

עתירת המגורשים: השלטון ושלטון החוק

גד ברזילי, אפרים יער-יוכטמן, זאב סגל

א. מבוא

"עתירת המגורשים"¹ מעמידה על חודן שאלות יסוד הנוגעות לעניין התערבותו השיפוטית של בג"ץ בעניינים שהם בעלי רגישות מדינית, פוליטית ובטחונת גבוהה. החלטת רשויות הבטחון לגרש ללבנון (ביום 17.12.92) 415 מתושבי השטחים – שלגביהם נטען כי הם פעילים כארגון החמאס או הג'יאהד האיסלמי – מיקדה שימת לב רבה אל בית המשפט העליון. ההחלטה בעתירות – שהוגשו על-ידי האגודה לזכויות האזרח, המגורשים עצמם, המוקד לזכויות האזרח ועוד – העמידה את בג"ץ במרכזה של דרמה שהיא ביסודה מדינית-פוליטית.

נשיא בית המשפט העליון, השופט מאיר שמגר, ייחס לסוגייה זו חשיבות רבה ונקט צעד נדיר למדי בו מינה הרכב של שבעה שופטים. (השופטים: מאיר שמגר, מנחם אלון, אהרן ברק, שושנה נתניהו, אליעזר גולדברג, תאודור אור ואליהו מצא). העובדה כי מונה הרכב שיפוטי כה רחב, וכי ההחלטה שהתקבלה נכתבה כקונסנזואלית (החלטה אחת שעליה התמו כל שבעת השופטים) מלמדת על החשיבות הרבה שבג"ץ זקף להיבטים הציבוריים של החלטתו. פסק דין אחיד, שבית המשפט מדבר בו בקול אחד, מבלי שידועה זהות כותב ההחלטה, הוא תופעה כמעט בלתי מוכרת בשיטת המשפט הישראלית. על כך כתב מ"מ נשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט חיים כהן, כי בקיום האחידות נמנעו השופטים מלהעניק לפסיקתם את "פאר משקלו המוסרי והסגולי של כל אחד מהם; ואינו דומה משקלו של המוסד למשקלם של שופטיו".²

ב. הרקע העובדתי

נבחר בקצרה את השתלשלות העניינים, שהובילה לדיונים המשפטיים. על רקע התגברות פעולות החמאס בשבועות הראשונים של חודש דצמבר 1992 בתוך גבולות הקו הירוק, לרבות חטיפה ורצח אכזרי של שוטר משמר הגבול, החליטה

* מאמר זה מבוסס בעיקרו על פרק בספרם של המחברים בית-המשפט העליון בעין החברה הישראלית (פפירוס, תשנ"ד). המחברים הנם אנשי הסגל בפקולטה למדעי החברה, אוניברסיטת תל-אביב; גד ברזילי - מרצה בכיר בחוג למדעי המדינה; אפרים יער-יוכטמן - פרופ' מן המניין בחוג לסוציולוגיה ולאנתרופולוגיה; זאב סגל - מרצה בכיר בתוכנית למדיניות ציבורית.

¹ בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון פ"ד מז (1) 267, (להלן: "עתירת המגורשים").

² ח' כהן "גידוש כהלכה" משפט וממשל א (תשנ"ג) 471.

ממשלת ישראל כי ראש הממשלה ושר הביטחון יסמיך את המפקדים הצבאיים באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה להוציא צווים "א.... בהתאם לצרכי הבטחון המידיים ההכרחיים, בדבר גירוש זמני, וללא הודעה מוקדמת, לשם הרחקת מסיתים, אותם מתושבי האזור המסכנים בפעולתם חיי אדם, או מסיתים לפעולות כאלה, וזאת לתקופה שתקבע על-ידי המפקדים הצבאיים ושלא תעלה על שנתיים ימים. ב. מי שגורש כאמור יהא רשאי, תוך 60 יום, לערור על גירושו בפני ועדה מיוחדת באמצעות בן משפחתו או עורך דינו, על-פי הכללים שייקבעו בצווים."³

בעקבות ההחלטה האמורה פרסמו אלוף פיקוד המרכז, שהוא מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, ואלוף פיקוד הדרום, שהוא מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, צווים בדבר גירוש זמני (הוראת שעה). בעקבות הצווים הפעילו אלופי הפיקוד, הלכה למעשה, את הסמכות שהוקנתה להם. באזור יהודה ושומרון הוצאו 284 צווי גירוש, ובאזור חבל עזה הוצאו 202. בסופו של דבר הופחת המספר וגורשו כ-415 איש. המספר המדוייק של המגורשים אינו ידוע.

ביום 16.12.1992 החל ביצוע הגירוש. הוא עוכב זמנית בעקבות העתירה בנושא, על-ידי צו-ביניים שהוציא שופט בית המשפט העליון אהרן ברק, כאשמורת הבוקר של יום ה-17.12.1992. שעות מספר לאחר מכן, כונס הרכב מיוחד של שלושה שופטים: נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר, המשנה לנשיא מנחם אלון, והשופט אהרן ברק, כדי לדון בעתירות. נשיא בית המשפט העליון החליט להרחיב את ההרכב לכדי שבעה שופטים (שצויינו לעיל). צעד זה עניינו היה, כפי הנראה, לא רק בהפגנת החשיבות המשפטית של הסוגייה, אלא גם בחיזוק הדימוי הציבורי של בג"ץ כטריבוטל מקצועי, א-פוליטי ומאוחד למדי. החלטת בית המשפט לביטול צו הביניים שהוצא, נתקבלה ברוב של חמישה שופטים (שמגר, נתניהו, גולדברג, אלון ומצא), כנגד דעתם החולקת של השופטים ברק ואור, שביקשו להשאיר את צו הביניים בתוקפו, כדי שיישמעו המגורשים בטרם הגירוש. ההרכב השיפוטי המיוחד של בית המשפט העליון הוציא צו-על-תנאי, שבו הצטוו רשויות הביטחון להסביר את חוקיות הגירוש. לרשויות הביטחון הוקצו 30 יום למתן תשובה לעתירות המאוחדות. עם הגשת התשובה דן בג"ץ, באותו הרכב של שבעת השופטים שהוציא את הצו, בחוקיות הגירוש. החלטת בג"ץ ניתנה ביום 28.1.1993.

ג. הרקע הציבורי להחלטה ומשמעותה המשפטית

החלטת בג"ץ ניתנה פה אחד, כאשר להחלטה זו הצטרפו גם השופטים אהרן ברק ותאודור אור, אשר התנגדו בשעתו למצב שבו יישמעו טיעוני המגורשים רק לאחר ביצוע צו הגירוש. ההחלטה ניתנה בעת שהציבור הרחב תמך מאוד בגירוש.⁴

3 עתירת המגורשים לעיל, הערה 1 עמ' 8 לנוסח המודפס.

4 על פי סקר מכון "רחף", בהנהלת ד"ר מינה צמח, הגדירו 91% מן הציבור היהודי-ישראלי את החלטת הממשלה על הגירוש כ"מוצדקת", בעוד 9% מן הציבורי היהודי-ישראלי חשבו כי החלטה "לא מוצדקת". ראה ידיעות אחרונות, 25.12.92, עמ' 1.

נראה שבג"ץ בפסיקתו בחר לפעול במסגרת הקונסנוס הציבורי, שנוצר בתגובה להחלטת הממשלה. בהחלטת בג"ץ שלא לפסול את צווי הגירוש "האנדיודואליים" שהוצאו, כלטה העובדה שבית המשפט בחר שלא להתערב בפעולות רשויות הביטחון. מבלי לקבוע שבג"ץ פעל בהכרח בהתחשב ברחשי לב הציבור – ובאין אפשרות מעשית לקבוע כך – ניתן לומר שבפנינו החלטה של בית המשפט התואמת באופן מובהק את הלך הרוח הציבורי באותה עת.

התמונה המצטיירת היא זו של ציבור התומך בהחלטת הגירוש על-פי נטייה מוכרת לתמוך בהחלטות ממשלתיות הנוגעות כעניינים של "ביטחון לאומי".⁵ פסיקת בית המשפט העליון, בהקשרו, נראית כחלק ממגמה כללית זו, המושפעת ממתוס "הביטחון הלאומי". הימנעות בג"ץ מביטול צווי הגירוש "האנדיודואליים", שהוצאו ע"י המפקדים הצבאיים לאור החלטת הממשלה, משתלבת היטב בגישה כוללת של ריסון שיפוטי עצמי בעת שמדובר בנושאי ביטחון לאומי, וכמיוחד בעת שמדובר בפעולות צה"ל בשטחים.⁶

שתי שאלות משפטיות עיקריות עמדו בפני בג"ץ בכואו להכריע בנושא הגירוש: הראשונה, אופי הגירוש ומהותו, והשנייה – משמעות שלילת זכות השימוע של המגורשים קודם לגירושם. בג"ץ הכריע כי הגירושים היו "אנדיודואליים" ולכן כמהותם היו תקפים, בהיותם מכוח תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. בג"ץ קבע בהחלטתו כי "הצווים שניתנו במקרה דנן התבססו על מידע פרטני לגבי כל מגורש, היינו על שיקולים אנדיודואליים שהיה בהם לטענת המשיבים כדי להצביע על קיומה של תשתית לגבי כל אחד מן המגורשים כשלעצמו. הווי אומר, אין המדובר בצו קיבוצי אלא באוסף של צווים אישיים, שכל אחד מהם עומד על רגליו הוא..." (הדגשות במקור).⁷

בג"ץ דחה את טענות המגורשים כי הצו היה קיבוצי.

קביעת בג"ץ מעוררת קשיים עקרוניים. העובדה כי פורמלית הוצאו צווים אישיים אינה מלמדת בהכרח כי הגירוש לא היה המוני, וככזה פסול לא רק מכוח כללי המשפט הבינ-לאומי (סעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית) אלא גם מכוח תקנות ההגנה

5 על מיגון ההיבטים החברתיים-פוליטיים המסכירים תגובות ציבוריות קונסנוואליות למסדים ביטחוניים-פוליטיים, בתקופות המוגדרות על ידי אליטות או קבוצות כמשברי ביטחון לאומי, ראה ג' ברזילי דמוקרטיה במלחמות: מחלוקת וקונסנוס בישראל (תשנ"ב) 21-40, 223-267.

6 לגישה זו ולביקורתה, ראה: א' מעוז, "משפט חוקתי" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"א) 110, 132-130. פרופסור יצחק זמיר מצביע על כך, שלהוציא חריגים, מהסס בג"ץ מלהתערב בשיקול הדעת של רשויות הביטחון יותר מביטחון הדעת כעניינים אחרים, עד שנוצר "... אבסורד, שלפיו הסמכויות בתחום הביטחון, שהן הקיצוניות והמסוכנות מכל הסמכויות השלטוניות, דווקא הן תהיינה נתונות לביקורת רופפת יותר מן הביקורת המופעלת על ידי בית המשפט על סמכויות אחרות". ראה: י' זמיר "זכויות האדם וביטחון המדינה" משפטים יט (תשמ"ט) 17, 37. במסה מקיפה ומעמיקה שעניינה ביקורת בג"ץ על הריסחתם ואטימתם של בתים בשטחים כותב פרופסור דוד קרצ'מר כי היסוד הבולט ביותר בהחלטותיו של בית המשפט לגבי הריסת בתים ואטימתם הוא חוסר נכונותו לקבל על עצמו אחריות להתערבות באמצעי שמפקדי צה"ל דוגלים בו כאמצעי ביטחון. ראה ד' קרצ'מר "ביקורת בג"ץ על הריסחתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (תשנ"ג) 305, 357; כן ראה לניתוח מעמיק ויסודי של הליקויים הבסיסיים בשלטון החוק בשטחים: ל' שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: כשולי וכשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 757.

7 עתירת המגורשים, שם, עמ' 16 לנוסח המודפס.

עצמן, החלות בשטחים. הכרעה שלפיה הגירוש הוא "פרטני ואינדיווידואלי" עומדת בניגוד לאופי ולכוונת התגובה של רשויות השלטון, שמטרתן הייתה להנחית מכה כללית, מיידית ומוחצת, תוך ניצול מהירות התגובה הצבאית וכלליותה. טעויות שנעשו בזיהויים של אנשים, רשימות כוללניות ובלתי עדכניות שהציגו הצבא ושירותי הבטחון בעת הדיון המשפטי בפני שופטי בג"ץ, והספק עד כמה אכן הוכנה רשימה ספציפית כלשהיא ביחס לזהות המגורשים, מחזקות את הסברה כי הגירוש היה המוני, לא רק במהותו אלא גם לפי כוונת שלטונות הביטחון. מובן כי מספר המגורשים, בלא כל השוואה לגירושים בעבר, מעלה גם הוא ספק של ממש לגבי נכונות קביעת בג"ץ. בג"ץ קבע כי העותרים לא שכנעו כי אכן הגירושים לא היו אישיים. מסקנתו, לגישתנו, איננה משכנעת.

ניכר כי באווירת המשבר הקשה, בצל הרציחות, ובהמשך למדיניות הפסיביות השיפוטית של בג"ץ בשטחים, נטו שופטי בית המשפט לפסוק בהתאם לעמדת רשויות הביטחון. באופן פורמאלי נראה ברור שבג"ץ הכיר בשפיטות הנושא שנדון בפניו, והחליט להחליט בו. עם זאת, אפשר לומר כי למעשה קבע בג"ץ שהשיקול הביטחוני איננו שפיט, ואינו מתאים להכרעה שיפוטית. בפסק הדין אין קביעה שלפיה נוצרו אכן נסיבות ביטחוניות שהצדיקו את אי מתן זכות השימוע, שבה נדון להלן. משנדרתה טענת העותרים בדבר אופיו של הגירוש כהמוני, הוכרו הגירושים עצמם כתקפים מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (תקנות 112,108), וממילא שאלת ביטול הגירושים הפכה למופשטת בלבד, וזאת עוד קודם להכרעה בסוגיית השימוע.

זכות השימוע בטרם פגיעה באדם או ברכושו מהווה במשפט המינהלי של מדינת ישראל זכות יסוד בסיסית. בדיונו בנושא זה ניסה בג"ץ להלך על-פני גשר צר. לא היו חולקים בפני בג"ץ כי מן המגורשים נשללה זכות השימוע. שופטי בג"ץ הכירו בעובדה כי גם בנוגע לגירוש פלשתינאים מן השטחים זכות השימוע הינה: "כלל מושרש ואמצעי חיוני לשם בדיקה מוקדמת של הצדקה למתן צו גירוש".⁸ מסקנה אפשרית אחת מהפרת זכות יסוד זו הייתה ביטול הגירושים. אך משקבע בג"ץ כי הגירושים תקפים, בהיותם אינדיווידואליים, בחר במסקנה השנייה שלפיה ניתן לרפא את פגם היעדר זכות השימוע מלכתחילה, לפני הגירוש, במתן זכות השימוע בדעיכה, לאחר הגירוש. עם זאת בג"ץ פסל את הצו הכללי בדבר גירוש זמני (הוראת שעה). הצו האמור הוכרז כבטל בגין העובדה שפגע בזכות השימוע המוקדם "באופן סוחף וכוללני". בג"ץ קבע כי: "תחיקת ביטחון אינה יכולה להביא לשינוי של נורמות כלליות ומושרשות של המשפט המינהלי, אשר אותן רואה משפטנו כעקרונות של הצדק הטיבעי."⁹

ניתן לפרש את החלטת בג"ץ כפשרה בין העיקרון המהותי לבין התוצאה בשטח. בג"ץ שמר על כלל היסוד של חובת מתן השימוע המוקדם בכך שפסק כי צו כללי, המבטל זכות זו לשם ביצוע גירוש זמני, איננו תקף. לאור זאת נקבע כי למגורשים תינתן הזכות להופיע אישית בפני ועדות שבכוחן להמליץ בפני המפקדים הצבאיים על ביטול הגירוש, או על קיצור תקופת הגירוש. התוצאה הממשית לעומת זאת לא

8 עתירת המגורשים, שם, עמ' 18 לנוסח המודפס.

9 עתירת המגורשים, שם, עמ' 29 לנוסח המודפס.

השתנתה, הואיל ופסק הדין לא העניק למגורשים סעד של החזרתם למקומות מגוריהם בשל הפגם שנפל בהחלטת הרשויות, שמנע את זכות השימוע באופן סוחף וכוללני.¹⁰ בכך המשיך בג"ץ את המסורת הפסיכית והמרוסנת מאוד של פסיקותיו ביחס לפעולות רשויות הביטחון בשטחים.¹¹

על החלטת בג"ץ בעתירת המגורשים נמתחה ביקורת חריפה מעט ממשפטנים מוכרים.¹² המשפטן משה נגבי כתב כי שופטי בג"ץ נתפטו בפסיקתם לאותה תהום מסוכנת שבין הרטוריקה לפרקטיקה: במישור הרטורי הם רומזו וקילסו את זכות הטיעון המוקדם. אך מה ערכה של הרטוריקה הזו, כאשר במישור הפרקטי הם אינם מבטלים גידוש שנעשה תוך רמיסת זכות זו?¹³

פסק הדין איננו מגלה – ובכך יסוד מובהק לבעייתיות הכרוכה בו – אם לדעת השופטים התקיימו אותן נסיבות חריגות ומיוחדות שיש בהן כדי להצדיק מניעת שימוע מראש. השופטים קובעים שלא ראו צורך לנקוט עמדה בשאלה אם חריג לזכות השימוע התקיים בנסיבות שנידונו לפנייהם, שכן מקובל עליהם, לאור פסיקה קודמת, כי אם לא היה שימוע מוקדם יש לקיים שימוע מאוחר.¹⁴ השקפה זו שלפיה על כל מניעת שימוע מוקדם יכסה שימוע מאוחר מונעת מפסק הדין להצדיק את עצמו בקיום נסיבות חריגות לסטייה מאמות יסוד של הגינות מנהלית.¹⁵

ייאמר גם כי פסילת "צו השעה" הכללי מעלה תמיהות רבות. ראשית, בית המשפט קבע כי שלילת זכות השימוע היתה כוללת וגורפת, אך בעת וכעונה אחת סירב להכיר

10 ראה א' רוזן-צבי "החלטה מתרייבת המציאות", חרשות, 29.1.93, עמ' 5.

11 לעיל הערה 6.

12 ראה: מ' קרמניצר "בכל זאת, יש שופטים בירושלים" ידיעות אחרונות 31.1.93, עמ' 19. אחת מן הביקורות הבולטות נאמרה על ידי מי שהיה מ"מ נשיא בית המשפט העליון, השופט חיים כהן, שקבע כי בג"ץ צריך היה להכריז על בטלות צווי הגירוש, שלדעתו הוצאו שלא כחוק. ראה: ראיון שערך רב גולדשטיין עם השופט חיים כהן, העולם הזה 30.6.93, עמ' 11, 23.

13 ראה: מ' נגבי "אובדן ההרתעה המשפטית" מעריב 25.2.93, עמ' 9. לניתוח משפטי ביקורתי של פסק הדין בעתירת המגורשים, ראה: א' בנבנשתי "נגרש ונשמע" משפט וממשל א (תשנ"ג) 441. להצקת החלטת בג"ץ, ראה: מ' קשת "החליף את הגלימות" הארץ 1.7.93, עמ' 4.

14 ראה: בג"ץ 320/80 קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד לה (3) 113; וכך ראה עתירת המגורשים, שם עמ' 28 לנוסח המודפס.

15 לדיעה שונה מזו שלנו לפרשנות פסק הדין, ראה מאמרו של סגן הפרקליט הצבאי הראשי:

Col. D. Yahav "Legal Aspects of the Deportations of Members of the Hameas" International Association of Jewish Lawyers and Jurists-Newsletter, No. 8 (1993), p. 6.

לוחיכוה על פסק הדין בעתירת המגורשים בהיבט הבין-לאומי, ראה ח' כהן, לעיל הערה 2.

השווה: בג"ץ 17/71 מראר נ' שר הבטחון, פ"ד כה (1) 141. השופט (בדימוס) חיים כהן השיב למבקרו שטענו כי ביקורתו על "עתירת המגורשים" מנוגדת לפסיקתו שניתנה לפני למעלה מעשרים שנה בענין מראר האמור. השופט כהן השיב למבקרו במילים אלה: "העותר שגורש לפני עשרים ושתיים שנים היה אזרח ירדן, ולפי המשפט הבינלאומי וחוקיה של ירדן עצמה, היא הייתה חייבת לקבלו לשטחה. במקרה ההוא – שלא כמבקרה שלפנינו – אמנם עמדו שלטונות הביטחון בחזקתם שאמרת, שלא יגרשו אדם לארץ "גזירה" – למדינה שאינה מוכנה ואינה חייבת לקלוט אותו. מסתבר שלעיקרם של דברים לא שיניתי דעתי כלל". ראה ח' כהן "לא החלפתי גלימות" מכתבים למערכת הארץ 5.7.93, עמ' 8.

לוחיכוה הציבורי סביב ביקורתו של מ"מ נשיא בית המשפט העליון לשעבר, חיים כהן, על פסיקת בג"ץ בעניין "עתירת המגורשים", ראה: תום שגב "מאיר שמגר נגד הפרופסורים" הארץ 25.6.93, עמ' 7. המאמר מתייחס, בין היתר, לכך שנשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר, שעמד בראש ההרכב ב"עתירת המגורשים", ראה סתירה בין פסיקת חיים כהן בעניין מראר לבין ביקורתו על פסיקת בג"ץ ב"עתירת המגורשים".

בעובדה כי הגירוש העומד ביסוד הדברים הינו המוני אף הוא. שנית, בג"ץ פסל אמנם את הצו הכללי, אך לא לפני שקבע כי הגירושים עצמם תקפים, שכן נבעו ביסודם לא מצו השעה אלא מתקנה 112 לתקנות ההגנה. בכך הצדיק בג"ץ, באופן פורמאלי, את ההבחנה שעשה בין שלילה גורפת של זכות שימוע לבין אופי הגירושים. הבחנה כזו, ספק רב אם עומדת היא במבחן האירועים. הכיצד ניתן ליישב מעשית בין שאיפת רשויות הביטחון למנוע באופן גורף את זכות השימוע לבין אופי הגירוש, אלא אם כן תאמר כי הגירוש היה עצמו המוני, וממילא הייתה כזו גם שלילת זכות השימוע?

ד. פסק-הדין ושאלת הביקורת השיפוטית על שיקולי ביטחון

לפסיקת בג"ץ עלולה להיות השלכה קשה בעתיד. בג"ץ לא שלל בפסק הדין אפשרות למניעת זכות טיעון מוקדם בקיומן של נסיבות, שהן "כורה המציאות" המצריכות "פעולה מיידית". במצבה של מדינת ישראל יכולות רשויות הביטחון לטעון חדשות לבקרים כי נסיבות שעת חירום מצדיקות את פעולתן המהירה, וממילא דינה של זכות הטיעון המוקדם להתבטל. בית המשפט, אמנם, נמנע מלקבוע כי בנסיבות שנוצרו ערב הגירוש הייתה סיבה לשלול את זכות הטיעון המוקדם, אך באותה נשימה קבע כי פגם זה ניתן לתיקון אף בלא ביטולם של הגירושים. לכך עלולות להיות השלכות חמורות. פסיקת בג"ץ מתירה גירוש מספר גדול של אנשים, ללא מתן זכות שימוע מוקדם, והכל בטענה של הכרח השעה. זאת ועוד. כיוון שבג"ץ עצמו הבהיר כי זכות השימוע היא זכות בסיסית במשפט המנהלי בישראל, יוצא כי בעקבות החלטתו עלולה זכות יסוד כאמור להישלל גם מאזרחים ישראלים, ובלבד שתוקנה בדיעבד, תהיה תועלתה החלקית של זכות שימוע רטרואקטיבית זו, אשר תהיה.

החלטת בית המשפט העליון בנושא המגורשים הינה ביטוי לעובדה כי בג"ץ נמנע מלהתערב במדיניות הממשלה ביחס לשטחים, וכי גדולה מאד השפעתם של "שיקולי ביטחון" על החלטותיו. נוכח האווירה הציבורית, שהצדיקה את הגירושים מזה, והאווירה הבין-לאומית, שפסלה את הגירושים, לרבות לחץ כבד של הממסד הפוליטי בארה"ב מזה, בחר בג"ץ שלא להתערב מחוץ למסגרת הקונסנזוס הציבורי. מן המפורסמות הוא כי דעת קהל נוטה לתמוך בממסד הפוליטי בתקופות של משברי ביטחון, ובישראל בולט הדבר במיוחד.

בקרוב שופטי בג"ץ רווחת, ככל הנראה, הדעה כי ראוי לבית המשפט להצטרף לקונסנזוס החברתי-פוליטי מאשר להתיימר לשנות אותו. כפי שמראה מחקרנו¹⁶ חלק ניכר מהציבור, המוכן למעורבות בג"ץ בנושאים רבים, מתנגד להתערבות בג"ץ בהחלטות רשויות הביטחון בדבר גירושים, אם פעולת הרשויות מנומקת בטעמי ביטחון האמורים להצדיק את החלטתן. מובן כי תפיסה כזו של בג"ץ, שלפיה נוטה הוא לאמץ מגמות ציבוריות רווחות, בעייתית מאד, שכן היא כובלת את אפשרויות בית המשפט לשנות מהלכים ציבוריים ולהתוות אופציות חברתיות מקוריות. גישה זו

16 ראה: ג' ברזילי, א' יער, ז' סגל "משפט וחברה": בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד), (נספח א).

מושפעת גם מן החשש של בית המשפט מפני האפשרות כי הרשות המבצעת תביא לחקיקה בכנסת שתצמצם את כושר התימרון השיפוטי של בית המשפט העליון. ביטוי לגישה המעדיפה, במקרים מסוימים, ריסון שיפוטי על פני אקטיביזם ניתן למצוא גם בדברי השופט אהרן ברק לפיהם:

... "בית המשפט צריך להתחשב בקונסנזוס החברתי... על השופט לשאוף לאותו הפיתרון העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית או, לפחות, אינו סותר אותה. לדעתי רצוי ששופט יימנע מבחירת אופציה העומדת בניגוד חריף להסכמה החברתית. הטעם לגישה זו נעוץ בשיקולים הדמוקרטיים, בשיקולי הפרדת הרשויות ובצורך להבטיח את אמון הציבור".¹⁷

נראה שהשפעת דברים אלה בלטה במקרה שלפנינו. החלטת בג"ץ היא למעשה "פס"ד שותק". בג"ץ לא הביע את דעתו באשר לשאלה אם אכן מוצדק היה למנוע את זכות הטיעון המוקדם. כך עוצבו התנאים המשפטיים-פוליטיים לשימוש נרחב של השלטונות ב"טעמי ביטחון", שימוש מסוכן העלול לפגוע ניכרות בזכויות הפרט, ושלא בהכרח יהיה בעתיד מצומצם לתחומי השטחים. בג"ץ נמנע מלחוות דעתו בשאלה אם אכן התגבשו כנגד המגורשים ראיות ברורות וחד-משמעיות, שרק בהן היה כדי להצדיק, לפי הפסיקה, גירוש. בג"ץ פסל את צו הגירוש הזמני הכללי בגין פגיעתו הטוטאלית בזכות השימוע, אך נמנע מלהתייחס לשאלה אם הבסיס הביטחוני להוצאת הצו אכן התקיים. הצו בדבר הגירוש מתחיל בקביעת מפקד כוחות צה"ל שלפיה, "טעמי ביטחון החלטיים" מחייבים את הוצאת הצו. בג"ץ גמנע מלהתמודד עם השאלה המכרעת אם, אכן, היה בטעמי הביטחון טעם מספיק לפגיעה בעיקר מעיקרי הצדק הטבעי, והוא זכות הטיעון. למרות חומרת האירוע של גירוש בקנה מידה מאסיבי, נוכח נסיונות הממשלה והצבא לעקוף את סמכות בג"ץ ולבצע את הגירוש במהירות וללא התערבות שיפוטית, לא ראה בג"ץ בדיון המשפטי המכריע הזה סיבה לשנות את מדיניותו השיפוטית העקרונית, שאינה ממהרת להתערב בפעולות רשויות הביטחון בשטחים. גם ביקורת על פעולת הרשויות אפילו תוך אישור המעשה, איננה קיימת בפסק הדין, והדבר אומר דרשני.

פסיקת בג"ץ בנושא המגורשים העלתה וחיידשה את הוויכוח לגבי תועלת החלטה של סמכות השיפוט שלו בשטחים, מלכתחילה. המתנגדים חזרו וקבעו כי בג"ץ אינו מרסן את פעולות הממשלה בשטחים, אלא למעשה גותן להם לגיטימציה. מוטב, יש הטוענים, כי בג"ץ יסיר מן הממשלה את האפשרות לבצע מעשים בלתי חוקיים, מצד אחד, ולהתהדר בשמירת שלטון החוק, מן הצד האחר. כך נכתב כי:

"טוב יעשה אפוא בית המשפט הגבוה לצדק אם בעתירה הקרובה של מי מתושבי השטחים הכבושים יקבל החלטה עקרונית חרשה לאמור, שאין לבג"ץ סמכות להתערב במעשיו ומחדליו של כוח כובש, ויניח לבתי המשפט הצבאיים ולועדות הערר שלהם את המלאכה, שממילא אינו רוצה ואינו יכול לבצע. ייתכן שלטווח הקצר יוגיש הממשל חופשי יותר במעשיו, אך זוהי בדיוק מהות הכיבוש, ואין בג"ץ צריך להיות שותף לייפוי פניו בקוסמטיקה המשפטית".¹⁸

17 א' ברק "בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל" ספר כהן (תשמ"ט) 287, 295-296.
18 ב' קימרינג "על בג"ץ לסגת מן השטחים הכבושים", הארץ, 29.1.93, עמ' ב3. הכותב מפנה במאמרו למחקרו של רוני שמיר המלמד על מיעוט התערבות בג"ץ במעשי רשויות הביטחון בשטחים

התומכים בהחלת סמכות בג"ץ בשטחים יכולים מצדם להעלות טענות אחרות, לאורה של פרשת המגורשים. בג"ץ לא מנע אמנם את הגירוש, אך זאת רק על פי קביעת שופטיו שאין להשאיר בתוקפו את צו הכיניים שהוצא בראשונה. הציות לצו הכיניים וביצוע הגירוש רק משכוטל צו הכיניים, מלמדים על נכונות הממשלה והצבא לציית להחלטות בג"ץ. משהוגשו העתירות הביא הדבר לדיון פומבי, קבל עם ועולם, בנושא. אפילו נדחתה העתירה, ברור לממשלה כי באופן מסויים הצטמצם מרחב פעולתה לגרש בלא שימוע מוקדם. ייתכן כי בג"ץ יעמוד עתה באופן דווקני יותר מבעבר על שלילת זכות שימוע כאמור רק כנסיבות חמורות ביותר. כך נכתבו דברים שיש בהם כוח שכנוע רב, לפיהם:

"נכון שרוב ההישגים לא הושגו על דרך של קבלת העתירות על-ידי בג"ץ... נכון שבפסיקתו לא מנע בג"ץ גירושים, ולא קבע שהענישה הקולקטיבית על-ידי הריסת ביתו של החשוד היא בלתי חוקית. הוא יכול היה לקבוע שאמנת זינוה הרביעית חלה ומחייבת בשטחים. הוא יכול היה לפרש את האמנה באופן המקובל בעולם, ובכך למנוע דעות אלה ואחרות של הכיבוש. הוא לא עשה זאת. הוא לא מנע כלל משלטון הכיבוש להיות שלטון כיבוש, מדכא באופיו. אך מאידך גיסא, בעצם קיומו, בפיקוח הבלתי ישיר, באימת ה"דחליל" שהוא מטיל... צימצם בג"ץ ומוסיף לצמצם, ולו במעט, את העוול ואת הסבל, את ההתעמרות ואת ההשפלה. הוא ריסן ומוסיף לרסן את הנטייה לשרירות טוטלית ואת אי החוקיות הבוטה".¹⁹

מגמה מסוימת בפסיקת בג"ץ שלא להימנע מהפעלת כוחו השיפוטי כנגד פעולות צה"ל בשטחים, ניתן לראות בהחלטה שניתנה כשלושה שבועות לאחר הפסיקה בעתירת המגורשים. באותו עניין²⁰ התערב בג"ץ בהחלטת מפקד כוחות צה"ל בדבר הריסת בית בשטחים, משקבע כי לא התקיימה יחסיות ראויה בין התנהגותו הרצחנית של מי שהתגורר באותו בית לבין הסבל שייגרם למשפחת אחיו שהתגוררה עמו. קשה לדעת אם יש בפסק דין יחיד זה משום סנונית המבשרת אביב של ביקורת שיפוטית על המימשל הצבאי בשטחים. כל שניתן הוא לקוות שאכן תורחב הביקורת השיפוטית על פעולות צה"ל בשטחים, דווקא לאור האופי הדראסטי של הסמכויות המופעלות שם כלפי זכויות הפרט.²¹

הרהור מחודש בהשלכות הפסיקה ב"עתירת המגורשים", על-ידי שופטי בג"ץ עצמם, יכול להמריץ להתערבות שיפוטית במקום שהקשר מתבקש מכיבוד עקרונות יסוד של זכויות אדם.

בשנות השבעים והשמונים. השווה: ר' שמיר, תפקידו הפוליטי של בית המשפט הגבוה לצדק (ת"א: אוניברסיטת תל-אביב, עבודה MA, 1989).
19 ראה: תמר פלג-שריק "לא מאהבת בג"ץ" הארץ, 2.2.93, עמ' ב4. הכותבת היא עו"ד של האגודה לזכויות האזרח בישראל, העובדת בשטחים.
20 בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון (טרם פורסם, ניתן כיום 15.2.1993; הרכב השופטים: א' ברק, י' מליץ, א' מצא).
21 ראה לניתוח פסק הדין: ז' סגל "סמכות ביטחוניית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית" משפט וממשל א (תשנ"ג) 477.