

חוות דעת מומחים

חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי

אנו החתומים מטה, פרופ' ארנה בן-נפתלי (שמקום עבודתה בבית הספר למשפטים במסלול האקדמי המכללה למינהל ושהינה חברה במועצה הציבורית של "יש דין" שהיא אחת העותרות), פרופ' גיא הרפז (שמקום עבודתו בפקולטה למשפטים ובמחלקה ליחסים בינלאומיים באוניברסיטה העברית), פרופ' יובל שני (שמקום עבודתו בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית), ופרופ' מרדכי קרמניצר (פרופ' אמריטוס של האוניברסיטה העברית שמקום עבודתו הנוכחי הנו המכון הישראלי לדמוקרטיה ושהינו חבר במועצה הציבורית של "בצלם" שהינה אחת מהעותרות בעתירה זאת), נותנים בזאת חוות דעת באשר לחוקיות מדיניות הריסת/אטימת בתים שמבוצעת על ידי מדינת ישראל בשטחים לצרכי הרתעה, ובתמיכה בעתירה של המוקד להגנת הפרט ואחרים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, במסגרתה היא מוגשת, ככל שהן נופלות בתחום מומחיותנו במשפט הבינלאומי הפומבי ו/או בדיני עונשין, לפי העניין. חוות דעתנו זאת נכתבה על בסיס עיון בעתירת העותרות.

חוות דעתנו זאת ניתנת במקום עדות בבית משפט, ואנו מצהירים כי ידוע לנו היטב שלעניין הוראות הדין הפלילי בדבר עדות שקר בשבועה, דין חוות דעתנו כשהיא חתומה בידנו כדין שבועה בבית משפט.

1. מבוא

חוות דעת זו מתמקדת בשאלת חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים בשטחים המצויים תחת שליטת ישראל מאז מלחמת ששת הימים ("השטחים"), מדיניות המופעלת על ידי מדינת ישראל מתוך מטרה מוצהרת של הרתעה מפני פעילות הבלנית פוטנציאלית (להבדיל מהריסות הנעשות למטרות תכנון ובניה או צורכים צבאיים מבצעיים). חוות הדעת תבחן את חוקיות המדיניות על פי המשפט הבינלאומי הפומבי.

בחוות דעתנו זו אנו מסבירים מדוע מדיניות הריסת הבתים ו/או אטימת בתים לצרכי ההרתעה ("המדיניות") המופעלת על ידי המפקדים הצבאיים של מדינת ישראל בשטחים על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 ("תקנה 119") מהווה לדעתנו הפרה חמורה של התחייבויותיה של ישראל על פי המשפט הבינלאומי הפומבי (לרבות על פי הוראות דיני הכיבוש, כללי המשפט ההומניטרי

הבינלאומי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים). לדעתנו, הפרות אלה עלולות, בנסיבות מסוימות, לעלות כדי פשע מלחמה על פי דיני המשפט הבינלאומי הפלילי, ובהתקיים תנאים מסוימים, הן עלולות להיות כפופות לסמכותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי, על פי אמנת רומא.

כמו כן, אנו בדעה, כי פסיקת בית המשפט העליון של ישראל בשבתו כבית דין גבוה לצדק ("בית המשפט") בתחום של הריסת בתים, המאשרת, באופן עקרוני, את חוקיותה של המדיניות, עומדת בסתירה לפסיקתו של בית המשפט עצמו בעניינים אחרים, משום שהיא אינה בוחנת בקפידה ובצורה משמעותית את האמצעים הננקטים לאור כללי המשפט הבינלאומי.

המסקנה העולה מהניתוח המפורט בחוות דעתנו היא כי על בית המשפט לקבוע כי המדיניות הינה בלתי חוקית ולהורות לרשויות להפסיק לפעול על פיה. התפתחויות משפטיות בינלאומיות שחלו לאחר פסקי הדין הראשונים של בית המשפט אשר אישרו את חוקיותה של המדיניות (בשנות ה-70 וה-80 של המאה הקודמת), לרבות ההכרה ההולכת וגוברת באופי המנהגי של אמנת ג'נבה הרביעית, אימוצה של אמנת רומא והקמתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי, מעניקות משנה תוקף למסקנות אלה.

חוות הדעת מורכבת ממספר פרקים כדלקמן: לאחר פרק המבוא, הפרק השני יפרט את הבסיס העובדתי והמשפטי של המדיניות. הפרק השלישי יעסוק בניתוח אי-חוקיות המדיניות על פי המשפט הבינלאומי, והפרק הרביעי יחתום את חוות הדעת, בקריאה לבית המשפט להכריז על אי-חוקיותה של המדיניות ולהורות על הפסקת החלתה והשימוש בה.

המדיניות היוותה נושא לספרות ענפה אשר רובה ככולה הינה ביקורתית.¹ בחוות דעת זו נתייחס לכתביהם של מספר מלומדים, ביניהם, במיוחד, לכתביהם של סימון,² קרצמר³ ולמאמריו של הרפז,

¹ ראה Larry Backer, 'The Fuhrer Principle of International Law: Individual Responsibility and Collective Punishment' (2002) 21 *Penn State International Law Review* 509; Martin B. Carroll, 'The Israeli Demolition of Palestinian Houses in the Occupied Territories: An Analysis of its Legality in International Law' (1990) 11 *Michigan Journal of International Law* 1195; Shane Darcy, 'Punitive House Demolitions, The Prohibition of Collective Punishment, and the Supreme Court of Israel' (2002) 21 *Penn State International Law Review* 477; Alan Dershowits, 'Symposium on Human Rights' (1971) 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 361, 376-77; Yoram Dinstein, 'The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Demolitions and Sealing off of Houses' (1999) 29 *Israel Yearbook on Human Rights* 285; Brian Farrell, 'Israeli Demolition of Palestinian Houses as a Punitive Measure: Application of International Law to Regulation 119' (2003) 28 *Brookline Journal of International Law* 871; Elad Gil, Yogev Tuval and Inbar Levy, *Exceptional Measures in the Struggle Against Terrorism*, Israel Democracy Institute, 2010; Amos Guiora, 'Transnational Comparative Analysis of Balancing Competing Interests in Counter-Terrorism' (2006) 20 *Temple International and Comparative Law Journal* 363; 'Democracy's Struggle against Terrorism: The Powers of Military Commanders to Decide Upon the Demolition of Houses, the Imposition of Curfews, Blockades, Encirclements and the Declaration of an Area as a Closed Military Area' (2002) 30 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 165; Emanuel Gross, 'Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention In Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?' (2001) 18 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 721; Usamar Halabi, 'Demolition and

Sealing of Houses in the Israeli Occupied Territories: A Critical Legal Analysis' (1991) 5 *Temple International and Comparative Law Journal* 251; Menachem Hofnung and Keren Weinshall-Margel, 'Judicial Rejection as Substantial Relief: The Israeli Supreme Court and the "War on Terror"' in Mary L. Volcansek and John F. Stack Jr (eds), *Courts and Terrorism: Nine National Balance Rights and Security* (Cambridge University Press 2011) 150; Menachem Hofnung and Keren Weinshall-Margel, 'Judicial Setbacks, Material Gains: Terror Litigation at the Israeli High Court of Justice' (2010) 7 *Journal of Empirical Legal Studies* 664; David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel: Judicial Review During Armed Conflict* (2005) 47 *German Yearbook of International Law* 392; John Quigley, 'Punitive Demolition of Houses: A Study in International Rights Protection' (1992-1993) 5 *St. Thomas Law Review* 359; Cheryl Reicin, 'Preventive Detention, Curfews, Demolition of Houses, and Deportations: An Analysis of Measures Employed by Israel in the Administered Territories' (1987) 8 *Cardozo Law Review* 515; Meir Shamgar, 'The Observance of International Law in the Administered Territories' (1971) 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 262; Dan Simon, 'The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories' (1994) 19 *Yale Journal of International Law* 1; Efrat Zilber, 'The Demolition and Sealing of Houses as a Means of Punishment in the Areas of Judea and Samaria During the Intifada up to the Oslo Agreement', MA thesis, Bar Ilan University, Israel, 1997; George P. Fletcher, 'Collective Guilt and Collective Punishment' (2004) 5 *Theoretical Inquiries in Law* 163; Ralph Ruebner, 'Democracy, Judicial Review and the Rule of Law in the Age of Terrorism: The Experience of Israel: A Comparative Perspective' (2003) 31 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 493; Ariel Zemach, 'The Limits of International Criminal Law: House Demolitions in an Occupied Territory' (2004) 20 *Connecticut Journal of International Law* 65; Amichai Cohen, 'Administering the Territories: An Inquiry into the Application of International Humanitarian Law by the IDF in the Occupied Territories' (2005) 38 *Israel Law Review* 24; Baruch Bracha, 'Judicial Review of Security Powers in Israel: a New Policy of the Courts' (1991) 28 *Stanford Journal of International Law* 39; Yoram Dinstein, 'The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights' (1978) 8 *Israel Year Book of Human Right* 104, 128; Jonathan Grebinar, 'Responding To Terrorism: How Must a Democracy Do It? A Comparison of Israeli and American Law' (2003) 31 *Fordham Urban Law Journal* 261.

² סימון, שם

³ קרצמר, לעיל, ה"ש 1.

⁴ Guy Harpaz, 'Being Unfaithful to One's Own Principles: The Israel Supreme Court and House Demolitions in the Occupied Palestinian Territories' (2014) 47/3 *Israel Law Review* 401; Guy Harpaz (forthcoming), 'When Does a Court Systematically Deviate from its Own Principles? The Adjudication by the Israel Supreme Court of House Demolitions in the Occupied Palestinian Territories' *Leiden Journal of International Law*.

2. תשתית עובדתית ומשפטית

בריטניה, בתוקף סמכותה כבעלת המנדט על פלשתינה, חוקקה את תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, מכוח חוק סמכויות ההגנה (שעת חירום), 1945 (חוק אימפריאלי בריטי)⁵. תקנה 119 לדבר חקיקה זה העניקה למפקד הבריטי בפלשתינה סמכות נרחבת שבשיקול דעת להריסת בתים ואטימתם:

(1) מפקד צבאי רשאי להורות בצו שישמטו לטובת ממשלת פלשתינה (א"י) כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה נשק או כל-שהוא שלא כחוק או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון יד או חפץ נפיץ או מבעיר כלשהם שלא כחוק, או כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי, ומשמטו בית או מבנה או קרקע כלשהן כנ"ל רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר שבתוך או על הבית, המבנה או הקרקע. מקום שכל בית, מבנה או קרקע שמטו לפי צו מאת מפקד צבאי כאמור לעיל, רשאי הנציב העליון בכל זמן, בצו, למחול על השמט כולה או מקצתה ואז תקומנה שנית, כדי מידת אותה מחילה, הבעלות על הבית, המבנה או הקרקע וכל טובות-הנאה או זכויות-שימוש, בבית, במבנה או בקרקע או עליהם, לקניין בני-אדם שהיו זכאים להם אילולא ניתן צו השמט וכל שעבודים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לתקפם לטובת בני האדם שהיו זכאים בהם אילולא צו השמט.

הסמכות שהוענקה על פי התקנה הופעלה על ידי המפקד הבריטי בפלשתינה, בין היתר, למטרות הרתעה.⁶

עמדתה המסורתית של מדינת ישראל הינה כי ירדן, אשר כבשה את הגדה המערבית בשנת 1948, ירשה את התקנה מהמנדט הבריטי והחילה אותה בשטחה, לרבות בגדה, באמצעות חוקיה הפנימיים. לאחר מלחמת ששת הימים (יוני 1967) ועם כיבושן של הגדה המערבית ורצועת עזה, הפעילה ישראל את התקנה בשטחים, כחלק מהדין הקודם החל בשטח, וזאת בתוקף סמכותה ככוח הכובש.⁷

בזמנים של רגיעה יחסית, כמעט ולא נעשה שימוש בתקנה, בעוד שבתקופות של הסלמה בפעילות טרור, כמו במהלך האינתיפאדה הראשונה (1987-1991), האינתיפאדה השנייה (2000-2005) ולאחרונה בעקבות ההתפרצויות האלימות בשטחים ובמזרח ירושלים, נעשה שימוש תכוף יותר בפרקטיקה זו על ידי צה"ל. במהלך השנים, נעשה שימוש נרחב יותר באמצעי של אטימת בתים, אמצעי הפיך וממילא פחות חמור, אשר החליף במידה רבה את השימוש באמצעי ההריסה. עם זאת, מכיוון שברוב המקרים צווי הריסת בתים וצווי אטימת בתים מעוררים שאלות משפטיות זהות או דומות מאוד, בחוות דעת זו יעשה שימוש במונח הכללי "הריסת בתים" כמתייחס לשתי הפרקטיקות, אלא אם כן נאמר במפורש אחרת.

⁵ תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, ילקוט הפרסומים של פלשתינה מס. 1442 תוספת II (27 ספטמבר 1945) תקנה 119(2). לניתוח, ראה גרוס, לעיל ה"ש 1, 82—180; קרול, לעיל, ה"ש 1, 1202-05.

⁶ לניתוח, ראה דינשטיין, לעיל ה"ש 1, 287; סימון, לעיל, ה"ש 1, 30.

⁷ לרקע היסטורי ראה צמח, לעיל ה"ש 1, 67.

קשה לקבוע במדויק את מספר הבתים לגביהם הוצאו צוי הריסה מכוח תקנה 119. עם זאת ניתן להניח ברמה גבוהה של בטחון כי לאורך השנים בוצעו למעלה מאלף הריסות.⁸

הריסת בתים, המבוצעת במסגרת הליכים מנהליים בעקבות הוצאת צו מנהלי על ידי המפקד הצבאי של האזור הגאוגרפי הרלבנטי, נחשבת על פי המשפט הישראלי כסנקציה מנהלית.⁹ ניתן להטיל סנקציה זו בנוסף לסנקציה משפטית-פלילית המוטלת על החשודים בביצוע מעשי טרור, אולם, לעתים נעשה שימוש בסנקציה זו בלבד כתחליף להעמדה לדין.¹⁰

תקנה 119 אינה מקנה באופן מפורש לבעלי הבית זכות שימוע לפני ההריסה. יחד עם זאת, הפרקטיקה שהתגבשה בעקבות פסיקתו של בית המשפט, הינה כי, ככלל, הריסה מתבצעת רק לאחר שניתנה לדיירי הבית ו/או לבעליו ההזדמנות להגיש למפקד הצבאי ערר בבקשה כי זה ישקול שנית את החלטתו ולעתור לבית המשפט כנגד צו ההריסה.¹¹

⁸ לעבודות ומספרים בכל הנוגע לשימוש בפרקטיקה זו בשטחים ראה חלבי, לעיל, ה"ש 1; דרסי, לעיל ה"ש 1, 478-480; פארל, לעיל, ה"ש 1, 898-99; צמח, לעיל ה"ש 1, 67-70; הופנונג וויינשל-מרגל, לעיל, ה"ש 1, 674: במהלך השנים 2000-2005 675 מבנים נהרסו. כמו כן ראה נתונים כפי שסופקו על ידי בצלם, מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים הכבושים, http://www.btselem.org/punitive_demolitions/statistics.

⁹ הופנונג וויינשל-מרגל, לעיל, ה"ש 1, 159.

¹⁰ ראה חלבי, לעיל, ה"ש 1, 254 וכן 266-67.

¹¹ בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פסק דין מיום 30 ביולי, 1989, פ"ד מ"ג (2), 1989, 529, סיכום באנגלית Isr. YHR כרך 23, 1993, 294. אולם ראה בג"ץ 6696/02 עאמר נ. מפקד כוחות צ"ל בגדה המערבית, 2002 פ"ד נו(6) 110 ב – <http://elyon1.court.gov.il/files/02/960/066/A03/02066960.a03.pdf> – לגבי החריג לכלל, של אי מתן זכות לשימוע מוקדם בנסיבות בהן מתן הודעה כאמור תסכן את החיילים המבצעים את הצו.

3. מדיניות הריסת בתים היא הפרה של המשפט הבינלאומי

3.1. מבוא

מידת העוצמה והחומרה של הפרת כללי המשפט הבינלאומי על ידי המדינות, כפי שיתואר בפרק זה, הניעו את דינשטיין לתהות בשנת 1999 How could the Supreme Court deny the existence of 'a contradiction which is so glaring and multifaceted'¹² אנו מצטרפים בחוות דעת זאת לתהייתו.

אנו מתייחסים בפרק זה לשלושה טיעונים ספציפיים: (1) המדיניות מהווה הפרה חמורה של התחייבויותיה של ישראל על פי המשפט הבינלאומי הפומבי (לרבות על פי דיני הכיבוש, המשפט ההומניטרי הבינלאומי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים); (2) הפרה זו עלולה להוות, בנסיבות מסוימות, פשע מלחמה, אשר בהתקיים תנאים משפטיים מסוימים, תהיה כפופה לסמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבינלאומי, ו- (3) הביקורת השיפוטית אותה מפעיל בית המשפט על המדינות אינה מתייחסת באופן הולם לשאלת חוקיות המדיניות על פי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי.

3.2. אי חוקיות על פי כללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי (לרבות הכללים החלים על תפיסה לוחמתית)

אנו בדעה כי המדיניות עומדת בסתירה לרוחו וללשונו של המשפט ההומניטרי הבינלאומי ("המשפט ההומניטרי")¹³ לרבות דיני הכיבוש. כמו כן, המדיניות אינה עולה בקנה אחד עם דיני כיבוש, כפי שפורשו על ידי בית המשפט.

הניתוח להלן יוצא מנקודת המוצא, עליה עמד בית המשפט עצמו, לפיה על מדינת ישראל להפעיל את כל הכוחות והסמכויות המסורות לה על פי דין בקשר לשטחים, לרבות תקנה 119, בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי החלות על תפיסה לוחמתית. כפי קבע השופט ברק (כתוארו אז):

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 (בג"ץ 619/78 [3]). סמכויות אלה יש שהן יונקות מהדין אשר שרר באזור בטרם התפיסה הצבאית, ויש שהן יונקות מחקיקה חדשה, שהוחקה על-ידי המפקד הצבאי. במקרה הראשון מפעיל המפקד הצבאי סמכות שלטונית מקומית קיימת. במקרה השני מפעיל המפקד הצבאי סמכות שלטונית חדשה. בשני המקרים גם יחד חייבת הפעלת הסמכות לקיים את כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי.

¹² דינשטיין, לעיל ה"ש 1, 295-96.

¹³ לתמיכה ראה דינשטיין, לעיל, ה"ש 1, 295-96. כמו כן ראה קרול, לעיל ה"ש 1, 1206.

שעניינם תפיסה לוחמתית, ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור... (ההזגשות הוספו: המחברים).¹⁴

כך, יש לקרוא את תקנה 119 בכפוף לחוקים החלים על תפיסה לוחמתית, לרבות, בין היתר, תקנה 43 לתקנות האג הקובעת כי "בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין."¹⁵ על הכובש, איפוא, להסתמך על החוקים הנוהגים במדינה, אלא אם הדבר נבצר ממנו לחלוטין. הוראה של המשפט הבינלאומי החלה בשטח כבוש והעומדת בניגוד להוראת חוק הנוהג במדינה, תחשב, בלי ספק, לנסיבה המונעת מהכובש להסתמך על החוק הנוהג במדינה.¹⁶

בית המשפט עצמו הכיר בכך שתקנה 43 הינה הסעיף המרכזי ביותר בתקנות האג ובהקשר של ההוראות החלות על תפיסה לוחמתית היא נהנת ממעמד מעין-חוקתי: "תקנה 43 הוכרה בפסיקתנו כהוראת מסגרת מעין-חוקתית של דיני התפיסה הלוחמתית, הקובעת מסגרת כללית לאופן הפעלת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח הכבוש."¹⁷ כל הפעלת סמכות על ידי מדינת ישראל בשטחים צריכה להיעשות במסגרת תקנה 43. תקנה 119 אינה יוצאת מכלל זה.

על כן, יש לקרוא את תקנה 119 לאור העקרונות הבסיסיים של דיני הכיבוש, לרבות העקרון על פיו בהפעלת הסמכות על הכובש לשמור על דיני הכיבוש ולהפעיל סמכות זאת בכפוף להם. כן יש לשמור, עד כמה שהדבר אפשרי, על הסטטוס קוו כפי שהיה קיים בשטח במועד בו הוא נכבש, ובכפוף לצורך לאזן בין האינטרסים הביטחוניים של הכובש לבין האינטרסים של האוכלוסיה המקומית. על איזון זה עמד השופט ברק (כתוארו אז) בפסק דין ג'מעית אסקאן:

תקנות האג סובבות סביב שני צירים מרכזיים: אחד - הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר - הבטחת צורכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.... בין שני צירים אלה באות תקנות האג לקבוע איזון מסוים... דיני המלחמה יוצרים בדרך-כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים - צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטריים מאידך גיסא (י. דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב (תשל"ב-ל"ג) 509, 505).

יש לבחון את חוקיות ההסתמכות על תקנה 119 במיוחד לאור ההגנה הרחבה המוענקת על ידי דיני הכיבוש לזכויות הרכושיות של תושבי השטחים, לרבות מכוח תקנה 46 לתקנות האג. הגנה זו מחייבת מתן פרשנות רחבה למגבלות שהוטלו על הכוח הכובש בכל הנוגע לזכויות רכושיות ומתן פרשנות מצמצמת לכל חריג למגבלות אלה. עוצמתן של הזכויות הרכושיות דורשת הצדקה חזקה במיוחד להפרתן

¹⁴ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסקאן אלמעלמון אלמעאווניה אלמחודדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פסק דין מיום 28 בדצמבר 1983, פ"ד לון(3), 1983, 785,795, פסקה 10 סכום באנגלית: Isr. YHR כרך 14, 1984, 301.

¹⁵ ראו בג"ץ 202/81 סאעד מחמוד טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לון(2), 622, 629 (1981).

¹⁶ ראו למשל: Hans-Peter Gasser, 'Protection of the Civilian Population' in *The Handbook of the International Law of Military Operations* (OUP, Terry Gill and Dieter Fleck eds., 2008) 237, 287

¹⁷ בג"ץ 2164/09 יש דין ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, סעיף 8.

של אותן זכויות. פרשנות תכליתית זו הייתה מובילה אותנו, כפי שמפורט להלן, למסקנה כי המדיניות אינה חוקית גם בהעדר הוראות מפורשות בדיני התפיסה הלוחמתית המסדירות את הסמכות לפגוע ברכוש פרטי מטעמים ביטחוניים. מסקנה זו מתבקשת, מבחינת קל וחומר, מעיון באותם הסדרים מפורשים המאפשרים התערבות בזכויות רכושיות אך ורק בנסיבות ביטחוניות מסוימות וצרות במיוחד.

באופן ספציפי, המדיניות מפרה, לדעתנו, את הוראות סעיף 53 של אמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת כי 'Any destruction by the Occupying power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons...is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations'.

קריאה סבירה של החריג הנוגע ל"military operations", לאור המטרות הנזכרות לעיל של דיני הכיבוש, לאור החשיבות המרכזית המוקנית על פיהם להגנה על זכויות רכושיות ולנוכח לשונו של סעיף 53 המתייחס לנסיבות "absolutely necessary", מחייבת פרשנות מצמצמת של החריג.

כך נראה, כי מדיניות של הריסת בתים המכוונת להשגת הרתעה כללית אינה באה בגדרו של הביטוי "אלא אם כן היו פעולות צבאיות נחוצות לחלוטין" שכן היא אינה "נחוצה לחלוטין" ואינה קשורה ישירות ל"פעולות צבאיות".

עמדתנו בנוגע לאי תחולתו של החריג הנוגע ל- "פעולות צבאיות" - "military operations" - בהקשר של הריסת בתים נתמכת בעמדתו של הצלב האדום הבינלאומי על פיה סעיף 53 חל אך ורק על החרבת רכוש או השמדת רכוש המתבצעים לצורכי לחימה: 'תנועות, תמרונים ופעולות אחרות המתבצעות על ידי כוחות מזוינים לשם לחימה'.¹⁸ כך גם דברי ההסבר לפרוטוקולים הנוספים לאמנות ג'נבה מתייחסים לביטוי "military operations" כאל "תנועות, תמרונים ופעולות מכל סוג, המתבצעות על ידי כוחות מזוינים לצורכי לחימה".¹⁹

הריסת בתים מנהלית אינה מבוצעת במסגרת לחימה ולכן לא ניתן להתייחס אליה כאל "פעולה צבאית".

אכן, אף רשויות הביטחון של מדינת ישראל אינן רואות בצווי הריסה אמצעי לוחמתי: צווי הריסה מוגדרים על ידיהן כסנקציה מנהלית. זאת ועוד, הרשויות עצמן מבחינות בין הריסות המבוצעות לצורכי הרתעה כללית (שהינן נשוא חוות דעתנו זו) לבין הריסות המבוצעות במהלך מבצע צבאי כנגד בתים הממוקמים באופן המסכן באופן ממשי את בטחונם של חיילי צה"ל (הריסות שאינן נופלות בגדרה של

¹⁸ דברי הסבר לתוספת לפרוטוקול I משנת 1977 לאמנות ג'נבה 1948, עמוד 67, פסקה 152 (בעריכת ז'אן פיקטט 1987).
¹⁹ הצלב האדום, דברי הסבר לפרוטוקולים הנוספים מה-8 ביוני 1977 לאמנות ג'נבה מה-12 באוגוסט 1949, פסקה 152, עמוד 67.

חוות דעת זו).²⁰ לשון אחר, רשויות הביטחון של מדינת ישראל עצמן מנגידות, הלכה למעשה, את אמצעי ההריסה לצרכים הרתעתיים מאלו הננקטים לצרכים מבצעיים. לפיכך אין מדינת ישראל יכולה לסתור את עצמה ולטעון בפני בית המשפט כי האמצעים ההרתעתיים הינם אמצעים מבצעיים במובנם בסעיף 53 הנזכר לעיל.

מכיוון שכך, איננו סבורים כי ניתן להצדיק את החלת התקנה במסגרת החריג של "military operations".²¹ אמת, נכון הדבר כי בשלב מוקדם של יישום המדיניות, המטרה המוצהרת של המדיניות היתה נחיצותן של הריסות לצרכים צבאיים מבצעיים. כך נאמר למשל על ידי הנשיא שמגר, בזמן כהונתו כפרקליט הצבאי הראשי כי "קיים צורך להרוס את הבסיס הפיזי של פעילות צבאית כאשר אנשים המבצעים פעילות צבאית עוינת נחשפים. הבית ממנו מושלכים רימוני יד הינו בסיס צבאי, שאינו שונה מבונקר במקומות אחרים בעולם."²² עם זאת, רציונל זה נזנח מאוחר יותר וכיום העמדה הרשמית היא כי הריסות מבוצעות לצרכים כלליים של הרתעה ולא למטרות מבצעיות ספציפיות.²³

לא רק שהמדיניות אינה עונה על הדרישה של military operations אלא שהיא אף לא מקיימת את התנאי המצטבר השני "absolutely necessary", כפי שנדרש, כמפורט לעיל, על ידי המשפט הבינלאומי. מדינת ישראל מעולם לא הוכיחה את יעילותה של המדיניות ברף הנדרש, ומכאן, שלא הצליחה להוכיח את נחיצותה של המדיניות על פי המשפט הבינלאומי.

ואכן, מחוץ לחוגים הביטחוניים, קיימת דעה נרחבת לפיה המדיניות אינה מקיימת את הרציונל המוצהר שלה. המחקר המשפטי בתחום יוצר קורפוס משפטי משכנע ביותר המציג ניתוח איכותני וכמותני אשר מפריך את רציונאל ההרתעה.²⁴

כך למשל, אריאל מררי, מלומד בעל שם עולמי אשר הקדיש את מחקריו לפסיכולוגיה של הטרור, הגיע למסקנה כי המדיניות לא רק שאין בה כדי להרתיע פעילות חבלנית אלא שהיא עלולה דווקא לעודד פעילות כזו:

'The little evidence in existence suggests that collective punishment of this kind does not influence the affected population in the desired direction.... In general, collective anti-terrorism measures are likely to have two opposing effects on the population from which the insurgents emerge: on the one hand, they breed fear and, on the other hand, hatred to the

²⁰ לענין הבחנה זו ראה קרצ'מר (2005), לעיל ה"ש 1.

²¹ עמדתנו לענין הפרתו של סעיף 53 נתמכת גם על ידי מספר רב של מלומדים: בייקר, לעיל, ה"ש 1, 44-543; גרוס לעיל, ה"ש 1, 198-201; כהן, לעיל, ה"ש 1, 69; סימון, לעיל, ה"ש 1, 68; דינשטיין, לעיל, ה"ש 1, 128; קרול, לעיל, ה"ש 1, 1209-12; צמח, לעיל, ה"ש 1. ראה גם קרצ'מר (2002), לעיל, ה"ש 1, 147-148.

²² שמגר, לעיל, ה"ש 1, 275-276, כפי שמובא על ידי קוויגלי, לעיל, ה"ש 1, 366.

²³ ראה אריאל מררי 11 *Israel Affairs*, 223, 230 (2005) 'Israel Facing Terrorism'; קרול, לעיל, ה"ש 1, 1207.

²⁴ קרצ'מר, לעיל, ה"ש 1; דינשטיין, לעיל, ה"ש 1; חלבי, לעיל, ה"ש 1; סימון לעיל, ה"ש 1. אולם ראה לעומת השקפות אלה את Reicin, לעיל, ה"ש 1, 547.

government. The actual behaviour of the affected public...depends on whether fear is stronger than anger, or vice-versa...demolition of houses has, probably, in the long run generated hatred more than fear, thus augmenting terrorism, instead of reducing it'.²⁵

מחקרה האמפירי של זילבר מעניק חיזוק ראייתי ניכר לעבודתו של מררי,²⁶ וגם מחקרם של בנמלך, קלור ובר-רבי, המוצא כי האמצעי של הריסת בתים עשוי לייצר הרתעה מסוימת בנסיבות מאוד מסוימות, מסייג את ממצאיו בכך שמדובר רק בתקופה שלאחר ההריסה ובסמיכות אליה, ורק ביחס לביצוע פיגוע התאבדות ולא לפיגועים אחרים.²⁷ עבודות אקדמיות אלה, המטילות ספק ביעילות לטווח ארוך של המדיניות נתמכות, בתורן, במחקרים נרחבים שבוצעו על ידי ארגוני זכויות אדם ישראלים.²⁸ המעצבים יחדיו טענה שיטתית, עקבית ומבוססת היטב כנגד הרציונאל ההרתעתי העומד בבסיס המדיניות.

מספר רב של קצינים בעלי דרגות בכירות בצה"ל הביעו אף הם במהלך השנים שלאחר פרישתם, ספקות ניכרים באשר לאפקט ההרתעה של המדיניות.²⁹

גם אמנון סטרשנוב, הפרקליט הצבאי הראשי לשעבר, הכיר בכך שישראל מעולם לא הציגה ראיות המצביעות על כך שהמדיניות אכן מרתיעה מחבלים.³⁰ אכן, העדר זה הוא שגרם למררי להעלות את ההשערה כי הצבא למעשה מעולם לא ערך מחקר כזה.³¹ עמוס גיורא, גורם משפטי בכיר נוסף, ששירת במשך שנים רבות בפרקליטת הצבאית, הביע אף הוא ספקות ניכרים באשר לאפקטיביות של המדיניות.³²

בעבודה שפורסמה בימים אלה ממש על ידי כהן ומימון, מציגים המחברים דיון ביקורתי נוקב בדבר מחדלה של המדינה להציג ראיות בדבר האפקט ההרתעתי של המדיניות. גם הם מוסיפים וטוענים כי נראה שהמדיניות מייצרת שנאה ומוטיבציה לביצוע פיגועים חבלניים אשר עולים על היתרונות ההרתעתיים שלה.³³

"לא הצלחנו לאתר נתונים שביססו את העמדה לפיה הריסת בתים מקדמת הרתעה, כאשר מן הצד האחר ראינו שאחרים הציגו נתונים המעידים לדידם על העדר הרתעה ואף תוצאה הפוכה של עידוד פעולות

²⁵ Merari, לעיל ה"ש 23, 231 ו-235.

²⁶ מחקר שבוצע על ידי זילבר, לעיל, ה"ש 1, הראה כי מספר הפיגועים שיצאו מתוך קהילות פלסטינאיות בהן נהרסו בתים לא פחת לאחר ביצוע ההריסות.

²⁷ Efraim Benmelech, Esteban F. Klor and Claude Berrebi, 'Counter-Suicide-Terrorism: Evidence from House Demolitions', 16493 NBER Working Paper (2010)

²⁸ ראה, למשל, רונן שניידרמן (תרגום לאנגלית צבי שולמן) "על לא עוול בכפם: הריסת בתים לשם ענישה במהלך אנתיפאדת אל-אקצא" בצלם, נובמבר 2004.

http://www.btselem.org/publications/summaries/200411_punitive_house_demolitions

²⁹ ראה, למשל, תת-אלוף לשעבר בנימין בן-אליעזר, אשר שירת כמפקד הצבאי בגדה המערבית וכמתאם פעולות הממשלה בשטחים ואשר חתם באופן אישי על צווי הריסה. מאוחר יותר כיהן כשר הבטחון. לאחר פרישתו מצה"ל הוא מתח ביקורת על המדיניות הן מבחינה מוסרית והן מבחינת האפקטיביות שלה (ראיון עם בנימין בן אליעזר, תת אלוף בדימוס (קול ישראל, שידור רדיו מה-30 ביולי 1985), כפי שצוטט על ידי סימון, ה"ש 1, 13.

³⁰ אמנון סטרשנוב 'צדק תחת אש: המערכת המשפטית באנתיפאדה' (ידיעות אחרונות 1994) 92.

³¹ Merari, לעיל ה"ש 22, 231.

³² גיורא, לעיל, ה"ש 1, 375-76.

³³ עמיחי כהן וטל מימון "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 31, 5 (2014).

טרור.... לאור זאת, ככל שאין נתונים שמבססים את היעילות של מדיניות מסוימת, קשה מאוד להסתמך על טענות תועלתניות. אלו שדגלו בגישה התועלתנית בהקשר של הריסת הבתים לא הצליחו לשים "על השולחן" את הנתונים שמוכחים את צדקתם. בהעדר נתונים אלו, נראה שהיכוח העקרוני לגבי הגישה הלא-תוצאתנית מול הגישה התועלתנית מאבד מחשיבותו, שהרי הדוגלים בגישה האחרונה לא יכולים לבסס את עמדתם".³⁴

גישה ביקורתית זו צריכה להיבחן בהקשרה האקדמי הרחב יותר, דהיינו, במסגרת המחקרים שהצביעו על כך שנקיטת אמצעים חריפים רחבים ולא ממוקדים כנגד טרור באופן הפוגע במי שאינו מעורב בו, עלולה ליצור, בטווח הרחוק "אפקט בומרנג", משום שאמצעים אלה מלבים שנאה ומעודדים ניסיונות לפעולות פעולות נקם.³⁵ נמצא, איפוא, כי הריסת בתים המבוססת על אי-אבחנה בין המעורבים בפעילות טרור לבין אלו שאינם מעורבים, עלולה לגרום למשקעים חדשים, להוביל לעליה בתמיכה בפעילות חבלנית, להרחבת מעגל המשתתפים בה ולעליה כללית באלימות.³⁶

השלכותיה השליליות במיוחד של המדיניות על זכויות אדם, ביחד עם המחקרים האקדמיים דלעיל, הובילו אפילו את אותם מלומדים שלא גרסו כי המדיניות, ככזאת, איננה חוקית, לדרוש כי בית המשפט יטיל על רשויות הצבא נטל ראיה כבד במיוחד בכל הנוגע לאפקטיביות של צווי ההריסה.³⁷

יפים לעניין זה דבריו של קרמניצר: "מן הראוי היה לבדוק עוד דבר, ובלי הנתון הזה אין לנו מאזן תועלת אמיתי, יש לנו בלוף. אני מציע לבדוק כמה אנשים הלכו אל דרך הטרור כתוצאה מזה שהם היו קורבנות של המעשים האלה או עדים למעשים האלה. כי תועלת אתה לא בודק רק לפי המבחן של מה זה עשה לאדם פלוני, שאולי החליט לא לעשות, אלא אתה גם צריך לראות איזו מוטיבציה זה זורע באנשים אחרים, אילו כוחות לטרור נגרמים מפעילות מהסוג הזה, שהיא לא צודקת ולא אנושית".³⁸

ואולם, בית המשפט בחר להתעלם ממלומדים אלה. הוא סרב לבחון את השאלה האם צווי ההריסה מהווים מכשיר הרתעתי יעיל,³⁹ קרי – האם הם מפחיתים מופעי אלימות או מייצרים אותם ביתר שאת.

³⁴ עמיתו כהן וטל מימרן, נתונים והטיות קוגניטיביות במסגרת קבלת החלטות - מדיניות הריסת בתים כמקרה מבחן, מחקר מדינות, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה (בהכנה).

³⁵ Kevin Siqueira and Todd Sandler, 'Terrorists versus the Government: Strategic Interaction, Support and Sponsorship' (2006) 50/6 *Journal of Conflict Resolution* 878-898, as analyzed by Benmelech, Klor and Berrebi, *ibid.*

³⁶ Benmelech, Klor and Berrebi, *ibid.*, referring to Peter Rosendorff and Todd Sandler, 'Too Much of a Good Thing? The Proactive Response Dilemma' (2004) 48/4 *Journal of Conflict Resolution* 657.

³⁷ לדיון נוסף ראה ברכה, לעיל, ה"ש 1, 91 ו-101. ראה גם איל זמיר וברק מדינה: 'Law, Morality and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law' (2008) 96 *California Law Review* 323: Even moderate deontologists who would consider intentional infliction of harm on innocent people as not absolutely prohibited but as justified, in extreme circumstances, would still require a high threshold to justify such an action.

³⁸ ר' פרוטוקול מספר 342 משיבת ועדה החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר, 2004.

³⁹ ראה, למשל, בג"ץ 2/97 ו-11/97 אבו חלווה נ' מפקד פיקוד העורף (לא פורסם, 11 בנובמבר, 1997), של פרופסור מרטין ואן קרוולד מהמחלקה להיסטוריה של האוניברסיטה העברית, אשר הוגשה לבית המשפט ואשר הצביעה

כתוצאה מכך, בית המשפט קיבל ללא פקפוק את עמדת הצבא בכל הנוגע לאפקט ההרתעתי של הריסת בתים, למרות שהשאלה אם הצבא עצמו בחן נושא זה כראוי מוטלת בספק.⁴⁰ גישה זו הובילה את בית המשפט לדחות בקשות להגשת נתונים סטטיסטיים תומכים⁴¹ או חוות דעת מומחים. במקום זאת, הסתפק בית המשפט בכך שגם ההשערה בדבר אי-יעילות המדיניות לא הוכחה:⁴² "לא נערך ולא יכול להיערך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מפעולות הרתעה... אולם מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסויימת כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי. (ההדגשה הוספה: המחברים).⁴³

בזנחו את הדרישה לראיות סטטיסטיות ו/או חוות דעת מומחים (אשר כפי שנאמר לעיל, אכן קיימות בפועל חוות דעת וראיות סטטיסטיות המצביעות לעתים קרובות על הכיוון ההפוך, דהיינו, על כך שהמדיניות איננה מרתיעה), הסתפק בית המשפט בטענות אנקדוטליות או בהנחות אקסיומטיות התומכות ברציונאל הרתעה, וקבע נטל הוכחה מקל באופן מיוחד ביחס למדיניות.

בתיקי הריסות הבתים יישם בית המשפט מבחן של אפשרות רחוקה. כך למשל, קבע בית המשפט כי יש לאשר הריסה שכן "לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים" (ההדגשה הוספה: המחברים)⁴⁴ ובמקרה אחר אם "המשיב חושב כי דבר זה חיוני הוא, כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גורס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין בטחון מלא, כי אכן אמצעי זה הוא יעיל. אך ... אין לזלזל גם באמצעי זה." (ההדגשות הוספו: המחברים).⁴⁵

על כך שלמרות השימוש הנרחב שנעשה באמצעי של הריסת בתים ברחבי העולם, אמצעי זה הוכח כבלתי יעיל ובמרבית המקרים לא רק שאין הוא גורם לירידה במקרי האלימות, אלא, להיפך, הוא אף גורם לעלייה בהם.⁴⁰ ראה, למשל, בג"ץ 361/82 חמרי נ' המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון 1982 פ"ד לו(3) 439; בג"ץ 179/89 בטש נ' המושל הצבאי של עזה 1989 (לא פורסם, 18 במרץ, 2009). לדוגמאות נוספות מהתקופה האחרונה ראה בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' מפקד פיקוד העורף (15 בפברואר, 2012, טרם פורסם), כבוד השופט מלצר, פסקה 13, 2009 פסקה 4, <http://elyon2.court.gov.il/files/09/960/056/K04/09056960.K04.htm>; בג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הבטחון 2009 פסקה 4, <http://elyon1.court.gov.il/files/09/240/001/o03/09001240/o03.pdf>: "על הולמות המטרה קשה לחלוק. הצורך להרתיע מפגעים-בכוח, שלא אחת נישאים על גל של טרור שהחל במעשהו של יחיד ומאיים לסחוף עמו אחרים, הוא מתחייב. במסקנתם של גורמי הביטחון, כי הרתעה היא נדבך מרכזי במאבק ברעה אכזרית זו, איני רואה מקום להתערב, וקשה להניח כי ימצא מי שיהלוק על עמדה זו." לדוגמה עכשווית, ראה בג"ץ 4597/14 עואודה ואח' נ' המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון, סעיף 20 (סגנית הנשיא השופטת נאור, השופט דנציגר והשופט שוהם שהצטרף בהסכמה, ניתן ביום 1 ביולי, 2014, טרם פורסם), לניתוח גישה זו של בית המשפט ראה קרצ'מר (1993), לעיל, ה"ש 1; סימון, לעיל, ה"ש 1, 27-45. אולם השווה עם דותן, Yoav Dotan, 'Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during the Intifada' (1999) 33 *Law and Society Review* 319, 349: בית המשפט מיתן, במידה מסויימת, את חומרתו של אמצעי ההריסה, על ידי כך שיצר הגנות פרוצדורליות ובהטילו מגבלות מהותיות.

⁴¹ בג"ץ 1005/89 אגא ואח' נ' מפקד כוחות צלל ברצועת עזה 1990 פ"ד מד(1) 536, 538, כפי שנדון על ידי דינשטיין (2000), לעיל, ה"ש 1, 292.

⁴² ראה בג"ץ 2/97 ו-11/97 אבו חלווה, לעיל, ה"ש 39. ראה גם בג"ץ 2209/90 שוואהין נ' מפקד כוחות צלל באזור הגדה המערבית 1990 פ"ד מד(3) 875, 878, כפי שנדון על ידי דינשטיין, לעיל, ה"ש 1, 292.

⁴³ בג"ץ 2006/97 ג'נימת ואח' נ' אלוף פקוד מרכז, 1997 פ"ד מא(2) 654, <http://elyon1.court.gov.il/files/97/060/020/A03/97020060/a03.pdf>, כבוד השופט גולדברג (הדגשה של המחברים)

⁴⁴ בג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות צלל באזור יהודה ושומרון 1997 פ"ד נא(1) 226, 228, <http://elyon1.court.gov.il/files/97/180/024A03/97024180.a03.pdf> כפי שנדון על ידי דינשטיין, לעיל, ה"ש 1, 297.

⁴⁵ ג'נימת לעיל, ה"ש 43, 54-653.

רף הוכחה כל כך נמוך, כמעט חסר משמעות, אינו יכול לעלות בקנה אחד עם אמת המידה של "absolutely necessary", שנקבעה, כמפורט לעיל, על ידי סעיף 53 של אמנת ג'נבה הרביעית. לפיכך, המדיניות עומדת בסתירה עם סעיף זה ועם המשפט הבינלאומי.

בית המשפט התבסס על ההנחה כי הגם שמספר הפיגועים לא פחת – 'סביר להניח' שאם לא היה נעשה שימוש במדיניות, המצב היה חמור הרבה יותר.⁴⁶ עם כל הכבוד, אנו סבורים כי לא ניתן להצדיק הפרות כה יוצאות דופן בחומרתן של זכויות אדם, בהתבסס אך ורק על כך ש'סביר להניח' שהאמצעים הגורמים להפרות אלה יוכיחו את עצמם כאפקטיביים.

אמירות נוספות של בית המשפט העניקו אף הן, באותה מידה, יד כמעט חופשית לרשויות הצבא. כך, באחד מפסקי דינו, בית המשפט פסק כדלקמן:

"...כאן המדובר במחבל הנמנה עם ארגון טרור איסלמי קיצוני... זהו, בעליל, ממד חדש של קנאות מטורפת, שבמסגרת ההכרח להתמודד עמה רשאיות הרשויות המופקדות על הביטחון לנקוט, בין היתר, גם אמצעי הזרמה והריסה כלפי בית מגוריו של מחבל שהתאבד."⁴⁷

הנמקה זו אינה מתייחסת למעשה לשאלות של נחיצות והרתעה. בניגוד לפסקי דין שלו בתחומים דומים אחרים, בית המשפט לא חיפש הוכחה לקיומו של הצורך בנקיטת האמצעי הקונקרטי אלא לצורך הכללי במתן מענה למתקפות טרור מזויעות.

באחד מפסקי הדין שניתנו לאחרונה בקשר לצווי אטימה, בחר בית המשפט להוריד עוד יותר את הרף הנמוך ממילא שבמסגרתו נבחן שיקול דעתן של הרשויות. כבוד השופט נאור פסקה כי "די בכך כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסויימת, כדי שלא תהיה התערבות בשיקול דעתו של המפקד הצבאי".⁴⁸ כבוד השופט רובינשטיין ביסס את רציונל ההרתעה על לא יותר מאשר "תקוה": "די בכך כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסויימת, כדי שלא תהיה התערבות בשיקול דעתו של המפקד הצבאי... סופו של יום, לפנינו תקוה להרתעה להצלת חיי אדם אל מול פגיעה, אם גם כואבת, ברכוש..." (ההדגשות הוספו: המחברים).⁴⁹

עם כל הכבוד, אנו סבורים כי אל לו לבית משפט להצדיק הפרות כה חמורות של זכויות אדם רק על בסיס אותה "תקוה" לאפקטיביות, כפי שבית המשפט עשה, וזאת במיוחד כאשר "תקוה" זאת אינה עומדת ברף הראייתי שנקבע על ידי המשפט הבינלאומי והוא כאמור "absolutely necessary".

⁴⁶ בג"ץ 242/90 אלקסנדר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון 1990 פ"ד מד(1) 614, 616.

⁴⁷ בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (1994) פ"ד מח(5) 338, כפי שנדון על ידי גרוס, לעיל, ה"ש 1, 190-91.

⁴⁸ בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' מפקד פיקוד העורף 2009 (לא פורסם, מאי 1 2009) כבוד השופט נאור, פסקה 8,

<http://elyon1.court.gov.il/files/08/530/0930c05/08093530.c05.pdf>

⁴⁹ שם, כבוד השופט רובינשטיין, פסקאות א' ו-ז'.

עמדתנו לפיה המדיניות לא עונה על מבחן הנחיצות המחמיר מכוחו של המשפט הבינלאומי מקבלת חיזוקים מהמלצותיה של ועדת שני.

נוכח הספקות שהתעוררו בקשר ליעילותה של המדיניות והרציונאל המונח בבסיסה, הוקמה, בשנת 2005, על ידי ראש המטה הכללי של צה"ל דאז, רב-אלוף יעלון, ועדה שהורכבה מקציני צה"ל בכירים לבחינת חוקיותה, מוסריותה ויעילותה של המדיניות ("ועדת שני"). בתום תהליך ארוך ויסודי, מצאה הועדה תימוכין מסוימים לטענה כי המדיניות לא הצליחה להשיג הרתעה, ולפיכך המליצה להשעות את השימוש בה.⁵⁰ כפי שדווח, הועדה קבעה שהמדיניות מתנהלת "על גבול החוקיות" וכי במונחים של הרתעה נראה כי היא גרמה ליותר נזק מתועלת.⁵¹ המלצת הועדה אומצה על ידי ראש הממשלה דאז, שרון.⁵²

כך, בהופיעו בפני ועדת הכנסת, הכיר הפרקליט הצבאי הראשי, מנדלבלויט, ולו בצורה מהוססת, בבסיס הרעוע של המדיניות, כפי שעולה ממסקנות ועדת שני, במונחים של יעילות ומשפט בינלאומי:

"...ועדת האלוף אודי שני, הוועדה הזאת בעצם מצאה שספק רב אם יש אפקטיביות לנושא ההריסה, אבל כשהיא נכנסה לעומקם של דברים, והדברים הוצגו גם בפני הרמטכ"ל, הסתבר שלמעשה היכולת להעריך אפקטיביות קשה מאוד. בצד דוגמאות קונקרטיות, ויש דוגמאות קונקרטיות שבהן הוכחה אפקטיביות לצעד הזה, יש דוגמאות קונקרטיות של משפחות, שמנעו מבניהן לצאת לבצע פעולות התאבדות. השב"כ הביא דוגמאות כאלה. יש כמה עשרות מקרים כאלה. מצד שני, הובאו גם ראיות לכאורה לכך, שהנושא של הריסות הבתים לצורכי הרתעה יצר גם שנה רבה יותר, יצר מוטיבציה גבוהה יותר, יצר קולקטיב של פליטות. יש דברים שעומדים מול זה, ולכן, בנושא הזה, היה קשה להגיע למסקנה חד-משמעית. גם כשניסינו לכמת אותו, היכולת לכמת את ההיבטים הסותרים של נושא האפקטיביות הם לא פשוטים, הם מסובכים. ...אי אפשר היה להגיע לתוצאה חד-משמעית בעניין הזה. זה דבר מאוד-מאוד מסובך. כאן באה למעשה החשיבות של הנימוקים הנוספים...נושאים שקשורים גם למשפט הבינלאומי, הגם שאני אומר שוב...אפשר לבסס טיעון שכן ניתן להצדיק את זה...ומאחר שיש ספק של ממש בנושא האפקטיביות של הריסות הבתים, כשבאים לאזן יש צדדים לכאן ויש צדדים לשם, הדברים הללו הביאו להחלטה, החלטה משמעותית ודרמטית..." (ההדגשה הוספה: המחברים)⁵³

ויודגש, אם לא ניתן להגיע לתוצאה חד-משמעית באשר לאפקט ההרתעה של המדיניות, כפי שקבעה הועדה, אזי שהמדיניות אכן לא מקיימת את התנאי שמציב המשפט הבינלאומי להרס חוקי רכוש פרטי והוא שהרס זה הינו "absolutely necessary" לצרכי הביטחון. ואכן, אנו סבורים כי המלצות הועדה ואימוצן מוסיפים משקל רב למסקנתנו כי המדיניות אינה עומדת במבחני הנחיצות.

גם אם עמדתנו, לפיה המדיניות אינה יכולה ליפול בגדר החריג של "פעולה צבאית" מותרת על פי סעיף 53 של אמנת ג'נבה הרביעית מוטעית, אנו סבורים כי אין בכוחה של המדיניות לקדם אינטרסים

⁵⁰ ראה גיורא, לעיל, ה"ש 1, בעמ' 375-376; G. Myre, 'Israel Halts Decades-Old Practice of Demolishing Militants' Homes'. N.Y. Times (18 Feb. 2005); Hofnung and Weinsall-Margel, supra n.1, 159.

⁵¹ כהן ומימרן, לעיל, ה"ש 33, 10.

⁵² אם כי הוא שמר על הזכות לבדוק מחדש את הצורך בחידוש השימוש במדיניות, במקרה של שינוי קיצוני בנסיבות הבטחוניות, ראה גיורא, לעיל, ה"ש 1; Myre, לעיל, ה"ש 229.

⁵³ ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת, 22 בפברואר, 2005.

ביטחוניים בעוצמה הנדרשת אשר יש בה כדי להצדיק פגיעה בזכויות רכושיות מוגנות, על פי העקרונות הכלליים של דיני הכיבוש. השקפה זו נתמכת בפסיקתו של בית המשפט עצמו. כך למשל, בפרשת מוראר, עסק בית המשפט בשאלת חוקיותו של צו שהוצא על ידי המפקד הצבאי ואשר אסר, מטעמים ביטחוניים, על פלסטינים, בעליהם של אדמה פרטית, להיכנס לאדמותיהם ולעבדן. בפסק דינה, התייחסה השופטת בייניש למסגרת הקונספטואלית המתחשבת באיזון העדין בין צרכים ביטחוניים וזכויות רכושיות, כדלקמן:

"... זכות בסיסית נוספת אשר יש להתחשב בה בענייננו היא, כמובן, זכות הקנין של החקלאים הפלסטינים באדמותיהם. בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקנין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי ... לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקניינם. בענייננו, אין מחלוקת כי מדובר באדמות חקלאיות ובגידולים חקלאיים שלעותרים יש זיקה קניינית אליהם. משנמנעת, אפוא, מן העותרים הגישה לאדמות המהוות את קניינם, וכן נמנעת מהם האפשרות לטפל בגידולים החקלאיים השייכים להם, הרי שבכך מתבצעת פגיעה חמורה בזכותם לקניינם וביכולתם ליהנות ממנו. הנה כי כן, מערכת השיקולים שעל המפקד הצבאי להביא בגדר שיקוליו בנסיבות שלפנינו כוללת מהצד האחד את שיקולי ההגנה על ביטחון התושבים באזור ומהצד האחר את השיקולים שעניינם ההגנה על זכויותיהם של התושבים הפלסטינים. בין שיקולים קוטביים אלה על המפקד הצבאי למצוא את האיזון הנכון. על חובתו של המפקד הצבאי לאזן בין שני קטבים אלה עמד בית משפט זה פעמים רבות... אין ספק, כי במצבים בהם מימוש זכויות אדם יוצר וודאות קרובה להתרחשותו של נזק חמור וכבד לשלום הציבור, וכאשר קיימת הסתברות גבוהה לפגיעה בביטחון האישי, כי אז נסוגות זכויות האדם האחרות מפני הזכות לחיים ולשלמות הגוף (בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, [13] בעמוד 449; הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, [3] בעמוד 465 {76}) (ההדגשות הוספו: המחברים)⁵⁴.

כך, בית המשפט קבע רף גבוה להגנה על זכויותיהם הרכושיות של פלסטינים וסף ראייתי מחמיר אשר יאפשר הטלת מגבלות על מימוש אותן זכויות בשל סיבות ביטחוניות. החשיבות המוענקת בדיני הכיבוש לזכויות הרכושיות האמורות הובילה את בית המשפט לקבוע כי:

".. ההגנה על הבטחון והרכוש של האוכלוסיה המקומית היא אחת מהחובות הבסיסיות המוטלות על המפקד הצבאי בשטחים ובמקרים מתאימים יש להציב כוחות על מנת להגן על רכושם של התושבים הפלסטינים."⁵⁵

גישה זו של בית המשפט תומכת בקריאה מצמצמת של החריג "צורך צבאי" המופיע בדיני הכיבוש בהקשר של הגנה על זכויות רכושיות, כמו גם בקריאה המסרבת להכיר ביכולתו של הכובש להסתמך על החוקים הקיימים, ככל שאלו אינם מתיישבים עם חובות המפקד הצבאי כלפי האוכלוסיה המקומית. כך, על אחת כמה וכמה, יש להחיל את הסטנדרט המחמיר להצדקת פגיעה זמנית ומתונה בזכויות רכושיות שנקבע בפרשת מוראר, על מדיניות הריסת בתים, אשר החלתה גורמת לפגיעה חמורה ביותר ובלתי הפיכה בזכויות רכושיות (כה חמורה עד כדי כך שהיא נחשבת לאמצעי המנהלי הביטחוני הפוגעני ביותר הננקט על ידי המדינה).⁵⁶

⁵⁴ בג"ץ 9593/04 מוראר, ראש מועצת הכפר יאנון ואח' נ' מפקד כוחות צלל ביהודה ושומרון ואח' http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/930/095/n21/04095930.n21.pdf פסקאות 14-16.

⁵⁵ שם, פסקה 18.

⁵⁶ עמיחי כהן וטל מימרן "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 5, 31 (2014).

חוסר ההתאמה שבין המדיניות לבין דיני הכיבוש, כפי שתוארה לעיל, בולט במיוחד בכל אותם עשרות אם לא מאות מקרים, אליהם נתייחס להלן, בהם צווי הריסה מבוצעים כנגד בתים של תושבים מוגנים, שהינם הבעלים או הדיירים של אותם בתים, ואשר, על פי כוחות הביטחון עצמם, לא היו מודעים ולא היו מעורבים בפגועי הטרור הרלבנטיים.

יש להוסיף ולציין שלא ניתן להצדיק את המדיניות בשל כך שהיא תואמת חוק פנימי שהיה קיים בשטחים, וזאת מכיוון שסעיף 64 של אמנת ג'נבה הרביעית מסמיך, ולעתים אף מחייב, את הכוח הכובש, לבטל חוקים קיימים המהווים 'מכשול להחלתה של האמנה'. כך, גם אם תאמר כי תקנה 119 היתה בתוקף ערב כיבוש השטחים, אזי היה על מדינת ישראל, בהתאם לחוקי התפיסה הלוחמתית, לבטל או לפחות לא להחיל את הסמכות שהתקנה מקנה לה באופן שיש בו כדי לפגוע בזכויות הרכושיות המעוגנות באמנת ג'נבה הרביעית. דבריו של דינשטיין בהקשר הספציפי של התקנה והמדיניות, מחזקים את מסקנתנו זו:

'The second Paragraph of Article 64 is couched in language of entitlement ("may"), rather than obligation, when conferring on the Occupying Power the authority to alter the preexisting legislation. However, like all other Contracting Parties of the Geneva Convention, the Occupying Power has unconditionally undertaken (in Article 1) "to respect and to ensure respect" for the Convention "in all circumstances". The implementation of the Geneva Convention is not contingent on compatibility with domestic legislation. On the contrary, Contracting Parties have to enact any enabling domestic legislation required to give effect to the Geneva Convention... If this is true of the Occupying Power's own legislation, it should a fortiori be true of the domestic laws in force in the occupied territory. The Geneva Convention must prevail over any conflicting local legislation in the occupied territory. That means that the laws in force in the occupied territory must be adapted where necessary to the Geneva Convention (and, indeed, to any other binding instrument of international humanitarian law). The distinction between what the Occupying Power may or must do in this field has significant practical repercussions when the Occupying Power is pleased with, and more than willing to strictly apply, some legislation — in force in the occupied territory at the commencement of the occupation — which is inconsistent with international humanitarian law. The leading illustration has been the Israeli reliance on Emergency Regulations, in force in the West Bank and the Gaza Strip on the eve of the occupation (and dating back to the British Mandate), permitting the authorities to destroy private property as a punitive measure, and not merely "where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations" (as required by Article 53 of the Geneva Convention, based on Article 23(g) of the Hague Regulations)... in the opinion of the present writer, the Occupying Power was bound to repeal or suspend these Regulations and certainly it could not legitimately rely on them' (ההדגשות הוספו: המחברים)⁵⁷

בנסיבות העניין, אנו בדעה כי המדיניות מפרה לא רק את הזכות לקניין של תושבי השטחים אלא גם את הוראות תקנה 50 של תקנות האג מ-1907 ואת הוראות סעיף 33 של אמנת ג'נבה הרביעית, האוסרות

⁵⁷ יורם דינשטיין, 'Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peacebuilding', Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, occasional paper series (Fall 2004). חיזוק נוסף למסקנתנו זו נמצא בדברי קרול, המגיע למסקנה כי הטיעון על פיו סעיף 64 מאפשר את החלתה של תקנה 119 למרות קיומם של סעיפים 53 לאמנת ג'נבה הרביעית שנסקרו לעיל, וסעיף 33 של אותה אמנה, שנסקרו להלן, חסר יסוד, שכן טיעון זה 'מתעלם מהוראותיו המפורשות של סעיף 64 הקובע כי אין ליישם את החוק המקומי אם הוא מהווה 'מכשול להחלת האמנה שבנדון', קרול, לעיל, ה"ש 1, 1216.

הטלת ענשים קולקטיביים.⁵⁸ עמדתנו זאת מבוססת על חוות הדעת, המפורטת להלן, כי המדיניות עולה כדי ענישה קולקטיבית.

ואכן, דעתנו הנחרצת הינה שהמדיניות עולה כדי ענישה קולקטיבית, וככזאת היא עומדת בסתירה ישירה ובלתי ניתנת ליישוב למשפט הבינלאומי.

על פי העקרון של אחריות אישית, אדם אחראי לפעולותיו הוא ולא לאלה של אחרים.⁵⁹ מעקרון זה נובע האיסור על הטלת סנקציות כנגד אלה שאינם אחראים לביצוע הפעולה האסורה. העקרון והאיסור הנובע ממנו, אשר את שורשיהם ניתן למצוא בספר הספרים,⁶⁰ שזורים זה בזה, ומעוגנים בימינו במשפט ההומניטרי, בדיני זכויות האדם הבינלאומיים⁶¹ ובדיני הכיבוש.⁶² בהתאם לכך, סנקציות ענשיות צריכות להיות מושגות על אחריות אישית. כמו כן, ענישה מנהלית צריכה להתבסס על סיכון ואחריות אישיים. חריגה מעקרון זה מהווה ענישה קולקטיבית אסורה. עקרון זה מעוגן גם בפסיקתו של בית המשפט,⁶³ אשר אוסר על ענישה קולקטיבית, הן על פי המשפט הבינלאומי⁶⁴ (כמו גם על פי המשפט הישראלי המנהלי והפילי).⁶⁵

בית המשפט חזר והדגיש את תחולתו של עקרון זה על האמצעים השונים הננקטים על ידי רשויות הביטחון השונות בשטחים.⁶⁶

בית המשפט העליון מכיר באיסור על ענישה קולקטיבית ועומד על הדרישה של אחריות וסיכון אישיים. כך למשל, בקשר לתיחום מקום מגורים מכוח סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. בענין עג'ורי דן בית המשפט בשאלת חוקיותו על פי כללי המשפט הבינלאומי (ועל פי המשפט הישראלי), של צו המורה על העברה זמנית כפויה, מהגדה המערבית לרצועת עזה, של בני משפחה של מחבלים אשר היו מעורבים בפעילות החבלנית.⁶⁷ כבוד הנשיא ברק, אשר כתב את פסק הדין על דעת כל תשעת שופטי ההרכב, קבע

⁵⁸ לניתוח, ראה קרול, לעיל, ה"ש 1, 1213-1215.

⁵⁹ סימון, לעיל, ה"ש 1, 53-65.

⁶⁰ ספר דברים, כ"ד:ט"ז

⁶¹ לניתוח, ראה גרוס, לעיל, ה"ש 1, 196; חלבי, לעיל, ה"ש 1, 270; סימון, לעיל, ה"ש 1, 53-56. ראה גם קוויגלי, לעיל, ה"ש 1 לניתוח סעיף 50 של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

⁶² קוויגלי, לעיל, ה"ש 1, 369.

⁶³ ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, 1993 פ"ד מח(1), 62, 67-76, 2006/97 ג'נימת ואח' נ' אלוף פקוד מרכז, 1997 פ"ד מא(2), 654, <http://elyon1.court.gov.il/files/92/470/061/g02/92061470.g02.pdf>; <http://elyon1.court.gov.il/files/97/060/020/A03/97020060/a03.pdf>

⁶⁴ ראה, למשל, בג"ץ 591/88 טאהא נ' שר הבטחון 1991 פ"ד מה(2), 45, 54 כפי שנדון על ידי סימון, לעיל, ה"ש 1, 55.

⁶⁵ לניתוח, ראה סימון, לעיל, ה"ש 1, 56-57.

⁶⁶ ג'נימת, לעיל, ה"ש 43, 654.

⁶⁷ בג"ץ 7015, 7019/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צ"ל 2002 פ"ד נו(6), 352, <http://elyon1.court.gov.il/files/02/190/070/L01/02070190.101.pdf>

כי צווי תיחום יהיו חוקיים רק אם הם משמשים כאמצעי למנוע מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחום מלהמשיך להוות סכנה בטחונות.⁶⁸

כך, המפקד הצבאי רשאי לשקול אך ורק את הצורך "... למנוע סכנה מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחום (ההדגשה הוספה: המחברים).⁶⁹ המפקד הצבאי רשאי להוציא צווי תיחום מגורים אך ורק נגד מי שביצע פעילות חבלנית ואשר, בנוסף, עדיין נשקפת ממנו סכנה לביטחון האזור;⁷⁰ יש להציג ראיות מנהליות ברורות ומשכנעות לפיהן אם לא יינקט האמצעי האמור, קיימת אפשרות סבירה כי "תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור..." (ההדגשה הוספה: המחברים).⁷¹ מכיוון שכך, כל תיחום מגורים של מי שלא לקח חלק בפעילות חבלנית נקבע כבלתי חוקי, גם אם היה בכוחו של תיחום מגורים כאמור להרתיע אחרים ממעורבות בפעילות חבלנית.⁷² בית המשפט אישר כי הרתעה כללית יכולה להתקבל כמטרה משנית ולגיטימית למטרה העיקרית, והיא כאמור טיפול במסוכנות האישית הנשקפת מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחום. לשון אחר, שיקולי הרתעה יכולים להשפיע על ההחלטה בדבר הטלת סנקציה אישית, אולם הם אינם יכולים, לבדם, לבוא במקום הצורך בקיומו של בסיס אישי להטלת הסנקציה.

העקרון העובר כחוט השני בפסקי דין רבים של בית המשפט ביחס לאימוץ אמצעי בטחון בהקשרו של המשפט הבינלאומי הינו עקרון האחריות האישית והמסוכנות האישית הנשקפת מהאדם אשר כנגדו מופעלים האמצעים הביטחוניים, כמו גם האיסור לנקוט באמצעים שמטרתם היחידה או העיקרית היא ליצור הרתעה כללית.⁷³ בית המשפט פסק כי העקרון של אחריות אישית עולה בקנה אחד עם הנורמות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי (כמו גם עם "ערכינו היהודיים והדמוקרטיים").⁷⁴

בעוד שהוצאתו של צו להריסת בית נעשית בעקבות פעילות אינדיבידואלית של חשוד בפעילות חבלנית, האמצעי שונה מסנקציות אישיות אחרות, מנהליות או עונשיות, בכך שהוא מופעל בין אם מבצע העבירה עדיין חי, בין אם לאו. זאת ועוד, אמצעי זה מופעל כנגד בתים בהם מבצע העבירה התגורר, בין אם הוא היה הבעלים שלהם ובין אם לאו, ומבלי שנדרש להוכיח כי אכן נעשה בפועל שימוש בבית למטרות הקשורות לפעילות חבלנית. כתוצאה מכך, נראה כי המטרה העיקרית של השימוש באמצעי זה הינה הרתעה של הקהילה ושל מבצעי עבירה אחרים בעתיד ולא של מבצע העבירה עצמו. מי שמשלם את מחיר השימוש באמצעים אלה שנועדו להרתעה כללית הם בעלי הבתים המיועדים להריסה או בני המשפחה הגרים בהם, גם אם לא חטאו וגם אם לא נשקפת מהם סכנה כלשהי.

⁶⁸ שם, פסקה 24.

⁶⁹ שם (ההדגשה של המחברים).

⁷⁰ שם, פסקה 24.

⁷¹ שם, פסקה 25 (ההדגשה של המחברים).

⁷² שם, פסקה 27.

⁷³ שם, פסקה 23.

⁷⁴ שם, פסקה 24.

יצויין כי בכמה מפסקי דין המוקדמים העוסקים בהריסת בתים, עמד בית המשפט על קיומה של אחריות אישית מצד דיירי הבית בנוסף לאחריותו של מבצע העבירה עצמו.⁷⁵ נראה כי ניסיונותיו אלו של בית המשפט ביטאו את ההכרה בכך כי דיירים אלה, ולא מבצע העבירה עצמו, הם הנענשים בפועל כתוצאה מהריסת הבית. אולם, זמן קצר לאחר מכן, נזח בית המשפט דרישה זו: העובדה כי בעל הבית או דייריו לא ידעו על הפעילות החבלנית של החשוד/המורשה בעבירות ביטחוניות לא נמצאה כגורם שיש בו כדי למנוע את אימוץ צו ההריסה.⁷⁶ אכן, קיימים עשרות פסקי דין, לרבות פסק הדין משנת 2009 בו נידון צו לאטימת בית, בהם אושרו צווי הריסה/איטום, למרות העדר אחריות אישית כלשהי ו/או ידיעה כלשהי מצד בעלי הבית המיועד להריסה ומצד בני המשפחה המתגוררים עם החשוד בטרור.

אנו סבורים כי הטלת סנקציות בנסיבות אלה עולה כדי ענישה קולקטיבית, שכן מרכז הכובד של העלות הנלוות להריסה אינו מושת על כתפיו של מבצע העבירה אלא על כתפיהם של פרטים שלא ביצעו כל עבירה, או למצער, כאלו שעולתם אינה הולמת את חריפותה של הסנקציה החריפה שהוטלה, הלכה למעשה, עליהם.⁷⁷

נכונותו של בית המשפט לקבוע כי צווי ההריסה חוקיים, חרף היותם בעלי מאפיינים של ענישה קולקטיבית, עוררה ביקורת אקדמית נוקבת. מספר רב של מלומדים, ביניהם, דינשטיין,⁷⁸ דרסי,⁷⁹ קרצמר,⁸⁰ קרמניצר והורנל,⁸¹ סימון,⁸² צמח⁸³ וקרול,⁸⁴ ועוד רבים אחרים, הינם בדעה כי בית המשפט נתן בהחלטותיו בנושא המדיניות גושפנקא לענישה קולקטיבית בלתי חוקית. כפי שפורט לעיל, ישנם

⁷⁵ בג"ץ 698/85 דג'לס ואח' נ' מפקד כוחות צאל באזור יהודה ושומרון, 1986 פ"ד מ(2), 42.

⁷⁶ בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צאל ברצועת עזה 1992 פ"ד לו(3) 693, 700; בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צאל באזור יהודה ושומרון 1996 פ"ד נ(1) 360 ת353; ג'נימת, לעיל, ה"ש 43, 54-653; בג"ץ 893/04 פארח נ' מפקד כוחות צאל בגדה המערבית 2004 לא פורסם, 4 במרץ 2004, <http://elyon1.court.gov.il/files/04/930/008/N04/04008930.n04.pdf> השווה לחוות דעתו החולקת של כבוד השופט חשין אשר החזיק בדעה כי המפקד הצבאי אינו יכול את ביתו של מחבל מתאבד כאשר ליתר דיירי הבית לא היתה ידיעה באשר לכוונותיו של המחבל, ג'נימת, לעיל, ה"ש 43, 654-655. ראה גם דעת המיעוט שלו בפרשת חיוראן, בג"ץ 4772/91 חיוראן נ' מפקד כוחות צאל באזור יהודה ושומרון 1992 פ"ד מו(2), 155-161.

⁷⁷ יחד עם זאת, כפי שהראינו לעיל, גם הדרגים המבצעים וגם בית המשפט ראו ברמת (חוסר) המודעות של בני המשפחה גורם רלבנטי להפעלת הסמכות על פי תקנה 119 (דהיינו, גורם שיש בו כדי להשפיע על היקפו וחומרתו של צו ההריסה), אולם לא גורם שיש בו כדי להשפיע על עצם קיומה של הסמכות. ראה בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צאל ברצועת עזה 1992 פ"ד לו(3) 693, כבוד השופט באך, בשם שופטי הרוב, פסקה 9. ראה גם אבו דהים, לעיל, ה"ש 48, כבוד השופט נאור, פסקה 6: "... מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עוונתו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו... אולם הסיכוי, שהרס בית או אטימתו ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים העלולים ליפול קרבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך... שקולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעת מבצעים פוטנציאליים החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל."

⁷⁸ לעיל, ה"ש 1.

⁷⁹ דרסי, לעיל, ה"ש 1.

⁸⁰ קרצמר (2002), לעיל ה"ש 1, 149-153.

⁸¹ מרדכי קרמניצר וטטניה הורנל, Human Dignity and the Principle of Culpability (2011) 44 Israel Law Review 115, 129-30.

⁸² לעיל, ה"ש 1.

⁸³ לעיל, ה"ש 1.

⁸⁴ לעיל, ה"ש 1.

מלומדים שהגיעו אף למסקנה כי אי-החוקיות הקשה הנובעת מהאופי הקולקטיבי של האמצעים הננקטים עלולה להוביל להגדרתה של המדיניות כפשע מלחמה.⁸⁵

בהיותו ער לעובדה שנושא הריסת בתים הוא עניין החורג מפסיקתו הרגילה השתמש בית המשפט במהלך השנים בנימוקים שונים על מנת להדוף את הביקורת הקשה שנמתחה על החלטותיו בנושא. בית המשפט קבע בפסקי הדין השונים כי אין מדובר כלל בענישה אלא בהרתעה:

"... הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על פי תקנה 119 אינה סמכות לענישה קיבוצית. הפעלתה לא נועדה להעניש את בני משפחת העותר. הסמכות היא מינהלית, והפעלתה נועדה להרתיע ובכך לקיים את הסדר הציבורי."⁸⁶

ואולם, הנימוקים השונים שהוצעו על ידי בית המשפט העליון כדי לשלול את אופיה הקולקטיבי של מדיניות הריסת הבתים אינם משכנעים לדעתנו.

האבחנה שעורך בית המשפט בין הרתעה קולקטיבית לבין ענישה קולקטיבית באמצעות צווי ההריסה, איננה, בכל הכבוד, משכנעת ואף עומדת בסתירה לפסיקתו הוא בתחומים דומים בהם הוא עושה מאמץ לאזן בין צרכים ביטחוניים לבין זכויות אדם.

ואכן, האבחנה דקה זו בין ענישה להרתעה לא שכנעה מלומדים רבים העוסקים בתחום זה, שכן אחת ממטרותיה של הענישה, המנהלית או הפלילית, היא להרתיע אחרים. שאלת המפתח - מי נושא במלוא או בעיקר נטל הסנקציה, מבצע העבירה או אחרים - לא נענתה על ידי בית המשפט.

במקרה מוקדם, ערך השופט בן-דרור אנלוגיה בין הריסת בתים לבין גזר דין של מאסר, כאשר לשיטתו בשני המקרים מדובר בעונש המוטל על העבריין אך כזה מקפל בתוכו השלכות שליליות חמורות על בני משפחתו.⁸⁷ עם כל הכבוד, אנו סבורים כי אנלוגיה זו הינה מוטעית.⁸⁸ כדברי דינשטיין: "The children of a felon behind bars do not undergo imprisonment, although they suffer from the repercussions of his enforced absence, whereas the children of a terrorist who are left roofless suffer exactly the same penalty as the offender himself (and when the offender is in jail, or dead, they are the only ones who suffer). Any adequate

⁸⁵ צמח, לעיל, ה"ש 1, 70-74.

⁸⁶ בג"ץ 798/89 שוקרי נ' שר הבטחון (1990) (לא פורסם) (השופט ברק).

⁸⁷ דג'לס, לעיל ה"ש 75, סעיף 3.

⁸⁸ לתמיכה בעמדתנו, ראה דינשטיין, לעיל, ה"ש 1, 298. ראה גם חלבי, לעיל, ה"ש 1, 270, אשר התייחס לאנלוגיה זו כ'שקרית'; קרמניצר והורגל, לעיל, ה"ש 81, 129-30: "A necessary part of the sanction's goal is to cause suffering to the residents of a demolished house (without this element of suffering, the sanction cannot fulfill its preventive aim) and hence the suffering is not only an unavoidable side effect but an essential part of it."

'definition of collective penalties must encompass their predicament.'⁸⁹ אכן, המחיר אותו נאלצים לשלם ילדיו של עבריין אינו מהווה את מטרת הענישה והוא טפל ואגבי לענישה העיקרית כנגד המורשע, בעוד שהמחיר אותו נאלצים לשלם בני משפחתו של המחבל או בעלי הדירה בה הוא שוהה בהקשר של הריסת בתים הינו ספציפי, ישיר ומהווה חלק מרכזי מהרציונאל העומד בבסיס צו ההריסה.

טכניקה שיפוטית נוספת שנועדה להתמודד עם האופי הקולקטיבי של צווי ההריסה היא התייחסות לאופי המנהלי שלה.⁹⁰ אלא, כפי שקרמניצר והורנל מדגישים, העובדה שגוף מנהלי מחליט להטיל סנקציה אינה מובילה בהכרח למסקנה כי הסנקציה היא מנהלית, שכן סיווג הסנקציה אינו פועל יוצא של אופיו של הגוף שהטיל אותה, ומכל מקום, אף סנקציה מנהלית עלולה לעלות כדי ענישה קולקטיבית.⁹¹ מסקנה זו, אליה אנו מצטרפים, מקבלת תימוכין בדברי ההסבר לסעיף 75 של הפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה הרביעית אשר קוראים לפרשנות רחבה של מושג הענישה הקולקטיבית:

'The concept of collective punishment must be understood in the broadest sense: it covers not only legal sentences but sanctions and harassment of any sort, administrative, by police action or otherwise.'⁹² (ההדגשות הוספו: המחברים).

כך, הריסת בתים מהווה ענישה קולקטיבית על פי ההגדרה הרחבה הניתנת למושג זה על פי כללי המשפט הבינלאומי. המדיניות תסווג כך אף אם נבחר להשתמש בהגדרה המצומצמת יותר של ענישה קולקטיבית על פי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, הרואה בענישה קולקטיבית פעולה שיש בה כדי להפר זכות מוגנת על ידי האמנות המסדירות את דיני המלחמה והמופנית כלפי אנשים חפים מפשע.⁹³

יש לציין, כי שופטים אחדים אימצו גישה העולה בקנה אחד עם עמדתנו. כך למשל, סרב השופט חשין לאשר צו הריסה שתוצאתו היתה הריסת בית שבו התגוררו אשתו של מחבל מתאבד שלא היתה מעורבת במעשיו וכן ארבעת ילדיו הקטנים:

"בפסק דין חולק שכתבתי... אמרתי כי... אין סמכות למפקד הצבאי להטיל סנקציה קולקטיבית... במקום שאלמוני חשוד במעשה שבגיניו ניתן צו הריסה על ביתו, לא הסכמתי בזמנו, ואינני מסכים אף עתה, כי ניתן להרוס את ביתו של פלוני אך באשר מתגורר הוא בשכנות לאלמוני."⁹⁴

האופי הקולקטיבי של ההריסה הוכר גם באופן עקיף על ידי בית המשפט במסגרת הדיון במעצר מינהלי לצורכי מיקוח,⁹⁵ בו נקבע על ידי השופט חשין כדלקמן:

⁸⁹ לתמיכה בעמדה זו ראה דינשטיין, לעיל, ה"ש 1, 298.

⁹⁰ שוקרי, לעיל, ה"ש 86.

⁹¹ קרמניצר והורנל, לעיל, ה"ש 81, 30-129, המתייחסים לפסקי דין ספיציפיים.

⁹² Pictet, לעיל, ה"ש 18, 874, סעיף 3055.

⁹³ Amichai Cohen, 'Economic Sanctions in IHL: Suggested Principles' (2009) 42/1 *Israel Law Review* 117, 131-132.

⁹⁴ כבוד השופט חשין, בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה 1992 פ"ד לו(3) 693, פסקה 4. ראה גם ג'נימט לעיל, ה"ש 43.

"אין ולא כלום בטענה כי אין נשקפת סכנה מן העותרים אם אך ישוחררו. העותרים, כלוחמי חיזבאללה, קשרו את גורלם במלחמת ישראל בחיזבאללה. בכך נבדל עניינם של העותרים מנושא הריסת בתייהם של מחבלים, נושא אשר עלה בזמנו תדיר על סדר יומו של בית משפט זה. אכן, ערך נעלה הוא עימנו, כי איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. מטעם זה אף סברתי - בדעת מיעוט-מיעוט - כי מפקד צבאי לא קנה סמכות להרוס בית בו מתגוררים בני משפחתו של מחבל-רוצח, גם אם אותו מחבל התגורר באותו בית... אלא שדווקא מטעם זה של "איש בעונו יישא", שונה עניינם של העותרים מעניינם של משפחות המחבלים; שהעותרים -- כלוחמי האויב, ושלא כמשפחות המחבלים - קשרו את גורלם ביודעין ובכוונת-מכוון בגורל הלחימה."

באותו פסק דין הכיר גם כבוד השופט קדמי (הגם שבאופן מעורפל יותר) בעובדה שצווי ההריסה הינם בבחינת ענישה קולקטיבית:

"...משלים" הדין עם נקיטת אמצעים מרתיעים - הריסת בתים - כלפי בני משפחותיהם של מחבלים, לבל יתנו לאחרונים מחסה - בבתיהם - וזאת, על אף שהם עצמם אינם שותפים למעשיהם של המחבלים וה"קשר" שלהם לפגיעה בבטחון נעוץ אך בנכונותם ליתן לאחרונים מחסה כאמור. דומה, כי ללא קיומו של ה"קשר" האמור, לא ניתן היה ליישם כלפי בני משפחות המחבלים את סמכות ההריסה..."⁹⁶

לדעתנו, בהסתמך על פסק הדין בענין עג'ורי שנדון לעיל, אפילו מתן מחסה על ידי בן משפחה כאמור אינו מצדיק הוצאה של צו הריסה כנגד ביתו של נתן המחסה. קל וחומר שאין מקום לאשר צווי ההריסה אף בהעדר קשר מינימלי כזה.

הטלת סנקציה על הדייר של הבית או על בעלי הבית בגין מעשיהם של אחרים, בהעדר כל אשמה או מסוכנות (משמעותית) מצידו של האדם הנפגע במישרין מהאמצעי מהווה פגיעה בכבוד, וזאת מכיוון שהמדינה עושה באותו יחיד שימוש אינסטרומנטלי, כאובייקט ולא כסובייקט. במילים אחרות, היא מתייחסת אליו כאל אמצעי להשגת מטרה שאינה קשורה אליו, תוך כדי פגיעה בזכותו לכבוד אדם ותוך התעלמות מהמחסום המוסרי הטבוע בעקרון של אחריות אישית.⁹⁷ קביעתו של בית המשפט בפרשת 'קלפי המיקוח' שנדונה לעיל, כי מעצרו של אדם בהעדר מסוכנות מצידו עולה כדי הפרה של כבודו כאדם, שכן אין מתייחסים לעציר עצמו כאל אובייקט אלא לשם השגתה של מטרה אחרת, חלה במשנה תוקף על מושאיה החפים מפשע של צווי ההריסה.

פסיקת בית המשפט שניתנה לאחרונה בענין קוואסמה (אוגוסט 2014) מדאיגה אותנו במיוחד בהיבט זה. בפרשה זו, היה מוכן כבוד השופט דנציגר להכיר, בשם ההרכב כולו, באופיים הקולקטיבי של הצווים, ולהודות באופן משתמע כי אופי קולקטיבי זה אינו עולה בקנה אחד עם השקפות מקובלות של צדק ועקרונות מוסריים בסיסיים.⁹⁸ ולמרות זאת, ניתן לשיטתו להתגבר על בעיה משפטית זו על ידי הכפפת

⁹⁵ דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הבטחון 2000 פ"ד מד(1) 721, 727 וכן 743-744, תרגום רשמי לאנגלית ב - http://elyon1.court.gov.il/files_eng/97/480/070/a09/97070480.a09.pdf, 748. ראה גם כבוד השופט חשין, בג"ץ 2722/92 אלעמריין נ' מפקד כוחות צלל ברצועת עזה 1992 פ"ד לו(3) 693, פסקה 4.

⁹⁶ פלוני נ' שם, 732.

⁹⁷ קרמניצר והורנל, לעיל, ה"ש 81, 129.

⁹⁸ בג"צ 5290/14 קוואסמה ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית ואח' (טרם פורסם), פסק דין מיום 11 לאוגוסט, 2014, פסקה 21, <http://elyon1.court.gov.il/files/14/900/052/w03/14052900.w03.pdf>.

המדיניות לדרישת המידתיות.⁹⁹ עמדה זו של בית המשפט מתעלמת למעשה, וכפי שהוכר על ידי בית המשפט עצמו, מכך שהאיסור על הטלת סנקציות קולקטיביות הינו איסור מוחלט על פי כללי המשפט הבינלאומי. למיטב הבנתנו עמדה זו של בית המשפט עומדת בסתירה לממצאי בית המשפט, בדיון נוסף, בפרשה רבת החשיבות של פלונים נ' שר הבטחון שנדונה לעיל, ואשר בה טרח בית המשפט להדגיש בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים כי האיסור על פגיעה באדם בהעדר אחריות אישית שלו הינו מוחלט ומכוון שכך בית המשפט אינו יכול לקדם או להכיר בפרשנות של דבר חקיקה אשר תוביל לתוצאה כזו, גם אם הפגיעה תתפס כמידתית באופייה.

לסיכום, המדיניות הינה בבחינת ענישה קולקטיבית האסורה על פי המשפט הבינלאומי. יתר על כן, מדיניות הריסת בתים אף עלולה להוות פעולת תגמול בלתי חוקית, האסורה על פי סעיף 33 של אמנת ג'נבה הרביעית הקובע כי "... מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורים." הרשויות טוענות שמטרת הריסת בתים אינה עונשית, אלא "מניעתית" והרי המטרה המוצהרת של פעולת תגמול היא לגרום לפחד אצל האוכלוסייה כדי שלא יבצעו מעשים דומים בעתיד.¹⁰⁰

3.3. אי חוקיות המדיניות על פי דיני זכויות האדם הבינלאומיים

אנו בדעה כי המדיניות מפרה מספר התחייבויות בינלאומיות מרכזיות הנוגעות לזכויות אדם אשר ישראל התחייבה לקיים. חוות דעתנו זו מושתתת על העמדה המשפטית לפיה ההוראות הבינלאומיות בדבר זכויות אדם, ובמיוחד האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966,¹⁰¹ אשר אושררו על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, חלות על התנהלותה של ישראל ככוח הכובש בשטחים (הנחה הנתמכת על ידי ה- ICJ ועל ידי הוועדה לזכויות האדם והוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות של האו"ם המופקדות על ניטור יישום האמנה),¹⁰² ובכל האזורים בהם הדין הישראלי הוחל באופן רשמי (בישראל גופא ובמזרח ירושלים, תחולה שבית המשפט העליון מעולם לא התנגד לה).

⁹⁹ שם, פסקה 22.

E. Bowett, "Reprisals Involving Recourse to Armed Force" (1972) 66 *AJIL* 1

¹⁰⁰ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, נפתחה לחתימה ב-16 בדצמבר, 1966, סעיף 17(1), 999 U.N.T.S. 171, 177 (נכנסה לתוקף ב-23 במרץ, 1976); האמנה בדבר ההגנה על זכויות אדם וחירויות בסיסיות, 4 בנובמבר, 1950, סעיף 8, 213 U.N.T.S. 221 (נכנסה לתוקף ב-3 בספטמבר, 1953)

ICJ Rep., התוצאות המשפטיות של הקמת החומה בשטחים הפלסטיניים הכבושים, חוות דעת מייעצת [2004] 43 102 International Covenant on economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Forty-seventh Session, 14 November-2 December 2011, Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 2011, para.8;

International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee, Ninety-ninth Session, Geneva, 12-30 July 2010, CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2010 Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee (Israel), para. 5, at <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/51410EBD25FCE78F85257770007194A8>

באופן ספציפי, המדיניות מפרה את זכות האדם להגנה על רכושו, אשר הגם שאינה מופיעה בשתי האמנות האמורות משנת 1966, היא מהווה חלק מההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם והינה בעלת מעמד של משפט בינלאומי מנהגי מחייב.¹⁰³ אכן, ערכאות בינלאומיות שונות, לרבות, בין היתר, בית המשפט האירופאי לזכויות אדם¹⁰⁴ ובית הדין האירופאי לצדק¹⁰⁵ מעניקות פרשנות מרחיבה לזכויות רכושיות על פי דיני זכויות האדם הבינלאומיים ומטילות מגבלות חמורות על התערבות בזכויות אלה.¹⁰⁶

העולה מן האמור הוא שלא רק שהמדיניות אינה עומדת בתנאי הסף המצדיקים פגיעה ברכוש על פי הוראות דיני כיבוש, אשר מעניקים לאינטרסים ביטחוניים מקום של כבוד, אלא גם שהסיכוי שמדיניות זו והסטנדרטים שנקבעו על פיה יעמדו בנורמות הבינלאומיות בדבר דיני זכויות האדם (המעניקות לזכויות אדם מקום מרכזי יותר מדיני הכיבוש), הינו אף נמוך יותר.¹⁰⁷

כמו כן אנו בדעה, כי המדיניות עומדת לעיתים בסתירה לזכות לאי התערבות בביתו של אדם (המעוגנת בסעיף 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות¹⁰⁸ ובסעיף 8 לאמנה האירופאית בדבר זכויות אדם) ולזכות לקורת גג (המעוגנת בסעיף 11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות). גם כאן תנאי הסף המצדיקים פגיעה בזכויות אלה הינם גבוהים – על פי בית הדין האירופאי לזכויות אדם יש להראות "צורך חברתי חיוני" ולבסס יחס מידתי בין הצעד שננקט לבין המטרה אותה מבקשים להשיג.

¹⁰³ האמור לעיל חל במיוחד על הזכות לרכוש בהקשר של תפיסה לוחמתית (ראה, למשל, כלל 51 ל – ICRC Study on customary international humanitarian law: a contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p0860.htm>) and US Restatement Foreign Relations 3red with respect to property held by foreign nationals (Sec 711

¹⁰⁴ ראה למשל ב – *Cyprus v. Turkey* ([GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV) paragraphs 187 and 189, העוסק בהפרות של זכויות רכושיות בהקשר של כיבוש צפון קפריסין:

'The Court is persuaded that both its reasoning and its conclusion in the *Loizidou* judgment (merits) apply with equal force to displaced Greek Cypriots who, like Mrs. Loizidou, are unable to have access to their property in northern Cyprus by reason of restrictions placed by the 'TRNC' authorities on their physical access to that property. The continuing and total denial of access to their property is a clear interference with the right of the displaced Greek Cypriots to the peaceful enjoyment of possessions within the meaning of the first sentence of Article 1 of Protocol No. 1 ... there has been a continuing violation of Article 1... by virtue of the fact that Greek-Cypriot owners of property in northern Cyprus are being denied access to and control, use and enjoyment of their property as well as any compensation for the interference with their property rights.'

¹⁰⁵ ראה, למשל, את פסק הדין הבולט בענין *Kadi* כפי שמנתח אותו גיא הרפז במאמרו 'Judicial Review by the European Court of Justice of UN 'Smart Sanctions' Against Terror in the *Kadi* Dispute' (2009) 14 European Foreign Affairs Review 65.

¹⁰⁶ בפסק הדין *Vrahimi v. Turkey* אשר עסק בהפרת זכויות רכושיות על ידי הכוח הכובש (צפון קפריסין), בית הדין האירופאי לזכויות אדם ציטט את החלטתו הקודמת (*Louizidou*), בה נקבע כי יש לפרש בצמצום את מבחן הצורך כאשר מדובר בהתערבות בזכויות רכושיות.

¹⁰⁷ מסקנה זו נתמכת במספר החלטות של ערכאות בינלאומיות. כך, למשל, ב – *Vrahimi v. Turkey* אשר עסק בהפרות של זכויות רכושיות על ידי הכוח הכובש (צפון קפריסין).

¹⁰⁸ ראה קרצ'מר (2005), לעיל, ה"ש 1, הערת שוליים 52.

אכן, לאור החשיבות העליונה המוקנית לזכויות המעוגנות בסעיף 8 לאמנה האירופית, בית הדין באירופאי קבע כי יש לפרש בצמצום את חריג הצורך.¹⁰⁹ פגיעה בזכויות רכושיות בהקשר שלפנינו הינה חמורה במיוחד. כפי שנקבע על ידי בית הדין האירופאי לזכויות אדם '... Article 8 concerns rights of central importance to the individual's identity, self determination, physical and moral integrity, maintenance of relationships with others and a settled and secure place in the community...'¹¹⁰. ההפרה של הזכויות הרכושיות חמורה במיוחד לאור העובדה כי הריסת ביתו של אדם הינה הפגיעה הקיצונית ביותר בחובה לכבד את זכותו של אדם לבית ולקורת גג.¹¹¹

כך למשל, נקבע על ידי בית הדין האירופאי לזכויות אדם בענין *Akdivar v. Turkey* כי הריסת בתים על ידי הצבא הטורקי מהווה הפרה של הזכות למשפחה ולבית, המוגנת על פי סעיף 8 ECHR.¹¹²

כמו כן, אנו בדעה כי בשל ההשלכות הקשות של המדיניות על צדדים שלישיים והאופן הלב-שיפוטי שבו נקבעת האחריות בגינה היא נאכפת, המדיניות מפרה את האיסור על יחס או ענישה אכזריים, לא אנושיים ומשפילים.¹¹³ מסקנה זו נתמכת בממצאים של ועדת האו"ם נגד עינויים בהקשר הספציפי של המדיניות הישראלית של הריסת בתים.¹¹⁴ הועדה שבה וחזרה על עמדתה בשנת 2009:

'While recognizing the authority of the State party to demolish structures that may be considered legitimate military targets according to international humanitarian law, the Committee regrets the resumption by the State party of its policy of purely "punitive" house demolitions in East Jerusalem and the Gaza Strip despite its decision of 2005 to cease this practice. The State party should desist from its policies of house demolitions where they violate article 16 of the Convention'¹¹⁵

סיווג של המדיניות כענישה לא אנושית אסורה אומצה גם על ידי ועדת האו"ם לזכויות אדם:¹¹⁶

'While fully acknowledging the threat posed by terrorist activities in the Occupied Territories, the Committee deplores what it considers to be the partly punitive nature of the demolition of property and homes in the Occupied Territories. In the Committee's opinion, the demolition of property and houses of families, some of whose members were or are suspected of involvement in terrorist activities or suicide bombings, contravenes the obligation of the State party to ensure without discrimination the right not to be subjected to arbitrary interference

¹⁰⁹ *Yordanova and Others v. Bulgaria* (25446/06), 24 April 2012, art. 123.

¹¹⁰ שם. סעיף 118.

¹¹¹ שם.

¹¹² פסק דין מיום 16 בספטמבר 1996, פורסם ב: European Human Rights Reports (EHRR), vol. 23, 1997, 143; לניתוח, ראה קויגלי, לעיל, ה"ש 1, 373-74; פארל, לעיל, ה"ש 1, 903-904; ראה ועדת האו"ם לזכויות אדם, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR of August 21, 2003, para. 16, available at: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/7121cbf0578c594ec1256da5004b25e8>.

¹¹⁴ Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture, Israel, U.N. Doc. CAT/XXVII/Concl.5(2001), paras. 6(j), 7(g)

¹¹⁵ Concluding Observations on Fourth Periodic Report Submitted by Israel, CAT/C/ISR/CO/4, 23 of June 2009), para. 33.

¹¹⁶ Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR (August 21, 2003), para. 16.

with one's home (art. 17), freedom to choose one's residence (art. 12), equality of all persons before the law and equal protection of the law (art. 26), and not to be subject to torture or cruel and inhuman treatment (art 7). The State party should cease forthwith the above practice' (ההדגשות הוספו: המחברים)

אנו מוסיפים וטוענים להלן כי המדיניות מפרה את האיסור על הטלת ענישה קולקטיבית.¹¹⁷ אשר על כן, האופי הקולקטיבי של המדיניות, עלול להפר התחייבויות מהותיות ופרוצדורליות אחרות של מדינת ישראל על פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966.¹¹⁸

אנו מוסיפים וטוענים כי המדיניות עלולה להפר זכויות מסוימות המעוגנות באמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989.¹¹⁹ הפרות אלה עלולות להיות חמורות ביותר, הן מבחינת כמותן והן מבחינה איכותן, נוכח העובדה שמספר רב מאד של ילדים נפגעים מהמדיניות ובשל כך שילדים אלה סובלים מתוצאות קשות ביותר כתוצאה מהריסת בתיהם.

מכיוון שכך, אנו בדעה שהמדיניות מפרה את התחייבויותיה של ישראל מכוח דיני זכויות אדם בינלאומיים. אכן, נכון הדבר כי ניתן לגרוע מהוראותיה של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 "בשעת חירום לאומית המאיימת על חיי האומה". אולם, חריג זה אינו יכול לפטור את ישראל מהאחריות בגין ההפרות הנדונות כאן של מערכת דיני זכויות האדם וזאת מהטעמים הבאים. ראשית, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מטילה התחייבויות שונות שלא ניתן להסתייג מהן, תהינה הנסיבות אשר תהינה (כגון האיסור על פי סעיף 7 על עינויים או יחס או ענישה אכזריים, לא אנושיים או משפילים, המופר בנסיבות דנן). שנית, על מדינה שהיא צד לאמנה המבקשת להסתמך על זכות ההסתייגות כאמור, להודיע באופן פומבי על ההוראות שמהן הסתייגה. ישראל השתמשה בזכות זאת רק בקשר לסעיף 9 של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (הזכות לחירות) ומכאן, שהסתייגות זו אינה יכולה לחול על הפגיעה בזכויות האדם אותן ניתחנו לעיל, על פי סעיף 17 לאמנה, למשל. שלישית, האמנה קובעת כי החריג מוגבל ל"מידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב", אולם כפי שניתחנו לעיל וכפי שנבסס להלן, המדיניות אינה עומדת במבחן הצורך והמידתיות.

3.4 אי-חוקיות על פי המשפט הפלילי הבינלאומי – פשע מלחמה?

בתת-פרק זה ננתח את המדיניות לאור המשפט הפלילי הבינלאומי ונבסס את עמדתנו לפיה המדיניות עלולה להיחשב, בנסיבות מסוימות, כפשע מלחמה על פי המשפט הפלילי הבינלאומי, ובמיוחד על פי אמנת רומא.

¹¹⁷ לניתוח, ראה חלבי, לעיל, ה"ש 1, 267; קוויגלי, לעיל, ה"ש 1, 372-73.

¹¹⁸ J.M. Henckaerts and L. Dowald-Beck, Customary International Law (Cambridge, 2005), 374-375.

¹¹⁹ ראה, למשל, סעיפים 3 ו-16 לאמנה זו.

סעיף 8(1) לאמנת רומא קובע כדלקמן:

'The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes'.

סעיף 8(2) קובע כי:

'For the purpose of this Statute, 'war crimes' means: (a) Grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention: ... (iv) Extensive destruction and appropriation of property not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly...':

כך, סעיף 8 לאמנת רומא מתייחס אל הפרות חמורות מסויימות של אמנת ג'נבה כאל פשע מלחמה, וקובע כי הפרות מסויימות של סעיף 53 של אמנת ג'נבה הרביעית עולות כדי פשע מלחמה. בעוד שסעיף 53 האמור אוסר על "any destruction", "not justified by military necessity", "carried out unlawfully", סעיף 8(2)(a)(iv) קובע כעבירה פלילית (בדומה לסעיף 147 של אמנת ג'נבה הרביעית) "Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly"

בעוד שהריסת בית אינדיבידואלית, המבוצעת על בסיס צו ספציפי, לא תיפול כנראה בגדרו של הסטנדרט המשפטי של פגיעה רחבת היקף (extensive), בכפוף לניתוח להלן, הרי שמדיניות אשר במהלך השנים הביאה להריסתם של מאות ואפילו אלפי בתים ללא צידוק של כורח צבאי, עלולה לעבור את הסף הנדרש לקיום דרישת ההפרה המפגיעה שבסעיף 8(2)(a)(iv). זאת ועוד, למרות שאין זה סביר שישראלים רבים יהיו מעורבים במספר רב של הריסות בתים, באופן שאחריות פלילית בינלאומית תוטל על כתפיהם, עצם קיומה של האפשרות לבחינת המדיניות בכללותה במונחים של פשעי מלחמה ממחישה עד כמה חורגת מדיניות זו מאמות מידה חוקיות בינלאומיות. אכן, אין לשלול את האפשרות שתפתח חקירה כדי לברר אם ניתן למצוא אדם שישא באחריות פלילית לפגיעה רחבת היקף ברכוש בגין המדיניות של הריסת בתים. במקרה כזה, העובדה שהריסת הבתים אושרה ע"י בית משפט לאומי לא תמנע חקירה כזו.

השאלה על מי בדיוק עלולה להיות מוטלת אחריות פלילית אישית בגין עיצוב ויישום המדיניות חורגת מגדרה של חוות דעת זו. די בכך שנזכיר כי כל מי שמשתייך לרשות כלשהי מרשויות המדינה התורם באופן משמעותי להתווית של המדיניות או להוצאתה לפועל, בהיותו ער להיקף החריג ולאי החוקיות של המדיניות, עלול לשאת באחריות כאמור.

הדרישה ל'אי חוקיות' שבסעיף 8(2)(a)(iv) לגבי יחיד שהיה מעורב בביצוע המדיניות עלולה להתקיים בשל העדרו של צורך צבאי או בשל העדרה של הצדקה חוקית אחרת. כך למשל, בית הדין הבינלאומי

הפילי לינגוסלביה לשעבר (ICTY) קבע בפרשת *Blaskic*, אשר עסקה בשאלת חוקיות הריסתו של רכוש שנמצא באזור כבוש, שההריסה יכולה להיות חוקית רק אם היא מבוצעת למטרות מבצעיות וכי על כל אמצעי ספציפי שננקט לעמוד במבחן המחמיר של כורח צבאי: An occupying Power is prohibited from destroying movable and non-movable property except where such destruction is made absolutely necessary by military operation¹²⁰. בפסק דין אחר, ה – ICTY קבע כי בהקשר של כיבוש, הריסה עלולה להיחשב כפשע מלחמה אם מדובר בפעולת הריסה המכוונת נגד רכוש מוגן על ידי סעיף 53, כשמדובר בהריסה בהיקף גדול וכשההריסה אינה עומדת במבחן של הצורך הבטחוני.¹²¹

דרישת "אי החוקיות" על פי אמנת רומא מתמלאת לטעמנו גם בשל העובדה שצווי ההריסה הינם בבחינת ענישה קולקטיבית.¹²²

לאור האמור לעיל, אנו בדעה כי פגיעת המדיניות בזכויות רכושיות מהווה לא רק הפרה של סעיף 53, אלא גם כי הפרה זו עלולה להוות, בתורה, פשע מלחמה, על פי אמנת רומא.¹²³

כאמור, המדיניות עלולה להוות פשע מלחמה מעצם היותה ענישה קולקטיבית, וזאת למרות שענישה קולקטיבית, ככזו, אינה מופיעה כפשע מלחמה באמנת רומא, שכן היא עלולה להיחשב כ"יחס לא אנושי" (inhuman treatment) (ראה הניתוח בפרק 3.3 לעיל בקשר מושג זה), וזאת על פי סעיף 8(2)(a)(iv). המסגרת המשפטית של איסור על ענישה קולקטיבית מכוח המשפט ההומניטרי הבינלאומי כוללת, כפי שפורט לעיל, את סעיף 33 של אמנת ג'נבה¹²⁴ ואת תקנה 50 של תקנות האג 1907.¹²⁵ קיימת כמעט תמימות דעים בין המלומדים כי האיסורים השונים על ענישה קולקטיבית על פי המשפט ההומניטרי הינם מוחלטים, וזאת מבלי להתחשב בנסיבות הספציפיות של המקרה, וכי איסורים אלה אינם כפופים לחריג של "כורח צבאי" או כל חריג אחר.¹²⁶

דברי ההסבר של Pictet בנוגע להוראה בדבר ההפרות החמורות של אמנת ג'נבה הרביעית (סעיף 147) - המקבילה בחלקה להוראות סעיף 8 של אמנת רומא - מציינים אמנם שיחס לא אנושי 'could not mean, it seems, solely treatment constituting an attack on physical integrity or health'

¹²⁰ פסק דינו של ה – ICTY בפרשת *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, para. 157.
¹²¹ פסק דינו של ה – ICTY בפרשת *The Prosecutor v. Dario Kordiac and Mario Cerkez*, IT-95-14/2, para. 335-341.

¹²² צמח, לעיל, ה"ש 1, 74.

¹²³ לניתוח, ראו ש.ש.

¹²⁴ 'No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited.'

¹²⁵ 'No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible.'

¹²⁶ צמח, לעיל, ה"ש 1, 71.

וכי 'the aim of the Convention is certainly to grant civilians in enemy hands a protection which will preserve their human dignity and prevent them being brought down to the level of animals.' אך הם מוסיפים ומזכירים עונש קולקטיבי כדוגמה להפרה חמורה העשויה להיכלל בגדר הסעיף.¹²⁷

אנו סבורים כי ענישה קולקטיבית אינה עולה בקנה אחד עם הרעיון של כבוד האדם ומכיוון שכך, היא מהווה סוג של 'יחס לא אנושי', אולם זאת, בכפוף לכך שהמוגנים אשר הושפעו מהענישה חוו 'severe physical or mental pain or suffering' כנדרש על פי ה- ICC Elements of Crime (דרישה שצריכה להיבחן בכל מקרה ומקרה לגופו).¹²⁸ מסקנתנו זאת אף נתמכת על ידי חוקת בית הדין הבינלאומי לפשעי מלחמה ברואנדה, אשר מתייחסת במפורש לענישה קולקטיבית כאל פשע מלחמה.¹²⁹

לסיכום, אין להוציא מכלל אפשרות כי המדיניות הנוהגת גורמת להריסת בתים בהיקף ובחומרה כזאת עד כדי גיבוש דרישות ה- *actus reus* של פשע מלחמה על פי המשפט הפלילי הבינלאומי. בהתחשב באופי ההליכים שלפנינו, אין אנו מוצאים לנכון להיכנס לדיון מפורט בשאלת דרישות ה- *mens rea*.¹³⁰ כמו כן אין ברצוננו להעלות בשלב זה השערות בקשר לשאלה האם אכן בית הדין הפלילי הבינלאומי יפעיל את סמכותו ביחס לפשעי מלחמה אלה, הגם שבפרק 3.6 נתייחס למספר שיקולים העשויים להשפיע על החלטה כאמור.

3.5. התייחסות שגויה של בית המשפט למשפט הבינלאומי בהקשרה של מדיניות הריסת בתים

כאשר מוגשת לבית המשפט עתירה כנגד אמצעים בטחוניים הננקטים בשטחים (למעט צווי הריסה), בית המשפט נוקט, ברובם המכריע של המקרים, בגישה הבאה: (1) הוא מכיר בקיומה של סמכות שיפוט; (2) מבחינה פרוצדורלית, הוא מטיל מגבלות משמעותיות על הרשויות; (3) מבחינה מהותית, הוא משקיע מאמצים שיפוטיים בפרשנות אשר תתאים את האמצעי הננקט להוראות הרלבנטיות של המשפט הבינלאומי.¹³¹ המקרים בהם בוחר בית המשפט להתעלם מהוראות המשפט הבינלאומי פחתו בצורה משמעותית במהלך השנים, בעוד שהמקרים בהם נעשה מאמץ ניכר ליצור עמו התאמה מתרבים, הן מבחינה כמותית והן מבחינה איכותית.¹³² מלומדים סבורים כי ניתן להסביר מגמה זאת של ניתוח הולך

¹²⁷ ראה Commentary on Geneva Convention IV of 1949 Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War 594 (Jean Pictet ed. 1958)

¹²⁸ ICC Elements of Crime (2011) 14, http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/336923d8-a6ad-40ec-ad7b-45bf9de73d56/0/elementsof_crimeseng.pdf

¹²⁹ סעיף 4 של חוקת בית הדין הבינלאומי לרואנדה, החלטת מועצת הבטחון 955 (1994) U.N. Doc. S/Res/955, סעיף 8 כפי שנדון על ידי צמח, לעיל, ה"ש 1, 70. ה- ICTY קבע כי די בעצימת עיניים (reckless disregard), Kordiac, לעיל, הערת שוליים 121, פסקה 341.

¹³¹ כהן, לעיל, ה"ש 1, 56-57.
¹³² ראה, למשל, בג"ץ 7015, 7019/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל 2002 פ"ד נו"ד (6) 352, <http://elyon1.court.gov.il/files/02/190/070/L01/02070190.101.pdf>

ומעמיק של המשפט הבינלאומי כחלק ממחויבותו העמוקה של בית המשפט לעקרון שלטון החוק, ולניסיונו של בית המשפט לשכנע את הקהילה המשפטית הבינלאומית כי קיימת בישראל התייחסות רצינית לנורמות משפטיות בינלאומיות.¹³³

גישתו של בית המשפט לעתירות המוגשות כנגד צווי הריסה דומה לגישתו הכללית ביחס לעתירות כנגד צעדים ביטחוניים אחרים, עד כמה שהדברים נוגעים לסמכות השפוט של בית המשפט ולעניינים פרוצדורליים הנוגעים ליישום ספציפי של המדיניות. ואולם, כפי שיפורט בתת-פרק זה, הדברים שונים לחלוטין כאשר מדובר בבחינת חוקיות המדיניות עצמה לאור הוראותיו המהותיות של המשפט הבינלאומי.

לאור העובדה שהמדיניות מפרה את התחייבויותיה של ישראל על פי המשפט הבינלאומי, כפי שפורט לעיל, אין פלא שעתירות בנושא זה הושתתו על טיעונים הלקוחים מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי.¹³⁴ לעיתים, העתירות נתמכות בחוות דעת מומחים, לרבות חוות דעתו של הצלב האדום.¹³⁵ ואולם, בניגוד לגישתו הכללית של בית המשפט, ולמאמץ הניכר שהוא משקיע, על פי רוב, על מנת לוודא שאכן מתקיימת התאמה בין האמצעים הביטחוניים השונים לבין המשפט ההומניטרי הבינלאומי, הרי שבתחום של הריסת בתים, בית המשפט נוקט אחת משלוש גישות חלופיות: הראשונה, התעלמות כוללת ושיטתית מהמשפט הבינלאומי, השנייה, קביעה כי המשפט הבינלאומי אינו רלבנטי לעתירה, שכן תקנה 119 היא בבחינת 'דין פנימי',¹³⁶ והשלישית, קביעה סתמית ואקסיומטית כי תקנה 119 והמדיניות המבוססת עליה עולים בקנה אחד עם תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית.¹³⁷

בכל הכבוד, גישה זאת למשפט הבינלאומי, שאינה מאפיינת כאמור את עמדתו של בית המשפט בתיקים אחרים, בטעות יסודה. אף אם תקנה 119 מסווגת כ'חוק פנימי' לצורכי המשפט הישראלי (עובדה שניתן להתווכח עליה, שכן המדובר בהוראה מנדטורית ולא בהוראה ישראלית, ובהוראה החלה ברוב המקרים בשטחים לגביהם לא הוחל המשפט הישראלי), הרי שסיווג כאמור אינו יכול לאפשר לה לחמוק מביקורת משפטית ושיפוטית על פי המשפט הבינלאומי, וזאת במיוחד לאור הוראותיו של סעיף 27 לאמנת וינה

¹³³ Amnon Reichman, 'When We Sit to Judge We Are Being Judged': The Israeli GSS case, Ex Parte Pinochet and Domestic/Global Deliberation' (2001) 9 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 43

¹³⁴ ראה, למשל, בג"ץ 698/85 דג'לס ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, 1986 פ"ד מ(2), 42.

¹³⁵ לניתוח עמדתו, ראה סימון, לעיל, ה"ש 1, 3.

¹³⁶ ראה פסק דין שניתן לאחרונה בג"ץ 4597/14 עואודה ואח' נ' המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון, סעיף 20 (סגנית הנשיא השופטת נאור, השופט דנציגר והשופט שוהם שהצטרף בהסכמה, ניתן ביום 1 ביולי, 2014, טרם פורסם).
http://www.hamoked.org/files/2014/1158434_eng.pdf במקרה אחר, בית המשפט קבע כי המשפט הבינלאומי אינו רלבנטי, ראה בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, 1987 פ"ד מא(2), 522, 525-526, מפי כבוד הנשיא שמגר: "השאלה שלפנינו אינה פרשנותו של סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית: תקנה 119 היא חלק מן המשפט, שהיה חל ביהודה ושומרון ערב כינונו בו של שלטון צה"ל... בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי... הושאר החוק המקומי בתוקפו, וזאת בסייגים שאינם משפיעים על העניין שלפנינו (ראה תקנה 43 לתקנות האג 1907 וסעיף 64 לאמנת ג'נבה הרביעית). מכאן, כי הסמכות לפי תקנה 119 הנ"ל היא בגדר משפט מקומי, הקיים והחל באזור יהודה ושומרון, שלא נתבטל בזמן השלטון הקודם או בעת השלטון הצבאי, ולא הובאו לפנינו טעמים משפטיים, שעל יסודם יש לראותו כבטל עתה.".

¹³⁷ לניתוח, ראה דינשטיין, לעיל, ה"ש 1, 96-295.

A party may not " invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty".¹³⁸

יפים לעניין זה, בשינויים המחוייבים, קביעותיה של הועדה לזכויות אדם לפיה פגיעה בזכויות המעוגנות בסעיף 17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR) הינה בלתי חוקית, אף אם היא נעשית על בסיס הוראה של חוק פנימי, וזאת כאשר החוק הפנימי אינו דורש בחינה של מידתיות הפגיעה.¹³⁹

נכונותו של בית המשפט להסתמך על התקנה ולהימנע מבדיקת חוקיותה על פי כללי המשפט הבינלאומי מוטעית גם נוכח עמדתנו ביחס לפרשנות הנכונה של תקנה 43 לתקנות האג ושל סעיף 64 לאמנת ג'נבה the Occupying Power... הרביעית. כפי שנקבע על ידי דינשטיין בהקשר הספציפי של התקנה והמדיניות: Power was bound to repeal or suspend these Regulations and certainly it could not legitimately rely on them'.¹⁴⁰

בנוסף, אנו בדעה כי הגישה של בית המשפט למשפט הבינלאומי בהקשר של המדיניות הינה, בכל הכבוד, שגויה, וזאת נוכח האופי המנהגי של האיסורים המוטלים על ידי תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית, כפי שנתחו לעיל. כפי שנקבע על ידי כבוד הנשיא ברק בפסק דין אדלסון (שעסק בחסינות הריבון על פי המשפט הבינלאומי המנהגי):

'אך איננו חופשיים בעניין זה. על בית המשפט לפעול בכל עניין של משפט בינלאומי מינהגי על פי כללי המשפט הבינלאומי המינהגי. איננו רשאים לעשות דין לעצמנו. שלטון החוק הוא גם שלטון החוק בשופט. עלינו, איפוא, לנהוג על פי כללי המשפט הבינלאומי המינהגי המכירים בחסינות מוגבלת למדינה הזרה בעניינים שלטוניים.¹⁴¹

נכונותו של בית המשפט להמעיט מערכו של המשפט הבינלאומי במקרים של הריסת בתים, ואף לעיתים קרובות להתעלם ממנו לחלוטין, עומדת בסתירה חזיתית לפסיקתו רבת השנים והעקבית, לפיה: '... 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... בשני המקרים גם יחד, חייבת הפעלת הסמכות לקיים את כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית, ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור...! (ההדגשה הוספה: המחברים).¹⁴²

¹³⁸ ראו אסתר אפרת-סמילג, דיני אמנות, ברובי סיבל (עורך), משפט בינלאומי, מהדורה שניה, התש"ע, 2010.
¹³⁹ ראה Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

para. 8.3; Human Rights Committee, General Comment 16, para.4.

¹⁴⁰ דינשטיין, לעיל, ה"ש 56. טיעון דומה הועלה על ידי קר'צמר (2002), לעיל, ה"ש 1, 125.

¹⁴¹ ר"ע 7092/94 Her Majesty the Queen in Right of Canada 'נ' אדלסון ואח' (לא פורסם, 16 בפברואר, 1995).

¹⁴² ג'מעית אסקאן, לעיל ה"ש 14, סעיף 10, פסקה 23, <http://elyon1.court.gov.il/files/94/920/070/A01/94070920.a01.pdf>.

גישה שונה זאת כלפי המשפט הבינלאומי בהקשר של הריסת בתים באה לידי ביטוי, באופן ספציפי, בכל הנוגע לדוקטרינת המידתיות. כפי שנקבע על ידי כבוד הנשיא ברק, דוקטרינת המידתיות '... חוצה את כל ענפי המשפט. במסגרת העתירה שלפנינו, חשיבותה היא כפולה: ראשית, היא מהווה עקרון בסיסי של המשפט הבינלאומי בכלל ושל דיני התפיסה הלוחמתית בפרט¹⁴³; שנית, היא מהווה אמת מידה מרכזית במשפט המינהלי הישראלי החלה באזור הנתון לתפיסה לוחמתית.¹⁴⁴ (ראו גם את עבודתו של שני, הקובעת כי ניתן להתייחס לדוקטרינה זו כאל עקרון כללי של דיני זכויות האדם הבינלאומיים ושל דיני הכיבוש).¹⁴⁵ אכן, העקרון מפורש בהרחבה על ידי בית המשפט, המתייחס אליו כאל עקרון כללי, החל על כל סוג של פעולה צבאית על פי כללי המשפט הבינלאומי.¹⁴⁶ 'הנה כי כן, דיני המשפט הבינלאומי מזה ועקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי מזה, מכירים במידתיות כאמת מידה המאזנת בין סמכותו של המפקד הצבאי באזור לבין צורכיה של האוכלוסיה המקומית... כחוט השני עובר בפסיקתו של בית המשפט העליון'.¹⁴⁷

עם זאת, כאשר הוא נכנס לזירת הריסת הבתים, בית המשפט אינו מפעיל ביקורת שיפוטית רחבה הבוחנת את המדיניות עצמה על-פי עקרון המידתיות כפי שהוא מוצא ביטוי במשפט הבינלאומי. תחת זאת, בית המשפט מגביל עצמו לבחינת אמצעים אפשריים לריכוך הנזק הספציפי שהמדיניות גורמת.¹⁴⁸

יצוין, כי אפילו במקרים הנדירים בהם פסל בית המשפט יישום ספציפי של המדיניות, או שבהם דעת המיעוט חלקה על שופטי הרוב אשר אישרו את הפעלת המדיניות,¹⁴⁹ השופטים הסתמכו על הדין הישראלי. המשפט הבינלאומי לא שימש איפוא בסיס משפטי לקביעת אי-חוקיותם של אמצעים הנופלים בגדר המדיניות, ולו אף במקרה אחד מתוך יותר ממאה מקרים בהם נבחנה חוקיותה של המדיניות על ידי בית המשפט.

כך גם גישתו של בית המשפט ביחס לבחינת חוקיות המדיניות לאור דיני הכיבוש. מאז 1967, ניתנו על ידי בית המשפט פסקי דין רבים העוסקים בהיבטים רבים של הכיבוש.¹⁵⁰ המקרים בהם בית המשפט

¹⁴³ יובל שני, 'עקרון המידתיות על פי המשפט הבינלאומי' (2009), המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 75, 86.
¹⁴⁴ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל 2004 פ"ד נח(5) 807, סעיף 36. תרגום לאנגלית רשמי נמצא ב: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/560/020/A28/04020560.a28.pdf.

¹⁴⁵ יובל שני, 'עקרון המידתיות על פי המשפט הבינלאומי' (2009), המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 75, 119-42, ובמיוחד 131 ו-139.

¹⁴⁶ שם, 87.
¹⁴⁷ בית סוריק, לעיל, ה"ש 144, פסקה 39.

¹⁴⁸ ראה, למשל, בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' מפקד פיקוד העורף 2009 (לא פורסם, מאי 1 2009) כבוד השופט נאור, פסקה 5, ראה, למשל, כבוד השופט חשין בדעת מיעוט בבג"ץ 4772/91 חיראן נ' מפקד כוחות צאל באזור יהודה ושומרון 1992

פ"ד מו(2), 155-161.

¹⁵⁰ Orna Ben-Naftali and Yuval Shany: 'Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories' (2003-2004) 37 *Israel Law Review* 17; Guy Harpaz and Yuval Shany, 'The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discrimination under Belligerent Occupation Law' (2010) 43 *Israel Law Review* 514, 514.

התעלם מהוראות דיני הכיבוש הצטמצמו בצורה ניכר במהלך השנים, בעוד שהמקרים בהם נעשה מאמץ משמעותי לבחון את ההתאמה בין האמצעים הביטחוניים לדיני הכיבוש הלכו והתרבו.¹⁵¹ ברוב המקרים, הפעלת שיקול הדעת על ידי המפקד הצבאי מוכפפת כיום לביקורת שיפוטית מקיפה. כך הדבר במיוחד בכל הנוגע לאמצעים ביטחוניים הפוגעים בזכויות רכושיות, תחום שבו בלטה פעילותו של בית המשפט באיזון בין אינטרסים בטחוניים לבין צרכים אזרחיים, פלסטינים.¹⁵² לאור זאת, ניתן היה לצפות למצוא הסתמכות נרחבת ושיטתית זאת של בית המשפט על דיני הכיבוש במיוחד בתחום הריסת בתים, וזאת נוכח ההגנה המשמעותית הניתנת במסגרתם לזכויות רכושיות.¹⁵³

דא עקא, בניגוד לגישתו הכללית לאמצעים ביטחוניים בשטחים, דווקא בתחום הריסת בתים, נוטה בית המשפט להתעלם מהוראות דיני הכיבוש,¹⁵⁴ או קובע בפסקנות וללא כל נימוק כי תקנה 119 והמדיניות עולים בקנה אחד עם תקנות האג¹⁵⁵ ועם אמנת ג'נבה הרביעית.¹⁵⁶ המקום היחיד בו ניתן לאתר התייחסות משמעותית של בית המשפט לדיני הכיבוש בהקשרה של המדיניות הינו כאשר נדרש בית המשפט לבחון את היבטיה הפרוצדוראליים של מדיניות הריסת הבתים (כגון הזכות לשימוע לפני הריסה).¹⁵⁷

פסק הדין בענין *עואודה*, שניתן ביוני 2014, ופסק הדין בענין *קואסמה*, שניתן באוגוסט 2014, מחישים באופן ברור את האמור לעיל. החלטת בית המשפט בשני מקרים אלה התבססה אך ורק על הדין הישראלי, תוך התעלמות מהוראותיו המחייבות של דיני הכיבוש והחובות המוטלות על ישראל מכוח מערכת דינים זאת. הדוגמא האחרונה ממחישה במיוחד את התייחסותו הלוקה בחסר של בית המשפט לדיני הכיבוש. העותרים נעזרו בדיני הכיבוש על על מנת לבסס את טענותיהם בדבר אי-חוקיותה של המדיניות. כבוד השופט דנציגר, אשר ישב בראש הרכב של שלושה שופטים אשר פסק בענין כפה אחד, התייחס לטענת העותרים, אולם התעלם לחלוטין מדיני הכיבוש בהחלטתו.¹⁵⁸

ניתן אולי להסביר את נכונותו של בית המשפט להתעלם מדיני הכיבוש בהקשר של הריסות בתים במזרח ירושלים, שהרי החוק הישראלי הוחל לגביה, ומנקודת מבטו של המשפט הישראלי, היא אינה שטח כבוש שדיני הכיבוש חלים עליו.¹⁵⁹ אולם הסבר זה אינו יכול לעמוד עד כמה שהדברים נוגעים לאי נכונותו של

¹⁵¹ לניתוח, ראה הרפז ושני, שם.

¹⁵² בית סוריק, לעיל, ה"ש 144.

¹⁵³ ראה, למשל, מוראר, לעיל, ה"ש 54.

¹⁵⁴ ראה, למשל, בג"ץ 6026/94 נאל נ' מפקד כוחות צלל ביהודה ושומרון (1994) פ"ד מח(5) 338. כמו כן, ראה פסק דין שניתן לאחרונה בענין *עואודה*, לעיל, ה"ש 40 בו בית המשפט התעלם מהחוקים החלים על תפיסה לוחמתית.

¹⁵⁵ לניתוח פסיקה זו, ראה דינשטיין, לעיל, ה"ש 1, 96-295.

¹⁵⁶ שם.

¹⁵⁷ *האגודה לזכויות אזרח בישראל*, לעיל, ה"ש 11, פסקאות 5-8.

¹⁵⁸ למעט חריג אחד: כבוד השופט התייחס להוראה אחת של הסכמי אוסלו בין מדינת ישראל והרשות הפלסטינית, אשר לפיה, על פי הבנתו, ישראל שמרה על האחרייות הביטחונית הכוללת באזור A של הגדה המערבית.

¹⁵⁹ על פי המשפט הישראלי מזרח ירושלים נחשבת כחלק מהטריטוריה המצויה תחת ריבונותה של מדינת ישראל, אולם הקהילה הבינלאומית מתייחסת אליה כאל שטח כבוש. ראה: ICJ's Advisory Opinion לעיל, ה"ש 29 וכן גישת בית המשפט, בג"ץ 1661/05 *המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל* פ"ד נט(2) 481.

בית המשפט לבחון צווי הריסה בגדה המערבית על פי חוקי התפיסה הלוחמתית, או לאי-נכונותו לבחון צווי הריסה במזרח ירושלים על בסיס דיני זכויות האדם הבינלאומיים.

התייחסות בית המשפט למדיניות על פי דיני זכויות האדם הבינלאומיים דומה, לצערנו, להתייחסותו למדיניות על פי משפט ההומניטרי. במספר לא קטן של מקרים אחרים בית המשפט הסתמך, או לפחות התייחס לדינים אלה, בבואו לבחון האם שימוש באמצעים ביטחוניים מסויימים הינו מוצדק וחוקי.¹⁶⁰ אולם אין זה המקרה כאשר מדובר בבואו לבחון את חוקיותה של המדיניות. עיון בפסיקתו של בית המשפט בתחום זה מלמד כי הוא מתעלם באופן עקבי וגורף משורה של מחקרים חשובים של מלומדים ומדו"חות שהוכנו על ידי ארגוני זכויות אדם הקובעים כי המדיניות מפרה זכויות אדם מהותיות ופרוצדורליות. ביותר ממאה מקרים של הריסות שהגיעו לפתחו של בית המשפט. אין ולו מקרה מתועד אחד בו בית המשפט בחן באופן משמעותי את ההפרות הלכאוריות הללו לפי דיני זכויות האדם של המשפט הבינלאומי.

יתר על כן, בית המשפט התעלם לאורך השנים באופן עקבי ומוחלט מהרלבנטיות של המשפט הבינלאומי הפלילי לדיון בחוקיות המדיניות, וזאת למרות ההשקפה, בה תומכת חוות דעת זו, כי המדיניות, או היבטים מסויימים שלה, עלולים לעלות כדי פשע מלחמה. אכן, בית המשפט עוסק בנושא של הריסת בתים בסמכותו כבית משפט מנהלי ולא כבית משפט לעניינים פליליים. עם זאת, החלת המשפט הפלילי הבינלאומי על התחום של הריסת בתים רק מדגישה את אופיה החרגי של המדיניות וכפועל יוצא מכך, את אופיה הבלתי סביר והלא מידתי. הרלבנטיות (ולו העקיפה) של המשפט הבינלאומי הפלילי לתחום של הריסת בתים היתה צריכה לגרום לבית המשפט לבחון ביתר קפידה את החוקיות (המנהלית והחוקתית) של המדיניות, בין היתר, לאור הוראותיו של המשפט הבינלאומי הפלילי

בתת-פרקים 3.2-3.3 הצגנו את טענותינו כי המדיניות מפרה את כללי המשפט הבינלאומי, בתת-פרק 3.4 הצבענו על כך כי הפרות אלה עלולות להוות פשע מלחמה ובתת-פרק זה שטחנו את השקפתנו לפיה התייחסותו של בית המשפט להפרות השונות ולאפשרות לפיה המדיניות הינה בבחינת פשע מלחמה, הינה לוקה בחסר. בתת-הפרק הבא נדון באפשרות כי פסיקתו של בית המשפט עלולה לחשוף גורמים המעורבים במדיניות לסמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבינלאומי.

¹⁶⁰ בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי. בישראל נ' שר הפנים ואח' 2006 (לא פורסם, מאי 14, 2006), כבוד הנשיא ברק, פסקאות 36-37, <http://elyon1.court.gov.il/files/03/520/070/A47/03070520.a47.pdf>

3.6. חשיפת ישראלים לסמכות שיפוט פלילית בינלאומית ולאחריות פלילית בינלאומית?

תת-פרק זה מסתמך על ההנחה לפיה בית הדין הפלילי הבינלאומי עלול בנסיבות מסוימות ובהתקיים תנאים מסוימים, החורגים מגדר הדיון בחוות דעת זאת, לרכוש סמכות ביחס למעשים ומחדלים של אזרחי ישראל, גם אם מדינת ישראל לא אשררה את חוקת רומא שהקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי.

האפשרות שהמדיניות עלולה להוות פשע מלחמה על פי אמנת רומא אינה מובילה בהכרח לכך שבית הדין הבינלאומי הפלילי יפעיל את סמכות השיפוט שלו בענין זה. על מנת שסמכות שיפוט כאמור תתגבש ותופעל, שומה על מספר תנאים מצטברים בנושא הסמכות להתקיים.

אחת המשוכות הניצבות בפני בבית הדין הבינלאומי הפלילי בבואו ליטול לידיו סמכות לדון בטענות על אודות פשעים שבוצעו כביכול הוא עקרון המשלימות, המעוגן באמנת רומא. סעיף 10 למבוא של אמנת רומא מדגיש כי '... the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions' ועוד שסעיף 1 לאמנת רומא קובע כי 'An International Criminal Court is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern... and shall be complementary to national criminal jurisdictions.' הקובע כדלקמן:

'Having regard to paragraph 10 of the Preamble and Article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

- (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;
- (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;
- (c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3...'

לפיכך, בית הדין הבינלאומי הפלילי לא ירכוש סמכות בינלאומית ביחס לחשד לעבירה אם מערכת המשפט המדינתית הרלבנטית מטפלת באותו הענין ביעילות ובתום לב.

אנו סבורים כי לאור עקרון המשלימות, האופן "הרזה" בו מתייחס בית המשפט העליון למשפט הבינלאומי במקרים של הריסת בתים, והאופן הבלתי מספק בו הוא מטפל בהפרות של המשפט הבינלאומי הנגרמות על ידי המדיניות, מפחיתים את הסיכוי כי במידה ושאלת חוקיותה של המדיניות ואחריותם של גורמים

המעורבים בה יובאו בפני בית הדין הבינלאומי הפלילי (רשויות חקירה, תביעה ואלי אף שיפוט), ימנע האחרון מהפעלת סמכותו ביחס למדיניות.

תנאי מקדמי נוסף בנושא רכישת הסמכות נוגע להיקף הפשע הנטען ולחומרתו. אמנת רומא מוציאה מגדר הסמכות הפרות מינוריות או כאלו שבוצעו בקנה מידה קטן. תחת זאת, בהתאם להוראות סעיף 5 במשולב עם הוראות סעיף 17 לאמנה, סמכות השיפוט חלה במקרים של הפרות חמורות, שבוצעו בקנה מידה גדול. תנאי סף זה נתמך, בהקשר הספיציפי בו עסקינן, בהוראות סעיף 8(a)(iv) אשר נדון לעיל, המתייחס להשמדה "נרחבת" של רכוש. לאור האמור לעיל, השאלה אם בית הדין הבינלאומי הפלילי יפעיל את סמכותו על המדיניות תושפע אם העניין יובא לפניו, מהיקף ביצועה של המדיניות והמידתיות או העדר המידתיות של האמצעים הננקטים מכוחה. בכל מקרה, החלטה עתידית להפעיל מחדש את המדיניות כנגד מספר גדול של בתים בשטחים עלולה לגרום להכפפתה של המדיניות למסגרת סמכותו של בית הדין הבינלאומי הפלילי. לעומת זאת, ייתכן וניתן יהיה להימלט מרשת סמכותו, אם המדיניות תופעל במקרים בודדים בלבד. עם זאת, יש לשים לב בהקשר זה להחלטתו של בית המשפט הבינלאומי לענייני יוגוסלביה (ICTY):

"To constitute a grave breach, the destruction unjustified by military necessity must be extensive, unlawful and wanton. The notion of "extensive" is evaluated according to the facts of the case – a single act, such as the destruction of a hospital, may suffice to characterize an offence under this count."¹⁶¹

¹⁶¹ *The Prosecutor v. Tihomir Blasic*, לעיל, ה"ש 120, סעיף 157.

4. סיכום ומסקנות

בחוות דעתנו זו אנו קובעים כי למיטב הבנתנו המקצועית, מדיניות הריסת בתים ו/או אטימת בתים לצרכי הרתעה, המתבצעת על ידי ישראל בשטחים, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, עולה כדי הפרה חמורה של התחייבויות ישראל על פי הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי (לרבות על פי דיני הכיבוש, המשפט ההומניטרי הבינלאומי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים). המדיניות מפרה באופן חמור את התחייבויותיה של מדינת ישראל מכוח דיני המלחמה, המשפט הבינלאומי ההומניטרי, דיני הכיבוש, דיני זכויות האדם הבינלאומיים, וזאת לאור לשונם, רוחם ותכליתם של תת-ענפי משפט אלה. אשר על כן, פסיקתו העקרונית והעקבית של בית המשפט העליון הישראלי המכירה, ברמה העקרונית, בחוקיותה של המדיניות, אינה מתיישבת עם הפרשנות המקובלת של תת ענפי משפט אלו.

הפרות אלו עלולות, בתנאים מסויימים, לעלות כדי פשע מלחמה, על פי כללי המשפט הבינלאומי הפלילי, ובהתקיים תנאים מסויימים, עלולות להיות כפופות לסמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבינלאומי, על פי אמנת רומא.

אנו ממשיכים וטוענים כי פסיקתו של בית המשפט בתחום של הריסת בתים, המאשרת, באופן עקרוני, את חוקיותה של המדיניות, עומדת בסתירה לפסיקתו הוא, בתחומים דומים בהם קיים מתח בין צרכי ביטחון לזכויות אדם בשטחים ובהם משפט הבינלאומי נדרש לפתור מתח זה.

חוות דעתנו משווה בין פסיקת בית המשפט בנושא הריסת בתים לבין פסיקתו בתחומים דומים בהם קיים מתח בין צרכי ביטחון וזכויות אדם בשטחים, ומצביעה על כך שבפסיקתו בנושא הריסת בתים, בית המשפט סוטה מההלכה הפסוקה שלו בהקשרו של המשפט הבינלאומי. בהתבסס על ממצאים אלה, עמדנו בחוות דעת זו על שני מאפיינים מרכזיים של עמדה ייחודית זו: (1) נכונות לזנוח את הדרישה של אחריות אישית ומסוכנות אישית; ו- (2) ביקורת שיפוטית שאינה כוללת בדיקה מקיפה וקפדנית של האמצעים על פי הוראות המשפט הבינלאומי.

טענת המדינה לפיה המדיניות מגשימה את יעדה, דהיינו הרתעת מחבלים פוטנציאלים, לא הוכחה כדין, בעוד שקביעתו של בית המשפט לפיהן המדיניות עומדת ברף ההוכחה הנדרש על ידי המשפט הבינלאומי לצורך נקיטת אמצעים ביטחוניים פוגעניים הינה, בכל הכבוד, שגויה. המדיניות מתימרת להסתמך על טעם אחד ויחיד: הרתעת מחבלים פוטנציאלים. ואולם, רף ההוכחה שנקבע על ידי בית המשפט לעניין הוכחת טעם זה הינו נמוך באופן חסר תקדים ואינו מתיישב עם הרף הנדרש על ידי המשפט הבינלאומי.

זאת ועוד, פסיקתו של בית המשפט לפיה אין מדובר בענישה קולקטיבית הינה, בכל הכבוד, שגויה לדעתנו והיא סותרת את המשפט הבינלאומי ואת ההלכה הפסוקה הבינלאומית בתחום זה.

אי-חוקיותה של המדיניות הופכת להיות חריפה במיוחד על רקע מסקנותיה של ועדת האלוף שני, מסקנות שהטילו ספק כבד במוסריות המדיניות, בחוקיותה ובאפקטיביות שלה.

אנו סבורים כי הגישה בה נוקט בית המשפט עלולה להגדיל את הסיכון לכך שחלק מהמעורבים בהפעלת המדיניות יועמדו לדין בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי, על פי אמנת רומא. המשך ביצוע המדיניות עלול בתנאים מסויימים שפורטו בחוות הדעת לחשוף מספר אזרחי מדינת ישראל המעורבים, בדרגות שונות וברמות השונות ביישומה ובאישורה, לשפיטה פלילית זרה (לאומית ו/או בינלאומית) ולהטיל עליהם אחריות פלילית בינלאומית.

אנו סבורים כי אל לו לבית המשפט העליון של מדינת ישראל לקבוע כי מדיניות בעלת מאפיינים של ענישה קולקטיבית, הינה חוקית. זאת ועוד, אל לו, לדעתנו, להעניק גושפנקא שיפוטית למדיניות הגורמת להפרות כה חמורות של התחייבויותיה של מדינת ישראל על פי כללי המשפט הבינלאומי (לרבות על פי דיני הכיבוש, הוראות המשפט ההומניטרי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים). כמו כן אנו בדעה כי אל לו לבית המשפט להשתית את חוקיותה של המדיניות הגורמת להפרות חמורות של זכויות אדם, כפי שהוא אכן עשה, על בסיס אותה 'תקוה' כי צווי ההריסה יוכיחו את עצמם כיעילים. כמו כן, אל לו לבית המשפט להצדיק את חוקיותה של המדיניות ואת ההפרות הכה חמורות של זכויות אדם שהיא גורמת, כפי שהוא אכן עשה, על בסיס העובדה ש'סביר להניח' שהאמצעים יוכיחו עצמם כיעילים או על בסיס חוסר היכולת להפריך את הטענה כי הרתעה כלשהי גלומה במדיניות.

חוות דעתנו מובילה אותנו למסקנה כי המשך יישום המדיניות סותר את המשפט הבינלאומי ולפיכך צריכה ישראל לחדול באופן בלתי הפיך מיישום המדיניות. על בית המשפט להכריז על אי-חוקיותה ועל הפסקת יישומה. מסקנותינו אלו מתחדדות לאור התפתחויות המשפטיות והמדיניות שחלו בזירה הבינלאומית, הכוללות הכרה באמנת ז'נבה כבעלת מעמד מנהגי, הקמתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, ואכיפה מוגברת של המשפט הבינלאומי. לשון אחר, גם אם ניתן היה בשנות ה-60 וה-70 של המאה הקודמת למצוא, בדוחק, תימוכין חוקיים למדיניות (אף שלטעמנו לא ניתן היה לעשות כן), הרי שהשינויים המשפטיים והאחרים שחלו בשנים האחרונות (ושהוכרו על ידי ועדת האלוף שני) שומטים את הקרקע מתחת לתימוכין אלה.

יודגש כי העמדה המשפטית המוצגת בחוות דעת זאת לא תשתנה גם אם יוחלט כי מדינת ישראל תאטום ולא תהרוס בתים ו/או תגביל את פעולת ההריסה/אטימה לחלקים מסויימים של הבית בו מתגורר החשוד/מורשע בפעילות טרור. עמדתנו המשפטית היא שגם בנסיבות אלו תסתור המדיניות את המשפט הבינלאומי בשל הפגיעה הקשה בזכויות אדם ובעקרונות בסיסיים של המשפט הבינלאומי (ובניהם דרישת האחריות האישית והאיסור על ענישה קולקטיבית) הטמונה במדיניות זו.

אכן, אין זו משימה קלה עבור בית המשפט להודות כי טעה, במיוחד נוכח קיומה של שורה ארוכה ועקבית של פסקי דין שאישרו את המדיניות. בה בעת, הטעות היא אנושית (*errare humanum est*), ואשר על כן אין בית המשפט כבול בתקדימיו הוא. אנו סבורים כי על בית המשפט להפוך את פסיקתו, ויפיים לעניין זה דבריו של כבוד הנשיא ברק: "איני נמנה עם אלה הגורסים כי ספיות ההחלטה מעידה על נכונותה. כל אחד מאיתנו עשוי לטעות. יושרנו המקצועי מחייב אותנו להודות בטעותנו אם שוכנענו כי אכן טעינו."¹⁶²

נובמבר, 2014.

פרופ' גיא הרפז

פרופ' יובל שני

פרופ' ארנה בן נפתלי

פרופ' מרדכי קרמניצר

¹⁶² פלונים נ' שר הבטחון, לעיל, ה"ש 95, פסקה 22.