



דף הבית על המכון התכנית החינוכית מרכז גוטמן לסקרים כינוסים ואירועים הוצאה לאור מחקרים ותכניות דף הביתה > וצמאמה רלי אהומר כ-ון ד)פה רחאדששית בהרחבה (> א)-) הלגיטמיות של הריסת בתי מחבלים - הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאם אבו דהים נגד אלוף

מאמרי המכון (החדשות בהרחבה)

מאמרים בנושא

- מאמרי פרסום וכל מה שמעניין אתכם בדמוקרטיה
- שם
- דואר אלקטרוני
- הצטרפות
- למהדורה האחרונה <
- לארכיון של Newsletter <
- הערת חקיקה - הצעה לתיקון חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)
- הערת חקיקה - חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים
- אחריות המדינה בנזיקין בגין פעולות למניעת טרור
- שולחן עגול: מדינה וטרור
- שולחן עגול: דמוקרטיה במצבי חירום
- עוד מאמרים >>>

Newsletter

מאמרי פרסום וכל מה שמעניין אתכם בדמוקרטיה

שם

דואר אלקטרוני

הצטרפות

למהדורה האחרונה <

לארכיון של Newsletter <

- הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאם אבו דהים

דעכון אחרון: 12/08/2009

קטגוריה: מאמרי המכון (החדשות בהרחבה)

בתחילת ינואר אישר הרכב של בג"ץ למדינה לשנות את מדיניותה בארבע השנים האחרונות ולפיה אין הורסים בתי מחבלים, ובכך אפשר לאטום שתיים מתוך ארבע הקומות שבהן התגוררו בני משפחתו של המחבל שביצע את הפיגוע בשיבת 'מרכז הרב' בירושלים. ברשימה זו נבחן את הלגיטימיות - או יותר נכון חוסר הלגיטימיות - של הריסת בתי מחבלים, מתוך שימוש בפסק דין אבו דהים כנקודת מוצא.

אופי האמצעי של הריסת בתים
מבחן המידתיות
סיכום
עוד בנושא

בתחילת ינואר פרסם הרכב של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ את פסק דינו בעניין הישאם אבו דהים נגד אלוף פיקוד העורף (להלן: פסק דין אבו דהים). בפסק הדין אישר בית המשפט למדינה לשנות את מדיניותה בארבע השנים האחרונות ולפיה אין הורסים בתי מחבלים, ובכך אפשר לאטום שתיים מתוך ארבע הקומות שבהן התגוררו בני משפחתו של המחבל שביצע את הפיגוע בשיבת 'מרכז הרב' בירושלים. ברשימה זו נבחן את הלגיטימיות - או יותר נכון חוסר הלגיטימיות - של הריסת בתי מחבלים, מתוך שימוש בפסק דין אבו דהים כנקודת מוצא. במסגרת זו אטען שתי טענות. ראשית - הריסת בתי מחבלים היא אמצעי אכזרי ובלתי אנושי שפוגע פגיעה מכוננת בבלתי מעורבים, ולכן זהו אמצעי שאינו לגיטימי ללא שום קשר ליעילותו בהרתעת מחבלים פוטנציאליים. שנית - גם בחינה של אמצעי זה דרך פריזמת היעילות אינה מצדיקה את השימוש בו. ואולם לפני שניגש לטיעונים הכלליים, מעט רקע על הריסת בתים בכלל ועל פרשת אבו דהים בפרט.

הסמכות להריסת בתים בשטחי ישראל ובשטחים הכבושים היא ירושה של המנדט הבריטי בארץ ישראל, והיא נתונה בידי המפקד הצבאי לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. במשך השנים השתנו ממדי השימוש באמצעי זה, ואולם בשנים 2001 עד 2005, שיא תקופת הלחימה בטרור של אינתיפאדת אל-אקצא, עשתה בו מערכת הביטחון שימוש רב יחסית. בתחילת 2005 השתנו פני הדברים. בסוף 2004 ותחילת 2005 בדקה ועדה בראשות האלוף אהוד שני את השימוש בהריסת בתים במסגרת המאבק בטרור, ובתום בדיקתה המליצה להקפיא את השימוש באמצעי זה. הרמטכ"ל דאז, רב אלוף משה יעלון, אימץ את מסקנות הוועדה, למעט מקרים קיצוניים, ומאז נמנעה המדינה מלהפעיל סמכות זו הן בשטחי מדינת ישראל הן ביהודה ושומרון.

מדיניות זו השתנתה בקיץ 2008 בתגובה לגל פיגועים שבוצעו בירושלים. הפיגוע הראשון בגל זה התרחש בשיבת 'מרכז הרב' במרץ 2008, ונרצחו בו שמונה בני אדם. את הפיגוע ביצע תושב שכונת ג'בל מוכר במזרח ירושלים, ולפי גורמי ביטחון, משפחתו של המחבל מזוהה עם תנועת חמאס בשכונה (לא ברור מה פירוש 'משפחתו של המחבל'). סוכת האבלים שהקימה המשפחה הייתה מוקד לפעילות בעייתית (בסוכה הונפו דגלי חמאס וחזבאללה, בקרבת מקום נתלו כרזות שכינו את המחבל שאהיד, ולסוכה 'עלול לרגל' גורמי פח"ע שונים). באוגוסט 2008 הורה אלוף פיקוד העורף, להרוס שתיים מתוך ארבע הקומות של הבית שבו התגורר המחבל יחד עם בני משפחתו. יש לציין שהבית אינו שייך למחבל, אלא לאביו, הישאם אבו דהים, והוא שעתר נגד החלטתו של אלוף הפיקוד. מר אבו דהים הצהיר כי לא ידע על כוונת בנו לבצע פיגוע, וכי לו ידע על כך היה עושה כל שביכולתו לעצור בעדו. יציין כי גם המדינה אינה טוענת כי בני המשפחה ידעו על כוונת המחבל.

הטענה המרכזית שנידונה בפסק הדין הייתה השאלה של שינוי המדיניות - האם ישנה מניעה כלשהי להתחיל להרוס בתים בעקבות הפיגוע שבמשך שנים אחדות ננקטה מדיניות של אי הריסה. עמדת המדינה, שאותה קיבל בסופו של דבר בית המשפט, הייתה כי אף שבמשך כמה שנים נמנעה מערכת הביטחון מהריסת בתים, לא קיימת מניעה משפטית לצוות על הריסת בית אם גורמי הביטחון סבורים שפעולה זו נחוצה, מבין שבכפוף לכללי המידתיות ולקיום ההליך המקובל.

אנו לא נתמקד בשאלה של שינוי המדיניות, אלא בשתי שאלות אחרות שנראות לנו חשובות הרבה יותר. שאלות אלה נידונו בפסק הדין, ואולם בראייתנו בית המשפט לא בחן אותן באופן מעמיק דיו. השאלה הראשונה קשורה באופי האמצעי של הריסת בתים, והשאלה השנייה קשורה במבחן המידתיות של עונש זה.

אופי האמצעי של הריסת בתים

כאן כוחו של העותר, מר אבו דהים, טען בפני בית המשפט כי 'אין זה ראוי ואין זה מוסרי שבני משפחתו של המחבל, שלא סייעו בידו ולא ידעו על תוכניותיו, יישאו בעונו'. את הטענה הזאת פסל בית המשפט באמירה הלוקנית כי 'טענה זו עלתה [...] בעבר ונדחתה', מתוך ציטוט מדבריו של השופט טירקל מפסק דין סעאדה נגד אלוף פיקוד העורף:

למרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עונו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו 'לא-יומְתו אָבוֹת על-בָּנִים וּבָנִים לֹא-יומְתוּ על-אָבוֹת, אִישׁ בְּחֶטְאוֹ יוּמְתוּ' [...]. אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך.

הטענה אכן נדחתה בעבר, ואולם לדחייה זו לא קדם דיון של ממש. בראייתנו, האמצעי של הריסת בתים הוא אמצעי פסול מניה ובזה, ללא כל קשר ליכולתו להרתיע מביצוע פעולות, שכן הריסת ביתה של משפחת מחבל זו תגובה אכזרית ובלתי אנושית, אשר פוגעת פגיעה מכוננת (ולא אגבית) בבלתי מעורבים. ואכן, אמצעי שכזה אינו קיים בשום שיטת משפט דמוקרטית. זאת ועוד, קשה להאמין שמישהו יעלה על דעתו לנקוט אמצעי כזה כלפי מי שנחשב אחד מאתנו, שכן רק תפיסה

מובהקת של 'אחר' יכולה להכניס אמצעי כזה לדמיון האנושי.

הרעיון הפוסל פגיעה מכוננת באנשים בלתי מעורבים הוא אחד מאבני הפינה של שלטון החוק בכל שיטות המשפט המרקומות. את הרעיון אפשר לנסח באופן זה: עיצומים (בין עונשיים ובין אחרים) לא יוטלו על אדם אלא על בסיס אשמתו או מוכנותו האישית (להלן ייקרא ניסוח זה 'עקרונות האחריות האישית'). יש לציין כי עקרון האחריות האישית אוסר הטלת עיצומים שאינם על בסיס אשמה או מסוכנות גם אם עיצומים אלה עשויים בהסתברות גבוהה להרתיע אנשים מביצוע פעולה לאישית. יתרה מזאת, **עקרון האחריות האישית אוסר לפגוע בחפים מפשע דווקא מפני שלפגיעה בהם עשוי להיות נוח הרתעה רב.** הרעיון של אחריות אישית לא בא לעולם מתוך נאיביות או על יסוד של אי-מודעות לכוח המרתיע המובהק שיש לפגיעה בקרובי משפחה. נהפוך הוא. דווקא משום שכוח זה מן המפורסמות הוא, ודווקא על רקע הפיתוי הגדול להשתמש בו, נוצר העיקרון שמטרתו להציב לפנינו מחסום, מחסום שאין לעברו. השימוש בעיצומים כנגד חפים מפשע כמנגנון הרתעה הוא אחד המאפיינים המובהקים של המשטרים האפלים ביותר בתולדות האנושות, ועקרון האחריות האישית מכוון למנוע בדיקת פעולות מן הסוג הזה. העובדה שבית המשפט חרר להתייחס לעקרון האחריות האישית במסגרת מועקה מוסרית, אינה שוללת את אופיו המשפטי המובהק של העיקרון, שיש לו כמובן עיגון גם במסור. בלשון החוק של ימינו מדובר בלא פחות ולא יותר מאשר בלב לבו של כבוד האדם, אותו לב שבלעדיו אי אפשר, ולכן אין לפגוע בו.

בהקשר זה יש לציין כי למרות מגמתה של הפסיקה להציג את הריסת הבתים כאמצעי של הרתעה ולא של ענישה, אין בכך כדי לשכנע. **אופיו המרתיע של אמצעי אינו שולל את מהותו העונשית, ומהותו העונשית מקורה בעובדה שמדובר בהטלה מכוונת של סבל בתגובה להתנהגות עבריינית.** יש להדגיש: הסבל של בני הבית אינו תוצאת לוואי בלתי נמנעת בלבד, אלא הוא חלק חיוני והכרחי של תכלית האמצעי, של כוונת השימוש בו. ללא הסבל הנגרם לבני הבית, אין באמצעי כדי להרתיע. בכך שונה הריסת הבית מהטלת קנס או עונש מאסר שמקרינה תוצאות לוואי בלבד על בני משפחתו של הנידון.

מבחן המידתיות

גם אם אנו עוברים למגרש האיזונים ושואלים אם יש תועלת בשימוש באמצעי של הריסת הבתים במסגרת המאבק בטרור (אף שכאמור אמצעי זה פסול באופן א-פריורי), נראה כי הריסת בתים אינה ראוייה מיעונו שהיא אינה עומדת במבחן המידתיות. גם בהקשר זה נראה כי בית המשפט לא עשה את מלאכתו נאמנה. במקום להיכנס לעובי הקורה בבחינת חוקתיותו של האמצעי, מפסק הדין עולה התחושה כי בית המשפט הזכיר את מבחני המידתיות רק כדי לצאת ידי חובו.

ראשית, בית המשפט קבע כי הזכות הנפגעת של בעלי הבית המיועד להריסה היא זכות הקניין. עמדה זו משתקפת גם בציטוט הנ"ל של השופט טירקל, שממנו עולה כי הזכות לחיים של הנפגעים הפוטנציאליים מפעולות טרור גוברת על הזכות לקניין של בעלי הבית, הגם שלא היו מעורבים בטרור. **ואולם הריסת בית היא הרבה יותר מפגיעה ברכוש.** הקשר של אדם לביתו מורכב הרבה יותר מהקשר שיש לאדם לכספו או לזוג מכנסיים ישנים. זהו קשר רגשי ממדרגה ראשונה, והבית מחזיק למשל את הזיכרונות הקולקטיביים של המשפחה. יתרה מזאת, יש להתחשב בעובדה שהריסת בית מונעת מהאדם את אחד מצרכיו הבסיסיים ביותר – מחסה. דבר זה נכון בעיקר במגזר הערבי, שבו בבית אחד גרה משפחה מורחבת אחת (כמו במקרה של משפחת אבו דהים), ולכן במקרה כזה הריסת בית משמעותה פגיעה עצומה ביכולתה של משפחה לקיים אורח חיים תקין. באותו מינימום קיום הכרחי שהוא חלק מכבוד האדם. אין להתעלם גם מהמשמעות הסמלית של הריסת ביתה של משפחה פלסטינית. הבית הוא הקשר המובהק אל האדמה, והריסתו מאתרת על ניתוק הקשר של הפלסטינים מאדמתם, עונש שאת משמעותו, מבחינתם, יש להבין על רקע פעולות הגירוש שנקטו במלחמת העצמאות. לכן פגיעה בבית איננה רק פגיעה בזכות הקניין, אלא פגיעה משמעותית מאוד גם ובעיקר בזכות לכבוד האדם.

שנית, **בית המשפט לא נכנס לעומקו של מבחן המידתיות בכל הקשור לאמצעי של הריסת בתים.** מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן המידתיות הצר.

מבחן הקשר הרציונלי

המבחן הראשון, מבחן הקשר הרציונלי, בודק אם האמצעי שהרשות מבקשת לנקוט (במקרה זה הריסת בתים) צפוי לקדם את המטרה שאותה היא רוצה להשיג (הרתעת מחבלים). בית המשפט אינו נוסק בשאלה זו, אף שהיא מעולם לא הוכרעה. השופט רובינשטיין לדוגמה אומר בפסק הדין כי 'לפינו תקווה להתרעה להצלת חיי אדם אל מול פגיעה, אם גם נואבת, ברכוש. אף בגדרי מידתיות אין מקום, כפי שכתבה חברתי, להתערבותנו'. במילים אחרות, מצד אחד יש פגיעה ודאית ברכושם ובכבודם של בלתי מעורבים, ומן הצד האחר יש לנו 'תקווה' כי האמצעי אולי יעזור. נראה כי אין זה ראוי שמערכת הביטחון תבסס את החלטותיה על תקוות, ובכל מקרה הרשות השופטת אינה יכולה לאשר אמצעי שהבסיס לנקיטתו הוא תקווה. יתרה מזאת, דו"ח האלוף שני משנת 2005 היה צריך להדליק בבית המשפט נורה אדומה בכל הנוגע ליכולת של הריסת בתים לקדם הרתעה. דו"ח קבע כי אי אפשר להראות בצורה משביעת רצון כי הריסת בתים מרתיעה מחבלים, ובעקבותיה היה על בית המשפט לדרוש מהמדינה בסיס של ממש לסברה בדבר האפקט המרתיע של הריסת בתים. ככל שהאמצעי פוגעני יותר, ככל שהנפגע הוא מי שלא חטא, ככל שההליך המאשר את האמצעי מפוקפק יותר, כך מידת ההוכחה, הביסוס והשכנוע שבית המשפט צריך לדרוש מהמדינה – מידה זו גבוהה יותר. גם העובדה שבאמצעי זה נעשה שימוש תקופה ארוכה (שבצדה היו גם תקופות שבהן לא נעשה בו שימוש) הפוכת את הצורך בהוכחת יעילותו למובהק. יתרה מזאת, נטל ההוכחה צריך להיות על הטוענים בזכות הריסתם של הבתים.

אכן, לא פשוט לספק ראיות שהריסת בתים מקדמת הרתעה, ונראה שמחקר אמפירי מתקף אינו בר השגה. ואולם אין זה אומר שאין דרכים לבדוק שאלה זו, כשם ששאלת יעילותו של עונש המוות אינה חדלה מלהעסיק ממשלים ברחבי העולם, מתוך הכרה במגבלות הטובעות בבדיקות כאלה. ללא בדיקות כאלה, חוות הדעת של גורמי הביטחון אינה אלא השערה שתלויה על בלימה. דרך אחת היא למשל לשאול מחבלים. מערכת הביטחון חוקרת פעילים בארגוני מחבלים שנתפסו לפני שביצעו פיגועים ואחרי כן. מה אומרים הפעילים הללו על המוטיבציות שלהם? האם הריסת בתים משפיעה עליהם? ראוי כי מערכת הביטחון תפעל לאסוף ראיות מן הסוג הזה. אין די באינדיקציות על מקרים יחידים שבהם הייתה להריסת הבתים השפעה מרתיעה, שכן מול מקרים אלה אפשר לשער כי הריסת בתים גם תרמה לצמיחתם של מחבלים נוספים ולגידול התמיכה בהם. רק מי שמעריך – על יסוד תפיסה דגנית – שלפלסטינים אין חוש של צדק, יוכל להתכחש לתחושת העוול שפגיעה בחפים מפשע גורמת ולפוטנציאל ליצירת אלימות שכרוך בה. העובדה שאפשרות זו אינה מזכרת בפסק הדין מלמדת שבית המשפט לא בחן את הדברים ביסודיות הדרושה. **אם המדינה אינה מצליחה לספק ראיות כלשהן שהריסת בתים אכן מקדמת את ההרתעה, אזי יש לקבוע כי אמצעי זה פסול, שכן הוא נכשל במבחן המשנה הראשון של מבחן המידתיות – הקשר הרציונלי בין אמצעי למטרה.**

לכן, כבר במבחן הקשר הרציונלי היה על בית המשפט לקבוע כי אין די ראיות שמוכיחות כי הריסת בתים מקדמת הרתעה, ולכן אין להרוס את ביתה של משפחת אבו דהים. ואולם מפסק הדין עולה כי בית המשפט אינו רואה את עצמו רשאי לחלוק על עמדתם של גורמי הביטחון המוסמכים, אשר קובעים כי בראייתם אמצעי זה מקדם את הרתעת הטרור. **בית המשפט מקדש את תפיסתם של גורמי הביטחון, למרות היותה נטולת ביסוס ולמרות שהיא אינה מתיישבת עם ממצאיה של הוועדה הבודקת.** ראוי לשים לב שגורמי הביטחון אינם רואים בעצמם ערכאה עליונה, ובכל הנוגע לבחינת החוקיות של האמצעים הננקטים הם סומכים את ידם על היעוץ המשפטי ועל בית המשפט. היעוץ המשפטי מצדו נשען מצד אחד על מקצועיותם של גורמי הביטחון, ומצד אחר על בית המשפט כמי שיבחן באופן עצמאי את שאלת החוקיות. והנה, כאשר מגיע העניין לבית המשפט, השופטים קובעים כי אין מקום שהם יחליקו על עמדתה של מערכת הביטחון, כלומר ההנחות בדבר ביקורת שיפוטית של ממש, שהמערכת פועלת לפיהן, הן בגדר אשליה. בסופו של דבר אמצעי שמערכת הביטחון קדמה הוא שמאושר בלי שאף גורם בחן לעומק, ביסודיות ובאופן עצמאי אם מדובר באמצעי חוקי. בכך מושלת המעגל של התנערות מאחריות שמאפיין את

כלל הגורמים המעורבים. תפקידו של בית המשפט העליון לעמוד בפרץ, ולוודא שאמצעי הביטחון נבחנים במידת הזהירות הנדרשת לפני שהם מיושמים.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

במסגרת מבחן המשנה השני של המידתיות, יש לבחון אם יש אמצעים אחרים שמקדמים את המטרה שהרשות מנסה להשיג (הרתעת מחבלים) אבל פגיעתם בפרט פחותה. בית המשפט לא בחן באופן רציני אף אמצעי אחר, אף שבהחלט ייתכן שישנם אמצעים מידתיים יותר – למשל הטלת קנס על המשפחה או הרחקה זמנית של דרי הבית מבתים. הריסת בתים אינה עומדת לכן גם במבחן זה.

מבחן המידתיות במובן הצר


זהו מבחן המשנה השלישי, והוא בוחן אם הנזק שגורם לפרט האמצעי שהרשות המנהלית נוקטת עומד ביחס ראוי לתועלת שהוא יביא; או במילים אחרות, אם הנזק מנקיטת האמצעי עולה על התועלת. הנזק לפרט הוא מעל לכול פגיעה בגרעין הקשה של הכבוד האנושי, שמולה אמנם מתקיימת תוחלת הצלת חיים, אלא שאין היא נשענת על יותר מתקווה. בבחינת המאזן החברתי הכולל יש להביא אפוא בחשבון את הפגיעה הקשה בצדק הכרוכה באמצעי, וכן את הנזק המוסרי הנגרם מצמצום הפער בין המדינה ובין הטרוריסטים, שהרי הפגיעה בחפים מפשע למטרת הפחדה היא המאפיין המובהק של הטרור. במאזן זה קשה לפקפק שהנזק מנקיטת האמצעי עולה על תועלתו.

סיכום

ברשימה זו הועלו שתי טענות. ראשית, בלי קשר לשאלת ההרתעה, ראוי שהמדינה תימנע משימוש באמצעי של הריסת בתי מחבלים מכיוון שזהו אמצעי שפוגע פגיעה מכוונת בבלתי מעורבים. שנית, גם אם בוחנים את שאלת ההרתעה, הריסת בתים אינה אמצעי לגיטימי כיוון שאין הוכחות מספיקות שתועלתו של האמצעי עולה על נזקו, ולכן זהו אמצעי שאיננו מידתי. ראוי היה שבית המשפט ידון בשאלות אלו בפסק הדין בעניין אבו דהים, וראוי היה שיפסוק כי הריסת בתים, ככל שהיא פוגעת בחפים מפשע, אינה חוקית. יש לציין כי במאמר זה לא נבחן המשפט הבינלאומי אשר חל בשטחים המוחזקים, שכן גם בהיבט זה הייתה הריסת הבתים נתקלת בקשיים חמורים – לדעתי בלתי עבירים – בכל הנוגע לחוקיותה.

עוד בנושא

 כנס בינלאומי בנושא המלחמה בטרור והגבלת חופש הביטוי

 דפי המידע (Newsletter) של הפרויקט "טרור ודמוקרטיה" המתפרסמים מדי חודש וסוקרים את ההתפתחויות החשובות בדיון ובפרקטיקה הישראלית בתחום המלחמה בטרור. הגיליון הראשון עוסק בין השאר בהחלטות בית המשפט העליון בנושא מעמדם של לוחמים בלתי חוקיים וחיידוש המדיניות של הריסות בתים.

[לראש הדף](#)

[הדפס](#) [שלח לחבר](#)