואם את כללי השמאות המקובלים המכירים בכך שעלות הבנייה השולית פוחתת ככל ששטח המבנה גדול יותר. לעניין הגדרת המונח "שטח הבית" טוענת המדינה כי הגדרה זו כוללת שטח מינימום אחיד (80 מ"ר) וכן תוספת של 15% המיועדת להעניק פיצוי בגין שטחי שירות ובניה נוספת כגון גדרות וכדומה. אשר למבנים צמודים שנבנו בשטח בית המגורים מבהירה המדינה בתשובתה כי שטח המבנים יחושב במסגרת שטח הבית לצורך החוק, על פי כללי החישוב שנקבעו. לבסוף טוענת המדינה כי מכל מקום העמיד החוק לזכאי מסלול א' את האפשרות לפנות אל מסלול השומה הפרטנית, אשר נועד לכל מי שלדעתו יש בתעריפים האחידים שקבע החוק במסלול א' כדי לקפחו.

224. מסלול ב': המדינה מציינת כי מודל הפיצוי במסלול זה שונה מן המודל שנקבע לזכאי מסלול א' והוא נועד להעניק למתיישב אשר התגורר בשטח המפונה במשך תקופה ארוכה דיה פיצוי בשל בית מגוריו העולה על ערכו הכלכלי של הבית, שיאפשר לו פתרון דיר חלופי הולם והוגן בנסיבות העניין. על פי מודל זה מתווסף אל סכום הפיצוי הניתן לזכאי מסלול א' סכום המשקף ערך של קרקע חלופית באזור דומה. הסכום הנוסף, כמו גם עצם הזכאות למסלול ב', נקבעים בהתאם לוותק המגורים. בטיעוניה הדגישה המדינה בהקשר זה, בין היתר, כי רכישת הקרקעות בשטח המפונה נעשתה במהלך השנים בסבסוד גבוה על ידה, על מנת לעודד התיישבות במקום. מנקודת ראות זו, מי שהתגורר בשטח המפונה שנים ארוכות נחשב בעיני המדינה כמי ש"כבר מילא את מחויבותיו עבור סבסוד רחב זה, מה שאין כן ביחס למתיישב חדש יחסית" (ראו סעיף 244 לתשובת המדינה מיום 4.4.2005 בבג"ץ 2252/05). אשר למתיישבים אשר עזבו את בתיהם בשל מוראות הטרור אך שבו אליהם לאחר מכן מציינת המדינה כי ועדת הזכאות מוסמכת להתחשב בנסיבות אלה לצורך מניין שנות הוותק ורציפותו, והיא תכריע בעניין בכל מקרה לגופו על פי עובדותיו. המדינה מבהירה כי מי שלא נצברו לזכותו שנות ותק

מספיקות על מנת להעמיד זכאות על פי מסלול ב' או על מנת לקבל את מלוא הסכום הנוסף במסגרת מסלול זה, יוכל לגשר על הפער בסכומי הפיצוי, בין היתר, באמצעות ההלוואות המוטבות הקבועות בסעיף 6 לתוספת השניה. אשר לטענה כי החוק אינו מביא בחשבון לצורך חישוב הוותק את התקופה שבין היום הקובע לבין יום הפינוי טוענת המדינה כי הדבר נקבע, בין היתר, על מנת שלא ליצור תמריץ שלילי לעזיבה של השטח המפונה עוד לפני יום הפינוי, תמריץ שייגרם כתוצאה מכך שסכומי הפיצוי יגדלו אם המתיישב ימשיך לגור באזור גם לאחר היום הקובע.

225. לעניין גובה הסכומים המתווספים במסלול ב' עבור ערכה של קרקע חלופית (360,000 ש"ח לבית מגורים בנחלה ביישוב חקלאי ו-225,000 ש"ח לבית מגורים אחר) מבהירה המדינה כי אלה נקבעו בהתאם לשווי ממוצע של קרקעות באזורי הייחוס, שהינם אזורים דומים, הקרובים מבחינה גיאוגרפית לשטחים המפונים. לבסוף הדגישה המדינה כי נוכח תכלית הפיצוי במסלול ב', לאפשר לזכאי מסלול זה לרכוש בית מגורים באזור דומה חלף הבית שבו התגוררו, אין מקום להעניק פיצוי על פיו אלא בגין בית אחד, הוא בית המגורים של הזכאי.

226. מסלול השומה הפרטנית: בהקשר זה טוענת המדינה כי אין כל ערפול או עמימות בנוגע לעקרונות שעל פיהם תיערך השומה הפרטנית, שכן השמאי הממשלתי מחויב לערוך אותה בהתאם לכללי שמאות מקובלים, כמצוות סעיף 4 לתוספת השניה. אשר לשלילת זכות החזרה מן הבחירה במסלול זה כמפורט בסעיף 37(ה) לחוק, טוענת המדינה כי הוראה זו מחויבת המציאות, אחרת יפנו המפונים כולם בבקשה לשום את נכסיהם במסגרת מסלול השומה הפרטנית, על מנת לבחון האם סכום הפיצוי שיקבלו מכוחו עולה על הסכום לו הם זכאים מכוח מסלולי הפיצוי האחרים. תוצאה כזו מאריכה מאד, כך נטען, את ההליכים וחותרת תחת תכלית החוק ליצור מנגנון יעיל ומהיר לפיצוי. עוד מצינת המדינה בהקשר זה, כי המפונים יכולים היו להצטייד מבעוד מועד בהערכות שמאיות מטעמם ולהשוותן לסכומי הפיצוי על פי החוק, על מנת לכלכל את צעדיהם בכל הנוגע לבחירה בין המסלולים. לעניין הטענות נגד פרק הזמן הקצר שקבע המחוקק לבחירה במסלול השומה הפרטנית (שישים ימים מיום מתן צו הפינוי), טוענת המדינה כי פרק זמן זה נובע אף הוא משיקולים של יעילות אדמיניסטרטיבית שכן מסלול השומה הפרטנית מצריך בדיקת הבתים על ידי השמאי הממשלתי וכן על ידי שמאים מטעם המפונים, טרם מועד הפינוי, והדבר דורש הערכות וזמן סביר לביצוע.

227. מסלול החזר מחיר הרכישה: לטענות שהעלו העותרים לגבי מסלול זה וכן לטרוניה שהעלו על כי בעל זכות במגרש אינו זכאי לפיצוי אם רכש את המגרש למעלה מחמש שנים קודם ליום הקובע, משיבה המדינה כי מדובר בטענות כלליות ולא הוברר כלל האם מתעוררת בעיה כגון זו לגבי מי מן המפונים, ומכל מקום, כך מוסיפה המדינה וטוענת, מדובר בבעיה נקודתית אשר ניתן להניח כי תוכל למצוא את פתרונה במסגרת הוועדה המיוחדת.

התשלומים הנלווים והמענק האישי

228. מענק הוצאות הובלה והתארגנות: המדינה מצינת כי בנוגע למענק זה, כמו גם בנוגע לתשלומים אחרים המוסדרים בחוק, בחר המחוקק לקבוע תעריפי תשלום אחידים על מנת לייעל ולפשט את מנגנון הפיצוי, בלא להידרש לבחינת ההוצאות בכל מקרה לגופו. אשר לגובה המענק טוענת המדינה כי הוא נקבע לאחר שהמחוקק שמע את נציגי המתיישבים ואת התייחסות נציגי הממשלה לדברים. לטענת המדינה הסכום שנקבע מפצה את המפונים על הוצאות ההעברה וההתארגנות שיידרשו להוציא, ודי בו אף כדי לפצות את מי שיידרשו לעקור לדור ארעי ורק לאחר זמן להתיישב במקום מגורים קבוע. מכל מקום, כך מוסיפה המדינה וטוענת, העותרים לא הוכיחו כי לא כך הוא מצב הדברים. לבסוף טוענת המדינה כי לא הוכח שקיימים מתיישבים שיידרשו להוציא הוצאות הובלה והתארגנות בשל פינוי יותר מבית מגורים אחד מן הישוב המפונה, ולפיכך, לגישתה, הטענה שהעלו העותרים בעניין זה הינה כוללנית ואין לה מקום.

229. מענק לדמי שכירות: לטענת המדינה, הסכומים שנקבעו בחוק יש בהם כדי לאפשר לזכאים למצוא לעצמם דור חלוף ארעי בעל מאפיינים דומים באזורי הייחוס. אשר לתקופת השכירות מצינת המדינה כי בסמכות המנהל לאשר למתיישב מענק נוסף, עד לגובה המענק המקורי, לצורך תשלום דמי שכירות עבור שנה נוספת, וזאת כנגד הוכחות על המשך מגורים בשכירות וככל שטרם הושלמה בניית דור הקבע החלופי. המדינה מדגישה כי המענק בשנה הראשונה אינו מותנה בהוכחת תשלום דמי שכירות בפועל, והוא ניתן גם למי שכלל לא הוציא הוצאות עבור שכירות, משום שעבר היישר למקום מגורים קבוע.

230. ההלוואה העומדת: בעניין זה טוענת המדינה כי הקביעה לפיה לא תינתן הלוואה עומדת למי שמרכז חייו ביום הקובע אינו ביישוב מפונה נובעת מן ההנחה כי מתיישב כזה מצא מקום מגורים חלופי, ולפיכך אין להעניק לו את ההלוואה שנועדה להקל על המעבר לבית מגורים חלופי. המדינה מוסיפה וטוענת כי קביעת החוק באשר לאזורים שבהם מזכה רכישת בית מגורים או קרקע לבניית בית מגורים בהלוואה כאמור, הינה עניין שבמדיניות ביחס לאזורים בהם מבקש החוק לעודד התיישבות, ולפיכך אין להתערב בה. לעניין האבחנה בין אשקלון לעפולה עליה הלינו העותרים, הבהירה המדינה כי על פי החלטת הגורמים המוסמכים מפונים שביקשו לעקור לעפולה יזכו גם הם להלוואה עומדת, במסגרת הסמכות הנתונה לוועדה המיוחדת הנזכרת לעיל.

231. שיפוי בשל מס רכישה: בעניין זה טוענת המדינה כי תכליתו של השיפוי לסייע לרכישת דיור חלוף, וממילא מובן מדוע מוענק שיפוי זה רק עבור בית מגורים אחד, וכן מדוע אין הוא מוענק לבעל זכות במגרש.

232. מענק אישי בשל ותק: המדינה טוענת כי המענק האישי בשל ותק כלל לא נועד לפצות את המפונים על עוגמת נפש. לטענת המדינה מהווה המענק תשלום לפנים משורת הדין, והוא נועד, בין היתר, להעניק למתיישבים תמריץ חיובי לעזוב את השטח המפונה כנדרש בחוק. על כן, כך מוסיפה המדינה וטוענת, יכול המחוקק לקבוע את תנאי הזכאות למענק ואת גובהו כראות עיניו, "כשאלה של מדיניות", כלשונה, ואף לשלול אותו ממי שמפר את הוראות הפינני, כפי שצוין לעיל.

(5) דיון

כללי

233. עמדתנו הינה כי רוב רובן של הטענות שהעלו העותרים כנגד הוראות החוק לעניין פיצוי בשל בית מגורים, לעניין התשלומים הנלווים ולעניין המענק האישי, יש להן מענה הולם בתשובת המדינה. הן אינן מצדיקות את התערבותנו על דרך של ביטול הוראות חוק. נעמוד על כך בהמשך (ראו פסקאות 244-252 להלן). יוצאות מכלל זה שלוש סוגיות, המעוררות קשיים חוקתיים משמעותיים ואלו הן:

(א) שלילת זכות החזרה מן הבחירה במסלול השומה הפרטנית, הקבועה בסעיף 37(ה) לחוק.

(ב) קביעת גיל עשרים ואחת כגיל הסף לצורך זכאות למענק אישי על פי סעיף 46 לחוק.

(ג) בעיית "השנה האבודה", קרי: אי הבאתה בחשבון של התקופה שתחילתה ביום הקובע (6.6.2004) וסופה ביום הפינני, לצורך צבירת ותק בשני עניינים: האחד – בקביעת גובה הסכום המשתלם לזכאי מסלול ב' בגין ערך קרקע באזור ייחוס (סעיף 3 לתוספת השניה), והשני – בקביעת גובה סכום המענק האישי (סעיף 46 לחוק).

בקשיים אלה נדון עתה.

שומה פרטנית: בחירה שאין ממנה חזרה

234. הפינני כרוך בפגיעה "רב-מערכתית" בזכויות היסוד של המפונים. אחת הפגיעות הקשות ביותר בהקשר זה היא הפגיעה בקניינים של המפונים (ראו והשוו: בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר פ"ד נ(1) 309, 320; פרשת קרסיק, עמ' 672). העוצמה הנלווית לפגיעה בזכות הקניין, קיימת לגבי סוגים שונים של נכסים, אך היא בולטת במיוחד לגבי בתי מגורים (ראו: (M.J. Radin, "Property and Personhood", 34 Stan. L. Rev. 957 (1982)). אכן, מאז חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הודגש ביתר שאת הצורך במתן פיצוי על מנת לצמצם את הפגיעה בזכות הקניין, על ההשלכות הנלוות אליה. בפרשת ברעלי ציין בהקשר זה השופט י' זמיר כי:

"... כיום יותר מאשר בעבר, צריך לפעול בכיוון של צמצום הפגיעה בזכות הקניין... עצם הצורך הציבורי, שיש בו כדי להצדיק את הפגיעה, עדיין אין בו כדי לשלול פיצויים על הפגיעה... פיצויים כאלה יש בהם כדי לשרת את התכלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קרי, צמצום הפגיעה בזכות הקניין כדי שלא תעבור את המידה הראויה" (שם, עמ' 483. ראו גם פרשת נוסייבה בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת דורנר. על הצורך במתן פיצוי הוגן כדי שהפגיעה בקניין תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש ראו גם: פרשת הולצמן, עמ' 642; וכן פסק דינו של בית הדין לזכויות אדם בשטרסבורג בתיק Noack v. Germany 46346/99. להתפתחות שחלה באופן כללי בדיני הנטילה השלטונית (הפקעה, פגיעה רגולטיבית) מאז חוקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו פרשת קרסיק).

235. חוק יישום ההתנתקות נותן את הדעת לעוצמת הפגיעה בקניינם של המפונים כתוצאה מן הפינני ועל כן, מנה המחוקק בין מטרותיו של החוק מתן "פיצויים הוגנים וראויים, בנסיבותיו המיוחדות של העניין" (סעיף 21(2) לחוק). לצורך הגשמת מטרה זו בכל הנוגע לפיצוי בשל בית מגורים, הוסיף המחוקק וקבע ארבעה מסלולי פיצוי אותם תיארו לעיל. אחד מתוך ארבעה מסלולים אלה הוא, כאמור, מסלול השומה הפרטנית, הקבוע בסעיף 37 לחוק, הפתוח, בין היתר, למי שזכאים לפיצוי על פי מסלולים א' ו-ב'. דא עקא, סעיף 37(ה) מצביע תנאי בפני מי אשר מעוניין לבחור במסלול השומה הפרטנית בקובעו כי "מי שבחר בפיצוי לפי שומה פרטנית אינו רשאי לחזור בו מבחירתו". תנאי זה מעורר בעינינו קושי חוקתי של ממש. כפי שראינו, מסלולים א' ו-ב' הינם מסלולי הפיצוי העיקריים הקבועים בחוק בשל בית-מגורים, והם קובעים פיצוי סטטוטורי אחיד למפונים העונים על תנאי הזכאות במסלולים אלה (ראו פסקאות 199-200 לעיל). בקובעו את הפיצויים הסטטוטוריים, כאמור, גילה

המחוקק את דעתו כי הם מהווים בעיניו "פיצויים הוגנים וראויים, בנסיבותיו המיוחדות של העניין". נוכח הנחה מוצא זו, אין מנוס מן המסקנה, כי ההוראה שבסעיף 37(ה) עלולה לשלול מזכאי מסלול א' או ב', שבחרו במסלול שומה פרטנית, פיצוי הוגן וראוי על פי מסלול הזכאות המקורי שעל דרישותיו ענו, אם יתברר כי הפיצוי על פי מסלול השומה הפרטנית נופל מן הפיצוי הסטטוטורי על פי אותם מסלולים. במהלך הדיון בפנינו הדגישה המדינה כי השיקול המרכזי אשר עמד בבסיס הוראת סעיף 37(ה) הינו שיקול של יעילות אדמיניסטרטיבית, בציינה כי ללא התנאי השולל חזרה מן הבחירה, יש להניח שכל המפונים יבקשו למצות תחילה את מסלול השומה הפרטנית, ולבחון האם יוכלו לקבל פיצוי גבוה יותר באמצעות שומה זו. בכך יהפכו, למעשה, מסלולי הפיצוי הסטטוטוריים (מסלולים א' ו-ב') לברירות מחדל. מצב דברים זה יפגע, לטענת המדינה, ביעילותו של המנגנון המהיר שקבע החוק ויצריך גיוס כוח אדם מיוחד על מנת שהשמאי הממשלתי יוכל לעמוד במטלה של עריכת השומות הפרטניות, בתוך לוח הזמנים הנדרש. האם נימוקים אלה, שיסודם בשיקולי יעילות אדמיניסטרטיבית, יכולים להצדיק הסדר שיש בו כדי לשלול מזכאי מסלול א' ו-ב' את הפיצויים הסטטוטוריים שקבע המחוקק במסלולים אלה – "פיצויים הוגנים וראויים" – המהווים תנאי למידתיות הפגיעה בזכויותיהם הקניניות?

236. לדעתנו, במדינה דמוקרטית אשר בה יש לזכויות אדם מעמד בכורה חוקתי, התשובה לשאלה זו כמו מתבקשת מאליה. עמד על כך א' ברק בציינו:

"שיטת משפט המגנה על זכויות אדם ונותנת להן מעמד חוקתי, אינה מוכנה לאפשר פגיעה בזכויות אלה מטעמים של נוחות מינהלית או חסכוניות כספיים גרידא (א' ברק, פרשנות במשפט 527 (כרך שלישי, 1994); ראו גם פרשת (מילר).

ברוח זו נפסק כי תכלית ראויה אינה יכולה להימצא "בחסכון הכספי כשלעצמו" (בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר (טרם פורסם), פסקה 13 לפסק הדין). בחינה של משפט השוואתי תלמד כי גישה זו, לפיה גובר הצורך בהגנת זכויות חוקתיות על שיקולים של יעילות ונוחות מינהלית, אומצה באופן עקבי בשורה ארוכה של מדינות. כך, למשל, במסגרת פירושו של הסעיף הראשון לצירטר הקנדי, שכותרתו היא *Guarantee of Rights and Freedoms*, נקבע כי:

"the guarantees of the Charter would be illusory if they could be ignored because it was... administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument in my view, misses the point of the exercise under s. 1... a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles" (*Singh v. Minister of employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 218).

ובפרשה קנדית נוספת צוין כי:

"Administrative convenience... is rarely if ever an objective of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right" (*R. v. Schwartz* [1988] 2 S.C.R. 443, 47; ראו גם

(P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* 887-889 (4th ed., 1997)).

אותה גישה עצמה אימץ גם בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה (ראו *Bel Porto School Governing Body and Others v Premier of the Province, Western Cape* 2002 (9) BCLR 891 (CC), para. 170). המשפט האמריקאי אימץ אף הוא את הגישה העקרונית לפיה שיקולי יעילות ונוחות מינהליים אינם משמשים הצדקה לפגיעה בזכויות חוקתיות אשר רמת הבדיקה שלהן דומה לזו החלה בענייננו. עמד על כך בית המשפט העליון של ארצות הברית בקובעו:

"Our prior decisions make clear that, although efficacious administration of governmental programs is not without some importance, the Constitution recognizes higher values than speed and efficiency... And when we enter the realm of "strict judicial scrutiny," there can be no doubt that "administrative convenience" is not a shibboleth, the mere recitation of which dictates L.W. Abramson, "Equal (constitutionality)" (*Frontiero v. Richardson* 411 U.S. 677, 690 (1973); ראו גם *Protection and Administrative Convenience*, 52 Tenn. L. Rev. 1 (1984)).

המשפט הניו-זילנדי מבחין בהקשר זה בין הכרח מינהלי (*administrative necessity*), שעשוי לגבור במקרים מסוימים גם על זכויות יסוד, לבין נוחות מינהלית (*administrative convenience*), שאין בכוחה לגבור על זכויות יסוד. כך נפסק שם כי עיכוב והגבלת חופש תנועתם של קבוצת מהגרים שהגיעו לניו-זילנד ודרשו מעמד של

פליטים, יש לו הצדקה (לתקופה קצרה) בשל ההכרח המינהלי שנוצר לברר את נתוניהם הבסיסיים. מה שאין כן אילו היה עומד בבסיס עיכובם שיקול של נוחות מינהלית גרידא (ראו Attorney-General v. Refugee Council [2003] 2 NZLR 577, para. 284).

237. במקרה שלפנינו הוראת סעיף 37(ה) לחוק יישום ההתנתקות, שתכליתה להשיג יעילות ונוחות מינהלית, פוגעת בזכותם של זכאי מסלול א' ו-ב' לקבל פיצוי ראוי והוגן. הצורך להגן על המפונים מפני פגיעה זו גובר על שיקולי היעילות והנוחות המינהליים העומדים בבסיס ההוראה. ויודגש, אין מדובר בזוטי דברים אלא בפגיעה ממשית, שכן מסלול השומה הפרטנית, על פי עמדת המדינה עצמה, נועד לרפא קשיים שונים המתעוררים לגבי הפיצוי הסטטוטורי הקבוע במסלולים א' ו-ב', בהיותו פיצוי סטנדרטי ואחיד שאינו נותן ביטוי לנתונים אינדיבידואליים של כל בית-מגורים. מכאן, חשיבותו של מסלול השומה הפרטנית המאפשר למפונים החפצים בכך להציג נתונים אינדיבידואליים באשר לשווי ביתם. אולם, נוכח שלילת זכות החזרה מן הבחירה במסלול השומה הפרטנית לא יוכל, כאמור, מי שבחר במסלול זה לחזור בו מבחירתו גם אם יתברר כי השמאי הממשלתי, ובעקבותיו ועדת הזכאות, קבעו לו פיצוי הנמוך מן הפיצוי הסטטוטורי הניתן במסלולים א' ו-ב'. בכך נשללת ממפונים אלה הזכות לקבל את הפיצוי הראוי וההוגן המגיע להם, רק משום שהעזו לבחון אם במסלול החלופי (השומה הפרטנית) יהיו זכאים לסכום גבוה יותר (השוו: ע"א 2981/92 כהן נ' צמד ע.א. בע"מ, פ"ד נ(2) 869; ע"א 3616/92 דקל שרותי מחשב להנדסה נ' חשב היחידה הבין-קיבוצית, פ"ד נא(5) 337; ע"א 2790/93 Robert E. Eisenman נ' אלישע קימרון, פ"ד נד(3) 817; ע"א 592/88 שגיא נ' עיזבון המנוח אברהם ניניו ז"ל, פ"ד מו(2) 254). יתרה מכך, כתוצאה משלילת זכות החזרה מן הבחירה נוצרת, מטבע הדברים, הרתעת-יתר הגורמת למפונים רבים, המכונים בשיח הכלכלי "שונאי סיכון", שלא לפנות אל מסלול השומה הפרטנית למרות שיכולים היו לקבל במסלול זה פיצוי גבוה יותר התואם את הפגיעה בזכויותיהם. ייתכן כי טעם זה הוא שעמד, בין היתר, בבסיס התופעה לה אנו עדים, שאיש מן המפונים לא פנה אל מסלול השומה הפרטנית, אף כי המועד להגיש הודעה על הבחירה הבלתי חוזרת במסלול זה חלף ביום 21.4.2005. תחת זאת שלחו חלק מן המפונים מכתבים בנוסח אחיד, הנושאים תאריך 19.4.2005 והמתייחסים לחוסר האפשרות ליתן, בנתונים הקיימים, הודעה בדבר בחירתם במסלול השומה הפרטנית. במאמר מוסגר נציין, כי תחילה נכלל בהצעת החוק הסדר אחר בהקשר זה, ובו נקבע כי:

"מי שבחר בפיצוי לפי שומה פרטנית רשאי לחזור בו מבחירתו ולבקש פיצוי לפי סעיף 35 או 36, לפי העניין, כל עוד לא ניתנה החלטה של ועדת הזכאות בדבר סכום הפיצוי לפי שומה פרטנית; חזר בו מבחירתו כאמור לאחר שנערכה השומה, ינוכה מסכום הפיצוי שייקבע לו סכום של 3,000 שקלים חדשים לכיסוי עלויות השומה" (סעיף 37(ד) להצעת החוק).

נוסיף ונאמר במאמר מוסגר, כי הסדר זה מעורר אף הוא בעיות חוקתיות, וספק אם יש בו כדי להציב אמצעים שפגיעתם פחותה ומידתית דייה. בחינת החוק כמכלול, תוך התייחסות לתמהיל הוראותיו, אף היא אין בה כדי לשנות מן המסקנה שהוראת סעיף 37(ה) איננה חוקתית, שכן שלילת זכות החזרה מן השומה הפרטנית, היא הוראה העומדת לעצמה, ולא ניתן להצביע על הוראה אחרת המאזנת את הפגיעה הכרוכה בה, בין בסימן א' לפרק ה' של החוק ובין בפרקיו האחרים של החוק. מכל הטעמים שפורטו אנו סבורים כי דין הוראת סעיף 37(ה) להתבטל.

מענק אישי בשל ותק – גיל עשרים ואחת כגיל סף

238. ייאמר מיד – טענת המדינה לפיה המענק האישי ניתן "לפנים משורת הדין" אינה מקובלת עלינו. הן לשונו של הסעיף והן תכליתו – זו העולה מהוראות החוק עצמו ומתהליכי החקיקה – מצביעות על כך שמענק זה נועד ליתן למפונים פיצוי על הסבל ועל עוגמת הנפש שייגרמו להם כתוצאה מן הפינוי הכפוי. אכן, שמו של המענק – "מענק אישי בשל ותק" – עונה בו כי מדובר בתשלום המתמקד בפן האישי והאנושי, להבדיל מתשלומים אחרים הקבועים בחוק, המיועדים לפצות את המפונים עבור נכסיהם ועבור הוצאות ישירות הנגרמות להם. "זה הפיצוי לאדם. יש פיצוי לבית, יש פיצוי למגרש, לעסק – ויש פיצוי לאדם", כלשונו הקולעת של מנכ"ל משרד ראש הממשלה, המכהן כיושב-ראש פורום המנכ"לים לקראת יישום תוכנית ההתנתקות (ראו: פרוטוקול ועדת המשנה של ועדת הכספים לפיצוי עסקים וגורמים כלכליים במסגרת הצעת חוק ההתנתקות (להלן בפרק זה – ועדת המשנה) מיום 30.1.2005). דברים אלה מתיישבים היטב עם האמור בדברי ההסבר להצעת החוק, המציינים מפורשות כי המענק האישי ניתן נוכח "השלכות אישיות" שיש לפינוי "מעבר לעלויות הישירות הנגרמות כתוצאה מן הצורך לעבור למקום מגורים חדש". מסקנה זו בדבר מהותו של המענק כפיצוי עבור הנזק הלא-ממוני הכרוך בפינוי, עולה אף מן הדברים שנאמרו בעת הליכי החקיקה (ראו: פרוטוקול ועדת המשנה מיום 30.1.2005; וראו גם דברי חבר הכנסת ח' אורון בפרוטוקול ישיבת ועדת המשנה מיום 23.1.2005, ובפרוטוקול ישיבת ועדת הכספים מיום 1.2.2005). העובדה שגובה המענק האישי נקבע בהתאם לוותק המגורים בשטח המפונה והעובדה שהוא אינו מותנה בקיומה של זכות בבית מגורים, עולה אף היא בקנה אחד עם התפיסה לפיה נועד המענק לפצות על עוגמת הנפש שתיגרם למפונים כתוצאה מן הפינוי הכפוי. אכן, ככל ששנות חיים רבות יותר קושרות את המתיישב לשטח המפונה כך, מטבע הדברים, רב הקושי הנפשי ועצום הסבל שעיימו עליו להתמודד עקב הפינוי. הסבל והקושי הרגשי הכרוכים בפינוי עוצמתם רבה במיוחד בנסיבותיה המיוחדות של תוכנית ההתנתקות. זאת משום שמדובר בפינוי כפוי ומשום שהפינוי מוחק באחת קבוצה שלמה של יישובים על בתייהם ועל המרקם הקהילתי שנוסד והתקיים בהם לאורך שנים. אכן, משפחות לא מעטות חיו ביישובים המפונים והתפרנסו בהם במשך למעלה

מעשרים שנה ואף העמידו דור שני ודור שלישי שנולדו וגדלו באותם יישובים, כפי שצינו בפנינו חלק מן המפונים במהלך הדיון. בנסיבות אלה, נראה כי אין לראות במענק האישי בשום אופן תשלום "לפנים משורת הדין". המענק האישי הוא מרכיב חיוני והכרחי להגשמת המטרה בדבר מתן "פיצויים הוגנים וראויים" למפונים, כלשון סעיף 1(2) לחוק, והוא משפיע על חוקתיות החוק (בעניין החובה להעניק פיצוי בגין נזק לא ממוני הנגרם כתוצאה מפינוי אוכלוסיה ראו והשוו לפסקי הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין Selcuk v. Turkey [1998] ECHR 23184/94, para. 116-119 ובעניין Bilgin v. Turkey [2000] ECHR 23819/94, para. 153-156. לעניין מהותו ודרך הערכתו של פיצוי על נזק לא ממוני באופן כללי ראו והשוו: רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510; ע"א 611/89 דרוקר זכריה חברה קבלנית נ' נחמיאס, פ"ד מו(2) 60; ברק, הערכת הפיצוי, עמ' 263; M. J. Radin; 56 Duke L. J. (1993) "Compensation and Commensurability" (להלן – Radin, Compensation and Commensurability).

239. נוכח תכליתו זו של המענק האישי, קשה להבין מדוע בחר המחוקק בגיל עשרים ואחת דווקא כגיל הסף לצורך הזכאות לקבלתו. שאלה זו נותרת ללא מענה ממצה גם לאחר עיון בדברי ההסבר להצעת החוק ובפרוטוקולים של דיוני ועדות הכנסת במסגרת הליכי החקיקה. אם תאמר שהמחוקק ביקש להעניק את הפיצוי לבגירים בלבד, לא ברור מדוע לא נבחר גיל שמונה עשרה שהוא, ככלל, גיל הבגירות (ראו את ההשגות בעניין זה בפרוטוקול ישיבת ועדת המשנה מיום 30.1.2005 וההצבעה בעניין ההסתייגות לבגיל עשרים ואחת כגיל סף בפרוטוקול ישיבת ועדת הכספים מיום 8.2.2005). אך עיקר הבעיה נעוץ בכך שאין זה ברור כלל מדוע נשלל הפיצוי מקטינים. בצדק הצביעו העותרים על כך שהשפעתו הנפשית של הפינוי על קטינים אינה פחותה מהשפעתו על בגירים: גם הקטינים נדרשים להתמודד עם החוויה הרגשית הכרוכה בפינוי כפוי. גם הקטינים נדרשים לעזוב את מקום מגוריהם, להיפרד מחבריהם, להיפרד ממחנכיהם וממוריהם, ולמעשה, מכל מרקם החיים שאותו הכירו – ולעיתים היחיד שהכירו מאז נולדו – ולעבור למקום חדש, לא מוכר, על כל החששות והפחדים הכרוכים בכך. זאת ועוד: השפעתו הקשה של הפינוי על קטינים אינה מצטמצמת להשלכותיו הישירות; יש לה גם השלכות עקיפות, נוכח החוויה שעוברים הוריהם בד בבד עימם. קטינים, ובעיקר אלה הרכים בשנים, רואים בהורים את מעוזם ואת המקור לביטחון בחייהם. הסדקים העלולים להיגרם לדימוי ההורי האיתן עקב הפינוי, אף הם כרוכים בפגיעה נפשית אפשרית לקטינים, ואין להתעלם ממנה.

240. הנה כי כן, אין כל טעם מבורר המצדיק לשלול מן המפונים הצעירים את הפיצוי בגין הסבל הנפשי שייגרם להם כתוצאה מן הפינוי, וכבר נאמר בפסיקתנו בעניין אחר כי "קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש – גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול" (השופט מ' חשין בע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, מח(4) 221, 235). הסדר השולל פיצוי זה אינו הסדר המעניק למפונים הצעירים "פיצויים הוגנים וראויים". יש בו כדי לגרום למפונים הצעירים פגיעה במידה העולה על הנדרש. זאת ועוד: נוסף – בלא לפסוק בדבר – כי האבחנה שיוצר המחוקק בין מי שטרם הגיע לגיל עשרים ואחת למי שכבר הגיע לגיל זה, עשויה להוביל אל המסקנה שמדובר בפגיעה גם בזכות לשוויון (לשאלת עיגונה של הזכות לשוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו: פרשת מילר; בג"ץ 5394/95 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 360, 353; י' קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א 323 (תשנ"ב)). מכל הטעמים שפורטו, אנו סבורים כי יש לבטל את ההוראה הקבועה בסעיף 46 לחוק בדבר גיל הסף המזכה במענק אישי בשל ותק.

צבירת ותק – "השנה האבודה"

241. הסוגיה השלישית והאחרונה המעוררת קושי חוקתי המצדיק התערבות, נוגעת להוראות שנקבעו בחוק לעניין צבירת ותק. הוראות אלה אינן מביאות בחשבון את הוותק שצבר המפונה מאז היום הקובע (6.6.2004) ועד יום הפינוי. מחסום היום הקובע לעניין צבירת הוותק, משליך על גובה הפיצוי במספר עניינים וככל שהדבר נוגע לפרק בו עסקינן, מדובר בשניים: האחד – בקביעת גובה הסכום המשתלם לזכאי מסלול ב' בגין ערך קרקע באזור ייחוס (סעיף 3 לתוספת השניה), והשני – בקביעת סכום המענק האישי (סעיף 46 לחוק). בעניין זה הצדק עם העותרים. אכן, ההוראות הקובעות כי ותק המגורים לצורך המענק האישי ולצורך מסלול ב' יחושב עד ליום הקובע, מתעלמות מן העובדה שגם לאחר היום הקובע ממשיכים המתיישבים לגור כדין בשטח המפונה. החלטתה העקרונית של הממשלה מיום 6.6.2004 בנוגע לתוכנית ההתנתקות, לא חייבה איש מן המתיישבים לעזוב את ביתו או לשנות ממצב הדברים שהיה קיים באותה עת. חובה זו קמה רק לאחר שהתקבל החוק והוצאו צווי הפינוי מכוחו, בהם נקבע יום הפינוי ונקבעו השטחים שיפנו. לא ברור, אפוא, מדוע ראה המחוקק לשלול מן המתיישבים שהמשיכו להתגורר במקום את הזכות לצבור ותק לצורך קביעת סכומי פיצוי וסכומי מענק, גם לאחר היום הקובע. בעניין המענק האישי הקושי מתחדד נוכח תכליתו של המענק לפצות את המתיישבים על עוגמת הנפש ועל הסבל שייגרם להם כתוצאה מן הפינוי. יש להניח כי ככל שקרב יום הפינוי כך גוברת והולכת עוגמת הנפש, ומתעצמים המתח וחוסר הוודאות שהם מנת חלקם של המפונים. לפיכך, אין מקום להשלים עם ההוראה שתוצאתה היא כי דווקא בגין תקופה קשה זו, לא יזכו המתיישבים הגרים בשטח המפונה לפיצוי. הוא הדין באשר לפיצוי בשל בית מגורים על פי מסלול ב'. טענת המדינה הייתה, כאמור, כי הממשלה סבסדה את רכישת הקרקעות בשטח המפונה על מנת לעודד ישיבה בו ולפיכך, מי שחי במקום לאורך מספר שנים "פרע את חובו" כלפיה וזכאי למימון של קרקע חלופית באזורי הייחוס. ככל שהמתיישב חי במקום שנים ארוכות יותר, כך טענה המדינה, הוא נחשב כמי "שפרע חלק גדול יותר של חובו" עבור הסבסוד. אם כך הדבר, אין כל סיבה מדוע לא תיזקק לזכות המתיישב, לצורך חישוב סכום הפיצוי, גם שנת מגוריו האחרונה בשטח המפונה.

242. המדינה טענה כי מחסום היום הקובע הן לעניין חישוב סכום הפיצוי על פי מסלול ב' והן לעניין חישוב גובה המענק האישי, נועד למנוע תמריץ שלילי לפינוי השטח. תמריץ כזה נוצר, לשיטתה, ככל שהמשך המגורים במקום לאחר היום הקובע יהא בו כדי להגדיל את הסכומים שהמפונים זכאים להם. אשר למענק האישי, משנדחתה הנחת המוצא של המדינה לפיה מדובר בתשלום "לפנים משורת הדין" שאת תנאיו היא יכולה לעצב כרצונה, ומשקבענו כי המענק האישי הינו מרכיב חיוני וחשוב בין מרכיבי הפיצוי הראוי וההוגן שעל החוק להעניק למפונים, נראה כי הנימוק בעניין "התמריץ השלילי" שהעלתה המדינה, אין בכוחו להצדיק את הפגיעה הבלתי מידתית הנגרמת למפונים כתוצאה ממחסום היום הקובע לעניין צבירת ותק. הוא הדין, וביתר שאת, לעניין צבירת הוותק לצורך חישוב סכומי הפיצוי במסלול ב' (על פי סעיף 3 לתוספת השניה), שכן לגבי פיצוי זה לא העלתה המדינה לכתחילה כל טענה כאילו מדובר בתשלום שהוא "לפנים משורת הדין". על כן, התעלמות מפרק הזמן שבו מתגוררים המפונים במקום כדין לאחר היום הקובע, נוגסת ללא כל הצדקה בסכום הפיצוי המגיע להם ופוגעת מעבר למידה הנדרשת בזכויותיהם. זאת ועוד: החוק פורסם ביום 18.2.2005. על כן, ככל שתכלית ההסדר החוסם את צבירת הוותק לאחר היום הקובע הינה, כטענת המדינה, עידוד המתיישבים לעזוב את השטח המפונה מרצונם, היה אולי מקום להחילו במועד כלשהו מאז פרסום החוק ואילך, אך אין מקום להציב מחסום זה קודם למועד חקיקת החוק. חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בעמדה שהציגה המדינה בפרשת שמעוני. באותו עניין נטען על ידה כי מתיישבים שביקשו לעזוב מרצונם לאחר החלטת הממשלה מיום 6.6.2004, אינם זכאים למקדמות על חשבון הפיצויים מכוח החוק, אלא לאחר אישור ועדת הכספים של הכנסת או עיגון מפורש בחוק התקציב לשנת 2005. מכאן עולה כי הרצון לעודד מתיישבים לעזוב את המקום מיד לאחר החלטת הממשלה מיום 6.6.2004, אף לא נתמך באמצעי מימון הולמים לביצוע העזיבה באותו מועד. נוכח מכלול הנסיבות שתוארו – העדר דבר חקיקה או צווי פינוי המגדירים את יום הפינוי ואת השטח המפונה והעדר אמצעי מימון בסיסיים ביותר לעזיבה – הציפייה כי המפונים יעזבו את בתיהם כבר למחרת החלטת הממשלה מיום 6.6.2004, אינה ראויה ואינה הוגנת, ככל שבחישוב סכום הפיצוי עסקינן. לעומת זאת, קביעת המחוקק באשר לעצם הזכאות בעניינים שונים, כי יש להציב את יום החלטת הממשלה כתמרוך "עצור", במובן זה שלאחר אותו מועד לא ניתן יהיה עוד לרכוש זכויות על פי החוק, קביעה זו יש בה טעם, בשל החשש המוצדק למניפולציות, ומכל מקום אין היא מצדיקה התערבות בחוק.

243. מכל הטעמים שפורטו, יש, אפוא, לקבוע כי לצורך קביעת הסכום המגיע לזכאי מסלול ב' על פי סעיף 3 לתוספת, תבוא במניין תקופת הוותק גם תקופת המגורים שלאחר היום הקובע, וכך גם לצורך קביעת סכום המענק האישי המוסדר בסעיף 46 לחוק. ודוק: מדובר בצבירת ותק לצורך קביעת סכומי הפיצוי והמענק לפי העניין, להבדיל ממחסום היום הקובע ככל שהוא נוגע לתנאי הזכאות ולעצם הזכות לקבלת הפיצויים או המענק כאמור. בעניין אחרון זה מקובלת עלינו עמדת המדינה, ולא מצאנו מקום להתערב בו (ראו פסקה 150 לעיל).

יתר טענות העותרים

244. להוציא שלוש הסוגיות אשר נידונו לעיל, לא מצאנו בטענות הרבות הנוספות שהניחו העותרים לפתחנו, טעם המצדיק התערבות בחוק יישום ההתנתקות, ככל שהדבר נוגע לפיצוי בשל בית מגורים, לתשלומים הנלווים ולמענק האישי. כפי שכבר צוין, יש בתשובת המדינה מענה הולם לרוב רובן של טענות העותרים בנושאים אלה, ומכל מקום אין מדובר בטענות שבכוחן להצדיק התערבות בדבר חקיקה, נוכח העקרונות הכלליים המנחים אותנו בהקשר זה. אכן, בראייה כוללת, בפנינו הסדר סטטוטורי מפורט וייחודי, אשר נחקק על מנת ליישם תוכנית ייחודית (ראו: י' טרואן, בחינת קיומן של מקבילות היסטוריות לתוכנית ההתנתקות (מרכז מחקר ומידע של הכנסת, 2005)). בהליכי החקיקה אשר קדמו לקבלת החוק ניתנה הדעת לפרטי הפרטים של הסדרי הפיצוי, ונבנה מודל מורכב, אשר, כפי שכבר צוין, משלב יסודות תעריפיים אחידים עם מנגנון המאפשר הוכחת נזק אינדיבידואלי בעניינים מסוימים (מסלול השומה הפרטנית). "המוצר המוגמר" שהתקבל, עומד, בעיקרו, במבחנים החוקתיים והוראותיו בעניין הפיצוי בשל בית מגורים ובעניין התשלומים הנלווים והמענק האישי מצויות ב"מרחב המידתי" המסור לשיקול דעת המחוקק (להוציא שלוש הסוגיות עליהן עמדנו לעיל). זאת בייחוד נוכח פתיחת ערוץ נוסף ובלתי מותנה של תביעה על פי הדין הכללי. אך פטור בלא כלום אי אפשר, ועל כן נתייחס להלן, בתמצית, לטענות הספציפיות שהעלו העותרים, ונפרט את טעמינו לדחייתן של טענות אלה.

פיצוי בשל בית מגורים:

245. מסלול א': העותרים העלו נגד הוראות מסלול זה שורה של טענות, ובהן טענות על העדר התחשבות ברכיב הקרקע, על התעלמות משוויו הספציפי של בית המגורים, על התעלמות משטחים המהווים חלק משטח הבית לצורך חישוב הפיצוי, על התעריף שנקבע למ"ר, על הפחתתו ככל ששטח הבית גדול יותר, וכן על העדר התחשבות בהוצאות נלוות לצורך רכישת הבית. נדון בטענות אלה כסדרן:

246. אשר להעדר ההתחשבות ברכיב הקרקע, המדינה הבהירה כי הקרקע בשטח המפונה הינה בעלת ערך נמוך ביותר, וערך זה נלקח בחשבון בעת שנקבעו תעריפי הפיצוי למ"ר. טענה זו עולה בקנה אחד עם האמור בדברי ההסבר להצעת החוק, לפיהם "רכיב הקרקע, שכאמור הוא נמוך מאד, נלקח בחשבון בקביעת שווי עלות הבנייה" (ה"ח תשס"ה, 69). בנסיבות אלה, יש לדחות את טענת העותרים כי הפיצוי על פי מסלול א' אינו מפצה בגין רכיב הקרקע. זאת ועוד, אם מי מן המתיישבים סבור שהקרקע שברשותו שווה יותר מן התעריף שהובא בחשבון לצורך

מסלול א', יוכל הוא להודיע על רצונו בשומה הפרטנית, ומדברי המדינה בפנינו הובהר כי השומה שתיערך לבית המגורים במסגרת מסלול זה תביא בחשבון גם את שווייה של הקרקע הספציפית שברשות הזכאי. הטענה בעניין קביעת שיעורים אחידים המתעלמים משווי הספציפי של בית המגורים אף היא מוצאת מענה במסלול השומה הפרטנית, אשר על פי קביעתנו אינו כרוך עוד בויתור מראש על הזכויות לפי מסלולים א' ו-ב'. במסלול זה מחויב השמאי הממשלתי לערוך את השומה על פי "כללי שמאות מקובלים" ויש להניח כי בנוסף לערך הקרקע אשר יובא בחשבון, יובאו בחשבון על פי כללים אלה גם עלויות הבנייה האינדיבידואליות שיוכחו, בערכי כינון. לעניין אופן חישוב השטחים על פי מסלול א', מצאנו כי תשובת המדינה ממצה והולמת ואין צורך להוסיף עליה. אשר לתעריף הפיזי למטר רבוע, הוא נקבע בהתאם להערכת השמאי הממשלתי לגבי עלויות בניה של בית מגורים מאותו סוג, בערכי כינון, ובהתייחס למחירון "דקל". במסגרת הליכי החקיקה ובעקבות טענות שהעלו נציגי המפונים, התווסף סכום של 450 ש"ח למ"ר לכל אחד מסוגי הבניה. תוספת זו הגדילה את הפיזי בכעשרה אחוזים לפחות, ובנסיבות אלה לא מצאנו ממש בטענה כי תעריפי הפיזי בגין עלויות הבניה שנקבעו במסלול א' בחוק אינם ראויים או אינם מספיקים לבניית בית מגורים חלופי. הרגרסיביות של התעריף ככל ששטח הבית עולה על 160 מ"ר מבוססת אף היא על כללי שמאות מקובלים, כטענת המדינה, ואינה מצדיקה התערבות ומכל מקום, מי מבין המתיישבים הסבור שהפיזי בהקשר זה מקפח אותו, בשל התעריף הנמוך למטר רבוע או בשל השקעות מיוחדות שהשקיע בביתו או מסיבה אחרת, יכול לפנות אל מסלול השומה הפרטנית, בלא לאבד את זכויותיו מכוח מסלול א'. העותרים הוסיפו וטענו כי לצורך הפיזי על פי מסלול א' לא הובאו בחשבון הוצאות מסוימות הנלוות לבנייה או לרכישה של בית חלופי, כגון שכר טרחת עורך דין ודמי תיווך ולדעתם מצדיק הדבר התערבות במעשה המחוקק. טענה זו דינה להידחות. אכן, החוק אינו מייחד פיזי בגין הוצאות אלה והן אף לא נכללו במסגרת תחשיב תעריפי הפיזי שבהצעת החוק. אולם נוכח העובדה שבמסגרת הליכי החקיקה הוגדלו התעריפים למטר רבוע בעשרה אחוזים ויותר, כאמור, נראה כי יש בכך לפצות גם על הוצאות ממין זה.

247. מסלול ב': בעניין מסלול ב' הלינו העותרים על קביעת תנאי הזכאות בדבר מרכז חיים, על כך ששיעור הפיזי נגזר לפי ותק המגורים הרצוף בשטח המפונה, על גובה הפיזי, וכן על כך שהפיזי ניתן עבור בית מגורים אחד בלבד. טענות אלה של העותרים אינן מצדיקות התערבות במעשה חקיקה. מסלול ב' נועד לתת מענה לקושי הנובע מכך שפיזי המבוסס על שווי כלכלי גרידא של הזכות בבית מגורים, אין בו, בנסיבות המיוחדות שלפנינו, כדי לאפשר למפונים לרכוש או לבנות בית מגורים חדש באזור דומה לשטח המפונה, בשל הבדלים במחירי הקרקע (השוו: רע"א 2672/96 מדינת ישראל נ' קיבוץ חפץ חיים, פ"ד נב(2) 247 United States v. 50 Acres of Land; 469 U.S. 24, 29 (1984); רע"א 7700/95 נגולה נ' חזן, פ"ד נ(1) 338, 341; כן השוו למודל הקבוע בסעיף 39 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, תשכ"ה-1965). נוכח קושי זה קבע המחוקק כי מתיישבים אשר מרכז חייהם היה בשטח המפונה במשך שש שנים ברציפות, יפוצו בסכום נוסף על זה המוענק לפי מסלול א', התואם ערך קרקע באזורי הייחוס. אשר לזכאי מסלול ב' שהוותק אותו צברו אינו מגיע כדי שש שנים, קבע המחוקק כי אף אלה יהיו זכאים לקבלת פיזי בגין ערך הקרקע באזורי ייחוס וכי פיזי זה יחושב כחלק יחסי מתוך הסכום המלא ובאופן פרוגרסיבי על פי תקופת הוותק. עוד נקבע בחוק כי ההפרש שבין חלק יחסי זה ובין מלוא הסכום, יועמד לזכאים אלה כהלוואה מוטבת. הפיזי הפרוגרסיבי בגין ערך הקרקע באזורי ייחוס לאלה העונים על תנאי הזכאות במסלול ב', אינו נקי מקשיים. אולם, לאחר שבחנו את הוראות החוק הרלוונטיות במכלול שוכנענו כי החוק "מפצה" על קושי זה וממתן אותו בקובעו כי מתיישבים שבשל העדר ותק מספיק אינם זכאים למלוא הפיזי במסלול ב', יוכלו, כאמור, להסתייע בהלוואה מוטבת לצורך רכישתו או בנייתו של בית באזורי הייחוס (ראו סעיף 6 לתוספת); ומי מביניהם שיבחר להתגורר באזורים הקבועים בסעיף 47 לחוק (ובהם גם אזורי ייחוס של היישובים המפונים), יזכה גם בהלוואה עומדת בסך 135,000 ש"ח, ההופכת למענק בתום חמש שנים בכפוף לתנאים הקבועים בסעיף. עוד עומדת לרשות זכאי מסלול ב', אשר פונו מבית מגורים שנחלה ביישוב שתוכנן כיישוב חקלאי, האפשרות לפנות אל המינהלה ולבקש נחלה "בעיני" ביישוב דומה, באזור עדיפות א' בנגב או בגליל, במקום הפיזי בכסף המפורט לעיל (ראו: סעיף 3(ד) לתוספת). מתשובתה המשלימה של המדינה שהוגשה ביום 29.5.2005 עולה כי באותו מועד היה מינהל מקרקעי ישראל בשלבי הסיום של הקמת מאגר הנחלות הנדרש לצורך מימוש אפשרות זו, וכי סמוך לאחר השלמת הקמתו יפורסם המאגר על ידי המינהלה. עם פרסומו של מאגר זה, עומדת לרשות בעלי הנחלות, זכאי מסלול ב', דרך נוספת לבניית בית חדש באזור עדיפות א' בנגב או בגליל. חלופה זו ממתנת אף היא את הקשיים שמעורר הפיזי הפרוגרסיבי בכסף, הקבוע בסעיף 3(א)-(ב) לתוספת. מכל הטעמים שפורטו, נראה כי אין הצדקה להתערב במעשה החקיקה ככל שהדבר נוגע לפיזי בשל בית מגורים המוענק לזכאי מסלול ב'.

248. לא מצאנו מקום להתערב בגובה הסכום המוענק לזכאי מסלול ב' על פי סעיף 3 לתוספת השניה. הסכום שנקבע בסעיף 3 לתוספת השניה נועד לשקף ערך של קרקע באזורי הייחוס והוא נקבע לאחר תהליך ארוך וממצה שכלל איתור אזורי הדומים באופיים לשטח המפונה והסמוכים אליו גיאוגרפית, בדיקה של ערכי קרקע ביישובים בעלי מאפיינים דומים ליישובים המפונים הממוקמים באותם אזורים, וחישוב של ערך קרקע ממוצע. בנסיבות אלה, לא נמצא כי נפל פגם בקביעת סכומי הפיזי הקבועים בחוק, ומכל מקום בוודאי שאין מדובר בפגם המצדיק התערבות בחוק של הכנסת. לעניין אותם בעלי זכויות בבתי מגורים אשר העתיקו את מגוריהם מאימת הטרור ציינה המדינה כי ההנחה היא שמתישבים אלה מצאו בינתיים דיר חלוף, ולפיכך לא נדרש להם הפיזי שבמסלול ב' המיועד, כאמור, לאפשר למתיישבים הגרים בשטח המפונה, לבנות או לרכוש דיר חלוף באזור דומה. זאת ועוד, מקרים חריגים המצדיקים זאת יוכלו למצוא את פתרונם במסגרת הוועדה המיוחדת שהוקמה על פי סעיף 137 לחוק. כפי שטענה המדינה בצדק, מהווה ועדה זו שסתום בטחון חשוב אשר באמצעותו ניתן להבטיח כי ימצא פתרון הוגן למפונה האינדיבידואלי שנסיבותיו מצדיקות זאת.

249. אשר למסלול החזר מחיר הרכישה. הטענות שהועלו על ידי העותרים בהקשר זה מתמקדות בעיקר בשלילת הפיצוי מבעל זכות במגרש שרכש את זכותו למעלה מחמש שנים לפני היום הקובע. בעניין זה השיבה המדינה כי כלל לא ברור מהו היקף הקושי מבחינת מספר בעלי המגרשים, וכי מכל מקום הנושא ימצא את פתורו במסגרת סמכותה של הוועדה המיוחדת. בנסיבות אלה, ומשנראה כי הבעיה העיקרית שעליה הצביעו העותרים לגבי מסלול זה, יכולה למצוא את תיקונה בדרך זו, אין מקום להתערבותו.

250. התשלומים הנלווים: בעניין מענק הוצאות ההובלה וההתארגנות ובעניין המענק לדמי שכירות טענו העותרים כנגד קביעת התעריפים האחידים וכנגד העובדה שמדובר בסכומים נמוכים אשר אין די בהם לצורך כיסוי הוצאות אלה. אכן, בעניין תשלומים אלה העדיף המחוקק מודל פיצוי אחיד. היתרון הטמון במודל זה למפונים נעוץ בכך שיוכלו לקבל על פיו, במהירות, סכום ידוע לכיסוי צורכיהם הדחופים והמיידיים ביותר, ללא צורך בהוכחת הוצאות בפועל. הבחירה במודל זה ולא במודל של שיפוי בדיעבד על הוצאות מוכחות בפועל, מצויה ב"מרחב התמרון של המחוקק" (ראו: פרשת לשכת מנהלי ההשקעות; בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם)). בהתחשב בכך וכן בהתחשב בסכומים שנקבעו ובסוג התשלומים שבהם מדובר, נראה לנו כי אין להתערב בהוצאות אלה. למותר לציין כי גם בעניין זה ניתנה לוועדה המיוחדת הסמכות לבחון מקרים חריגים ולהושיט סעד אם תמצא כי צודק ונכון לעשות כן. אשר להלוואה העומדת, היא ניתנת על מנת להקל על המפונים למצוא דיור חלוף. לפיכך בדין נקבע כי רק מי שמרכז חייו ביישוב מפונה, הנדרש, מטבע הדברים, למצוא דיור חלוף עקב הפינוי, יהא זכאי לה. הקושי שנוצר עקב העובדה שהחוק אפשר למי שרכוש דירה באשקלון לקבל את ההלוואה אך לא העניק זכות דומה למי שרכוש דירה בעפולה (אזור הייחוס למתיישבי צפון השומרון), נרפא משהצהירה המדינה כי גם רוכשי דירה בעפולה יזכו להלוואה כאמור. הטענות שהעלו העותרים בעניין השיפוי בשל מס רכישה אינן מצדיקות התערבות בחוק ותוכלנה בוודאי למצוא את פתרונן במסגרת הוועדה המיוחדת.

251. המענק האישי: באשר למענק זה סברנו כי מתעוררים קשיים מסויימים המצדיקים התערבות לעניין גיל הסף ולעניין צבירת הוותק. לא כן הדבר באשר לטענות האחרות שהעלו העותרים לגבי המענק האמור. נוכח תכלית המענק האישי ניתן להבין מדוע קבע המחוקק כי תנאי לקבלת המענק הוא קיומו של מרכז חיים בשטח המפונה במשך פרק זמן מינימאלי עובר לפינוי. ההנחה העומדת ביסוד קביעה זו היא כי עוגמת הנפש והסבל שמסב הפינוי למי שהתגורר פרק זמן קצר יחסית באזור המפונה, אף שאין להקל בהם ראש, אינם מצדיקים פיצוי כאמור. הנחה זו, ואף תקופת המינימום שקבע המחוקק, אין בהן כדי להוליך אל המסקנה שההסדר הקבוע בחוק לעניין המענק האישי אינו מעניק למפונים פיצוי ראוי והוגן. בהקשר זה לא למותר להפנות אל סעיף 4(9) לחוק, לפיו הוסמכה המינהלה "לתת למפונים סיוע וייעוץ מיוחדים בכל הקשור לפינוי, לרבות סיוע נפשי וסיוע בתחום הרווחה, במהלך כל תקופת ההתארגנות וההסתגלות למעבר למקומות מגורים ותעסוקה חדשים". סמכות זו של המינהלה חלה לגבי המפונים כולם, והוראה זו יש בה כדי להקהות במידת מה את החשש שמא ישראלים שאינם עונים לתנאי הזכאות לצורך המענק האישי, לא יזכו לסיוע כלשהו אם תיגרם להם פגיעה נפשית עקב הפינוי.

252. סכום המענק האישי לכל שנת ותק הוא 4,800 ש"ח. אין בפרוטוקולים של ועדות הכנסת מענה לשאלה על מה הוא מבוסס. העותרים הפנו בהקשר זה אל הוראותיו של חוק פיצוי מפוני סיני כמודל להשוואה, משום שאף הוא הסדיר פיצויים בשל פינוי כפוי במסגרת תהליך מדיני. אכן, סכומי הפיצוי במענק לביסוס אישי ובמענק לביסוס על פי חוק פיצוי מפוני סיני גבוהים בהרבה מן המענק האישי על פי החוק שבפינוי. אך העובדה לבדה, שבחוק פיצוי מפוני סיני היה המענק האישי שניתן גבוה יותר, אין די בה כדי להוליך אל המסקנה שסכום המענק האישי במקרה שלפנינו איננו ראוי והוגן (ראו פסקה 153 לעיל). אשר לשיעורו של הסכום, יש להכיר בכך שהסכום אינו מן הגבוהים. יחד עם זאת, בהעדר קריטריונים מובנים לכימות נזקים לא ממוניים מן הסוג שעליהם בא המענק האישי לפצות (ראו גם את דבריו של ח"כ ח' אורון בשיבת ועדת הכספים מיום 1.2.2005 והשוו: ברק, פיצויים בנזקי גוף 263; Radin, Compensation and Commensurability), לא סברנו כי יש מקום להתערב במעשה החקיקה בהקשר זה. לא למותר לציין כי בהצעת החוק עמד סכום המענק האישי לשנת ותק על 2,400 ש"ח, והוא הוכפל נוכח עמדתם של חברי כנסת לא מעטים אשר סברו כי סכום זה הינו נמוך מדי. עוד ראוי לציין כי נוכח ביטול גיל הסף לקבלת המענק האישי, יגדל שיעורו הכולל של מענק זה בחישוב משפחתי. לבסוף ראוי לציין כי סמכותה של המינהלה להעניק למפונים סיוע נפשי וייעוץ בתחום הרווחה, עשויה אף היא לצמצם במידת מה את ההוצאות הישירות שיידרשו לחלק מן המפונים על מנת להתמודד עם הפגיעה הנפשית שתיגרם להם.

(6) כללם של דברים

253. הנה כי כן, בעניין הסדרי הפיצוי בשל בית מגורים ובעניין התשלומים הנלווים והמענק האישי, הגענו למסקנה כי מרבית הטענות שהעלו העותרים אינן מצדיקות התערבות בחוק הכנסת. זאת למעט שלוש סוגיות לגביהן סברנו כי הוראות החוק פוגעות באופן לא מידתי בזכויות יסוד של המתיישבים, ומונעות מהם פיצוי ראוי והוגן עד כי יש מקום להתערבותנו על דרך של ביטול הוראות אלה: כך לעניין שלילת זכות החזרה מן הבחירה במסלול השומה הפרטנית (סעיף 37(ה) לחוק); כך לעניין גיל הסף שנקבע לקבלת המענק האישי (סעיף 46 לחוק); וכך לעניין מחסום "היום הקובע" לצבירת ותק (סעיף 1 לתוספת השנייה וסעיף 46 לחוק) לצורך קביעת הסכום המגיע לזכאי מסלול ב' וסכום המענק האישי. נעבור עתה לדון בחוקתיותם של הסדרי הפיצוי בשל עסקים.

ז. חוקתיות הפיצוי בשל עסקים

(1) הסדרי הפיצוי הקבועים בחוק ביחס לעסקים והעיתרות

254. ההוראות העוסקות בפיצוי בגין בתי עסק קבועות בסימן ד' לפרק ה' בחוק יישום ההתנתקות. לפי ההסדר שנקבע בחוק, רשאים בעלי העסקים לבחור בין שני מסלולי פיצוי חלופיים: מסלול פיצוי פיננסי ומסלול פיצוי נכסי (סעיף 64 לחוק). מנגנוני חישוב הפיצוי לפי שני המסלולים קבועים בתוספת השלישית לחוק (להלן – התוספת השלישית). על פי מסלול הפיצוי הפיננסי (חלק ב' לתוספת השלישית) נקבע הפיצוי לפי שוויו המוערך של העסק, כפי שהוא נאמד על יסוד נתוניו הפיננסיים, שהם הרווח התפעולי הממוצע שלו (לאחר מס) והמכפיל העסקי המתאים לו. על-פי מסלול הפיצוי הנכסי (חלק א' לתוספת השלישית) נקבע הפיצוי לפי שווי הנכסים שמחזיק העסק בבעלותו, כאשר הנכסים ששוויים נלקח בחשבון הם רק אלה המנויים בסעיף 2 לתוספת, והם: קרקע, מבנים, רכוש קבוע ומלאי.

255. מסלול הפיצוי הפיננסי קובע – בסעיף בסעיף 9 לתוספת השלישית – כי שווי העסק ייקבע על-ידי הכפלה של 70% מממוצע הרווח התפעולי של העסק בתקופה הקובעת (כהגדרתה בסעיף 62 לחוק), במכפיל לעסק, היינו: שווי העסק = הרווח התפעולי הממוצע בתקופה הקובעת $X 0.7 X$ המכפיל לעסק. המכפיל לעסק מחושב, לפי סעיף 12 לתוספת השלישית, בהתאם לשלושה מאפיינים של העסק: המכפיל הענפי המתאים לו, מקדם הצמיחה שלו ומקדם המינוף שלו. זאת, לפי הנוסחה הבאה: המכפיל לעסק = (מקדם הצמיחה + 1) X (מקדם המינוף + 1) X המכפיל הענפי. את המכפיל הענפי המתאים לעסק יש, לפי החוק, לבחור מתוך רשימה סגורה של מכפילים ענפיים, הקבועים בסעיף 12(1) לתוספת השלישית.

256. מסלול הפיצוי הנכסי קובע מנגנון חישוב נפרד לכל אחד מסוגי הנכסים שמחזיק בבעלותו העסק, ושלפי סעיף 2 לתוספת השלישית יש להביאם בחשבון לשם קביעת שווי. ביחס לפיצוי עבור רכיב הקרקע רשאי הזכאי לבחור, על-פי סעיף 3 לתוספת השלישית, בין שתי חלופות פיצוי. האחת מבוססת על העלות המתואמת של הקרקע (שהינה המחיר המקורי של הקרקע, בתוספת הפרשי הצמדה מתאריך הרכישה ועד למועד עריכת הדו"ח הכספי האחרון (סעיף 1 לתוספת השלישית)); והשנייה מבוססת על קבלת מחיר אחיד לדונם, כמפורט בסעיף 3(א) (1)-(5) לתוספת השלישית. הפיצוי עבור מבנים נקבע לפי העלות המתואמת של המבנה (סעיף 4 לתוספת השלישית). הפיצוי עבור הרכוש הקבוע ניתן (לפי סעיף 1 לתוספת השלישית) רק עבור פריטים שנרכשו מיום 1.1.1996 ועד ליום 6.6.2004 (שהינו "היום הקובע"), וגובהו (לפי סעיף 5(א) לתוספת השלישית) הוא בשיעור של 40% או 80% מן העלות המתואמת של רכוש זה (הברירה בין שני השיעורים נקבעת בהתאם לשאלה אם הרכוש הופחת בדו"חות הכספיים אם לאו). הפיצוי עבור המלאי נקבע לפי שווי של 40% מערך המלאי הממוצע, כפי שהוא מחושב לפי שני הדו"חות הכספיים האחרונים שהגיש העסק לפני היום הקובע (סעיף 7 לתוספת השלישית).

257. להשלמת התמונה יצוין, כי ביחס לעלויות הכרוכות בפינוי ובהעברת העסקים, קובע סעיף 70(א) לחוק יישום ההתנתקות, כי בעלי העסקים זכאים למענק בסכום של 10% מהסכום שהשקיעו בהעתקת המפעל ובעסק החדש עד תום שנה לאחר הפינוי, ובלבד שמענק זה לא יעלה על 10% מסכום הפיצוי שהם קיבלו לפי החוק. ואולם, במקרים שבהם השקיע בעל העסק בהעתקת המפעל יותר מ-60% מהסכום שקיבל, זכאי הוא למענק בסכום השווה ל-10% מהפיצוי שקיבל לפי החוק. לפי סעיף 72(ב) לחוק, על הפיצוי המוענק לבעלי העסקים מוטל מס בשיעור של 5%.

258. מבין העתירות שלפנינו ארבע עתירות תוקפות את הוראות החוק ביחס לפיצוי בתי עסק. שלוש עתירות (בג"ץ 3208/05, בג"ץ 3127/05 ובג"ץ 2703/05) מופנות בחלקן העיקרי כנגד ההסדר שנקבע בעניין זה. שלוש עתירות אלה הוגשו על-ידי בעלי עסקים המצויים באזור התעשייה ארז. בעתירה נוספת (בג"ץ 2252/05), העוסקת בהיבטים שונים של חוק יישום ההתנתקות, נתקף נושא פיצוי העסקים בין יתר הנושאים העולים בעתירה. יצוין, כי העותרים בעתירה זו אינם בעלי עסקים מסחריים, אך חלקם מחזיק ברשותו נחלות חקלאיות, שהפיצוי בגינן ניתן אף הוא לפי הוראות החוק הנוגעות לעסקים.

259. העותרות 1-2 בבג"ץ 3208/05 הן בעלות נכסים באזור התעשייה ארז. העותרת 1 רכשה בשנת 1972 זכויות חכירה במגרש באזור זה והקימה עליו מפעל תעשייתי. המפעל פעל בשליטתה עד לשנת 1997, ומשנה זו ועד היום היא עוסקת בהשכרתו לבעלי עסקים שונים. העותרת 2 היא בעלת מפעל באזור התעשייה ארז והיא עוסקת בייצור ובשיווק ספות נוער. העותרת 3 הוא ועד היזמים של אזור התעשייה ארז, המייצג יזמים ובעלי מפעלים באזור תעשייה זה. עתירה זו מופנית, כאמור, כולה כנגד הוראות חוק יישום ההתנתקות בדבר פיצוי בתי עסק, והיא מתייחסת לשני מסלולי הפיצוי הקבועים בו.

260. העותרת בבג"ץ 3127/05 רכשה בשנת 1993 זכויות חכירה במגרש המצוי באזור התעשייה ארז. היא הקימה

עליו שני מבני תעשייה, ומשנת 1996 ועד היום היא עוסקת בהשכרתם של המבנים לבעלי עסקים שונים. עתירתה מופנית אף היא, כמעט כולה, כנגד הוראות חוק יישום ההתנתקות בדבר פיצוי בתי עסק. אף בה הועלו טענות הנוגעות לשני מסלולי הפיצוי.

261. לעותר 1 בבג"ץ 2703/05 זכות חכירה בקרקע באזור התעשייה ארז. הוא הבעלים של העותרת 2, שהינה חברה פרטית העוסקת במיחזור פסולת מתכת, במתן שירותים, בייעוץ הנדסי ובמסחר. המפעל של העותרת 2, שנוסד במהלך שנות השמונים, הוקם במקורו במרכז הארץ, אך בשנת 1985 העתיקו העותר 1 לאזור התעשייה ארז. במפעל מועסקים עובדים ישראלים בלבד, המתגוררים מחוץ לאזור המפונה. בנוסף לעיסוק בעותרת 2, עוסק העותר 1 בהשכרת חלקים מהקרקע שחכר באזור התעשייה ארז למפעלים אחרים. טענות העותרים בעתירה זו מופנות ברובן כנגד הפיצוי שמעניק החוק לבתי עסק, והן נוגעות אך ורק למסלול הפיצוי הנכסי.

262. העתירה בבג"ץ 2252/05 הוגשה על-ידי 43 תושבים באזור המפונה יחד עם פורום המשפטנים למען ארץ-ישראל (העותר 44). בשלב מאוחר יותר (ביום 3.5.2005) צורפו אליה, לבקשתם, גם העותרים 45-53. העותרים הם כולם מתיישבים. חלק מהם מחזיקים במשקים חקלאיים שבהם הם עובדים. כאמור, אין בין העותרים כאלה שבבעלותם בתי-עסק מסחריים. העתירה מעלה טענות רבות ומגוונות כנגד חוק יישום ההתנתקות, ורק בחלקה עוסקת בסוגיית פיצוי בעלי העסקים. העתירה מתייחסת לשני מסלולי הפיצוי הקבועים בחוק.

(2) אקדמת מילים

263. בטרם נצלול אל פרטי הפרטים של הסדרי הפיצויים בשל עסקים מתבקשת הבהרה: העותרים טוענים כי אינם מקבלים פיצוי ראוי על שווי עסקיהם. פיצוי מלא וראוי הוא לשיטתם הפיצוי שהיו מקבלים על פי הוראות פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) 1943 והפסיקה על הפקעה. לטענתם הפיצוי שהיה נפסק להם בבית המשפט לפי דיני ההפקעה, הפיצוי המלא, היה גבוה יותר מזה הקבוע בחוק יישום ההתנתקות. העותרים משווים פריטים אלה ואחרים שנקבעו בחוק יישום ההתנתקות עם המקובל, לטענתם, בדיני ההפקעה.

264. נקדים ונאמר: שיטה זו של בידוד רכיבים מסויימים מהפיצוי הכולל אינה מקובלת עלינו. מקובל עלינו כי בפריט זה או אחר של הפיצוי אכן ניתן להצביע, כטענת העותרים, על פער אפשרי לרעת הזכאי (או לטובתו) ביחס למה שקבוע, למשל, בדיני ההפקעה. ואולם, לצורך בחינת חוקתיות ההסדר שקבע המחוקק לפיצוי בשל עסקים יש צורך לראות את התמונה הכוללת, ולא כל אחד מרכיביה בנפרד. כפי שנראה, חוק יישום ההתנתקות קובע שורה של הנחות מיטיבות: אפשרות בחירה בין מסלולים, אומדן הקרקע המפונה לפי אזורי ייחוס, האפשרות לבחור 4 שנים רצופות מתוך 6 שנים בתקופה שבין 1998-2003 לצורך חישוב הרווח הממוצע של העסק, התחשבות בערך הקרקע או המבנה על פי העלות המתואמת גם אם העלות המתואמת גבוהה מהשווי הנוכחי של הקרקע או המבנה ועוד. המס הכולל הועמד כאמור בסופו של דבר, על 5% מהפיצוי. כשבית המשפט קובע פיצויים לפי הדין הכללי אין הוא מוסמך לפטור ממסים או לקבוע להם שיעור נמוך. בבחינת השאלה אם החוק קובע פיצוי מלא וראוי בגין עסקים יש לבחון את "השורה התחתונה" ולא כל אחד מן הרכיבים בנפרד. וכאשר בודקים את "השורה התחתונה" של הפיצוי – אין להתעלם מגורם המס, העשוי, באין הוראה אחרת, "לנגוס" נתח נכבד מהפיצוי. יש לזכור, כי בדין הכללי ערכאת הערעור לא תתערב בקביעת הפיצוי שנקבע כאשר הסכום הכולל סביר הוא, אף אם היה מקום להתערב בפרט זה או אחר; מקל וחומר לא יתערב בית המשפט בהוראות חוק אם החוק קובע פיצוי כולל ראוי.

265. ודוק: יפה עשה המחוקק כשקבע הוראות מיוחדות ומיטיבות בעניין הפיצוי למפונים. ראוי ונכון היה להתחשב בנסיבות המיוחדות של העניין. אלא שבסופו של יום, השתכנענו, כפי שעוד יפורט, ש"בשורה התחתונה", להבדיל מאשר בפרט זה או אחר של הפיצוי, החוק קובע פיצוי, המשקף ככלל את שווי העסקים. ועל כל אלה נוסיף, כי אם מנגנוני הפיצוי (החלופיים) שנקבעו בחוק אינם מתאימים לנסיבות המיוחדות של עסק זה או אחר, פתוחה בפני בעל העסק הדרך, במסגרת החוק, לפנות לוועדת הזכאות כדי שזו תמליץ בפני הוועדה המיוחדת לנהוג עמו כאמור בסעיף 68 לחוק יישום ההתנתקות. קיימת כפי שקבענו, האפשרות לפנות לבית המשפט במסגרת הוראות הדין הכללי. אפשרות זו מקהה את עוקצה של כל טענה אפשרית בעניין קיפוחם של העותרים בחוק ליישום ההתנתקות בהשוואה לדין הכללי.

266. בין חלק מהעותרים לבין המדינה התפתחה "מלחמת" חוות דעת מומחים. חלק מהעותרים, ומדובר בעותרים מאזור התעשייה ארז, ביקשו להראות באמצעות מומחים מטעמם כי הפיצוי שהחוק מקנה להם רחוק, רחוק עד למאוד, מלשקף את שווי עסקיהם האמיתיים. אף שנעמוד על עיקרי הדברים, לא ראינו צורך להיכנס לכל המחלוקות שבין המומחים בעניין עסק זה או אחר.

267. הטענה המרכזית שבעתירות היא כאמור כי הפיצוי שקובע חוק יישום ההתנתקות בגין שווי העסקים רחוק מלשקף את שווי העסקים ה"אמיתי". חלק מהעותרים גם טענו טענה כללית לפיה החוק מפצה את בעלי העסקים רק בגין 60% משווי עסקיהם. לטענתם, יש לאפשר לכל החפץ בכך להגיש "שומה פרטנית", כפי שמאפשר החוק לגבי בתי מגורים, וזאת כדי לדעת את השווי האמיתי של העסק ולמנוע פגיעה בקניינם. יש המציעים כי נורה על "קריאה לתוך החוק" ("READING IN") של ההוראות בעניין שומה פרטנית לגבי בתי מגורים לפרק בעניין עסקים; יש המציעים להגיע לאותה התוצאה בדרכים משפטיות אחרות.

268. מעבר לטענה הכללית, לפיה רק שומה פרטנית תאפשר להוכיח את שווי האמיתי של העסקים, ישנן בפי העותרים טענות פרטניות כמעט על כל הוראה בחוק בנוגע לפיצוי עסקים. בפי העותרים טענות גם על חסר בהוראות החוק, שאינו מקנה פיצוי בגין רכיבים שראוי היה לפצות בגינם. כך למשל, הועלתה הטענה כי לפי דיני ההפקעה הרגילים ניתן פיצוי בעבור הוצאות נלוות, ובהן הוצאות המעבר בהן נושא בעל העסק, הוצאות משפטיות, הוצאות תיווך, הוצאות לשמאים, פיצוי בגין הנזק שנגרם לעסק כתוצאה מהמעבר, פיצוי בגין הפגיעה במוניטין של העסק ועוד. לעומת זאת, החוק אינו קובע פיצוי על הוצאות נלוות.

269. בעיקרן גובשו הוראות חוק יישום ההתנתקות בעניין הפיצוי לעסקים באמצעות צוות מומחים שמינה מנכ"ל משרד המשפטים. בעקבות דיונים מרובים בכנסת, בוועדת חוקה, חוק ומשפט ובוועדת הכספים, שאף מינתה לצורך עניין זה ועדת משנה, שונו חלק מההוראות שבהצעת החוק באופן המיטיב עם בעלי העסקים.

270. צוות המומחים, כפי שעולה מחוות דעתו של פרופ' יורם עדן – שהוגשה על ידי המדינה (מש/26) – הונחה לגבש מתודולוגיה שתאפשר מתן פיצוי ראוי והוגן לבעלי העסקים, פיצוי שינתן לפי עקרונות שקופים ושוויוניים. לא הוטלה על הצוות מגבלה תקציבית. הצוות לא עסק בניתוח ההשלכות התקציביות של החוק ושל המלצותיו. נעיר כאן, כי אחד מחברי הכנסת ציין בישיבת ועדת הכספים מיום 3.1.2005 כי "השמועה אומרת" שלוועדה שהציעה את החוק "נקבעה" תיקרה בסך 2.2 מיליארד ש"ח. פרופ' עדן הבהיר, כי לוועדה לא ניתנו הנחיות תקציביות. בין ההנחיות שקיבל הצוות היתה הנחייה שהמנגנון שייקבע יבטיח העברת תשלומים ראויים למפונים במהירות ובאופן שבעלי העסקים יוכלו לאמוד מראש את סכום הפיצוי, ואף לקבל מקדמות. כפי שעוד נראה, אכן קבע החוק מנגנון המבוסס על "נוסחאות", אשר לתוכן יש להזין נתונים שונים של העסק או סכומים קבועים מראש או סכומים המחושבים באחוזים מהפיצוי הכולל. על דרך זו מלינים העותרים השונים, הטוענים כי אין מאפשרים להם להוכיח את טענתם כי שווי עסקיהם עולה על הקבוע בחוק.

271. כזכור, חוק יישום ההתנתקות קובע (בפרק ה' סימן ד' ובתוספת השלישית) שני מסלולים חלופיים לפיצוי בגין עסקים, לפי בחירת הזכאי: המסלול הפיננסי והמסלול הנכסי (סעיף 64(א)). אין בו אפשרות להגשת שומה פרטנית. נבחן עתה ביתר פירוט את עיקרי ההוראות בשני המסלולים ואת טענות הצדדים ביחס לכל אחד מהם.

(3) המסלול הפיננסי

272. מסלול זה, כך הסבירה המדינה בתשובותיה, מתאים לפיצוי הניתן עבור "עסק חי", בהתאם לערכו בעיסקה הנערכת ממוכר מרצון לקונה מרצון. הפיצוי לפי מסלול זה נקבע בחלק ב' של התוספת השלישית. כפי שצוין, במסלול זה נקבע שווי העסק על פי הנוסחה הבאה: שווי העסק = רווח תפעולי ממוצע בתקופה הקובעת X 0.7 מכפיל לעסק; כאשר: מכפיל לעסק = (מקדם צמיחה + 1) X (מקדם מינוף + 1) מכפיל ענפי. התוספת השלישית מגדירה את רכיבי הנוסחה. בסעיף 12(1) לתוספת נקבעה רשימה סגורה של מכפילים, לפי סיווג ענפי, מהם יש לבחור את המכפיל המתאים לעסק. המכפילים שנקבעו הם: לענף התעשייה ולענף החקלאות – 7; לענף המסחר – 8; ולענף השירותים – 9. התוספת השלישית גם קובעת "תקרות" לתיקון המכפיל העסקי בגין מקדם המינוף ומקדם הצמיחה של העסק. מקדם הצמיחה של העסק ייקבע, לפי סעיף 12(2) לתוספת, בהתאם לשיעור הצמיחה שלו, אך בכל מקרה לא יעלה על 0.2. מקדם המינוף של העסק ייקבע, לפי סעיף 12(4) לתוספת, לפי מידת המינוף של העסק ביום 31.12.2003, אך בכל מקרה לא יעלה על 0.1. ישנן גם התאמות שונות שלא נעמוד על פרטיהן. נרחיב מעט את הדיבור על חלק ממרכיבי הנוסחה.

רווח תפעולי ממוצע

273. אחד ממרכיבי החישוב הוא רווח תפעולי ממוצע. לפי סעיף 62 לחוק, לזכאי קיימת אפשרות לבחור, לצורך קביעת הרווח הממוצע, ב-4 שנים רצופות מתוך 6 שנים שבין השנים 1998 – 2003. בחירת השנים על בסיסן יחושב הממוצע עוררה טענות קשות בפני ועדות הכנסת וגם בפנינו. היו שהעלו דרישה לכלול גם את שנת 2004 בממוצע. לכך התנגדו נציגי המדינה, שהסבירו שאין עדיין דוחות לשנה זו והדיווח אודותיה עשוי להיות "מוטה". לאחרים – דוגמת בעלי העסקים באזור התעשייה ארז – שנת 2004 היתה דווקא שנה "רעה". עשוי איפוא להיות ניגוד

אינטרסים בין זכאים שונים בבחירת השנים. ביחס לשנים 1998-2003 טען חלק מהעותרים, בניסוח זה או אחר, שמדובר בשנים שחלקן "רעות" עקב ארועי האינתיפאדה וכי יש להתעלם משנים אלה. על כך משיבה המדינה, כי הרווח האמור הוא רווח ממוצע. הרווח הממוצע כולל גם את השפעת עלות העבודה של הפועלים הפלסטיניים שעבדו בשכר נמוך בתקופה שקדמה לסגירת המחסום; גורם זה לא "נוטרל", ולכן אין לנטרל גם את גורם האינתיפאדה. המדינה טוענת עוד, כי המיתון בשנות האינתיפאדה פגע בכל המשק הישראלי ודווקא על האיזור המפונה השפעתו היתה פחותה; הערכת שווי של עסק לעולם צופה פני עתיד, אך בכל עיסקה עם קונה מרצון ממילא היה המחיר נקבע בהתחשב במצב הביטחוני הקשה באזור, ומשקיע סביר לא היה מתעלם מכך.

274. העותרים, הנמצאים באזור שנפגע עקב פעולות האיבה, מבקשים פיצוי תוך התעלמות מפעולות כאלה. ואולם, התחזית של העותרים ומומחים מטעמם, לפיה המצב הביטחוני הקשה הוא עניין זמני ואלמלא ההתנתקות היו פעולות האיבה נפסקות, לא היתה נחלתו של המחוקק. המחוקק, בקביעת השנים מתוכן יש לבחור 4 שנים רצופות, דהיינו בהביאו בחשבון שנים בהן היו פעולות איבה, לא סבר שהערכה אופטימית כזו היתה נחלתו של קונה מרצון. בין כך ובין כך, אין אנו רואים עילה להתערבות של בית המשפט בטווח השנים בהן בחר המחוקק כטווח ממנו יכול הזכאי לבחור 4 שנים רצופות. עצם הבחירה שניתנה היא בגדר הטבה. על כן, גם הטענה שחזרה ונשנתה, ולפיה יש להתעלם משנות האינתיפאדה, אין בה כדי לשכנע שיש מקום להתערב בקביעת המחוקק בעניין זה. קונה מרצון היפותטי, שבנעליו באה המדינה, לא היה מתעלם מהמצב הביטחוני.

המס

275. רכיב אחר בנוסחת הפיצוי הוא רכיב המס. רכיב המס מובא בחשבון בהכפלת הרווח התפעולי הממוצע במקדם של 0.7. בכך מובא בחשבון בנוסחה שיעור מס עתידי של 30%. שיעור המס מבוסס, כך הסביר פרופ' עדן, על החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 140 והוראת שעה) התשס"ד-2004, הקובע הוראות בעניין הפחתה הדרגתית של שיעור מס החברות. לפי חוק זה, המס יעמוד בשנת 2007 על 30%. פרופ' אמיר ברנע, מומחה להערכת חברות מטעם העותרת בבג"ץ 3127/05, אישר בחוות דעתו מאפריל 2005 כי שימוש בגורם מס אחיד הוא סביר ומוזכר בספרות המקצועית. התרעומת המובעת על ידו ועל ידי אחרים בנושא המס אינה בעצם העובדה שמס מובא בחשבון, אלא על כך שאין מביאים בחשבון בהקשר זה אפשרות של עסק ספציפי לקיזוז הפסדים לצרכי מס. ואולם, פרופ' עדן מסביר בחוות דעתו – וזוהי עמדת המדינה – כי ההפסדים הצפויים לצרכי מס לא נשללים: בעל העסק יוכל לתבוע אותם מהכנסתו החייבת בעתיד. על כך משיבים העותרים שלא כל עסק יועבר לישראל וימשיך לפעול באותה מתכונת, משום שבסופו של יום, לא תמיד הדבר כדאי.

276. הנחת המוצא במסלול הפיננסי היא שמדובר בעסק מצליח שעתידי היה לצבור רווחים אלמלא הפינוי, ולא בעסק שהיה צובר הפסדים. על כן, בקביעת שיעור מס אחיד, דבר המקובל בהערכת שווי נכסים, אין כל פסול. שיעור המס הוא, אמנם, שיעור נורמטיבי, אך הוא מוכתב על ידי הוראת החוק. יש בו גם הטבה ביחס למס לעצמאיים. העותרת בבג"ץ 3127/05 טענה בתגובתה השניה, כי נכון היה להתחשב בנוסחה בשיעור מס של 5% ולא בשיעור מס של 30%, כפי שקובעת נוסחת החישוב במסלול הפיננסי. כך טוענת היא בשים לב להוראת סעיף 72 לחוק יישום ההתנתקות, לפיו המס המיוחד על הפיצוי יעמוד על 5%, ולא יוטל על פיצוי לעסק כל מס אחר למעט המס המיוחד. טענה חדשה זו אין בידינו לקבל. הנוסחה עליה עמדנו לעיל נועדה לתת אומדן לתזרים המזומנים העתידי שהיה צפוי להתקבל מהעסק אלמלא ההתנתקות. לעניין נוסחה זו יש להביא בחשבון את שיעור המס הצפוי בהנחה שאין התנתקות. לעומת זאת המס המיוחד של 5% הוא מס המוטל על סך הפיצוי הכולל בגין ההתנתקות.

מכפיל ענפי ו"תקרות" למקדמי צמיחה ומינוף

277. העותרים טוענים כי יש לאפשר להם להגיש שומה פרטנית. המדינה טוענת לעומתם כי החוק קובע, למעשה, שומה פרטנית. נתונים שונים שבנוסחה, ובהם הרווח התפעולי הממוצע, מבוססים על נתוני העסק הספציפי ובאים לידי ביטוי בדוחות שהוגשו לרשויות המס. נתונים נוספים, העולים מהדוחות, הם שיעור הצמיחה, מקדם המינוף, השקעה מצטברת בציוד, הוצאות פחת, מכירות ועוד. המדינה טוענת כי נתונים, העולים מהדוחות, הם נתונים פרטניים לעסק. אין הם נתונים נורמטיביים בסגנון "מדונם אדמה ניתן להפיק X ק"ג עגבניות". הנתונים שבדוחות שהוגשו לרשויות המס משקפים, לטענת המדינה בסופו של יום, את מה שהצליח הבעלים של העסק להפיק ממנו. בטענה זו יש ממש לגבי רוב מרכיבי הנוסחה. ואולם מרכיב המכפיל הענפי הוא נתון נורמטיבי (קבוע). כך גם ה"תקרות" שקובע חוק יישום ההתנתקות למקדמים למכפיל. כזכור, למכפיל הענפי מתווספים מקדמי צמיחה ומינוף, על פי נתוני העסק, העשויים להגדיל את המכפיל, כפי שהבהירה המדינה בתשובתה, ביותר מ-30%; ואולם למקדמים אלה יש כאמור בחוק "תקרות", וגם על כך קובלים העותרים.

278. בהצעת החוק נקבע כי שר האוצר, בהתייעצות עם ועדת מומחים, יקבע מכפיל ענפי לענפי התעשייה, המסחר, השירותים והחקלאות, אשר יבטא את היחס הנהוג בשוק בין מחיר המכירה של עסק בענף כאמור לבין הרווח התפעולי שלו לאחר מס. ואולם, בעקבות הדיונים בוועדת הכספים נקבעו, בסופו של דבר, המכפילים הענפיים בחוק יישום ההתנתקות עצמו. מונתה ועדת מומחים שהגישה המלצותיה ב-2.2.2005 (מש/21). בוועדה היו חברים ד"ר יוסי בכר, מנכ"ל משרד האוצר; רו"ח דוד גולדברג, סגן נשיא לשכת רואי החשבון; פרופ' שמואל קניאל מאוניברסיטת תל אביב ורו"ח חזי צאיג, מנהל מרכז ההשקעות (להלן – ועדת בכר). ועדת הכספים אימצה את המלצות ועדת בכר, וכך נקבעו בחוק ליישום ההתנתקות עצמו, כפי שצוין, המכפילים הבאים: שירותים – 9; מסחר – 8; תעשייה – 7; וחקלאות – 7.

279. ועדת בכר הסבירה את המתודולוגיה וההמלצות בקביעת המכפילים (מש/31) והוסיפה הבהרות במסגרת תשובתה השניה של המדינה (מש/32). כפי שצוין במסמך ההבהרות, המכפילים שנקבעו הם מכפילים ממוצעים המתייחסים להערכת שווי הפעילות בכל אחד מארבעת הענפים בישראל.

280. ביקורת רבה נמתחה בעתירות שבפנינו על המכפילים. בראש ובראשונה נמתחה ביקורת על השיטה הקובעת רכיב של ממוצע ענפי. לטענת העותרים הפיצוי צריך להיות אינדיווידואלי ולא לפי "נוסחאות" אחידות. עוד נטען, כי המכפילים שנקבעו אינם גבוהים די הצורך; כי אין בהם הבחנה מספקת בין ענפים שונים; וכי אינם מתאימים לעסק זה או אחר. בעתירה בבג"ץ 3127/05 נמתחה ביקורת קשה במיוחד על שיטת המכפילים, אך יחד עם העתירה לא הוגשה כל חוות דעת בתמיכה לטענות. לימים, בתשובה הראשונה לתגובת המדינה, הוגשה על-ידי העותרת בעתירה האמורה חוות דעתו של פרופ' אמיר ברנע ובה ביקורת על מתכונת הערכת השווי שקובע חוק יישום ההתנתקות. אחר כך הגישה העותרת בעתירה זו חוות דעת שניה של פרופ' ברנע. פרופ' ברנע ציין, כי מכפיל הרווח הענפי שנלקחו בחשבון נמוכים מדי. את ה"הוכחה" לכך הוא מצא בדוגמא קונקרטיה הנוגעת לחוות דעת של השמאי האושנר לגבי העותרת בבג"ץ 3127/05. נציין, כי חוות דעתו של האושנר שנויה אף היא במחלוקת. בין השאר טוענת המדינה כי האושנר "בחר" מועד קובע בלתי נכון, בתקופת הפריחה של אזור התעשייה ארז. על סמך "דוגמא" קונקרטיה זו קובע ברנע בחוות דעתו הראשונה ש"קיימת אפשרות לפער משמעותי בין סכום הפיצוי לבין השווי הכלכלי". ברנע מוסיף אמנם, כי קיימת אפשרות שהפיצוי שיתקבל במסלול הנכסי יהיה גבוה יותר לגבי העותרת, אך לדעתו עדיין ממחישה הדוגמא כאמור, את העיוותים ש"יכולים" להיגרם על ידי הפעלת נוסחת הערכת השווי שקובע חוק יישום ההתנתקות במסלול הפיננסי. במאמר מוסגר נציין שקשה שלא לתהות מדוע נבחרה דווקא דוגמא שבה הפיצוי הגבוה יותר הוא במסלול הנכסי. פרופ' ברנע גם לא העריך בעצמו את שוויה של העותרת. פרופ' ברנע מוסיף וקובע, כי הפעלת הנוסחאות שבחוק יכולה להביא לשיטתו לפיצוי של בעלי עסקים בחסר או ביתר. על כן, לדעתו אין מנוס, מהערכת שווי פרטנית לכל עסק כדי להגיע לשומה נכונה. על דעה זו הוא חוזר גם בחוות דעתו השנייה, בה הוא מסכם שוב כי לדעתו אין מנוס מהערכת שווי פרטנית לכל עסק, המתבססת על מתודולוגיה להערכת שווי כמקובל בספרות המקצועית.

281. כפי שעולה משתי חוות הדעת הללו, פרופ' ברנע סבור ששימוש בשיטת המכפיל הענפי עשוי להביא להערכת חסר, אך גם להערכת יתר. דברים דומים ציין פרופ' עדן – המומחה מטעם המדינה – בדיון שהתקיים בוועדת הכספים ביום 30.1.2005:

"צריך להבדיל בין מכפיל ענפי לבין מכפיל ספציפי לכל עסק. כל הרעיון במכפיל הוא שיש איזושהו מספר, נכון שהוא ממוצע, שהוא מכפיל נורמטיבי. כלומר, אם אתה עסק מסוים, יש הנחה מסוימת שאומרת מה השווי שלו. זה כל הרעיון בשיטת המכפיל. בוודאי שיש עסקים שהם יותר טובים מהמכפיל הענפי ויש עסקים שהם פחות טובים, אבל זה כל הרעיון במכפיל, שיש איזושהו מספר נורמטיבי שאומר שאם זה העסק, זה הענף וזה הרווח, זה צריך להיות האומדן הראשוני, האובייקטיבי שאנחנו נותנים לשווי שלו."

ובדיון מיום 18.1.2005 אמר פרופ' עדן:

"החלופה היא בין הערכת שווי לבין איזושהם כללים שיכול להיות שלא יהיו חליפה לכל אחד, אבל חשבנו שזה יותר טוב וראוי מאשר לגלוש להערכת שווי פרטנית לכול עסק. שכן אחר כך אי אפשר יהיה להשוות, השיקולים לא יהיו ברורים, לא תהיה שקיפות ובסופו של דבר גם לא יהיה מעשי."

282. לעניין ה"תקרות" מסבירה המדינה, שקצב הצמיחה של עסק אינו ממשיך לגדול לעד, אלא הולך ופוחת עם השנים. לאור זאת, ונוכח העובדה שבמסלול הפיננסי חישוב המכפיל הענפי נעשה על פי מודל מימוני המניח צמיחה קבועה עד אינסוף, הרי שתיקרת שיעור צמיחה העומדת על 20% הינה, לגישתה, גבוהה ביותר.

283. סיכום ביניים: טענת המדינה כי השימוש בנוסחה שבחוק הוא בגדר הערכת שווי פרטנית המבוססת על

נתוני העסק נכונה רק בחלקה. המכפיל הענפי איננו נתון פרטני וכך גם ה"תקרות". אלו נתונים נורמטיביים. מקובל עלינו כי יכול שייווצר פער מסוים בין הערכת שווי פרטנית מהימנה לבין הנוסחה הקבועה בחוק יישום ההתנתקות, וכי הפער יכול להיות לטובת הזכאי לפיצוי או לרעתו. יחד עם זאת, החוק עושה שימוש במודל מתודולוגי מקובל בתורת המימון להערכת שווי עסקים, והמכפילים עצמם נקבעו על ידי צוות מומחים בעלי ניסיון. ועדת הכספים, ואחר כך מליאת הכנסת, סמכו על ההערכות של ועדת המומחים. אף אם השיטה אינה נותנת הערכת שווי מדויקת (וספק אם בכלל ניתן להגיע להערכות שווי מדויקות) – קירוב סביר יש כאן. ניתן היה להציג מודלים אחרים בתחום תורת המימון, אך אין יסוד להתערבותנו במודל הנבחר שקבע החוק, שהוא מודל מקובל ומוכר. (בעניין מודלים שונים להערכת חברות, יתרונותיהם וחסרונותיהם, לרבות סוגיית המכפיל והערכת שווי הנכסים, כמו גם האפשרות להטיה מלאכותית של תוצאות ההערכה על פי האינטרסים של הצדדים בהליך השיפוטי, ראו א' חביב-סגל, דיני חברות לאור חוק החברות החדש 559-609 (כרך ב', תשס"ד)). על כל פנים, בעלי עסקים הסבורים, כי מבחניו של חוק יישום ההתנתקות פוגעים בהם, רשאים לפנות למסלול של הועדה המיוחדת ולמסלול הדין הכללי. בכך, יש תשובה כוללת לטענות הפרטניות שהועלו בפנינו.

(4) המסלול הנכסי

284. לבעל עסק יש, לפי חוק יישום ההתנתקות, בחירה בין המסלול הפיננסי לבין המסלול הנכסי. המדינה מסבירה בתשובתה כי המסלול הנכסי נועד לעסקים שאין להם רווח תפעולי, ולעסקים שהרווח התפעולי שלהם נמוך מן הסטנדרט המצדיק ניהול עסק. המסלול מתאים גם לעסקים בתחילת דרכם או לעסקים שהשקיעו כספים רבים שעדיין לא באו לידי ביטוי ברווחי העסק.

הוראות החוק בעניין הפיצוי הנכסי

285. כפי שצוין, קובע מסלול הפיצוי הנכסי מנגנון חישוב נפרד לכל אחד מסוגי הנכסים שמחזיק בבעלותו העסק, ושלפי סעיף 2 לתוספת השלישית לחוק יש להביאם בחשבון לשם קביעת שווי: קרקע, מבנה, רכוש קבוע ומלאי. אלה, ואלה בלבד, הם הפריטים בגינם יש פיצוי שווי הנכסים, ואין להביא בחשבון לפי המסלול הנכסי נכסים בלתי מוחשיים, לרבות מוניטין (סעיף 2 (ב) לתוספת השלישית).

286. הפיצוי בגין רכיב הקרקע נקבע (בהתאם לבחירת הזכאי) לפי העלות המתואמת של הקרקע, שהינה, לפי סעיף 1 לתוספת השלישית – המחיר המקורי של הקרקע בתוספת הפרשי הצמדה מתאריך הרכישה ועד למועד עריכת הדו"ח הכספי האחרון, או לפי חישוב של מחיר אחיד לדונם, כמפורט בסעיף 3(א)(1)-(5) לתוספת השלישית. הפיצוי לדונם באזור תעשייה הוא בגובה 180,000 ש"ח. כן נקבעו סכומים אחידים אחרים בגין נחלה, ישוב חקלאי או קרקע חקלאית וקרקע אחרת. הפיצוי עבור המבנים נקבע לפי העלות המתואמת של המבנה (סעיף 4 לתוספת השלישית), בלא ניכוי פחת. הרכוש הקבוע, ששווי ילקח בחשבון לשם קביעת הפיצוי, מוגדר בסעיף 1 לתוספת השלישית ככולל רק את הפריטים שנרכשו מיום 1.1.1996 עד ליום 6.6.2004 (שהינו "היום הקובע"). שווי רכוש קבוע זה ייקבע (לפי סעיף 5 לתוספת השלישית) בשיעור של 40% או 80% מעלותו המתואמת (הברירה בין שני השיעורים נקבעת בהתאם לשאלה אם הרכוש הופחת בדו"חות הכספיים אם לאו). לעניין הרכוש הקבוע מצוין בסעיף 2(ב) לתוספת השלישית, כי אם העלות המתואמת עלתה על מיליון ש"ח יופחת מן הפיצוי המגיע בגין הסכום העולה על מיליון ש"ח, סכום השווה ל-50% מהעלות המופחתת המתואמת של פריטי הרכוש הקבוע כשהוא מוכפל בשיעור היתרה (שמעל מיליון ש"ח) מתוך כלל העלות המתואמת. הפיצוי עבור המלאי נקבע לפי שווי של 40% מערך המלאי הממוצע, כפי שהוא מחושב לפי שני הדו"חות הכספיים האחרונים של העסק שהוגשו לפני היום הקובע (סעיף 7 לתוספת השלישית). הטענות שבעתירות לגבי המסלול הנכסי

287. העותרים מותחים ביקורת על כל רכיבי הפיצוי במסלול הנכסי. בפייהם הן טענות כלליות והן טענות פרטניות הנוגעות לעסק זה או אחר. נעמוד על עיקרי הדברים: בבג"ץ 3208/05 נטען ביחס לפיצוי בגין רכיב הקרקע, כי שתי החלופות המוצעות בגדרו אינן מספקות למפונים פיצוי מספיק. לטענת העותרים, הסכום הקבוע

בחוק לקרקע תעשייתית באזור ייחוס – 180,000 ש"ח – הוא שרירותי, ואין הוא משקף את שווי האמיתי של דונם מפונה. להוכחת טענה זו הם מביאים נתונים אודות המחירים שבהם הקצה מנהל מקרקעי ישראל קרקעות באזור זה, וכן מחירי עסקאות בין מוכרים לרצון לקונים לרצון, ערב הודעת ראש הממשלה על תוכנית ההתנתקות בנובמבר 2003 (מחירים אלה נעים בין 390,934 ש"ח לדונם ל- 463,529 ש"ח לדונם). ביחס למתן פיצוי לפי העלות המתואמת נטען, כי יש בה כדי להעניק לנפגע אך את שווי הקרקע בעת רכישת הקרקע (בתוספת הצמדה למדד), ולא את שווי הריאלי בעת הנטילה. זאת, בניגוד למושכלות יסוד בדיני נטילת קניין, שלפיהם יש לאמוד את שווי הקניין שניטל לפי ערכו בעת הנטילה.

288. ביחס לפיצוי עבור המבנים טוענים העותרים בעתירה האמורה, כי קביעת הפיצוי לפי שווי ההשקעה בנכס בעת הקמתו, ולא לפי שווי הריאלי בעת הנטילה, מתעלמת משווי האמיתי של הנכס ומקפחת את בעליו. בהקשר זה הודגש, כי פיצוי המתבסס על העלות המתואמת של המבנה אינו לוקח בחשבון יתרונות יזמיים הקיימים בנכס שנבנה ביעילות; מתעלם מפעולות השבחה שבוצעו בנכס במהלך השנים; ואינו מאפשר הקמתו של נכס חלופי בישראל בעלויות הקיימות כיום בשוק. לשם המחשה, הם טוענים כי בעוד ששווי המבנה והקרקע של העותרת 1 עומד לטענתם על כ-10 מליון ש"ח, לפי החוק היא תקבל כ-3 מליון ש"ח בלבד (שזוהי העלות המתואמת של המבנה והקרקע). להסברת חישובים אלה מפנים העותרים לחישובים שלא נעשו על ידי מומחה. יצוין, שבהשלמת הטיעון הראשונה מטעם העותרים הם טוענים, כי "בבדיקה נוספת" עלה ששווי נכסי העותרת 1 עומד על 12 מליון ש"ח; אך לא הובאו כל חישוב או חוות-דעת מקצועית לביסוס טענה זו.

289. ביחס לפיצוי עבור הרכוש הקבוע נטען, כי העובדה שנוסחת הפיצוי שנקבעה בעניין זה מתעלמת כליל מרכוש שנרכש לפני 1.1.1996 ולאחר 6.6.2004 פוגעת בבעלי העסקים. לטענת העותרים, אין למנוע מהם פיצוי עבור רכוש שנרכש לפני 1996 – בתואנה ששווי של רכוש זה הופחת בספרים במלואו – כיוון שב"עולם האמיתי" עשוי להיות לרכוש זה ערך רב. בנוסף טוענים העותרים, כי אחוז הפיצוי הניתן על הרכוש הקבוע (40% או 80%) הוא שרירותי ואינו משקף נכונה את מלוא שווי של הרכוש. העותרים מדגישים, כי אין רבותא בכך שהרכוש הקבוע יישאר בידי בעלי העסקים, מאחר ולעיתים אין לו ערך במנותק מהמקרקעין שאליהם הוא מחובר.

290. באשר לפיצוי עבור המלאי נטען, כי נוסחת הפיצוי לקביעתו איננה מקנה פיצוי לפי שווי המלאי בפועל, אלא, שוב, פיצוי על-פי אמת מידה שרירותית, חלקית וקבועה מראש. גם בהקשר זה הודגש, כי אין רבותא בכך שהמלאי נשאר לכאורה בידי בעלי העסקים, כיוון שבשעה שעסקם נסגר, ברי כי הם לא יצליחו לקבל בשוק את ערכו המלא.

291. העותרת בבג"ץ 3127/05 טוענת לעניין רכיב הקרקע כי, קביעת פיצוי בסך 180,000 ש"ח לדונם, באופן אחיד וגורף לכל בעלי העסקים הינה שרירותית. לטענתה, המחיר שנקבע תלוש מהמציאות והינו נמוך לאין ערוך ממחיריהן האמיתיים של הקרקעות המפונות. להוכחת הטענה הובאו נתונים על אודות עסקאות שערך המינהל באזור המפונה בסכומים של 80,000 דולר-120,000 דולר. העותרת טוענת, כי המדינה אינה רשאית להעניק לבעלי העסקים פיצוי "קולקטיבי" המבוסס על בחינה כללית וממוצעת של האזור, מבלי לבחון את הפגיעה הפרטנית שנגרמה בפועל לכל אחד מהם עקב הפינוי. עוד נטען, כי הפיצוי בסך 180,000 ש"ח לדונם אינו מאפשר לרכוש, כגרסת המדינה, נכס חלופי באזור התעשייה הדרומי באשקלון, מאחר וזכויות הבנייה באזור זה נמוכות בכחצי מאלו הקיימות באזור התעשייה ארז. לטענת העותרת, יש לה זכויות בניה בלתי מנוצלות שלהן ערך כלכלי נכבד, ואין היא מקבלת שום פיצוי עבורן לפי נוסחאות החישוב שבחוק. באשר לחלופה שלפיה נקבע שווי הקרקע לפי העלות המתואמת, טוענת העותרת, כי שיטת פיצוי זו מספקת פיצוי חלקי בלבד עבור הנכסים, וכן חורגת מדיני ההפקעה, שכן היא מעמידה את הנפגע במצב שבו היה בעת שרכש את הקרקע, ולא במצב שבו היה ערב ההפקעה. בהקשר זה הודגש, כי פיצוי בשיטת העלות המתואמת אינו מפצה על העבודה והכספים הרבים שהושקעו בנכס במהלך השנים ועל השבחת הנכס עקב כך.

292. העותרת בעתירה זו הגישה חוות דעת שמאיות בתמיכה לטענותיה וכן את חוות הדעת של פרופ' אמיר ברנע שהוזכרה לעיל. פרופ' ברנע מביע את דעתו כי ראוי היה לפסוק פיצוי על פי עקרון השחלוף. המדינה חולקת על חוות הדעת. לא נעמוד על פרטי הדברים, אך נציין, כי גם לעניין חוות הדעת שהביאה העותרת קיימת מחלוקת בין השאר בשאלה האם ראוי להתעלם מהמצב הביטחוני ולבחון את שווי העסקים, כטענת העותרת, ב"ימים כתיקונם" בהם אין ארועים ביטחוניים. עוד טוענת המדינה בתגובתה השלישית, על סמך נתונים בדו"ח תקופתי לשנת 2004 של חברת האם שהיא חברה ציבורית, בו נכללים נתונים של העותרת, כי התפוסה של העותרת בשנת 2004 ירדה מ-100% ל-70% וההכנסות ירדו בהתאם (בחוות הדעת מטעם העותרת הובאה בחשבון לצורך הערכת שווי תפוסה מלאה). בדו"ח האמור מציין הדירקטוריון, בין היתר, לגבי העותרת: "להערכת החברה סכום הפיצוי אותו תקבל החברה יעלה על העלות המופחתת של נכסים אלה בספרים". המדינה מראה כי סכום הפיצוי על פי חוק יישום ההתנתקות יהיה 5,114,000 ש"ח והעלות שהושקעה היתה 4,735,000 ש"ח. העותרת תוכל לחלץ את מלוא הונה העצמי. הזכרנו חלק מהמחלוקות שבין העותרת בבג"ץ 3127/05 לבין המדינה. כפי שנבאר אין מקום במסגרת העתירות שלפנינו להכריע במחלוקות שבין המומחים.

293. העותרים בבג"ץ 2703/05 הביאו, להוכחת טענותיהם בדבר הפער שבין הפיצוי המגיע להם לפי החוק (במסלול הנכסי) לבין הפיצוי הראוי שיש, לטענתם, להעניק להם, חוות-דעת של רואה החשבון קיהן. מחוות הדעת עולה, כי לפי החוק, מגיע לעותרים (במסלול הנכסי) פיצוי בסך 586,800 ש"ח בגין הקרקע; (!)0 ש"ח בגין המבנה, וזאת משום שאין להם ראיות על הסכומים שהושקעו במבנה; מגיעים להם 1,433,643 ש"ח בגין הרכוש הקבוע ו- 540,606 ש"ח בגין המלאי (סה"כ: 2,561,049 ש"ח). על פי הטענה השווה ה"אמיתית" של הקרקע הוא 1,418,146 ש"ח, של המבנה 4,613,620 ש"ח, של הרכוש הקבוע 2,552,819 ש"ח, ושל המלאי 1,351,514 ש"ח (סה"כ: 9,936,099 ש"ח). יצוין, כי חוות הדעת היא לקונית ודרך החישוב אינה מפורטת בה. כן הביאו העותרים בעתירה זו חוות-דעת של המהנדס מיכאל שמידט. בחוות דעת זו תוארו בפירוט תשתיותיו של המפעל. כן הוערכה עלות הקמתו מחדש בסך 4,688,481 ש"ח (סכום הדומה לשווי המבנה לפי חוות רו"ח קיהן).

294. גם העותרים בעתירה זו טוענים, כי החוק קובע פיצוי חסר, שאין בו כדי להעמידם במקום בו היו אלמלא הפיצוי. אך בשונה מן העותרים בעתירות הקודמות – שהדגישו את דרישתם לקבלת פיצוי בגובה מלוא שוויים של נכסיהם באזור המפונה – מדגישים העותרים בעתירה זו את הצורך בפיצוי שיאפשר להם להקים, בתחומי הקו הירוק, מפעל חלופי שיהא דומה במאפייניו לזה הנמצא באזור התעשייה ארז. לטענת העותרים, סכום הפיצוי המוענק לפי החוק במסלול הנכסי נמוך משוויים הריאלי של הנכסים, והוא אינו מאפשר את העתקת הנכסים מהשטח המפונה לאזור חלופי בתוך הקו הירוק. העותרים מדגישים את מצוקתם, הנובעת מכך שהפיצוי אף אינו מאפשר להם להחזיר את ההלוואות שניתנו להם להקמת המפעל המפונה.

295. ביחס לפיצוי בגין רכיב הקרקע טוענים גם העותרים בעתירה זו כי הפיצוי בסך 180,000 ש"ח לדונם שקובע החוק אינו משקף את שוויה האמיתי והמלא של הקרקע. להוכחת טענה זו הובאו נתונים אודות מכרזים שערך מינהל מקרקעי ישראל על קרקעות באזור התעשייה ארז, מהם עולה כי במהלך שנת 2002 מכר המינהל קרקעות באזור בסכום ממוצע של 435,014 ש"ח לדונם. העותרים מבקשים, כי בית-המשפט יורה למשיבים "לשנות" את תעריף הפיצוי בגין רכיב הקרקע ל-435,014 ש"ח לדונם. עוד מציינים העותרים, כי בעוד שלדברי השמאי הממשלתי אמור הפיצוי הקבוע בחוק לאפשר למפונים לרכוש קרקע (וכן לשלם דמי פיתוח) באזור הייחוס – שנקבע כאשקלון-קריית גת, הרי שעלות רכישת קרקע ופיתוחה באזור זה הינה גבוהה בהרבה (באשדוד: כ- 607,566 ש"ח, ובאשקלון: כ-246,885 ש"ח). בנוסף נטען, כי גובה הפיצוי היה צריך לקחת בחשבון גם את העובדה שאחוזי הבנייה באזור התעשייה ארז גבוהים פי שניים מאחוזי הבנייה באשקלון, וכן את העלייה הצפויה במחירי הקרקעות באזור הייחוס עקב עליית הביקוש לרכישתן בעקבות הפינוי. לבסוף קובלים העותרים על כך, שלא הוצעה להם קרקע חלופית שבה יוכלו להקים את המפעל מחדש. לאור זאת מבקשים העותרים (לחלופין) כי מינהל מקרקעי ישראל יעמיד לרשותם קרקע חלופית בקרבת נמל אשדוד.

296. ביחס לפיצוי עבור המבנה טוענים העותרים בעתירה זו, כי לא ניתן לחשב מהי העלות המתואמת של המפעל שברשותם. העותר 1 בנה את המבנה בחלקו הגדול בצורה עצמאית, כאדם פרטי (ולא כבעל עסק), כך שקיים קושי להעריך את עלות הקמתו במדויק. העותר 1 לא שמר – ואף לא הייתה עליו, על פי הטענה, חובה לעשות כן – את המסמכים המתעדים את עלות הקמת המפעל (שנעשתה, כזכור, לפני עשרים שנה). התוצאה של מצב דברים זה הינה, לטענת העותרים, כי חרף ערכו הגבוה של המפעל שברשותם, אין הם זכאים לקבלת פיצוי כלשהו עבורו לפי החוק. מכאן שנגרם להם נזק בגובה שווי המבנה, שהינו, לטענתם, 4,613,620 ש"ח (לפי הערכת רו"ח קיהן) או 4,688,481 ש"ח (לפי חוות-דעתו של שמידט). העותרים מדגישים עוד, כי העותר 1, שהינו מהנדס במקצועו, השקיע רבות מזמנו ומכישוריו לבניית המפעל, וכי המפעל הוקם באיכות גבוהה במיוחד והוא עומד בתקנים מחמירים. רק שומה פרטנית תאפשר הערכה אמיתית של שווי המבנה.

297. ביחס לפיצוי בגין הרכוש הקבוע טוענים העותרים, כי עלות פירוקו והרכבתו מחדש של הרכוש המצוי ברשותם היא גבוהה ביותר, והפיצוי המוענק בגין רכיב זה בחוק (40% או 80% מהעלות המתואמת) אינו מספיק לכיסויה. כן מציינים העותרים, כי הנחת היסוד של שיטת הפיצוי בחוק היא כי הרכוש הקבוע מתבלה וכי הדבר מפחית את ערכו; אלא שלטענתם, הנחה זו אינה נכונה בעניינם, משום שרכושם עשוי מחומרים איכותיים ועמידים במיוחד, שהבלאי שלהם שולי. עוד נטען, כי העותר 1 הכניס בשני תנורי היציקה שבבעלות המפעל שיפורים משמעותיים שהעלו את שוויים באופן ניכר שאין לו ביטוי בדו"חות הכספיים (הצעת מחיר למערכת יציקה אחת, בסך 1,544,400 ש"ח, צורפה להשלמת הטיעון). בנסיבות אלה, פיצוי שגובהו עלותם המתואמת של התנורים הוא נמוך לאין שיעור מערכם האמיתי; מה גם שעלות פירוקם והרכבתם מחדש של התנורים עצומה. לטענת העותרים, בעוד ששווי רכושם הקבוע לפי חוק יישום ההתנתקות הוא 1,433,643 ש"ח, שוויו האמיתי עומד על 2,552,819 ש"ח (חוות-הדעת של רו"ח קיהן). הם מבקשים, כי יינתן עבור הרכוש הקבוע פיצוי בהתאם לחוות-דעת פרטנית, ולחלופין, כי יוחלו עליהם הוראות הפיצוי בגין הרכוש הקבוע שנקבעו בחוק ביחס לבעלי חממות (על כך – להלן).

298. ביחס לפיצוי בגין המלאי (שהינו, כזכור, 40% מערך המלאי הממוצע לפי שני הדו"חות הכספיים האחרונים של העסק) טוענים העותרים, כי גם פיצוי זה הוא חלקי בלבד ואינו משקף את השווי האמיתי של המלאי. העותרים מציינים, כי המלאי המצוי ברשותם הוא מתכות, שערכן גבוה ביותר, ואין זה הוגן להשית עליהם 60% מעלותן. הם מדגישים, כי אין באפשרותם להעביר את המלאי ולאחסנו במקום אחר, מאחר והחוק אינו מאפשר

להם להקים עסק חלופי שבו יוכלו לאחסנו ואף אינו מספק להם הוצאות אחסנה זמניות. צוין, שבעוד ששווי המלאי לפי חוק יישום ההתנתקות הוא 540,606 ש"ח, ערכו האמיתי הוא 1,351,515 ש"ח (חוות-הדעת של רו"ח קיהן).

299. לסיכום המסלול הנכסי טוענים העותרים בעתירה זו, כי סך הנזקים לעותר 1 (בגין הפיצוי על רכיבי הקרקע והמבנה) הוא 6,319,742 ש"ח, וסך הנזקים לעותרת 2 (בגין רכיבי הרכוש הקבוע והמלאי) הוא 1,930,084 ש"ח. לטענת העותרים, מסלול הפיצוי הפיננסי אינו מתאים בעניינם; זאת לאור העובדה, שבניית המפעל על-ידי העותר 1 ארכה עשר שנים – ובמשך שבע שנים נוספות רכשה העותרת 2 ציוד עבור המפעל והשקיעה בפיתוחו – כך שרק לאחר שבע שנים של פעילות החלה החברה לקצור רווחים.

300. הטענות שהועלו ביחס למסלול הנכסי בעתירה בבג"ץ 2252/05 מתמקדות בפיצוי על רכיבי הרכוש הקבוע והמלאי. באשר לפיצוי בגין הרכוש הקבוע הועלו מספר טענות. ראשית נטען, כי פיצוי זה צריך לשקף את שווי האמיתי של הרכוש ולא את עקרונות הפחת הנהוגים לצורכי מס. לטענת העותרים, אין הצדקה להגביל ל-40% את גובה הפיצוי הניתן עבור רכוש שהופחת בספרים במלואו, זאת מן הטעם שלרכוש זה יש ערך גם לאחר תום תקופת הפחתתו בספרים. שיטת פיצוי זו אף מנוגדת, לטענתם, לכלל הפיצוי הנהוג בדיני הפקעה – לפיו נקבע שווי הפיצוי בהתאם למחיר הנכס בעסקה מרצון – שכן בעסקה מרצון נמכר הנכס לפי ערכו בשוק, מבלי להתחשב בשיעור הפחת שהופחת ממנו. העותרים מדגישים, כי האפשרות שניתנה לבעלי העסקים לקחת את הרכוש איתם איננה מעשית ב"מקרים רבים" – מאחר ו"רוב" הרכוש איננו ניתן לפירוק ולהעברה. מכל מקום, שווי של הרכוש שאותו כן ניתן לפרק ולהעביר הוא מועט. העותרים טוענים, כי יש להעניק לבעלי העסקים פיצוי שישקף את ערכו האמיתי המלא של הרכוש הקבוע, באופן שיאפשר להם לרכוש רכוש חדש שיהא דומה לזה שהיה להם.

301. העותרים תוקפים גם את הוראת סעיף 5(ב) לחוק, לפיה מקום שהעלות המתואמת של הרכוש עולה על מיליון ש"ח, מקבל בעל העסק פיצוי מופחת. גם בהקשר זה מדגישים העותרים, כי אין רבותא בכך שהם רשאים לקחת עימם את רכושם, מאחר ואף המדינה עצמה מודה שבמקרים רבים "חלק מן הציוד לא יהיה שמיש במפעל חדש או שעלות ההעברה שלו תהיה גדולה משווי" (סעיף 290 לתגובת המדינה).

302. ביחס לפיצוי בגין המלאי הועלו מספר טענות. ראשית, כי הפיצוי שמעניק החוק לגבי רכיב זה הוא חלקי ביותר (40% משווי המלאי). בהקשר זה הדגישו העותרים, כי אין רבותא בכך שניתנת לבעלי העסקים אפשרות לקחת עימם את המלאי, מאחר ולא יהיה באפשרותם למכור בשוק מוצרים הנמצאים באמצע שלב הייצור, וכן גידולי חקלאות שטרם הבשילו. שנית, כי הפיצוי על המלאי ניתן, לפי החוק, בהתאם לרישומי המלאי של בעל העסק בשנים 2002-2003 – ולא לפי המלאי העדכני – כך ש"ייתכן" שיש לבעל העסק במועד הפינוי מלאי שהוא לא יפוצה בגינו. שלישית, כי הפיצוי ניתן לפי עלות המלאי כפי שהיא רשומה בספרים ולא לפי ערכו האמיתי. ורביעית, הפיצוי אינו מביא בחשבון את אובדן הרווח שהיה צפוי לבעל העסק אילו היו מאפשרים לו להשלים את ייצור המלאי. בנוסף נטען, כי אין בחוק פיצוי על הנזק בגין אובדן סחורה מוגמרת, שעקב חיסול העסק סביר שלא ניתן יהיה לשווקה ולמוכרה בשוק.

303. טענה נוספת שמעלים העותרים ביחס למסלול הנכסי היא, כי הוא אינו מעניק לבעלי העסקים פיצוי על הנזק שנגרם להם בגין אובדן מוניטין. בהקשר זה נטען, כי המוניטין של המגזר החקלאי בגוש קטיף מקורו בכך שתוצרתו היא מגוש קטיף, ולכן לא תהיה לו כל משמעות במקום אחר. עוד נטען, כי חקלאים רבים מבין המפונים הם אנשים מבוגרים, שלא יהיה בכוחם לבנות עסק חדש במקום בו יתגוררו לאחר הפינוי, כך שהמוניטין שבידיהם ירד למעשה לטמיון. העותרים מדגישים, כי לו היו בעלי העסקים מוכרים את עסקיהם כ"עסקים חיים", הם היו מקבלים תמורה גבוהה ביותר על המוניטין של עסקיהם.

תגובת המדינה

304. לעניין המקרקעין מדגישה המדינה כי לזכאי יש בחירה בין העלות המתואמת של הקרקע לבין סכומים הנקובים בחוק ליישום ההתנתקות המשקפים שווי קרקע חלופית לפי סוג העסק באזור ייחוס מתאים. הסכומים בהם נוקב חוק יישום ההתנתקות נקבעו על פי בדיקות שערך השמאי הממשלתי והם מנויים בסעיף 3(א) (1)-(5) לתוספת השלישית: פיצוי בשל קרקע באזור תעשייה יעמוד על 180,000 ש"ח לדונם; לגבי קרקע המשמשת למסחר, הסכום הוא 500 ש"ח למ"ר בנוי; עבור נחלה ביישוב חקלאי, 135,000 ש"ח לנחלה; בשל קרקע חקלאית שאינה נחלה, 4000 ש"ח לדונם; בשל קרקע אחרת – סכום שיקבע השמאי הממשלתי. המדינה מדגישה כי שווי המקרקעין באזור המפונה היה מינימאלי או שואף לאפס הן בשל כך שמדובר בתפיסה זמנית העלולה להסתיים,

הן בשל הטבות שונות ברכישה המשפיעות גם על עלות המכירות מ"יד שנייה", הן בשל הארועים הביטחוניים, והן בשל נתונים האופייניים לאזור התעשייה ארז עליהם נעמוד בהמשך הדברים. האפשרות לקבל את עלות הקרקע המתואמת מיטיבה עם מי שרכש זכויות במקרקעין בעת שמחירן היה גבוה.

305. הפיצוי למבנה במסלול הנכסי הוא על פי העלות המתואמת של המבנה (בלי להביא בחשבון פחת) (סעיף 4 לתוספת השלישית). פיצוי זה יש בו כדי לשקף, לטענת המדינה, את ערך הנכסים.

306. הפיצוי בשל הרכוש הקבוע והמלאי – לגבי הרכוש הקבוע והמלאי מדגישה המדינה בתשובתה כי למרות שבעל העסק זכאי ליטול את הרכוש הקבוע והמלאי הוא מקבל עבורם פיצוי מסוים.

המסלול הנכסי – דיון

307. אין בידינו לקבל את טענות העותרים הקובלים על האפשרות הניתנת לזכאי להיות מפוצה על קרקע לפי העלות המתואמת. זוהי אופציה הניתנת לזכאי לפיצוי. לעתים נרכשו קרקעות במחיר גבוה, ובפרט באזור התעשייה ארז, אך מחיר המקרקעין ירד, והפיצוי לפי עלות מתואמת מאפשר לזכאי להחזיר לעצמו את השקעותיו בגין המקרקעין. זוהי אופציה, אך הזכאי יכול לקבל פיצוי על הקרקע על פי שטח דומה באזור ייחוס. האופציה לקבל את שווי הקרקע באזור ייחוס מקנה לזכאי סכום העולה על שווי המקרקעין באזור המפונה.

308. אשר למבנה – עלות מתואמת היא בגדר קירוב סביר להערכת שווי. לעתים עשוי הדבר להביא להערכת שווי ביתר, אם ערך הנכס ירד. לעומת זאת אם ערך הנכס עלה מאז רכישתו יהיה בפריט זה פיצוי בהערכת חסר. התעלמות מהפחת יש בה כדי לקזז במקרים רבים את אפשרות הפיצוי בחסר. השמאי הממשלתי הסביר ב-6.2.2005 בוועדת הכספים כי כשמבצעים שומה למבנים הדרך המקובלת היא לבדוק את עלות המבנה כחדש בניכוי פחת. לא זה המקום להכריע בטענה הפרטנית בדבר העדר פיצוי מתאים בגין אחוזי בניה בלתי מנוצלים. אם יעלה העניין בפני הוועדה המיוחדת, היא תישמע את טענות הצדדים בנושא זה. כך גם לגבי טענות פרטניות אחרות.

309. אשר למלאי ולציוד – גם כאן יתכן מגוון של מצבים התלוי בעסקים השונים ונתוניהם: בעל העסק עשוי למכור את המלאי, ואז יהיה פיצוי ביתר. לעתים, כשעסק עובר, הציוד ניתן להעתקה בעלות נמוכה. במקרה כזה יהיה פיצוי ביתר, משום שהציוד ישאר בידי בעל העסק וישמש אותו. עשוי להיות גם מקרה בו עלות ההעתקה אינה מכוסה על ידי החוק או שאין כדאיות כלכלית בהעתקה, ובמקרה כזה יהיה במקרים מסוימים פיצוי בחסר. בכל העניינים הללו על המפונה היה הנטל, ועדיין מוטל עליו הנטל, לפעול בתום לב להקטנת הנזק. לא לצבור מלאי או מלאי בייצור לרגע הפיננסי כאילו אין פיננסי באופק. אין אנו שוללים את האפשרות שבעסק זה או אחר הפיצוי בגין מלאי וציוד לא יהיה מלא בשל נתונים פרטניים של העסק. הפתרון במקרים מיוחדים הוא בפניה לוועדה המיוחדת.

310. אשר לטענות בעניין מוניטין – יש למוניטין ביטוי במסלול הפיננסי שעניינו מכירת עסק חי. לא צריך להיות לו ביטוי במסלול הנכסי (ראו והשוו ע"א 7493/98 שרון נ' פקיד שומה – יחידה ארצית לשומה, פ"ד נח (2) 241).

311. לסיכום המסלול הנכסי: מסקנתנו היא שאין יסוד להתערבותנו בפיצוי בגין המקרקעין. בשאר מרכיבי המסלול הנכסי (מבנה, ציוד קבוע, מלאי) יכול ותהיה, לעתים, הערכת חסר מסויימת, ויכול שתהיה הערכת יתר. אין כל סיבה להניח שתמיד תהיה הערכת חסר. בסופו של יום, בשל גורמים אחרים שיש בהם כדי להטות את הכף אין יסוד להתערבותנו גם במסלול הנכסי.

312. במהלך הליכי החקיקה נוסף מסלול פיצוי ייחודי לחממות. בדיונים שהיו בוועדת הכספים נטען כי לחממות מאפיינים ייחודיים וכי עלות העתקת חממה גבוהה במקרים רבים משוויה. הציוד והמתקנים, כך נטען, מותאמים לחממה באופן פרטני ולא ניתן לחזור ולהשתמש בהם במקום אחר. בעקבות טענות אלה, נחקק סעיף 6 לתוספת השלישית, בו נקבעו סכומי פיצוי על פי כמה דגמים של חממות המצויים בשטח. לבעל החממה יש אופציה לבחור בין הפיצוי המיוחד המיועד לחממות לבין פיצוי רגיל על עסק. לגבי חממות מובא בחשבון גם רכוש שנרכש לפני 1.1.1996 ובלבד שביום הקובע היתה החממה פעילה. נדגיש כי המסלול שנקבע לחממות הוא מסלול המיטיב עם בעלי החממות. זהו מסלול נוסף לשני המסלולים שנקבעו לפיצוי בגין עסקים. טענת חלק מבעלי העסקים היא כי הם מופלים לרעה כלפי בעלי החממות. אין בידינו די נתונים לצורך השוואה זו, אך אם תמצא הוועדה המיוחדת שאין הבדל בין עסקים מסויימים לבין חממות, מבחינת המאפיינים של העסקים, תוכל לפעול כלפיהם כפי שקבע החוק לגבי החממות.

מס מופחת

313. אין לנו צורך לעמוד על כל טענות הצדדים בעניין המיסוי. המס הקבוע בחוק על הפיצוי הוא 5% בלבד (סעיף 72 לחוק). בכך הפחית החוק את שיעור המס מ-10%, כפי שהוצע בהצעת החוק, ל-5%. אין צורך להיכנס לכל טענות המדינה בנושא המיסוי. נחה דעתנו כי הפיצוי היה בגדר עסקה חייבת במס ערך מוסף אלמלא ההוראה המיוחדת שבסעיף 72(ו) לחוק יישום ההתנתקות (והשוו בעניין תשלום מע"מ בדיני הפקעה: א' קמר, דיני הפקעה מקרקעין (מהדורה שישית, תשס"א) 503-504). יצויין כי המדינה טוענת, כי אלמלא ההוראות המיוחדות הקבועות בחוק היה תשלום הפיצוי מהווה עסקה עתירת מס, המחייבת במס רווחי הון, בתשלום על-פי חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963, ובמס מכירה על פי החוק האמור. אין לנו צורך להיכנס לבחינת כל טענות המדינה. במיוחד כשהשאלה אם היה, למשל, "רווח הון ריאלי" מותנית בנתוני העסק הספציפי. כדי לקבוע שלפנינו מס מופחת די בכך שאלמלא ההוראות המיוחדות שבחוק יישום ההתנתקות היה הפיצוי חייב במס ערך מוסף. המס שקובע החוק – הוא מס מופחת. המס של 5% מנוכה מהפיצוי במקור, אך לפי פרשנותה של המדינה (ראו סעיף 286 לתשובה העיקרית) עסקים שצברו הפסדים יהיו רשאים לנכותם משעורי המס שיחויבו בהם בעתיד. בנושא המס אין איפוא יסוד לתרעומתם של העותרים. נהפוך הוא: המפונים נהנים ממס מופחת.

עלויות נלוות להעתקת העסק מול מענקים

314. העותרים קובלים על כך כי אין הם מפוצים על הוצאות נלוות הקשורות בהעברת עסקיהם: פירוק, הובלה, אחסון בשלב ביניים עד להקמת העסק, עורכי דין, שמאים, הפסדים בתקופת הביניים ועוד. בגין כל אלה ראוי הוא לטענתם, לפצותם.

315. המדינה טוענת, לעומתם, כי חוק יישום ההתנתקות אינו מכיר אמנם בהוצאות העברה על פי קבלות או חוות דעת, אך ישנן הוצאות בחוק המפצות מעל ומעבר להוצאות הכרוכות בהעתקת העסק. חוק יישום ההתנתקות מעודד, לטענת המדינה, העברת עסקים, מהשטח המפונה לישראל. עסקים שיעברו לתחום המדינה יקבלו עד 10% מגובה הפיצויים כמענק לפי סעיף 70(א) לחוק, הקובע:

מענק השקעה לעסק ממשיך

70. (א) עסק שקיבל פיצוי לפי סימן זה והעתיק את הפעילות שהתנהלה בשטח המפונה למקום שאינו בשטח האמור בסעיף 3, ואינו במדינת חוץ, זכאי למענק בסכום השווה ל-10 אחוזים מן הסכומים שהשקיע בהעתקת הפעילות ובעסק החדש עד תוך 12 חודשים מיום הפינוי, ובלבד שסכום המענק לפי סעיף קטן זה לא יעלה על 10 אחוזים מן הפיצוי שקיבל; ואולם, אם השקיע העסק כאמור יותר מ-60 אחוזים מהפיצוי שקיבל, יהיה זכאי למענק בסכום השווה ל-10 אחוזים מן הפיצוי שקיבל.

אם מועבר מפעל תעשייתי לאזור פיתוח א' בנגב או בגליל הוא זכאי למענק מיוחד של 32% על ההשקעה שביצע מעבר לפיצוי (סעיף 70 (ב) לחוק). גם עסק חקלאי יהיה זכאי למענק נוסף על פי כללים שייקבעו אם יעתיק את פעילותו לישראל (סעיף 70 (ג) לחוק). בנוסף – בעל העסק ועובדיו זכאים למענקים שונים כעובדים, הכל כפי שעוד יפורט. לטענת המדינה המענקים המפורטים מפצים את בעלי העסק מעל ומעבר לנדרש להעתקת עסקים. גם כאן ייאמר כי הדבר עשוי להיות נכון, אך הכל תלוי בנתונים הספציפיים של כל עסק, בעלויות ההעברה, בזמן החולף עד שקיימת אפשרות להקים את העסק מחדש, בשאלה אם העסק הועבר לאזור כאמור בסעיף 70(ב) ועוד.

316. העותרים השונים ביקשו מגוון של סעדים וביניהם ביטול סעיפי חוק, תיקונם של חלק מסעיפי החוק, והענקת האפשרות לעריכת שומה פרטנית. באחת העתירות התבקש שנחייב את המדינה לתת לעותרים קרקע חלופית בארץ. אין בסיס בדין לדרישה זו. החוק קובע פיצוי לעסקים בכסף, ולא בעין. חלקם ביקשו סעדים פרטניים הנוגעים לעסקים-הם. גם לכך בוודאי שאין מקום במסגרת העתירות.

(5) הפיצוי בגין עסקים – דיון ומסקנות

317. נרים עתה מבטנו מפרטי ההוראות בעניין הפיצוי ונתבונן בנושא הפיצוי על עסקים במבט על. נקודת המוצא היא שיש לבדוק את ה"שורה התחתונה" ולא כל פרט בנפרד. הטענה המרכזית בעניין הפיצוי בגין עסקים היא שהפיצוי לעסקים במסגרת החוק אינו מעניק למפונים את השווי ה"נכון" של נכסיהם. הנחת המוצא של העותרים השונים היא כי בדין הכללי או לפי דיני ההפקעה היו לפחות חלק מבעלי העסקים זוכים לפיצוי גבוה יותר. אם יאופשר למפונים להגיש שומה פרטנית, יוכלו לתת ביטוי לשווי האמיתי של נכסיהם. עמדנו כבר על כך שנתונים רבים ב"נוסחאות" הם נתונים פרטניים, אם כי לא כל הנתונים.

318. כפי שבואר, אנו מוכנים לקבל כי בהשוואת פרט זה או אחר של חוק יישום ההתנתקות מול דיני ההפקעה או מול הדין הכללי נמצא שעשוי אכן להיות, בפרט זה או אחר, פיצוי חסר. חוק יישום ההתנתקות והדין הכללי, קובעים, בהקשרים שונים, הסדרים שונים. כך, למשל, ראינו כי יש בחוק מענק גלובלי של עד 10% מסכום הפיצוי למפעל העובר לתחומי ישראל, בתנאים המפורטים בסעיף 70 (א). המדינה מציינת בתגובתה, כי הפיצוי לפי סעיף 70 (א) "אמור" לפצות על הוצאות העברה והסתגלות. ציינו כי יתכן וכך הוא, ויתכן והסכום שיינתן לא יספיק. המענק הכולל לפי סעיף 70 (א) עשוי להיות נמוך או גבוה מהוצאות פרטניות, הקשורות בהעתקת העסק.

319. בדומה, אין בחוק יישום ההתנתקות אפשרות להגיש שומה פרטנית לגבי עסקים בעוד שבמסגרת תביעה לבית המשפט זכאי התובע להגיש חוות דעת מטעמו בעניין שווי העסק. במסגרת חוות דעת המוגשת לבית המשפט נותן חוות הדעת אינו כפוף למכפילים ענפיים, הוא יכול לנסות להראות בדרכים אחרות כי תזרים המזומנים המהוון הצפוי לעסק פלוני גבוה יותר מהסכום אליו מגיעים באמצעות הנוסחה בחוק ליישום ההתנתקות. בלשון אחרת: יכול הוא לנסות להוכיח ששווי של העסק גבוה יותר. גם במסגרת המסלול הנכסי יכול שמאי, בתביעה לפי הדין הכללי, לטעון כי שווי המבנה עולה על הסכום המתואם שהושקע בו. דרך זו של הגשת חוות דעת פרטנית חסומה, כאמור, בפני הזכאי התובע מכוח חוק יישום ההתנתקות. כך, יתכן כמובן גם ההיפך: ששווי הנוכחי של המבנה קטן מהעלות המתואמת, ובכל זאת, יינתן פיצוי לפי העלות המתואמת. הטענה בדבר העדר אפשרות להגיש שומה פרטנית עומדת במרכז הדיון בפיצוי בגין עסקים. במבט ראשון יש בטענה כדי לשבות את הלב. ואולם אף שטענה זו או אחרת של העותרים יש לכאורה ממש, בסופו של יום ובמבט כולל, אין עילה להתערבותנו בחקיקה. ראשית, העותרים והמומחים מטעמם לא הראו כי הפיצוי עשוי, תמיד או ברוב העניינים, להיות פיצוי חסר. שנית, והוא העיקר, עניינים אחרים מכריעים את הכף נגד קבלת טענות העותרים.

320. המחוקק הגיע לכלל מסקנה כי פיצוי המפונים במסגרת תוכנית ההתנתקות מצדיק ומצריך מתכונת מיוחדת שתתאים לנסיבות העניין. כפי שמציינת המדינה בתשובתה, מטעמים ציבוריים ברורים ומובנים אחת מתכליות החוק הינה ליתן בידי המפונים משאבים שיאפשרו להם להקים עסק ובית דומים בתחומי מדינת ישראל. על כן נקבעו בחוק הסדרי פיצוי מיוחדים. הסדרים אלה נותנים בידי המפונים סכומים העולים לטענת המדינה על שווי הפגיעה הקניינית שנפגעו עקב יישום תוכנית ההתנתקות, והכל במסלול פיצוי מהיר.

321. אף שלא נוכל, במסגרת הליך זה לקבוע את שוויי הכספי המדויק של הזכויות בקרקע, נוכל לקבוע כי הן נמוכות בצורה משמעותית מן הערכים שנקבעו לאזורי הייחוס. הדברים אמורים לגבי העסקים באזור כולו, ובפרט אמורים הם לגבי אזור התעשייה ארז. שוויי הנמוך של הזכויות בקרקע נגזר לגבי כל השטח המפונה מהמעמד הזמני של התפיסה הלוחמתית, וגם מהארועים הביטחוניים הקשים, שלמרבה הצער פקדו את האזור כולו, ואת אזור התעשייה ארז בפרט. גם מענקים שונים שקיבלו בעלי העסקים משפיעים על המחיר המתקבל במכירת העסקים. המסלול הפיננסי "מדמה" עסקים הנמכרים לקונה מרצון, בעת ששפק אם היה בנמצא קונה כזה, ואם היה בנמצא, היה מן הסתם, קונה בזול. המסלול הנכסי מאפשר תשלום בסכום קצוב, תשלום שחושב

לפי שטח באזור ייחוס בתוך המדינה. ודוק: החוק איננו מציין מהם אזורי הייחוס. הוא נוקב בסכומים קבועים לגבי סוגי עסקים שונים, הכל כפי שפורט. השמאי הבהיר בדיון בוועדת משנה של ועדת הכספים כי הונחה על ידי ועדת המנכ"לים להתייחס לקו הדרומי לאשקלון – צומת פלוגות (פרוטוקול ועדת המשנה מיום 23.1.2003 דף 20).

322. לצורך הדיון בעתירות שלפנינו נניח כי פיצוי שיוערך כהלכה במסגרת המסלול הפיננסי לפי שומה פרטנית, יביא, לפחות בחלק מן המקרים, להערכת שווי גבוהה יותר מאשר פיצוי בו נעשה שימוש במכפיל ענפי וב"תקרות"; עוד נניח, במסלול הנכסי, כי הסתמכות על מחיר רכישה מתואם של מבנה תביא לעתים להערכה נמוכה משהיתה מתקבלת אילו בא שמאי ניטרלי ואמד את שווי הנכס; נניח עוד כי יש ממש בחלק מטענות העותרים וכי היה מקום לפצותם בנפרד בגין הוצאות נלוות כמו הוצאות פירוק, אחסון, שמאים, עורכי דין, הפסד רווחים בתקופת בנייה וכל כיוצא באלה. נניח שבמסגרת הדין הכללי היו הוצאות אלה מוכרות, בעוד חוק יישום ההתנתקות אינו מכיר בהן (אלא במסגרת המענקים שבסעיף 70). גם בהנחות אלה אין מקום להתערבות בהוראות החוק בעניין מרכיבי הפיצויים לעסקים.

323. שלוש מהעתירות המונחות לפנינו הן עתירות של בעלי עסקים ועסקים באזור התעשייה ארז (בג"ץ 3208/05; בג"ץ 3127/05 ו-בג"ץ 2703/05). לפי הנתונים שהובאו בפנינו לא תוכנית ההתנתקות היא שהנחיתה מכה אנושה על אזור התעשייה ארז, אלא אירועים ביטחוניים, אירועים שקדמו להחלטת הממשלה מיום 6.6.2004. היתרון הגדול באזור התעשייה ארז היה כוח העבודה הזול של התושבים הפלסטיניים. בשל כוח אדם זול זה, היו מחירי הקרקעות בארז, בשלבים מסויימים, גבוהים מאד. כפי שתיארו העותרים בעתירותיהם, מינהל מקרקעי ישראל יצא במכרז לגבי קרקעות שנתרו פנויות וקרקעות אכן נמכרו במחירים גבוהים. ואולם, בעקבות אירועים ביטחוניים בינואר-אפריל 2004, נסגר אזור התעשייה לפני הפועלים הפלסטיניים, ובאופן סופי נסגר באפריל 2004.

324. הועלתה על ידי עותרים טענה, כי האירועים הביטחוניים קשורים קשר סיבתי לתוכנית ההתנתקות. אכן, החלטת הממשלה התקבלה רק ב-6.6.2004, אולם העותרים מצביעים על צעדים פומביים שננקטו עוד לפני מועד זה: הכרזה של ראש הממשלה בשלהי שנת 2003 על כוונותיו בעניין ההתנתקות; מגעים שונים עם ארה"ב לפני היום הקובע ועוד. כוונת ראש הממשלה אכן היתה ידועה אף שהשאלה מה תחליט הממשלה היתה בגדר נעלם. על כן, כך טענתם של בעלי העסקים, יש לבחון מה היה שווים של העסקים בסוף 2003, ולא במועד הקובע (6.6.2004). לגבי המסלול הפיננסי ממילא בודקים רווח תפעולי ממוצע עד סוף 2003; לגבי המסלול הנכסי אין, לדעתנו לשנות את המועד הקובע. אין למתוח גזירה שווה בין שמועות בדבר הפקעה (מהן יש להתעלם, בדיני ההפקעה, לצורך הערכת שווי הקרקע) לבין השמועות על כוונת ההתנתקות. לא מצאנו בסיס בעובדות לטענת העותרים לפיה ההצהרות על כוונת ההתנתקות בסוף 2003 גרמו לאירועי האינתיפאדה מתחילת 2004. לפנינו תצהיר של אל"מ יואב מרדכי (מש/24) ולפיו סגירת אזור התעשייה בארז היתה, עד להחלטת הממשלה, מטעמים ביטחוניים בלבד. אין לנו סיבה לפקפק באמינות התצהיר. אין סיבה לחשוד, כפי שטענו חלק מהעותרים, כי המדינה סגרה את אזור התעשייה (או המשיכה להחזיקו סגור) כדי להקטין את סכום הפיצויים שיהיה עליה לשלם. נהפוך הוא: החוק קבע לבעלי העסקים באזור ארז פיצוי המחושב באופן זהה לדרך החישוב לגבי עסקים אחרים באזור המפונה. מונחת לפנינו גם חוות דעת של השמאי הממשלתי אודיש (מש/29) ולפיה בעקבות סגירת המעבר לכניסת פועלים פלסטיניים לאחר הפיגועים בינואר ובאפריל 2004 חלה ירידה משמעותית בפעילות העיסוקית באזור ואף קריסה מוחלטת של מפעלים אחדים. השמאי אודיש ביקר באזור ב-23.6.2004 יחד עם ועדת מנכ"לים ונראה היה כי העזובה במקום גדולה. נציג בעלי המפעלים סיפר כי עסקיהם במצב קריסה. התבקש סיוע דחוף של המדינה ועזרתה בהעברה מאזור זה. שווי הנכסים "ביום הקובע" על פי חוות דעת זו היה "נמוך מאוד אם בכלל". על כן, לדברי השמאי הממשלתי, החישוב המבוסס על הוראת חוק יישום ההתנתקות גבוה משוויים של הנכסים בשוק החופשי. מדיונים בפני ועדת הכספים וועדת המשנה עולה גם כן תמונה עגומה של המצב באזור התעשייה ארז. כך למשל ב-4.1.2003 סיפר סא"ל גורביץ ראש ענף כלכלה באזור לחברי ועדת הכלכלה כי מתוך 100 עסקים ישראלים באזור התעשייה 65 מפעלים סגורים.

325. אכן, מומחים מטעם העותרים (השמאי האושנר, פרופ' ברנע) וגם העותרים השונים מציעים להתייחס לאירועי האינתיפאדה כבעיה "זמנית" שיש להתעלם ממנה לצורך קביעת שווי העסקים. טענה זו, כפי שבואר, אין בידינו לקבל. בנסיבות אלה נראה כי המדינה צודקת בטענתה שאין כלל טעם בעריכת שומה פרטנית. בנסיבות העניין מה לי סוגיה כמו מכפיל ענפי, פיצוי חסר בעניין הוצאות נלוות, עלות מתואמת של המבנה מול שווי בפועל, וכל כיוצא ב"סוגיות עליהן עמדנו.

326. המחוקק כלל, ובכוונת-מכוון כלל, את אזור התעשייה ארז כאזור הזכאי לפיצוי כעסק חי, גם אם העסק לא היה פעיל במחצית השנה האחרונה שלפני היום הקובע (ראו סעיף 62 לחוק כפי שתוקן בתיקון טעויות דפוס בחוק יישום תוכנית ההתנתקות התשס"ה-2005, ס"ח 1985 ביום 1.3.2005. וכן פרוטוקול ועדת הכספים מיום 5.1.2005 עמ' 4-5). המחוקק הקנה לעוסקים באזור התעשייה ארז אותה זכות לפיצוי שהקנה לעסקים אחרים באזור המפונה. אלמלא העניק המחוקק זכות זו לפיצוי, לא נראה שבמסגרת הדין הכללי או במסגרת דיני ההפקעה ניתן היה לפצות את בעלי העסקים באזור בסכום גבוה מזה שקובע החוק. הם נפגעו, בראש ובראשונה מהמצב הביטחוני, לפני שהממשלה החליטה על תוכנית ההתנתקות ובלא קשר לכך.

327. על כן, אין לומר כי חוק יישום ההתנתקות פוגע בבעלי העסקים באזור התעשייה ארז במובן זה שאין הוא

מעניק להם פיצוי ראוי. החוק מעניק להם פיצוי ראוי והוגן, אם לא למעלה מכך, על שווי עסקיהם, עסקים שלמרבית הצער היה ערכם מועט עקב האירועים הביטחוניים. החוק העניק להם אותו פיצוי המוענק לעסקים אחרים באזור המפונה, תוך התעלמות ממצבו המיוחד של אזור התעשייה. יש לזכור כי חוק יישום ההתנתקות לא נועד לפצות על נזקי פעולות איבה אלא על הפינוי עצמו. לא ראינו איפוא צורך להיכנס לפרטי המחלוקות בין המומחים, מחלוקות שנגעו כולן לעתירות בעניין אזור התעשייה ארז.

328. לא נעלמה מאתנו טענתו של העותר בבג"ץ 2703/05 לפיה הוא לא העסיק פועלים פלסטיניים. יתכן, ולא נקבע מסמרות בעניין זה, שעסקו נפגע בנסיבות אלה מהמצב הביטחוני פחות מהעסקים אחרים באזור התעשייה ארז, אף שקונה מרצון היה מן הסתם מייחס משמעות למיקומו של העסק. המדינה ציינה בדיון בעל פה כי יתכן ומאפייניו של העסק שמחזיק עותר זה מצריכים דיון במסגרת הוועדה המיוחדת. העתירות שלפנינו עתירות חוקתיות הן בעיקרן, ואין זה נכון להכריע במסגרת בנתונים הפרטניים של עסק זה או אחר. נדגיש כי לא כל העובדות או המסמכים הצריכים לעניין נמצאים לפנינו. מטעמים מובנים נימנע מהבעת דעה לגבי מה שראוי לקבוע בוועדה המיוחדת.

329. טענות בעניין הפיצוי העסקי מועלות גם במסגרת בג"ץ 2252/05. בעתירה זו לא תואר אף עסק של מי מהעותרים (או של אחרים) שנפגע בפועל על ידי מנגנוני החישוב שבחוק ליישום ההתנתקות. חלק מהעותרים הם בעלי נחלות ולא צויין לגבי אף אחד מהם (לרבות עותרים נוספים שצירופם הותר) כי יש לו סוג אחר של עסק. עתירה זו אינה מעלה טענה קונקרטית בדבר בעל עסק זה או אחר שנפגע מחוק יישום ההתנתקות; אין איש הטוען כי כל או רוב ההערכות הנעשות בדרך של קירוב פועלות דווקא לרעתו.

330. עם זאת, וכפי שצינו, על דרך העקרון, ואין אנו אומרים כי כך הוא לגבי עותר ספציפי או לגבי בעל עסק כלשהו, אפשר והשימוש בנוסחאות שבחוק יגרום לבעל עסק מפונה לפיצוי חסר גם במסגרת ההנחות המיטיבות שבחוק ליישום ההתנתקות עליהן עמדנו. לכן קובע החוק "שסתום בטחון": הוועדה המיוחדת שהוקמה על פיו. לפי הצעת ועדת זכאות, ועל פי בקשת הזכאי, יכולה הוועדה המיוחדת להגדיל את הפיצוי לעסקים "במקרים יוצאי דופן", על פי כללים ובתנאים שקבע שר המשפטים בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת הכספים של הכנסת (סעיף 68 לחוק). נראה כי המחוקק מכיר בכך שלא תמיד ה"מודלים" יתנו פתרון צודק. וכך רשם פרופ' עדן בחוות דעתו:

"19.7 בסופו של יום, יש להתייחס לחוק כאל מודל פוזיטיבי לקביעת סכום הפיצוי לעסקים, ולא כתיאוריה מדעית. ההבדל בין מודל פוזיטיבי לבין חוק מדעי, הוא שדי בדוגמא אחת שבה החוק המדעי אינו תקף, כדי להפריכו. לעומת זאת, מודל פוזיטיבי נבחן לפי יכולתו להתאים לרוב העסקים פיצוי הולם.

19.8 לאותם מקרים יוצאי דופן שבהם ימצא כי מנגנוני הפיצוי הקבועים בחוק מקפחים את בעל העסק, נועדה ועדת החריגים המוקמת מכח סעיף 68 לחוק".

331. הוועדה המיוחדת, הפועלת במסגרת חוק יישום ההתנתקות יכולה, במקרים יוצאי דופן בהם הנוסחאות או המודל גורמים לפיצוי חסר, לתקן את המעוות. דרך זו נראית לכאורה עדיפה על פניה לבתי המשפט הרגילים על פי הדין הכללי. מי שיבקש לחשב את הפיצויים לפי הדין הכללי בבתי המשפט הרגילים יצטרך לעשות לעצמו את חשבון הנפש: להביא בחשבון את המס הרגיל להבדיל מהמס המיוחד שבחוק; את השאלה אם אכן יוכל לקבל את שווי הקרקע על פי הסכומים הקצובים (שנקבעו לפי אזורי ייחוס); מקובל עלינו, כאמור, כי יש לפצות את בעלי העסקים לפי שווי קרקע באזור דומה, שהרי אין אפשרות לתת להם קרקע באזור המפונה. ואולם, כפי שראינו, קביעת אזור הייחוס לא היתה קביעה שמאית מובהקת. ועדת המנכ"לים היא שקבעה לשמאי הממשלתי את הקו הצפוני – קו אשקלון קרית גת. השאלה היא, כאמור, אם במסגרת הדין הכללי ניתן להתחשב דווקא באזורי הייחוס לפיהם חושב הפיצוי בחוק ליישום ההתנתקות. מי שישקול אם לפנות לפי הדין הכללי יצטרך לתת דעתו גם למסלולי הבחירה להערכת שווי עסק שבחוק ליישום ההתנתקות ואת ההטבות השונות הגלומות בו, הכל כפי שפורט. שמרנו בפסק דיננו זה על אפשרות הפניה לבתי המשפט לפי הדין הכללי; בכך לא אמרנו, ורחוקים אנו מלומר, שמי שינקוט בדרך זו יקבל, "בשורה התחתונה", פיצוי גבוה יותר מהפיצוי שניתן לקבל במסגרת חוק יישום ההתנתקות.

הפליה בין מתיישבים ועסקים?

332. העותרים בעתירות בעלי העסקים טענו כי הסדר הפיצוי לעסקים הקבוע בחוק ליישום ההתנתקות פוגע בשוויון בינם לבין המתיישבים, להם העניק החוק את האפשרות לבחור במסלול פיצוי לפי שומה פרטנית. לגבי המסלול הפיננסי, מסלול של שומה פרטנית הינו מסלול סבך, שאינו מתאים להכרעה מהירה בידי ועדת זכאות.

בין כך ובין כך, כפי שהסבירה המדינה בתגובותיה – בניגוד לבתי מגורים, לגביהם אין בידי המדינה כל הנתונים הדרושים לשם הערכת שוויים, ויתכן שהיו השקעות יוצאות דופן – הרי לגבי עסקים קיים בידי רשויות המס מסד נתונים זמין ואמין הכולל השקעות בעסק. בנסיבות אלה, אין אנו רואים באי קביעתו של מסלול שומה פרטנית ביחס לעסקים כדי ליצור פגם חוקתי המקים עילה להתערבותנו. עם זאת, נעיר כי יש לצפות ממי שעתיד לבקש, בין במסגרת של החוק ובין במסגרת הדין הכללי, להסתמך על נתון או נתונים המצריכים ביקור בעסקים – להודיע על כוונתו זו בהקדם, כדי שניתן יהיה לבחון את טענותיו בטרם יפונה השטח.

(6) כללם של דברים

333. אף שבפרט זה או אחר תיתכן הערכת חסר (כמו גם הערכת יתר) של שוויים של עסקים, נחה דעתנו כי החוק קבע מנגנון לפיצוי המעניק, ככלל, "פיצויים הוגנים וראויים"; המחוקק קבע גם מנגנון מתקן ל"מקרים יוצאי דופן" בהם הוועדה המיוחדת רשאית להגדיל את הפיצוי; אפשרות הפניה לבית המשפט, כאמור בפסק דיננו זה יש בה כדי להקחות את עוקצה של כל טענה אחרת.

ח. חוקתיות הפיצוי לחקלאים

(1) כללי

334. הנחלות החקלאיות המצויות באזור המפונה מהוות אף הן "עסקים". משכך, נקבע הפיצוי הניתן עבורן בהתאם להוראות חוק יישום ההתנתקות הנוגעות לפיצוי עסקים, בנתון להוראות הייחודיות שנקבעו בחוק ביחס לעסקים של חקלאות (ראו: הוראת סעיף 62 לחוק, לעניין הגדרת "התקופה הקובעת" לצורך חישוב הרווח התפעולי הממוצע של עסק של חקלאות; הוראת סעיף 70(ג) לחוק לעניין מענק השקעה לעסק של חקלאות; והוראת סעיף 6 לתוספת השלישית לעניין הפיצוי עבור חממות). העתירה היחידה בה הועלו טענות כנגד הוראות הפיצוי הייחודיות הנוגעות לעסקים של חקלאות היא בג"ץ 2252/05, בה נטענו, בין יתר הטענות, אף טענות כנגד הפיצוי שמעניק החוק עבור חממות. ביחס לטענות אלה, יפים הדברים שאמרנו לעיל בפרק העוסק בפיצוי לעסקים, לעניין הפיצוי עבור הרכוש הקבוע והמלאי ולעניין אפשרות הפנייה לוועדה המיוחדת במקרים שבהם החוק אינו מעניק פיצוי מספק (ראו פסקאות 308-309 לעיל). לאור זאת, איננו רואים צורך לפרט את הטענות הללו ואף לא לחזור על הנימוקים לדחייתן.

335. סוגיית ההסדר שקבע חוק יישום ההתנתקות ביחס לחקלאים עולה לפנינו – שלא בהקשר לפיצוי הכספי – בעתירה בבג"ץ 4054/05. עתירה זו הוגשה בשלב מאוחר יחסית, לאחר הדיון הראשון שהתקיים בכל שאר העתירות. העותרים בה הם שלושה מתיישבים, בעלי נחלות חקלאיות בגוש קטיף, העוסקים בגידולם של תבלינים. בעתירתם אין הם תוקפים מפורשות את נוסחאות הפיצוי הקבועות בחוק ביחס לעסקים (הגם שהם מציינים, בקצרה וללא הנמקה, כי פיצוי זה אינו מספק). טענתם היא, שהסדר הפינני והפיצוי הקבוע בחוק פוגע אנושות במקור פרנסתם; ודרישתם העיקרית היא שיינתנו להם – תחת הנחלות החקלאיות שאותן עליהם לפנות – נחלות חקלאיות חלופיות, בעלות מאפיינים דומים לנחלות המצויות ברשותם. זאת, עובר למועד הפינני, ובאופן שיאפשר להם להמשיך ולעסוק ברצף במשלח ידם. יצוין, כי טענות דומות הועלו גם בבג"ץ 2252/05.

336. חוק יישום ההתנתקות כולל שתי הוראות רלוונטיות המאפשרות למדינה להקצות לבעלי הנחלות החקלאיות נחלות חלופיות תחת אלו הנמצאות בבעלותם. ההוראה האחת קבועה בסעיף 85 לחוק, המצוי בסימן ח' לחוק, שעניינו "העתקה קהילתית של אגודה שיתופית התיישבותית ושל מגורים". לפי סעיף 85 האמור, רשאית מינהלת ההתנתקות – לבקשת קבוצה של מתיישבים המעוניינים להעתיק את מקום מגוריהם במסגרת קהילתית אחת אל מחוץ לאזור המפונה, או לבקשת אגודה שיתופית התיישבותית המעוניינת להעתיק את פעילותה כאמור – להתקשר, בהתקיים התנאים המנויים בסעיף, עם קבוצת המתיישבים (או עם האגודה השיתופית) בהסכם להערכת מקום המגורים (או הפעילות) לאזור חלופי הנמצא מחוץ לאזור המפונה. ההוראה השנייה העוסקת בנושא הקצאת קרקע חלופית, קבועה בסעיף 3(ד) לתוספת השניה לחוק, שלפיו רשאי מתיישב, הזכאי לפי סעיף 36 לחוק לפיצוי בשל בית מגורים שנחלה ביישוב שתוכנן כיישוב חקלאי, לבקש ממינהלת ההתנתקות להציע לו נחלה חלופית ביישוב שתוכנן כיישוב חקלאי באזור עדיפות א' בנגב או בגליל. אם ביקש המתיישב כאמור, תציע לו המינהלה נחלה חלופית מתוך מאגר נחלות המנוהל על ידה, וככל שיחפוץ המתיישב בנחלה המוצעת, תיעשה הקצאתה (על-ידי מינהל מקרקעי ישראל) בהסכמתה של האגודה השיתופית של היישוב שבו נמצאת הנחלה. הקצאת הנחלה תיעשה בלא תשלום ובפטור ממכרז, ובמקרה זה ינוכה מסכום הפיצוי המשולם למתיישב עבור עסקו (שפעל בנחלה) חלק הפיצוי המגיע לו בגין רכיב הקרקע.

(2) הטענות בעתירה

337. כרקע עובדתי לעתירה טוענים העותרים, כי במסגרת המגעים בדבר תוכנית ההתנתקות הציגה לפניה המדינה מצג, שלפיו תועמדה לרשותם, תחת הנחלות המצויות בבעלותם, נחלות חלופיות, וזאת עובר למועד ביצוע הפינני עצמו. לביסוס טענה זו הם מציינים, כי מספר שבועות לאחר שאושר חוק יישום ההתנתקות, הוחלט ב"שולחן התבלינים" – שהינו גוף המורכב מנציגי מגדלי צמחי התבלינים בארץ – על הקמתו של "פרויקט חממות

לגידול תבלינים למפוני גוש קטיף". פרויקט זה נועד לאתר שטחים חלופיים שבהם יוכלו חקלאי גוש קטיף, העוסקים בגידול תבלינים, להמשיך בעיסוקם; ולטענת העותרים, הוא זכה לעידודם, לאישורם ולליוויים, בין היתר, של משרד החקלאות, של מינהלת ההשקעות בחקלאות ושל מינהלת ההתנתקות. העותרים מציינים, כי התקיימו בין הגורמים הללו פגישות רבות בנושא הפרויקט האמור, ואף נערכו על-ידי נציגי החקלאים מספר סיורי שטח בניסיון לאתר חלקות חלופיות מתאימות. חרף מאמצים אלה, נפסלו החלקות שנבדקו מסיבות שונות, ובסופו של דבר לא אושר שטח חלופי שבו יוכלו העותרים לקבל נחלות חדשות.

338. לטענת העותרים, הסדר הפינני הקבוע בחוק, אשר איננו מחייב את המדינה להקצות להם נחלות חלופיות, פוגע פגיעה קשה בחופש העיסוק שלהם, וזאת בשני היבטים. ראשית, אי הקצאה של נחלה חלופית שוללת מהם, הלכה למעשה, את האפשרות להמשיך ולעסוק במקצועם. בהקשר זה הדגישו העותרים, כי הנחלות החקלאיות הן מקור הפרנסה היחיד שלהם ושל בני משפחותיהם, ואין באפשרותם להתפרנס מעיסוק אחר. כן הדגישו, כי אין להם את הידע, המשאבים או היכולת להשיג נחלה חלופית בעצמם, וכי פינניים מהנחלות, ללא הקצאה מיידית של נחלות חלופיות, אינו מותיר להם סיכוי מעשי להמשיך ולעסוק במקצוע היחיד שממנו הם מסוגלים להתפרנס. שנית, הסדר הפינני הקבוע בחוק שולל מהם את האפשרות להמשיך את פעילותם החקלאית-העסקית בצורה רציפה. לטענת העותרים, גם אם תוקצינה להם נחלות חלופיות, יחלוף זמן רב עד לסיום הקמתם מחדש של התשתיות והמתקנים הדרושים להמשך פעילותם החקלאית-עסקית. בזמן זה, שלטענתם עשוי לארוך כשנה עד שלוש שנים, יפסידו העותרים את הרווחים שאותם היו מפיקים מנחלותיהם ואף יאבדו חלק מלקוחותיהם. מכאן טענו העותרים, שגם לו היו מוקצות להם נחלות חלופיות, לא היה בידם, תחת סד הזמנים הקצר שאותו קובע החוק, להמשיך בפעילות חקלאית-עסקית רגילה ורווחית. אף בכך יש, לטענתם, משום פגיעה בעיסוקם. העותרים סבורים, כי מוטלת על הרשויות חובה להעמיד לעובדי אדמה שקרקעותיהם ניטלו מהם קרקע חלופית, ורק במקום בו אין קרקע חלופית כאמור, ניתן להעניק להם פיצוי תחתיה (טענה זו הם מבססים על פרשת בית סוריק). כן טענו העותרים, כי הסיבה האמיתית לכך שנחלות כאמור לא הוקצו להם בפועל נעוצה בשיקולי נוחות וקשיי לוגיסטיקה של המדינה.

339. לטענת העותרים, הפגיעה בחופש העיסוק שלהם הינה פגיעה שלא כדין, באשר אין היא עומדת בתנאי חוק-יסוד: חופש העיסוק. לטענתם, אין המדובר בהגבלה על יכולת העיסוק שלהם, אלא בשלילתו, ומאחר ושלילה של חופש העיסוק יכול שתיעשה רק בדרך של שינוי חוק היסוד – היינו "בחוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת" (סעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) – הרי שלא ניתן היה לעשותה במסגרת חוק יישום ההתנתקות, שאיננו מקיים את התנאים הללו. לחלופין טוענים העותרים, כי אף אם ייקבע כי החוק אך מגביל את חופש העיסוק שלהם (ולא שולל אותו), אזי דינו להתבטל מאחר והוא לא עומד בדרישת פסקת ההתגברות (סעיף 8 לחוק-היסוד) או בתנאי פסקת ההגבלה (סעיף 4) הקבועה בו. העותרים מדגישים, כי מנגנון הפיצוי הקבוע בחוק מנסה להתמודד רק עם אובדן הנכסים הכרוך בפינוי, אך אין בו כדי להתמודד עם הפגיעה הנגרמת לחופש העיסוק שלהם. לאור זאת מבקשים העותרים את ביטולם של מספר סעיפי חוק (סעיפים 22-31, 83, 134, 136 ו-138 לחוק). כן מבקשים הם, שייקבע כי על המדינה מוטלת חובה להעמיד לרשותו של כל אחד מהם, לפני מועד הפינוי, נחלה חקלאית חלופית, הדומה במאפייניה לנחלה החקלאית הנמצאת ברשותו; כי פינניים מנחלותיהם ייעשה רק לאחר הקמתן ופיתוחן של הנחלות החלופיות; וכי המשיבים יפצו אותם בגין מלוא הנזקים, הישירים והעקיפים, שייגרמו להם כתוצאה מהפינוי.

340. לטענת המדינה, אין לחייב אותה להקצות לכל אחד מן החקלאים נחלות חקלאיות חלופיות בתחומי מדינת ישראל, וזאת ממספר טעמים. ראשית, אין מקור בדין הכללי המחייב את המדינה לתת דווקא פיצוי בעין בגין הפינוי. לכך הוסיפה המדינה, כי הפיצוי הניתן לחקלאים לפי החוק גבוה מהפיצוי לו הם היו זכאים לפי הדין הכללי. שנית, החוק עצמו קבע עיקרון כללי של מתן פיצוי כספי – להבדיל מפיצוי בעין – ובקביעה זו אין כל פגם חוקתי. בהקשר זה הודגש, כי ביסוד עיקרון זה עמדה, בין היתר, התפיסה כי ראוי להותיר בידי כל אדם את הבחירה מה לעשות בדמי הפיצויים שיקבל עקב ההתנתקות, מבלי להגבילו לעיסוק שבו עסק קודם לכן. שלישית, מן העובדה שרשויות הממשל הצבאי בחבל עזה הקצו לחקלאים נחלות חקלאיות בתחומי עזה, לא עולה כי אפשרות זו מעשית – פיזית או חוקית – אף בתחומי מדינת ישראל. בהקשר זה הודגש, כי הזכויות שהוקצו בחבל עזה הן זמניות מעצם טיבן, ואין בהן כדי להצמיח זכות לקבלת נחלה חלופית זהה בישראל.

341. לכך מוסיפה המדינה, כי אף אם יוחלט להקצות למי מהחקלאים נחלה חלופית בישראל, הרי שדין בקשת העותרים, לדחות את מועד פינוי הנחלות הקיימות עד להכשרתן של הנחלות החלופיות, להידחות. ראשית, משום שלנוכח לוחות הזמנים שנקבעו לפינוי, דרישה זו אינה ישימה. בהקשר זה חזרה המדינה על טענתה, כי ההחלטה על מועד הפינוי איננה שפיטה. ושנית, משום שדין העתירה בעניין זה להידחות עקב שיהוי כבד בהגשתה: מועד הפינוי נקבע עוד ביום 20.2.2005, אך העותרים הגישו את העתירה רק ביום 26.4.2005. ביחס לבקשת העותרים לביטול סעיפי חוק, ציינה המדינה כי העותרים כלל לא התייחסו לסעדים אלה בגוף העתירה, ולא נימקו מהם הפגמים החוקתיים שנפלו בסעיפים הללו והמצדיקים את ביטולם. באשר לנזק שייגרם לחקלאים בגין המעבר, מודה המדינה, כי אף להערכת משרד החקלאות, תפגע ההתנתקות באפשרותם של החקלאים לגדל את גידוליהם בעונת הגידול הקרובה.

342. באשר לטענות שהעלו העותרים בדבר הפגיעה בחופש העיסוק שלהם טענה המדינה את הטענות הבאות. ראשית, אין הבדל של ממש בין הטענות בדבר פגיעה בקניין לבין הטענות בדבר פגיעה בחופש העיסוק, מאחר והפגיעות כולן נוצרות בגין פינוי היישובים מחבל עזה. הפגיעה בחופש העיסוק היא רק תוצאה נלווית של הפגיעה בקניין, וכל תשובות המדינה באשר לפגיעה בקניין תקפות אף ביחס אליה. שנית – וזה העיקר – המדינה פועלת כדי לאפשר הקצאת נחלות חלופיות לחקלאים המפונים, כך שיש לקוות שחששם של העותרים כי לא יוכלו להמשיך ולעסוק בחקלאות לאחר הפינוי יתבדה. שלישית, הפיצויים המוענקים לחקלאים לפי החוק מפצים אותם על כל הפגיעות הנגרמות להם בגין ההתנתקות, לרבות על הפגיעה במשלח ידם. רביעית, העותרים אינם טוענים כי הייתה להם, עובר להתנתקות, זכות כלשהי לעבד נחלות בישראל. מכאן, שהפגיעה בחופש העיסוק הנגרמת להם בגין ההתנתקות – ככל שזו אכן קיימת – הינה, לכל היותר, פגיעה בחופש העיסוק שלהם לעסוק בחקלאות באזור חבל עזה, ולא פגיעה בחופש העיסוק שלהם להיות חקלאים בישראל (שנותר כפי שהיה עובר להתנתקות). וחמישית, לחקלאים, כמו ליתר בעלי בתי העסק, שמורה הזכות לפנות לוועדת הזכאות או לוועדה המיוחדת בבקשה להגדלת הפיצוי, ככל שהם סבורים כי הפיצוי המגיע להם לפי החוק איננו מספק.

343. יחד עם זאת, הבהירה המדינה – עוד בתגובתה הראשונה לעתירה זו – כי נעשים מצידה ניסיונות לקידום נושא הקצאתן של קרקעות חלופיות לחקלאים. ראשית, משרד החקלאות גיבש – ביחד עם החטיבה להתיישבות, מינהל מקרקעי ישראל והמינהל – מספר תוכניות להעתקת הפעילות החקלאית של מתיישיבי חבל עזה לתחומי מדינת ישראל. במסגרת זאת הוצעו לחקלאים שתי חלופות: התיישבות חקלאית ביישובים שהוקמו בחבל אשכול ("יישובי חלוצית"). לחלופין, אכלוס נחלות קיימות ביישובי הנגב. לדברי המדינה, שתי חלופות אלה נדחו על-ידי המתיישבים, בין היתר בשל רצונם להתגורר עם יתר המפונים באזור ניצנים. לאור זאת, הוצעה לחקלאים חלופה נוספת, שלפיה יוכל כל חקלאי לבחור כרצונו, בנפרד, את מקום מגוריו ואת המקום שאליו יעתיק את פעילותו החקלאית (לא צוין מה הייתה עמדת החקלאים ביחס להצעה זו). שנית, הוצעו לחקלאים מחבל עזה הצעות שונות בנוגע לשטחים חלופיים בדרום הארץ, אך אלה נדחו על-ידם, ככל הנראה בשל רצונם לקבל קרקע באזור אחר. שלישית, הוצעה לחקלאים תוכנית להקצאת קרקע חלופית באחת מן הקרקעות הבאות: 3,500 דונם באזור ניר יצחק; 1,800 דונם באזור נחל עוז; 7,000 דונם באזור מושבי הנגב; ו-700 דונם במבקיעים. לפי תוכנית זו, תממן החטיבה להתיישבות את הכשרת השטח, ואילו החממות ובתי האריזה יוקמו על-ידי החקלאים, באמצעות כספי הפיצויים והמענקים שהם יקבלו לפי החוק, בתוספת התשלומים שיוענקו להם לפי החוק לעידוד השקעות הון בחקלאות, תש"מ"א-1980 (להם הם זכאים, לפי סעיף 70 לחוק יישום ההתנתקות, בנוסף לתשלומים לפי החוק). עם זאת הדגישה המדינה, כי טרם אושרה הקצאתם של השטחים המוזכרים לעיל על-ידי ועדת השרים לענייני התנתקות, וזאת בשל התנגדותם של חלק מחברי הוועדה. כן צוין, כי לשם הכשרת השטח בנחל עוז יידרשו, לפי ההערכה, כשלושה חודשי היערכות (שיחלו ביום החלטת הממשלה על אישור הקצאת הקרקע).

344. עמדתה הראשונית של המדינה (בתגובתה הראשונה לעתירה) היתה, כי הגם שבסעיף 3(ד) לתוספת השניה נקבעה אופציה שלפיה יוכלו בעלי הנחלות החקלאיות לקבל נחלה חלופית בישראל, מתוך מאגר של נחלות שינוהל על-ידי מינהלת ההתנתקות, הרי שבפועל המנגנון הקבוע בסעיף זה איננו ישים. זאת מן הטעם, שאין אפשרות ריאלית להקים מאגר נחלות אמיתי שיוכל לשמש את החקלאים, מהסיבה שהקצאת נחלה מתוכו תחייב ממילא לקבל בעתיד את הסכמתה של האגודה השיתופית הרלוונטית.

345. ואולם, בהשלמת הטיעון (השניה) שהוגשה מצידה, עדכנה המדינה, כי בהתאם להחלטת הממשלה מיום 8.5.2005 (החלטה מס' 3601) – אשר אושרה על ידי היועץ המשפטי לממשלה (ביום 18.5.2005) – ניתנה למינהל מקרקעי ישראל הוראה להקים מאגר נחלות בהתאם למסלול הקבוע בסעיף 3(ד) הני"ל, ומאגר כאמור צפוי להיות מוכן עד ליום 29.5.2005. עוד מסרה המדינה, כי מתקיימים מגעים עם המתיישבים ליישום ההוראה הקבועה בסעיף 85 לחוק, בדבר העתקה קהילתית של קבוצת מתיישבים או אגודה שיתופית. מעבר לזאת מדגישה המדינה, כי בידי כל אחד מן החקלאים המפונים – בדומה לכל אדם אחר המבקש לעסוק בחקלאות בישראל – לפעול עצמאית לאיתור ולרכישת קרקעות בישראל, וזאת במימון כספי הפיצויים והמענקים שהוא יקבל לפי החוק. כן צוין, כי בידי העותרים לקבל מקדמות על חשבון הפיצויים, מה שעשוי לסייע להם ברכישת נחלה חלופית.

(3) דיון

346. בקשתם של העותרים לקבלת חלק מהסעדים המנויים בעתירה – ביטול סעיפים שונים בחוק – אינה מנומקת בגוף העתירה, כפי שטוענת המדינה. מטעם זה, איננו רואים מקום להידרש לבחינת הסעדים הללו. דומה, כי מרכז הכובד בעתירה נעוץ בדרישת החקלאים לפצותם בקרקע; וכטענתם, כי תועמד לרשותם נחלה חלופית בעלת מאפיינים דומים לזו המצויה בידם, וכי עד שתועמד לרשותם נחלה כאמור, שבה יוכלו להקים מחדש את המבנים הנדרשים להמשך עיסוקם החקלאי, הם לא יפוננו מנחלותיהם הנוכחיות.

347. דין טענותיהם החוקתיות של העותרים בעתירה זו, אינו שונה מהטענות שהועלו על-ידי שאר המפונים. לעניין זה אין לנו אלא להפנות לדברים שכבר אמרנו ביחס לחוקתיות הפגיעה הנגרמת על ידי החוק בחופש העיסוק של המפונים (ראו פסקאות 81 ו-195 לעיל). גם לעניין מועד הפינוי, דינם של העותרים בעתירה זו אינו שונה מדינם של אחרים. קיימים שיקולים כבדי משקל התומכים בביצוע ההתנתקות במועד שנקבע לכך, והנוגעים, בעיקרם, לתכליות מדיניות, לאומיות וביטחוניות. בנסיבות אלה, לא נוכל לקבוע כי ביצוע הפינוי במועד

המתוכנן איננו מידתי. מכאן, שדרישת ביצוע הפינוי במועדו היא חוקתית, וזאת אף אם הפיצוי טרם ניתן במועד הפינוי. השאלה היחידה שהינה ייחודית לעתירה דנן, ושבה עלינו להכריע, אינה, אפוא, אם בידי החקלאים עילה המצדיקה שלא לפנותם מנחלותיהם בטרם תוקצה להם נחלה חלופית, כבקשתם; אלא כלום זכאים הם, כטענתם, לקבלת פיצוי בעין, במובן זה שתוקצינה להם נחלות חלופיות תמורת נחלותיהם, חלף פיצוי כספי עבורן.

348. אחת ממטרותיו של חוק יישום ההתנתקות, הינה "העתקת מקומות של קבוצות מתיישבים והעתקת אגודות שיתופיות התיישבותיות למקומות חלופיים, לפי הוראות חוק זה" (סעיף 41(4)). בהתאם לכך קבע החוק שתי הוראות המאפשרות למדינה להקצות למתיישבים, ובכלל זאת לחקלאים שביניהם, נחלות חלופיות: זו הקבועה בסעיף 85 לחוק (ביחס להעתקה קהילתית של קבוצת מתיישבים או אגודה שיתופית), וזו הקבועה בסעיף 3(ד) לתוספת השניה (לעניין הקצאת נחלה חלופית באזור עדיפות א' בנגב או בגליל). לדעתנו, בהתחשב בעובדה כי מנגנון הפיצוי שאומץ בחוק, על כל חלקיו, הוא של פיצוי כספי – להבדיל מפיצוי בעין – מצויה קביעת שתי חלופות אלה ב"מרחב המידתיות" הנתון לשיקול-דעתו של המחוקק, ואין בה כדי להצדיק התערבות בחקיקה.

349. מרבית טענותיהם של העותרים-החקלאים ביחס לאפשרות שתוקצה להם קרקע חלופית, הינן, למעשה, טענות הנוגעות לאופן יישומן – להבדיל משאלת חוקתיותן – של שתי ההוראות האמורות. הסכמי ההעתקה שאליהם רשאית המינהלה להגיע עם המתיישבים, בתנאים הקבועים בסעיף 85 לחוק, נוגעים לשאלת ביצועו של סעיף זה. בדומה, אף הטענות שהעלו העותרים ביחס לאפשרות הפעלתו של סעיף 3(ד) לתוספת השניה, נוגעות להיקף הצעדים בהם נקטה המדינה עד כה כדי לקדם את נושא הקצאת הנחלות החלופיות לפי הוראה זו, ולא לעצם המנגנון שנקבע בה. ואולם, אנו סבורים, כי לא ניתן להכריע בטענות "יישום" אלה במסגרת העתירה דנן. טעם הדבר הוא, שהתשתית העובדתית לבחינתן איננה ברורה, לעת הזו, די הצורך. מן הטיעונים שהועלו לפנינו – הן מצידם של העותרים והן מטעמה של המדינה – לא הוברר מדוע כשלו המגעים בין העותרים לבין המינהלה בעניין הקצאת הקרקעות השונות שהוצעו להם, ומדוע "נפסלו" – ועל ידי מי – חלקות שונות שנדונו במסגרת המגעים האמורים. מתגובת המדינה גם לא ברור מי היו הצדדים האחרים למגעים השונים שנוהלו. בין כך ובין כך, מתגובת המדינה – כמו גם מהשלמת הטיעון שהוגשה על-ידה – עולה כי ננקטים על-ידה צעדים לקידום נושא הקצאת הנחלות החלופיות לחקלאים. ייתכן, אם כן, שיימצא בטווח הנראה לעין פיתרון למצוקתם של העותרים, וחששם כי לא יוכלו להמשיך ולעסוק במקצועם, יתבדה. בהשלמת הטיעון השניה שהוגשה מטעמה הפנתה המדינה לאתר האינטרנט של המינהלה, ואכן כמה ימים לאחר מכן פורסם באתר מאגר נחלות באזור עדיפות לאומית א' בגליל ובנגב. לא למותר לציין, שאף העותרים עצמם עשוים, בפרק זמן זה, לרכוש, באופן עצמאי, נחלה חלופית בכספי הפיצויים שיוענקו להם. עתירתם, הנוגעת ליישום החוק, היא איפוא עתירה מוקדמת. לאור זאת נראה לנו, כי יש לדחות את הטענות החוקתיות שבפי העותרים-החקלאים, תוך שמירת זכותם לעתור לבית-המשפט בעתיד, במידת הצורך, בעניין הסכמי העתקה (או סירוב סופי לערוך הסכמים כאלה), או בנושא הקצאתן של נחלות חלופיות (בהתאם לסעיף 3(ד) לתוספת השנייה) כשהדברים אכן יגיעו לכלל גיבוש.

350. כללם של דברים: הטענות החוקתיות בעתירות החקלאים – נדחות. לעת הזו אין יסוד להתערבותנו בדרישת החקלאים להקצאת חלקות חלופיות. טענות העותרים בנושא זה – שמורות להם.

ט. חוקתיות הפיצוי לעובדים

(1) הסדריו של החוק

351. סוגיית הפיצוי לעובדים המועסקים בשטח המפונה עולה במקצת מן העתירות. לסוגיה זו הוקדש סימן ג' שבפרק ה' לחוק יישום ההתנתקות. לסימן זה שני ראשים עיקריים. האחד עניינו דמי הסתגלות (סעיפים 51-53), והאחר עניינו גמול פרישה (סעיפים 57-58). כמו-כן, כולל הסימן הוראות בדבר הפרשות לקופת גמל לקצבה (סעיף 54) ולקופת גמל לתגמולים (סעיף 58). סעיף 60 עניינו פיצויי פיטורין. סעיף 50 לחוק מחרג מגדרי הזכאות לדמי הסתגלות ולגמול פרישה עובדים מסויימים, סילה

ובעיקר: עובדי מדינה ועובדי הוראה.

352. ההסדר הראשון שנקבע בחוק הוא דמי ההסתגלות. אלה נועדו לסייע לתהליך הסתגלותם של אותם מתיישבים, אשר יאבדו את מקום עבודתם כתוצאה מביצוע ההתנתקות. החוק מגדיר את זהות הזכאים לדמי הסתגלות, את הסכום המשולם לזכאים ואת תקופת הזכאות. לדמי הסתגלות זכאים, לפי סעיף 51 לחוק, "עובד לשעבר" וכן "בעל עסק שמרכז חייו בשטח מפונה". ענייננו כאן ב"עובד לשעבר". זה מוגדר בסעיף 49, ובעיקרו של דבר, נכללים במונח זה שני סוגים של עובדים: סוג אחד – עובד בשטח מפונה, שאחרי היום הקובע התפטר מעבודתו או פוטר ממנה, עקב הפינוי; סוג שני – עובד שמרכז חייו היה בשטח המפונה, אך מעבידו אינו בשטח המפונה (כלומר המעביד לא פעל בשטח המפונה או שפעל בשטח זה אך לא היו בהחזקתו מקרקעין בשטח המפונה ששימשו לפעילותו), שאחרי היום הקובע התפטר או פוטר מעבודתו וזאת בשל העתקת מקום מגוריו עקב הפינוי.

353. סעיף 52 קוצב את התקופה שעבורה זכאי העובד לדמי הסתגלות. תקופה זו נקבעת לפי הוותק שצבר העובד בעבודתו, כשהמפתח הוא זה: עבור כל שנת ותק, זכאי העובד לחודש זכאות, ולכל היותר – לששה חודשי זכאות. בחישוב תקופת הזכאות נוקב החוק במספר כללים מיטיבים: ראשית, החוק מבהיר, כי חלק מחודש ייחשב כחודש שלם. שנית, החוק קובע, ככלל, כי בחישוב הוותק, תילקח התקופה הארוכה מבין אלה: תקופת עבודתו ברציפות אצל מעבידו לשעבר; תקופת עבודתו ברציפות במקום העבודה שבו עבד ביום הקובע; תקופות עבודתו בשטח מפונה או אצל מעביד בשטח מפונה, בתוך תקופה של עשר השנים שקדמו ליום הקובע, ובלבד שכל תקופת עבודתו אצל מעבידו לשעבר עלתה, ביום הקובע, על שישה חודשים. שלישית, החוק מגדיל את תקופת הזכאות לגבי עובדים שמלאו להם 50 שנים לפחות; אלה זכאים לכפל מספר חודשי הזכאות המפורטים לעיל. זכאות כפולה זו מותנית בכך שהעובד אינו זכאי לגמול פרישה, שבו ידובר מיד.

354. מודד נוסף לעניין דמי ההסתגלות הוא הסכום המשולם עבור כל חודש זכאות. בעניין זה עוסק סעיף 53 לחוק, הקובע כי

דמי ההסתגלות לחודש יהיו "בסכום השווה לשכר העבודה החודשי הממוצע של העובד, בחודשים שבהם עבד בתוך 12 החודשים שקדמו ליום הקובע, ובלבד שלא יעלו על סכום השווה לכפל השכר הממוצע במשק ולא יפחתו משכר המינימום לחודש". כלומר, החוק מעניק עבור כל חודש זכאות סכום העולה כדי 100% משכרו החודשי הממוצע של העובד, ובלבד שזה אינו חורג מן הקצוות התחומים על-ידי שכר המינימום וכפל השכר הממוצע במשק. ודוק: הזכאות לדמי ההסתגלות אינה מותנית בכך שהעובד לא השתלב, במהלך תקופת הזכאות, בשוק העבודה. במילים אחרות, מי שזכאי לדמי ההסתגלות, יקבל גם אם במקביל תהא לו הכנסה ממקום עבודה.

355. ההסדר השני שנקבע בחוק יישום ההתנתקות הוא גמול הפרישה. גמול הפרישה, מקום בו העובד זכאי לו, מצטבר לדמי ההסתגלות (אך, כאמור, לא לתשלומי כפל). ביסוד הגדרות

גמול הפרישה מונחת ההנחה, לפיה יש מבין אותם העובדים שגילם מבוגר יותר, שיתקשו להשתלב בשוק העבודה. ויודגש: הזכאות לגמול פרישה אף היא אינה מותנית בכך שהעובד אכן אינו מוצא לעצמו מקור הכנסה. לפיכך, יכול אדם לעבוד ובמקביל לקבל את גמול הפרישה המגיע לו לפי החוק. על-מנת שיהא עובד זכאי לגמול פרישה, עליו לקיים את דרישות הזכאות לדמי ההסתגלות, ובנוסף לכך, צריך שגילו יהא 55 שנים לפחות ושבתקופת ארבע השנים שקדמו ליום הקובע מרכז חייו היה בשטח מפונה והוא עבד 36 חודשים לפחות בשטח מפונה או אצל מעביד בשטח מפונה. גמול הפרישה משולם עד

לגיל פרישת חובה (כהגדרתו בחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004), והסכום החודשי עומד על

60% מדמי ההסתגלות שהזכאי קיבל, אולם לא יותר מ-70% מהשכר הממוצע במשק ולא פחות משכר המינימום לחודש.

356. הסדר שלישי בחוק יישום ההתנתקות עניינו תשלומים לקופות גמל. נקבע כי עובד שמעבידו הפריש עבורו לקופת גמל לקצבה, והוא זכאי לדמי ההסתגלות, רשאי לבקש שהמדינה תשלם לאותו חשבון בקופת הגמל, בעד תקופת ההסתגלות, ובלבד שהעובד מפריש גם הוא את הסכום שהיה עליו לשלם לקופת הגמל ואינו מושך את הכספים שנצברו לזכותו (סעיף 54). בדומה, מי שזכאי לגמול פרישה, רשאי לבקש כי המדינה תשלם עבורו לקופת גמל לתגמולים לפי בחירתו, סכום בשיעור 5% מהגמול, בעד תקופת הזכאות לגמול, ובלבד שהזכאי משלם גם הוא לקופת הגמל (סעיף 58).

357. לא ביקשנו למצות כאן את כל סעיפי ההסדר ותתי סעיפיו; הבאנו את עיקרי ההוראות שעליהן נסובו השגותיהם של העותרים. נקודת המוצא של ההסדר היא, שיישום תוכנית ההתנתקות יביא לכך שחלק מהמתיישבים השכירים – הן כאלה העובדים בתחומי השטח המפונה והן כאלה העובדים מחוץ לשטח המפונה – ייאלצו לעזוב את מקום עבודתם. זאת, בשל סגירת מקומות עבודה בתוך השטח המפונה, ובשל חוסר אפשרות להתמיד במקומות עבודה עקב העתקת מקום המגורים. המדינה מבהירה, כי עובדים אלה יהיו זכאים, בהתאם להוראות הדין הכללי, לדמי אבטלה, לפיצויי פיטורין ולזכויות הנוספות, שתכליתם סיוע לאנשים שאיבדו את מקום עבודתם. סעיף 60 לחוק אף קובע, כי לעניין חוק פיצויי פיטורין, יראו התפטרות של עובד ממקום עבודתו בשל העתקת מקום מגוריו עקב הפינוי – כפיטורין. עם זאת, החוק מבקש ליתן סיוע נוסף למתיישבים שימצאו עצמם בלא מקום עבודה עקב תכנית ההתנתקות. ההסדר חותר, בראש ובראשונה, להעניק לאותם מתיישבים "מרווח נשימה", כלומר פרק זמן שבו יוכלו לתור אחר עבודה בלא להיוותר מחוסרי-הכנסה. לשם כך נועדו דמי ההסתגלות. הסדר זה מקנה דמי ההסתגלות בסכום השווה לשכר החודשי הממוצע של העובד (תוך קביעת תקרה של כפל השכר הממוצע במשק), ובכך מקבע, למעשה, את רמת ההכנסה למשך תקופת אבטלה מסוימת, עד שתימצא עבודה חלופית. לאור הסברה שעובדים מבוגרים יותר יתקשו יותר להשתלב בשוק העבודה, מכפיל החוק את תקופת הזכאות לגבי עובדים שגילם מעל 50 שנים (ובלבד שאינם זכאים לגמול פרישה). סברה זו היא גם

העומדת ביסוד הסדר גמול הפרישה. החוק קובע את הגיל 55 שנים כגיל שבו, בהתקיים תנאים מסוימים, זכאי העובד לגמול פרישה, עד גיל הפרישה המנדטורי הקבוע בדין. גמול זה מתווסף לדמי ההסתגלות שהעובד זכאי להם, אולם הוא שולל את הזכאות לכפל דמי ההסתגלות. כאמור, אך מקצת מן העתירות מעוררות שאלות בנוגע לסוגיית הפיצויים לעובדים; וגם במסגרת אותן עתירות, הטענות בעניין זה אינן מצויות בליבה. בצדק נהגו כך העותרים, שכן קשה למצוא עילה להתערבות בית משפט זה בהסדר שנקבע בחוק, בסוגיה זו. עם זאת, בסוגיה אחת – סוגיית "השנה האבודה" – מצאנו גם בהקשר הנדון כי אין מנוס מהתערבות בדבר החקיקה.

(2) טענות העותרים

358. ההשגות העיקריות כנגד ההסדר ביחס לפיצויים לעובדים הן אלה: נטען, כי אובדן מקומות עבודה, בעקבות תהליך ההתנתקות, הוא בבחינת פגיעה בחופש העיסוק של העובדים. פגיעה זו – כך נכתב – מתעצמת לנוכח פרק הזמן הקצר שנקצב ליישום ההתנתקות. לפי הטענה, הפיצוי המשולם למתיישבים שיאבדו את מקום עבודתם איננו הולם, איננו ראוי ואיננו מידתי, הכל בהתחשב בקושי למצוא מקור פרנסה חדש במציאות התעסוקתית דהיום. כך, הגבלת דמי ההסתגלות לתקופה שבין חודש אחד לששה חודשים – מעמידה את הסכום על רף נמוך מדי. תוצאה דומה נובעת מהצבת התקרה של כפל השכר הממוצע במשק. טענה נוספת לגבי דמי ההסתגלות היא כי אין לתחום את מניין הוותק ב"היום הקובע". אשר לגמול הפרישה, הועלתה הטענה כי יש להוריד את רף הזכאות ולהעמידו על גיל 50 שנים. טענה נוספת היא, שנוכחות המתיישבים באזור המיועד לפינוי היא פועל יוצא של מדיניות ממשלות ישראל; הן שעודדו את המתיישבים לאיש את חבל עזה ואת צפון השומרון, הן שהבטיחו כי המצב יישאר כמות שהוא וכי אזורים אלה לא יפנו (למצער כל עוד אין הסדר קבוע עם הרשות הפלסטינית). עתה מופרות ההבטחות, וזהו מהלך רשלני הגורם נזק למתיישבים. יש, אפוא, ליתן למתיישבים פיצוי מלא על כך, ובכלל זה, על "אובדן יכולת ההשתכרות". עוד נטען, כי ההסדר הקבוע בחוק אינו עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק החלוקתי, והוא מפלה לרעה את העובדים אל מול עובדי המדינה; לגבי אלה האחרונים, כך נטען, הושגו בזמנים שונים (למשל בתקופת פינוי סיני) הסדרים עדיפים, וכמו כן המדינה חותרת לשיבוץ מחדש שלהם במקום עבודה חלופי. הפליה נוספת, לפי הנטען, היא אל מול ההטבות שקיבלו סקטורים שונים במסגרת הליכי הפרטה. טענות במישור אחר נשמעו מנקודת המבט של המעבידים. אלה הלינו על כך שהמדינה אינה נושאת בתשלום פיצויי הפיטורין לעובדים, ועל הפליה בין עובדים תושבי השטח המפונה לבין עובדים שאינם תושבי השטח המפונה.

(3) בחינת הסדרי הפיצוי לעובדים

359. טענות העותרים, בעניין הפיצויים לעובדים, אינן מקימות עילה להתערבות בהסדר שנקבע בחוק, למעט, כאמור, בעניין "השנה האבודה". נקדים ונאמר, כי הטענה הכללית באשר לפרק הזמן הקצר שנקצב ליישום ההתנתקות, תידון בהרחבה בהמשך, ולא נקדים את המאוחר. נדגיש, עם זאת, כי הסדרים שונים שנקבעו בחוק, ובכלל זה ההסדר בנוגע לדמי ההסתגלות, תכליתם היא לצמצם את הפגיעה הטמונה ביישום המהיר של תהליך ההתנתקות. יש בהם, בהסדרים אלה, כדי ליתן "אורך נשימה" נוסף למתיישבים ולמתן את השלכות הפינוי והמעבר לסביבת מגורים ועבודה אחרת.

360. כאמור, אין מחלוקת כי יישום תוכנית ההתנתקות צפוי להביא לכך שעובדים יאבדו את מקום עבודתם הנוכחי – בין שמקום העבודה מצוי בשטח המיועד לפינוי ובין שלא. כפי שכבר צוין, הואיל ופגיעה זו – והמנגנונים שנועדו למתנה – מעוגנת בחוק, הרי שעל-מנת לפתוח פתח לביקורת שיפוטית על החוק, נדרשים העותרים, כשלב ראשון בהליך הבחינה החוקתי, להצביע על פגיעה בזכות חוקתית המעוגנת ומוגנת בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. העותרים טוענים, במסגרת העתירות השונות, לפגיעה בשורה של זכויות חוקתיות. עמדנו על כך שזכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד חלות על המתיישבים הישראלים בשטח המפונה (ראו פסקה 80 לעיל). עמדנו גם על כך, שחוק יישום ההתנתקות פוגע בזכויות אדם שבחוק היסוד – כבוד האדם, החירות, הקניין וחופש העיסוק. עם זאת, מתעוררת השאלה האם ניתן להחיל את ההגנה החוקתית גם לעניין הזכות למקום העבודה ולפיצוי בגין אובדן מקום עבודה. כך, למשל, שאלה היא, האם הזכות החוקתית לחופש עיסוק כוללת גם את זכותו של העובד להיות מועסק, להבדיל מהזכות להעסיק או שלא להעסיק (לדעה השוללת את הכללת הזכות לעבוד והזכות שלא להיות מפוטר במסגרת חופש העיסוק, ראו א' ברק, "החוקה הכלכלית של ישראל", משפט וממשל ד 367 (תשנ"ה)). בענייננו לא לובנה שאלה זו – לא בטענות העותרים ואף לא בטענות המדינה. המדינה אינה מבקשת לייחד את עניינם של העובדים מעניינים אחרים, בכל הקשור להיקף הפריסה של הזכויות המוגנות בחוקי היסוד. נכונים אנו אפוא להניח, כי החוק פוגע בזכויות חוקתיות מוגנות של העובדים, ככאלה, וכי מתקיים, לפיכך, התנאי המקדמי לקיום בחינה חוקתית של ההסדר הקבוע בסימן ג'. כך נניח גם לגבי הפגיעה בקניינם של העובדים ואולי אף לעניין הפגיעה בכבוד האדם.

361. המדינה גורסת כי היא אינה מחויבת לפצות עובדים הנפגעים, באורח עקיף, ממימוש מדיניות ממשלתית. אין לנו צורך להרחיב באשר לטענה זו, שכן חרף הטענה, קבע המחוקק – בהיותו מודע לקושי הכרוך באובדן מקומות עבודה של ציבור גדול – הסדר מפורט, שתכליתו מתן סיוע לעובדים בתקופת הביניים שעד למציאת

מקום עבודה חלופי; זאת ועוד, מקום בו ההנחה היא כי מקום עבודה כזה עלול שלא להימצא, עקב גילו המאוחר של העובד – נקבע בחוק מנגנון של גמול פרישה, עד לגיל הפרישה. טענות העותרים כנגד הסדר זה מכוונות בעיקר כנגד המודדים לקביעת הפיצוי וכנגד מעמדם של העובדים לעומת מעמדם של עובדי מדינה וסקטורים נוספים.

362. הטענות בנוגע לאמות המידה שנקבעו בחוק התחומות את הזכאות לפיצוי עניינן, בעיקר, מידתיותו של ההסדר הקבוע בחוק. מבחינה המשנה המרכיבים את רכיב המידתיות שבפסקת ההגבלה תוארו לעיל (ראו פסקאות 66-67 לעיל). אין ספק שסימן ג' תכליתו להיטיב עם העובדים ולהגן על זכויותיהם, על-מנת למזער את הפגיעה הכרוכה בפינוי. סימן זה אכן מקנה לעובדים-המתיישבים זכויות שהן מעבר לזכויות העומדות ברגיל למי שאיבד את מקום עבודתו – אף אם ארע הדבר עקב יישום מדיניות ממשלתית זו או אחרת. אלא שהעותרים טוענים כי ההסדר אינו עושה די. לשיטתם, ניתן וראוי להעניק להם זכויות נרחבות יותר. רק כך, לדעתם, יהא ההסדר הוגן ומידתי. ודוק: יש מבין העותרים, הגורסים כי עומדות להם עילות חוזיות וזיקיות מול המדינה. לדעתם, תעמוד להם הזכות להגיש בעניין זה תביעות נפרדות. במסגרת העתירות שבפנינו, עלינו לבחון האם נפל פגם חוקתי בהסדר המיוחד הקבוע בחוק יישום ההתנתקות. בעיקרו של דבר, העותרים אינם מציעים, בהקשר זה, הסדר חלופי שונה במהותו, אלא מבקשים הם להרים את רף הזכאות בדרך של הגדלת תקופת הזכאות וביטול תקרת השכר (בהקשר של דמי ההסתגלות), ובדרך של הורדת גיל הזכאות וקיצור תקופת הוותק (בהקשר של גמול הפרישה). במילים אחרות, העותרים מבקשים להסיט את גבול הזכאות ולהעמידו במקום אחר מזה שהמחוקק בחר בו.

363. למותר לציין, כי בכגון דא מסור למחוקק שיקול דעת רחב ביותר. במיוחד כך, לאור העובדה שההסדר הינו בעל מאפיינים מדיניים, סוציאליים, כלכליים ואחרים. השאלה שבית המשפט נדרש לה איננה מהו הפתרון האופטימאלי שניתן היה לקבוע במסגרת החוק – ממילא זוהי שאלה צופה פני עתיד, שלרוב קשה ואף בלתי-אפשרי להשיב לה. השאלה היחידה היא האם ההסדר סוטה מאמות המידה החוקתיות, או שמא מצוי הוא בתוך מתחם החוקתיות הרחב המוקנה למחוקק בכלל, ובסוגיות כגון אלה שבפנינו בפרט. אכן, למחוקק נתון "מרחב תימרון חקיקתי", שרק סטייה משמעותית וברורה ממנו תצדיק את התערבותו של בית המשפט.

364. לא מצאנו בטענות העותרים עילה מספקת לקבוע, כי ההסדר כפי שנקבע על-ידי הרשות המחוקקת, לאחר בדיקות רבות, דיונים, שינויים ותיקונים, מחייב התערבות של בית המשפט בדרך של שינוי המודדים שנקבעו. אין מקום, במקרה זה, לכך שבית המשפט יקבע מודדים אחרים מאלה שקבע המחוקק – כך ביחס למספר חודשי הזכאות לדמי ההסתגלות ולתקרת סכום הזכאות, וכך ביחס לגיל שבו קמה זכאות לגמול פרישה וליתר התנאים בהקשר זה. נשוב ונזכיר, כי ההסדר הקבוע בחוק אינו עומד לבדו. הוא מתווסף לזכויות המוקנות לעובדים לפי הדין הכללי. אף המדינה עומדת על כך, שהכללים הקיימים בדין למתן הכנסה חלופית בתקופת אבטלה – קרי: פיצויי פיטורין ודמי אבטלה – נותרים על כנם, ומכל מקום מסקנה זו אינה יכולה להיות שנויה במחלוקת עתה, משנקבע כי סעיף "ייחוד העילה" אינו יכול לעמוד.

365. הנה כי כן, בצד הדין הכללי מקנה חוק יישום ההתנתקות למתיישבים שיאבדו את מקום עבודתם כר סוציאלי רחב יותר על-מנת להקל על השתלבותם בשוק העבודה. לגבי עובדים בגיל מבוגר יותר, הוכר הצורך בסיוע משמעותי יותר, וצורך זה בא לידי ביטוי הן בתקופת הזכאות לדמי ההסתגלות – לעובדים שגילם למעלה מ-50 שנים – והן בגמול הפרישה – לעובדים שגילם למעלה מ-55 שנים (יצוין, כי בהצעת החוק נקבע שהגיל המקנה זכאות לגמול פרישה הוא 57 שנים, אך כאמור, בחוק שהתקבל הועמד גיל הזכאות על 55 שנים ומעלה. ראו הצעת חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2004, ה"ח התשס"ה, עמ' 2, 26). דרישת הוותק של ארבע שנות מגורים ועבודה באזור המפונה, כתנאי לקבלת גמול הפרישה, באה להצביע על יציבות והמשכיות, ואין עילה להתערב גם באמת מידה זו שקבע המחוקק.

366. עם זאת, כאמור לעיל, ההוראה לפיה דמי ההסתגלות מחושבים בהתאם למספר חודשי הוותק של הזכאי שהיו "לפני היום הקובע" – מוקשית. הדברים שנאמרו לעיל, בהקשר של הפיצוי בגין בית מגורים, לגבי הגבלת צבירת הוותק באמצעות "היום הקובע" – יפים גם לכאן. ההתעלמות מן "השנה האבודה" – שלילת תקופת הוותק שלאחר היום הקובע, ממי שקמה לו מכוח החוק זכאות לדמי ההסתגלות – היא בבחינת אמצעי בלתי-מידתי, וככזה בלתי-חוקתי. לפיכך, ראוי הוא להתבטל.

(4) טענות ההפליה

367. אשר לטענת ההפליה – הטענה היא כפולה: העובדים מלינים על כך שהם מופלים לרעה לעומת עובדי המדינה וכי ההסדר המוצע להם מפלה אותם לרעה בהשוואה להסדר שנכלל בחוק מפוני סיני ולהסדרים אחרים. טענות אלה אינן מבססות, בנסיבות המקרה, טעם מספיק לביטול או לשינוי הוראות החוק. ככל שמדובר בהשוואת מעמדם של המתיישבים למעמדם של סקטורים אחרים – בהווה ובעבר (כגון המפונים מסיני או, להבדיל, עובדים של מקומות עבודה שהופרטו) – לא מצאנו כי הונחה תשתית ליצירת מתאם בין ההסדרים השונים. הטענות בעניין זה הן כלליות ועל פניהם מדובר בעניינים שונים שזכו, כל אחד מהם, לטיפול ייחודי

ההולם את הצרכים, את היכולות ואת הנסיבות האופפות אותו. גם הטענות בדבר הפלייה ביחס לעובדי המדינה, אינן מקימות עילה להתערבות בדבר החקיקה. סעיף 50 לחוק יישום ההתנתקות מחריג מגדר הזכאות לדמי הסתגלות ולגמול פרישה את עובדי המדינה, עובדי ההוראה ועובדים נוספים המנויים בסעיף. וכך הוסבר הדבר בדברי ההסבר:

"מוצע לקבוע כי דמי ההסתגלות ודמי פרישה לפי הסימן המוצע, לא יינתנו לעובדים שחלים עליהם הסכמים קיימים המסדירים את זכויותיהם במצב של פינוי, דהיינו, ההסכם הקיבוצי מיום 25.7.80 שבין ממשלת ישראל לבין ההסתדרות הכללית (פינוי סיני) או ההסכם הקיבוצי מיום 31.12.93 שבין ממשלת ישראל לבין ההסתדרות הכללית והסתדרות עובדי המדינה (פינוי אזורים בחבל עזה).

כמו כן יש כוונה לערוך הסכם לגבי עובדי המדינה ולגבי עובדי הוראה, שהטבות לפי סימן זה אינן מתאימות לתנאי העסקתם..." (עמ' 23 להצעת החוק).

המדינה טוענת, ובצדק, כי כמעביד מוטלות עליה חובות שונות כלפי עובדיה-שלה, ולפיכך מוצדקת החרגת ההסדר בעניינם מן ההסדר הכללי; מה גם שלגבי עובדיה-שלה נתונה למדינה, תכופות, האפשרות לשבצם מחדש במסגרת שירות המדינה – אפשרות שאינה קיימת ביחס למתיישבים שאינם עובדי-מדינה.

(5) פיצויי הפיטורין

368. יש להתייחס לעניין נוסף המשיק לנושא הפיצויים לבעלי העסקים. הועלתה טענה לפיה אין מקום לחייב את המעבידים לשאת בתשלום פיצויי הפיטורין לעובדים, שאלמלא ההתנתקות לא היו עוזבים את מקום עבודתם. על-פי הטענה, הטלת החובה על המעביד לשלם את פיצויי הפיטורין של עובדיו, פוגעת בזכות הקניין שלו וכן בזכות לשוויון מול מפוני סיני, שלגביהם נקבע כי המדינה תישא בתשלום פיצויי פיטורין לעובדים בשל המעבר.

369. לא נרחיב כאן בנוגע לטענה הכללית בדבר הפליה אל מול מפוני סיני. כאמור, ישנו קושי רב בעריכת השוואה כזו, בין שני הסדרים שנועדו בתקופות שונות על רקע נסיבות נבדלות. בהקשר הספציפי, מפנים העותרים לחוק פיצויי מפוני סיני, סעיף 40(ג) לתוספת ז', הקובע כי "שילם בעל עסק, עקב פינוי מהאזור, פיצויי פיטורין המגיעים לעובד לפי דין, הסכם או נוהג, הם יוחזרו לו מאת המדינה על סמך ראיות מתאימות, בהצמדה למדד, בתנאי שלא חלה עליו חובה לפי דין או לפי הסכם להפריש סכומים לקרן מיוחדת בשל פיצויי פיטורין לעובדיו" (ראו גם סעיף-קטן (ד)). לעניין סעיף זה יש לציין, כי הסיפא נכונה גם היום: מקום בו הפריש המעביד סכומים לצורך פיצויי פיטורין, ישמשו סכומים אלה לצורך זה, והמדינה אינה נושאת בתשלום זה – כאז כן היום. אולם אף בהיעדר הפרשות כאלה – כך מבהירה המדינה – סכום פיצויי הפיטורין מגולם, למעשה, בפיצויים המשולמים לבעלי העסקים. סוגיית פיצויים אחרונים אלה נדונה במקום אחר, ולענייננו נזכיר רק, כי אחד המסלולים לקביעת הפיצוי בגין עסקים הוא המסלול הפיננסי, הנשען על נתונים ספציפיים הנוגעים לנכס, העולים מדוחותיו הכספיים, ובכלל זה, הרווח התפעולי שלו. רווח זה, מצדו, הוא גבוה יותר מקום בו לא נעשו במשך השנים הפרשות לצורך פיצויי פיטורין, וממילא – גם הפיצוי גבוה יותר.

370. הבחירה שלא להוציא מידי המעבידים את החבות לשלם פיצויי פיטורין לעובדים, אף מתיישבת עם הוראות הדין הכללי. כך גם הבחירה לסווג את ההתפטרות עקב העתקת מקום מגורים בשל הפינוי כפיטורין לצורך חוק פיצויי פיטורין. חוק אחרון זה מונה שורה של נסיבות שבהתקיימן, התפטרותו של עובד נחשבת כפיטורין לצורך תשלום פיצויי פיטורין. נסיבות אלה אינן בהכרח קשורות במעביד ואינן בהכרח פועל יוצא של רצונו בפיטורי העובד. בין הנסיבות שבהתקיימן נחשבת התפטרות של עובד כפיטורין לצורך חוק פיצויי פיטורין, ניתן להזכיר את ההתפטרות לרגל העתקת מקום מגורים:

התפטרות לרגל העתקת מקורים

8. לענין חוק זה יראו כפיטורים התפטרות של עובד עקב העתקת מקום מגוריו –

(1) לרגל נישואיו – לישוב בישראל בו היה גר בן-זוגו, בתנאים שנקבעו בתקנות באישור ועדת העבודה של הכנסת;

(2) לישוב חקלאי – מישוב שאינו ישוב חקלאי, או לישוב באזור פיתוח מישוב שאינו באזור פיתוח, בתנאים שנקבעו בתקנות באישור ועדת העבודה של הכנסת או מישוב שאינו עיר פיתוח כמשמעותה בחוק ערי ואזורי פיתוח, התשמ"ח-1988, לעיר פיתוח לענין סעיף 9 לחוק האמור, ובלבד שהוכיח כי הוא תושב, כהגדרתו בחוק האמור, בעיר הפיתוח; לענין פסקה זו ישוב חקלאי או ישוב באזור פיתוח – ישוב שנמנה עם סוגי ישובים שנקבעו בתקנות באישור ועדת העבודה של הכנסת כישובים חקלאיים או ישובים באזור פיתוח, הכל לפי הענין;

(3) מחמת סיבות אחרות שנקבעו בתקנות, באישור ועדת העבודה של הכנסת, כסיבות המצדיקות את העתקת מקום מגוריו של העובד.

וכן את הסעיף הקובע כי :

התפטרות אחרת שדינה כפיטורים

11. (א) התפטר עובד מחמת הרעה מוחשית בתנאי העבודה, או מחמת נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו, רואים את ההתפטרות לענין חוק זה כפיטורים.

חוק יישום ההתנתקות קובע כי העתקת מקום עבודה של עובד עקב הפינוי היא נסיבה נוספת ההופכת התפטרות לפיטורים. אנו סבורים כי הסדר זה, והותרת חבותו של המעביד לשאת בתשלום פיצויי הפיטורין לעובדיו בעינה, עולה בקנה אחד עם דיני העבודה המקובלים אצלנו, מה גם שכאמור, הפיצויים המשולמים למעסיקים משקפים, ולו בעקיפין, גם חבות זו. מכל מקום, אין עילה להתערב בהכרעתו של החוק בעניין זה.

371. ראוי להוסיף כאן מספר מילים לגבי חוק פיצויי פיטורים. שאלת תחולתם של דיני העבודה הישראליים על העובדים בשטח המפונה – שאלה מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי – לא התבררה בפנינו. עם זאת, המדינה הטעימה בתגובתה, כי בנושא חוק פיצויי פיטורים ובנושא דמי האבטלה, חל לגבי המתיישבים הדין הישראלי, והוא בבחינת "הנדבך הראשון אף להתמודדותו של מפונה הנאלץ להפסיק את עבודתו בעקבות הפינוי...". זאת ועוד, חוק יישום ההתנתקות (סעיף 60) מניח את תחולתו של חוק פיצויי פיטורים על עניינם של המתיישבים; מכל מקום: חוק יישום ההתנתקות, הוא עצמו, מחיל את החוק על עניין זה. שהרי, סעיף 60 קובע, כאמור, כי "לענין חוק פיצויי פיטורין, יראו כפיטורין התפטרות של עובד בשל העתקת מקום מגוריו...". חוק יישום ההתנתקות מבקש, כאמור, להרחיב את מעגל ה"מפוטרים" לצורך חוק פיצויי פיטורים, בדרך של הכללת מי שהתפטר מעבודתו בשל העתקת מקום מגוריו עקב הפינוי במעגל זה. מכאן נובע, שטבועה בחוק יישום ההתנתקות הנחה, או קביעה סטטוטורית, כי חוק פיצויי פיטורים אמנם חל על אותם מתיישבים-עובדים. כפי שהובהר לעיל, לענין התפטרות לרגל העתקת מקום מגורים, קובע חוק פיצויי פיטורים נסיבות שונות, שבהן ייחשב המתפטר למפוטר (סעיף 8 לחוק פיצויי פיטורים). מדובר במקרים של העתקת מקום מגורים עקב סיבות כאלה ואחרות, כגון נישואין, מעבר ליישוב חקלאי ועוד (ראו גם תקנות פיצויי פיטורים (חישוב הפיצויים), והתפטרות שרואים אותה כפיטורים), תשכ"ד-1964, תקנה 12). סעיף 60 לחוק יישום ההתנתקות מוסיף אפוא וקובע כי גם העתקת מקום מגורים בשל ההתנתקות היא גורם ההופך התפטרות לפיטורין.

372. ומי בזכאים לפי סעיף 60? מדובר בעובד שהתגורר בשטח המפונה ביום הקובע, עבד אצל מעביד והתפטר מעבודתו בשל העתקת מקום מגוריו עקב הפינוי. החוק מבחין בין מי שעבד בשטח המפונה לבין מי שעבד מחוץ לאותו שטח; לגבי זה האחרון, נדרש כי המרחק בין מקום המגורים החדש לבין מקום עבודתו עולה על 40 ק"מ וכן עולה על המרחק שבין מקום המגורים בשטח המפונה לבין מקום עבודתו ביום ההתפטרות. אולם, אין החוק חל על מי שמקום מגוריו לא היה בשטח המפונה, אף אם עבד בשטח המפונה ואף שמקום עבודתו פוסק מלהתקיים. לגבי עובד כזה לא קמה, אפוא, זכאות לפי סעיף 60. מכאן הטענה כי החוק מפלה בין עובדים שהם תושבי השטח המפונה לבין עובדים שאינם מתגוררים בשטח המפונה, לענין הזכאות הנובעת מפינוי מקום העבודה. טענה זו ראוי לה שתתברר, אלא שבפנינו היא לא לובנה די הצורך; הטענה בעניין זה הועלתה, כטענה כללית ביותר, על-ידי העותרת 2 בבג"ץ 2703/05 ולא על-ידי עובדים המיועדים להיפגע מן ההסדר. המדינה עצמה לא השמיעה עמדה בעניין זה. בנסיבות אלה כולן לא קם בסיס, היום, לבחינת קביעתו של המחוקק. אולם, כיוון שהכרזנו על בטלותו של "דין הוותיק" הוסר המחסום מפני העלאת הטענה הזו, כאחרות, על ידי מי שישמוך יהבו על הדין הכללי.

(6) כללם של דברים

373. מנגנון הפיצוי לעובדים, שנקבע בחוק יישום ההתנתקות, מטרתו העיקרית היא להקל על אותם מתיישבים שכירים, שייאלצו לעזוב את מקום עבודתם בשל הפינוי. פיצוי זה מתווסף להוראות הדין הכללי והוא מקנה "כרית ביטחון" לתקופת הביניים שעד למציאת עבודה או – כאשר מדובר בעובדים מבוגרים יותר – עד גיל הפרישה. בהסדר זה, ככלל, לא מצאנו עילה חוקתית להתערב; זאת למעט עניין הגבלת צבירת הוותק ביחס לדמי ההסתגלות באמצעות "היום הקובע". בעניין אחרון זה אנו קובעים כי מדובר באמצעי בלתי-מידתי.

י. ההיבט המינהלי

(1) טענות בעניין חוקיות החלטת הממשלה וצווי הפינוי

374. בדברינו עד כה עמדנו על סוגיית החוקתיות של חוק יישום ההתנתקות, ובחנו אם עומד הוא החוק במיבחינים המוצבים בחוקי היסוד. בהמשך לטענות חוקה אלו, מעלים מיקצת מן העותרים טענות הנסבות על החלטות וצווים שנעשו מכוחו של חוק יישום ההתנתקות, ובראשן – החלטות וצווים שנעשו על-פי הוראת סעיף

22 שבו. להזכירנו, חוק יישום ההתנתקות נתקבל בכנסת ביום 16.2.2005, פורסם ביום 18.2.2005, ובהוראת סעיף 22 בו הוסמכו ראש הממשלה ושר הביטחון לקבוע, בצו, את השטחים שיפונו, ולגבי כל שטח – את יום פינויו. כן הוסמך ראש הממשלה לקבוע בצו, בהתייעצות עם שר הביטחון והשר לביטחון פנים, יום שממנו ואילך תוגבל הכניסה לשטחים המיועדים לפינוי. וכלשונו של סעיף 22 גופו:

צווים בדבר פינוי והגבלת כניסה

22. (א) לאחר שהממשלה תחליט על פינויה של כל אחת מקבוצות היישובים כאמור בסעיף 2(א)2(2) לנספח א' של החלטת הממשלה מס' 1996, מיום י"ז בסיון התשס"ד (6 ביוני 2004), יקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון, בצו, את השטחים שיפונו, ולגבי כל שטח – את יום פינויו; יום הפינוי שייקבע בצו יהיה בתום חמישה חודשים לפחות מיום פרסומו, אלא אם כן שוכנעה הממשלה שטעמים חיוניים מצדיקים קביעת יום פינוי קרוב יותר; צו הקובע יום פינוי קרוב יותר טעון אישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; צו שהוצא לפי סעיף קטן זה יונח על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת לידיעתה.

(ב) ראש הממשלה רשאי לקבוע, בצו, בהתייעצות עם שר הביטחון והשר לביטחון הפנים, יום שממנו ואילך תוגבל הכניסה לשטח שניתן לגביו צו לפי סעיף קטן (א).

375. כסמכותה בהוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות, החליטה הממשלה ביום 20.2.2005 החלטה (מספר 3281) שכותרתה היא "תוכנית ההתנתקות המתוקנת – פינוי יישובים ושטחים". החלטה זו עניינה פינויים של חבל עזה ושל שטח מסויים בצפון השומרון (כמתואר במפה שבתוספת הראשונה לחוק). בהמשך לאותה החלטה, ובתוקף סמכותם לפי סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות, ציוו ראש הממשלה ושר הביטחון שני צווים: האחד לחבל עזה, וכשמו: צו יישום תוכנית ההתנתקות (חבל עזה), התשס"ה-2005, והאחר לצפון השומרון, וכשמו: צו יישום תוכנית ההתנתקות (צפון השומרון), התשס"ה-2005. שני צווים אלה – צווי הפינוי – נחתמו ביום 20.2.2005, יום החלטת הממשלה, פורסמו בו-ביום, וקובעים הם כי יפונה כל שטח חבל עזה ושטח בצפון השומרון כמפורט במפה שבתוספת לצו צפון השומרון. פינוי שני השטחים נקבע ליום י"ג בתמוז תשס"ה, 20 ביולי 2005, חמישה חודשים בדיוק מיום פירסום הצווים. צווי הפינוי עמדו בתוקף כמתכונתם המקורית עד אשר ביום 19 במאי 2005 – ובעוד העתירות תלויות ועומדות לפיננו – חתמו ראש הממשלה ושר הביטחון על צווים מתקנים ולפיהם נדחה יום הפינוי ליום י' באב תשס"ה, 15 באוגוסט 2005. הצווים המתקנים פורסמו בקה"ת ליום 24.5.2005, בעמ' 652.

376. טענות העותרים בנושא החלטת הממשלה וצווי הפינוי נחלקות לארבעה ראשי-טענות עיקריים, ואלה הם: אחד, צווי הפינוי צוו שלא כחוק הואיל ובעת שצוו לא היה להם מקור תקציב מתאים כנדרש בחוק. שניים, צווי הפינוי – אשר הוצאו, כאמור, מכוחו של סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות – צוו שלא כחוק הואיל ולא נתקיים כהילכתו המנגנון שנקבע בהוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות להוצאתם של צווים אלה. שלושה, החלטת הממשלה שקדמה לציוויים של צווי הפינוי, וכמותה הצווים עצמם, נעדרים תוקף חוקי שכן הממשלה, ראש הממשלה ושר הביטחון לא שמעו – עובר לקבלת החלטה על ההתנתקות והחתימה על צווי הפינוי – את טענות המתיישבים שזכויותיהם תיפגענה מן ההתנתקות. ארבעה, צווי הפינוי נעדרים תוקף חוקי שכן תקופת חמישה החודשים שנקבעה בהם להתנתקות, תקופה קצרה היא מכדי שתעמוד במיבחני הסבירות והמידתיות. אלה הם ארבעת ראשי הטענות העיקריים, ומשקראנו בשמם ניפנה עתה לדיון בגופם ונעמוד עליהם אחד לאחד, כסידרם.

(2) צווי הפינוי – החורגים הם מתקציב המדינה?

377. לטענת העותר בבג"ץ 1798/05 והעותרת בבג"ץ 3127/05, צווי הפינוי שלא כחוק הואיל ובעת שצוו לא היה להם מקור תקציב מתאים כנדרש בחוק. טענה זו נסמכת על הוראת סעיף 40(א) לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 (להלן – חוק יסודות התקציב), שלפיה לא תותקנה תקנות ולא תינתנה הוראות מינהל שביצוען כרוך בהוצאה מתקציב המדינה בלא שנקבע מראש מקור התקציב. וכלשונו של חוק יסודות התקציב במקורו:

תקנות והוראות מינהל הצריכות תקציב

40. (א) תקנות או הוראות מינהל שבביצוען כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה לא יותקנו אלא אם כן ההוצאה או ההתחייבות תוקצבו בחוק התקציב השנתי לשנת הפעלתן הראשונה.

טוענים העותרים – כל אחד מהם בדרכו – כי ביצוע צווי הפינוי יחייב את הממשלה בהוצאת עתק בסך מיליארדי שקלים, וחרף זאת לא נמצא לאותן הוצאות מקור תקציב מתאים. המסקנה הנדרשת מכאן היא – כך טוענים העותרים – כי צווי הפינוי צוו שלא כדין ומכאן שאין לבצעם. נתאר עתה בקצרה כל אחת מאותן שתי עתירות.

378. העתירה בבג"ץ 1798/05 עברה גלגולים אחדים מאז הוגשה לבית המשפט ביום 21.2.2005, יום לאחר שראש הממשלה ושר הביטחון חתמו על צווי הפינוי. בעתירתו במקורה ביקש העותר למנוע פירסומם של צווי הפינוי ברשומות עד לאחר שהכנסת תאשר את תקציב המדינה לשנת 2005. "יישום הפינוי שמכח הצו כרוך בעלות

תקציבית של מיליארדי שקלים, המיועדים לבוא מתקציב 2005 – כך טען העותר – ומכאן ש"ראש הממשלה ושר הביטחון לא היו רשאים לחתום על הצו כאמור כל עוד הנושא לא תוקצב בחוק התקציב השנתי לשנת 2005, שטרם אושר בקריאה שנייה ושלישית בכנסת" (סעיפים 5 ו-6 לעתירה). העותר סבר, אפוא, כי צו פינוי מכוח חוק יישום ההתנתקות יוצר התחייבות תקציבית, וכהוראת סעיף 40(א) לחוק יסודות התקציב אין לצוותו עד שהוצאות הכרוכות בביצועו יתוקצבו בחוק התקציב לשנת 2005. העותר הוסיף וביקש צו ביניים למניעת פירסום של צווים, אלא שבקשתו נדחתה. כאמור, צווי הפינוי נחתמו ופורסמו.

379. ביום 29.3.2005 נחקק חוק התקציב לשנת 2005, ועל רקע זה הודיענו העותר – בטיעונו על-פה לפנינו ביום 7.4.2005 – כי אין הוא עוד עומד על הסעד שבעתירה (מניעת פירסום צווי פינוי), ועתירתו עתה היא שייקבע כי הצווים לא היו בני-תוקף עד ליום חקיקת חוק התקציב; כי ביום זה נעורו הצווים לחיים; וכפועל יוצא מכך ביקש כי נקבע שיום הפינוי יחל – כהוראת סעיף 22 לחוק יישום ההתנתקות – בתום חמישה חודשים מיום תחילת החוק, דהיינו: ביום 29.8.2005, ולא ביום 20.7.2005 כפי שנקבע בצווים (המקוריים). העותר אינו מבקש אפוא את ביטולם של צווי הפינוי, אלא אך את דחייתו של הפינוי עד לאחר יום 29 באוגוסט. להשלמת התמונה נזכיר כי ביום 19.5.2005 – לאחר שמיעת טענות על-פה מפי בעלי הדין ובעוד העתירות תלויות ועומדות – תוקנו צווי הפינוי המקוריים, ולפי התיקון יום הפינוי יהיה יום 15.8.2005, דהיינו, חמישה-עשר ימים בלבד לפני היום שאליו מבקש ח"כ אלון לדחות את יום הפינוי.

380. לטענת העותרת בבג"ץ 3127/05, לא פורטו בהצעת חוק יישום ההתנתקות, אף לא בדברי ההסבר להצעה, המקורות למימון ההוצאות הכרוכות בביצועו של החוק; חוק יישום ההתנתקות בגופו אף הוא אינו קובע דרך למימון ההוצאות הכרוכות בביצועו; והכל בניגוד להוראת סעיף 39א לחוק יסודות התקציב, הקובעת ומורה אותנו כך:

חקיקה הצריכה תקציב

39א. הצעת חוק המוגשת לכנסת שבביצועה כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה, או שבביצועה כרוכה הפחתה של הכנסות המדינה, תצוין, בנוסח החוק המוצע או בדברי ההסבר לו, דרך המימון להוצאה או להפחתה.

381. אשר לצווי הפינוי, לעניינם טוענת העותרת כי בשל היעדר כיסוי בתקציב מנועים היו ראש הממשלה ושר הביטחון מחתום עליהם לפני שנחקק חוק התקציב לשנת 2005. נעיר כבר עתה, כי טענות העותרת בכתב העתירה תלו עצמן באי אישורו של תקציב 2005 במועד הגשת העתירה, אך למרות שחוק התקציב נחקק בסמוך לאחר הגשת העתירה, לא הודיעתנו העותרת – לא בכתב ולא על-פה – אם עומדת היא על הטענות או אם מבקשת היא לשנותן או לבטלן בעקבות אישורו של תקציב 2005. נעבור עתה לבחינת טענות העותרים ותשובת המדינה, אך בטרם נידרש לטענות לגופן נאמר מילים ספורות בעניינן של הוראות סעיף 40 וסעיף 39א לחוק יסודות התקציב.

רקע נורמטיבי - הוראות סעיפים 39א ו-40 לחוק יסודות התקציב

382. הוראת סעיף 40(א) לחוק יסודות התקציב – ובה עיקר ענייננו – מבטאת עקרון-יסוד במדינה דמוקרטית מודרנית. העיקרון הוא עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות בין רשויות השלטון. כהוראת חוק-יסוד: משק המדינה, תקציב המדינה ייקבע בחוק (סעיף 3(א)(1) לחוק-היסוד) – דהיינו, קביעת התקציב היא בידי הכנסת – והממשלה מותרת בהוצאות אך במיסגרת חוק תקציב. ובלשונו של סעיף 3 לחוק יסודות התקציב: "הממשלה רשאית להוציא בשנת כספים פלוניית את הסכום הנקוב כהוצאה בחוק התקציב השנתי לאותה שנה". הוראות הסעיפים 6 ו-7 לחוק יסודות התקציב משלימות הוראה זו בהגבילן את הממשלה לחוק התקציב גם לעניין הרשאות להתחייב וגם לעניין מספר המשרות בשירות המדינה. תכליתה של הוראת סעיף 40(א) לחוק יסודות התקציב היא לשמור על מיסגרת התקציב ולמנוע את פריצתו – בעקיפין – על דרך חקיקת מישנה שתחייב את המדינה בהוצאות שאינן קבועות בחוק התקציב השנתי. באותה רוח היא הוראת סעיף 39א לחוק יסודות התקציב, שגם היא נועדה למניעת פריצתו של התקציב השנתי. וכלשון דברי ההסבר להצעת החוק בה הוצעו הוספת סעיף 39א ותיקונו של סעיף 40 (ה"ח תשמ"ח, 108):

"הוראה זו [סעיף 40(א)] באה להבטיח כי במהלך שנת כספים לא יותקנו תקנות המחייבות הוצאה מבלי שהוצאה זו תוקצבה. ואולם גרעון תקציבי יכול להיווצר לא רק אם ההוצאה הנוספת נקבעת בתקנה, אלא גם אם היא נקבעת בחוק, ולא רק כשהחקיקה החדשה קובעת הוצאה, אלא גם שתוצאות הפעלתה הן הפחתה של הכנסות. לפיכך מוצע לקבוע הוראות משלימות להוראה הקיימת [סעיפים 39א ו-40(ב)], כדי להבטיח שמירה על מסגרת התקציב".

ראו עוד: יי אדרעי, חוק-יסוד: משק המדינה 415 (תשס"ד-2004, בעריכת יי זמיר).

383. הן הצעת החוק הן המלומד אדרעי מדברים על תכליתן המיידית של הוראות הסעיפים 40(א) ו-39א – שמירה על מיסגרת התקציב – והיא תכלית חשובה לעצמה. ואולם בצד התכלית הכלכלית, ובתשתיתה, שוכן לו עקרון-על, הוא עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות. תכליתן של הוראות-חוק אלו היא מניעת פלישתה של

הרשות המבצעת אל תחומה של הרשות המחוקקת. הכנסת היא החוקקת את חוק התקציב, כנראה לה ראוי לצורכי המדינה ולסידרי העדיפויות הראויים בה; ומשנחקק חוק התקציב ונקבעה מיסגרת הוצאות המדינה, אין עוד היתר לגופי מדינה למיניהם – בראשם הממשלה על שלוחותיה – לפרוץ את המיסגרת כנראה להם ולהוציא הוצאות בהתעלם מן המיסגרת, דהיינו, מבלי למצוא מקור תקציב הולם בחוק התקציב שחקקה הכנסת. לו אחרת אמרנו כי אז כמו היסכמנו לעירוב הרשויות זו בזו ופגענו קשות בעקרון ביזור הסמכויות. פריצה שכזו תהווה הפרה קשה של מערך האיזונים והבלמים שבין רשויות השלטון, ולענייננו: מערך האיזונים שבין הכנסת לבין הממשלה.

384. נתבונן, למשל, בהוראת סעיף 40(א) לחוק יסודות התקציב. הוראה זו נועדה למנוע את הממשלה – הרשות המבצעת – מפלישה לתחומה של הכנסת, דהיינו, מפלישה אל תחומי הגוף המוסמך על-פי דין לקבוע את מיסגרת התקציב ואת סידרי העדיפויות לפעילותה של הרשות המבצעת. ברי, כי אם ניתן לרשות המבצעת יד חופשית לחוקק חקיקת מישנה הפורצת את מיסגרת התקציב או המשנה סידרי עדיפויות בה, יופר האיזון שבין שתי הרשויות. כך נכונן את הרשות המבצעת כמחוקק הקובע הסדרים ראשוניים, וכל זאת תוך פגימה במעשה הכנסת כפי שבא לידי ביטוי בחוק התקציב (ראו והשוו: פרשת שמעוני). אמת נכון הדבר: יש להתיר לממשלה גמישות גם לאחר חקיקתו של חוק התקציב – להתאמתו לצרכים משתנים ולמדיניות משתנה – אלא שלשם כך קבע חוק יסודות התקציב הוראות מתאימות המעניקות לכנסת ולוועדותיה סמכויות בתהליך השינוי. ראו, למשל, הוראות סעיפים 4, 11, 12, 13 ו-14 לחוק יסודות התקציב. באופן דומה נבין את הוראת סעיף 39א שלחוק יסודות התקציב, שתכליתה היא "לחזק את כוח המשילות של הממשלה ולמנוע מצבים בהם הממשלה 'תופתע' מיוזמות חקיקה שיפגעו במקורות העומדים לרשות הממשלה" (אדרעי, שם). על רקע דברים כלליים אלה, נבחן עתה את טיעוני העותרים ונלמד אם אכן מפרים צווי הפינוי את הוראת סעיף 40(א) לחוק יסודות התקציב.

המפרים צווי הפינוי את הוראת סעיף 40(א) לחוק יסודות התקציב?

385. טענתם העיקרית של העותרים היא זו, כי לעת פירסומם ובטרם נחקק חוק התקציב 2005, נעדרו צווי הפינוי מקור תקציב מתאים, ומכאן שמלכתחילה היו הם נעדרו-תוקף. על טענה זו נאמר, כי פירוש העותרים לדין – בעיקרם של דברים: לחוק יסודות התקציב – מוליך למסקנה כי מקום שבו לא עלה בידי הממשלה להעביר תקציב בכנסת עד לסופה של שנה פלונית, בשנה העוקבת יאחו שיתוק חלקי – אולי אף שיתוק מלא – במימשל ובמינהל, ובעלי סמכות לא יוכלו להתקין תקנות או להורות הוראות מינהל בנושאים הכורכים הוצאת כספים. מסקנה זו היא כה קשה, עד שנעשה כמיטבנו כדי להימנע ממנה. ואמנם, כפי שנראה בסמוך, היה המחוקק ער לבעייתיות העלולה להיווצר באי-חקיקתו של חוק תקציב קודם תחילתה של שנת כספים; מטעם זה קבע בחוק יסודות התקציב הוראות בנושא תקציב במעבר משנה לשנה; ועל דרך זו מנע היווצרותו של חלל-תקציב שתוצאותיו עלולות היו להביא תוהו-ובוהו בפעילות המימשל והמינהל.

386. אשר לגופם של דברים נאמר, כי בניגוד לטיעוני העותרים, הוצאות הכרוכות בביצועם של צווי הפינוי תוקצבו כבר בשנת התקציב 2004, ואותו תקציב שימש אף מקור למימון הוצאות בתקופת הביניים שבין תחילתה של שנת 2005 לבין יום חקיקת חוק התקציב לשנת 2005. כפי שהסבירה המדינה בתשובתה, במהלך חודש אוקטובר 2004, בסמוך לאחר שנתקבלה החלטת הממשלה על תהליך ההתנתקות – ובהמשך להתחייבות שנתחייבה בה המדינה כאמור בפסק הדין בפרשת שמעוני (לעיל) – בוצעו העברות תקציב במשרד ראש הממשלה ובמשרד המשפטים בסכום של כ-39 מיליון ש"ח, וכך הוקצו תקציבים מתאימים להקמת המינהל, לתשלום מיקדמות ולהכנת תכנית ההתנתקות. וכאמור בסעיף 12 לתגובת המדינה לעתירה בבג"ץ 1798/05:

"בשנת התקציב 2004, הוקצו לתכנית ההתנתקות – בדרך של העברה תקציבית שאושרה על-ידי ועדת הכספים, בתקציב משרד ראש הממשלה – 34,040,000 ש"ח. כספים אלה הוקצו להקמת המינהל והענקת סיוע, בדרך של מתן מקדמות, לפרטים ולעסקים מכח החלטת הממשלה. כן הוקצו בשנת התקציב 2004 – בדרך של העברה תקציבית במשרד המשפטים סך של 5,000,000 ש"ח לצורך פעולות הכנה לתכנית ההתנתקות".

מכאן שהוצאות הכרוכות בביצוע צווי הפינוי תוקצבו בחוק התקציב השנתי לשנת 2004.

387. אשר לשנת 2005 – והיא עיקר לענייננו – חוק התקציב לשנת 2005 לא נחקק אמנם אלא בסוף חודש מארס 2005, ואולם, כהוראת סעיף 3ב(א) לחוק-יסוד: משק המדינה, במקום בו לא נחקק חוק תקציב קודם תחילתה של שנת כספים, מותרת הממשלה להוציא מידי חודש סכום השווה לחלק השנים-עשר מן התקציב השנתי הקודם, בראש ובראשונה – למימון הוצאות הכרוכות במילוי התחייבויות המדינה מכוח חוק, ולענייננו: למילוי התחייבויות על-פי חוק יישום ההתנתקות. מתקבל מכאן, כי בתקופה שבין יום פירסום הצווים (יום 20.2.2005) ובין יום חקיקתו של חוק התקציב לשנת 2005 (יום 29.3.2005), זכו הצווים וההתחייבויות שניתנו מכוח הצווים למקור תקציב השווה לחלק השנים-עשר מן התקציב שזכו לו בשנת 2004. כך נמצא מקור תקציב כנדרש בהוראת סעיף 40(א) לחוק יסודות התקציב. אכן, הכל יסכימו כי מקור תקציב זה לא היה יכול לשאת על כתפיו את מימון ביצועו של חוק יישום ההתנתקות בשלמותו, ואולם בה-בעת לא נמצאו חולקים לפנינו כי בתקופה שבין פירסומם של צווי הפינוי ובין יום חקיקתו של חוק התקציב לשנת 2005, היתה העלות הכספית של תוכנית ההתנתקות עלות מצומצמת – הוגשו אך תביעות כספיות ספורות ושולמו מיקדמות מעטות – והתחייבויות אלו כוסו במלואן בידי

מקור התקציב הקיים. להשלמת התמונה נוסף, שהעותרים לא שללו את טענת המדינה כי נמצא לצווי הפינוי מקור תקציב קודם תחילתו של חוק התקציב 2005, ומכל מקום עומדת למדינה חזקת תקינות הליך פעילתה.

388. נמצא לנו, אפוא, כי היה-גם-היה כיסוי תקציב לפעילות ההתנתקות, עד שבא חוק תקציב והסדיר את הנושא באורח מלא. יתר-על-כן: סעיף 150 לחוק יישום ההתנתקות יצר מקור תקציב עצמאי למטרת מימון הוצאותיה של תוכנית ההתנתקות – "ולמטרה זו בלבד", כלשון החוק – ועל דרך זה הגדיל את המימון שעמד ממילא לביצוע התוכנית. הוראת חוק זו שבסעיף 150 לחוק יישום ההתנתקות תיקנה את חוק הפחתת הגרעון והגבלת ההוצאה התקציבית, התשנ"ב-1992, על דרך הוספתו של סעיף 7 (שעניינו ככותרת השוליים הוא: "הוראת שעה לשנת 2005 – מימון תוכנית ההתנתקות"), ובו הורחב התקציב לצורך ההתנתקות בשתי דרכים אלו: אחת, על דרך היתר לממשלה להגדיל את שיעור הגירעון הכולל מן התמ"ג בשיעור נוסף של עד 0.4% (סעיף 7(ב)(1)); ושתיים, על דרך היתר לממשלה "להגדיל את סכום ההוצאה הממשלתית" בשיעור שלא יעלה על 1% ביחס לסכום ההוצאה הממשלתית בשנת 2004 כשהוא צמוד למדד המחירים לצרכן... (סעיף 7(ב)(2)). הרשאה זו שניתנה לממשלה להוצאות לצורך ההתנתקות – ולהערכת המדינה המדובר הוא בתוספת של כ-2.2 מיליארד ש"ח – נוספה לתקציב שלפי הוראת סעיף 3 לחוק-יסוד: משק המדינה, ולא נמצאו חולקים לפנינו כי תקציב זה שעמד לרשות הממשלה די היה בו כדי לכסות את כל ההתחייבויות שנטלה הממשלה על עצמה עד ליום 29.3.2005. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן בשים לב להוראת סעיף 151 לחוק יישום ההתנתקות, שאימצה הסכמי מיקדמות שנכרתו לפני תחילת חוק יישום ההתנתקות.

389. משנמצא לנו כי צווי הפינוי זכו לתקציב מתאים, אין צורך שנידרש לטענות שונות – בהן טענות שהועלו לפנינו מטעם המדינה – לעניין פירושן ונפקותן של הוראות חוק שונות, בהן הוראת סעיף 40(א) לחוק-יסוד התקציב, הוראות סעיפים 150 ו-151 לחוק יישום ההתנתקות ועוד.

390. כללם של דברים: דעתנו היא כי צווי הפינוי צוו כדין וממלאים הם אחר מיצוותה של הוראת סעיף 40(א) לחוק יסודות התקציב. אנו דוחים אפוא את טיעוניה (בנושא זה) של העותרת בבג"ץ 3127/05 ואת עתירתו של ח"כ אלון בבג"ץ 1798/05. צווי הפינוי צוו כדין ובסמכות, ותחילתם היתה ביום פירסומם, ביום 20.2.2005.

(3) צווי הפינוי – האם הוצאו בסמכות על-פי המנגנון שנקבע בחוק יישום ההתנתקות?

391. טוענים מיקצת מן העותרים, כי צווי הפינוי פורסמו בלא שקויים כהילכתו המנגנון שנקבע בהוראת סעיף 22(א) להוצאתם של צווי פינוי, וכמסקנה נדרשת מכך – על-פי אותה טענה – יש לראות את הצווים כצווים שהוצאו בהיעדר סמכות וממילא כצווים נעדרי כל תוקף משפטי. המדינה, למותר לומר, כופרת בטענה, ולחילוקי דעות אלה נידרש בדברינו להלן.

392. תחילת הדברים לענייננו עתה היתה בהחלטת ממשלה (מס' 1996) מיום 6.6.2004 – החלטה שכותרתה היא: "תוכנית ההתנתקות המתוקנת – המשך הדיון" – בה נקבע (בסעיף 1) כי "הממשלה מאשרת תוכנית התנתקות מתוקנת – נספח א' להלן; אולם אין בהחלטה זו כדי לפנות ישובים". נספח א' לאותה החלטה הינו מיסמך ארוך ומפורט, אך לענייננו עתה עיקר הוא בהוראת סעיף 2(א)(2) בו, הקובעת ומורה בלשון זו:

"2. עיקרי התוכנית

א. התהליך

(1) ...

(2) מיד לאחר סיום עבודת ההכנה יתקיים דיון בממשלה לצורך קבלת החלטה בדבר פינוי הישובים בהתחשב בנסיבות לאותו זמן - אם לפנות או לא ואיזה ישובים.

הישובים יסווגו לארבע קבוצות כדלהלן:

(1) קבוצה א' – מורג, נצרים וכפר דרום.

(2) קבוצה ב' – ישובי צפון השומרון (גנים, כדים, שא-נור וחומש).

(3) קבוצה ג' – ישובי גוש קטיף.

(4) קבוצה ד' – ישובי צפון רצועת עזה (אלי סיני, דוגית וניסנית).

מובהר כי לאחר סיום ההכנה כאמור, תתכנס הממשלה מעת לעת כדי להחליט בשאלת הפינוי אם לאו, לגבי כל אחת מהקבוצות בנפרד.

החלטה זו, כעולה מלשונה, אינה מורה במישרין על פינוי ישובים. פינוי ישובים, כאמור בהחלטה, ייעשה אך ורק על-פי החלטות ממשלה שתתקבלנה בעתיד לאחר דיון. בהקשר זה נוסף ונזכיר את הוראת סעיף 3 להחלטת הממשלה, בו נאמר כי:

”3. לאחר סיום עבודת ההכנה, תשוב הממשלה ותתכנס על מנת לקיים דיון נפרד ולהחליט אם לפנות ישובים אם לאו, איזה ישובים ובאיזה קצב, בהתחשב בנסיבות באותה עת”.

393. השלב הבא לענייננו היה בחוק יישום ההתנתקות. חוק זה פורסם ביום 18.2.2005, ובהוראת סעיף 22(א) בו הוסמכו ראש הממשלה ושר הביטחון לצוות צווי יישום התנתקות, דהיינו צווים המורים על פינוי השטחים האמורים להתפנות ועל יום הפינוי. וכך מורה אותו סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות:

צווים בדבר פינוי והגבלת כניסה
22. (א) לאחר שהממשלה תחליט על פינויה של כל אחת מקבוצות היישובים כאמור בסעיף 22(א) לנספח א' של החלטת הממשלה מס' 1996, מיום י"ז בסיון התשס"ד (6 ביוני 2004), יקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון, בצו, את השטחים שיפונו, ולגבי כל שטח – את יום הפינוי; יום הפינוי שייקבע בצו יהיה בתום חמישה חודשים לפחות מיום פרסומו, אלא אם כן שוכנעה הממשלה שטעמים חיוניים מצדיקים קביעת יום פינוי קרוב יותר...

לעת הזו נספק עצמנו בהסיבנו את תשומת הלב לכך שסעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות מזכיר בגופו את הוראת סעיף 22(א) לנספח א' של החלטת הממשלה מיום 6.6.2004.

394. כאמור בסעיף 22(א) לנספח א' של החלטת הממשלה (מס' 1996) מיום 6.6.2004 ובהוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות, נתכנסה הממשלה ביום 20.2.2005 לשיבת דיון בנושא פינויים של היישובים (וכלשון הנושא בגוף החלטה: "תוכנית ההתנתקות המתוקנת – פינוי ישובים ושטחים"). לסופה של אותה ישיבה החליטה הממשלה (החלטה מס' 3281) שש החלטות: ארבע החלטות נפרדות עניינן בארבע קבוצות היישובים המנויות בהחלטה שמיום 6.6.2004 (ראו פסקה 392 לעיל), ושתי החלטות נוספות – החלטה חמישית והחלטה השישית – שנסבו על צווים שיוצאו ליישום תוכנית ההתנתקות ועל דיונים נוספים שיהיו בממשלה. ארבע החלטות באשר לארבע קבוצות היישובים זהות בלשונו (כמובן, חוץ מאשר זיהוי הקבוצות), ועל-כן ניתן להסתפק בהבאתה של החלטה אחת מאותן ארבע החלטות. וכך קובעת החלטה הראשונה:

”בהתייחס לכל אחת מקבוצות היישובים כמפורט להלן:

1. פינוי ישובים ושטחים בהתאם לתוכנית ההתנתקות המתוקנת – קבוצה א'

(א) בהמשך להחלטת הממשלה מס' 1996 מיום י"ז בסיון, התשס"ד (6.6.2004), ולאמור בסעיף 22(א) לחוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, לפנות את היישובים הכלולים בקבוצה א' כמוגדר בסעיף 22(א)(1) לנספח א' של החלטת הממשלה האמורה (מורג, נצרים וכפר דרום).

(ב) הממשלה תשוב ותתכנס בסמוך לפני פינוי קבוצה זו, תדון בנסיבות באותה עת, תבחן ותחליט האם יש בנסיבות אלה כדי להשפיע על הפינוי”.

כעולה מהחלטה זו – וכמותה שלוש החלטות האחרות – החליטה הממשלה לפנות את היישובים הכלולים בקבוצה א' (כאמור בהחלטה מיום 6.6.2004) בכפפות לכך שעובר לפינוי תתכנס הממשלה לדיון בנסיבות שתהיינה אותה עת, ולאחר בחינה תחליט אם יש בהן באותן נסיבות כדי להשפיע על הפינוי.

החלטות החמישית והשישית עניינן היה, כאמור, בציוויים של צווי פינוי ובנושא התכנסות נוספת של הממשלה. וכלשון החלטות:

”5. בהתאם לסעיף 22(א) לחוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, בסמוך לאחר קבלת החלטה זו, ראש הממשלה ושר הביטחון יקבעו בצו או בצווים, את השטחים שיפונו, ואת יום הפינויים.

6. הדיונים האמורים בסעיפים 1(ב), 2(ב), 3(ב) ו-4(ב) יתקיימו מעת לעת, כפי שייקבע, לכל קבוצה, ובהתאמה לתהליך הפינוי”.

395. בהמשך להחלטת הממשלה מיום 20.2.2005, ומכוח סמכותם (לכאורה) על-פי הוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות, חתמו ראש הממשלה ושר הביטחון באותו יום על שני צווי הפינוי: צו יישום תוכנית

ההתנתקות (חבל עזה), התשס"ה-2005, וצו יישום תכנית ההתנתקות (צפון השומרון), התשס"ה-2005. בצווים אלה נקבע כי השטחים המפונים יהיו כל חבל עזה – הכולל את הישובים שבקבוצות א', ג' וד' – ושטח שסומן בצפון השומרון, הכולל את הישובים שבקבוצה ב'. כן נקבע באותם שני צווים כי יום הפינוי יהיה יום 20 ביולי 2005. לימים (כפי שראינו) שונה יום הפינוי ליום 15.8.2005.

396. טיעוני העותרים מכוונים עצמם, בעיקר, אל שני צווים אלה. לגירסתם, חרגו ראש הממשלה ושר הביטחון מן הסמכות שהוענקה להם בהוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות, וכנדרש מכך, הצווים שציוו – צווים נעדרי-תוקף הם. המדינה כופרת בטיעונים אלה מכל וכל.

397. חילוקי הדעות בין בעלי הדין נסבים על פירושה של הוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות, וביתר דיוק: על השאלה אם היה בה בהוראת-חוק זו כדי להסמיך את ראש הממשלה ואת שר הביטחון לצוות את צווי הפינוי שציוו. הוראת סעיף 22(א) סומכת עצמה לסעיף 2(א)2(לנספח א' של החלטת הממשלה (מס' 1996) מיום 6.6.2004 (ראו נוסחי סעיף 22(א) והחלטת הממשלה בפסקאות 3 ו-2 לעיל, בהתאמה), ולגירסת העותרים נבלעה החלטת הממשלה אל-תוכה של הוראת סעיף 22(א) לחוק. השתיים הפכו אחת וכך יש לראותן ולפרשן. פירוש שני מיסמכים אלה שנתמזגו זה-בזה יעלה, כך גורסים העותרים, כי נתכונן מנגנון מדורג לקבלת החלטות על פינוי היישובים. וזה המנגנון שנקבע אליבא דעותרים: החלטת הממשלה מיום 6.6.2004 חילקה את היישובים לארבע קבוצות נפרדות, וחלוקה זו אומצה כמות-שהיא אל תוכה של הוראת סעיף 22(א) לחוק. הנדרש מניסוחה של החלטת הממשלה הוא, שהחוק הורה אותנו על פינוי כל אחת מקבוצות היישובים בנפרד ובשלבם עוקבים; בהפקת לקחים בין שלב אחד למישנהו; ובבחינת השלכותיו של פינוי בשלב אחד – הן בזירה הישראלית-פלסטינית הן בזירה הפנים-ישראלית – בטרם יבוצע הפינוי בשלב שלאחריו. לשון אחר: הוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות, בזיקה להחלטת הממשלה, מורה אותנו כי ארבע קבוצות היישובים תפונינה בנפרד – בטור – וכל קבוצת יישובים עניינה יידון לעצמו. כך, למשל, לאחר פינוי קבוצה א', שומה עליה על הממשלה להתכנס להפקת לקחים מן הפינוי, ולדיון אם נכון וראוי להורות על פינוי של קבוצה ב'. אם תסבור הממשלה כי נכון להורות על פינוי של קבוצה ב' כי-אז תורה על-כך, ואז יקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון, בצו, את השטחים שיפוננו ואת יום הפינוי, הכל כאמור בהוראת סעיף 22(א).

398. בהקשר זה מפנים העותרים ללשונו של סעיף 22(א), ברישה שבו, המדברת על החלטת הממשלה "על פינוי של כל אחת מקבוצות היישובים" כאמור בהחלטת הממשלה, דהיינו, על קביעתם של הליכים נפרדים לכל קבוצה וקבוצה מארבע קבוצות היישובים. העותרים מוסיפים ומפנים אותנו לסעיף 3 להחלטת הממשלה (ראו פסקה 392 לעיל), המדבר על כינוסה של הממשלה "על מנת לקיים דיון נפרד ולהחליט אם לפנות יישובים אם לאו, איזה יישובים ובאיזה קצב, בהתחשב בנסיבות באותה עת", דהיינו, על הצורך בקיומם של דיונים נפרדים בענייניו של כל יישוב ויישוב. כן מסתמכים העותרים על הוראת סעיף 2(א)2(לנספח א' של החלטת הממשלה, שעל-פיה אמורה הממשלה להתכנס "מעט לעת כדי להחליט בשאלת הפינוי אם לאו, לגבי כל אחת מהקבוצות בנפרד". על כל אלה מציינים העותרים כי החלטת הממשלה מיום 6.6.2004 מייסדת עצמה על פשרה פוליטית הידועה כ"פשרת ליבני" – על שם שרת המשפטים, הגב' צ' ליבני – פשרה שבמיסגרתה היתנו מיקצת משרי הליכוד את תמיכתם בתוכנית ההתנתקות המתוקנת – כאמור בהחלטת הממשלה – בכך שהממשלה תערוך דיון נפרד בפנינו של כל אחת מקבוצות היישובים, ותחליט בעניינה של כל אחת מאותן קבוצות לעצמה. פשרה זו היתה עיקרה של התוכנית שנתקבלה, וברוח זו, כך טוענים העותרים, יש לפרש את הוראת סעיף 22(א) לחוק הבונה עצמה על אותה פשרה, דהיינו, על קבלת החלטות פינוי באורח מדורג.

399. אם זה פירושו של החוק, כך טוענים העותרים, כי-אז אין מנוס ממסקנה שהחלטת הממשלה מיום 20.2.2005 – החלטה שכרכה בחבילה אחת את כל ארבע קבוצות היישובים – היתה, מעיקרה, החלטה שנגדה את לשונה ואת תכליתה של הוראת סעיף 22(א). כנדרש מכך, צווי הפינוי שהוצאו בעקבות אותה החלטה היו אף-הם, מעיקרם, צווים נעדרי תוקף חוקי. העותרים מוסיפים וטוענים כי פירושה של המדינה לסעיף 22(א) – פירוש שלפיו יכולה הממשלה להחליט על פינוי ארבע קבוצות היישובים בהמשך אחד – מרוקן את הוראת סעיף 22(א) מתוכנה. כיצד זה ניתן לפרש את החוק בדרכה של המדינה, שואלים העותרים, אם בהחלטת הממשלה דובר מפורשות על כינוסה של הממשלה "מעט לעת" להחליט בשאלת הפינוי?

400. מנגד טוענת המדינה, כי אין בהחלטת הממשלה או בהוראת סעיף 22(א) כדי לחייב "הליך טורי", הליך מדורג, לקבלת החלטות הפינוי, וכי החלטת הממשלה מיום 20.2.2005 על-אודות הפינוי החלטה היא שניתנה בסמכות וכדין.

401. בחנו את טענות העותרים. בחנו את טענות המדינה. ולאחר ששקלנו בדעתנו באנו לכלל מסקנה כי נראות בעינינו טענות המדינה מטענות העותרים.

402. ראשית דבר נאמר, כי דוחים אנו את טענת המדינה – טענה אשר נטענה, אמנם, בשפה רפה – כי סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות, בהפנתו לסעיף 2(א)2(לנספח א' של החלטת הממשלה, אינו מכוון אלא לחלוקת

הישובים לארבע קבוצות אך לא להוראות המהות שבו או לנושא תהליך הפינני בכללו. המדינה עצמה מסכימה כי הוראת סעיף 22(א) לחוק מחייבת קיומו של דיון נפרד בכל אחת מקבוצות הישובים – הלא כן הוא דברו של החוק, שהממשלה "תחליט על פינויה של כל אחת מקבוצות הישובים..." – והפניה זו, למותר לומר, היא להוראותיה המהותיות של החלטת הממשלה.

403. ואולם לגופו של עניין, לא נמצא לנו שהממשלה בהחלטתה מיום 20.2.2005 חרגה ממיסגרת הסמכות שנקבעה לה בסעיף 22(א) לחוק. ראשית לכל, הממשלה החליטה, אמנם, באותה ישיבה עצמה על פינויין של ארבע קבוצות הישובים, ואולם זאת עשתה בארבע החלטות נפרדות. גם הצעת ההחלטה שהועמדה לדיון לפני הממשלה כללה ארבע החלטות נפרדות (בנוסף להחלטות החמישית והשישית בעניינם של צווי הפינוי והתכנסותה של הממשלה; ראו פסקה 394 לעיל), וכך קויים הצורך בעריכתו של דיון נפרד בכל אחת מקבוצות הישובים. יתר-על-כן: בישיבת הממשלה מיום 20.2.2005 הובהר לשרים שהממשלה נדרשת להחליט בנפרד ביחס לכל אחת מארבע קבוצות הישובים המנויות בהחלטת הממשלה מיום 6.6.2004, וכן הוסבר להם כי ניתן לקיים הצבעה לכל קבוצה בנפרד או הצבעה אחת ביחס לכל הקבוצות. לאחר שהתקיים דיון נפרד בכל אחת מארבע הקבוצות, לא ביקש איש מן השרים הצבעה נפרדת בעניינה של כל קבוצה וקבוצה, ולפיכך נערכה הצבעה אחת בלבד.

404. יתר-על-כן: בכל אחת מארבע החלטות בעניינן של ארבע קבוצות הישובים, החליטה הממשלה מפורשות, כי "הממשלה תשוב ותתכנס בסמוך לפני פינני קבוצה זו, תדון בנסיבות אותה עת, תבחן ותחליט האם יש בנסיבות אלה כדי להשפיע על הפינוי". בהחלטה זו קיימה הממשלה כהלכה את קביעתה מיום 6.6.2004 – החלטה אשר נתמזגה בהוראת סעיף 22(א) לחוק – כי תחליט "מעט לעת" בשאלת פינויה של קבוצת ישובים זו או אחרת. אכן, צווי הפינוי מדברים על יום פינני אחד ויחיד, יום 15 באוגוסט 2005, ואולם בתיתנו דעתנו להחלטת הממשלה מיום 20.2.2005, נפרש מועד זה בכפפות להחלטת הממשלה באשר לצורך לקיים דיון נוסף ונפרד בנושא פינויה של כל אחת מקבוצות הישובים.

405. ועוד: סעיף 22(א), כלשונו, אינו מחייב "הליך בטור" למעשה הפינוי, אלא החלטות נפרדות לפינויה של קבוצת ישובים. הדבר הובהר מפורשות לעת הדיונים בוועדת חוקה, חוק ומשפט, וכך קוראים אנו בפרוטוקול הוועדה בישיבתה מיום 21.12.2004:

"יצחק לוי: החשש לפי הנוסח של מיקי איתן, שהממשלה יכולה להחליט על שלוש קבוצות יחד.

היו"ר מיכאל איתן: או על אחד.

יצחק לוי: לפי הנספח אין אפשרות כזאת.

סיגל קוגוט: לפי הנספח הם יכולים לעשות כל יום ישיבה ולהחליט.

...

בנימין אלון: החוק מחייב החלטת ממשלה, שתדון אם להמשיך לקבוצה הבאה או לא להמשיך.

סיגל קוגוט: הוא לא מחייב את זה, הוא מחייב כל קבוצה לחוד, אבל הם יכולים, כל חצי יום, לעשות ישיבה ולהחליט על קבוצה אחת.

...

היו"ר יצחק לוי: עד שהישוב-ראש יחזור, אני מבקש בינתיים, ממשרד המשפטים, להבהיר לנו את ההחלטה של הממשלה, כדי שנראה על מה אנחנו מדברים.

יהושע שופמן: קודם כול, ההחלטה של הממשלה מדברת על דיון נפרד בכל אחת מארבע הקבוצות, רק כדי למנוע ספק. לא נאמר, אפילו לא ברמז, שמחליטים לגבי קבוצה אחת, ואם מפנים. אחרי השלמת הפינוי של הקבוצה הזאת, ממשיכים הלאה. זה לא נאמר בכלל. זאת אומרת, הממשלה תחליט לגבי כל אחד בנפרד, אבל היא רשאית לקבוע אותו יום פינני לכל השטח כולו. ההדרגתיות היא בקבלת ההחלטות ולא בפינוי."

פירוש זה של המישהנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), מר יהושע שופמן, לא נתקבל על דעתה של האופוזיציה, ושעה שהצעת החוק הובאה לקריאה שנייה, הסתייגה סיעת האיחוד הלאומי מניסוחו של סעיף 22, בהציעה שייאמר בו כי "לא תפונה קבוצת ישובים בטרם הופקו לקחים מפינוי קבוצת ישובים קודמת". הסתייגות זו, אשר ביקשה לעגן בחוק מפורשות "הליך בטור" כגירסת העותרים, נדחתה במליאה. בכך יימצא לנו חיזוק לטענת המדינה כי פירושו הנכון והראוי של סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות מוליך אל הצורך בקיום דיון נפרד בכל אחת מקבוצות הישובים; לא בקיום ישיבות נפרדות ולא בביצוע פינני של קבוצת ישובים אחת בטרם החלטה על פינויה של קבוצת ישובים שניה. החלטת הממשלה מיום 6.6.2004 לא הורתה אפוא על פינויה של קבוצת ישובים

אחת רק לאחר סיום פינויה של קבוצת ישובים קודמת והפקת לקחים מאותו פינוי. גם לאחר דחיית טענתם של העותרים, יש טעם בקיומו של דיון נפרד בעניינה של כל קבוצת ישובים, שכן דיון זה עשוי ללמד על הצורך לעמוד על מאפייניה של כל קבוצת ישובים בהקשרים שונים. כך, למשל, בחינת קיומם של פתרונות לאוכלוסייה המפונה בכל קבוצה, בחינת התקדמות פעילותה של מינהלת סל"ע בנוגע לאותה קבוצה, בחינת היכולת הלוגיסטית לפנות ישובים אלה ואחרים, ועוד.

406. זאת ועוד. סעיף 2(א)(3.3) לנספח א' של החלטת הממשלה מיום 6.6.2004 קובע כי "הכוונה להשלים את תהליך הפינוי המיועד עד סוף שנת 2005", ובחינתה של הוראה זו מקרוב תלמדנו כי אין לפרש את סעיף 22(א) לחוק כמורה על הליך מדורג על-פי גירסת העותרים. אכן, נתקשה לראות כיצד ניתן יהיה להחליט על פינויה של קבוצת ישובים אחת; לפנותה; להפיק לקחים מן הפינוי; לדון ולהחליט בפינויה של קבוצת ישובים שניה; לבצע את הפינוי, וכן הלאה; והכל עד לסיומה של שנת 2005. אם אין די בכך, הנה בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת הוספה לסעיף 22(א) הוראה שלפיה יום הפינוי שייקבע בצו יהיה בתום חמישה חודשים לפחות מיום פירסום הצו. אם נשלב עתה צורך זה בהוצאת צווי פינוי מעת לעת, נבין מעצמנו כי הליך הפינוי על-פי גירסת העותרים עלול לפרוש עצמו על-פני תקופת-חודשים ארוכה למדי, ואפשר אף על-פני שנים. בהקשר זה נזכור כי עיתוי השלמת הפינוי עד לסופה של שנת 2005 התחייב מלוח זמנים שישראל נטלה על עצמה כלפי כולי עלמא, ואימוץ המנגנון כדבר העותרים היה מביא בהכרח להפרת התחייבות זו. אין זאת אלא שהחוק, בסעיף 22(א) בו, והחלטת הממשלה מיום 6.6.2004, לא נתוונו כלל למנגנון פינוי מדורג כגירסת העותרים.

407. צירוף הדברים אלה אל אלה מוליך אל מסקנה נדרשת כי הוטל עליה על הממשלה – בסעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות ובהחלטותיה מן הימים 6.6.2004 ו-20.2.2005 – לדון ולהחליט בנפרד בנושא פינויה של כל קבוצת ישובים מארבע הקבוצות המנויות בהחלטה מיום 6.6.2004; לצוות צווים הקובעים מועד פינוי בתום חמישה חודשים לפחות מיום פירסום הצווים; ולקראת מועד הפינוי לשוב לבחון אם יש בנסיבות אותה עת כדי להשפיע על הפינוי. זה המנגנון היוצר איזון בין כל הגורמים שלעניין, זה פירושו הראוי של סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות. אכן, החלטת הממשלה מיום 20.2.2005 – החלטה המורה על כינוסה של הממשלה לדיון ועל החלטה נפרדת לפינויה של כל קבוצה וקבוצה מארבע קבוצות הישובים – מגשימה כנדרש את הדרישה לכינוסה של הממשלה "מעט לעת" כדי להחליט בשאלת פינויה של כל אחת מקבוצות הישובים בנפרד, תוך התחשבות בתכליתה של הוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות.

408. סוף דבר: דעתנו היא, כי הוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות אינה קובעת – כטענת העותרים – מנגנון מדורג לפינוי ארבע קבוצות הישובים. דבר החוק אינו אלא זה, שמטיל הוא על הממשלה לדון בנפרד בפינויה של כל קבוצת ישובים, ומוסיף ומחייב הוא את הממשלה להתכנס מעת לעת לבחינת ההחלטה על פינויה של כל קבוצה על-פי הנסיבות שתשרונה בעת החלטה. על רקע דברים אלה אין לנו אלא לקבוע כי צווי הפינוי הוצאו בסמכות וכדין וכנדרש מכך נדחה את טענות העותרים.

(4) ההופרה זכות השמיעה בהוצאתם של צווי הפינוי?

409. בעתירות אחדות עלתה טענה, כי צווי הפינוי צווים נעדרי-תוקף הם אך באשר קודם חתימה עליהם וקודם פירסומם לא קיימו בעלי הסמכות חובה המוטלת עליהם, בכך שלא העניקו למתיישבים, לבתי העסק וליושבים שבשטח המיועד לפינוי זכות להשמיע טיעוניהם והשגותיהם נגד החלטת הפינוי. לטענת העותרים, כל אחד מהם לעצמו ובדרכו, ההחלטה על עצם הפינוי ועל מועד הפינוי – החלטה שלבשה לבוש פורמלי בהחלטת הממשלה ובצווי הפינוי – החלטה מינהלית-שילטונית כיבדת-מישקל היא, והשפעתה על זכויות המתיישבים השפעה מכרעת היא. בנסיבות אלו, כך טוענים הם, חייבים היו ממשלת ישראל, ראש-הממשלה ושר הביטחון, לשמוע את טיעוניהם ואת השגותיהם של המתיישבים: הן על עצם החלטת הפינוי, הן בנושא היקף השטח שיפונה, הן באשר למועד הפינוי – והכל בטרם נחתמו צווי הפינוי.

410. הטענות המועלות בעתירות השונות, טענות דומות הן זו לזו, ובהמשך דברינו להלן נסקור את עיקריהן במשותף. בדבריהם נסמכים העותרים על עקרון-יסוד, בן למשפחת הצדק הטבעי, כי אדם העלול להיפגע מהחלטת מינהל, זכותו עומדת לו להשמיע דברו קודם החלטה, וכי זכות זו משמיעה מעצמה חובה המוטלת על בעל הסמכות לשמוע את הנפגע-בכוח. אם כך על דרך הכלל, כך טוענים העותרים, קל-וחומר בענייננו, שההתנתקות פוגעת – וקשות פוגעת היא – בזכויות יסוד של אלפי מתיישבים ובעלי בתי-עסק. חרף כל זאת, הוחלט מה שהוחלט ועמדת הנפגעים לא נשמעה. יתר-על-כן: היישובים בשטח המיועד לפינוי שונים הם זה מזה בנסיבותיהם ובעניינם; המתיישבים היחידים ובעלי בתי-העסק שונים הם זה מזה; ועל כן חובה היתה לשמוע גם את היישובים גם את המתיישבים ובעלי בתי העסק. וביודענו, כך טוענים העותרים, כי לא הייתה שמיעה, מסקנה נדרשת היא כי יש לבטל את צווי הפינוי המורים על היקף הפינוי ועל מועדו – או שלא ליתן להם תוקף – עד אם יישמעו, לפחות, דבריהם של נציגי היישובים השונים, ותינתן החלטה מתאימה לכל ישוב על-פי נסיבותיו הספציפיות, למיקומו ולסיכון הביטחוני שהוא עומד בפניו.

411. על טענות-יסוד אלו מוסיפים העותרים עוד טענות. כך, למשל, טוען עותר אחד כי פנה לממשלה בבקשה כי תישמענה טענותיו, אלא שהממשלה לא נעתרה לבקשה (לטענת המדינה, משום שפנייתו הגיעה לאחר שנתקבלה ההחלטה). עותר זה גם מוסיף ומדגיש את זכותם של המתיישבים הבודדים להשמיע טענותיהם. עותרים אחרים

מדגישים דווקא את זכותם של היישובים ושל קבוצות היישובים להשמיע טיעוניהם, בניסיון לשכנע כי לכל אחד מהם שיקולים ייחודיים שאינם עולים בקנה אחד עם החלטת הממשלה. בהמשך דברינו להלן נידרש לטענות הליבה שהעלו העותרים, בלא שנתעמק בטענות-המישנה הנגרות.

412. קראנו את טיעוני בעלי הדין, מזה ומזה, והוספנו ושמענו מפייהם השלמות טיעון. אחרי כל אלה דעתנו היא כי יש לדחות את טיעוני העותרים בנושא הפרתה של זכות השמיעה, ומשני טעמים עיקריים אלה: אחד, נמצא לנו כי העותרים – כיישובים העומדים להתפנות – השמיעו גם השמיעו את טענותיהם, ושניים, כי בנסיבות העניין לא עמדה להם לעותרים היחידים זכות, כטענתם, להשמיע טענות.

מיצוי זכויות השמיעה

413. תוכנית ההתנתקות היא אחת מן התוכניות המפורטות, המורכבות והרגישות ביותר בהיסטוריה הקצרה של ישראל. בעיקרה, התוכנית היא תוכנית לאומית-מדינית-ביטחונית, והחלטה עליה – החלטה שאושרה בידי ממשלת ישראל ובידי הכנסת – היתה החלטה שנכרכו בה שיקולים רבים ושונים – פוליטיים, מדיניים, ביטחוניים, דתיים, רגשיים, לאומיים, בינלאומיים, כלכליים ועוד. התוכנית עצמה, על כל היבטיה, עומדת זה זמן בראש סדר היום הציבורי. היא נדונה בכל פרום שניתן להעלות על הדעת – בממשלה, בקבינט, בכנסת, בוועדות כנסת, בין גורמי מקצוע, בתקשורת ובציבור הרחב – נתקיימו בעניינה עשרות ומאות ישיבות, ונכתבו עליה אלפים של עמודי פרוטוקול ועוד אלפים רבים של עמודי דפוס.

414. המתישבים ונציגיהם נטלו חלק פעיל בתהליך על כל שלביו, וזכו אף להשמיע דבריהם בפני ועדות הכנסת וחברי הכנסת, בפני הממשלה, בפני גורמי המקצוע ובמיסגרות ציבוריות שונות. כפי שמסבירה המדינה בתשובתה – והעותרים לא חלקו על כך – ראש הממשלה עצמו נפגש עם חלק מראשי המועצות והמתיישבים עד שאלה החליטו לנתק קשר עימו. על ניתוק הקשר אין להם למתיישבים להלין אלא על עצמם בלבד, ונוסיף כי לא שמענו טענה כי ראש הממשלה סירב או מסרב להיוועד עימם אף היום. נציגי המתישבים – ראשי ישובים, אנשי מקצוע, יועצים משפטיים והמתיישבים עצמם – השתתפו בישיבות ועדות הכנסת שעסקו בתוכנית ההתנתקות ובחקיקת החוק. כן הופיעו אלה לפני גורמי המיקצוע שעסקו בתוכנית, והשמיעו את עמדתם בנושאים שהיו על סדר היום. עמדות המתישבים זכו לייצוג נרחב בממשלה, בכנסת ובציבור גם באמצעות חברי-כנסת, שרים ושרים-לשעבר התומכים בעמדותיהם והנאבקים בתוכנית ההתנתקות. לא נשכח גם את הדיון הציבורי רחב-ההיקף המתנהל באמצעי התקשורת ובציבור בישראל, דיון בו נשמעות עמדות המתישבים בהרחבה רבה. כן נשמעות עמדות אנשי-מיקצוע – לרבות קציני צבא בכירים – ועמדות פוליטיקאים מכל קצות הקשת הפוליטית.

415. אם אין די בכל אלה, הנה כפי שלמדנו מן הדיונים בעתירות שלפנינו, המגיעים בין המתישבים לבין הממשלה וגורמי המיקצוע נמשכים והולכים גם בימים אלה, והמתיישבים מחזיקים בצינור הידברות המאפשר להם להביע עמדתם בסוגיות שונות הקשורות לפינוי, לרבות בעניין מועד הפינוי. ראיה לדבר תמצא בתיקון צווי הפינוי המקוריים ודחיית הפינוי עד ליום י' באב תשס"ה (15 באוגוסט 2005), דהיינו, עד לאחר עבור תקופת בין-המצרים. קולם של המתישבים ותומכיהם נשמע בהרחבה באמצעי התקשורת ובשיח הפוליטי, ואין ספק כי יכולים היו – ויכולים הם אף כיום – להשמיע כל טענה שביקשו ושמבקשים הם להשמיעה.

416. המקובץ מן האמור הוא, כי המתישבים זכו להשמיע את עמדותיהם בהרחבה, ובכל נושא, וכי החלטת הממשלה על הפינוי ועל היקפו לא נתקבלה בחלל ריק אלא לאחר שנתקיים דיון רחב-היקף, ולאחר שטענות המתנגדים לתוכנית היו נגד עיניהם של הממשלה, ראש הממשלה ושר הביטחון לעת קבלת החלטה על הפינוי ולעת חתימת צווי הפינוי. אכן, נתקשה להעלות על דעתנו טענות שטרם נשמעו, או טענות שהמתישבים נמנעו מהעלותן לפני הגורמים המכריעים. בנסיבות אלו, כך סבורים אנו, נשמעו-גם-נשמעו טענות המתישבים: לאורכן, לרוחבן ולעומקן. אמת, נסכים עם העותרים, כי לא נתקיים הליך שימוע כמקובל – הליך בו מוזמן אדם להשמיע טיעונו לפני הרשות, ומשמיע הוא טיעונו כמוצג לו. אלא שידענו, ומכבר, כי "דרכי השמיעה רבות הן ומגוונות ומשתנות על פי הנסיבות" (בג"ץ 161/84 חברת ווינדמיל הוטל בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד מב(1) 793, 796), וכי "חובת השמיעה הרבה גוונים לה, השונים או משתנים לפי הנסיבות" (בג"ץ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יושב-ראש ועדת החקירה לעניין מתן שירותי גז, פ"ד כג(1) 324, 334 (להלן – פרשת המועצה הישראלית לצרכנות)). ובמקום בו מבקשים להישמע אלפי יחידים, כבענייננו, עשויה השמיעה שתקויים בדרך שתותאם במיוחד למספר הנפגעים, למשל, בשמיעת נציגים או אירגונים יציגים (ראו והשוו: י' זמיר, הסמכות המינהלית 803 (כרך ב'), תשנ"ו-1996); רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי נ' אהרון מוריאנו, פ"ד מח(4) 70, 86 (להלן – פרשת הפניקס הישראלי)). כך היה בענייננו-שלנו. בתיתנו דעתנו לתוכנית ההתנתקות האמורה להשפיע על תושבי המדינה כולם, ובלא לכהד כי בעיקר עומדת היא להשפיע על למעלה מתשעת אלפים מתיישבים המבקשים כי דבריהם יישמעו, נמצא לנו כי טענות המתישבים נשמעו באורח הולם.

417. נוסף ונאמר עוד זאת: טיעוניהם הקולקטיביים של המתישבים נשמעו, כאמור, באורח הולם מפי נציגיהם, ואולם גם זו אמת, כי טיעוניהם הפרטניים – אותם מטיעוניהם האינדיווידואליים אשר כיוונו עצמם לביטולה של התוכנית – לא נשמעו בפרוטרוט. ואולם, בתיתנו דעתנו לנסיבות קבלתה וביצועה של החלטת ההתנתקות, נראה כי לא ניתן ולא נדרש היה לשמוע את טיעונו של כל אחד ואחד מאלפי המתישבים. וכאן עלינו לדייק בתיאור הדברים: ככל שהמדובר הוא בחקיקתו של חוק יישום ההתנתקות – הוא החוק שעל-פיו פועלות

הרשויות כיום – בוודאי לא קנו העותרים זכות להשמיע טענותיהם עובר לחקיקה. כך נפסק זה מכבר (ראו: בג"ץ Nimrodi Land Development Ltd 975/89 נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מה(3) 154, 157-158, מפי השופט א' ברק (להלן – פרשת Nimrodi)), וההלכה על מכונה עומדת היא עד עצם היום הזה. ואשר לשמיעת המתיישבים אישית עובר לציווים של צווי הפינוי, צוים אלה צוו על-פי סמכות שהוענקה בחוק יישום ההתנתקות, וקשה להעלות על הדעת כי ראש הממשלה ושר הביטחון חייבים היו להוסיף ולשמוע, קודם החתימה על הצווים ופירסומם ברבים – אישית או באמצעות נציגים – את עניינם האישי של כל אחד ואחד מאלפי המתיישבים, מעבר לדברים שכבר נשמעו.

418. כללם של דברים: טיעוניהם של המתיישבים נשמעו באורח הולם, ובייחוד כך בתיתנו דעתנו לאופייה של ההחלטה על ההתנתקות, החלטה שהיסוד הדומיננטי בה ימצא בשיקולים לאומיים-מדיניים-ביטחוניים מן המעלה העליונה. הואיל ומדברים אנו בשיקולי-על של המדינה, ובתיתנו דעתנו לפרישתה הרחבה והייחודית של תוכנית ההתנתקות, גם לא היה מקום לשמיעתם בנפרד של כל מתיישב ומתיישב. יתר-על-כן: בשים לב לטיבה של החלטת ההתנתקות, ולגורמים שהולידו אותה, כל טיעון פרטני שיכול היה מתיישב יחיד להעלות לא היה בכוחו להזיז את החלטה ממקומה. ראו והשוו: זמיר, שם, 809-811; בג"ץ 353/65 מזרחי נ' ועדת השחרורים, פ"ד כ(1) 171, 175. מהי אפוא טענת העותרים ותישמע?

האם היתה חובה לשמוע את המתיישבים עובר לפירסום צווי הפינוי?

419. אף שקבענו כי טענות העותרים נשמעו באורח הולם, רואים אנו מחובתנו להוסיף ולהידרש לשאלה עקרונית שעלתה בטיעוני הצדדים, והיא: האם קנו העותרים בענייננו, מעיקרו של דין, זכות טיעון? עמדת המדינה היא, כי לא היתה להם לעותרים זכות להישמע, בעיקר משום שהמדובר הוא בהחלטה שילטונית-ריבונית ובצווים – צווי הפינוי – שהם תקנה בת פועל תחיקתי, וכידוע אין לאדם זכות להשמיע טענות קודם התקנתה של תקנה בת פועל תחיקתי. העותרים משיבים, מנגד, כי בשל עומק הפגיעה בזכויותיהם ראוים היו להישמע לפני החלטה הממשלה על ההתנתקות, וכי מכל מקום ראוי לשנות מן ההלכה הקובעת כי אין זכות להשמיע טענות שעה שהמדובר הוא בתקנות בנות פועל תחיקתי. עוד טוענים הם, כי צווי הפינוי אינם כלל בגדר תקנה בת פועל תחיקתי, שכן מופנים הם למתיישבים, דהיינו: לקבוצה מוגדרת ומזוהה של אנשים ולא לציבור כולו. דעתנו היא כי במחלוקת זו שנפלה בין הצדדים ידה של המדינה על העליונה.

420. נסכים, כמובן, כי זכותו של היחיד להשמיע טענותיו לפני הרשות בטרם תתקבל החלטה העלולה לפגוע בו – זכות נעלה היא; זכות היא שישודה בהגינות הנדרשת ביחסי אנוש, והיא עימנו מקדמת דנא. עמד על כך בית-המשפט כבר לפני שנים ארוכות בפרשת ברמן וכה היו (בין השאר) דבריו של השופט מ' זילברג (שם, 1506, 1508):

"רעיון זה [הרעיון של מתן הזדמנות להשמעת טענות] אינו אלא עקרון 'הצדק הטבעי' של האזנה לשני הצדדים ... מקור העיקרון של שמיעת הנפגע העתיד לפני היפגעו - בדברי הקדוש-ברוך-הוא אל אדם הראשון לפני גרשו אותו מגן עדן (בראשית, פרק ג', פסוקים ט', י"א).

...

המשתזר ועולה מכל האמור, כי לפי הכלל הנקוט במשפט המקובל זה מאות בשנים, לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין-שיפוטי) - לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם-כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה. היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיות של הענין הנדון" [ההדגשות במקור].

(ראו עוד, למשל: בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626, 637-638; פרשת זקס, עמ' 703; בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 655; ראו עוד, בעיקר: דבריו של פרופ' זמיר בספרו, שם, 793 ואילך).

421. אלא שהזכות להשמיע טענות, ככל זכות אחרת במשפט, אף-היא אין היא זכות מוחלטת ונעדרת סייגים; זכות יחסית היא, זכות היא המוגבלת בחריגים ובאינטרסים הנוגדים אותה, ואין היא תופשת בכל מקרה ומקרה לכל אורכה ורוחבה. היקפה של זכות הטיעון "תלוי בכך מהי מטרתו של הדיון, ומהו מעמדו של בעל הרשות. הדבר אינו ניתן להגדרה כוללת וממצה" (בג"ץ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט(1) 122, 126), ויש שהאזרח לא יישמע גם-אם עלולה ההחלטה לפגוע בזכויותיו (שם, 127). עמד על כך השופט ש' אשר בבג"ץ 555/77 בבציוק נ' הבורסה לניירות ערך בע"מ, פ"ד לב(2) 377, 380 (להלן – פרשת בבציוק), באומרו דברים אלה:

"היקף חובה זו [חובת השמיעה] והפעלתה תלויים בסוג ההליך המינהלי - מעין-שיפוטי ... העיקרון הנ"ל 'אין כוחו יפה לגבי כל הליך והליך; פעמים אין הוא מחייב את המינהל אפילו עלול ההליך להביא לפגיעה בזכותו של אדם'. הדברים הנ"ל נאמרו בקשר לדיוני ועדת חקירה שדנה במיוחד בענייניו של העותר וקל וחומר שהם חלים על קבלת החלטות מינהליות שאינן מכוונות נגד העותר המסוים בלבד או אפילו נגד סוג האנשים שאליהם שייך העותר".

422. אחד מן החריגים העיקריים לזכות הטיעון ימצא בכלל שלפיו אין לו ליחיד זכות להישמע בטרם החלטה שאופייה שילטונית-ריבונית חרף זאת שהיחיד עלול להיפגע מביצועה של אותה החלטה. עמד על כך השופט מ' זילברג

"יסבורני כי אין לזוז מן ההלכה הוותיקה והמושרשת, שאין גוף אדמיניסטרטיבי רשאי לפגוע באזרח מכוח הוראה מסויימת, אלא אם-כן ניתנה לו תחילה אפשרות הוגנת להשמעת הגנתו. חובה זו, כמובן, אינה חלה על פעולות תחקיקתיות, או על פעולות בעלות אופי שלטוני-ריבוני במובנו הנכון של מונח זה" (שם, עמ' 1509).

423. הלכה ותיקה זו – שבאחד הימים אפשר יימצא כי יש לקבוע לה גדרים וסייגים – הוחלה על חקיקת הכנסת (פרשת Nimrodi, עמ' 157-158; בג"ץ 7610/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת נ' שר הפנים (טרם פורסם), וכמותה על חקיקת מישנה בת פועל תחקיקתי. עמד על כך פרופ' זמיר בכותבו בספרו (שם, 802):

"במשפט ברמן נגד שר הפנים, בו נקבע כי חובת השימוע חלה על כל ההחלטות המינהליות שיש עמן פגיעה, נאמר גם כי 'חובה זאת, כמובן, אינה חלה על פעולות תחקיקתיות'. הכוונה היא שאין החובה חלה, "כמובן", על חקיקת-משנה, כגון תקנות וצווים למיניהם, הנעשית על ידי שרים, עיריות ורשויות אחרות..."

424. קביעה משפטית זו, שלפיה אין לו ליחיד זכות להישמע בהליכים טרום חקיקת-מישנה בת פועל תחקיקתי, חרף השפעתה של חקיקת-המישנה על זכויותיו, זכתה לאישור במשפט ישראל (ראו, למשל: פרשת המועצה הישראלית לצרכנות, עמ' 334; ב' ברכה, משפט מינהלי 223 (כרך א', תשמ"ז-1987); י' דותן, הנחיות מינהליות 126-125 (תשנ"ו-1996); ר' הר-זהב, המשפט המינהלי הישראלי 292 (תשנ"ז-1996)). הלכה זו מקובלת גם במשפט המשווה. כך, למשל, בבריטניה אין חובה לשמוע את היחיד בהליכי חקיקה וחקיקת מישנה אלא אם כן נקבעה הוראה מפורשת בחוק. ראו, למשל: (Wade & Forsyth, Administrative Law 544 (8th. ed., 2000):

"There is no right to be heard before the making of legislation, whether primary or delegated, unless" "provided in the statute."

ראו עוד: de Smith, Woolf & Jowell, Judicial Review of Administrative Action (5th. Ed., 1995), pp. 415-416, 486. כך גם בקנדה: S. Blake, Administrative Law in Canada, 1992, 128; כך גם באוסטרליה: (S.D. Hotop, Principles of Australian Administrative Law (6th. ed., 1985), 120 ff.

425. אמת, הלכה זו המורה כי רשות המחוקקת חקיקת מישנה בת פועל תחקיקתי פטורה מחובת השמיעה חייבה עצמה בביקורת לא מעטה, ונשמעו קולות המבקשים לסטות ממנה ולקבוע כי יש לאפשר זכות השמעת טענות לנפגעה בכוח של תקנה חדשה, ובלבד שדרך השמעת הטענות תותאם לנסיבות ולא תשבש את פעילותה של הרשות (ראו, למשל: פרשת הפניקס הישראלי, עמ' 86; בג"ץ 3536/92 סווירי נ' עיריית הרצליה, פ"ד מז(1) 125, 144; זמיר, שם, עמ' 803; ברכה, שם, עמ' 199, 223-225; א' ברק, "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המישנה", הפרקליט כ"א 463, 473, 476 (תשכ"ה-1964/65)). לא נכחד כי טעמי המסתייגים טעמים כיבדי מישקל הם, אלא שעד-כה, וחרף ההסתייגויות, לא נתחולל שינוי בהלכה, וכפי שמציין פרופ' זמיר בספרו: "לאחרונה מסתמנת מחשבה שנייה אצל בתי המשפט, המצדדת בחובת שימוע גם בהתקנת תקנות, אם כי מחשבה זו עדיין לא הגיעה לכדי הלכה" (שם, 803).

426. עמדת המדינה בתשובתה לעתירות נסמכת על ההלכה כי צווי הפינוי הינם תקנה בת פועל תחקיקתי, ומכאן שראש הממשלה ושר הביטחון לא חבו לעותרים חובה לשומעם קודם שחתמו על צווי הפינוי וקודם פירסומם של הצווים. העותרים אינם חולקים על קיומה של ההלכה, ומשיבים הם למדינה בשניים אלה: אחד, גם אם נקבל את ההלכה כהלכה שרירה וקיימת, אין ההלכה תופשת בענייננו הואיל וצווי הפינוי אינם כלל תקנה בת פועל תחקיקתי. אותם צווים, כך טוענים העותרים, אין הם כלל נורמה כללית ומופשטת – כסימנה המובהק של תקנה בת פועל תחקיקתי – הואיל וחלים הם על מספר סופי ומוגדר של מתיישבים ידועים. מכאן שיש לראות את הצווים כאוסף של צווים אינדיווידואליים. ובהיותם של צווי הפינוי צווים אינדיווידואליים, ממילא תחול עליהם ההלכה החלה על כל צו אינדיווידואלי, דהיינו, שנטל הוטל על ראש הממשלה ועל שר הביטחון לשמוע את טיעוניהם של כל מתיישב ומתיישב קודם שחתמו על צווי הפינוי. טענתם השנייה של העותרים בהקשר זה היא, שאמנם הילכת התקנות בנות פועל תחקיקתי – הלכה היא, אלא שהגיעה העת לשנות מן ההלכה ולחייב בעלי סמכות בשמיעת הנפגעים-בכוח גם בהליכי חקיקת מישנה. על שני אלה מוסיפים העותרים וטוענים, כי גם אם אמרנו שהצווים מהווים חקיקת מישנה, החלטת הממשלה שקדמה לצווים לא היתה בגדר חקיקת מישנה, וממילא שומה היה על הממשלה לשמוע אותם בטרם קיבלה את החלטתה. טענות העותרים אינן מקובלות עלינו, ובסמוך נסביר מדוע כך.

427. לעניין חובת השמיעה בעניינה של חקיקת מישנה, הילכת ברמן הוותיקה היא ההלכה השוררת כיום בישראל, ואף שהיו מי שהסתייגו ממנה – ויש ממש בביקורת, למיצער בסוגים מסוימים של חקיקת-מישנה – ההלכה לא שונתה מעולם. העותרים סבורים אמנם כי הגיעה עת שינוי, אלא שלא נמצא לנו כי העניין שלפנינו מצדיק שינוי שכזה. טעם הדבר: אחד הנימוקים העיקריים להלכה הקובעת כי אין הרשות חייבת לשמוע את היחיד בטרם תתקין תקנה בת פועל תחיקתי, נעוץ בקושי המעשי לקיים חובת שמיעה לציבור רחב של אנשים. החשש הוא שמא קיומה של חובת שמיעה תפגום ותשבש את ההליך המינהלי ואפשר אף תמנע חקיקתה של חקיקת מישנה באורח תקין. עמד על כך פרופ' זמיר בספרו (שם, 802-803):

"... [בהחלטות בעלות פועל תחיקתי קשה במיוחד לקיים את חובת השימוע, כיוון שהן מופנות בדרך כלל אל ציבור רחב, ולא פעם אל כלל הציבור. אם הרשות המתקינה היתה מחוייבת לשמוע כל מי שעלול להיפגע מתקנות, היה מקום לחשוש שקיום החובה ישבש את תפקודה באופן חמור, ואולי אפילו ירפה את ידיה וימנע בעדה למלא את תפקידה כמחוקק-משנה. אכן, אין לזלזל בשיקול זה כלל ועיקר".

והשוו גם לדבריו של השופט ש' אשר בפרשת בבצ'וק (עמ' 380):

כל החלטה מנהלית של הנהלת הבורסה עלולה בצורה זו או אחרת לפגוע באינטרסים של סוג זה או אחר של משקיעים, אך אין זה מתקבל על הדעת שכל האנשים המשתייכים לסוג אינטרסנטים מסוים יוזמנו להביע את דעתם לפני שתקבל הבורסה החלטה מנהלית כלשהי.

כך אף בפרשת Nimrodi (עמ' 158, מפי השופט א' ברק) לעניין חקיקת הכנסת: "הטלת חובת שמיעה ... היתה משבשת את הליך החקיקה של המחוקק העליון בשיטת המשפט".

428. אין ספק בעניינינו, כי טעם זה מתקיים בעניינינו במלואו. היענות לבקשת העותרים פירושה הוא, כי עד שראש הממשלה ושר הביטחון יורשו לצוות צווי יישום התנתקות, נטל יוטל עליהם לשמוע – בכל דרך שהיא – אלפי מתיישבים ובעלי בתי עסק העלולים להיפגע מתוכנית ההתנתקות ומצווי הפינוי. אין ספק קל בדעתנו, כי שמיעתם של העותרים ושל אחרים במעמדם – ולו באמצעות נציגים – תביא בהכרח לשיבוש התוכנית כולה עד כדי ביטולה. נוסף ונציין, כי גם הסוברים שיש להעניק זכות שמיעה לנפגעים-בכוח קודם חקיקתה של חקיקת-מישנה, גם הם גורסים כי ניתן לשנות מן ההלכה השוררת כיום אך לא על דרך הסתם אלא על דרך זה שתחת שמיעתם של אלפי בעלי עניין תקוים שמיעה בדרכים חלופיות, כגון באמצעות נציגים ואנשי מקצוע. ראו: פרופ' זמיר, שם, 803; פרשת הפניקס הישראלי, עמ' 86, מפי הנשיא מ' שמגר. כפי שהסברנו למעלה, זכות שמיעה שכזו נתקיימה בעניינינו.

429. זאת ועוד. הנטל המוטל על בעל-סמכות לשמוע טיעוניו של נפגע-בכוח לפני החלטה, מקורו בחובה המובנת-מאליה לנהוג בהגינות כלפי הזולת; להביא לכך שמירב העובדות שלעניין יהיו לפני הרשות המוסמכת; ושלא לפגוע בסיכוי הנפגע-בכוח להעביר את רוע הגזירה, כולו או מקצתו (ראו, למשל: בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע, פ"ד (1) 757, 766-767). אשר לעניינינו, בודענו כי המאטריה בה עוסקים הצווים מאטריה לאומית-ביטחונית-מדינית ממעלה נעלה היא, וכי בעלי הסמכות שהחליטו הם הממשלה, ראש הממשלה ושר הביטחון, נתקשה לקבל כי קנויה לו ליחיד, דוגמת העותרים, זכות להשמיע טענותיו בטרם נתקבלה ההחלטה. אכן, ההחלטה על תוכנית ההתנתקות, על היקף השטח המפונה ועל מועד הפינוי, החלטה שילטונית-ריבונית היא במשמעותם הראשונית של המושגים "שילטון" ו"ריבון", ומוכרעת היא על יסוד שיקולי מדינה רחבי-היקף, בהם שיקולי שלום וביטחון, שיקולים לאומיים ובינלאומיים, שיקולים של יחסי-חוץ עם העולם הערבי ועם העולם כולו, שיקולים כלכליים ועוד. ובלשונו של השופט זילברג בפרשת ברמן (עמ' 1509): עניינינו הוא "בפעולות בעלות אופי שלטוני-ריבוני במובנו הנכון של מושג זה". המדובר הוא בהחלטה שזכתה לעיגון מפורש בחוק הכנסת, והיתה זו הכנסת שקבעה את השטח המיועד לפינוי. זוהי החלטה הנוגעת לאזרחי המדינה כולם ולא רק למתיישבים או לבתי העסק הנמצאים באזורים המיועדים לפינוי. בנסיבות אלו לא קמה להם לעותרים – כפי שלא קמה לכל יחיד אחר המתנגד לתוכנית ההתנתקות במתכונת שנתקבלה – הזכות המשפטית להשמיע טענותיהם לפני הממשלה או לפני ראש הממשלה ושר הביטחון שחתמו על הצווים. הממשלה, ראש הממשלה ושר הביטחון, רשאים היו לקבל את החלטותיהם על יסוד השיקולים המקצועיים שעמדו נגד עיניהם מבלי ששמעו כל מתיישב ומתיישב וכל יישוב ויישוב.

430. השיקולים להיעדר זכותם של העותרים להשמיע טענותיהם, שיקולים זהים או דומים הם, הן לעניין החלטתה של הממשלה הן לעניין החלטתם של ראש הממשלה ושר הביטחון (בנושא צווי הפינוי). אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן שהחלטת ראש הממשלה ושר הביטחון החלטה היא הנגזרת במישרין מהחלטת הממשלה ומחוקק יישום ההתנתקות גם-יחד. באשר להחלטת הממשלה על ההתנתקות, נוסף ונזכיר שהלכה פסוקה היא מלפנינו, כי נוכח טיבן של החלטות הממשלה, מעמדה של הממשלה, דרך קבלת החלטות, אופיין של החלטות ורוחב היקפן, אין מוטלת על הממשלה חובה לשמוע כל מי שעלול להיות מושפע מן החלטות. די לה לממשלה כי תקבל את המידע הרלוונטי באמצעות אנשי המיקצוע ונושאי התפקידים הרלוונטיים. עמדה על כך לאחרונה, בהקשר דומה, השופט ד' ביניש, באומרה בבג"ץ 963/04 לויפר נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) (להלן – פרשת לויפר), בפסקה 6 לפסק הדין):

"כעולה מתגובת המדינה, הממשלה וועדות השרים הפועלות מטעמה, אינן נוהגות לזמן עדים בפניהן ונתונים המשמשים בסיס להחלטותיהן מוצגים להם באמצעות נושאי תפקידים רלוונטיים המניחים חומר כתוב הנאסף או מוגש באמצעותם. נוכח טיבן של החלטות ממשלתיות ואופיין המדיני, אין כל פסול בעקרונות שקבעה לעצמה הממשלה בכל הנוגע להכנת התשתית העובדתית לקבלת החלטותיה".

(ראו עוד: בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(3) 459, 493, והאסמכתאות בו). אמת, כפי שמציינים העותרים, ניתן להבחין בין נסיבותיה של פרשת לויפר לבין עניינינו-שלנו, אלא שלא נמצא לנו כי השוני בין הפרשות גורע מיישומה של הילכת-היסוד. דעתנו היא, כי בנסיבות העניין שלפנינו רשאים היו הכנסת, הממשלה, ראש הממשלה ושר הביטחון, לקבוע את היקף השטח שיפונה ואת מועד הפינוי בייסודם עצמם על מידע שהובא לפנייהם בידי גורמי המקצוע ועל פי השיקולים שלעניין, מבלי שנדרשו לשמוע את העותרים ואחרים כמותם.

431. מוסיפים העותרים וטוענים, כי אפילו נחליט שלא לשנות מהילכת ברמן (לעניין חקיקת מישנה), אין הלכה זו חלה על צווי הפינוי, שכן צווים אלה אינם תקנה בת פועל תחיקתי אלא צווים אינדוידואליים המופנים למספר סופי וידוע של אנשים. ומתוך שכן, חייבים היו ראש הממשלה ושר הביטחון לשמוע את המתיישבים קודם שחתמו על צווי הפינוי, הכל כהילכת ברמן ובנותיה. וביודענו כי המתיישבים לא נשמעו קודם החתימה על צווי הפינוי, מסקנה נדרשת היא כי צווים אלה נעדרים כל תוקף משפטי. בטוענם כן מסתמכים העותרים על ההלכה הידועה שנפסקה (מפי השופט י' זוסמן) בפרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ (ע"פ 213/56, פ"ד יא 695, 701 (להלן – פרשת אלכסנדרוביץ)), ולפיה תקנה בת פועל תחיקתי שני מאפיינים לה:

"ראשית: כי תקבע התקנה נורמה משפטית, ותביא בדרך זו לשינוי במשפט הנוהג במדינה,

ושנית: כי תהא זאת נורמה כללית או 'מופשטת', היינו נורמה המופנית אל הציבור כולו, או לפחות אל חלק בלתי מסויים ממנו, שלא נקבע לפי שמותיהם של המוענים אליהם מכוונת התקנה, ואילו תקנה אשר אין בה כל נורמה, או שיש בה נורמה אשר לא הופנתה אל הציבור 'בעילום שם', אלא באורח קונקרטי לאדם מסוים הנקרא בשמו, או לאנשים מסוימים הנקראים בשמם, וכל תקפה מתמצה לגבי אדם זה או אנשים אלה, תקנה כזו אינה תקנה בת-פעל תחיקתי הטעונה פרסום לפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות".

432. טענה זו אינה מקובלת עלינו. העותרים סבורים כי הצווים מופנים אך אל ציבור המתיישבים – שהם ציבור מוגדר וידוע – ומכאן שלא נתקיים בהם מאפיין הכלליות שנקבע בפרשת אלכסנדרוביץ. ואולם לא אלה הם פני הדברים. חוק יישום ההתנתקות, וכמותו צווי הפינוי, מהווים נורמה כללית החלה על כל מי שהוא "ישראלי" – כהגדרתו בסעיף 1 לחוק יישום ההתנתקות: "אדם הרשום במרשם האוכלוסין לפי חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965", ו"לרבות מי שניתן לו רישיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952", כהוראת סעיף 23(ה) לחוק – ולא אך על המתיישבים. כך, למשל, בתקופה מסוימת הוגבלה הכניסה לשטח המפונה והשהייה בו (סעיף 23 לחוק); נאסרה הכניסה לשטח והשהייה בו החל ביום הפינוי (סעיף 24 לחוק), ועוד. כל הגבלות ואיסורים אלה, לרבות החריגים להם, הוטלו על מי שהוא "ישראלי" ולא אך על תושב שטח העומד להיות מפונה. החוק והצווים מטילים אפוא חובות ואיסורים על כל הציבור כולו ולא אך על המתיישבים המתגוררים באזור. אכן, כבר נפסק בעבר כי צו האוסר על כניסה לאזור פלוני מטעמי ביטחון, צו הוא בן פועל תחיקתי: בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1484, 1484; וכפי שנאמר בפרשת קליין:

"צו המורה על סגירתו של שטח מטיל איסור על כל הציבור כולו, ועל-כן מתקיים בו התנאי השני להיותו בן-פועל תחיקתי" רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 508).

(ראו עוד: פרשת אלכסנדרוביץ, 698). הלכה זו חלה על עניינינו במישרין. לא נעלם מעינינו, כמובן, כי המתיישבים יושפעו מן הצווים בעוצמה רבה מיתר אזרחי המדינה – בוודאי כך בשלב הפינוי – אלא ששוני זה נובע מן הנסיבות ולא ממעמדו של הצו כצו בן פועל תחיקתי. אכן, לא יחלוק איש על כי הוראות הצווים חלות במידה שווה על כלל תושבי המדינה, אף אם אין הם מתגוררים ואין הם עוסקים בשטח המיועד לפינוי. פועלם של הצווים חל אפוא על הציבור כולו ולא אך על המתיישבים, ומכאן שיש לראות בהם תקנה בת פועל תחיקתי.

433. יתר-על-כן: גם לו החילו הצווים עצמם רק על תושבי השטחים המיועדים לפינוי, גם-אז נוטים היינו לראות בהם תקנות בנות פועל תחיקתי ולו בשל דרך ניסוחם והחלתם על ציבור רחב ביותר. טול, למשל, תקנות המטילות חובות על מי שהוא בזמן נתון עורך-דין או מהנדס רשוי או בעל רישיון טיס. לא יחלוק איש על כי אותן תקנות – תקנות בנות פועל תחיקתי הן, אף שמחילות הן עצמן על חבר אנשים מסויים וספציפי (ראו והשוו: זמיר, שם, 930). ניסוחן של התקנות כתקנות בנות פריסה כללית, ובהנחה שהמתקין לא הושפע על-ידי מניע זר (השוו: בג"ץ 121/68 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כב(2) 551, 558-560), עושה אותן תקנות בנות פועל תחיקתי החייבות אף בפרסום ברשומות. וראו עוד סימן ההיכר השני שנתן השופט י' זוסמן בפרשת אלכסנדרוביץ בתקנה בת פועל תחיקתי.

434. העותרים מסווגים את צווי הפינוי כאגד של צווים אינדיווידואליים המכוונים למתיישבים בשטחים המיועדים לפינוי, ומסיווג זה מבקשים הם ללמוד על החובה שהיתה מוטלת על ראש הממשלה ועל שר הביטחון לשמוע את טענותיהם של המתיישבים עובר לחתימה על הצווים. אלא שהלוך מחשבה זה בטעות יסודו. אכן, תקנה בת פועל תחיקתי עשויה שתשפיע במישרין על מערך זכויות וחובותיו של היחיד, כמוהו כצו אינדיווידואלי המכוון אל היחיד. ואולם טעות קונצפטואלית היא לסווג תקנה בת פועל תחיקתי כאגד של צווים אינדיווידואליים. תקנה בת פועל תחיקתי שונה במהותה מצו אינדיווידואלי. מעשה מיקשה היא, ואין היא ניתנת לחלוקה לרצועות-רצועות. עמד על כך השופט מ' חשין בפרשת קליין, וכה היו דבריו (שם, 550):

"הכלל שיש בכלל מאתיים מנה', לא יגזור עבורנו סמכות להוציא צווים אינדיבידואליים מתוכה של סמכות להתקין תקנות בנות-פועל תחיקתי. אמנם, השלם כולל כעקרון את החלק (omne majus continent in se), אך במה דברים אמורים במקום בו ניתן לראות את השלם כניתן לחלוקה על-פי עצם טיבו - כמאתיים שהם מנה ועוד מנה; ואילו במקום שהשלם עומד לעצמו והוא מעשה-מיקשה שאינו ניתן לחלוקה, שוב לא יכול השלם את החלק. ההלכה שהמרובה כולל את המעט, על מכונה היא עומדת 'ואולם יש וכלל זה, על אף ההגיון שבו, אינו משקף את מטרת התחיקה...': ... וכן הוא בענייננו. כבש המהלך על רגליו הוא כבש ואין הוא ראש כבש וגופו של כבש וארבע רגליים ואליה וצמר-כבש. 'הסמכות להטיל עונש-מוות - סמכות להעניש בקטיעת אברים לאו במשמע'..."

435. כזו היא החלטת הממשלה וכאלה הם הצווים שלפנינו. גם ההחלטה גם הצווים אין הם ניתנים לחלוקה. בני פועל תחיקתי הם ותחום חלותם על הציבור כולו.

436. סוף דבר: מסקנתנו היא כי לא הופרו זכויות העותרים להשמיע טענותיהם לפני הממשלה, ראש הממשלה ושר הביטחון, וטיעוניהם בנושא זה דינם להידחות.

(5). כשישה חודשים נקצבו למתיישבים לפני פינוי; העומדת תקופת-חודשים זו במבחן הסבירות והמידתיות?

437. הוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות קובעת כי לאחר שהממשלה תחליט על פינוי ישובים, יקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון, בכפיפות לסייגים מסוימים, את מועד הפינוי. ובלשון החוק: לאחר החלטת הממשלה -

צווים בדבר פינוי והגבלת כניסה

22. (א) ... יקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון, בצו, את השטחים שיפוננו, ולגבי כל שטח - את יום פינוי; יום הפינוי שייקבע בצו יהיה בתום חמישה חודשים לפחות מיום פרסומו, אלא אם כן שוכנעה הממשלה שטעמים חיוניים מצדיקים קביעת יום פינוי קרוב יותר; צו הקובע יום פינוי קרוב יותר טעון אישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; צו שהוצא לפי סעיף קטן זה יונח על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת לידעתה.

438. בתוקף סמכותם זו ציוו ראש הממשלה ושר הביטחון, ביום 20.2.2005, את צווי הפינוי, וקבעו בהם כי יום הפינוי, הן של חבל עזה הן של השטח בצפון השומרון, יהיה יום 20 ביולי 2005, דהיינו, חמישה חודשים מיום פירסום הצווים. נוסף ונזכיר כי לימים תוקנו צווים אלה כמתכונתם המקורית, ובתיקון נקבע כי יום הפינוי יהיה יום "באב תשס"ה" (15.8.2005), דהיינו, חמישה חודשים ועשרים ושישה ימים מיום פירסום הצווים המקוריים. הטענות שנשמעו לפנינו סבו את תקופת חמישה החודשים שנקבעה בתחילה, ולמותר לומר כי נדבר עתה על המועד החדש של חמישה חודשים ועשרים ושישה ימים.

439. העותרים תוקפים בחריפות את מועד הפינוי כפי שנקבע בצווי הפינוי. לטענתם, תקופת החודשים שנקבעה בצווים לפינוי תקופה בלתי סבירה ובלתי מידתית היא. אין בה באותה תקופה כדי לאפשר למתיישבים להתארגן כראוי לקראת פינויים, למצוא פתרונות דיור חלופיים הולמים, לרשום את ילדיהם כנדרש למוסדות חינוך, להשלים העברת עסקיהם למקומות אחרים, למצוא מקומות עבודה חדשים ועוד. פינוי והשתקעות במקום חדש כרוכים בהליכים ארוכים וסבוכים, וחמישה חודשים רחוקים מלספק את הצרכים. קביעת מועד הפינוי כפי שנקבעה עלולה להביא להתמוטטותם של עסקים, של מפעלים ושל משקים, ולהבטלתם מעבודה של המתיישבים. העותרים מפרטים בעתירותיהם עד מה מורכבת היא מלאכת הפינוי וההשתקעות מחדש, ומה ארוכים הם ההליכים עד שיהא באפשרותם לנטוע עצמם במקום מגורים או במקום עסקים חלופי. בהקשר זה מדגישים העותרים, במיוחד, כי בפרק זמן קצר זה של חמישה חודשים לא ניתן יהיה להעתיק ישובים בשלמותם כפי שמורה אותנו חוק יישום ההתנתקות באחת ממטרותיו (סעיף 1(4) לחוק: "חוק זה מטרתו להסדיר את העניינים שלהלן, לשם יישום תוכנית ההתנתקות: ... (4) העתקת מקומות מגורים של קבוצות מתיישבים והעתקת אגודות

שיתופיות התיישבותיות למקומות חלופיים, לפי הוראות חוק זה"י). העתקה קהילתית זו, שסעיף 85 לחוק מפרט בה, אינה בת-ביצוע בפרק זמן כה קצר, ובוודאי שאין היא אפשרית בשים לב למחדליה של הממשלה אשר לא נערכה כלל להעתקה מעין זו: היא לא הציעה למתיישבים ישובים אליהם יוכלו לעבור כקהילה אחת ואף לא יזמה פעילות כלשהי בנושא עד לשלהי שנת 2004, שעה שהציעה הקמתם של שני ישובים חדשים (חלוצית ושלומית) באזור בו אין המתיישבים מעוניינים להתיישב. מחדלים אלה הביאו לכך שהמתיישבים יאלצו לעבור שתי עקירות – האחת למגורים זמניים והשנייה, לאחר שנה או שנתיים, לישוב קבע. פגיעה נוספת וקשה זו יכולה היתה להימנע אילו ניתן למתיישבים ולממשלה פרק זמן ארוך יותר להתארגנות ולמעבר.

440. חמישה חודשים, כך טוענים העותרים, תקופה קצרה היא יתר-על-המידה, ובקובעם תקופה זו שקבעו העידו ראש הממשלה ושר הביטחון על עצמם כי לא שקלו בדעתם כנדרש, ומכל מקום, כי הכרעתם הכרעה בלתי סבירה ובלתי מידתית היא. אכן, כך טוענים העותרים, פרק זמן של חמישה חודשים יהפוך את הפינוי לאירוע טראומטי, יגביר את הפגיעה במפונים וימנע את קליטתם במקומות חדשים באורח ראוי ומכובד כיאה להם. כן מפרטים העותרים בניזקי הנפש שיגרמו למתיישבים, ולו משום שלא ניתנה להם שהות מספקת לעכל נפשית את הטרומה של הפינוי. עוד טוענים העותרים, כי ראש הממשלה ושר הביטחון לא נימקו כיאות וכנדרש את לוח הזמנים שקבעו: לוח זמנים בהול וחפוז, לטענתם, ויש אף הטוענים כי שיקולים זרים הניעו אותם לקבוע מועד פינוי שקבעו. עתירת העותרים היא, אפוא, כי יבוטלו צווי הפינוי שפורסמו וכי בית המשפט יורה את ראש הממשלה ואת שר הביטחון כי יקבעו תקופות זמן סבירות וראויות לפינוי. מיקצת מן העותרים אף מציעים פרק זמן ראוי, לדעתם, למעשה הפינוי, והוא בין שנה לבין שלוש שנים.

441. המדינה כופרת בטיעוני העותרים ולטענתה פרק הזמן שנקבע בצווים פרק זמן סביר ומידתי הוא. לגירסתה, המועד שנקבע – הן בחוק הן בצווי הפינוי – מהווה איזון ראוי, סביר ומידתי, בין הצורך והאינטרסים החיוניים המחייבים השלמתו של תהליך ההתנתקות תוך פרק זמן קצר, ובין הזכויות והאינטרסים של המפונים. לטענת המדינה, עיתוי השלמת הפינוי כפי שנקבע נודעת לו חשיבות נעלה משיקולים בינלאומיים, מדיניים ובטחוניים, ובה בעת פועל הוא גם לטובת המפונים ולטובת ילדיהם. אכן, כך טוענת המדינה, קביעת משך הזמן עד לפינוי אין זה ראוי לה כי תיעשה אך-ורק מנקודת ראותם של המתיישבים. במיכלול השיקולים נודע מישקל חשוב וכבד לצרכים המדיניים והביטחוניים של ישראל, וצרכים אלה מלמדים בעליל כי יש לקצר ככל הניתן את שהותם של ישראל ושל ישראלים בחבל עזה ובצפון השומרון. יתר-על-כן: שינוי מועד הפינוי כעתירת העותרים עלול לפגוע בהתקדמות המדינית שהושגה לאחרונה, בין היתר על רקע תוכנית ההתנתקות. שינוי מועד הפינוי עלול להביא להפרת השקט (היחסי) שהושג בחודשים האחרונים ולשיבוש בהליכים המדיניים, בעיקר על רקע הציפייה שנוצרה כי תוכנית ההתנתקות תסתיים בשנת 2005.

442. זאת ועוד: הצגת הדברים כמו עמדו לרשות המתיישבים חמישה חודשים בלבד, יש בה טעות אופטית, אם נזכור את ההליכים שקדמו לפירסום חוק יישום ההתנתקות וצווי הפינוי. ראש הממשלה הכריז על כוונתו לזיום הליך פינוי כבר בסוף 2003; ביום 6 ביוני 2004 אישרה הממשלה את תוכנית הפינוי; וביום 25 באוקטובר 2004 אישרה הכנסת את החלטת הממשלה. אם אין די באלה, הנה לאחר החלטתה של ועדת השרים לענייני ביטחון מיום 14.9.2004, יכלו המתיישבים לפנות למינהלה בבקשה לקבל מיקדמות או הלוואות לעסקים כדי להתחיל בהיערכות לקראת הפינוי (ראו בעניין זה: פרשת שמעוני). המדינה מוסיפה ומדגישה, כי העותרים זוכים לתמיכה מלאה מצד כל מוסדות המדינה, וכי אין הם נשלחים לדרכם לבדם. עוד מציינת המדינה כי נעשו תכניות בפרק זמן קצר כדי להעניק למפונים את מלוא האפשרות להמשיך בשיגרת חייהם מחוץ לאזור המפונה. בהקשר זה מדגישה המדינה, כי לצימצום הפגיעה במתיישבים הכירה המינהלה מלכתחילה בחשיבות העברתן של קהילות שלמות לישובים חדשים, ואף פעלה להגשמתה של מטרה זו באמצעים שונים. אלא שפעילות זו, כמוה כמימושם של יתר הסעדים הקבועים בחוק, תלויה בשיתוף פעולה מצידם של המתיישבים. חרף זאת, מסתבר כי רובם של המתיישבים טרם החלו פועלים באופן ממשי כדי להסדיר את פינויים, בהעדיפם – כחלק ממאבקם למניעת יישומה של התוכנית – שלא לשתף פעולה עם המינהלה. טענתם של העותרים כי אין די זמן לפינוי צריכה להיבחן אם כן לרקע אי שיתוף פעולה מצידם בכל הנוגע להליכי הפינוי.

443. על רקע חילוקי דעות אלה הוטל עלינו להכריע בשאלה אם בקובעם בצווי הפינוי תקופה בת חמישה חודשים ועשרים ושישה ימים לפינוי, פעלו ראש הממשלה ושר הביטחון בתחומי סמכויותיהם ובשיקול דעת ראוי, או שמא נפל פגם בשיקול דעתם, פגם מהותי שיש בו כדי לפסול את מועד הפינוי כפי שנקבע בצווים.

444. הכל יסכימו כי על-פי הוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות, קנו ראש הממשלה ושר הביטחון שיקול דעת לקבוע את מועד הפינוי, בכפיפות לסייגים אלה: אחד, יום הפינוי חייב להיות בתום חמישה חודשים לפחות מיום פירסום צו הפינוי; ושניים, הממשלה מוסמכת לקבוע יום פינוי קרוב יותר, אם שוכנעה כי טעמים חיוניים מצדיקים זאת. בה-בעת, לא יחלוק איש על-כך שראש הממשלה ושר הביטחון מוסמכים על-פי הוראת סעיף 22(א) לקבוע יום פינוי מאוחר מאותם מחמישה חודשים ועשרים ושישה ימים שקבעו. טיעוניהם של העותרים ושל המדינה מרכזים עצמם אפוא ברווח זה שבין חמישה חודשים ועשרים ושישה ימים לבין תקופה ארוכה יותר: העותרים טוענים לתקופה ארוכה יותר – ארוכה יותר בהרבה – ואילו המדינה טוענת כי התקופה שנקבעה – תקופת חמשת החודשים ועשרים ושישה ימים – תקופה סבירה וראויה היא.

445. שיקול הדעת בקביעת מועד הפינוי כפוף – ככל שיקול דעת מינהלי ושילטוני – לעקרונות הסבירות

המידתיות. חריגה מעקרונות אלה עלולה לפגום בשיקול הדעת ואף להביא לפסלותו מכל-וכל. אשר לשיקול הדעת לגופו, חייבים בעלי הסמכות למצוא איזון ראוי בין האינטרסים המושכים לעברים שונים לעניין מועד הפינוי: מזה האינטרסים המדיניים והביטחוניים של המדינה, ומזה עוצמת הפגיעה במתיישבים, והכל לעניין קביעת מועד פינוי זה או אחר. איזון זה, למותר לומר, איזון תלוי-נסיבות הוא. וכפי שקראנו בספרו של א' ברק, פרשנות במשפט 548-549 (כרך ג', 1994):

"פסקת ההגבלה מחייבת ... עריכתו של איזון, המגלה רגישות להקשר שבו הוא נעשה. יש להימנע מתפיסה נוקשה, אשר אינה מתחשבת בהקשר, יש להמנע מקיצוניות באשר לזכויות הפרט ומקיצוניות באשר לאינטרס הציבורי..."

... כאשר חופש הביטוי מתנגש בזכות לפרטיות, יש לאזן את הזכויות המתנגשות תוך התחשבות בהקשר, יש להתחשב בסוג הביטוי ובמהות הפגיעה בפרטיות. לא הרי ביטוי פוליטי כהרי ביטוי מסחרי, ולא הרי פרטיות הבית כהרי פרטיות הדיונים בבית המשפט. במסגרת איזון זה, המתחשב בהקשר, יש ליתן לכל זכות את מלוא ההגנה הראויה".

וכדברו של השופט א' גולדברג בבג"ץ 411/89 תנועת נאמני הר-הבית וארץ ישראל נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד מג (2) 17, 21:

"בחינת סבירותם של האמצעים שבידי המשטרה לנקוט כדי להבטיח את הסדר הציבורי בעת התהלכה אינה נעשית על פי אמת מידה תיאורתית, אלא בהתחשב במכלול הנסיבות הקונקרטיות, ובכלל זה נסיבות של הזמן והמקום".

(ראו עוד: בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 416-417). כך על דרך הכלל וכך בענייננו. משבאים אנו לבחון את השאלה אם מועד הפינוי שנקבע בצווי הפינוי עומד במבחני המידתיות והסבירות, אין אנו עושים בחלל הריק או באורח מופשט נטול-הקשר. שומה עלינו לבחון האם בנסיבות הקונקרטיות שבפנינו – נסיבות הזמן, המקום והמיסגרת בה עושה המדינה – פעולת הרשות פעולה מידתית היא.

446. הנה-כי-כן, לא הרי פינוי כהרי פינוי. לא הרי פינוי מפאת התרעה על רעידת אדמה קשה העומדת להתרחש תוך 24 שעות כהרי פינוי של דייר מדירה עקב אי תשלום שכר דירה; ולא הרי פינוי מפאת התקפת אוויר קשה כהרי פינוי בשל הסגת גבול. אכן, נסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה, מהן נוצקים השיקולים מכאן ומכאן, והן שתלמדנה אותנו על עוצמות האינטרסים והזכויות המתנגשים ביניהם. שיקול האינטרסים הספציפיים בנסיבות הנתונות הוא שיכריע את הכף. ומה בענייננו?

447. לא נכחד כי תקופת הפינוי שנקבעה בצווי הפינוי – תקופה בת כשישה חודשים – תקופה קצרה היא. אמנם, המתיישבים ידעו תקופה לא קצרה קודם פירסום הצווים כי תוכנית ההתנתקות קורמת עור ומעלה גידים, ולכאורה יכולים היו להיערך לקראתה. ואולם יש ממש בטענתם כי האמינו שיעלה בידיהם, באמצעים דמוקרטיים, למנוע את קבלתה ויישומה, וכי חוק יישום ההתנתקות לא יזכה לרוב בכנסת. חמישה חודשים ועשרים ושישה ימים הם אפוא חמישה חודשים ועשרים ושישה ימים, לא פחות אך גם לא יותר. ועוד נסכים, כי תקופת חודשים זו של כשישה חודשים תקשה על המתיישבים ותעצים את הפגיעה בהם, הן מבחינה פיננסית הן מבחינה נפשית. כן יש בו בפינוי המהיר כדי להקשות על התארגנות לקראת התיישבות מחדש, הגם שלא ניתן להתעלם מסירובם של המתיישבים לשתף פעולה עם הרשויות בפינוי מסודר של חבל עזה וצפון השומרון. אחרי כל אלה, השאלה הנשאלת היא, אם פגיעות אלו במתיישבים, פגיעות חמורות ככל שהן, מכריעות הן את הכף במישקלן אל-מול האינטרסים העומדים מנגד, האינטרסים המדיניים והביטחוניים.

448. כפי שאמרנו בראשית דברינו, הכנסת והממשלה קיבלו הכרעות מדיניות קשות, הכרעות הנושאות אופי לאומי-היסטורי ממש, לנתק את ישראל מחבל עזה ומשטח מסויים בצפון השומרון. הגשמתה של מדיניות זו הלכה למעשה היא המצויה בתשתית החלטתם של ראש הממשלה ושר הביטחון לקבוע את מועד הפינוי ליום 20 ביולי 2005. סימן מובהק לקיומם של שיקולי מדינה, שיקולי לאום ושיקולי וביטחון נעלים כשיקולים שהוליכו את החלטת הממשלה ואת חוק הכנסת, ימצא לנו בהוראת סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות, שלפני עשויה הממשלה לקצר את התקופה לפינוי, אם "שוכנעה ... שטעמים חיוניים מצדיקים קביעת יום פינוי קרוב יותר". כמו שלמדנו לדעת, הנחת העבודה של הממשלה היא כי יש לסיים את הפינוי עד לסופה של שנת 2005. הנחת עבודה זו נשענת הן על התחייבויות בינלאומיות שנטלה המדינה על עצמה והן על החשש כי הפרת ההבנות שנוצרו בקהיליה הבינלאומית וברשות הפלסטינית תפגע פגיעה אנושה בתהליך המדיני ותרע את היחסים עם הרשות הפלסטינית. על כל אלה מרחף החשש כי דחיית הפינוי כדרישת העותרים תוביל לסיכול יישומה של תוכנית

ההתנתקות בכללותה וסופם של האירועים מי ישרום.

449. ראש הממשלה הכריז על כוונתו ליישם את תוכנית להתנתקות חד-צדדית כבר בסוף שנת 2003, ובחודש אפריל 2004 הוצגה התוכנית בנוסחה המקורי. הצגת התוכנית לוותה במהלכים בינלאומיים – בהם חליפת המכתבים מיום 14.4.2004 בין ראש הממשלה לבין הנשיא בוש. תוכנית התנתקות הובאה לאישורה של הממשלה, וזו אישרה אותה ביום 6 ביוני 2004 (החלטה מס' 1996). הרקע לתוכנית ההתנתקות מתואר בנספח א' להחלטת הממשלה, בסעיף 1 בו, הקובע וזו לשונו:

"נספח א' - תכנית התנתקות מתוקנת - עקרונות מרכזיים

1. רקע - משמעויות מדיניות וביטחוניות

מדינת ישראל מחוייבת לתהליך השלום ושואפת להגיע להסדר מוסכם על בסיס חזון נשיא ארצות-הברית, ג'ורג' בוש.

מדינת ישראל מאמינה כי עליה לפעול לשיפור המציאות הנוכחית. מדינת ישראל הגיעה למסקנה כי אין כיום שותף פלסטיני מולו ניתן להתקדם בתהליך שלום דו-צדדי. לאור זאת גובשה תכנית של התנתקות מתוקנת (להלן – התכנית), המבוססת על השיקולים הבאים:

א. הקיפאון הגלום במצב הנוכחי הינו מזיק. כדי לצאת מקיפאון זה, על מדינת ישראל ליזום מהלך שלא יהיה מותנה בשיתוף פעולה פלסטיני.

ב. מטרת התכנית להוביל למציאות ביטחונית, מדינית, כלכלית ודמוגרפית טובה יותר.

ג. בכל הסדר קבע עתידי, לא תהיה התיישבות ישראלית ברצועת עזה. לעומת זאת, ברור כי באזור יהודה ושומרון יישארו אזורים שיהוו חלק ממדינת ישראל, ובתוכם גושים מרכזיים של התיישבות יהודית, יישובים אזרחיים, אזורים ביטחוניים ומקומות בהם למדינת ישראל יש אינטרסים נוספים.

ד. מדינת ישראל תומכת במאמצי ארצות-הברית, הפועלת לצד הקהילה הבינלאומית, לקדם את תהליך הרפורמות, בניית המוסדות ושיפור הכלכלה ורווחת התושבים הפלסטיניים, על מנת שתקום הנהגה פלסטינית חדשה, אשר תוכיח עצמה כמסוגלת למלא אחר מחויבויותיה על-פי מפת הדרכים.

ה. יציאה מרצועת עזה ומאזור בצפון השומרון עשויה להקטין את החיכוך עם האוכלוסיה הפלסטינית.

ו. השלמת התכנית תשלול את תוקפן של הטענות כנגד ישראל בדבר אחריותה לפלסטינים ברצועת עזה.

ז. המהלך שבתכנית אינו גורע מן ההסכמים הרלבנטיים הקיימים בין מדינת ישראל לפלסטינים. ההסדרים הקיימים הרלבנטיים ימשיכו לחול.

ח. התמיכה הבינלאומית למהלך זה רחבה וחשובה. תמיכה זו חיונית בכדי להביא את הפלסטינים לממש בפועל את המוטל עליהם בתחומי הלחימה בטרור וביצוע הרפורמות על-פי מפת הדרכים. אז יוכלו הצדדים לחזור לנתיב המשא ומתן."

450. בהמשך הדברים קבעה הממשלה בהחלטתה, כי "הכוונה להשלים את תהליך הפינוי המיועד עד סוף שנת 2005". בעקבות החלטת הממשלה נעשו מהלכים שונים ומורכבים ליישום התוכנית ולחקיקת חוק; ביום 23.9.2004 פורסם תזכיר החוק; ביום 1.11.2004 הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת; ביום 3.11.2004 עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה; ביום 16.2.2005 נתקבל חוק ליישום ההתנתקות בקריאות שניה ושלישית; וביום 18.2.2005 פורסם החוק ברשומות.

451. מהלכים אלה כולם, לא זו בלבד שנטועים הם עמוק בשיקולי מדינה וביטחון, אלא שבעצם קיומם נוצר מצג ברור, הן כלפי פנים הן כלפי חוץ, כי מדינת ישראל – בהנהגת ממשלת ישראל – נחושה בדעתה ליישם את תוכנית ההתנתקות ולהוציאה מן הכוח אל הפועל עד לסופה של שנת 2005. הפרת ציפיות אלו עלולה להוליך לנזקים קשים שקשה לשערם. ואמנם, המדינה טוענת כי השקט (היחסי) שנשתרר ומערכת היחסים העדינה שנקשרה בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית עלולים להיפגע קשות אם יידחה המועד למימוש תוכנית ההתנתקות. ובנוסף לכל אלה ייפגע דימויה של ישראל ויחסייה עם מדינות זרות.

452. וכך, כדי שתוכל המדינה לעמוד בהתחייבויות שנטלה על עצמה, הוחלט על היערכות אשר תוביל לכך

שבסוף שנת 2005 תפנה ישראל את האזורים אותם התחייבה לפנות. בקביעת התאריך לפינוי סופי של האזורים המיועדים לפינוי נלקחו במניין הצורך לפנות את כל בסיסי הצבא והתשתיות הישראליות באזור; חגי ישראל שיהיו במהלך חודש אוקטובר; תחילת שנת הלימודים ביום 1.9.2005; והחשש כי אם תהא התנגדות לפינוי יידרש לכוחות הביטחון פרק זמן של שבועות מיספר לביצוע הפינוי. כל אלה ועוד, הולכו להחלטה כי יש לבצע הפינוי בקיץ 2005. ביני לביני, וכפי שפורסם, יידחה מועד הפינוי עד לאחר תשעה באב הנופל השנה ביום ראשון, 14.8.2005. למותר להוסיף כי שיקולים אלה שעמדו ברקע החלטתם של ראש הממשלה ושר הביטחון לקבוע את הפינוי ליום 15 באוגוסט 2005, שיקולי מדינה ולאום הם מן המעלה העליונה, שיקולים הם העומדים על סף אי-השפיות כנדרש מעקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות.

453. אכן, שיקולים אלה שעמדו ביסוד החלטת ראש הממשלה ושר הביטחון לפינוי המתיישבים עד ליום 15.8.2005 הינם שיקולים מדיניים וביטחוניים טהורים, ושיקולים מעין-אלה הינם שיקולים הניתנים, על דרך העיקרון, להכרעתן של הכנסת והממשלה. ראו בהקשר זה דברים שנאמרו בפרשת התנועה לאיכות השלטון (מפי השופט א' ריבלין):

"ביקורת שיפוטית זהירה מופעלת גם כאשר מדובר בשאלות עקרוניות של מדיניות. בית-המשפט אינו נוהג להתערב בעניינים מדיניים מובהקים' ... בית-המשפט אינו חלק מן המינהל הציבורי, ואין הוא נוהג לנהל את ענייני הממשלה. ... בייחוד כך הוא הדבר כאשר מדובר בסמכות הממשלה לנהל את מדיניות החוץ והביטחון של המדינה. 'כוחו של בעל הסמכות (הממשלה) ומהותה של הסוגיה (יחסי חוץ וביטחון; שלום או מלחמה) גורמים לכך שלממשלה מיתחם סבירות רחב בסוג עניינים זה. בגדרי אותו מיתחם לא יחליף בית-המשפט את שיקול-דעתה של הממשלה בשיקול-דעתו הוא' ... 'הבחירה בין דרכי המדיניות היא עניין לממשלה, והפיקוח על המדיניות הוא עניין מובהק לכנסת. הבחירה בגדרי מיתחם הסבירות אינה צריכה להיעשות על-ידי בית-המשפט'" (עמ' 842).

(ראו עוד: בג"ץ 6029/99 פולארד נ' ראש-הממשלה ושר הביטחון, פ"ד נד (1) 241, 248-249; בג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר-הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד (1) 199, 204).

454. נסכם אפוא דברינו עד כה וכך נאמר: ענייננו הוא בשאלה אם החלטתם של ראש הממשלה ושר הביטחון לקבוע את מועד פינוי הישובים ליום 15 באוגוסט 2005, החלטה בלתי מידתית היא, החלטה היא החורגת ממיתחם המידתיות בקביעת האיוון בין השיקולים המושכים לצדדים: מזה שיקולי מדינה ושיקולי ביטחון נעלים, ומזה הפגיעה במתיישבים בשל המועד הקצר שנקבע לפינוי. ועל דרך השלילה: ענייננו אין הוא בתבונתה של החלטת ראש הממשלה ושר הביטחון בקובעם את מועד הפינוי כפי שקבעוהו, או בשאלה אם החלטת השניים החלטה היא העומדת במיבחני היעילות המינהלית. השאלה שמציבים אנו נגד ענייננו עניינה בסוגיית המידתיות, דהיינו, בשאלה אם פגעה החלטה על דבר מועד הפינוי בעיקרון המידתיות המחייב כל החלטות מינהל, בהן החלטת ראש הממשלה ושר הביטחון. תשובתנו לשאלה היא בשלילה.

455. הממשלה החליטה, מטעמי מדינה וביטחון מובהקים, לסיים את הפינוי עד לסופה של שנת 2005; הממשלה יצרה מצג כלפי העולם וכלפי פנים כי בכוונתה לבצע החלטה זו, ועל דרך זו אף יצרה ציפיות כי אכן תעמוד בדיבורה; והגם שקביעת התקופה לפינוי כפי שנקבעה בצווי הפינוי יש בה כדי לפגוע במתיישבים יותר מאשר היו אלה נפגעים לו נקבעה תקופה ארוכה יותר לפינוי, לא נמצא לנו במערך השיקולים והאיוונים, כי עלה בידי העותרים להצביע על עילה המזכה אותנו להתערב במועד הפינוי כפי שנקבע. כך הוא, בעיקר, בתינתן דעתנו למעמדו של חוק הכנסת ולמעמדה הנעלה של החלטת הממשלה, הן באשר החלטת ממשלה היא והן בשים לב לתוכנה המבטא מדיניות מובהקת בנושאי חוץ וביטחון. נזכיר, לבסוף, את הוראת סעיף 22(א), שלפיה "יום הפינוי שייקבע בצו יהיה בתום חמישה חודשים לפחות מיום פירסומו"; והגם שראש הממשלה ושר הביטחון קנו סמכות לקבוע תקופת-חודשים ארוכה מזו שנקבעה בחוק, יש במועד חמישה חודשים שהחוק קבע בגופו, סימן ואינדיקציה לאורך התקופה שיקבעו בעלי הסמכות. בייחוד כך שהממשלה קבעה את סופה של שנת 2005 כקו סיום לכל תהליך הפינוי.

456. ואולם בכך לא אמרנו די. צווי הפינוי ניתנו מכוח סמכות שהעניק חוק יישום ההתנתקות, ותחומי אותה סמכות לצוות צווי פינוי – תחומי הסמכות ושיקוליהם של ראש הממשלה ושר הביטחון לעת קביעת המועד לפינוי – מזינים עצמם, בין השאר, בהוראות חוק יישום ההתנתקות בכללו. על רקע זה נאמר, כי לו עמדו צווי הפינוי לעצמם והמתיישבים היו נעזבים לנפשם לאחר פינויים, היינו מתקשים לקבל מערכת זו כמערכת המכבדת כראוי את זכויות היסוד של האדם. במקרה מעין זה היה ניגלה נגד ענייננו היעדר איזון בולט בחוק – היעדר איזון בין האינטרסים המדיניים והביטחוניים של המדינה לבין זכויות היחיד – והיעדר איזון זה אפשר היה משפיע גם על דרכי שיקול הדעת לעניין קביעת מועד הפינוי. ואולם, עיון בחוק יגלה לנו טווייתה של ריקמה מסועפת ומסונפת המיועדת לאפשר למתיישבים "נחיתה רכה" במקומות מגוריהם ובעסקיהם החדשים, והסמכות לצוות צווי פינוי ולקבוע מועד לפינוי ראוייה כי תובן ותפורש על רקע התוכנית הכוללת.

457. בסעיף 1 בו מונה חוק יישום ההתנתקות את מטרותיו, ואלו הן: אחת, פינוי המתיישבים ונכסיהם מן השטחים המפוננים; שתיים, מתן פיצויים הוגנים וראויים למתיישבים ולזכאים לכך על-פי החוק; שלוש, סיוע למתיישבים ולזכאים לכך בתהליך הפינוי ובמעבר למקומות מגורים ותעסוקה קבועים; ארבע, העתקת מקומות

מגורים של קבוצות מתיישבים והעתקת אגודות שיתופיות התיישבותיות למקומות חלופיים. מטרות אלו – והוראות חוק ספציפיות אלו ואחרות התומכות בהן – מלמדות על הדרגתיות בתהליך הפינוי בכללו: בתחילה מעשה הפינוי הנתמך בעזרת המדינה, ולאחר מכן מעבר למקומות מגורים, למקומות עסקים או למקומות יישוב חדשים, בין מקומות קבע ובין מקומות זמניים לקראת מקומות קבע. ברי כי כל שלבי פינוי אלה יתקשו להתכנס אל-תוך תקופה בת כשישה חודשים עד ליום הפינוי, מכל מקום, לגבי חלק מן המתיישבים. לשון אחר: התקופה בת כשישה חודשים שנקבעה עד לפינוי מכוחם של צווי הפינוי (כפי שתוקנו), לא נועדה בהכרח – מעיקרה – ליתן בידי המתיישבים שהות מספקת הן לפינוי עצמו והן למציאת פתרונות קבע לאחר הפינוי. אכן, נמצא כי צורך עליון הוא לסיים את הליך הפינוי – במובנו הצר – עד לסוף שנת 2005, ואולם צורך זה השמיע כמו-מעצמו כי יינתנו למתיישבים אמצעי-ביניים לעזוב את השטח בתוך כשישה חודשים, לרבות עזרה בהמצאת פתרונות זמניים.

458. ואמנם, טענת המשיבים היא כי החוק – וביצועו – מעניקים למתיישבים אמצעים הנדרשים למילוי צרכים אלה. כך הוקמה המינהלה – מינהלת סל"ע – אשר סמכויותיה ותפקידיה נקבעו במפורש ובמפורט בסעיף 4 לחוק יישום ההתנתקות, ועיקריהם עזרה למתיישבים בתהליך הפינוי במובנו הרחב. ייזכר, כי המינהלה הוקמה לאחר החלטת הממשלה מיום 6.6.2004 (החלטה 1996) – עוד בטרם הוחק החוק – ופעילויותיה אומצו בהוראת סעיף 151 לחוק. נוסף עוד, כי המינהלה העניקה בפועל סיוע בהיקף של כ-11 מיליון ש"ח מכוחה של אותה החלטה.

459. אשר לסיוע גופו, חוק יישום ההתנתקות מונה שורה של סוגי פיצויים ומענקים שנועדו ליתן בידי המתיישבים את הנדרש לפינוי ולהקלה עליהם בתקופת הביניים. בין אותם מענקים ניתן למנות את אלו: מענקים על חשבון הפיצויים (סעיף 11(3) לחוק); מענקים אישיים (סעיף 46 לחוק); הוצאות הובלה (סעיף 44 לחוק); שכר דירה לתקופת ביניים (סעיף 45 לחוק); דמי הסתגלות (סעיפים 51-53 לחוק). כן הוכנה תוכנית חירום לקליטת מתיישבים בטרם ימצאו מקום מגורים חלופי, והמדינה אף הודיעה לבית המשפט כי ביום הפינוי יהיה בידיה ליתן מענה לכל המפונים שיבקשו עזרה. בנוסף, הועלו מטעם המדינה פתרונות שונים עבור קהילות וישובים המבקשים לעבור כחטיבה אורגנית. המדינה כבר מצאה עבור שתי קבוצות של מתיישבים מקום מגורים חלופי, ויש בידיה רשימה של ישובים אשר ניתן יהיה להעביר אליהם קהילות שלמות: אם בהקמתם של ישובים חדשים, אם בהצטרפות ליישוב קיים בו קיימות תוכניות מאושרות לבנייה, אם בהצטרפות ליישובים קיימים בהם טרם הופשרו אמנם קרקעות לבניה אך הרשויות הביעו נכונות לתוכנית, ואם ביישובם מחדש של ישובים אשר נותרו בהם מספר מועט של מתיישבים ואלה יהיו נכונים, ככל הנראה, להתפנות כדי שניתן יהיה להעביר אליהם מתיישבים מהאזור המפונה. לכל אלה יש להוסיף את החלטת ממשלה 3549 מיום 17.4.2005, העוסקת כל כולה בהיערכות הממשלה "בתחום הסיוע למתיישבים והתיישבות חלופית". מכוחה של החלטה זו הוקמו ועדת שרים וועדת מנכ"לים אשר תפקידן, בין היתר, להחליט, לתכנן ולקדם הקמת אתרים המיועדים להתיישבות קהילתית עבור המתיישבים המפונים. בנוסף, בעקבות החלטת הממשלה, קיבלה מועצת מקרקעי ישראל ביום 18.4.2005 החלטה (מס' 1019) הקובעת, בין היתר, כי התקשרויות עם מתיישבים בעסקות במקרקעי ישראל המצויים באזורי עדיפות לאומית א' או ב', בישובי קו התפר ובישובי קו עימות, תהיינה פטורות מחובת מיכרז להקצאת קרקע למטרות מגורים, לעיבוד חקלאי או אחרת. עוד נקבע בהחלטה 1019, כי מנהל המינהל, בהתייעצות עם ראש מינהלת סל"ע, יהיה רשאי לקבוע ישובים נוספים שבהם ניתן יהיה להקצות קרקע בפטור ממיכרז, אם יסבור כי קיימת קבוצה משמעותית של זכאים המעוניינים בהקצאת קרקע למגורים באותו ישוב או בהקצאת קרקע לחקלאות באותו אזור.

460. לעותרים טענות רבות ושונות המכוונות נגד שיעוריהם של אותם פיצויים ומענקים ונגד אופן פעולתה של הממשלה בנושא ישובם מחדש, וחלקן של טענות אלו נדונות במקומות אחרים בפסק הדין. ענייננו עתה הוא אך ורק בנושא התקופה שנקבעה בצווי הפינוי לפינויים של המתיישבים, ובמיסגרת זו היצבענו על האמצעים שהעמידה המדינה לרשות המתיישבים, לצימצום הפגיעה בהם בשל פינויים תוך כשישה חודשים. לעניין ההעתקה הקהילתית נוסף, כי ראוי ונכון שהמתיישבים ישתפו פעולה עם המינהלה, וחזקה על כל הנועדים יחדיו למציאת פיתרון, כי ברצון טוב ובוויתורים הדדים תימצאנה תשובות הולמות למישאלותיהם של המתיישבים.

461. דבר אחרון. קשה להתעלם מטענת המדינה כי מרבית המתיישבים אינם משתפים פעולה עם המינהלה שהוקמה לטפל בענייניהם, וכי ליום 1.5.2005 הוגשה למינהלה רק תביעה אחת בלבד לפיצוי בגין עסק וכ-50 תביעות לתשלום פיצויים בגין בית מגורים ולמענקים. בנסיבות אלו נצטמצמה מעצמה תקופת חמשת החודשים ועשרים ושישה הימים שנקבעה לפינוי המתיישבים, ותמיהה היא אפוא שהמתיישבים מלינים על תקופה זו שחלק ניכר מהם לא ניצלו.

462. מסקנתנו היא כי החוק – באמצעות המינהלה – נתן בידי המתיישבים אמצעים לתקופת הפינוי וההעברה. המתיישבים טוענים אמנם כי שיעור האמצעים אין די בו – טענות אלו נדונו בנפרד – אך לא ניתן לומר כי המתיישבים נעזבים לנפשם וכי נאלצים הם להתמודד עם המעבר ותקופת הביניים בכוחותיהם-שלהם בלבד. המדינה מנסה להעניק למתיישבים פתרונות ביניים, ואם אך יבקשו להיעזר בהם – ייעזרו.

463. כללם של דברים : מוסכם על הכל – וזו היא הכרעתנו בדין – כי ביצועו של חוק יישום ההתנתקות פוגע בזכויות יסוד שהעותרים קנו בחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד : חופש העיסוק. השאלה שהוטל עלינו לפותר עתה היא, אם אותה פגיעה עומדת בתנאי פסקות ההגבלה (סעיף 8 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד : חופש העיסוק). בשאלה זו עסקנו בדברינו לעיל, ועתה נוסיף אך מילים מעטות בשאלת המידתיות, דהיינו, בשאלה אם האמצעי הספציפי שנבחר להגשמתה של תוכנית ההתנתקות – פינני עד ליום 15 באוגוסט 2005 – אמצעי מידתי הוא על-פי המיבחנים שפותחו בהלכה לבחינת "מידתיות" של חוק. בהקשר זה אין צורך שנוסיף במיבחן "קשר ההתאמה" ("הקשר הרציונאלי") בין התכלית לבין האמצעי (מיבחן המישנה הראשון במיבחן המידתיות) ובמיבחן הצורך (מיבחן המישנה השני במיבחן המידתיות). תקופת הפינני שנקבעה בצווי הפינני עומדת בשני מיבחנים אלה ועל הטעמים המהותיים למסקנתנו זו עמדנו בדברינו לעיל. אשר למיבחן-המישנה השלישי, מיבחן המורה אותנו על הצורך בקיומו של יחס ראוי בין המטרה לבין הפגיעה בזכויות היסוד (מיבחן המידתיות במובנו הצר) נאמר כך : אין להקל ראש באי-הנוחות ובצער שייגרמו למתיישבים בשל תקופת החודשים שהוקצבה להם בצווי הפינני, ואולם בשים לב לשיקולי-הנגד : שיקולי המדיניות והביטחון ברמה הלאומית, לרבות הסיכוי הממשי, להערכת הממשלה, בשיפור מצב הביטחון, המצב המדיני, המצב הכלכלי והמצב הדמוגרפי – הכל כאמור בהחלטת הממשלה – לא נוכל לקבוע כי אין יחס מידתי ראוי בין המטרה לבין האמצעי ככל שהמדובר הוא בתקופה שהוקצתה לפינני.

464. סוף דבר : לדעתנו יש לדחות את טענת העותרים כי תקופת חמשת החודשים ועשרים ושישה הימים שנקבעה בצווי הפינני מחייבת את התערבותנו בצווי הפינני. אנו מחליטים אפוא לדחות את טענות העותרים בנושא זה.

(6) כללם של דברים

465. לסופם של שקלא וטריא, דעתנו היא כי יש לדחות את טענות העותרים כנגד תקפותם של החלטת הממשלה מיום 20.2.2005 ושל צווי הפינני.

יא. ההיבט הפרשני – אלי סיני וניסנית

466. העתירה בבג"ץ 4004/05 מעוררת שאלה בדבר פרשנות חוק יישום ההתנתקות וצו הפינני שהוצא מכוח לחבל עזה. עניינה של העתירה בבקשת הישובים ניסנית ואלי סיני, הממוקמים בקצה הצפוני של חבל עזה, לקבוע כי חוק יישום ההתנתקות אינו חל עליהם, וכך להוציאם מכלל הישובים המיועדים לפינני. לטענת העותרים, מדובר בישובים הנושקים ל"קו הירוק". גדר בטחון עוברת מדרום להם ומפרידה בינם לבין הישובים הפלסטיניים של חבל עזה. באופן מעשי הם מהווים חלק ממדינת ישראל, ואין זה ראוי לשנות את מצבם במסגרת תכנית ההתנתקות. יהיה בכך לגרום פגיעה קשה במתיישבים, בהם כאלה שפוננו בעבר מאזור סיני, למרות שפינני גזרה זו לא יביא למימוש איזו מן התכליות שלשמן נועדה תכנית ההתנתקות בכללה. חוק יישום ההתנתקות וצו הפינני שנחתם מכוחו אינם מונים את שמות הישובים שיפוננו מחבל עזה (זאת להבדיל מן השטח המפונה בשומרון, שסומן על מפה בתוספות לחוק ולצו). בנסיבות אלה יש לפרש את החוק כאילו הוא אינו חל על ניסנית ואלי סיני. ביסוס נוסף למסקנה זו מוצאים העותרים בהנחתם, כי האזור בו מצויים שני הישובים היה, עובר לכיבושו בשנת 1967, שטח מפורז, ולא הוחזק בידי מצרים כשאר אזורי חבל עזה. במישור המנהלי טוענים העותרים, כי הכללת שני הישובים במסגרת החלטת הממשלה מס' 1996 (אליה מפנה סעיף 22 לחוק) היתה בלתי סבירה, ולכן דינה להתבטל.

467. המדינה דוחה את טענותיהם של העותרים. היא מציינת שהישובים ניסנית ואלי סיני מצויים בשטח רצועת עזה, הנתון לתפיסה לוחמתית. ניהולם מוסדר, כיתר הישובים באזור, בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (אזור חבל עזה) (מס' 604), התשל"ט-1979. קרקעותיהם הוקצו למתיישבים מידי הממונה על הרכוש באזור חבל עזה. דינם הוא, על כן, כדין שאר הישובים גם לעניין תכנית ההתנתקות. הגדר שהוקמה מדרום להם נועדה לשמש לצרכים בטחוניים זמניים, ואין בה השליך על מעמדם המשפטי או המדיני. בפועל, מונה חוק יישום ההתנתקות את הישובים הללו בכלל הישובים המופנים, הן באמצעו (על דרך הפניה) את תוכן החלטת הממשלה 1996 (סעיף 22(א) לחוק), והן בהגדרו "ישוב מפונה" כישוב המנוי בתוספת לצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (סעיף 2(א) לחוק). המדינה מכחישה את טענת העותרים – שלא הוצג לה כל ביסוס – כי הישובים ניסנית ואלי סיני הוקמו ב"אזור מפורז", ובכל מקרה היא אינה סבורה כי בעניין זה יש כדי להשפיע על נושא העתירה.

468. השאלה הניצבת בפנינו הינה במהותה פרשנית. סעיף 3 לחוק יישום ההתנתקות קובע :

התחום הגיאוגרפי

3. התחום הגיאוגרפי שחוק זה חל לגביו הוא חבל עזה, וכן שטח בצפון השומרון המסומן במפה שבתוספת הראשונה.

לכך יש להוסיף את סעיף המטרות שבחוק (סעיף 11(1)), לפיו :

1. חוק זה מטרתו להסדיר את העניינים שלהלן, לשם יישום תוכנית ההתנתקות:

(1) פינוי ישראלים ונכסיהם מחבל עזה ומשטח בצפון השומרון בהתאם להחלטות הממשלה.

השאלה הניצבת לפנינו הינה, איפוא, מה נכלל בדיבור "חבל עזה"? בעוד שהשטח מצפון השומרון מסומן במפה שבתוספת הראשונה לחוק, אין מפה דומה לעניין חבל עזה. מה המסקנה הפרשנית המתבקשת מכך?

469. לדעתנו, לא יכול להיות כל ספק בכך, שאלי סיני וניסנית כלולים בחבל עזה. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, אלי סיני וניסנית הוקמו על שטחים שנכבשו במלחמת ששת הימים. הם חלק מהאזור כפי שהוגדר במנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 2), תשכ"ז-1967. על פי הגדרה זו "אזור – האזור הנתון לפיקודי כמפקד כוחות צה"ל באזור רצועת-עזה וצפון סיני על פי מינוי הרמטכ"ל מיום כ"ח באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967)" (סעיף 1 למנשר). הגדרה זו מתייחסת למציאות בשטח, ובמציאות זו נכלל השטח עליו הוקמו אלי סיני וניסנית במסגרת ה"אזור". על שטח זה הפעיל המפקד הצבאי את סמכויותיו על פי דיני התפיסה הלוחמתית מאז מלחמת ששת הימים. שטח זה כונה תחילה "רצועת עזה". לאחר זמן הוחלף שמו לחבל עזה (ראו צו בדבר פרשנות (אזור חבל עזה) (תיקון מס' 6) (צו מס' 576), תשל"ח-1978). הקרקעות עליהן הוקמו שני ישובים אלה נתפסו בידי המפקד הצבאי. הן נוהלו בידי הממונה על הרכוש הממשלתי הנתוש. הן הוקצו על ידו לתושבי הישובים. שני ישובים אלה מנויים (יחד עם יתר הישובים הישראליים בחבל עזה) בתוספת לצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (אזור חבל עזה) (מס' 604), תשל"ט-1979, כישובים שמפקד כוחות צה"ל באזור מוסמך לקבוע כללים לניהולם, והוחלו עליהם התקנונים הרלבנטיים. גם בהכרזה לסגירת שטח שניתנה על ידי המפקד הצבאי, נכללו הישובים אלי סיני וניסנית כשטח צבאי סגור (ראו צו בדבר הוראות בטחון, תשל"ל-1970: הכרזה בדבר סגירת שטח (מיום 24.9.1996)). ועד הישוב ניסנית אף עתר בפנינו כנגד המפקד הצבאי (ראו בג"ץ 3985/02 ועד הישוב ניסנית נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). מטרתו של חוק יישום ההתנתקות הינה לפנות שטחים אלה, והם התכלית המונחת ביסוד הדיבור "חבל עזה" בחוק יישום ההתנתקות. מעבר לנדרש יצויין כי אלי סיני וניסנית נכללו בתחום חבל עזה בהסכמים הבינלאומיים עליהם חתמה מדינת ישראל עם הארגון לשחרור פלסטין (אש"ף). כמו כן נשמרו לגבי ישובים אלה סמכויות מפקד כוחות צה"ל באזור לאחר חתימת הסכם הביניים, במסגרת המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (אזור חבל עזה) (מס' 5), התשנ"ו-1995.

470. שנית, סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות קובע:

"לאחר שהממשלה תחליט על פינויה של כל אחת מקבוצות הישובים כאמור בסעיף 2(א) (2) לנספח א' של החלטת הממשלה מס' 1996, מיום י"ז בסיון התשס"ד (6 ביוני 2004), יקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון בצו, את השטחים שיפוננו".

נמצא, כי השטח שלגביו ניתן צו לפי סעיף 22(א) לחוק יישום ההתנתקות ("שטח מפונה") הוא אותו שטח הכלול באחת מקבוצות הישובים, כאמור בסעיף 2(א) (2) לנספח א' של החלטת הממשלה 1996 ואשר הממשלה תחליט על פינויו. סעיף 2(א) (2) לנספח א' של החלטת הממשלה 1996, קובע:

"מיד לאחר סיום עבודת ההכנה יתקיים דיון בממשלה לצורך קבלת החלטה בדבר פינוי הישובים בהתחשב בנסיבות לאותו זמן – אם לפנות או לא ואיזה ישובים. הישובים יסווגו לארבע קבוצות כדלקמן:

(1) קבוצה א' – מורג, נצרים וכפר דרום.

(2) קבוצה ב' – ישובי צפון השומרון (גנים, כדים, שא-אור וחומש).

(3) קבוצה ג' – ישובי גוש קטיף.

(4) קבוצה ד' – ישובי צפון רצועת עזה (אלי סיני, דוגית וניסנית)".

החלטת הממשלה 3281 (מיום 20.2.2005) בדבר פינוי הישובים הישראליים מחבל עזה וצפון סיני מתייחסת אף היא במפורש לקבוצה ד' הנזכרת בהחלטה 1996. עולה מהאמור, כי אלי סיני וניסנית מנויים במפורש בקבוצה ד' של הישובים המיועדים לפינוי. הם חלק מתוכנית ההתנתקות של הממשלה, אשר ליישומה נחקק החוק. זו מטרתו וזו תכליתו.

471. מוסיפים העותרים וטוענים, כי אפילו מוסמכים הממשלה (בהחלטות 1996 ו-3281) וראש הממשלה ושר הביטחון (בצו בדבר יישום תוכנית ההתנתקות (חבל עזה), התשס"ה-2005), לכלול את אלי סיני וניסנית בשטח המפונה, הכללה זו אינה חוקית, שכן היא אינה סבירה. לשיטת העותרים, ראוי לחייב את המדינה בביצוע "תיקוני גבול קלים". אלה מתבקשים נוכח מיקומם של הישובים בסמוך לקו הירוק ומצפון לגדר הביטחון. הגדר

מפרידה את אלי סיני וניסנית מיתר שטחו של חבל עזה. היא מצרפת אותם, הלכה למעשה, לשטח מדינת ישראל. לטענת העותרים, פינוי הישובים והזזת גדר הביטחון יהיו כרוכים בעלות כספית רבה. הם יסתרו את המגמה של תיקוני גבול במסגרת ההסדר עם הפלסטינים.

472. בתשובתה מציינת המדינה כי דין טענות אלה להידחות. לטענתה, פינוי אלי סיני וניסנית חיוני לצורך מימוש התכליות המונחות ביסוד תוכנית ההתנתקות. ההחלטה בעניין זה מצויה בלב ליבו של שיקול הדעת של הממשלה, ואין מקום להתערבותו של בית המשפט בכל אלה. לטענת המדינה, בית המשפט לא יתן סעד המורה למדינה להוסיף ולהחזיק באלפי דונמים בתפיסה לוחמתית. אין זה עניין קל ערך, אלא עניין מדיני מובהק, המצוי בלב תפקידה של הרשות המבצעת. לדעת המדינה, הימנעות מפינוי אלי סיני וניסנית עומדת בסתירה לתכליות המונחות בבסיס תוכנית ההתנתקות.

473. לדעתנו, דין טענותיהם של אלי סיני וניסנית, בכל הנוגע להוצאתם מהחלטות הממשלה ומצו יישום תוכנית ההתנתקות (חבל עזה), התשס"ה-2005, להידחות. עניין לנו בסוגיה מדינית-ביטחונית-לאומית קשה וסבוכה. מצויה היא בגרעין סמכות הממשלה. אמת, יתכנו לגביה עמדות שונות ומנוגדות. אלה כאלה הן בגדר מיתחם הסבירות. הבחירה בתוך מיתחם זה נתונה לממשלה ושיקול דעתה בעניין זה הוא רחב (ראו פרשת וייס, עמ' 471, וכן פסקה 453 לעיל). שוכנענו, כי אלי סיני וניסנית לא ביססו את טענתן כי ההחלטה שלא להבחין ביניהן לבין יתר הישובים הישראליים בחבל עזה, היתה בלתי סבירה.

יב. סעדים חוקתיים

(1) התרופה החוקתית

474. הגענו לכלל מסקנה כי ארבעה עניינים בחוק יישום ההתנתקות אינם חוקתיים, שכן פגיעתם בזכויות האדם של הישראלים המפונים מהשטח המפונה אינה מידתית. עניינים אלה הם:

(א) ההסדרים בעניין "ייחוד העילה" (סעיף 134) וויתור על קבלת פיצוי לפי החוק (סעיף 135).

(ב) ההסדר לפיו מי שבחר בפיצוי לפי שומה פרטנית אינו רשאי לחזור בו מבחירתו (סעיף 37(ה)).

(ג) ההסדר של המענק האישי בשל ותק, לפיו ביום הקובע מלאו למבקש את המענק 21 שנים לפחות (סעיף 46).

(ד) ההסדר לפיו צבירת הוותק לעניין סכומים המשתלמים במסלול ב', לעניין המענק האישי בשל ותק ולעניין דמי הסתגלות לעובדים, מתחשבת בתקופת מגורים רצופה של הזכאי בתכוף לפני "היום הקובע" (סעיף 1 לתוספת השניה (הגדרת "ותק")); סעיף 46 לחוק; סעיף 52 לחוק) ולא יום הפינוי.

הדרך הראויה הינה להכריז על בטלותן של ההוראות הבלתי חוקתיות, תוך הפרדה בינן לבין שאר ההוראות שבחוק יישום ההתנתקות. זאת יש לבצע בדרך שתפגע מעט ככל האפשר בהוראות החוק.

475. כפי שראינו (פסקה 190 לעיל) הסדרי החוק בעניין ייחוד העילה והויתור עליה אינם חוקתיים. בחנו, אם ניתן בדרך של ביטול חלקים אלה או אחרים בסעיפים 134 ו-135 להביא לידי כך שההוראות תהיינה חוקתיות. ניתוח זה הוא קשה. בה בעת, ביטול שני הסעיפים יביא לביטול הוראות שאין מקום לבטלן. על רקע זה הגענו לכלל מסקנה כי התרופה הראויה היא במתן הצהרה לפיה כל הוראה בסעיפים 134 ו-135, לפיה תביעה או בקשה לוועדת זכאות או לוועדה מיוחדת יש בה משום ויתור על תביעה על פי הדין הכללי, היא בטלה ואין לנהוג על פיה. בדומה, כל הוראה, לפיה אין לפנות לדין הכללי אלא אם כן יש וויתור על זכויות לפי חוק יישום ההתנתקות, היא בטלה ואין לנהוג על-פיה.

476. ההסדר הבלתי חוקתי לעניין השומה הפרטנית שבפיצוי בשל בית מגורים מוצא ביטויו בסעיף 37 לחוק יישום ההתנתקות. הוראה זו קובעת:

שומה פרטנית

37. (א) אלה זכאים לשומה פרטנית:

(1) זכאי כאמור בסעיפים 35 או 36, שהודיע למינהלה כאמור בסעיף קטן (ג) כי במקום הפיצוי לפי הסעיפים האמורים, הוא מעוניין בשומה פרטנית;

(2) (א) בעל זכות בבית מגורים שביום תחילתו של חוק זה בנייתו טרם הושלמה, ובלבד שביום הקובע היה בידו היתר לבניית הקובע היה בידו היתר לבניית אותו בית מגורים; הושלמה הבניה כאמור עד ליום תחילתו של חוק זה, יהיה זכאי לפי סעיף 35.

(ב) הוראות פסקה (א) יחולו, בשינויים המחויבים, גם על תוספת בניה לבית מגורים של

בעל זכות בבית מגורים, ובלבד שנתמלאו התנאים המפורטים בפסקה האמורה.

(ב) שומה פרטנית תיערך בידי השמאי הממשלתי הראשי בהתאם להוראות סעיף 4 בתוספת השניה.

(ג) הזכאי לשומה פרטנית לפי סעיף קטן (א)(1) יודיע למינהלה, לא יאוחר מתום 60 ימים מיום מתן צו לפי סעיף 22(א), כי הוא מעוניין בשומה פרטנית.

(ד) זכאי לפיצוי לפי שומה פרטנית לפי סעיף זה יאפשר לשמאי הממשלתי הראשי להיכנס לבית המגורים או לאתר הבניה, לפי הענין, וימסור לו את כל המידע והמסמכים הנוגעים לענין, ככל שיידרש לדעת השמאי לצורך עריכת השומה; לא פעל כאמור, יחולו לגביו הוראות סעיף 15(ח).

(ה) מי שבחר בפיצוי לפי שומה פרטנית אינו רשאי לחזור בו מבחירתו.

כפי שראינו, הוראת סעיף 37(ה) אינה חוקתית. אנו מבטלים אותה. ביטול זה משפיע גם על הוראת סעיף 37(ג). מרבית הישראלים המפונים חששו לבקש שומה פרטנית, בין השאר משום שהיה בכך כדי לשלול מהם את הזכאות לפי מסלול א' ומסלול ב'. במצב דברים זה מן הראוי לדחות את מועד ההודעה ל-30 יום מיום מתן פסק דינו.

477. ההסדר הבלתי חוקתי לעניין גיל הזכאות למענק אישי בשל ותק מופיע בסעיף 46 לחוק יישום ההתנתקות, שזו לשונו:

מענק אישי בשל ותק

46. 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.

אי החוקתיות לעניין גיל הזכאות מצויה בהוראת סעיף קטן 46(1) ובפסקה האחרונה של סעיף 46. אנו מצהירים על בטלותו של סעיף קטן 46(1) ועל בטלות הדיבור "החל ביום הגיעו לגיל 21" בפסקה האחרונה של סעיף 46.

478. קבענו כי ההסדר בעניין "השנה האבודה" אינו חוקתי. הוא מעוגן בשלוש הוראות בחוק יישום ההתנתקות. האחת, לעניין סכומי המענק האישי בשל ותק, הינה הפסקה האחרונה של סעיף 46, שצוטטה לעיל. אי החוקתיות בעניין זה נעוצה בכך, שהוותק מחושב עד היום הקובע ולא עד יום הפינוי. כדי להגשים את חוקתיותה של ההוראה בהיבט זה, אנו מבטלים את הדיבור "בתכוף לפני היום הקובע" בפסקה האחרונה של סעיף 46. ההוראה הנשארת מתייחסת, על פי מובנה, לשנים שבהן מרכז חייו של הזכאי היה ברציפות ביישוב מפונה עד ליום הפינוי בפועל, ובלבד שיום זה לא יהא מאוחר מן היום האחרון שנקבע לפינוי בצווי הפינוי. ההוראה השניה, לעניין סכומים המשתלמים בשל בית המגורים במסלול ב', הינה הגדרת "ותק" בסעיף 1 לתוספת השניה לחוק יישום ההתנתקות, בזו הלשון:

"ותק" – 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 בדיוור ציבורי – משך תקופת המגורים כאמור בבית המגורים שלגביו יש לו זכות שכירות."

אי חוקתיותה של הוראה זו נובעת מתוך כך שהיא מחשבת את הוותק על פי היום הקובע ולא על פי יום הפינוי. כדי להגשים את חוקתיותה של ההוראה, אנו מבטלים את הדיבור "בתכוף לפני היום הקובע". ההוראה הנשארת מתייחסת, על פי מובנה שלה, למשך תקופת המגורים של הזכאי עד ליום הפינוי בפועל של בית המגורים, ובלבד שיום זה לא יהא מאוחר מן היום האחרון שנקבע לפינוי בצווי הפינוי. ההוראה השלישית, לעניין דמי הסתגלות לעובדים, מוצאת ביטוייה בסעיף 52 לחוק יישום ההתנתקות. הדברים שנאמרו לעניין שתי ההוראות הקודמות יפים גם להוראת סעיף זה. אנו מורים, איפוא, על ביטול כל אותן הוראות מסעיף 52, המגבילות את חישוב תקופת הוותק לעניין דמי הסתגלות עד ליום הקובע: ביטול הדיבור "שהיו לפני היום הקובע" מהוראת סעיף 52(א) רישה; ביטול הדיבור "עד היום הקובע" מהוראת סעיף 52(ב)(2)(א) רישה; ביטול הדיבור "שקדמו ליום הקובע" והשמטת ה"א הידיעה בתיבה" מהוראת סעיף 52(ב)(2)(ב); ביטול הדיבור "עד היום הקובע" מהוראת סעיף 52(ב)(2)(א) רישה; ביטול הדיבור "שקדמו ליום הקובע" והשמטת ה"א הידיעה בתיבה" מהוראת סעיף 52(ב)(2)(ג). השנים" מהוראת סעיף 52(ב)(2)(ג).

479. למותר לציין, כי ביטול ההוראות עליהן עמדנו אינו סוף-פסוק. הוא חלק מהדיאלוג הנמשך בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. על כן, מוסמכת הכנסת כמובן לבחון את התוצאה המתקבלת מביטולן של מספר הוראות בחוק יישום ההתנתקות. היא רשאית לשנות הסדרים אלה או אחרים, על פי שיקול דעתה, כדי להגשים יעדים חקיקתיים, הנראים לה כרצויים והמקיימים את הדרישות שהיא עצמה קבעה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. נדגים זאת בשני עניינים. האחד, אפשר לשקול הסדר לפיו זכאי המנצל את זכויותיו על פי חוק יישום ההתנתקות וקיבל פיצויים, מענקים וטובות הנאה על פי החוק, תינתן בידיו – תוך זמן סביר (כגון שנה או שמונה-עשר חודש) מאז קבלת הפיצויים, המענקים או טובות הנאה האחרות – הברירה לבטל את בחירתו בהסדריו של החוק ולתבוע זכויות על פי עילות תביעה המקנות לו זכויות שלא על פי חוק יישום ההתנתקות, ובלבד שהחזיר למדינה את הפיצויים, המענקים ואת שוויין של יתר טובות הנאה שקיבל מכוח החוק. השני, לעניין גיל הזכאות למענק אישי בשל ותק, ניתן לשקול הסדר היוצר דיפרנציאציה גם בגיל הזכאים – לא הרי בן 7 כהרי בן 17 – וגם בסכומים המשתלמים להם, שיהיה בו הסדר המממש את תכליות המענק האישי בגין ותק. איננו מביעים דעה באשר לנכונותם של הסדרים חלופיים כאלה או לחוקיותם. כל שאנו מציינים הוא, שהסדרים כאלה (ואחרים) עשויים לקרב את הפגיעה בזכויות אדם, שנגרמת עקב הפינוי, לרמה מידתית המצויה במיתחם הכיבוד החוקתי.

480. מן הראוי לציין כי אין בביטול ההוראות בחוק יישום ההתנתקות, עליהן עמדנו, כדי להשפיע על חוקתיות הפינוי או על חוקתיות ההסדרים בעניין הפיצוי. נהפוך הוא: ביטול זה הסיר את חוסר המידתיות של הסדרי הפיצויים עליהם עמדנו, ובכך פתר הטענות שהועלו בפנינו באשר לחוסר חוקתיות הפינוי בשל חוסר חוקתיות שנפל בפיצוי או בשל חוסר חוקתיות הפיצוי. נמצא, כי הוראות חוק יישום ההתנתקות והצווים שהוצאו מכוחו עומדים בעינם, ואין לדבר ביטולן של מספר הוראות באשר לפיצוי, כדי להשפיע עליהם. זאת ועוד: החלטותינו לבטל כמה מהוראות הפיצוי ולהסיר את המחסום מפני הפנייה לדין הכללי, אין בהן כדי לגרוע מחשיבותו של הסדר הפיצוי הסטטוטורי. אדרבא, כפי שצינו לעיל, טוב עשה המחוקק כשיצר הסדר פיצוי מקיף ומיוחד. אכן, זהו ההסדר המרכזי שאמור לתת מענה לעיקר הפגיעות במפונים ולאפשר את שיקומם לאחר יישום תוכנית ההתנתקות.

(2) צווי הביניים

481. בעתירות שלפנינו הוגשו כמה בקשות למתן צווי ביניים. חלקן נדחו ואחרות נתקבלו. פסק דיננו זה משפיע על אותן בקשות בכמה היבטים:

(א) ביום 18.4.2005 דחינו, ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של השופט א' א' לוי, בקשות לצווי ביניים שהוגשו במסגרת בג"ץ 1661/05, בג"ץ 2252/05, בג"ץ 3059/05 ובג"ץ 3127/05. קבענו כי נימוקי דעת הרוב יינתנו במסגרת פסק הדין. אלה הם, אפוא, נימוקינו. הבקשות התייחסו להיבטים רחבים של חוק יישום ההתנתקות. בעיקרן, נתבקש בהן לעכב את כל המועדים הקבועים בחוק ובצווי הפינוי, כך שהמדינה לא תהא רשאית, והמפונים לא יידרשו, להתחיל לפעול על-פי ההסדרים הקבועים בחוק טרם שנכריע בעתירות. החלטנו לדחות את הבקשות משני טעמים עיקריים. ראשית, סברנו כי למעט הפינוי עצמו, כל הפעולות שייעשו על-פי החוק ובמסגרת המועדים הקבועים בו הינן הפיכות, ולמיצער ניתנות הן להתאמה בדיעבד בהתחשב בהכרעות שבפסק הדין. כך בנוגע להקמת הגופים לביורור תביעות ולהתנעת הליכי התביעה השונים, וכך אף באשר להוראות ייחוד העילה והויתור עליה, שכל עוד עמדו בתוקפן ראוי היה לפעול על-פיהן, ולנוכח ביטולן ניתן להתאים את החלטות המפונים למצב הדברים החדש. אשר לפינוי, מועדו נקבע תחילה לחודש יולי 2005, ובהמשך נדחה בכחודש נוסף. במצב זה ניתנה לבית המשפט שהות ראויה להכריע בעתירות בלא להתערב מראש במועד הפינוי עצמו. בפועל, כפי שקבענו, אף לא נפל פגם משפטי במועד שנקבע. שנית, משמעותו של מתן צו ביניים כפי שנתבקש בעתירות שלפנינו היתה התליית תוקפן של הוראות רבות בחקיקה ראשית, וכל זאת במסגרת סעד זמני. כבר צוין, כי "עד שבית המשפט פוסל חוק הוא חייב לשבת שבעה נקיים" (השופט י' זמיר בפרשת הופנונג, עמ' 67). נכונים הדברים, מקל וחומר, בבוא בית המשפט למנוע ביצועו של חוק בצו ביניים, בלא שטענות הצדדים נתבררו והוכרעו באופן מלא. הטענות החוקתיות שהוצגו לפנינו היו רבות ומורכבות. אכן, אף הניתוח החוקתי שנדרש להן, במסגרת פסק הדין, אינו פשוט כלל. במצב זה לא ראינו הצדקה להתערב בתוקפה של חקיקת הכנסת, טרם ליבון הסוגיות לגופן.

(ב) ביום 22.5.2005 הורה הנשיא א' ברק על מתן צו ביניים במסגרת בג"ץ 3761/05, שהתגבש על-יסוד הסכמה עקרונית של המדינה. על-פי צו הביניים, לעניין תביעות לפי סעיפים 44 ו-45 לחוק יישום ההתנתקות (העוסקים במענקים עבור הוצאות הובלה והתארגנות ודמי שכירות), מניין 30 הימים לחזרה מתביעה או מבקשה לוועדת הזכאות או לוועדה מיוחדת, הקבוע בסעיף 135(ד) לחוק, יחל ביום מתן פסק הדין זה. משמעותו המעשית של הצו היתה, כי לזכאים בשל בתי מגורים, שביקשו לקבל בהקדם את המענקים האמורים, התאפשר להגיש תביעה לעניין מענקים אלה בלא שיהיה בכך להתניע את מניין 30 הימים לחזרה מתביעה לפי החוק. נוכח הכרעתנו כעת, המבטלת את הסדר ייחוד העילה והויתור עליו, ממילא מתייתר גם גבול 30 הימים לחזרה מתביעה לפי החוק לפי סעיף 135(ד). צו הביניים שהוציא הנשיא ברק ביום 22.5.2005 פוקע, איפוא, בזאת, ותחתיו בא האמור בפסק דין זה.

482. הבחינה המשפטית הסתיימה. קבענו כי פינוי הישראלים על פי חוק יישום ההתנתקות אינו נוגד את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. הורינו על ביטולן של מספר הוראות בו העוסקות בפיצוי. בכך הובטח כי מתוך הסתכלות כוללת לחוק יישום ההתנתקות ולדין שמחוצה לו, יינתן לישראלים המפונים פיצוי הוגן. עמדנו על "כבוד החוק" ועל "כבוד האדם" גם יחד. מודעים אנו לכך, כי חוק הכנסת, החלטות הממשלה וצווי הפינוי של ראש הממשלה ושר הביטחון פוגעים קשות בישראלים המפונים. בין אם מסכימים לדרכם של הישראלים המפונים, ובין אם מתנגדים לה, מבינים אנו את כאבם. מאחורי החוק עומד האדם. בו צריכה לטפל החברה הישראלית כולה. הדגשנו את אופייה ההיסטורי של ההחלטה על ההתנתקות. מן הראוי להדגיש גם את אופייה הטראומטי. הציבור הישראלי, על כל גווניו והשקפותיו, צריך לעסוק בכך. כך מתבקש מערכינו היהודיים; כך מתבקש מערכינו הדמוקרטיים.

483. ענייננו אינו במחלוקת הפוליטית והחברתית אשר תוכנית ההתנתקות הביאה בעקבותיה. שיקולינו אינם פוליטיים. ענייננו המחלוקת המשפטית. שיקולינו נורמטיביים. לא תבונת ההתנתקות אלא חוקיותה וחוקיותה עומדות במרכז שיקולינו. מודעים אנו לכך כי רבים מבני הציבור עשויים שלא להבחין בין ביקורת שיפוטית לביקורת פוליטית. הם עשויים לזהות קביעה שיפוטית, לפיה פעולה שלטונית היא חוקתית או חוקית, עם עמדה שיפוטית, כי פעולה שלטונית היא ראויה. מודעים אנו גם לכך כי לפסק דיננו היום השלכות פוליטיות-לבר-משפטיות. הוא עשוי לשמש כלי משחק במאבקי כוח פוליטיים. על כך אנו מצירים. לא נוכל למנוע זאת. יפים לענייננו דבריו של מ"מ הנשיא, השופט מ' לנדוי, אשר מפיו דיבר בית המשפט העליון לפני כעשרים וחמש שנה, שעה שהורה על פינוי ההתנחלות באלון מורה:

"הפעם יש לנו מקורות כשרים לפסיקתנו ואין לנו צורך, ואף אסור לנו בשבתנו לדין, לערב בה את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה. אבל עדין רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחיה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל עניין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד, ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" (פרשת דויקאת, עמ' 4).

הנשיא	המישנה לנשיא	שופטת	שופט	שופטת
שופט	שופטת	שופטת	שופטת	שופט

השופט א' א' לוי:

העובדות הדרושות לעניין

1. במכתבו לנשיא ארצות הברית מיום 14.4.2004, הודיע ראש ממשלת ישראל כי משהגיע למסקנה כי אין שותף פלסטיני עמו ניתן להתקדם בדרכי שלום לקראת הסדר, החליט לזום תהליך של התנתקות הדרגתית. בהתייחס למטרות התכנית, מנה ראש הממשלה את אלה: הקטנת החיכוך בין ישראלים ופלסטינים, שיפור בטחון ישראל, ייצוב המצב המדיני והכלכלי ופריסה יעילה יותר של כוחות הביטחון.

ביום 6.6.2004 קיבלה הממשלה, ברוב קולות, את מה שהוגדר כ"תכנית התנתקות מתוקנת", ומטרתה המוצהרת "להוביל למציאות ביטחונית, מדינית, כלכלית ודמוגרפית טובה יותר". בפרק הדין בעיקרי התוכנית נאמר, כי לאחר סיום עבודות ההכנה, תחליט הממשלה, בהתחשב בנסיבות, אם לפנות יישובים ואלו מהם, כאשר אלה סווגו לארבע קבוצות:

- (א) מורג, נצרים וכפר דרום ;
(ב) יישובי צפון השומרון – גנים, כדים, שא-נור וחומש ;
(ג) יישובי גוש קטיף ;
(ד) יישובי צפון רצועת עזה – אלי סיני, דוגית וניסנית.

בהחלטה הובהר כי "לאחר סיום ההכנה כאמור, תתכנס הממשלה מעת לעת כדי להחליט בשאלת הפינוי אם לאו, לגבי כל אחת מהקבוצות בנפרד". בהחלטת הממשלה נקבע עוד, כי משרד המשפטים יגיש לוועדת השרים לענייני חקיקה הצעת חוק אשר תכלול הוראות לעניין פינוי ופיצוי לזכאים, והסמכויות הדרושות לכך.

ביום 24.10.2004 אושרה הצעת החוק על-ידי ועדת השרים, ובטרם זו פורסמה, אישרה הכנסת את החלטת הממשלה מחודש יוני 2004. ביום 16.2.2005 התקבל החוק ליישום תכנית ההתנתקות בכנסת, ולאחר ארבעה ימים החליטה הממשלה על-פינוי כל ארבע קבוצות היישובים אליהם התייחסה החלטתה. בו ביום חתמו ראש הממשלה ושר הביטחון על שני צווים לפינוי היישובים מחבל עזה ומצפון השומרון, ומועד הפינוי נקבע ליום י"ג בתמוז התשס"ה (20 ביולי 2005), ומאז הוא נדחה לחודש אוגוסט 2005.

ביום 29.3.2005 אישרה הכנסת את תקציב המדינה לשנת 2005, בו נכלל סכום של כ-2.2 מיליארד ש"ח למימון ההתנתקות ופיצוי למפונים.

2. העתירות שבפנינו רבות ומגוונות, והן מופנות כנגד חוקתיותו של חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (להלן: "חוק ההתנתקות"). כמו כן, מבקשים העותרים כי נורה על ביטולה של החלטת הממשלה מחודש פברואר 2005 והצווים שהוצאו מכוחה. לחלופין, כללו העתירות דרישה כי יישובי חבל עזה יועתקו כחטיבה אחת לאזור בו יוכלו לקיים אורח חיים זהה לזה שהיה להם עד כה. עתירות אחדות מופנות כנגד עקרונות הפיצוי ושעור הפיצוי שנקבעו בחוק.

המשיבים עותרים לדחייתן של העתירות, ואלה טעמיהם:

(א) עניין לנו עם דבר חקיקה ראשית, שההלכה הפסוקה קבעה כי התערבות בה על-ידי בית-המשפט, היא בבחינת חריג לחריג.

(ב) הפינוי ומועדו הם עניינים בעלי אופי מדיני מובהק, המצויים בתחום אי-השפיטות המוסדית.

(ג) השטחים המיועדים לפינוי הוחזקו משנת 1967 בדרך של תפיסה צבאית או תפיסה לוחמתית, ומעמדם עתיד להיקבע בהסדרים מדיניים בעתיד. מטבעה של תפיסה לוחמתית שהיא אמורה להימשך זמן מוגבל, ועל-כן אין ממש בטענות העותרים, לפיהן האמינו כי יוכלו לקיים את יישוביהם לעד. אדרבא, הם ידעו כי שהייתם שם היא זמנית, ותימשך כל עוד יוסיף מפקד כוחות צה"ל לשמש ריבון באזור. כך או כך, מוסיפים המשיבים וטוענים, המדינה, מכוח ריבונותה, יכולה להחליט באופן חד-צדדי וללא הסכם עם צד אחר, להסיג את כוחותיה משטחים עליהם החליטה לוותר.

(ד) המשיבים מכירים בכך שפינוי העותרים עלול לפגוע בזכויות יסוד, אולם הם מוסיפים כי זכויות אדם הן יחסיות ולא מוחלטות, ופגיעה בהן תתחייב לעתים מחמת הצורך לקדם אינטרסים של הכלל: חברתיים, ביטחוניים, כלכליים ומדיניים. ועוד נטען, כי ההסדרים שנקבעו בחוק נועדו למזער את הפגיעה בזכויות עד כדי היות הפגיעה בזכויות העותרים מידתית.

(ה) המשיבים מוסיפים ומדגישים כי בחרו שלא לפעול בדרך של הוצאתם של צווים לפינוי האזורים על-ידי מפקדי האזורים, כפי שנעשה בפינוי סיני בשנת 1982, אלא דווקא בדרך של חקיקה ראשית של הכנסת, מתוך כוונה (בלשונם) "להעצים ולבסס את היסוד הדמוקרטי והלגיטימיות הדמוקרטית של שלטון העם, שהכנסת משמשת כנציגתו, והעומד בבסיס תכנית ההתנתקות".

(ו) הפגיעה בזכויות העותרים עומדת במבחנה של "פסקת ההגבלה" שבחוקי היסוד, לאמור, היא נעשית מכוח החוק עצמו; היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל; היא נועדה למטרה ראויה והיא מידתית.

(ז) פרק הזמן שנקבע לפינוי, חמישה חודשים מיום החלטת הממשלה בחודש פברואר 2005, מגלם איזון ראוי בין השיקולים השונים – בינלאומיים, מדיניים וביטחוניים, מחד, ושיקולים של טובת המתיישבים וחינוך ילדיהם, מאידך. לשינוי במועד הפינוי עלולות להיות השלכות במישור הבינלאומי, ובמישור יחסייה של מדינת ישראל עם הרשות הפלסטינית, ואף תיתכן פגיעה ב"התקדמות המדינית שהושגה לאחרונה בין הצדדים". המשיבים הוסיפו וטענו, כי הזמן שעמד לרשות העותרים בפועל עלה במידה ניכרת על זה שנקבע בצו, הואיל והם היו ערים להחלטת הממשלה ותהליך ההתנתקות המתגבש, כבר לפני למעלה משנה.

3. מפעל ההתיישבות בגוש קטיף ובצפון השומרון החל לפני למעלה מ-30 שנים, כאשר אנשי חזון וחלוצים נענו לאתגר שהציבו בפניהם קברניטיה של המדינה, ויצאו ליישב חבלי ארץ שברובם היו עד אז שוממים. הם בנו

בתים, עיבדו את האדמה והפכו לגן פורח, הקימו מפעלים ששימשו לא רק לפרנסתם אלא גם כמקום תעסוקה לרבים משכניהם הערבים. ולא רק את מקומם שלהם קבעו המתגוררים שם, אלא גם את מרכז חייהם של ילדים ונכדים שנולדו להם במשך השנים, ילדים ונכדים שגאו באו לאוויר העולם לא הכירו מציאות אחרת, לא הכירו בית אחר.

פתחתי באלה כדי להבהיר עד כמה גורלית היא ההכרעה בעתירות המונחות בפנינו. פסיקתנו אינה עוד פסיקה בשאלות בהן אנו מורגלים כמעשה של יום יום, שנועדו ליישב מחלוקות אשר נתגלעו בין בעלי דין או בין פרט זה או אחר עם הרשויות. הפעם אנו נדרשים לפסוק בשאלות הרות גורל, שאלות להן עתידה להיות השלכה מרחיקת לכת לא רק על העותרים, אלא גם על מדינת ישראל, החברה הישראלית ועתידה של ההתיישבות היהודית בארץ ישראל. ואל יהא ספק בלב איש: פסק דיננו עתיד להיות סמן דרך בשאלת זכותם של יהודים להיאחז בחבלי הארץ, ולא רק באלה השנויים במחלוקת ציבורית, אלא גם באותם חבלים שהרוב המכריע של העם סבור כי הם צריכים להיות נתונים לצמיחות תחת ריבונותה של מדינת ישראל.

אכן, שופטים אנו ולא פוליטיקאים, ותפקידנו אינו להחליף את הרשות המחוקקת ולא את הרשות המבצעת, אלא רק לבדוק את חוקתיות מעשיהם; ברם, כיצד תהיה פסיקתנו שלמה, ובעיקר, כיצד תהיה פסיקתנו צודקת, אם לא נשווה לנגד עינינו את מוראותיו של הפינני, ואת התוצאות מרחיקות הלכת של מהלך זה על חייהם של כרבתת יהודים. באשר הפינני – זאת נדע – אינו רק עקירה מבתים ששימשו קורת גג, ולא מאדמה שעובדה, וגם לא ממפעלים ואזורי תעשייה שהוקמו בעמל ובממון רב. זהו בראש ובראשונה הרס של מקום חיים, של אמונה בעקרונות יסוד לפיהם לכל אדם, באשר הוא, נתונה הזכות לבחור את מקום מגוריו, לבחור את הקהילה אליה הוא רוצה להשתייך, לבחור את המקום והדרך בה ימצא את לחמו, ולהבדיל, גם את המקום בו יביא את יקיריו למנוחת עולמים וגם המקום שהוא עצמו מבקש להיטמן בו בבוא שעתו.

בלשון המשפטית בה אנו מורגלים, שלובים בחוק העומד לדיון והחלטת הממשלה עליו הוא נסמך, שילוב נדיר שכמעט אין לו אח ורע של פגיעה אנושה בזכויות הקנין, חופש העיסוק, ומעל כולם ניצבת הפגיעה בכבוד האדם וחירותו. לפיכך, בבואנו להכריע בעתירות שבפנינו מצווה כל אחד מאתנו לראות את עצמו כאילו על צווארו-שלו הונפה חרב הפינני; כאילו הוא-עצמו נדרש לנטוש בית שבנה בעמל, ביזע ובממון רב; כאילו הוא-עצמו נדרש לעזוב עסק משגשג שסיפק לו פרנסה בשפע, ולהיות מובטל בשוק בו אחוז הלא-מועסקים גבוה ממילא; כאילו הוא-עצמו נאלץ לנטוש בתי-כנסיות; כאילו ילדיו-שלו נאלצים להפסיק לפקוד בתי ספר בהם התחנכו ולבסוף, כאילו הוא-עצמו נדרש לנטוש מקום בו קבורים יקיריו או לבחור לטלטל עמו למקום לא ידוע, אותו הוא נדרש לאתר בפרק זמן של חמישה חודשים או מה שנותר מהם, משל היה השלום הנכסף מתדפק בקוצר רוח על הדלת. קשה ומייסרת שבעתיים היא המחשבה, שרבים מאלה שנטמנו באדמתם של אותם יישובים, הם נשים, גברים וטף, שנפלו מכדוריהם של מרצחים, וביניהם כאלה אשר עלולים לקבוע את מגוריהם בבתים שיפנו משפחות קורבנותיהם.

הנה כי כן, אלו הן השאלות האמיתיות עמן נדרשנו להתמודד בעתירות שבפנינו, ועל כן קבעתי לעצמי שלא להידרש בחוות דעתי לפרק הפינני שבחוק, באשר עיסוק בו כמוהו, בעיני, כזילות של העיקר.

מאותם טעמים סברתי כי אסור לנו להכריע בעתירות מבלי לבקר ביישובים המיועדים לפינני, או לפחות בחלקם. סברתי כך, הואיל ורק בדרך זו יכול בית-המשפט להתרשם, התרשמות-אמת, ממשמעות עקירתם של כרבתת יהודים מבתיהם, התרשמות ששום תמונה או קלטת אינן יכולות לשמש לה תחליף. לדאבוני, גם בעניין זה וחרף חשיבותן של הסוגיות העומדות בפנינו, הוכרעה הכף בניגוד לדעתי, ואין לי אלא להצר על כך.

ביקורת שיפוטית על החלטות מדיניות

מבוא

4. הלכה עמנו זה מכבר, כי רשויות השלטון כולן כפופות לביקורת שיפוטית. הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על פעולות שלטוניות, הורתה בהוראת חוק חרותה. סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה מורה כי בית משפט זה, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, מוסמך "לתת צווים לרשויות המדינה ... לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה...". הוראת סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והוראת סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק מורות 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". מכך נובע, שחוק הפוגע בזכות יסוד חוקתית הוא חוק לא-חוקתי, ועל כן ניתן להצהיר על בטלותו, ככל שהוא אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ככל שאינו לתכלית ראויה, או ככל שפגיעתו אינה מידתית (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 354, להלן: פרשת בנק המזרחי; בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 383, להלן: פרשת לשכת מנהלי ההשקעות).

נוסף על אלו, סמכות הביקורת השיפוטית מייסדת עצמה על תפישות יסוד חוקתיות, ובראשן ההכרח להבטיח את "שלטון החוק בשלטון" (בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 698, להלן: פרשת

פנחס); היא נותנת ביטוי לעיקרון הפרדת הרשויות, במובן של יצירת "איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות" (בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 158, 141); היא משקפת את שלטון החוק הפורמאלי והמהותי (בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 274; י' זמיר "הסמכות המנהלית" (כרך ב', תשנ"ו), עמ' 71, להלן: זמיר); היא הכרחית כדי למנוע שימוש לרעה בכוח ופגיעה בחירות שלא כדין, ולהבטיח את עקרון חוקיות המנהל (זמיר, עמ' 71); היא נותנת ביטוי לעקרון לפיו הכל שווים בפני החוק (פרשת פנחס, בעמ' 698); בלעדיה הופך שיקול-הדעת השלטוני לבלתי מוגבל, ואין זר מכך לאופיו הדמוקרטי של משטרנו (השוו בג"צ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 528, להלן: פרשת קנדל).

מכוחן של תפישות יסוד אלו, הוכרה סמכות הביקורת השיפוטית על הרשות השלטונית – בין שמדובר בדברי חקיקה ובין שמדובר בהחלטות שלטוניות אחרות – כ"אבן-פינה בדמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק" (השופט ריבלין בבג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 834-835). אכן, אין רשות שלטונית קונה לעצמה חסינות מפני ביקורת שיפוטית (בג"צ 9070/00 לבנת נ' יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, 808, להלן: פרשת לבנת).

בזכרנו את הערכים והעקרונות העומדים בבסיס סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית, נפנה לבחינת טענות המשיבים.

ביקורת שיפוטית על חוק המעגן תכנית מדינית-ביטחונית

5. עניינן של העתירות המונחות בפנינו הוא בדבר חקיקה שיצא מתחת ידה של הכנסת. דבר חקיקה זה מבקש ליתן ביטוי, לשונם של המשיבים, ל"יתוכניתה המדינית-ביטחונית-לאומית של ממשלת ישראל... בדבר התנתקות מדינת ישראל מאזור חבל עזה ומאזור בצפון השומרון...". מה דינה של חקיקה מסוג זה? כלום שונה מעמדה ממעמדם של דברי חקיקה אחרים?

נקודת המוצא הנורמטיבית לדיוננו היא בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד – מקור מרכזי ממנו שואב בית משפט זה את סמכותו להעביר תחת שבט ביקורתו דברי חקיקה. כאמור, פסקת ההגבלה שבחוק היסוד מתנה את תוקפו של חוק הפוגע בזכויות המנויות בו, בקיומם המצטבר של ארבעה תנאים: על הפגיעה בזכות להיעשות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; על החוק הפוגע להלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; על החוק הפוגע לשרת תכלית ראויה; ולבסוף, על הפגיעה להיות מידתית ושלא מעבר לנדרש. מכך אנו למדים, כי החוקים "הרגילים" כולם כפופים לביקורת שיפוטית. חוקי היסוד אינם מבחינים בין חוקים על בסיס תוכני או על כל בסיס אחר; הם אינם מבחינים בין חוקים רגילים המעגנים תכנית ביטחונית-מדינית לחוקים רגילים אחרים, כגון חוקים המסדירים את העיסוק באבחון ליקויי למידה, או הקובעים את משך ההחזקה במעצר צבאי טרם הבאה בפני שופט, או המעגנים הסדרים של מחילת חובות לסקטור החקלאי. הראשון כאחרונים כפופים לביקורת שיפוטית.

אכן, חוקי היסוד נותנים בידו של בית-המשפט סמכות מפורשת להעביר תחת שבט ביקורתו דבר חקיקה. קבלתם של חוקי היסוד – כפי שהודגש לא אחת – בישרה את תחילתו של עידן חוקתי חדש בכל הנוגע ליחסים בין הרשויות ולמעמדן של זכויות היסוד. סמכותו – ואף חובתו – של בית-המשפט היא לנהוג כמצוותו של חוק היסוד, היא מצוותה של הכנסת בכובעה כרשות מכוונת.

יחד עם זאת, יש להבחין בין סמכותו של בית-המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית לבין דרך הפעלתה של סמכות זו (ראו בג"צ 325/85 מיערי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 122, 128). סמכות זו של בית-המשפט כולה סמכות ששיקול-דעת. אכן, הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית לא תתורגם תמיד להחלטה על התערבות במעשה השלטוני. נכונותו של בית-המשפט לעשות שימוש בסמכותו, אינה זהה בכל מקרה ומקרה, ומשתנה, על-פי טבעה, בהתאם לנסיבות.

כפי שהודגש לא אחת, הכרזה על בטלותו של דבר חקיקה אינה מעשה שגרה. הלכה מושרשת עמנו היא, כי על טענה בדבר אי-חוקתיותו של חוק להיבחן בזהירות ובריסון, ובשים לב למעמדן המיוחד של שדרות השלטון המרכזיות – בראשן הכנסת – שמעמדה קבוע בחקיקת יסוד (פרשת לבנת, בעמ' 809; פרשת בנק המזרחי, בעמ' 349). אכן, הכנסת היא "בית הנבחרים של המדינה" (סעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת); היא מוסד ייצוגי הנבחר על-ידי הריבון, הוא העם (בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 508). אין חולק, אפוא, כי מעמדה המיוחד מחייב כי בית-המשפט יפעיל את שיקול-דעתו לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיה באיפוק ובריסון, שהרי ביטול רצון הרוב או התעלמות ממנו, אינם עניין של מה בכך (פרשת לשכת מנהלי השקעות, בעמ' 418).

תוכן החקיקה והיקפה של הביקורת השיפוטית

6. כאמור, חוקי היסוד אינם מבחינים בין חוקים רגילים על בסיס תוכני. יחד עם זאת, מקובל כי ביקורת שיפוטית על חקיקה בעניינים מסוימים, מרוסנת יותר מביקורת על חקיקה בעניינים אחרים. אכן, על בית-המשפט לתת את דעתו על תכנה של החקיקה והתכלית אותה מקווה המחוקק לקדם באמצעותה. מושכל יסוד הוא כי הביקורת השיפוטית מצמצמת עצמה לבחינת חוקתיות החוק. הא ותו לא. נאמר לא אחת, שבית משפט זה

אינו עושה עצמו מחוקק-על. אין הוא משים עצמו בנעליו של המחוקק. תפקידו אינו לבחון את תבונתה או הגיונה של החקיקה. כל שרשאי הוא לעשות, הוא לבחון האם החקיקה חוקתית. היטיב להביע זאת המשנה לנשיא א' ברק:

"... הביקורת השיפוטית היא בעלת אופי משפטי. בית-המשפט אינו עושה עצמו רשות שלטונית-על. בית-המשפט אינו בוחן את יעילותה של החלטה השלטונית. השופט אינו שואל עצמו, אם הוא היה מקבל החלטה זו אילו הוא היה חבר ברשות השלטונית המחליטה. השאלה היחידה אשר בית-המשפט שואל עצמו היא, אם ההחלטה השלטונית היא חוקית. הביקורת השיפוטית היא ביקורת החוקיות ולא ביקורת התבונה. על כן, אם החלטת הרשות השלטונית היא במתחם הסבירות או החוקיות, היא לא תפסל" (פרשת פנחסי, בעמ' 699).

מכאן, שתכניה ותכליותיה של החקיקה משליכים אף הם על היקפה של הביקורת השיפוטית. מקום שמדובר בענייני חוץ וביטחון של המדינה, או בעניינים הכרוכים בהתוויית מדיניות כלכלית, בית-המשפט ינהג ריסון ואיפוק מוגברים:

"בתחומי משק וכלכלה, שכרוכים בהם היבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף, ייתכנו לעיתים קרובות מגוון מטרות ודרכי פעולה אפשריות. ההכרעה ביניהן עשויה להיגזר מהשקפות חברתיות-כלכליות שונות, אשר עשויות כולן להתקיים במסגרת חוקי היסוד. על כן, בתחומים אלה יש ליתן לרשויות המופקדות על המדיניות הכלכלית - הרשות המבצעת והרשות המחוקקת - מרחב בחירה רחב בהיותן קובעות את המדיניות הכלכלית ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה. לפיכך הדגשנו בפסיקתנו לא פעם כי אף שביית-המשפט לא ימשוך ידו מהביקורת השיפוטית על חוקיות החוק, הוא ינהג באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון מיוחדים בתחומים אלה, וימנע מעיצוב מחדש של המדיניות שראה המחוקק לאמץ" (בג"צ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) פסק דין מיום 27.9.2004, סעיף 35 לפסק דינה של השופטת ביניש, להלן: פרשת ארגון מגדלי עופות).

כך הוא גם, כאמור, מקום שמדובר בעניינים שבביטחון או במדיניות חוץ. בית משפט זה הדגיש לא אחת - בעיקר ביחס להחלטות ממשלתיות שונות - כי יש לנקוט משנה זהירות בביקורת החלטות בעניינים שבמדיניות. בית-המשפט אינו מרבה להתערב ב"עניינים מדיניים מובהקים" (בג"צ 3687/00 אשכנזי נ' ראש הממשלה (לא פורסם)); הוא איננו חלק מן המנהל הציבורי, ואין זה מתפקידו לנהל את ענייני הממשלה (בג"צ 6029/99 פולארד נ' ראש הממשלה, פ"ד נד(1) 241, 248).

הלכה זו מקורה בשני יסודות. ראשית, מקובל כי בתחומי חוץ וביטחון, כמו גם בעניינים כלכליים, מתחם הסבירות, המתווה את גבולות שיקול-הדעת המסור לרשות השלטונית, רחב עד מאוד (ראו שם). בגדרי מתחם זה, לא יחליף בית-המשפט את שיקול-דעתה של הממשלה בשיקול-דעתו הוא (בג"צ 4769/95 מנחם ואח' נ' שר התחבורה פ"ד נז(1) 235, 280, להלן: פרשת מנחם). בית-המשפט מכיר, כי בשאלות מסוג זה, מגוון רחב של פתרונות ניצב על המפתן, וכי לרשות מרחב תמרון רחב בבואה לבחור בפתרון הראוי (שם), וראו גם פרשת ארגון מגדלי העופות, סעיף 35 לפסק דינה של השופטת ביניש).

שנית, בית-משפט זה מכיר כי במצבים מסוימים - אף שניתן, מבחינה נורמטיבית, לחרוץ בהם דין - הוא אינו המוסד המתאים לעשות כן. אלה הם המקרים עליהם נאמר כי אין הם שפיטים מן הבחינה המוסדית. אלה הם המקרים, בהם השאלה העולה בפני בית-המשפט אינה האם ניתן להכריע בסוגיה בבית-המשפט, אלא האם ראוי לעשות כן. על כך אמר השופט זמיר, כי:

"יש סוגים של מקרים בהם בית-המשפט, אף שיש לו סמכות, מונע עצמו מביקורת שיפוטית. אלה הם, בראש ובראשונה, מקרים שיש להם אופי מדיני מובהק. אכן, גם במקרים כאלה יכול בית-המשפט, מבחינה נורמטיבית, לפסוק אם החלטה מדינית מותרת על-פי הדין (ולכן היא חוקית) או אסורה על-פי הדין (ולכן היא בלתי חוקית), אך מבחינה מוסדית, במקרים כאלה קיים מוסד אחר המתאים יותר מבית-המשפט, על-פי עקרונות המשטר הדמוקרטי ועל-פי מהות המוסד, לקבל הכרעה. אלה הם, בלשון מקובלת, מקרים של אי-שפיטות מוסדית ... במקרים כאלה מעדיף בית-המשפט, בדרך-כלל, למשוך את ידו מן המקרה ולהניח לממשלה או לגוף מוסמך אחר, לפי העניין, לקבל הכרעה על יסוד שיקולים של מדיניות. כך הוא המצב בדמוקרטיה אחרות: בארצות-הברית, באנגליה, בצרפת ובמדינות נוספות. וכך הוא, מאז ומתמיד, גם המצב בישראל" (בג"צ 8666/99 תנועת נאמני הר-הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199, 203).

ההצדקות המקובלות העומדות ביסודה של דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית, עיקרן ברצון לשמור על הפרדת הרשויות, להימנע מהכרעה משפטית בעניינים שמהותם הדומיננטית היא פוליטית, ולהבטיח את אמון הציבור בשפיטה (לסקירה נרחבת של בסיסן העיוני של הצדקות אלו ולביקורת עליהן ראו בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, עמ' 488-496, וההפניות שם, להלן: פרשת רסלר).

שפיטותו של חוק המעגן תכנית מדינית

7. עיקריה של תורת הביקורת השיפוטית - ובראשם הזהירות והריסון המוגברים שבית משפט זה מצווה

לנהוג בחקיקה המעגנת תכנים מדיניים – עקרונות יסוד המה, והדברים ידועים ומוכרים. יחד עם זאת – וזה כמו אלה עיקר יסודי עליהם מייסדת עצמה שיטתנו המשפטית – בית-משפט זה אינו יכול להדיר עצמו – ואף אינו רשאי לעשות כן – מהכרעה בעניינים מסוימים אך בשל שאופיים "מדיניים" או "פוליטיים". מדרכה של שפיטה שהיא עוסקת בבעיות החיים, ואלה נושאות, תכופות, "מטען פוליטי" (בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 854, להלן: פרשת ז'רז'בסקי. השוו גם לדברי השופט י' טירקל בבג"צ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455, 478), ובלשונו של השופט ברק:

"אכן, המאפיין את השפיטה הוא בהכרעה בין תביעות (claims). היא תוכן אשר יהא ... האופי השיפוטי של הפונקציה לא נקבע על-פי תוכנו של הסכסוך אלא על-פי עצם קיומו. עיסוק שיפוטי בבעיות בעלות אופי ציבורי, ואף בעלות אופי פוליטי, אין בו כדי 'לטשטש את התחומים ולהתפרש כהפרת העיקרון של הפרדת רשויות'..." (פרשת רסלר, בעמ' 465).

ובהמשך, בהתייחסו ל"פרשת ריינר" – עתירה שעניינה היה בקיום קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית ונדחתה מחמת אי שפיטותה - הוסיף את הדברים הבאים:

"... שיקולי השלטון הם שיקולים פוליטיים, אך אין בכך כדי לשלול את הצורך לבחון אם השיקול הפוליטי הוא חוקי מבחינה משפטית. השיקול הפוליטי לחוד, והשיקול המשפטי לחוד, פוליטיות השיקול אינה שוללת את הצורך לבחון את חוקיותו. בית-המשפט 'מוסמך ומסוגל' לבחון את חוקיות ההחלטה, יהא אופיה הפוליטי אשר יהא" (פרשת רסלר, בעמ' 485).

אכן, מהותם הפוליטית של עניינים רבים המובאים בפני בית משפט זה בולטת. רבים מהם ניצבים במרכז של שיח ציבורי ער. רבים מהם מפרנסים פעילות פרלמנטארית ענפה. רבים מהם נוגעים לעיקרים שבהווייתנו כאומה ריבונית. כך הוא – לא נכחד – אף במקרה שבפנינו. אולם, כפי שנפסק לא אחת, מהותה הפוליטית של סוגיה פלונית, לבדה, אינה מוציאה מניה וביה את סמכותו של בית-משפט זה. העובדה ששאלות משפטיות מתעוררות אגב החלטה פוליטית כזו או אחרת, אינה יכולה לשמש סיבה להימנע מהכרעה בהן. לו נגרוס אחרת, כי אז נימצא מצהירים כי הזירה הפוליטית הנה בבחינת "שטח הפקר" חוקתי. ואולם, שיטתנו המשפטית אינה מכירה בריק נורמטיבי מסוג זה. סוגיות המקפלות בתוכן היבטים פוליטיים – ואף כאלו שבמרכזן תכניות מדיניות מסוגים שונים, נדונו בפני בית משפט זה, תוך שהודגש, כי אמות המידה לבחינתן אינן פוליטיות, כי אם משפטיות, ובלשונו של השופט ברק:

"איני רואה כל מקום לחשש מפני פוליטיזציה של השפיטה... "מיהו יהודי", גיוס בחורי ישיבה, "התנחלויות" באיזורי יהודה שומרון ועזה, הפגנות בעד ונגד מהלכים מדיניים - אלה ורבים אחרים הם עניינים הנידונים כעניין שבשגרה לפני בית-המשפט, חרף המטען הפוליטי שלהם. כוחו של בית-המשפט לנתק עצמו מהפוליטיקה אינו בדחייתה על הסף של עתירה שיש לה היבט פוליטי. ניתוקו של בית-המשפט מהפוליטיקה מתבצע על-ידי כך שאמות המידה אשר בית-המשפט מפעילן הן אמות מידה משפטיות ולא פוליטיות. אכן, להכרעה שיפוטית יש תוצאות פוליטיות. באותה מידה, גם להימנעות מהכרעה שיפוטית יש תוצאות פוליטיות. לא התוצאה הפוליטית היא הקובעת אם העניין יוכרע במשפט הציבורי או במשפט הציבורי. אילו ראינו בתוצאה הפוליטית אמת מידה להכרעתנו השיפוטית, היינו נותנים בכך יד לפוליטיזציה של השפיטה. כוחנו להבחין בין התוצאה הפוליטית לבין אמת המידה המשפטית על-פיה נבחנת ההתנהגות השלטונית הוא השומר עלינו מפני פוליטיזציה זו. בכך שביט-המשפט בוחן אירוע בעל השלכה פוליטית באמות מידה של המשפט הציבורי - ולא של משפט הציבור - הוא מחסן עצמו מפני פוליטיזציה של שפיטתו. הנה כי כן, דווקא הדיון הענייני, הנערך על-פי קריטריונים ואמות מידה משפטיות, הוא המגן על בית-המשפט מפני כל טענה של פוליטיזציה. כשופטים, איננו פועלים על-פי השקפותינו הפוליטיות. כוכב הצפון המדריך אותנו הוא המשפט. נאמנותנו למשפט היא התשובה לכל טיעון של פוליטיזציה. מכוחה של נאמנות זו נעמוד גם במבחן משפט הציבורי" (פרשת ז'רז'בסקי, בעמ' 854).

הנה כי כן, "פוליטיקה" אף היא אינה מילת קסם השוללת ביקורת שיפוטית. עניינים רבים המובאים בפני בית משפט זה כרוכים בעניינים שבפוליטיקה, ואלו, מטבעם, שנויים במחלוקת ציבורית. אף על-פי כן, ברי כי אין בטעם זה, בבדידותו, כדי להביא לכך שביט משפט זה ימשוך ידיו מהכרעה. בפרט נכונים הדברים, מקום בו טוען פלוני לקיפוח ופגיעה בזכויותיו היסודיות, כבמקרה שבפנינו. סגירת דלתותיו של בית-המשפט בפני עותר מסוג זה, הנה תוצאה קשה שאין להשלים עמה. הלכה זו אינה חדשה עמנו כלל ועיקר; היא מבססת עצמה באתוס השיפוטי שהתפתח בבית משפט זה למן ראשיתו:

"... ברצוני להעיר מלה על טענתם הנוספת של המשיבים כי השאלה שהועמדה לפנינו אינה 'שפיטה', בהיותה שאלה העתידה להידון במשא ומתן לשלום, ושאינן בית-משפט דן בשאלות פוליטיות שבתחום הממשלה. לא התרשמתי מטענה זו כלל ועיקר. לא כאן המקום לחדש את הוויכוח הנצחי על תחומי השפיטה בעניינים פוליטיים. ברור שבעניינים של מדיניות חוץ - כמו במספר נושאים דומים - ההכרעה היא בידי הרשויות הפוליטיות ולא בידי הרשות השופטת. אך בהנחה - שלא נתאמתה במקרה זה - שרכושו של אדם נפגע או נשלל ממנו שלא כדין, קשה להאמין שביט-המשפט יקפוץ את ידו מאותו אדם, כיון שזכותו של זה עשויה לעמוד לוויכוח במשא ומתן פוליטי..." (דברי השופט ויתקון בבג"צ 606/78 איוב נ' שר הבטחון פ"ד לג(2) 113, 124).

כאמור, בבואו לבחון סוגיה בעלת היבטים פוליטיים, אין לו לבית-המשפט משקפיים זולת משקפי החוק, בעדם הוא משקיף על הפעולה נושא הבחינה. בית-המשפט אינו מבקר את מהותה הפוליטית של הפעולה; אין הוא מערב בתהליך הבחינה את השקפת עולמו הפרטית; בית-המשפט פוסק על-פי הדין; הוא מונחה בידי אמות מידה משפטיות; הוא מסתייע במיטב הכרתו ומצפונו, ובאלו בלבד. יפים לענייננו דברי הנשיא שמגר:

"בית-המשפט פוסק על-פי פרשנות נאמנה של החוק ולפי מיטב מצפונו, יהיו הכוונות השלטוניות או המפלגתיות הלב-שיפוטיים אשר יהיו. בית-המשפט אינו פוזל לעבר רשויות אחרות כדי להשביע רצונו, אלא מנסה, כמיטב יכולתו והבנתו, לפסוק פסקו על-פי הדין, תוך נאמנות לתפיסות היסוד החוקתיות שלנו" (בג"צ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, עמ' 783).

בעשותו כן, נותן בית-המשפט ביטוי לעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. הוא מגשים את חובתו לפסוק על-פי החוק (בג"צ 390/79 דויקא נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4, להלן: פרשת דויקא); אין הוא פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות, כי אם נוסך בו משמעות; אין הוא מביא לפוליטיזציה של השפיטה, שהרי "דווקא הדיון הענייני, הנערך על-פי קריטריונים ואמות מידה משפטיות, הוא המגן על בית-המשפט מפני כל טענה של פוליטיזציה" (פרשת ז'רז'בסקי, בעמ' 854); אין הוא פוגע באמון הציבור, שהרי אין לך ערובה טובה יותר מהכרעה שיפוטית עניינית ומבוססת לצורך קיום אמונו של הציבור בשפיטה. ובלשון בג"צ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 148:

"הצורך באמון הציבור אין פירושו הצורך בפופולאריות. הצורך להבטיח אמון פירושו הצורך לקיים את תחושת הציבור כי ההכרעה השיפוטית נעשית באופן הוגן, אובייקטיבי, ניטרלי, ללא נטייה. לא זהותם של הטוענים אלא משקלם של הטוענים - הוא שמכריע את הדין. משמעותה ההכרה, כי השופט אינו צד למאבק המשפטי, וכי לא על כוחו שלו הוא נאבק, אלא על שלטונו של החוק".

וידועים בהקשר זה דבריו המאלפים של מ"מ הנשיא לנדוי:

"הפעם יש לנו מקורות כשרים לפסיקתנו ואין לנו צורך, ואף אסור לנו בשבתנו לדין, לערב בה את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה. אבל עדיין רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית-משפט כדיון, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, בידועי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" (פרשת דויקא, בעמ' 4).

כאמור, לא נעלמה ממני ההשקפה רבת הטעם, על-פיה עניינים שבמדיניות, הנתועים בהשקפת עולם פוליטית זו או אחרת, לא רק ראוי להם - לעיתים אף רצוי להם - כי יתלבנו בשדות חברתיים אחרים, ולא בשדה המשפטי, וכי עניינים הכורכים שאלות פוליטיות מורכבות, מאויים מדיניים או תפיסות עולם חברתיות - לא תמיד מיטת הסדום של ההכרעה השיפוטית יפה להם. אכן, קשה להעלות על הדעת חברה דמוקרטית ופתוחה, בה עניינים העומדים על סדר היום הלאומי מתלבנים אך בבתי המשפט, ואין למעט בחשיבותם של השיח הציבורי, העיון האקדמי, הביקורת העיתונאית והפיקוח הפרלמנטארי. יחד עם זאת, "משפט הציבור אינו תחליף למשפט ציבורי". משפט הציבור אינו מוציא את השיפוט הנורמטיבי, "ואין האחד בא במקום השני" (פרשת ז'רז'בסקי, בעמ' 854). אכן, בנושאים מסוג זה, ובפרט מקום שכרוכים הם בטענה בדבר פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות של הפרט, אין די במנגנוני הפיקוח החלופיים, ואין בית משפט זה יכול, או ראוי, למשוך ידיו מהכרעה (השוו פרשת ולנר, בעמ' 803). וכאמור בפרשת ז'רז'בסקי:

"לדעתי, אין משפט הציבור בא במקום המשפט הציבורי. התנהגותם של אנשי שלטון בביצוע סמכויותיהם השלטוניות מן הראוי לה שתעמוד הן למשפט הציבור והן למשפט הציבורי. שני אלה משקיפים על ההתנהגות השלטונית מנקודות מבט שונות. אמות המידה המופעלות על-ידי שתי בחינות אלה שונות הן, ותוצאתן שונה. אכן, דמוקרטיה אמיתית מחייבת הפעלתו של משפט הציבור והמשפט הציבורי גם יחד. משפט הציבור בלא משפט ציבורי פוגע בשלטון החוק ובזכויות אדם. משפט ציבורי בלא משפט הציבור פוגע בשלטון הרוב. אלה כאלה פוגעים אפוא בדמוקרטיה" (עמ' 854).

8. יישום כל האמור על העתירות שבפנינו, מחייב את המסקנה, כי אם נדרשה דוגמה לנחיצותה של ביקורת שיפוטית על חוק שבבסיסו הוא פוליטי - מדיני, החלטת הממשלה וחוק ההתנתקות הם דוגמה מובהקת לכך. מכוח שני אלה עתידים אלפי יהודים לגלות ממקום מושבם; בתים רבים, מוסדות חינוך, בתי כנסיות, מטעים וחממות, מפעלים יצרניים - כל אלה מיועדים להריסה או למסירה לידי צר, ואפילו על המתים לא פסח החוק, באשר הם עתידים להיות מטולטלים ממקום קבורתם. זוהי תוצאה קשה, ודומה היא לרעידת אדמה של ממש, כזו הגורמת לגלי-חוף השוטפים בשצף קצף את כל הנקרה בדרכם, ומשנים את חייהם של אלה השורדים אותם מן הקצה אל הקצה.

אולם, פגיעתם של החלטת הממשלה וחוק ההתנתקות אינה מצטמצמת לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט,

באשר היא נוגעת בעצב רגיש פי כמה – זכותו של העם היהודי להתיישב בארץ ישראל, זכות בה אעסוק בהמשך, זכות שאפילו שלטון זר ששלט כאן ביד רמה עד לשנת תש"ח, לא העז לפגוע בה על-ידי עקיפתם של יישובים ממקומם, גם אם היו אלה יישובים שהוקמו ללא הסכמתו.

לנוכח כל אלה, סבורני כי חקיקה זו, עקב מגוון הפגיעות הכרוכות בה בזכויות יסוד של הפרט והכלל, חייבת לעמוד לביקורת שיפוטית, חרף האופי בו נוהג בית-משפט זה, בדרך הכלל, בבחינתה של חקיקה ראשית.

זכותו של העם היהודי להתיישבות-קבע בכל חלקי ארץ ישראל

ההתנתקות בראי סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

9. את מסעי לבחינת חוקיותם של החלטת הממשלה וחוק ההתנתקות, אתחיל בסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שזו לשונו:

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (ההדגשה הוספה).

אחד העקרונות היותר חשובים שבהכרזה על הקמתה של מדינת ישראל (להלן: "מגילת העצמאות") אם לא החשוב שבהם, היא זכותו של העם היהודי להקים בארץ-ישראל את ביתו, ובלשון ההכרזה:

"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. לאחר שהוגלה מארצו בכוח הזרוע שמר לה אמונים בכל ארצות פזוריו, ולא חדל מתפלה ומתקווה לשוב לארצו ולחדש בתוכה את חירותו המדינית.

...

מתוך קשר היסטורי ומסורתי זה חתרו היהודים בכל דור לשוב ולהאחז במולדתם העתיקה; ובדורות האחרונים שבו לארצם בהמוניהם, וחלוצים, מעפילים ומגינים הפריחו נשמות, החיו שפתם העברית, בנו כפרים וערים, והקימו יישוב גדל והולך השליט על משקו ותרבותו, שוחר שלום ומגן על עצמו, מביא ברכת הקידמה לכל תושבי הארץ ונושא נפשו לעצמאות ממלכתית.

...

בשנת תרנ"ז (1897) נתכנס הקונגרס הציוני לקול קריאתו של הוגה חזון המדינה היהודית תאודור הרצל, והכריז על זכות העם היהודי לתקומה לאומית בארצו. זכות זו הוכרה בהצהרת בלפור מיום ב' בנובמבר 1917 ואושרה במנדט מטעם חבר הלאומים, אשר נתן במיוחד תוקף בין-לאומי לקשר ההיסטורי שבין העם היהודי לבין ארץ-ישראל ולזכות העם היהודי להקים מחדש את ביתו הלאומי.

...

השואה שנתחוללה על עם ישראל בזמן האחרון, בה הוכרעו לטבח מיליונים יהודים באירופה, הוכיחה מחדש בעליל את ההכרח בפתרון בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על-ידי חידוש המדינה היהודית בארץ-ישראל ...

...

ב-29 בנובמבר 1947 קיבלה עצרת האומות המאוחדות החלטה המחייבת הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל; העצרת תבעה מאת תושבי ארץ-ישראל לאחוז בעצמם בכל הצעדים הנדרשים מצדם הם לביצוע ההחלטה. הכרזה זו של האומות המאוחדות בזכות העם היהודי להקים את מדינתו אינה ניתנת להפקעה.

...

זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית" (ההדגשות הוספו).

באשר למעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות הובעו בעבר דעות שונות. בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט(3) 365, 385, נאמר:

"...כדי לעמוד על תוכן סמכותה הנזכרת של הועדה [ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית], מחובתנו לשים קודם אל לבנו את 'הנתונים' הקונסטטוטיוניים, השייכים לשאלה זו. והנה, לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על-ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל', כי האקט של הקמתה נעשה, בראש ובראשונה, בתוקף 'זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל'. למותר לציין, בשלב זה של חיי המדינה, כי הדברים האמורים מבטאים את חזון העם ואת האני מאמין שלו ושמחובתם לשוותם לנגד עינינו 'בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה'."

וראו גם ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מג(4) 221, 231. גישה דומה ננקטה בבג"צ 153/87 לאה שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב(2) 221, 274:

"חשיבותה של הכרזת העצמאות, שהיא מעגנת בתוכה עקרונות יסוד של המשטר. אמת, אין היא בחינת חוקה, ואין לה כוח משוריין. אך מכאן לא נובע, כי היא נעדרת כל כוח משפטי. נהפוך הוא: היא מהווה את מגילת הערכים של האומה, שכן היא כוללת בחובה, בין השאר, מספר עקרונות העומדים ביסוד המשטר ומספר הנחות יסוד, שהחקיקה צריכה להשתלב לתוכן. למגילת ערכים תוקף משפטי, שכן ממנה נגזרות זכויות, ועל-פיה מתפרש כל חוק".

שאלה זו בדבר מעמדם של העקרונות אשר נכללו במגילת העצמאות, שבה ועלתה לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והפעם מפיו של השופט ד' לוי, בבג"צ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5), 441, 464:

"הצהרת מבוא זו שבחוקי היסוד הני"ל לא לתפארת המליצה נחקקה עלי ספר, אלא היא באה לבטא, והפעם לא כמשאלת לב וכיאני מאמין' מופשט, כי מגילת העצמאות היתה לעקרון יסוד חוקתי, מחייב. מטרת חוקי היסוד אף היא הוגדרה ברורות ובתוקף משפטי חוקתי כבאה 'לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'... אמנם כן, כפי שהוסבר לעיל, ראה בית-משפט זה מימים ראשונים להנחות עצמו בעקרונות ובערכים של מגילת העצמאות כמקור לפרשנות החוק, כיתד שניתן להצמיד אליו זכויות יסוד מוגנות. באו חוקי יסוד אלה והביאו לשינוי דרמטי במעמדה של מגילת העצמאות, בכך שאינה עוד רק מקור לפרשנות, אלא היא עצמה היתה למקור עצמאי לזכויות אדם, שהרי נעמיד את המחוקק הישראלי בכוננו חוק יסוד בחזקת מי שאינו משחית מילותיו לריק ואינו מאחז עיניים, אלא מבקש ליתן בידי האזרח בישראל מגילת זכויות אזרח ברמה חוקתית על-חוקית".

וכן ראו בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט(4), 94, 131; פרשת בנק המזרחי, בעמ' 309; ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2), 464, 512.

בבג"צ 1554/95 עמותת שוחרי גילית נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נ(3), 2, 26-27, החליט השופט ת' אור להימנע מלעסוק בשאלת מעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות, ומנגד, השקפתו של א' ברק היא זו:

"ההכרזה על הקמת מדינת ישראל" – או הכרזת (מגילת) העצמאות – נתקבלה בה' באייר תשי"ח (15.4.1948). מעמדה המשפטי לא היה נקי מספיקות: הכול הסכימו כי 'היא מבטאת את חזון העם ואת ה'יאני מאמין' שלו'. עם זאת, הדעה המקובלת היתה כי "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם".

...
האם בכל אלה חל שינוי לאור פסקת עקרונות-יסוד? התשובה היא בוודאי בחיוב. כיבודן של זכויות היסוד של האדם ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל הפכה לצו חוקתי. נמצא, כי לא רק שיש לעקרונותיה של הכרזת העצמאות תוקף משפטי, אלא שהחובה לכבד את זכויות היסוד ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות הפכה לחובה חוקתית, שחוק "רגיל" אינו יכול לעמוד לעומתה. לפנינו אפוא שינוי מהותי במעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות. עם זאת, היקף השינוי מותנה במודל שייבחר. על-פי המודל הפרשני השינוי הוא ניכר, אך לא מהפכני. על-פי מודל זה, הכרזת העצמאות לא הפכה מקור עצמאי לזכויות אדם. היא נשארה כשהיתה, ביטוי של 'מגילת ערכיה של האומה', אם כי משקלם של ערכים אלה עלה – שכן אין הם אך חלק מההלכה הפסוקה, אלא יש להם מעמד על-חוקי. על-פי המודל העצמאי, השינוי במעמדה של הכרזת העצמאות הוא דרמטי. היא הפכה – מאז הוכנסה פסקת עקרונות-יסוד לחוקי-היסוד – למקור עצמאי לזכויות אדם. על-פי גישה זו היא מהווה 'חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם'".
(א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי, נבו הוצאה לאור, תשנ"ד, בעמ' 305. להלן: פרשנות במשפט. (ההדגשה הוספה)).

10. באשר לי, סבורני כי לשונו של סעיף 1 לחוק היסוד ברורה, לאמור, עקרונותיה של מגילת העצמאות נקלטו דרך סעיף זה, והפכו לחלק מהתשתית הקונסטיטוציונית המחייבת במדינת ישראל. מכאן התוצאה, שבחינתם של חוק ההתנתקות והחלטת הממשלה מחודש יוני 2004, צריכה להתחיל בשאלה אם הם עולים בקנה אחד עם זכותו של העם היהודי לעלות לארץ ישראל ולהתיישב בה. כפי שאראה בהמשך, אותה החלטה ואותו חוק, לא זו בלבד שפוגעים הם פגיעה אנושה באותה זכות, אלא שבפועל הם שוללים אותה. תוצאה זו, מעבר להיותה נסיגה מאותו עיקרון בו ראתה הציונות אבן-יסוד – זכותם של יהודים להתיישב בארץ ישראל, מעוררת קושי נוסף, וכוונתי לכך, שעתה, לאחר שנמצא כי לאותה זכות של עלייה והתיישבות בארץ ישראל יש כיום עיגון חוקתי, דרוש היה לשלילתה "אקט מכונן" (חוק יסוד), ולא כך נהגו המשיבים.

עיגון הזכות במשפט הבין-לאומי

11. בטרם אמשיך בדיון, אנסה לעמוד להלן על היקפה של אותה "זכות טבעית" של העם היהודי להתיישב בארץ ישראל, ולצורך כך אין מנוס מלפנות לאירועים אשר תחילתם בראשיתה של המאה ה-20, אף כי מטבע הדברים, ונוכח גודש ההתפתחויות, יידונו אך נקודות עיקריות.

בתאריך י"ז בחודש מרחשוון תרע"ח (2.11.1917), פרסמה ממשלת בריטניה את הצהרת בלפור, הצהרה שנכללה במכתב ששיגר שר החוץ הבריטי דאז, ארתור גיימס בלפור, לנשיא ההסתדרות הציונית בבריטניה, הלורד גיימס רוטשילד, בשם ממשלת בריטניה. וזה לשון הקטע החשוב לענייננו:

His Majesty's Government view with favor the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people, and will use their best endeavors to facilitate the achievement of this object, it being clearly understood that nothing shall be done which may prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine, or the rights and political status enjoyed by Jews in any other country.

"I should be grateful if you would bring this declaration to the knowledge of the Zionist Federation

הצהרת בלפור לא היתה התחייבות חוזית להקמתו של בית לאומי יהודי, באשר היא נוסחה בלשון זהירה ("will use their best endeavors to facilitate the achievement of this object"), אך משמעה היה ברור, והיא אושרה ברבים על-ידי ממשלות צרפת, איטליה ובתי הנבחרים בארה"ב (ראו לעניין ההצהרה – ליאונרד שטיין, מסד למדינת ישראל, תולדותיה של הצהרת בלפור, הוצאת שוקן, 1962; וכן ישעיהו פרידמן, שאלת ארץ-ישראל בשנים 1914-1918, הוצאת ספרים על שם י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, ומשרד הביטחון – ההוצאה לאור). באפריל 1920 כונסה ועידת סן-רמו, שבמהלכה הוסכם בין המשתתפות על חלוקה של אזורי ההשפעה בין המעצמות המנצחות בתום מלחמת העולם הראשונה. בריטניה קיבלה תחת חסותה כמנדט את ארץ-ישראל ועירק, בעוד שצרפת קיבלה את המנדט על סוריה ולבנון. באותה החלטה בדבר הענקת המנדט לבריטניה נקבעה חובתה של זו לפעול להגשמת הצהרת בלפור, לאמור, ייסוד בית לאומי לעם היהודי בארץ-ישראל, ומנגד, לא נאמר בה דבר לעניין הגשמתן של זכויות לאומיות של העם הערבי, דבר כשלעצמו אינו מופיע גם בהצהרת בלפור, העוסקת בזכויות "האזרחיות והדתיות" של כל תושבי פלסטין דאז (ראו ברנרד יוסף, השלטון הבריטי בארץ ישראל, פרשת כשלונו של משטר, תש"ח, 36-48, וכן בעמ' 256, 267. ברנרד יוסף, לימים דב יוסף, היה היועץ המשפטי של הסוכנות היהודית ומנהל בפועל של המחלקה המדינית שלה, לימים מושל ירושלים בתש"ח, ושר בממשלות ישראל, לרבות שר המשפטים בשתי תקופות כהונה). בחודש אוגוסט 1922 אישר חבר הלאומים, מכוח סעיף 22 לספר הברית שלו, את המנדט שנמסר לבריטניה, ובכך הוכרה, כנורמה המעוגנת במשפט הבינלאומי, זכותו של העם היהודי לקבוע את ביתו בארץ-ישראל, מולדתו ההיסטורית, ולהקים בה את מדינתו. מפאת חשיבות הדברים, אביא את הקטע הבא מהוראות המבוא למנדט בלשון המקור:

The Principal Allied Powers have also agreed that the Mandatory should be responsible for putting into effect the declaration originally made on November 2nd, 1917, by the Government of His Britannic Majesty, and adopted by the said Powers, in favour of the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people, it being clearly understood that nothing should be done which might prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine, or the ... rights and political status enjoyed by Jews in any other country

Recognition has thereby been given to the historical connection of the Jewish people with Palestine and to the grounds for reconstituting their national home in that country

סעיף 2 לכתב המנדט קובע:

The Mandatory shall be responsible for placing the country under such political, administrative and economic conditions as will secure the establishment of the Jewish national home, as laid down in the preamble, and the development of self-governing institutions, and also for safeguarding the civil and religious rights of all the inhabitants of Palestine, irrespective of race and religion

ובסעיף 6 של כתב המנדט נאמר כך:

The Administration of Palestine, while ensuring that the rights and position of other sections of the population are not prejudiced, shall facilitate Jewish immigration under suitable conditions and shall encourage, in co-operation with the Jewish agency referred to in Article 4, close settlement by Jews on the land, including State lands and waste lands not required for public purposes

ההתחייבות העיקרית שבכתב המנדט היא אפוא הגשמתה של הצהרת בלפור, והאמצעים לכך כוללים, בין השאר, "התיישבות צפופה" של יהודים (ראו יוסף, שם, בעמ' 109).

זכותו של העם היהודי לבית-לאומי, כעולה מסעיף 6, כוללת מטבעה שתיים: זכותם של יהודים לעלות לארץ-ישראל והזכות להתיישב בכל חלקיה (ראו דוד בן גוריון, זיכרונות מן העזבון, כרך שישי, עמ' 328). זכות זו

נותרה שרירה וקיימת גם לאחר שחבר הלאומים חלף מן העולם, ואת מקומו תפס ארגון האומות המאוחדות. זה האחרון החליט שעה שנוסד (בשנת 1945), להכיר בתוקפן של זכויות שנרכשו מכוח המנדטים למיניהם (ראו סעיף 80, פרק 12 של מגילת האומות המאוחדות, וכן סעיף 170(1)(b) של אמנת וינה בדבר דיני אמנות (The Law of Treaties): "באין קביעה אחרת באמנה, או שלא הוסכם אחרת בין המדינות בעלות-האמנה, הבאת אמנה לכלל סיום לפי הוראותיה של אמנה זו ... אינה פוגעת בכל זכות, התחייבות או מצב משפטי של בעלות האמנה, שנוצרו בביצועה של האמנה קודם להבאתה לכלל סיום").

12. מבחינה גיאוגרפית, כלל המנדט שניתן לבריטניה את השטחים שמשני עברי הירדן, ועל כן נכון לומר כי במסמך זה ניתנה גושפנקא להתיישבות יהודים ממזרח כמו ממערב לירדן. אולם, בשנת 1922 חל מפנה, כאשר על-פי המלצתו של מי ששימש אותה עת שר המושבות הבריטי, וינסטון צ'רצ'יל, הוחלט להפריד את השטח שממזרח לירדן מהשטח שממערבו. אותה החלטה מעוררת תהיות לנוכח האיסור שנקבע בכתב המנדט על מסירה של חלק כלשהו מארץ ישראל לשלטון זר. לא אדרש לסוגיה זו (ראו יוסף, שם עמ' 78-80), אך עובדה אחת נותרה שרירה וקיימת, והכוונה לזכותם של יהודים להתיישב, למצער, בכל חלקיה של ארץ-ישראל שממערב לירדן, וממילא גם בכל אותם שטחים שהעיתרות הנוכחיות עוסקות בהם.

13. בהמשך, ובעקבות רכישת קרקעות על-ידי יהודים, שמאז ומתמיד היתה בעיני הנהגת היישוב תמציתו של הרעיון הציוני, הואיל וזה היה הבסיס להקמתו של "בית לאומי" בארץ ישראל, פרצו גלים של פרעות שגרמו לקורבנות רבים ביישוב היהודי (תרפ"א, תרפ"ט, תרצ"ו-תרצ"ט). נראה, כי עקב כך, ובגין שיקולים נוספים שאין זה המקום להרחיב בהם, היתה נסיגה הדרגתית של ממשלת בריטניה מהצהרתה המקורית בדבר עידודה של התיישבות יהודית בארץ-ישראל, עד שלבסוף הציעה "ועדת פיל" (בשנת 1937), לחלק את חבל הארץ שממערב לירדן בין יהודים וערבים. תכנית זו נתקלה בהתנגדות, ובעקבותיה פרץ מה שידוע כ"מרד הערבי".

לאחר שארגון האומות המאוחדות ירש את מקומו של חבר הלאומים, מונתה ועדה נוספת (UNSCOP – United Nations Special Committee of Palestine), במטרה לנסות ולמצוא פתרון למתיחות ששררה בין יהודים וערבים. ועדה זו בחנה שתי הצעות: האחת, חלוקתה של ארץ-ישראל בין שתי מדינות, ערבית ויהודית, להן תהיה מערכת כלכלית משותפת, ושבירתן, ירושלים, תהיה נתונה לפיקוח מנדט בינלאומי. ההצעה האחרת היתה להקים מדינה דו-לאומית פדראלית. בסופו של דבר הועדפה ההצעה הראשונה, וביום 29.11.1947 היא אומצה בהחלטה של העצרת הכללית של האו"ם (החלטה מספר 181). אולם, בעוד שההנהגה היהודית של אותם ימים ברכה על ההחלטה, המנהיגות הערבית דחתה אותה, וכבר ביום המחרת החלו פעולות האיבה נגד היישוב היהודי.

לעניין זה אוסיף, כי על-פי המתוכנן, היה אמור המנדט הבריטי להסתיים בחודש אוקטובר 1948, ובימים שחלפו מאז קבלת ההחלטה נעשו ניסיונות להכניס בה שינויים כדי להניח את דעת הכל. אולם, בסופו של דבר החליטה ממשלת בריטניה להקדים את הוצאת כוחותיה ללילה שבין ה-14 ל-15 במאי 1948. בעקבות כך הוכרז על הקמתה של מדינת ישראל, ומשהכירו בה מספר מדינות, וביניהן שתי המעצמות של אז – ארצות הברית וברית המועצות – נסתם למעשה הגולל על הצעת "תכנית החלוקה", הצעה, שכאמור, גם נדחתה על-ידי המנהיגות הערבית.

14. שאלה נוספת לה ראוי כי ניתן את דעתנו, היא למי ניתנה הריבונות על ארץ-ישראל, מאז הוחלט בחודש ינואר 1919 כי שטח זה לא יוחזר לבעלי הקודמים (האימפריה העותמאנית או יורשיה). בוועידת סן-רמו נקבע, כאמור, כי שטח זה מיועד להקמתו של בית לאומי לעם היהודי, ובהמשך, הופקד השטח בנאמנות בידיה של בריטניה, מכוח המנדט שניתן לה על-ידי חבר הלאומים. מטבעה של נאמנות שהיא נועדה לשמור על זכויותיו של הבעלים, ועל כן, משנסתיים המנדט הבריטי נותרות על כן התחייבויות הצהרת בלפור שעוגנו בו כיעד, ובלשון דב יוסף (שם, 258): "תכליתו העיקרית של המנדט הארצישראלי היא להבטיח את הקמת הבית הלאומי היהודי בארץ ישראל. היוצא מזה, כי בעל-ההנאה האמיתי, כפי המקובל בתורת הנאמנות, הוא העם היהודי". אולם, לא כך קרה בפועל, הואיל ובעקבות מלחמת הקוממיות והסכמי שביתת הנשק שנחתמו עם מדינות ערב – הסכמים שלא קבעו גבולות, וכך גם נאמר בהם, אלא רק ביטאו את הקווים בהם ניצבו הכוחות הלוחמים אותה עת – החזיקה מצרים בין השנים 1948 עד 1967 ברצועת עזה, בעוד שירדן שלטה כל אותה תקופה בגדה המערבית (יהודה ושומרון) ומזרח ירושלים. מצרים לא ראתה מעולם את רצועת עזה כחלק משטחה, והיא ניהלה אותה כשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, שתושביו אינם נמנים על אזרחיה. לעומת זאת, התיימרה ירדן לספח את השטח שהיה נתון לשליטתה, אולם בשנת 1988 הסתלקה מכוונתה זו (לעניין מעמדה של ירדן ראו דבריו של הנשיא מ' לנדוי בבג"צ 61/80 העצמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3), 595, 597; בג"צ 69/81, 493 אבו עיטה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד לז(2), 197, 227).

העולה מכך הוא, שבשטחי יהודה, שומרון ורצועת עזה, לא היה ערב כניסתה של מדינת ישראל, ריבון המוכר על-ידי המשפט הבינלאומי. מנגד, מדינת ישראל, המחזיקה כיום באותם שטחים, אינה עושה זאת מכוח היותה "מדינה כובשת", אלא מכוח היותה מי שבאה במקומה של ממשלת המנדט, מחד, וכנציגתו של העם היהודי, מאידך. ככזו עומדת לה לא רק זכותה ההיסטורית להחזיק ולהתיישב בשטחים אלה, שאין להכביר מלים לגביה אלא לעיין בתנ"ך, אלא גם זכות המעוגנת במשפט הבינלאומי. (ראו אליאב שוחטמן, "הכרזת העצמאות כמקור לזכויותיו הלאומיות של העם היהודי על ארץ-ישראל", משפט וממשל, ה' תש"ס, עמ' 427; יהודה צבי בלום, ציון במשפט נפדתה, הפרקליט כ"ז (תשל"א), 315; וכן Julius Stone, Israel and Palestine Assault on the Law of Nations (John Hopkins, Baltimore, 1981), 59-66, 127-128; Eugene v. Rostow, "To the

לא נעלמה ממני העובדה, כי בעקבות הצהרת העקרונות שנכללה בהסכם אוסלו הראשון (מיום 13 בספטמבר 1993), הכירה מדינת ישראל באש"ף, ואף התחייבה להעביר לשליטתה של הרשות הפלסטינית, לאחר שתקום, את השליטה בגדה המערבית וברצועת-עזה (סעיף 1 להסכם), בהן הוסכם לראות יחידה טריטוריאלית אחת. עם זאת, מותר לתהות מהו תוקפם המשפטי העכשווי של הסכם זה ואלה שבאו אחריו, הואיל ועל אף הסכמת הצד הפלסטיני ליישב מאותו מועד ואילך כל מחלוקת בדרכי שלום, פתחה הרשות הפלסטינית עצמה, וארגוני הטרור שפעלו בברכתה, בפעולות איבה, שלשיאן הגיעו במרחף הדמים שהפך לנחלתם של אזרחי ישראל, מאז חודש אוקטובר 2000. בשאלה זו לא אביע עמדה, אולם, אף אם תאמר כי הסכמים אלה תקפים כיום, גם אז לא יהיה בכך כדי לערער את מסקנתי בסוגיית הזכות לריבונות בשטחים המיועדים לפינוי. לעניין זה אין לי אלא להפנות ללשונו של "זיכרון הדברים" שצורף ל"הצהרת העקרונות", לאמור: "תחום השיפוט של המועצה [הפלסטינית] יכסה שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה, למעט נושאים שיידונו במסגרת המשא-ומתן על מעמד הקבע: ירושלים, התנחלויות, אזורים צבאיים וישראלים" (ההדגשה הוספה). ובמלים אחרות, ישראל מעולם לא ויתרה על כוונתה לתבוע ריבונות בשטחים אלה, וגם לצד הפלסטיני היה נהיר כי סוגיה זו תוכרע רק במסגרת הסדר הקבע.

למניעת כל ספק אני מבקש להבהיר, כי כוונת הדברים אינה לכך שמכוחה של אותה תביעת זכות לריבונות, מוטלת חובה על ממשלת ישראל ליישב יהודים בכל עת ובכל מקום, גם אם מדובר בלבן של ערים כמו עזה או שכם. פעולת התיישבות אקטיבית לחוד, וויתור על הזכות להתיישבות לחוד.

"זמניות" ההתיישבות

15. המסקנה בה סיימתי את הסעיף הקודם, היא גם המענה לטענת המשיבים לפיה ידעו העותרים כי התיישבותם ביהודה, שומרון ורצועת עזה, הנה זמנית. טענה זו מוטב לה שלא היתה נטענת, באשר זכותם של יהודים להתיישב ביהודה, שומרון ורצועת עזה, שואבת את כוחה מאותו מקור שהקנה ליהודים את הזכות להתיישב בנהריה, אשדוד, אשקלון, רמלה ולוד. מכאן, שטענת המשיבים בדבר "זמניות" ההתיישבות, כמוה כטענה לפיה ישיבתם של יהודים היא זמנית גם באותן ערים ומקומות רבים אחרים, שלא נכללו בשטחה של המדינה היהודית על-פי תכנית החלוקה משנת 1947.

כך או כך, נראה כי ההשקפה לפיה יש תוקף לאחיזתה של ישראל בשטחים המיועדים כיום לפינוי, אינה נחלתו-שלי בלבד, והחזיקו בה לאורך שנים רבים ממנהיגי היישוב. דוגמאות אחדות מתוך שלל התבטאויות הם דברי ראש הממשלה גולדה מאיר בכנסת, בחודש מאי 1971 ("הגבול הסופי לא יהיה זהה לגבול ה-4 ביוני, לא נוותר על ירושלים, רמת הגולן ועזה"); הודעתו של ראש הממשלה לבית-המשפט הגבוה לצדק בפרשת דויקא, בעמ' 16; דבריו של אריאל שרון בחודש טבת תש"ס ("אני רוצה לשלוח מעל במה זו ברכה חמה למתיישבי חבל קטיף. פועלכם כיום – חשיבותו לדורות"); דברי יצחק רבין, בעת ששימש שר הביטחון, בחודש מרץ 1985 בעת ביקור בנוה דקלים ("כבר לפני תשע שנים כאשר הייתי כאן בחנוכת היישוב הראשון (נצר 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"); בעיתון הארץ מתאריך 1995 צוטט אריאל שרון כמי שאמר: "מה שמטריד וקשה הוא הערעור מבפנים על הזכויות שלנו בארץ", והוא הוסיף כי רמת הגולן וגוש קטיף הנם אזורים ביטחוני שאין להיפרד מהם; במאמר פרי עטו של אריאל שרון שהתפרסם בתקופתה של ממשלה אחרת (21.11.1994), נאמר כך (ראו נספח כ"ג לעתירה בג"צ 1661/05):

"אם כוחות צה"ל יצטרכו, בכל פעם שייאלצו להיכנס לחבל עזה, לפתוח את הגדר, לפנות את הצירים ממחסומים ואולי בעתיד ממוקשים, להיתקל בכוחות מזוינים – במקום שהדבר יהיה חלק משיגרה יומיומית, כל פעולה קטנה תהפוך לאקט מלחמתי מיותר. יישוב אזרחי במקום כזה מחייב נוכחות צבאית כל יום. צריך ללוות ילדים לבית הספר, אישה כורעת ללדת לבית חולים, צריך להוציא לשוקים ירקות מהחממות, ללוות רופא ליישוב וממנו ליישובים אחרים. כך נוצרת שגרה של פעילות, של תנועה. אצל עם נורמאלי, נוצרת גם מוטיבציה לשמור על אזרחיו, להגן על ילדיו – כך בנצרים וכך בעיר העתיקה בירושלים ובעיר דוד. כך נהגנו בימי הטרור שלפני מלחמת שלום הגליל ביישובי הצפון.

...

לכן 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" (ההדגשה הוספה).

לבסוף, אביא מדבריו של ראש הממשלה אריאל שרון בימים אלה ממש, והכוונה לראיון שהעניק לעיתון "מקור ראשון", ביום י"ג בניסן תשס"ה (22.4.2005), במהלכו התנהל הדו-שיח הבא:

"שאלה: מעל כל המקומות הללו מרחף עכשיו סימן שאלה גדול לאור הכרזת הפרקליטות בג"צ, שהמתנחלים היו צריכים לצפות את פינזיים, ושכל נוכחותנו בישי"ע היא מתוקפת תפיסה לוחמתית, כהגדרתה. תשובה: תראה, אני אומר כרגע את עמדתי.

שאלה: עמדתך ועמדת הפרקליטות בנושא זה אינן זהות?
תשובה: אני לא מעלה בדעתי לרגע אחד, ולא רואה שום אפשרות שיהודים לא ישבו בחברון, ולא רק שם. אלמלא המתיישבים, לא היינו יושבים היום בגוש-עציון ואפילו לא בשכונות מסוימות של ירושלים.
שאלה: האם אתה מוכן להכריז כאן שהמתנחלים יושבים בישי"ע לא רק מתוקף תפיסה לוחמתית, אלא מפני שזה פשוט שלנו?
תשובה: אני חושב שאמרתי את זה פעמים רבות". (ההדגשה הוספה).

נדמה כי אין כמו תשובה אחרונה זו של ראש הממשלה, כדי להבהיר עד כמה נטולת בסיס היא אותה טענה של המשיבים, בדבר ידיעת המתיישבים בגוש קטיף וצפון השומרון, כי ישיבתם שם היא זמנית. ואם בכל אלה לא די, אוסיף ואפנה לחו"זי החכירה שחתם הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי עם המתיישבים, בהם נקבעו תקופות חכירה של 49 שנים מיום אישור העסקה, עם אפשרות להאריך את תקופת החכירה ב-49 שנים נוספות. אם תוסיף לכך את סכומי העתק שהשקיעה המדינה בפיתוח היישובים, שוב אין מנוס מהמסקנה כי העותרים היו רשאים להניח, שאחיזתם ביישובים ברצועת עזה וצפון השומרון – יישובים שנבנו על אדמות מדינה או אדמות פרטיות שנרכשו בכסף מלא – היא מכוח זכות שאינה מוטלת בספק. איני מתעלם מכך שבשלב מסויימים, כגון בקמפ דיויד בשנת 2000, נדונו גבולות הקבע עם הפלסטינים ועלו שאלות הקשורות ביישובים; אך עובדה היא, שאלו לא הוכרעו.

סיכום ביניים

16. מהאמור עד כה מתחייבות, לטעמי, מסקנות אלו:

א) זכותו של העם היהודי לשוב ולהתיישב בארץ-ישראל, שוב אינה נובעת רק מהיותו של חבל ארץ זה ערש לידתו, והמקום בו הוא קיים עצמאות מדינית עד אשר הוגלה מארצו. אותה זכות שואבת את כוחה, משנת 1922 לפחות, גם מההכרה לה זכתה על-ידי משפחת העמים, ובעיקר מעיגונה כנורמה מחייבת במשפט הבינלאומי.

ב) היקפה של אותה זכות להגירה והתיישבות, משתרעת על כל חלקיה של ארץ-ישראל שממערב לירדן.

ג) מאז סיום המנדט הבריטי בארץ ישראל, היתה מדינת ישראל – נציגתו של העם היהודי – לה עמדה הזכות לתבוע ריבונות על שטחיה של ארץ ישראל שממערב לירדן, וממילא גם על השטחים המיועדים לפינוי.

ד) ההתיישבות בשטחים המיועדים לפינוי מעולם לא נועדה להיות "זמנית", באשר אותה "זמניות" לא התחייבה לא מכוח הדין הנוהג, ולא מנקודת ראותם של מנהיגי המדינה לדורותיהם. כפועל יוצא, עומד למתיישבים עקרון ההסתמכות, על יסודו בנו את חייהם בשטחים אלה.

ה) תוצאתם של חוק ההתנתקות והחלטת הממשלה – פינוי יהודים שהתיישבו כדין בגוש קטיף ובצפון השומרון – עומדת בסתירה מוחלטת לעקרונות ולערכים שבמגילת העצמאות, וכמוה כשלילה של זכות יסוד שאין נעלה ממנה, של המתיישבים כפרטים וקהילות, ושל היהודים כעם.

במצב זה אך טבעי שתעלה השאלה, מה דינה של החלטת הממשלה ששוב אינה עומדת בפני עצמה, אלא "נבלעה" בחקיקה של הכנסת. לכאורה, מבטאת חקיקה זו את רצון העם, הואיל ורובם של חברי הכנסת שנבחרו על ידו, תמכו בה. אולם, חוששני שהדברים רחוקים מלהיות כה פשוטים. בכך אעסוק להלן.

17. אפשר ויקשה השואל – האם אין מדינה רשאית להחליט באמצעות ממשלתה הנבחרת, לוותר על חלק משטחים הנתונים לשליטתה או לריבונותה, במיוחד כאשר אותה החלטה עוגנה בחוק של הכנסת, היא הגוף המייצג את רצון הבוחרים. לא אדרש לשאלה אם ממשלה מוסמכת, בנסיבותיו של המקרה הנוכחי, להחליט על ויתור מסוג זה, הואיל וחוששני כי גם אם תאמר שסמכות זו נתונה לה, בחינתם של ההליכים אשר קדמו לקבלת ההחלטה ולחקיקת החוק, מעלה תהיות שמקורן בשילוב שבין סעיף 1א וסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היינו, אם אותם הליכים הולמים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. שאלה זו מתחייבת מכך שתוכניתו המדינית של ראש הממשלה, לא זו בלבד שלא נכללה במצע מפלגתו לבחירות האחרונות, אלא שהיא אף עומדת בסתירה למה שהוצג באותו מצע. לפיכך, השאלות בהן אעסוק להלן, הן מה דינה של סיעה פרלמנטארית המצביעה בעד חוק המעגן תכנית מדינית העומדת בניגוד למחויבות שנטלה על עצמה במצעה הפוליטי; ומה דינה של אותה סיעה כאשר היא עושה זאת לאחר שהעניין הובא לבחינה נוספת בפני המפלגה, וזו החליטה, ברוב דעות, להתנגד לתכנית. האם פעולה זו היא כדין? כלום חייבת סיעה פרלמנטארית לפעול על-פי מצע מפלגתה? שאלות אלו נדרשות אף הן להכרעה בגדרן של העתירות שבפנינו.

ייצוג שלא לפי רצון הבוחרים?

רקע עובדתי

18. בבחירות לכנסת השש-עשרה, היא הכנסת המכהנת כיום, שהתקיימו בתאריך כ"ה בשבט תשס"ג)

28.1.2003) זכתה מפלגת "הליכוד" ב-38 מנדטים, ובכך הפכה למפלגה בעלת הייצוג הגדול ביותר בכנסת. היתה זו, כזכור, הפעם השנייה ברציפות בה זכתה המפלגה, ואריאל שרון בראשה, במנדט שהביאה – על-פי יחסי הכוחות המפלגתיים – אל הנהגת המדינה. זאת, לאחר תקופה בת כשנתיים (בין השנים 1999-2001) בהן אחזה בהגה השלטון מפלגת "העבודה". על חילוקי הדעות הפוליטיים בין המפלגות אין צורך להכביר מלים. עמדותיהן, אשר לכל הפחות בענין עתידה של ההתיישבות היהודית בשטחים, התחדדו ערב הבחירות, היו נהירות לבוחר. לא אטעה אם אומר, כי רובם של מצביעי "הליכוד" היו מודעים לעמדות שהציגה המפלגה לבחוריה, וששמך ביקשה את אמנם. אכן, בבחירות לכנסת השש-עשרה נפלה הכרעה בין שתי חלופות רעיוניות.

במצע "הליכוד" לבחירות (כמופיע באתר האינטרנט של התנועה), תחת הכותרת "שלום" – הסדר הקבע", נאמר כך:

"ההסדר יהיה מושתת על העקרונות הבאים:

ה. התיישבות: ההתיישבות היא ביטוי מובהק לזכותו הבלתי מעורערת של עם ישראל לארץ ישראל ומהווה נכס חשוב להגנה על האינטרסים החיוניים של מדינת ישראל. הליכוד יפעל להמשך חיזוקה ופיתוחה" (ההדגשה הוספה).

אף בחוקתה של מפלגת "הליכוד", תחת הכותרת "מטרות", נקבע כי:

"הליכוד הנו תנועה לאומית ליברלית, הדוגלת בקיבוץ גלויות, בשלמות המולדת, בחרות האדם ובצדק חברתי והיא חותרת להשגת מטרות אלה:

...

ב. שמירת זכותו של העם היהודי על ארץ ישראל, כזכות נצחית שאינה ניתנת לערעור, התמדה ביישובם ובפיתוחם של כל חלקי ארץ-ישראל והחלת ריבונות המדינה עליהם".

נוסף על עיגונה המפורש של העמדה התומכת בהתיישבות במצע המפלגה ובחוקתה – ולא בהתיישבות בעלמא מדובר, כי אם בהתיישבות יהודית בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה – הרי שראש הממשלה, כפי שהראיתי לעיל, וכמוהו גם קודמיו בראשות "הליכוד", התבטאו חזר-ושנה ברוח דומה. מנחם בגין, שנכון היה לוותר על הנוכחות הישראלית בחצי האי-סיני, ולפרק את התיישבות שם במסגרת הסכמי השלום עם מצרים, לא ראה כך את פני הדברים בכל הנוגע לשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה. לגביהם הציג בגין גישה עקבית. בהביאו בפני הכנסת את תוכנית השלום עם מצרים, ביום י"ח בטבת תשל"ח (28.12.1977) אמר, ולא היו אלה דברים מן השפה ולחוץ:

"ישראל עומדת על זכותה ותביעתה לריבונות על יהודה, שומרון וחבל עזה... יש לנו זכות ותביעה לריבונות על שטחים אלה של ארץ-ישראל. זו ארצנו, ובזכות היא שייכת לעם היהודי".

ראש הממשלה שרון היה מבין הבולטים, אם לא הבולט שבמנהיגיה של אותה מפלגה, שלא רק דיבר בזכות ההתיישבות בכל שטחיה של ארץ ישראל, אלא גם פעל רבות, בכל תפקידיו הציבוריים במשך השנים, ליישום המעשי של עקרון זה. אכן, תמיכה עמוקה ויסודית בהתיישבות ביהודה, שומרון וחבל עזה היתה מעקרונות הבסיס אותם חרתה מפלגת "הליכוד" על דגלה. תפישתה זו שאובה היתה מן הקרקע האידיאולוגית ממנה צמחה המפלגה.

דומה, כי אין לך דרך בה ניתן ליישב עקרונות יסוד אלה, אותם הציג "הליכוד" כמשנתו ואין-בלתה ערב הבחירות לכנסת השש-עשרה, עם חוק ההתנתקות שקיבלה הכנסת הנוכחית, בתמיכתם של רוב חברי "הליכוד", כשנתיים בלבד מן היום בו החלה לכהן. ויודגש: איני מבקש להידרש להשקפה פוליטית זו או אחרת, אשר שופט, באשר הוא שופט, מצווה להרחיקה מעליו בבואו להכריע בשאלות שבמשפט. אולם, לא ראיתי כיצד נוכל לחמוק מן השאלה בדבר היחס – המשפטי – בין עקרונות היסוד שעל בסיסם נבחרו חברי הכנסת מטעם "הליכוד" לתפקידיהם, לבין אושיותיה של תוכנית ההתנתקות אשר בעדה הצביעו. להיבטיה העקרוניים של שאלה זו אתייחס עתה.

טענות הצדדים

19. העותרים סבורים כי הדרך בה אושרה תכנית ההתנתקות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, באשר אין היא עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. אמת, נכון הדבר, כי תכנית ההתנתקות אושרה בהחלטת ממשלה – ולאחר מכן אף עוגנה בחקיקה. אולם, לשיטתם של העותרים, באלה אין די, מאחר ובחינה מעמיקה של ההליכים אשר קדמו לקבלת החלטת הממשלה והחוק, מלמדת כי תחת הכסות הדמוקרטית שעטו הליכי קבלתן של החלטות אלו, בפועל היו הם בלתי דמוקרטיים. לכך מנו העותרים מספר טעמים: ראשית, החלטות בנושאים מורכבים וחשובים מהסוג נשוא העתירות שבפנינו – כך לגרסת העותרים – ראוי להן כי תתקבלנה בדרך של משאל עם. שנית, מפנים העותרים למצעה של מפלגת "הליכוד", וטוענים כי בהצביעה בעד תכנית ההתנתקות פעלה מפלגה זו בניגוד למצעה המוצהר ולעקרונותיה הפוליטיים היסודיים, ולכן אין לראות

בפעולתה כמייצגת נאמנה של רצון הבוחרים. עוד מציינים העותרים את העובדה שראש הממשלה פועל בניגוד לעמדת מפלגתו, כפי שזו באה לידי ביטוי בתוצאות המשאל שנערך בקרב חברי מפלגת "הליכוד", וכן כי פיטר שני שרים אשר הצהירו כי בדעתם להתנגד לתכנית ההתנתקות. בכל אלו, לשיטת העותרים, יש כדי ללמד שהחלטה על תכנית ההתנתקות אינה פרי הליך דמוקרטי, באשר הרוב אשר תמך בהחלטה, אינו אלא רוב מלאכותי ומאולץ, שאין בו כדי לשקף נאמנה את רצונם האמיתי של מרבית הבוחרים.

המשיבים, מצדם, סבורים כי אין כל חובה לחוקק חוק בדרך של משאל עם, או תוך התאמה למצע מפלגתו של ראש הממשלה, ומפנים להלכה שיצאה מלפני בית משפט זה, על-פיה אין ראש הממשלה כבול בקווי היסוד של ממשלתו (בג"צ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל, טרם פורסם, להלן: "פרשת פוקס").

טענות אלו מחייבות בחינה בשני מישורים. הראשון, מישור היחסים שבין הבוחרים לסיעה הפרלמנטאית מטעם המפלגה בה בחרו; השני, מישור היחסים שבין המפלגה לסיעה הפרלמנטאית. אדון בנושאים אלו כסדרם.

למהות הקשר בין נציגי המפלגה לבחוריה

20. שיטת המשטר הנוהגת בישראל היא דמוקרטיה פרלמנטאית. היא מבוססת, בין השאר, על התפישה לפיה רעיונות כלכליים, מדיניים וחברתיים שונים מקודמים בידי מפלגות, ואלו האחרונות מתחרות על אמונם של הבוחרים. "מפלגה", כך מורה חוק המפלגות, התשנ"ב-1992, הנה "חבר בני-אדם שהתאגדו כדי לקדם בדרך חוקית מטרות מדיניות או חברתיות ולהביא לייצוגם בכנסת על-ידי נבחרים"; תכליתה של המפלגה בחברה דמוקרטית הנה, אפוא, לאפשר לפרטים בני ובנות החברה, לחבור יחדיו כדי לבטא את רעיונותיהם החברתיים, המדיניים והכלכליים ולפעול למימושם; היא "המכשיר החוקתי, אשר באמצעותו מתגבש הרצון הפוליטי של אזרחי המדינה" (בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 363, להלן: פרשת שליט).

זאת ועוד: המפלגות הפוליטיות הן כלי רב חשיבות להגשמתן של זכויות יסוד בחברה דמוקרטית; "הזכות להתמודד בבחירות היא זכות מדינית, אשר בה באים לידי ביטוי רעיון השוויון, חירות הביטוי וחופש ההתאגדות, ומכאן כי זכות זו היא מן הסימנים המובהקים של חברה דמוקרטית" (הנשיא שמגר בע"ב 2, 3/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 264); הן מאפשרות לבני החברה ליטול חלק בעיצוב דמותה; קיומן מבטיח פלורליזם רעיוני, ומאפשר ניהולו של שיח פוליטי אמיתי לעומת זה ה"מוכתב מלמעלה".

על אודות חופש הפעולה המפלגתי

21. בזכרנו את התכליות אותן משרתות מפלגות בחברה דמוקרטית, נדע כי נקודת המוצא הנורמטיבית חייבת להניח, כנתון יסודי, כי למפלגה חופש פעולה נרחב. אכן, "חיים דמוקרטיים מחייבים... פעולה פוליטית-מפלגתית חופשית כחלק מהותי מהם" (פרשת ולנר, 782); על הסיעה הפרלמנטאית והמפלגה הפוליטית ליהנות מ"חופש חוקתי נרחב" (המשנה לנשיא ברק בפרשת ולנר, עמ' 803); משטרנו הדמוקרטי מכיר בחופש הפעולה והתמרון הרחבים הנתונים לסיעות פרלמנטאיות. לחופש זה שני היבטים. הראשון עניינו בחופש הפעולה הנתון למפלגה ביחסיה עם השלטון. עמד על כך המשנה לנשיא ברק, בציינו כי:

"לסיעה הפרלמנטרית מעמד חוקתי בגדר פעילותה בכנסת... כל מבנה חוקתי צריך להעניק להן מרחב תמרון רחב. רשויות השלטון אינן צריכות להתערב בפעולותיהן. משמעות דבר זה היא כפולה. ראשית, מבחינת הדין החל על תוקף פעולות המפלגה או הסיעה, יש להכיר במיתחם רחב של חופש תמרון. 'אי התערבות' של השלטון - לרבות בית-המשפט - אינה מבוססת על איפוק מהפעלת סמכות ביקורת, אלא על חוקיות ההתנהגות, המבוססת על חופש הפעולה של המפלגות והסיעות המייצגות את רצון העם במדינה הדמוקרטית שלנו... שנית, מבחינת היקף הביקורת השיפוטית, זו צריכה להיות מוגבלת, תוך הכרה כי ייתכן שתהיינה פעולות שהן אסורות (על-פי המשפט הציבורי) אך מצויות מחוץ לביקורת השיפוטית". (פרשת ולנר, עמ' 803-802).

ההיבט השני של חופש הפעולה הנתון למפלגה, עניינו ביחסי המפלגה עם בוחריה, והוא שואב מהתפישות אודות מהות הקשר בין הבוחר לנבחר. כיום, מקובל כי לא ניתן לאפיין את הקשר בין הבוחר לנבחר, ובפרט בשיטה של דמוקרטיה ייצוגית, כקשר של שליחות, במסגרתו ניתן לנבחר מנדט אימפרטיבי (מנדט מחייב באורח מוחלט) לפעולה. קשר מסוג זה מתואר בידי ד"ר ס' נבות כך:

"בייצוג המבוסס על שליחות אימפרטיבית חייבים הנבחרים לכבד בדייקנות את התכנית שנתנו להם הבוחרים. שינויים בתכנית ההצבעה ניתן לעשות רק בתיאום עם הבוחרים. לייצוג האימפרטיבי יש גם תוצאות מעשיות. כך, למשל, הבוחר הוא המשלם לנבחר עבור פעילותו. הפעילות לא נתפסת כ'שליחות מוסרית' או 'אידיאולוגית' אלא כשליחות פונקציונאלית, ועל כן חייבת בשכר. 'מנדט' המבוסס על שליחות ניתן לביטול בכל רגע על-ידי הבוחר... בדרך כלל על-ידי רוב נתון של אזרחים" (ד"ר ס' נבות "חבר הכנסת כנאמן הציבור" משפטים לא(2) 433, 450, להלן: נבות).

אכן, תפישת הייצוג הפוליטי כמקיים קשר של שליחות אינה מקובלת בשיטתנו. הנבחר אינו "שלוחו" של הבוחר. המנדט הניתן בידי אינו בבחינת הרשאה משפטית ממנה אין הוא מוסמך לחרוג. מקובל לראות – וכך בכל המשטרים הדמוקרטיים המודרניים – את המנדט הניתן בידי הנבחר כ"מנדט חופשי". כלומר, מנדט במסגרתו לנבחר שיקול-דעת באשר לאופן בו ייצג את בוחריו, ואין הוא כפוף לרצונם, מעת שנבחר (נבות, בעמ' 453, וראו י' מרזל המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות, נבו הוצאה לאור, תשס"ה-2004, עמ' 126, (להלן: מרזל)). תפישת זו מציגה מענה לקשיים הפראקטיים והתיאורטיים הנובעים מתפישת הבחירה כמקיימת קשר של שליחות, בהם, בין השאר, הצורך בגמישות שיקול-דעתו של הנבחר וחוסר המעשיות שבפניות חוזרות ונשנות לבוחרים בעניינים שונים. היטיב להביע זאת י' מרזל:

"... נקודת מבט זו של 'כפיפות' הנציג לבוחר נתקלת בשני קשיים עיקריים: מן הבחינה הפרקטית, אין הנציג יכול לכבול מראש את שיקול-דעתו (שכן השלטון אמור להתמודד עם קשיים חדשים מדי יום), ואין הוא יכול לחזור לבוחר בכל עניין ועניין (מה גם שלא ברור כיצד יזהו את הבוחר במנגנון של הצבעה חשאית). כמו כן ככל ששלטון מבוסס על יצירת קואליציות הרי שנדרשת גמישות בשיקול-הדעת של הנציג על מנת שיוכל להגיע לפשרות ולקונסנסוס עם קבוצות אחרות. היות שהחברה שסועה (ברמה כזו או אחרת), הנציג צריך להיות בעל יכולת לצמצם את השסעים על מנת להגיע להכרעה, או למעשה, לסטות מן השיוך של השסע שבחר בו. מכאן ברור ש'מנדט אימפרטיבי' טהור, כלומר כפיפות מלאה של הנציג לבוחר, איננו מעשי" (מרזל, עמ' 127).

יחד עם זאת, "ככל עקרונות, דוקטרינות וכללים אחרים במשפט" – דברי חברי, השופט מ' חשין, ברע"פ 5877/99 פלונית נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) – אף חופש הפעולה הפרלמנטארי אינו בלתי מוגבל. מנדט "חופשי" אין משמעו מנדט "מוחלט". סמכות בלתי מוגבלת – יהיו מאפייניה אשר יהיו – זרה היא על-פי טבעה לשיטתנו המשפטית. אכן, איננו מכירים בשיקול-דעת בלתי מוגבל, שהרי "אבסולוטיזם – נאור ככל שיהיה – הנו אויב החופש" (פרשת קנדל, 528); איננו מכירים בזכויות "מוחלטות", שהרי "זכויות האדם אינן זכויותיו על אי בודד... הן זכויותיו כחלק מחברה" (בג"צ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 365); כך גם איננו מכירים בחופש פעולה פרלמנטרי "מוחלט" (וראו גם פרשת ולר, בעמ' 803).

מעמדה החוקתי של המפלגה וחובת הנאמנות

22. כאמור, חופש הפעולה הפרלמנטארי אינו בלתי מוגבל. בשורה של פסקי דין שיצאו מלפני בית משפט זה, הוטעם כי המפלגה הפוליטית והסיעה הפרלמנטארית הן "יחידות חוקתיות" (פרשת שליט, בעמ' 364) וכי מפלגה פוליטית, המשתתפת בבחירות לכנסת, ממלאת תפקיד חוקתי (שם); מעמדה החוקתי של הסיעה הפרלמנטרית – ממנו נובע, בין היתר, מרחב התמרון הרחב הנתון לה – הוא שטר וחובה בצדו. נובעת ממנו החובה לפעול בנאמנות. עמד על כך השופט ברק:

"... סיעה בכנסת היא יחידה קונסטיטוציונית. מפלגה פוליטית, המשתתפת בבחירות לכנסת, ממלאת תפקיד חוקתי. לסיעה ולחבר הכנסת יש תפקיד ציבורי על-פי דין. אין הם אך גופים מהמשפט הציבורי. סיעה פרלמנטרית או חבר-כנסת, החותמים על הסכם פוליטי, אינם פועלים לעצמם. הם משמשים נאמנים של הציבור..." (שם, שם).

והוסיף על כך השופט חשין:

"נבחר הציבור הנו שליח הציבור, וכאותו שליח ציבור האומר להיות פה לקהל ומציג עצמו כעני ממועש, נרעש ונפחד, כן הוא נבחר הציבור: משלו אין לו ולא כלום וכל אשר ברשותו ובהחזקתו – משל הקהל והקהילה הוא. הגינות, יושר לבב וטוהר המידות הינם סימני היכר מובהקים שניתן בנבחר ציבור ראוי לשמו, ותכונות נפש אלו הן עמוד האש ועמוד הענן שיוליכו את נבחר הציבור הדרך. רק כך יוכל פרנס לנהג כראוי קהילה שבחרה בו לנהגה, ורק כך יזכה נבחר הציבור באמון הקהל. וכולנו ידענו כי באין אמון של הקהילה במנהיגיה, ייפרע עם ותאבד ממלכה. וככל שנעלה במעלה המנהיגות כן נתבע ממנהיגי הקהילה ביתר כי יקרנו יושר ואמת" (בג"צ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(4) 309, 326).

מחובת הנאמנות נגזרות חובות נוספות:

"מחובת נאמנות זו שאיש הציבור נושא בה נגזרות חובות מספר, כגון החובה להימנע מניגוד עניינים... או החובה לפעול מתוך אתיקה ציבורית... מחובת הנאמנות נגזרת גם חובת הגילוי... למעלה מזאת: סיעה פרלמנטרית או חבר-כנסת בודד, המבצעים תפקידים ציבוריים בעלי אופי חוקתי, חבים בחובת ההגינות, אף חובה זו נגזרת מהאופי הציבורי של פעולתם" (פרשת שליט, עמ' 365).

ראו גם דברי השופט י' טירקל בבג"צ 5319/97 קוגן ואחי' נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 96. האם חובת הנאמנות, על החובות הנגזרות ממנה, מחייבות כי נבחר ציבור יפעלו על-פי הבטחותיהם לבוחר? האם חובת הנאמנות כובלת נבחרים במצעים ובעקרונות היסוד אותם נטלו על עצמם להגשים? כדי להשיב על שאלות אלו, שומה עלינו לבחון מיהו אותו "ציבור" כלפיו חב הנבחר חובת נאמנות. האם חבר-כנסת מטעם מפלגה פלונית, חייב בחובת אמון כלפי מפלגתו ובוחריו לבדם או שמא חב הוא בחובת אמון כללית יותר? שאלה זו שנויה במחלוקת. לגישתו של השופט חשין – ככל שמדובר בנבחר מפלגה – הרי שחובת האמון בה הם חבים עניינה

ביחסיהם עם בוחריהם, ולא עם כלל הציבור :

"... לעניינו של 'הסכם פוליטי' בתורת שכזה... אין החותמים עליו משמשים נאמנים ושליחים של הציבור כולו אלא אך ורק נאמנים ושליחים של מפלגתם ושל ציבור בוחריהם. אלה שלחום למקום ששלחום, להם חייבים הם הסבר ותירוץ, בידיהם נשפטים הם יום-יום, לפנייהם עתידים הם ליתן דין וחשבון, וביום פקודה לפניהם יתייצבו ולהם יסבירו מה עשו ומה לא עשו: מדוע ולמה וכיצד... השאלה אם יקיים צד 'הסכם פוליטי' את 'התחייבויותיו' על-פי אותו הסכם או אם לא יקיים, שאלה זו תיבחן בין מנהיגי המפלגה לבין חבריה: ראשונים שואבים כוחם מאחרונים, ולאחרונים חייבים ראשונים את נאמנותם - להם ולא לאחרים זולתם" (פרשת ולנר, בעמ' 829).

בגישה דומה החזיק השופט ד' לוי, שציין כי :

"... חבר-כנסת זוכה למעמדו מכוח האמון שנתן בו ציבור של בוחרים, כאשר ראה בו את מי שמייצג נאמנה את רחשי לבו ואת השקפותיו - אם מבחינת דרכו המדינית ואם משום השקפותיו בענייני חברה וכלכלה וגישתו לעניינים שבאמונה וברוח. משנבחר על-ידי ציבור מסוים זה, אך טבעי הוא שיראה עצמו חב חובת נאמנות לבוחריו..." (בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 426).

לעומת זאת, לגישתו של המשנה לנשיא ברק, הציבור כלפיו חייבים נבחרים מפלגה בחובת נאמנות אינו מצטמצם לציבור בוחרים המפלגה. חברי הכנסת חבים בחובת אמון כללית, המופנית כלפי הציבור בכללותו :

"סיעה בכנסת... היא גוף ציבורי מעולם המשפט הציבורי. אין היא זהה למפלגה. היא יחידה חוקתית עצמאית לפני עצמה. חבר הכנסת, המרכיב את הסיעה, אינו 'נציג' של המפלגה. הוא אורגן של המדינה. הוא התחייב... לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותו בכנסת' (סעיף 14 לחוק יסוד: הכנסת). הוא אינו מתחייב לשמור אמונים למפלגתו ולמלא באמון את שליחותה בכנסת. כל חבר-כנסת הוא 'נציג' של העם כולו. עליו לפעול כנאמן הציבור... על חבר הכנסת כיחיד, ועל סיעה בכנסת כגוף, מוטלות חובות אמון של המשפט הציבורי" (פרשת ולנר, עמ' 807-806).

23. באשר לי, אני סבור כי לא ניתן לאפיין את חובת האמון בה חייב חבר הכנסת כחובת אמון ציבורית "טהורה"; בה במידה, לא ניתן לאפיין כחובת אמון מפלגתית "טהורה". לשיטתי, חבר הכנסת חייב בזו גם בזו. ניתן לומר, שחובת האמון בה חייב חבר הכנסת היא חובת אמון דואלית. היא נושאת פניה לציבור בוחריו ומפלגתו של חבר הכנסת, מן העבר האחד, ולציבור בכללותו, מן העבר השני. לכן, מקובלת עלי גישתו של הנשיא ברק, כפי שהוצגה בפרשת ולנר, כי במסגרת התחייבותו של חבר הכנסת לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותו בכנסת, כמצוות סעיף 14 לחוק יסוד: הכנסת, חב הוא בחובת אמון ציבורית. יחד עם זאת, אין בידי להסכים לקביעה הגורפת, על-פיה חבר הכנסת, בתורת שכזה, אינו "נציג" של מפלגתו. חבר הכנסת אינו נבחר לתפקידו באורח עצמאי. הוא נבחר במסגרת מפלגה. עובדה זו אינה חסרת משמעות. מטרתה של ההתאגדות המפלגתית, כאמור לעיל, היא להביא לקידום של מטרות מדיניות וחברתיות על דרך ייצוגן בבית הנבחרים. השגת מטרה זו אינה אפשרית בשיטה שאינה מכירה בחובות נבחרים כלפי מפלגתם. הולמים לעניין זה דברי הנשיא שמגר :

"לפי השיטה הנוהגת אצלנו, חבר הכנסת נבחר במסגרת רשימה המתחרה בבחירות. האזרח המצביע נותן קולו לרשימה ולא לחבר הכנסת הבודד. דיני הבחירות שלנו אינם מבטאים מגמה להעניק לחבר הכנסת שנבחר מעמד פוליטי-פרלמנטרי מנותק מסיעתו. לאור שיטת הבחירות, נוצרת ההנחה הסבירה כי אלמלא הכללתו של חבר הכנסת ברשימה פלוגית לא היה נבחר. אין בשיטת הבחירות שלנו משום הבעת אמון אישית במועמד פלוגי (פרט אולי במי שעומד בראש הרשימה)" (בג"צ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1, 23).

הנה כי כן, חבר הכנסת חב בחובת אמון כפולה. הוא חב בחובת אמון "ציבורית", הנובעת מהיותו נושאו של תפקיד ציבורי. בה בעת, הוא חב בחובת אמון כלפי בוחריו, הנובעת מהעובדה שביסוד בחירתו - במסגרת רשימה מפלגתית - גלומה הציפייה הלגיטימית של בוחריו כי יעשה כמיטבו לקידום הרעיונות וקווי היסוד הפוליטיים אותם חרתה מפלגתו על דגלה והתחייבה לפעול לקידומם. מה טיבו של האיזון הנדרש בין חובות אלו? כלום חייב נציג מפלגה לפעול מתוך חובת אמון מפלגתית גם מקום שסבור הוא כי אין הדבר עולה בקנה אחד עם חובת האמון בה הוא חב כלפי הציבור? לשון אחר, כי טובת הציבור מחייבת זניחת עמדתה הערכית של המפלגה?

סבורני, כי משעה שהכרנו בחובת האמון הכפולה בה חב חבר הכנסת, כי אז המסקנה היא שהאופן בו עליו לפעול, תחילתו וסופו באיזון בין חובתו "הציבורית" לחובתו "הייצוגית". מטבע הדברים, איזון זה הוא דינמי. דינו להשתנות מעת לעת, על-פי הנסיבות, צרכי השעה והאופן בו מפורש הדיבור "טובת הציבור" - מושג רב-משמעי שלעצמו - בכל נקודת זמן. נוסף על כך, במסגרת איזון זה יש להביא בחשבון את מידת הסטייה מכל אחת מחובות האמון העשויה להיות כרוכה בכל פעולה של חבר הכנסת, ואת המשמעות הנובעת לסטייה זו, בנסיבות העניין. ברי הרי, שסטייה קלה מהחובה כלפי הבוחרים, הכורכת בתוכה פגיעה חמורה בטובת הציבור, אינה מחייבת שמירת אמונים לעקרונות היסוד המפלגתיים.

דעתי היא, כי האיזון בעניינינו נוטה באורח ברור לכיוון חובת האמון כלפי הבוחרים. כפי שיובהר בהמשך, התכלית העומדת בבסיס החקיקה בדבר תכנית ההתנתקות אינה אלא תכלית ספקולטיבית. מידת נחיצותה של תכנית זו מוטלת בספק, ותרומתה מוטלת בספק גדול אף יותר. זאת, בעוד מן העבר השני, תמיכה בתכנית מהווה סטייה בוטה מעקרונות היסוד ועמדותיה הערכיות והאידיאולוגיות של המפלגה. במצב דברים זה – כך על דרך הכלל – יש להעדיף את חובת הנאמנות כלפי הבוחרים.

אעיר עוד זאת: בהפרידי בין הדיבור "חובת נאמנות כלפי הבוחרים" לבין "חובת הנאמנות כלפי הציבור" גלומה הנחה כאילו נפרדות הן השתיים, ואולי אף זרות הן זו לזו, ולא היא. 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 לציפיותו הלגיטימית של זה האחרון – ותהא המפלגה לה נתן את קולו אשר תהא – להשפיע על סדר היום הפוליטי ולעצב את דמותו, באמצעות נציגיו. ציפיה זו 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 עיקרון הייצוגיות (השוו בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 553). הנה כי כן, אף טובת הציבור וחובת הנאמנות כלפיו מחייבת, ככלל, נאמנות כלפי הבוחרים.

חובת אמון ביחסים שבין מפלגה לסיעה פרלמנטרית

24. חובת האמון הכללית בה חבה מפלגה כלפי בוחריה חלה, בבחינת קל וחומר, ביחסים שבין המפלגה לסיעה הפרלמנטרית הפועלת מטעמה. כאמור, הקשר שבין מפלגה לבוחריה אינו קשר של שליחות. אני סבור, כי כך הוא גם באשר לקשר בין מפלגה לסיעה פרלמנטארית. ואולם, אין משתמע מדברים אלה כלל ועיקר, כי חבר הסיעה אינו קשור במפלגתו וכי הוא פטור מחובתו ליתן ביטוי לעמדותיה, עמדות אותן נטל על עצמו לקדם, במסגרת פעילותו כנציגה. אכן, ההנחה כי חבר הסיעה יפעל לקידום ויישום של העקרונות אותם חרתה על דגלה עת תרה אחר אמון הבוחר, הנה הנחה טבעית, כמו מובנת מאליה, הנובעת ממהותו של המשטר הדמוקרטי.

סיעה פרלמנטרית הנה "זרועה המבצעת" של המפלגה; היא המכשיר באמצעותו מיוצגות עמדותיה של המפלגה בבית הנבחרים; למפלגה ציפיה לגיטימית – ואולי אף יותר מכך – כי נציגיה ישמרו אמונים לעמדותיה. יכול וציפיה זו תמצא ביטוי בחוקת המפלגה. כך למשל, תקנון מפלגת "הליכוד" קובע כי: "הסיעה תייצג את התנועה בכנסת ברוח עקרונותיה של התנועה, ובהתחשב בהחלטות מוסדותיה המוסמכים, ותפעל בכל עניין הקשור לפעולתה ולסמכויותיה של הכנסת" (סעיף 138(ד) לתקנון מפלגת "הליכוד"). בהינתן אלו, ברי כי חובת האמון שחבה סיעה פרלמנטארית כלפי מפלגתה, הנה קונקרטי וממשית. הגשמת מטרותיה של המפלגה והבעת נאמנות לעמדותיה, מבטאות אף את העיקרון בדבר דמוקרטיה פנים-מפלגתית.

ועוד – מציאות החיים הפוליטית מלמדת כי לחבר הכנסת אין חירות הצבעה מוחלטת; אין הוא כפוף אך לצו מצפוני. כך למשל, חלק מקובל ממרקם החיים הפרלמנטאריים הנו הפראקטיקה המכונה "משמעת סיעתית", וכולנו אף נדע טיבה של "משמעת קואליציונית" מהו. כבפרשת ולנר, כך אף בעניינינו שלנו, אין צורך מפנינו להכריע בתוקפן המשפטי של פרקטיקות אלו, ואולם זאת נדע – רבות מן ההחלטות החשובות בתולדותיה של הכנסת התקבלו בדרך זו. משמע, האפשרות כי חבר-כנסת יידרש בידי מפלגתו (או סיעתו) להצביע על-פי עמדת המפלגה, אף אם עמדתו הפרטית שונה או שבראייתו חובתו כלפי בוחריו מחייבת כי לא יעשה כן, אינה זרה לחיי השגרה הפרלמנטריים שלנו.

חובת אמון כלפי בוחרים ומצע מפלגתי

25. כאמור לעיל, מפלגת "הליכוד" והעומד בראשה ביטאו – מהלך שנים רבות ועד לאחרונה – עמדות מדיניות מסוימות. עמדות אלו עודן מעוגנות במצע המפלגה. הן מהוות, בלשונו של השופט חשין, "אידיאולוגיה-של-עיקר" (פרשת ולנר, בעמ' 820), שהרי אין חולק כי עניינים מדיניים הנם מהחשובים והמרכזיים עליהם נותנים בוחרים את הדעת, בבואם להחליט אם לתת את קולם למפלגה פלונית או אלמונית; ולא בכדי מדגישות מרבית המפלגות במצעיהן ובמערכות הבחירות את עמדתן בנושאים אלו.

מובן הוא, כי מצע אינו חוזה משפטי מחייב בשיטה בה הצבעה אינה נחזית כמכוננת קשר של שליחות אימפרטיבית. יחד עם זאת, מצע הנו כלי רב-חשיבות, באמצעותו מבטאת מפלגה את מטרותיה ושאיוותיה; הוא נותן ביטוי להשקפת עולמה הפוליטית, המדינית, הכלכלית והחברתית; הוא כולל הצהרות אודות כוונות ועמדות המפלגה בעניינים שונים העומדים על סדר היום הציבורי, ובכללן הצהרות המנוסחות על דרך ההתחייבות; הוא "מכשיר לגיטימי לאסוף בוחרים אל מחנה אחד" (פרשת ולנר, בעמ' 822). הוא מחויבות אותה נוטלת על עצמה מפלגה בבקשה את אמונם של הבוחרים (שם). ויודגש: בדברי "מצע" אין כוונתי מצטמצמת אך למסמך המצע הכתוב. ב"מצע" כוונתי למצע במובנו הרחב – הוא התשתית הערכית הניצבת ביסודה של הפעילות המפלגתית כמו גם עקרונות היסוד אותם התחייבה המפלגה לקדם.

לפיכך, אך ברור הוא, כי על דרך העיקרון – ככל שדברים אמורים במישור הציבורי – יש לצפות כי חבר

הכנסת והסיעה הפרלמנטארית יפעלו כמיטבם על-פי מצעם הפוליטי. ציפייה זו מתחייבת מהרעיונות היסודיים הגלומים בבסיסו של ממשל הפועל בשיטה מפלגתית; היא נובעת מתכליתה של המפלגה הפוליטית בדמוקרטיה פרלמנטארית. אכן, "הבחירה אינה מסיימת את הקשר בין הציבור לבחיריו" (פרשת שליט, עמ' 360). על נבחר ציבור לעשות כמיטב יכולתם לעמוד בציפיות בוחריהם, ולהצדיק, במלאכתם היומיומית, את האמון שניתן בהם. כאמור, ציפייה זו אך מתחדדת נוכח שיטת הבחירות הנוהגת אצלנו, על-פיה חבר הכנסת נבחר במסגרת רשימת מועמדים, ולא מכוח אמון אישי, וכן, כמצוין, נוכח חובת האמון בה חייב חבר הכנסת כלפי מפלגתו ובחוריו.

כל זאת, כאמור, במישור הציבורי, אך בכך לא סגי. כמצוין, השליחות האימפרטיבית אינה נוהגת עמנו, אך אין משמעות הדבר כי מידת עמידתם של נבחר ציבור במחויבויות פוליטיות אותן נטלו על עצמם, פטורה מבחינה וביקורת. ראשונה היא, כמובן, הביקורת הציבורית, ובמובן זה יום דינן של מפלגות הוא יום הבחירות (דברי המשנה לנשיא ברק, בפרשת ולנר, בעמ' 803). שנית, מקובל כי מחויבויות פוליטיות שנוטלים על עצמם נבחר ציבור, עשויות להיבחן אף הן בידי בית-משפט זה. כך הוא, למשל, ביחס להסכמים פוליטיים, ונדמה שפיתוחה של ההלכה בעניין הסכמים פוליטיים, עשוי להיות לנו לעזר בעניין זה.

אכן, רב הוא הדמיון בין הסכם פוליטי ומצע פוליטי: זה כמו זה כוללים התחייבויות שעניינן אופן הפעלתן של סמכויות שלטון (ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה חמישית, עמ' 613, וכן נבות, עמ' 468-469). ההסכם הפוליטי נועד, תכופות, לשמש מכשיר להגשמת מצעה של המפלגה; ההתחייבויות הקבועות בשניהם נושאות אופי כללי, שהרי אף מצע מפלגתי נכתב, על-פי טבעו "במשיכת מחול רחבת-היקף, בערך ובקירוב בניגוד גמור להסכם משפטי" (פרשת ולנר, עמ' 825). על הקרבה בין המצע הפוליטי להסכם הפוליטי עמד, בהקשר שונה, השופט חשין:

"היעלה על הדעת כי יינתן לה למפלגה - על-פי חוק - להבטיח לבחירה כך וכך, אך להגשים מטרותיה נאסור עליה? ואנו נעמוד ונשאל: ומה ההבדל בין מצע לבין הגשמתו של מצע? הגשמתו של מצע הוא המצע, והרי ידענו כי אין מצע בלא הגשמתו... אכן, כל הבדלים והבחנות בין מצע לבין הסכם קואליציוני נדמו בעיניי להבדלים ולהבחנות שוליים וטפלים... אכן, הסכם קואליציוני אינו אלא המשכו של מצע, הוצאתו לפועל של מצע. ואם המצע מותר הוא - כן יהי, על דרך העיקרון, דינו של ההסכם הקואליציוני" (פרשת ולנר, עמ' 821).

26. משעמדנו על הדמיון והקרבה בין הסכם פוליטי למצע פוליטי, נוכל לפנות לבחינת החובה לקיים הסכם פוליטי. בחינה זו תסייע בידנו להתוות את גבולות חובתם של נבחר ציבור, לנהוג על-פי מחויבות פוליטית שנטלו על עצמם. הקיימת, אם כן, חובה לקיים הסכם פוליטי? כותב השופט ברק:

"ההגינות השלטונית - הנגזרת ממעמד האמון של איש הציבור - מטילה חובה לקיים הסכם פוליטי... נראה לי, כי בהסכם הפוליטי, יכולת ההשתחררות קיימת בכל עת שההגינות השלטונית מצדיקה זאת. על-כן, אם סביר הוא, בנסיבות העניין, שלא לקיים את ההסכם הפוליטי, רשאי הצד להשתחרר ממנו. אכן, כשם שעקרון הסבירות עומד ביסוד עצם החובה לכבד את ההסכם הפוליטי, הרי עקרון הסבירות הוא העומד גם ביסוד יכולת ההשתחררות של צד שלטוני מההסכם. גישה זו, לא רק שמתבקשת היא מהבסיס העיוני העומד ביסוד ההסכם הפוליטי, אלא שראויה היא לגופה. היא מבליטה את אופיו הציבורי של ההסכם הפוליטי, והיא מעניקה לו את הגמישות לו הוא זקוק" (בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 844-845).

ובפרשה אחרת, מוקדמת יותר:

"... איש ציבור אינו רשאי לומר: 'הסכמתי, אז מה?' לאיש ציבור זה משיב המשפט הציבורי: 'ההגינות והסבירות הציבוריים מחייבים, כי אם הסכמת, עליך לכבד הסכמתך, אלא אם כן בידך נימוקים טובים שלא לקיימה'... עניין לנו בהסכמים רבים ומגוונים, המקיפים מיגזרים שונים (פוליטיים, חברתיים, כלכליים) של חיי הציבור. הסכמים אלה - כך אנו מניחים - נעשים במלוא הרצינות, מתוך גמירת דעת שינהגו על-פיהם. ראוי הוא שלא להותיר חוזים אלה מחוץ להסדר המשפטי של הדין ומחוץ לפיקוח השיפוטי של בית-המשפט. הפיכתו של ההסכם הציבורי ללא שפיט, סופו התנכרות הצדדים להסכם ולהסכמתם, והתנכרות זו סופה שהיא פוגעת באמון הציבור במערכות השלטון. תוצאה זו יש למנוע" (בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 78).

האם ניתן לומר, אפוא, על דרך ההיקש, כי אין תוקף לפעולותיה של מפלגה החוזרת בה מהתחייבויות שנטלה על עצמה כלפי בוחריה ערב בחירות, מקום שהפרה זו אינה סבירה בנסיבות העניין? האם ניתן לומר שאף קביעה כי התחייבות שבמצע פוליטי אינה שפיטה סופה לפגוע באמון הציבור במערכות השלטון?

27. שאלה זו נכבדה היא. כשלעצמי, נוטה אני להשיב עליה בחיוב. אכן, ניתן להעלות על הדעת מצבים בהם סטייה ממצע פוליטי ועקרונות-יסוד של מפלגה תהא כה גסה וקשה, עד כי לא יהיה מנוס מלקבוע כי היא בלתי סבירה. אך מובן הוא, כי טענה מסוג זה אינה טענה שבית משפט זה יידרש לה מעשה של שגרה. על הטוען לכך להראות כי הפרת המצע נוגעת במחויבות מרכזית אותה נטלה המפלגה על עצמה; עליו להראות כי הסטייה ממחויבות זו כמוה כעיוות מהותי של רצון הבוחרים, עד כי אין לראות בה תוצאה טבעית של הליך דמוקרטי. מטבע הדברים, יהיו מצבים אלה נדירים מכל נדירים. סבורני, שהמקרה הנוכחי הוא אחד מהם.

"העיקרון הדמוקרטי" , לימדנו השופט חשין, "מחלחל בכל שיטת המשפט בישראל, ומצדד הוא עצמו לצופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט ישראלי". "בכל עניין ועניין", הוסיף, "שומה עלינו לדון בכוחו של העיקרון הדמוקרטי, ולהכריע אם גובר הוא על עקרונות ואינטרסים אחרים המתחרים בו, או אם נסוג הוא מפניהם ולו נסיגה חלקית" (בג"צ 7351/95 נבואני נ' השר לענייני דתות, פ"ד נ(4), 89, 121). כשדבריו המאלפים של חברי ניצבים לנגד עיני, ניגשתי לבחון את התמונה הכללית המתקבלת מרצף המהלכים שנקטו בדרך לקבלתם של החלטת הממשלה וחוק ההתנתקות, ולהשקפתי תמונה זו צריכה לעורר דאגה, אם לא למעלה מכך, בלבו של כל מי שחרד לאופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל, ללא זיקה להשקפת עולמו הפוליטית.

כאמור, בפני הבוחרים לכנסת השש-עשרה עמדו שני מצעים מרכזיים, שבסוגיה המדינית הציגו השקפות עולם מנוגדות. באחד מהם הצהירה מפלגת "הליכוד", כי "ההתיישבות היא ביטוי מובהק לזכותו הבלתי מעורערת של עם ישראל לארץ ישראל", והבטיחה כי "הליכוד" יוסיף לפעול להמשך חיזוקה ופיתוחה של ההתיישבות.

מנגד, ניצב מצעה של מפלגת "העבודה", שהטיף להיפרדות מהפלסטינאים, יציאה מעזה, יציאה מחברון, פינוי התנחלויות, ובניית גדר ההפרדה. מפלגת "העבודה" גם הצהירה כי תנהל משא ומתן עם הפלסטינאים כאילו אין טרור, ולעניין זה הוסיף מי שהיה מועמדה לראשות הממשלה, חבר הכנסת עמרם מצנע, כך: "אם המשא ומתן לא ישא פרי, אנו נבצע את ההיפרדות באופן חד-צדדי" (<http://www.knesset.gov.il/elections16/heb/lists/plat-18.htm>).

לא יהא זה מופרז להניח, שתושביהם של היישובים בשטחים המיועדים לפינוי, ונדמה גם רבים אחרים שעל-פי השקפת עולמם ביקשו להוסיף ולהבטיח את שליטתה של ישראל באותם מקומות, מיהרו לתת את קולם למפלגת "הליכוד", מתוך אמונה כי זו תפעל ברוח מצעה, וברוח העקרונות עליהם הצהירו ראשיה השכם והערב. והנה, לא חלף זמן רב, עד שראש הממשלה וחלק מחברי סיעתו, פנו עורף לאותו מצע ואימצו להם קו מדיני, שונה בתכלית מזה שהבטיחו, קו שהוא למעשה בן-דמותו, אם לא לומר זהה לחלוטין למצעה של מפלגה אשר הציגה עמדה מדינית הפוכה. עקב כך, נקלעו העותרים למצב בלתי סביר, אם לא לומר מקומם, כאשר נוכחו עתה לדעת, כי בהצבעתם למפלגה אחת הם הביאו למעשה ליישום מצעה של מפלגה אחרת, וכתוצאה מכך גרמו במו ידיהם לפינויים-שלהם מבתיהם ולהרס יישוביהם. והרי את התוצאה הזו בדיוק ביקשו העותרים למנוע על-ידי הצבעתם למפלגת "הליכוד"!

להשקפתי, זוהי תוצאה קשה ובלתי סבירה באשר כרוך בה עיוות רצונו של הבוחר, ועל כן לא די כי נתריע מפניה, ואנו מצווים לקום ולעשות מעשה כדי למנוע אותה. ואם יהא מי שיאמר, כי יש להותיר עניין זה לבוחרים שזכותם לבוא חשבון עם מפלגה שלא פעלה ברוח מצעה, בעת שייקראו בשנית לקלפיות, נדמה כי אמירה זו תהיה בבחינת לעג לרש, שהרי יישומו של חוק ההתנתקות כבר עתה, יצור מצב בלתי הפיך, שהבחירות המתוכננות להיערך רק בשלהי שנת 2006, לא יהיה בכוחן למנוע אותו, שלא לדבר על השבת הגלגל לאחור. יתרה מכך, אי-התערבותו של בית-המשפט תהווה מסר לכל מפלגה, בין אם נבחרה לשלטון ובין אם תיבחר בעתיד, כי אין מתום בחריגה כה בוטה ממצעה ומהעקרונות אותם הבטיחה באוזניהם של בוחריה ליישם.

ההתנתקות והזכות לקנין

מעמדה הנורמטיבי של זכות הקנין במשפט הישראלי

28. בשורה של הלכות שיצאו מבית משפט זה עוד בטרם היות חוקי היסוד, הוכרה הזכות לקנין כזכות יסוד בשיטתנו המשפטית (ע"א 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, פ"ד לה(3) 645, 656; בג"צ 67/79 שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 281, 285; בג"צ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141, 147). יחד עם זאת, בעקבות חקיקת חוקי היסוד, חל שינוי מהותי במעמדה המשפטי של זכות הקנין במשפט הישראלי. סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מורה כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". מקובל, אפוא, לראות בחוק היסוד ככזה שהעלה את זכות הקנין במדרגות הפירמידה של הנורמות המשפטיות, והציב אותה בפסגה: הוא עשה אותה, לא רק זכות יסוד, אלא גם זכות חוקתית (בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, עמ' 698, להלן: פרשת קרסיק).

אך מובן הוא, כי זכותו של אדם לקנין אינה זכות מוחלטת. סעיף 3 לחוק היסוד אינו עומד בבדידות נורמטיבית. ככל הזכויות, אף הזכות לקנין היא זכות יחסית. היא חשופה לפגיעה מקום שנדרש לקדם מטרות ראויות אחרות, והכל כהוראת סעיף 8 לחוק היסוד. הוראה זו אוסרת לפגוע בזכות לקנין אלא בחוק, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

להיותה של זכות הקנין זכות יסוד חוקתית חשיבות כפולה: ראשית, חוק היסוד נותן בידי בית-המשפט את הסמכות לקבוע בטלותם של דברי חקיקה חדשים, ככל שאינם מתיישבים עם הוראות חוקי היסוד (פרשת בנק המזרחי; פרשת לשכת מנהלי השקעות; בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, להלן: פרשת צמח). שנית, מעמדה החוקתי של הזכות לקנין מחייבנו לפרש חיקוקים שיצאו תחת יד המחוקק עוד בטרם היות חוק היסוד, באופן שיהלום את המציאות הנורמטיבית החדשה שנוצרה עם קבלתו (ראו דברי השופט י' טירקל בע"א

3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 922, ובלשונו של המשנה לנשיא ברק :

"ימהן ההשלכות הפרשניות של חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו על פרשנותו של הדין הישן? נראה לי כי ניתן להצביע - בלי למצות את היקף ההשפעה - על שתי השלכות חשובות של חוק היסוד : ראשית, בקביעת התכלית החקיקתית המונחת ביסוד דבר חקיקה (ישן) יש ליתן משקל חדש ומוגבר לזכויות היסוד הקבועות בחוק היסוד. שנית, בהפעלת שיקול-דעת שלטוני, המעוגן בדין הישן, יש לתת משקל חדש ומוגבר לאופי החוקתי של זכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד. שתי השלכות אלה קשורות ושזורות זו בזו. הן שני צדדיו של הרעיון הבא : עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הותוו יחסי גומלין חדשים בין הפרט לבין הפרטים האחרים, ובין הפרט לבין הכלל. נוצר איזון חדש בין הפרט לבין השלטון" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 412, 355).

והוסיף השופט חשין בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף :

"נוסיף את המובן מאליו, שראוי הוא חוק היסוד כי יזכה אותנו בהשראת פרשנות. ערוגת-ורדים שתל המחוקק בגן המשפט, וניחוחם יעלה באפנו. נפרש חוקים שלעבר ובשמו של חוק היסוד ישרה עלינו. ואולם לעולם ננוע באותם מעגלות שהוצבו בדין הקודם" (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 643).

בשורה ארוכה של פסקי דין, עמד בית משפט זה על כך שפירושם של דברי חקיקה צריך שיעשה באופן המצמצם את הפגיעה בזכות הקניין. ברוח זו כתבה השופטת ד' דורנר, בעת שדנה ביחס בין פקודת הקרקעות לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, כי :

"אכן, הפקודה הקרקעות קדמה לחוק-היסוד, ועל-כן, אין בהוראותיו כדי לפגוע בתוקפה (סעיף 10 לחוק-היסוד). עם זאת, על-פירושה ועל הפעלת שיקול-דעת מכוחה חל סעיף 11 לחוק-היסוד. על-פי סעיף זה, מחויבות כל רשויות השלטון - לרבות בית-המשפט - לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים התקפים שעל-יסודם הן פועלות. חובה זו על בית-המשפט למלא על-ידי פרשנות דווקנית של הוראות חוק המתירות לפגוע בזכות הקניין, שתיתן ביטוי למעמדה של זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית על-חוקית. ממעמד זה מתחייב איזון חדש בין האינטרס הציבורי לבין זכות היסוד. מחובה זו, הנגזרת מסעיף 11 לחוק היסוד, עולה גם כי יש לשוב ולבחון אם הפסיקה הקיימת, המתייחסת לתחיקה שתוקפה נשמר, הולמת את הוראות חוק היסוד" (דנ"פ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 85).

דברים דומים השמיע השופט זמיר בע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483 :

"...אכן, חוק-היסוד אינו פוגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד (סעיף 10), ובכלל זה חוק התכנון והבניה. אולם הוא בהחלט עשוי להשפיע על-פירוש הדין. הפירוש, כיום יותר מאשר בעבר, צריך לפעול בכיוון של צמצום הפגיעה בזכות הקניין".

ואכן, רבים הם שדות המשפט שהושפעו ממעמדה החדש של הזכות לקניין. באורח בלתי ממצה, ניתן למנות את דיני הפקעת הקרקעות, בהם נקבע כי על סמכות ההפקעה להתפרש באופן שיחזק את ההגנה על זכות הקניין (פרשת קרסיק, עמ' 698-699); את דיני התכנון והבניה (בג"צ 7250/97 סולימני נ' שר הפנים, פ"ד נד(3) 783); ואף עניינים שבסדר-דין פלילי, כגון חילוט רכוש (בש"פ 3159/00 רבין נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

הנה כי כן, העלאתה במדרג הנורמטיבי של הזכות לקניין, חלחלה לתוך שדות משפט רבים ומגוונים, והשפיעה הן על האופן בו יש לגשת לפירוש דברי חקיקה, והן על נקודת המוצא הנורמטיבית ככל שדברים אמורים באיזון בין זכויות הקניין לאינטרסים אחרים.

הטעמים העומדים בבסיס ההגנה המוענקת לזכות לקניין, נתמכים בתשתית תיאורטית ענפה ומגוונת. מפאת חשיבות הדבר לענייננו, נעמוד בקצרה על מקצתה.

על הפגיעה בקניין כפגיעה בכבוד האדם

29. הזכות לקניין אין משמעה אך הזכות לרכוש ולהיות בעליהם של נכסים ממוניים, בדיוק כשם שפגיעה בזכות לקניין אין משמעה, בכל הנסיבות, אך פגיעה באינטרסים כלכליים של הפרט. שיטתנו המשפטית מניחה קשר בין הזכות לקניין לזכות לכבוד ולחירות. מסקנה זו נלמדת, בראש ובראשונה, ממיקומה הנורמטיבי של הזכות לקניין. הזכות לקניין מעוגנת בחוק יסוד שנועד לרומם את כבוד האדם ולהפכו לערך חוקתי מוגן; היא מושתתת על "ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין" (סעיף 1 לחוק היסוד); אך טבעי יהיה להניח, אפוא, כי תפישתו של המחוקק היא שהזכות לקניין קשורה בטבורה לזכות לכבוד ולחירות.

הדיון בזכות לקנין באספקלריה של הזכות לכבוד מתעורר ביחס לסוגים מסוימים של קנין, כמו גם ביחס לנסיבות מסוימות של פגיעה בו. כך למשל, סוגים מסוימים של קנין דרושים לקיומו המינימאלי של האדם או ליכולתו לממש זכויות יסוד אחרות. בנסיבות אלו קשרי הגומלין בין הזכות לקנין לכבוד הופכים ברורים. באורח דומה, לנסיבות הפגיעה בקנין עשויה להיות השלכה על חומרתה של הפגיעה. הזיקה בין הזכות לקנין לזכות לכבוד מחייבת ליתן את הדעת על כל אלו, עת נבחנת הפגיעה הקניינית על-פי אמות המידה המותוות בחוק היסוד.

על הקנין כאמצעי לביטוי האישיות

30. תפישה-משיקה לתפישה הרואה את הזכות לקנין, בנסיבות מסוימות, כחלק בלתי נפרד מן הזכות לכבוד, הנה התפישה המדגישה את תפקידו של הקנין ככלי לביטוי אישיות בעליו. סוגים מסוימים של קנין, לגישה זו, מהווים חלק מהאישיות (Personhood), ולפיכך זכאים להגנה מוגברת. עמדה על כך פרופסור Radin, המציעה להבחין בין זכויות קנייניות "אישיות" לבין זכויות קנייניות "בנות תחליף":

"A general justification of property entitlements in terms of their relationship to personhood could... hold that those rights near one end of the continuum – fungible property rights – can be overridden in some cases in which those near the other – personal property rights – cannot be... Thus, the personhood perspective generates a hierarchy of entitlements: The more closely connected with personhood, the stronger the entitlement" (Margaret J. Radin "Property and Personhood" 34 Stan. L. (Rev. (1982) 957, 986).

עמד על כך המלומד Kommers, בציינו את הרציונלים העומדים בבסיס ההגנה החוקתית על זכות הקנין במשפט הגרמני:

"The property guarantee... must be seen in relationship to the personhood of the owner- i.e., to the... realm of freedom within which persons engage in self defining, responsible activity... Particularly emphasized in German constitutional law is the subjective character of the property right. Property is associated with liberty and personhood; it provides space for the exercise of autonomy and self realization". (D. P. Kommers "The constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany" (Duke University Press, Durham and London, 2nd ed., (1997) p. 252

מהמקובץ לעיל עולה, כי הזכות לקנין כרוכה – בנסיבות מסוימות – באישיותו של בעל הקנין ובזכותו לכבוד. ערכו של הקנין בנסיבות אלו, אינו נובע משוויו הכלכלי, כי אם מהמשמעויות בהם הוא נושא עבור בעליו. משמעויות אלו – החל במשמעות רגשית עמוקה, עובר בזיקה משפחתית או מסורתית, וכלה בקשר היסטורי או דתי, אינן ניתנות לכימות או הערכה, וספק אם ניתן לפצות על אובדנם. תוצאתה של פגיעה בקנין בנסיבות אלו חמורה פי כמה מבחינתו של הפרט הנפגע (ראו דברי השופט י' טירקל בדנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ (טרם פורסם)).

זאת ועוד: ההכרה בכך שקנין עשוי להיות חלק מאישיותו של האדם בנסיבות מסוימות, מחיבת להעניק משמעות אף לציפייה של אדם להוסיף ולהחזיק בו. תחושת קביעות ביחס לקנין הכרוך באישיותו של האדם, הכרחית היא למהלך החיים התקין, ולתחושת ביטחון וחירות. ובלשונה של פרופסור Radin:

"The view of personhood also gives us insight into why protecting people's 'expectations' of continuing control over objects seems so important. If an object you now control is bound up in your future self, and it is partly these plans for your own continuity that make you a person, then your (personhood depends on the realization of these expectations". (Radin, at 968

ובהמשך:

"A person cannot be fully a person without a sense of continuity of self over time. To maintain that sense of continuity over time and to exercise one's liberty or autonomy, one must have an ongoing relationship to the environment, consisting of both 'things' and other people. One perceives the ongoing relationship to the environment as a set of individual relationships, corresponding to the way our perception separates the world into distinct 'things'. Some things must remain stationary if anything is to move; some points of reference must be constant or thought and action is not possible. In order to lead a normal life, there must be some continuity in relating to 'things'. One's expectations crystallize around certain 'things', the loss of which causes more disruption and disorientation than (does a simple decrease in aggregate wealth" (Radin, at 1004

הפגיעה במתיישיבי גוש קטיף וצפון השומרון

31. כיצד ניתן, אפוא, להגדיר את הפגיעה בתושבי גוש-קטיף וצפון השומרון? כלום ניתן לומר שתכנית ההתנתקות מביאה עמה פגיעה בזכותם של התושבים ל"קניין"? תשובה חיובית על שאלה זו הנה, כמובן, נכונה מן הבחינה המשפטית, אולם ספק אם יש בה כדי לתאר נאמנה את הזעזוע והשבר החריגים ויוצאי הדופן הכרוכים באותה תכנית לחייהם של התושבים. פגיעה הנגרמת לאדם כתוצאה מנטילת ביתו, כפייתו לעזוב את היישוב בו בחר לחיות את חייו, וניתוקו הכפוי מאורח החיים הקהילתי בו היה מורגל משך שנים רבות – פגיעה אנושה היא. זו אינה פגיעה קניינית במובנה הכלכלי בלבד. ראייה מעין זו מחטיאה את עוצמת הפגיעה וחומרת הנזק המוסב למתיישבים. הפגיעה הקניינית – ככל שניתן לתארה ככזו – כורכת עמה פגיעה אנושה בכבודם של המתיישבים; דומה – ברוח התיאוריה המוצעת על-ידי פרופסור Radin – כי לא ניתן להעלות על הדעת פגיעה קניינית "אישית" קשה יותר מנטילת בית מגורים, ולכך יאים דבריו המאלפים של השופט מ' חשין בפרשת קרסיק, שלאחר שאזכר את סיפור כרמו של נבות היזרעאלי, הוסיף את אלה:

"זו נחלה שנבות ירש מאביו, אביו מאביו, ואביו מאביו עד דור ראשון; כאביו וכאבי-אביו לפניו נולד נבות באותה נחלה, שיחק בה כילד, בילה בה את ימי בחרותו, עבד בה כאיש בוגר ומכיר הוא כל פינה בה, גם פינות שאחרים אינם יודעים כלל על קיומן; הנחלה נמזגה באישיותו של נבות והייתה לחלק מקיומו בעולם. ויש מי שיגנו על נחלתם מפני הפקעה כמי שיגנו על מולדתם מפני צר-ואויב. נבות ונחלתו היו לאחדים ומנחלתו נבות לא ייפרד. על נחלה מעין-זו ייאמר כי כבוד האדם היא, כי הפכה להיותה חלק מאישיותו של אדם" (שם בעמ' 674-673).

אכן, כפי שהודגש לא אחת, בית מגורים הנו קניין מסוג מיוחד. פגיעה בו – בדומה לפגיעה בחירות האישית – יוצרת אף היא "מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות" (השוו פרשת צמח, בעמ' 261); ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו, אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי (פרשת עג'ורי, בעמ' 365); בית המגורים מרכזי הוא לאישיות הפרט ולהגשמתו העצמית (בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון (טרם פורסם), סעיף 4 לפסק דינו של השופט א' ריבלין); הבית הוא אחד הנכסים החומריים החשובים ביותר שיש לאדם, ואולי החשוב שבהם (דברי השופט י' טירקל ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 245); אין לראות בו "רכוש על דרך הסתם":

"... ענייננו אין הוא לא בקנין ולא ברכוש על דרך הסתם - קנין ורכוש ששוויים בשוק הוא כך וכך - אלא בביתו של אדם, במשכן למשפחה. מקום מגוריו של אדם הוא מקום שבו משוקע חלק מחייו, בבית הספר הסמוך לומדים ילדיו, אפשר בחר במקום מגוריו בשל היותו סמוך למקום עבודתו או בקרבת ידידיו, מתחילה ביקש לעצמו מקום שקט - או מקום מרכזי - למגוריו, ועוד שיקולים כיוצא באלה העושים ביתו של אדם למשכן לו בקהילה" (רע"א 7112/93 צודלר אח' נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550, 566).

למותר יהיה לומר כי בפרט נכונים הדברים, מקום שמדובר באובדן בית מגורים כתוצאה מפניו כפוי:

"נקודת המוצא העקרונית הינה, כי הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו... מספר זכויות אדם בסיסיות נפגעות בשל עקירתו הלא רצונית של אדם מביתו והעברתו למקום אחר, גם אם העברה זו אינה כרוכה בחצייתו של גבול מדיני" (פרשת עג'ורי, עמ' 365).

בכך, כאמור, לא סגי. פגיעתה של תכנית ההתנתקות אינה מצטמצמת לפגיעה בבית מגוריהם של העותרים. ביצועה עתיד להמיט כליה על מפעל חייהם; הוא ינתקם ממקומות תעסוקה ומפעלים, ויחייבם אגב כך למצוא מקום תעסוקה חלופי. בכל אלו טמון סיכון כלכלי לא מבוטל, העתיד להעצים את תחושות אין האונים וחוסר הוודאות בהן הם שרויים; הוא יחייבם לשלב את ילדיהם במוסדות חינוך חדשים; הוא ימוטט את הקשרים הקהילתיים שנקרמו ביישובים אלו ברבות השנים. קשה להעלות על הדעת פגיעה חמורה מכך בחייו של אדם, בדיוק כשם שקשה להעלות על הדעת כיצד ניתן לפצות על פגיעה זו בערכים כלכליים.

סעיף 8 לחוק היסוד: פסקת ההגבלה

32. כפי שכבר אמרתי בעת שדנתי בסוגיית "השפיטות", מתנה פסקת ההגבלה שבחוק היסוד את תוקפו של חוק הפוגע בזכויות המנויות בו, בקיומם המצטבר של ארבעה תנאים: על הפגיעה בזכות להיעשות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; על החוק הפוגע להלוּם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; על החוק הפוגע לשרת תכלית ראויה; ולבסוף, אל לו לחוק לפגוע בזכות היסוד במידה העולה על הנדרש.

"תכלית ראויה"

33. אחת מן הדרישות אותן מציב סעיף 8 לחוק היסוד הנה כי הפגיעה בקנין – כמו גם בזכויות אחרות המנויות בחוק היסוד – תהא לתכלית ראויה. מה היא, אפוא, תכלית ראויה? הגישה המקובלת בפסיקה הנה כי תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם (בג"צ 6126/94 סנס נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 838; בג"צ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות נ' אלי ישי, פ"ד נב(2) 433, 444) או שהצורך בהגשמתה הנו בעל חשיבות חברתית או לאומית (בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 52, להלן:

פרשת חורב). יפים לענייננו דברי השופטת ביניש :

"... תכלית היא ראויה אם נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על-ידי קביעת איזון סביר והגון בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט. זאת ועוד, תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן" (פרשת מנחם, 264).

אשר לתכלית של השגת יעדים בעלי אופי לאומי, כתב א' ברק כך :

"על-פי תפיסתה של פסקת ההגבלה, הפרט הוא יצור חברתי. אמת עצם קיומן של זכויות אדם מניח את קיומה של חברה אנושית, שבין הפרטים בה מתקיימים יחסי גומלין. אולם פסקת ההגבלה צועדת צעד נוסף. היא מניחה גם את קיומה של מדינה הצריכה להגשים יעדים לאומיים. היא מבוססת על קיומו של שלטון, אשר נועד לקדם מטרות לאומיות. היא יוצאת מההנחה שכוח השלטון הנתון למדינה הוא חיוני לקיומה ולקיום זכויות האדם עצמן. פסקת ההגבלה משקפת פשרה לאומית בין כוח המדינה לבין זכות הפרט" (פרשנות במשפט, בעמ' 475).

כבדרך אגב יצוין, כי בספרות הובעה דעה לפיה טשטוש ההבחנה בין זכויות אדם חוקתיות לבין ערכים, השקפות עולם ותפישות עולם פוליטיות אינו ראוי. לגישה זו, פסקת ההגבלה עניינה איזון פנימי בלבד – בין זכויות חוקתיות סותרות, ואין ענינה איזון חיצוני בין זכויות חוקתיות לבין אינטרסים או השקפות עולם. כך מציג זאת פרופ' אדרעי :

"... איזון חיצוני אינו ראוי. באמצעות איזון כזה ניתן לפגוע בזכויות אדם בסיסיות בשם אינטרסים חיוניים, ערכי עזרה הדדית, אינטרסים לאומיים וכדו'... האיזון הפנימי עדיף, ולו מהטעם שהוא משמש ערובה למניעת שחיתן של זכויות בסיסיות של היחיד והמיעוט על-ידי החלטות הרוב" (י' אדרעי, "זכות הקניין החוקתית", משפטים כ"ח 461, 517).

מהי אותה "תכלית" שהחלטת הממשלה וחוק ההתנתקות ביקשו להשיג? האם היא תכלית ראויה? בכך אעסוק להלן.

34. חוק ההתנתקות נועד ליישם את החלטת הממשלה מיום 6.6.2004, ועל כן המבקש ללמוד על מטרות ההתנתקות חייב להידרש לאותה החלטה. משעשיתי זאת, מצאתי כי מטרתה המוצהרת של התוכנית היא להוביל למה שהוגדר כמציאות ביטחונית, מדינית, כלכלית ודמוגרפית טובה יותר. בנספח א' להחלטה נאמר עוד כי ה"יציאה מרצועת עזה ומאזור בצפון השומרון עשויה להקטין את החיכוך עם האוכלוסייה הפלסטינית", (סעיף 1(ה) לנפח א' של ההחלטה, להלן: "הנספח"); וכן ש"השלמת התכנית תשלול את תוקפן של הטענות כנגד ישראל בדבר אחריותה לפלסטינים ברצועת עזה" (סעיף 1(ו) לנספח). בעניין זה הרחיבו מעט המשיבים במסגרת תגובתם לעתירה בבג"צ 2252/05. נטען, כי ההתנתקות נועדה להביא ליציאה מהקיפאון הטמון במערכת היחסים הנוכחית בין מדינת ישראל לבין הפלסטינים; להוביל למציאות מדינית טובה יותר, ולהביא לשיפור בתדמיתה ומעמדה של ישראל בעיני העמים בכלל, ובעיני המדינות השכנות, בפרט; התכנית תביא למציאות ביטחונית טובה יותר על-ידי כך שתקטין את החיכוך עם הפלסטינאים ואת הסיכון הנשקף לחיילי צה"ל, וכן תביא להפחתה בסדר הכוחות שיידרש כדי לתת מענה לסכנות הטמונות באותו אזור; התכנית תביא להפחתה ניכרת במידת האחריות של מדינת ישראל לאוכלוסייה הפלסטינית; לבסוף, נטען, כי תכנית ההתנתקות תביא למציאות דמוגרפית טובה יותר.

35. בחרתי להתחיל בנימוק האחרון, הואיל, ואודה, כי לא נהירה לי מהי "אותה מציאות דמוגרפית טובה יותר" לה טוענים המשיבים. מאז נמסרה רצועת עזה לרשות הפלסטינית, מדינת ישראל אינה מעורבת בחייהם של התושבים שם; מנגד, מהווים היישובים היהודיים ברצועת עזה, מזה שנים רבות, גוש נפרד, החי את חייו ללא מגע עם האוכלוסייה הערבית, למעט היותם של תושבי הגוש קורבנות להתנכלות יום-יומית מצד ארגוני הטרור.

באשר למטרותיה של תכנית ההתנתקות בכלל, לא טרחו המשיבים לצרף לתגובתם חוות-דעת של מומחים, אשר היו עשויות להבהיר אם המטרות המוצהרות הן גם ברות-השגה. מנגד, הציגו העותרים בבג"צ 1661/05 את חוות דעתו של אלוף (מיל) יעקב עמידרו, מי ששרת בעבר כראש חטיבת מחקר באמ"ן, ותפקידו האחרון בצה"ל היה מפקד המכללות, ובכללן המכללה לביטחון לאומי. חוות דעת זו היא למעשה המסמך היחיד שהוצע לבית-המשפט בשאלת משמעות ההתנתקות והשלכותיה, מול המטרות עליהן הכריזו יוזמיה.

האלוף עמידרו סבור, כי לאור הניסיון שנצבר לאחר מימוש הסכמי אוסלו, בעקבות יציאת צה"ל משטחים שהועברו לרשות הפלסטינית, צפוי כי המצב הביטחוני יחמיר. יציאת צה"ל מאותם שטחים כרוכה באובדן של שליטה מודיעינית ומבצעית, ותביא לחוסר יכולת לסכל פעילות עוינת עקב מגבלות פוליטיות. אותה מגבלה על יכולת התגובה הישראלית, תאפשר לארגוני הטרור להתחזק ולהכין עצמם לחידושן של פעולות האיבה, ואם נדרשה לכך ראייה ניצחת, היא מצויה באירועים שהיו נחלתה של מדינת ישראל ותושביה מאז חודש אוקטובר 2000. ניסיון העבר מלמד עוד, כי רק משחזר צה"ל והשתלט על יהודה ושומרון, דעכו ממדיו של הטרור.

ועוד הוסיף האלוף עמידרו, כי הפינוי המתוכנן של רצועת עזה וצפון השומרון, יקרב את סכנת שיגור

הטילים שבידי ארגוני הטרור, והפעם לריכוזי אוכלוסין גדולים יותר, דוגמת אשקלון שבדרום ועפולה ובית-שאן שבצפון. לעניין זה יש להדגיש אף את אשר מצהירים דובריה של הרשות הפלסטינית בראשי חוצות, לאמור, הם אינם מתכוונים לפרוק את אנשיהם של ארגוני הטרור מנשקם. מכאן ש"המטרה הביטחונית" עליה הצביעה הממשלה בהחלטתה מחדש יוני 2004, לא זו בלבד שלא תושג, אלא שאף נראה במידה גבוהה של סבירות כי התוצאה תהיה הפוכה.

באשר למטרה המדינית של התכנית, והאפשרות כי יחול מפנה ביחסי ישראל והפלסטינים, סבור האלוף עמידרור, כי גם בתחום זה תחול הרעה. להשקפתו, פעילותה של ישראל בשנים האחרונות כנגד ארגוני הטרור, הביאה לתחילתה של התפכחות בחברה הפלשתינית, בכל הנוגע לאפשרות כינונה של מדינה ערבית במקום מדינת ישראל, ובצורך למצוא הסדר-פשרה כלשהו בו יינתן ביטוי לשאיפות הלאומיות של שני העמים. נסיגה חד-צדדית דוגמת זו המתוכננת, עלולה להסיג לאחור גם את ההישג הקטן הזה, באשר זו תהיה הוכחה ניצחת לכך שהטרור משיג את יעדיו, ועל-כן אין צורך שהצד הערבי יתור אחר פשרות. האלוף עמידרור בדעה כי הנסיגה החד צדדית תרע את מצבה המדיני של ישראל בתחומים נוספים: היא תיצור תקדים של עקירת יישובים ללא תמורה, והיא תביא להכרה בעקרון כי כל השטח ביהודה ושומרון, כולל זה שהוא בעל חשיבות ביטחונית לישראל, ואף אם לא היה מיושב על-ידי תושבים פלסטינים, כמו השטח שבצפון הרצועה – הנו שטח שיש להחזיר לפלסטינים. והרי תוצאה זו תסכל מראש את כוונת הממשלה, כפי שהוגדרה בסעיף 1(ג) לנספח א' של התכנית, לאמור, להותיר בריבונות ישראלית את מה שהוגדר כ"גושים מרכזיים של התיישבות יהודית, יישובים אזרחיים, אזורים ביטחוניים ומקומות בהם למדינת ישראל יש אינטרסים נוספים".

על-פי השקפתו של האלוף עמידרור, גם המטרה להביא להקטנת החיכוך עם הפלסטינים, לא תעמוד במבחן המציאות. נטישת השטחים המיועדים לפינוי על-ידי ישראל, מבלי להבטיח שאת מקומה יתפוס ריבון שיהיה בעל עניין לשמור ולקיים יחסי שכנות טובים, תהווה קרקע נוחה להתחמשות מוגברת של ארגוני הטרור, שבסופו של דבר תחייב, במוקדם או במאוחר, כניסה מחדש של כוחות צה"ל לאותם שטחים, והסכנה היא שהפעם תהיה כניסה זו כרוכה במחיר גדול פי כמה בחיי-אדם. זאת ועוד, כדי למנוע את הזרמת הנשק בכלל, והנשק המשופר בפרט, לתחומיה של רצועת עזה, יהיה צורך לקיים פיקוח הדוק על המרחב הימי והאווירי של הרצועה, שמשמעו הגבלה ניכרת על הקשר של תושבי הרצועה עם העולם החיצון. ישראל תתקשה לקיים פיקוח זה, הואיל והוא ייתקל בביקורת קשה ונוקבת של מדינות העולם, אשר יצביעו על ישראל כמי שמונעת מהפלסטינים לפתח את כלכלתם ולשפר את תנאי חייהם.

וכך סיכם האלוף עמידרור את חוות דעתו:

"לא הייתי נדרש לניתוח המפורט ... אם החוק היה אומר אמת: שמדינת ישראל, מסיבות שלא הובהרו ברבים, החליטה להמר על ביטחונם של תושביה שממערב לצפון השומרון וסביב רצועת עזה, לוותר על יכולתה להגן עליהם ולהעביר את האחריות לידי הפלסטינים, שאינם מחויבים לשום מעשה או מחדל. החוק, אם יש קשר בינו לבין האמת, צריך להבהיר כי אין ביכולת הממשלה להצביע על כך שהתוכנית תביא לשיפור ביטחוני או מדיני, אך הממשלה ממליצה בכל זאת להעביר את החוק, בלי שהיא מסבירה מדוע".

36. אפשר שיהיה מי שיאמר, כי גם בהעדר חוות-דעת סותרת מטעם המשיבים, נכון לראות את האלוף עמידרור כ"עוד בעל עניין" בתוצאתו של ההליך המשפטי, ועל כן יש לנהוג בחוות דעתו בזהירות מופלגת. לכך אשיב, ראשית, כי לא הוכחה בפנינו סיבה כלשהי לפקפק במומחיותו של העד וביושרו; ושנית, וזה העיקר, חוות דעתו נתמכת בדבריהם של אחרים, חלקם מהצמרת הביטחונית והשלטונית של מדינת ישראל. לעניין זה אקדים ואומר, כי הדברים שיובאו להלן וגם בהמשך חוות דעתי, הם מתוך פרסומים בתקשורת. אכן, מכוח פסיקתו של בית משפט זה (בג"צ 2148/94 גלברט ואח' נ' יושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון ואח', פ"ד מח(3), 573), אין בפרסומים שמקורם בתקשורת כדי לבסס את הפרק העובדתי עליו נסמכות עתירות. אולם, סבורני כי המקרה הנוכחי מיוחד הוא, באשר הדברים שיובאו להלן נאמרו על-ידי אנשי ציבור, אותם מותר להניח שהעותרים היו מתקשים להחתים על תצהיר כדי לוודא את אמיתות הדברים שצוטטו מפייהם. יתרה מכך, אותם אנשים מעולם לא טרחו להכחיש את הדברים, וגם המשיבים, שדרכי הגישה לאותם בעלי תפקידים סלולה בפניהם, לא הניחו בפנינו, מטעמים שלא הובהרו, תצהירים נגדיים. להלן אביא חלק מאותן אמירות, שלהשקפתי ראוי כי יהיו לנגד עינינו בבואנו להכריע בעתירות:

(א) בהופיעו בפני ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, בחודש ינואר 2005, מסר ראש שירות ביטחון כללי, כי הברחות הנשק לרצועת עזה נמשכות כל העת, ואפשר שבעקבות כך "נקבל את דרום לבנון בדרום ישראל". לראש השרות יוחסה אמירה נוספת, היינו, ש"אם צפון השומרון יפונה ויהפוך לשטח A רמת הטרור שם תהיה כמו בעזה".

(ב) הרמטכ"ל צוטט כמי שאמר כי נסיגה חד-צדדית מרצועת עזה תהווה רוח גבית לטרור. על דברים ברוח דומה חזר רב-אלוף יעלון בראיון שנערך עמו לאחרונה, ופורסם בעיתון "הארץ" ביום כ"ג באייר תשס"ה (1.6.2005), לאמור "אם אחרי ההתנתקות לא תהיה התחייבות ישראלית לעוד מהלך, תהיה התפרצות אלימה. פיגועים מכל הסוגים: ירי, מטענים, מתאבדים, מרגמות, קסאם... אם לא ניתן לפלסטינים עוד ועוד ועוד, תהיה התפרצות אלימה. ההתפרצות הראשונה תבוא ביהודה ושומרון... מצבן של כפר סבא, תל-אביב וירושלים יהיה כמצבה של

שדרות. יש סבירות גבוהה למלחמת טרור שנייה... אבו-מאזן לא ויתר על זכות השיבה. ולא זכות השיבה במובנה הסמלי. זכות השיבה כתביעה למימוש. לחזור אל הבתים לחזור אל הכפרים. משמעות הדבר שלא תהיה כאן מדינה יהודית... הקמתה של מדינה פלשתינית תוביל בשלב כלשהו למלחמה. מלחמה כזאת עלולה להיות מסוכנת לישראל... מדינה כזאת תחתור תחת מדינת ישראל".

ג) בראיון עם שר האוצר, חבר הכנסת בנימין נתניהו, אשר התפרסם ביום ב' באייר תשס"ה (11.05.2005) בעיתון ידיעות אחרונות (המוסף ליום העצמאות ה-57 למדינת ישראל), הוא אמר את אלה:

"הרדיקלים הפלסטינים, הדתיים והחילונים, מסתכלים על יציאתה החפוזה והמבוהלת של ישראל מלבנון ועל נסיגה מעזה תחת אש הטרור, ומגיעים למסקנה שזהו רצף אירועים אחד: היהודים נחקים החוצה מפלשתינה ההיסטורית, הטרור מנצח אותם והם נוטים כאן מבצר אחר מבצר. אם רק נמשיך בטרור, בסוף הם יעזבו את האזור כולו. גם התושב הפלשתיני הפשוט יראה בנסיגה חד צדדית כזו, ללא שום תמורה מהצד השני, דפוס החוזר על עצמו של התנהגות ישראלית... ההתנתקות... תחזק את הטרור, מוסרית ומעשית, ותעורר את תאבונן לפיגועים נוספים".

ד) בתאריך ד' באייר תשס"ה (13.5.2005) התפרסם בעיתון "מקור ראשון", ראיון נוסף עם שר האוצר, ואלה היו דבריו:

"בנוגע להחמרה הביטחונית - אם התהליך הזה ייתפס בעיני הערבים כניצחון, הפלסטינים אכן יעבירו את ההתקפות אחרי ההתנתקות ליהודה ושומרון, ואז יגידו לנו לסגת גם משם. הבעיה עם הפלסטינים היא שהם לא מתכוונים לעצור על הקו הירוק; הם רוצים להגיע לקו הכחול. התודעה הפלשתינית מונחית על-ידי הכוחות הקיצוניים ביותר... הם מגלים איפוק מופתי. הם מקפידים לדקור אותנו בדקירות מחט ולא בסכינים עד הפינוי. חשוב שנדע את תפישת הפלסטינים לגבינו: מבחינתם אנחנו ניא-צלבנים. כמו שהצלבנים גורשו בהדרגה, כך יגורשו הישראלים הניא-נאצים תחילה מלבנון, עכשיו מעזה, בהמשך מיהודה ושומרון, ולבסוף תבוא כמובן המשימה העיקרית - פלשתינה. פלשתינה זה עכו, יפו, רמלה, חיפה, אל-קודס. זה הדבר האמיתי שהם שואפים אליו... הערבים לא באמת מתעניינים במתנחלים חובשי הכיפות. זה מעניין אותם, אבל השאיפה שלהם היא להגיע לשפלה, ליפו ולרמלה, עליהן הם בונים את תחושת האובדן בממדים מיתולוגיים".

ה) בדברים שנשא שר האוצר ביום 25.5.2005 באריאל (כמצוטט באתר האינטרנט Ynet (<http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3090245,00.html>)) הוא אמר:
"אני אומר בצורה הכי ברורה שכל שמתקדמת הנסיגה החד-צדדית, כך מתעצמים גורמי הטרור, החמאס מקים צבא משלו ואולי עוד מעט גם ממשלה משלו. למה הם מתחזקים? משום שמה שנתפס ברחוב הערבי הוא דבר פשוט: הם גירשו אותנו, הם מגרשים אותנו וככל שהתקווה לגירוש מתחזקת, היא גם תקווה לגרש מתל-אביב ואחר כך מתל-אביב... הלוואי שלקראת היציאה היינו רואים בעזה תהלוכות והפגנות של מחנה השלום הפלסטיני. זה לא מה שאנחנו רואים. אנחנו רואים שורות-שורות של צעירים חמושים הקוראים להשמדת ישראל, וקוראים להמשך העקירה".

ו) בתאריך כ"ט באייר תשס"ה (7.6.2005), התפרסמה בעיתון "מעריב" כתבה בה הובאו קטעים משיחות שקיים העיתונאי ארי שביט עם אנשים בולטים בציבוריות הישראלית, מימין ומשמאל, ובמהלכן נשאלו על השקפתם בסוגיית ההתנתקות ותוצאותיה. להלן לקט מהתשובות:

יוסי בילין (יו"ר "יחד"):

"תוכנית ההתנתקות עלולה להביא להתחדשות האלימות... יש סכנה מוחשית שבעקבות ההתנתקות תגבר מאד האלימות בגדה המערבית כדי להשיג את אותו הישג פלסטיני שהושג בעזה".

שלמה בן עמי (לשעבר שר החוץ):

"נסיגה חד צדדית מנציחה את הדימוי של ישראל כמדינה הבורחת תחת לחץ... אם יימשכו מהלכים חד-צדדיים נמצא עצמנו מקימים מדינת אויב פלסטינית".

עמי איילון (ראש שירות ביטחון כללי לשעבר):

"הנסיגה מדוגית, ניסנית ומאלי-סיני היא טעות קשה. אין לה הצדקה דמוגרפית או ביטחונית, והמחיר שהיא עלולה לגבות מאיתנו איננו מוצדק... נסיגה ללא תמורה מעזה עלולה להתפרש בעיני חלק מהפלסטינים ככניעה. התוכנית עלולה לחזק כוחות קיצוניים בחברה הפלסטינית... קיימת סבירות גבוהה שזמן קצר אחרי מימוש ההתנתקות, האלימות תתחדש. שנת 2006 עלולה להיות שנה של סיבוב אלים נוסף".

אלוף (מיל') איתן בן אליהו (מפקד חיל-האוויר לשעבר):

"אין שום סיכוי שההתנתקות תבטיח יציבות לאורך זמן. התוכנית כמות שהיא לא יכולה אלא להביא בסופו של דבר לחידוש הטרור".

אלוף (מיל') עוזי דיין (סגן הרמטכ"ל לשעבר):

"נסיגה מניסנית, מדוגית ומאלי-סיני היא טעות כפולה: ביטחונית – היא מקרבת שלא לצורך את איום טילי הקסאם לאשקלון. מדינית – היא יוצרת תקדים מסוכן של נסיגה חד-צדדית לקווי '67 שמחזק את תביעת הפלסטינים לחזור לקווי 4 ביוני".

אלוף (מיל') שלמה גזית (ראש אמ"ן לשעבר):

"לאחר ספטמבר 2005 אנו עלולים למצוא 'סופר קסאם' שטווח הפגיעה שלו מגיע גם לאשקלון... סביר כי בתוך זמן לא רב נעמוד בפני ירי של מגמות וקסאם גם מהגדה. פצצות וטילים אלה יפגעו בכפר-סבא ואולי אף יגיעו לנתניה".

אפרים הלוי (ראש המוסד לשעבר):

"אחרי מימוש ההתנתקות תעמוד ישראל בפני מצוקה מדינית, שלא ידענו כמה שנים".

שבתי שביט (ראש המוסד לשעבר):

"תוכנית ההתנתקות מכשילה את עצמה. יוצרת מציאות של חוסר יציבות. התוכנית לא יוצרת שיווי משקל מינימלי המאפשר דו-קיום לאורך זמן".

37. חבר הכנסת בנימין נתניהו הוא שר בכיר בממשלת ישראל, ושימש בעבר הלא-רחוק גם כראש ממשלה. לפיכך, מותר להניח כי דבריו לא היו נאמרים לולא הכיר את העובדות העדכניות כולן, גם את אלו שנציגי המשיבים אשר הופיעו בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ובאי-כוח המשיבים שטענו בפנינו, השתדלו להותירן עמומות. חשובה לא פחות היא העובדה כי דבריהם של שר האוצר, הרמטכ"ל היוצא, ראש שרות ביטחון כללי, ואותם אנשי ציבור מדבריהם הבאתי בסעיף (ו) לעיל, מאמתים את הסכנות עליהן הצביע האלוף עמידרור בחוות-דעתו. אולם, בכך לא סגי, הואיל וגם ראש הממשלה הביע בעבר דעות דומות, ועל כן המעט שחייבים היו המשיבים לעשות ונמנעו ממנו, הוא להסביר לבית-המשפט את מה שלא טרחו להסביר לציבור הרחב, היינו, מה גרם לממשלה לאותה תפנית דרמטית בהתנהלות שאפיינה אותה עד לפני זמן לא רב. אותו הסבר ראוי היה שיינתן, גם כדי להבהיר לאזרחי ישראל מהי אותה תכלית המצדיקה לא רק את עקירתם של אלפי מתיישבים ממקומם, אלא גם את חשיפתם-שלהם לגל טרור מחודש, מפניו מתריעים גורמי ממשל וגורמים ביטחוניים כה בכירים.

את החסר במישור העובדתי, ביקשו העותרים בבג"צ 1661/05 להשלים על-ידי זימונו של הרמטכ"ל לעדות, מתוך הנחה שהוא יוכל להסיר את מעטה המסתורין בכל הנוגע לסכנות הנובעות מתכנית ההתנתקות. אולם המשיבים התנגדו לכך, משל אמרו כי שיקוליהם אינם מעניינו של הציבור, ואף לא של בית-המשפט הגבוה לצדק, באשר אלה חסינים מפני ביקורת שיפוטית. לדאבוני, עמדה זו לא היתה מקובלת עלי כלל וכלל, לא כאזרח המדינה ולא כשופט בבית משפט זה, ועל כן סברתי כי נכון להיעתר לבקשת העותרים ולזמן את הרמטכ"ל. ומה אעשה וגם בעניין זה נותרה דעתי במיעוט בקרב חברי.

לנוכח כל אלה, ואם דעתי היתה נשמעת, היינו קובעים כי אותה תכלית העומדת בבסיס הפגיעה בזכויות יסוד של העותרים, לא זו בלבד שלא התבררה דיה, אלא שמהנתונים שהוצגו בפנינו ברור עתה, כי בתכנית ההתנתקות כרוכות סכנות מרחיקות לכת אשר הופכות את אותה תכלית גם ללא ראויה.

מסקנתי האמורה מייתרת, הלכה למעשה, את הצורך לעסוק במבחן המידתיות שבפסקת ההגבלה. עם זאת, אתייחס למבחן זה בקצרה בהקשר עם סוגיית המועד שנקבע לפינוי העותרים.

מידתיות

38. כידוע, דרישה נוספת אותה מציב סעיף 8 לחוק היסוד, הנה כי הפגיעה המוסבת ליזכות המעוגנת בחוק היסוד, לא תעלה על הנדרש. דרישה זו עניינה האמצעים שנבחרו על-ידי המחוקק לצורך הגשמת תכלית החקיקה. דרישת המידתיות מבטאת את התפישה על-פיה אין די בכך שתכלית החקיקה תהיה ראויה. נדרש אף שהאמצעים שנבחרו לשמש בהגשמתה יהיו מידתיים (פרשת לשכת מנהלי השקעות, 384). כך ביטא זאת המשנה לנשיא ברק:

"העילה בדבר מידתיות קובעת, כי החלטה שלטונית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמת התכלית השלטונית, הוא במידה הראויה, ולא מעבר לנדרש. עילת המידתיות מתרכזת, אפוא, ביחס שבין התכלית לבין האמצעים להגשמתה... היא בוחנת אם האמצעים בהם נקט השלטון לשם הגשמת התכלית הראויה עומדים

ביחס ראוי למטרה אותה מבקשים להגשים. עילת המידתיות קובעת כי האמצעים השלטוניים צריכים להתאים להגשמת המטרה, ולא מעבר למה שנדרש לשם הגשמתה של המטרה. עקרון המידתיות נועד להגן על הפרט בפני השלטון. הוא נועד למנוע פגיעה יתירה בחירותו של היחיד. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להגזר בקפידה כדי להלום את הגשמתה של התכלית. בכך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון" (בג"צ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות, פ"ד מט(5) 1, 11, להלן: פרשת בן-עטייה).

הפסיקה עמדה על כך שמבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה, המהווים קונקרטיזציה של עיקרון המידתיות הכללי (פרשת בן-עטייה, בעמ' 12). מבחן המשנה הראשון הנו, כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי השלטוני שנבחר להשגתה. על האמצעי שהשלטון נוקט בו להוביל, באופן רציונאלי, להגשמתה של המטרה (שם, וכן ראו פרשת חורב, בעמ' 54). מבחן המשנה השני הנו, שפגיעתו של האמצעי השלטוני בפרט תהיה במידה המועטה ביותר (פרשת בן-עטייה, שם; פרשת חורב, שם). האמצעי השלטוני הוא ראוי, רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על-ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר:

"האמצעי החקיקתי משול לסולם, עליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה" (פרשת לשכת מנהלי השקעות, בעמ' 385).

מבחן המשנה השלישי הנו, כי האמצעי שהשלטון בוחר הנו ראוי ככל שפגיעתו בזכות הפרט עומדת ביחס פרופורציונאלי לתועלת הצומחת ממנה (פרשת חורב, בעמ' 54; פרשת בן-עטייה, בעמ' 13). השתלבותם של שלושת מבחני המשנה מגבשת, אפוא, את אמת המידה של המידתיות, המהווה אבן בוחן מרכזית בבחינת חוקתיותו של חוק (פרשת חורב, בעמ' 54).

יש לציין, כי במקביל לפיתוח ההלכה בעניין המידתיות, וכמבואר קודם, עמדה הפסיקה אף על "מרחב התמרון" הנתון לרשות השלטונית ועל גמישותו של מבחן זה. בית-משפט זה ציין לא אחת, כי בבואו לבחון חוקתיותו של דבר חקיקה, אין הוא שם עצמו בנעלי המחוקק. אין הוא נדרש לתבונתו של החוק או לשאלה האם החוק "טוב" או "יעיל". מדיניות חברתית עניין היא למחוקק לענות בו, ונתון לו, מתקוף כד, מרחב של תמרון חקיקתי (פרשת לשכת מנהלי השקעות, בעמ' 386).

39. כאמור, לא ארחיב בסוגיית המידתיות, ואתרכז בעניין אחד בלבד, שיש בו כדי ללמד על אופיו של החוק, ועל אטימות הלב שליוותה את חקיקתו, וכוונתי לארכה שניתנה לביצוע הפינני.

בסעיף 22(א) לחוק נקבע כי יום הפינני יהיה על-פי צו, ובתוך חמישה חודשים מיום פרסומו. הממשלה שמרה לעצמה את הזכות אף להקדים את מועד הפינני, בכפוף לקיומם של "טעמים חיוניים" המצדיקים זאת. בצווים המקוריים ליישום תכנית ההתנתקות נקבע הפינני ליום י"ג בתמוז תשס"ה (20.7.2005), ובניתיים הוחלט לדחותו ליום י' באב תשס"ה (20.8.2005).

לא נהיר לי כמה מבין אלה שהיו שותפים לחקיקתו של החוק, התנסו אי-פעם בהעתקה, ולו של מגורים בלבד, תוך חמישה חודשים. הוסף לכך את העתקתם של עסקים, מפעלים וחממות, והתוצאה תהיה שגם מי שלא התנסה בהעתקתם של כל אלה, חייב היה להגיע למסקנה כי מדובר במשימה בלתי-אפשרית, ובלבד שהוא נחון בהיגיון בריא ובישורה הנדרשת ממנהיגי ציבור.

לפיכך, אינך יכול שלא לתהות מה גרם לאותה בהילות בפינני העותרים ומשפחותיהם, והרי אין מדובר במשיגי גבול או אנשי זרוע שתפסו זה לא מכבר חזקה בשטחים לא להם, ושגורמי אכיפת החוק מבקשים למנוע מהם ליצור עובדות בלתי הפיכות. ונוסיף ונזכור, שגם אין מדובר במי ששיבתם באותם שטחים המיועדים לפינני, מסכלת את יישומו של הסכם להסדר מדיני שנחתם בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית. כל אלה אינם מתקיימים בענייננו. נהפוך הוא. מדובר במיטב בניה של הארץ הזאת, חלוצים חדורי אמונה, אשר להוותם האמינו להצהרותיהם של מנהיגי המדינה מאז שנת 1967, כי השטחים בהם נקראו להתיישב, יישארו לנצח תחת ריבונותה של מדינת ישראל. מכוח אותה אמונה עמוקה הם יצאו לקבוע שם את ביתם ולהפוך שממה לגן פורח, וממשימה זו לא הרפו גם כאשר נדרשו לקדש את האדמה בדמם ובדם בניהם. מתיישבים אלה ראויים היו שהממשלה והמחוקק ינהגו בהם ביותר כבוד והבנה, ובעיקר ביותר רגישות וחמלה, וחוששני שלא זה היחס לו הם זכו.

וכאן המקום להזכיר את הדוגמה ממנה ביקשו דווקא המשיבים לגזור גזרה שווה, וכוונתי לפינני חבל ימית. אותו פינני הוצא אל הפועל בשנת 1982, ונסיבותיו היו שונות בתכלית מאלו הנוגעות לענייננו. חבל ימית לא נכלל בשטחה של ארץ ישראל ההיסטורית, ומדינת ישראל מעולם לא תבעה להכיר בריבונותה על אותו אזור. יתר על כן, השבתו של חבל ימית לידי מצרים, היתה חלק מהסכם שלום שנחתם בין שתי מדינות ריבוניות, מתוך ידיעה כי ביציאתה של ישראל משם לא ייווצר חלל שלטוני, חלל אשר היה עלול להוות קרקע נוחה לצמיחתה של פעילות עוינת נגד מדינת ישראל. זאת ועוד, הסכם השלום עם מצרים נחתם בשנת 1979, ועד לפינני חבל ימית חלפו כשלוש שנים, בהם יכלו המתיישבים, ורבים נהגו כך, להיערך כראוי על-ידי הכנתם של מגורים ומקומות תעסוקה חליפיים.

מנגד, פינויים של העותרים לא נגזר מחמת הסכם שלום שנחתם עם מדינה ריבונית, ואפילו לא עם רשות אשר נטלה על עצמה לקיים בשטח המתפנה שלטון יציב, שימנע פעילות עוינת נגד מדינת ישראל ותושביה. אדרבא, הפינוי נעשה כאקט חד-צדדי, ללא תאום עם הצד האחר, וכאשר באותו שטח פועלים בו בזמן רשות שמוסדותיה, ובעיקר גופי הביטחון שלה, לא מתפקדים כלל, ולצדה ארגוני טרור אשר מצהירים מעל כל במה כי יוסיפו ללחום בישראל. על רקע כל אלה אתה מתקשה להבין את החלטת הממשלה, ולמרבה הצער, גם כאשר ניתנה לה וליתר המשיבים הזדמנות להסביר את מעשיהם, הם הסתפקו בהפרחתן של סיסמאות, אשר הדברים ציטטתי מפייהם של שר האוצר ומומחים לענייני ביטחון, מלמדים כי אין בהן ממש.

הנה כי כן, מקום שהתכלית אינה ידועה או גרוע מכך – מקום שמוכח כי התכלית הנטענת מופרכת מיסודה, כי אז אמצעי דרקוני כמו פינוי מתיישבים מבתיהם ומאדמתם, אינו עונה על אף אחד ממבחני המידתיות, ועל כן הוא גם בלתי חוקי.

סוף דבר

40. להשקפתי, לוקים החלטת הממשלה מחודש יוני 2004 וחוק ההתנתקות בכל אחד מאלה:

(א) לידתם בחטא, באשר זו היתה מלווה בפגיעה בערכיה של מדינת ישראל, מחד, ועיוות רצונו של הבוחר, מאידך;

(ב) בביצועם כרוכה פגיעה שאין קשה ממנה בזכויות יסוד של היחיד ושל הכלל, פגיעה שאינה מידתית, ושלא ל"תכלית ראויה" מוכחת;

(ג) סופם שהם יובילו לימים קשים, ואף לערעור זכותו של העם היהודי להתיישב בארץ ישראל, וכוונתי לא רק בשטחים השנויים במחלוקת, אלא גם באלה שלגביהם קיימת הסכמה בקרב הציבור שעל ישראל להחזיק בהם בכל הסדר עתידי.

החלטה זו וחוק זה תרופתם היא אחת – להתבטל ולעבור מן העולם, וכך הייתי מציע לחברי לעשות לו רק נשמע קולי.

לבסוף, נטלתי לעצמי חרות להוסיף מספר מלים בנימה אישית. אכן, הרביתי בחוות דעתי במילות ביקורת ובדברי תוכחה, אולם לא עשיתי זאת כדי להוסיף ריב ומחלוקת, אלא רק כדי להביע את אשר אני מאמין בו בכל נימי נפשי. על כן, אם לא עמדתי די בכבודם של חברי ובכבודם של אחרים, אין לי אלא להצר על כך. ואוסיף ואומר אף זאת – מכוח אותם עקרונות וערכים דמוקרטיים ומשפטיים עליהם ביססתי את ביקורתי על מעשה ידיהן של הכנסת והממשלה, מצווים עתה כולנו, ובמיוחד לאחר שגם בית-המשפט הגבוה לצדק מצא – וברוב דעות מכריע – כי לא נפל בחוק פגם המצדיק את ביטולו כליל, לציית לחוק, גם אם יהיו כאלה שיאלצו לעשות זאת בחירוק שיניים. כי זאת נזכור, אחים אנו וערבים זה לזה, כך בימים הקשים העומדים לפתחנו, וכך יהיה גם בשוך הסערה.

ש ו פ ט

תוצאות פסק הדין

1. הוחלט ברוב דעות הנשיא א' ברק, המישנה לנשיא מ' חשין, השופטת ד' ביניש, השופט א' ריבלין, השופטת א' פרוקצ'יה, השופט א' גרוניס, השופטת מ' נאור, השופטת ע' ארבל, השופטת א' חיות והשופט י' עדיאל, נגד דעתו החולקת של השופט א' א' לוי, לדחות את העתירות בכל הנוגע לחוקתיות הפינוי; את העתירות בעניין חוקיות החלטת הממשלה והצווים שהוצאו מכוח חוק יישום ההתנתקות; ואת העתירה נגד תחולת החוק על הישובים אלי סיני וניסנית.

2. הוחלט על דעת כל השופטים, למעט השופט א' א' לוי שלא נדרש לעניין, לדחות את העתירות בעניין חוקתיות הפיצוי, למעט בארבעה עניינים בהם הוחלט לעשות את הצו על-תנאי לצו מוחלט כלהלן. ועניינים אלה:

א. ביטול הסדר ייחוד העילה והוויתור עליה לפי סעיפים 134 ו-135 לחוק יישום ההתנתקות. משמעות הדבר היא, שכל הוראה בסעיפים אלה, לפיה תביעה או בקשה לוועדת זכאות או לוועדה המיוחדת יש בה משום ויתור על תביעה לפי הדין הכללי, היא בטלה ואין לנהוג על פיה. בדומה, כל הוראה בסעיפים אלה, לפיה אין לפנות לדין הכללי אלא אם כן יש ויתור על זכויות לפי החוק, היא בטלה ואין לנהוג על פיה.

ב. ביטול ההסדר השולל את אפשרות החזרה משומה פרטנית לבתי מגורים, לפי סעיף 37(ה) לחוק

יישום ההתנתקות, והארכת המועד להודעה על שומה פרטנית לפי סעיף 37(ג) לחוק. משמעות הדבר היא, שהפונים לשומה פרטנית רשאים לחזור בהם ולבחור בפיצוי על פי מסלולי הפיצוי הקבועים בחוק. המבקשים שומה פרטנית יודיעו על כך למינהלה בתוך 30 ימים מיום מתן פסק דין זה.

ג. ביטול ההסדר הקובע את גיל 21 כגיל המינימום לזכאות למענק אישי בשל ותק לפי סעיף 46 לחוק יישום ההתנתקות. משמעות הדבר היא, שגם מפונים צעירים, שגילם פחות מ-21, זכאים למענק אישי בשל ותק (ובלבד שעמדו ביתר התנאים הקבועים לעניין זה בחוק).

ד. ביטול ההסדרים המגבילים עד למועד "היום הקובע" את חישוב הוותק לעניין:

- (1) המענק האישי בשל ותק (סעיף 46 לחוק יישום ההתנתקות);
- (2) הפיצוי בשל בית מגורים במסלול ב' (סעיף 1 לתוספת השניה לחוק יישום ההתנתקות);
- (3) מענק ההסתגלות לעובדים (סעיף 52 לחוק יישום ההתנתקות).

משמעות הדבר היא, שבשלושה עניינים אלה, יחושב הוותק לא עד ל"יום הקובע" אלא עד ליום הפינוי, ובלבד שיום זה לא יהא מאוחר מן היום האחרון שנקבע לפינוי בצווי הפינוי.

3. למותר לציין, כי הכנסת מוסמכת לבחון את התוצאה המתקבלת מביטולן של הוראות החוק שלעיל. היא רשאית לשנות הסדרים אלה או אחרים, על פי שיקול דעתה, כדי להגשים יעדים חקיקתיים הנראים לה כרצויים והמקיימים את דרישות חוקי-היסוד. כך, למשל, לעניין ייחוד העילה והוויתור עליה, ניתן לשקול הסדר לפיו זכאי המנצל את זכויותיו על פי חוק יישום ההתנתקות וקיבל פיצויים, מענקים וטובות הנאה על פי החוק, תינתן בידיו – תוך זמן סביר (כגון שנה או שמונה-עשר חודש) מאז קבלת הפיצויים, המענקים או טובות הנאה האחרות – הברירה לבטל את בחירתו בהסדריו של החוק ולתבוע זכויות על פי עילות תביעה המקנות לו זכויות שלא על פי חוק יישום ההתנתקות, ובלבד שהחזיר למדינה את הפיצויים, המענקים ואת שוויין של יתר טובות הנאה שקיבל מכוח החוק. לעניין גיל הזכאות למענק אישי בשל ותק, ניתן לשקול הסדר היוצר דיפרנציאציה בגיל הזכאים ובסכומים המשתלמים להם, שיהיה בו לממש את תכליות המענק האישי.

4. אין צו להוצאות.

ניתן היום, ב' בסיון התשס"ה (9.6.2005).

ה נ ש י א	המישנה לנשיא	ש ו פ ט ת	ש ו פ ט
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט	ש ו פ ט ת	ש ו פ ט
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט ת	ש ו פ ט	ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. /A20.doc_05016610
מרכז מידע, טל' 02-6750444 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il