



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8091/14

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט נ' סולברג

העותרים: 1. המוקד להגנת הפרט
2. במקום - מתכננים למען זכויות תכנון
3. בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם
4. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל
5. יש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם
6. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט
הערבי
7. רופאים לזכויות אדם
8. שומרי משפט - רבנים למען זכויות אדם

נגד

המשיבים: 1. שר הביטחון
2. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"א בכסלו התשע"ה (3.12.2014)

בשם העותרים: עו"ד מיכאל ספרד; עו"ד נועה עמרמי; עו"ד רוני פלי

בשם המשיבים: עו"ד ענר הלמן

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. עניינה של עתירה זו בסמכות המשיבים לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן תקנה 119 או התקנה), באופן המאפשר

להחרים, להרוס ולאטום בתיהם של אלה החשודים במעורבות בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל (במקורה הותקנה התקנה בימי שלטון המנדט הבריטי). העותרים מבקשים כי בית משפט זה יוציא צו הצהרתי, לפיו השימוש בתקנה 119 באופן זה ולמטרות אלה אינו חוקי, בהיותו נוגד לשיטתם את הדין הבינלאומי ואת המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי.

טענות הצדדים

ב. במרכז עתירה זו עומדת כאמור תקנה 119 (כנוסחה היום) אשר זו לשונה:

”מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה כל כלי יריה שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון-יד או כל חפץ נפיץ או מבעיר שלא כחוק, או כל בית, מבנה או קרקע השכונים 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;

ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ”ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. מקום שכל בית, מבנה או קרקע הוחרמו לפי צו מאת מפקד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר הבטחון בכל זמן, בצו, למחול על ההחרמה 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, לקנין בני-אדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה וכל שעבודים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לתקפם לטובת בני-האדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה.”

ג. העותרים הם שמונה ארגונים אשר פועלים להגנה על זכויות אדם בישראל ובשטחים המוחזקים. הם אינם חולקים על כך שהטענות המרכזיות המועלות על-ידיהם בעתירה זו לעניין חוקיות השימוש בתקנה 119 כאמור הועלו ונדחו בבית משפט זה בעבר. אלא, שלטענתם הכרעות בית המשפט בהקשר זה היו לפני שנים

רבות, במסגרת שני פסקי דין בלבד ובהנמקה לאקונית – בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד 464 (להלן עניין סחוויל) ובג"ץ 897/86 המזי חנא ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד מא(2) 522 (להלן עניין ג'אבר) – והגיעה העת לעיון מחדש בהצדקה הנורמטיבית שעמדה בשעתו בבסיס פסקי דין אלה. עוד נטען לעניין זה, כי מאז נדונו השאלות הללו חלה התפתחות של ממש במשפט הבינלאומי, לרבות הקמת הטריבונלים השונים לפשעי מלחמה ברחבי העולם, ולכן יש צורך להידרש לשאלות השונות מחדש. יוער, כי טענות העותרים, רובן ככולן, עניינן סמכות המדינה לעשות שימוש כאמור בתקנה 119 בשטחים המוחזקים, ולא בתוך גבולות מדינת ישראל.

ד. לגופם של דברים נטען בעיקר, כי תקנה 119 כפופה להוראות המשפט הבינלאומי, האוסרות על הריסת בתים שכן היא בגדר ענישה קולקטיבית, ולכן כאמור אין לאפשר הריסת בתים מכוח התקנה. טענות העותרים נתמכות בחות דעת של מומחים משפטיים: פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופ' ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז.

ה. לעניין ההיררכיה הנורמטיבית נטען, כי בניגוד לקביעת בית משפט זה בעניין סחוויל ובעניין ג'אבר, תקנה 119 כפופה לנורמות ולאיסורים הקבועים במשפט הבינלאומי; כך במיוחד כאשר מדובר בהחלת התקנה בשטחים המוחזקים, שכן שם אין בסיס לטענה כי הדין המקומי, לרבות תקנה 119, גובר על הדין הבינלאומי; תקנה 119 היא – כנטען – בגדר דין זר אותו "ירשה" ישראל מן השלטון הקודם, ולכן הרציונלים בדבר כיבוד הדין המקומי אף כאשר זה מתנגש עם הדין הבינלאומי, אינם חלים. עוד נטען לעניין זה, כי בהתאם לחזקת ההתאמה הפרשנית אשר אומצה גם בשיטת משפטנו, יש לפרש את תקנה 119 ככל הניתן בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי, דהיינו כך שלא תתאפשר הריסת בתים מכוחה באופן בו נעשה בה שימוש כיום.

ו. לעניין הוראות המשפט הבינלאומי נטען, כי ישנה תמימות דעים בקרב האקדמיה המשפטית שהריסת בתים סותרת את האיסור הבינלאומי המנהגי בדבר

ענישה קולקטיבית, הן לעניין האיסור על הריסת רכוש מוגן ללא צורך מבצעי והן לעניין האיסור על שימוש בלתי מידתי בכוח, ולכן אינה חוקית; כך במיוחד כשעניינו בדיני הכיבוש החלים, לפי הנטען, על השטחים המוחזקים. זאת, גם אם המטרה המוצהרת של המשיבים בעניינו היא הרתעתית בלבד; כך שכן – כנטען – השאלה איננה הכוונה העומדת בבסיס הדברים אלא התוצאה, דהיינו הריסת בתיהם של חפים מפשע נוכח פעילויות של אחרים המקורבים אליהם. האיסור על ענישה קולקטיבית עוגן בראשיתו בתקנה 50 לתקנות הנלוות לאמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, וכיום מעוגן בסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כך:

"שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן על אמצעי הפחדה או השלטת טרור אסורים. הביזה אסורה. מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורים" (אמנת ג'נבה בדבר הגנת האזרחים בימי מלחמה 1949 כתבי אמנה 1, בע' 559).

בנוסף מפנים העותרים להערות הצלב האדום משנת 1987 לפרוטוקול הראשון משנת 1977 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובעות כך:

"The concept of collective punishment must be understood in the broadcast sense: it covers not only legal sentences but sanctions and harassment of any sort, administrative, by police action or otherwise" (Commentary on Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions of 1949, p. 874, para. 3055 (1987), available at: <https://www.icrc.org/ihl/COM/470-750096?OpenDocument>)

ז. בנוסף נטען, כי התקנה אף מפרה עקרונות יסוד של המשפט העברי. בהקשר זה מפנים העותרים לפרשת השמדתה של העיר סדום בספר בראשית, בה אומר אברהם לאל: "חַלְלָה לְךָ מַעֲשֵׂת פְּדָבָר הַזֶּה לְהַמִּית צְדִיק עִם-רָשָׁע וְהָיָה כְּצְדִיק פְּרָשָׁע חַלְלָה לְךָ הַשֵּׁפֶט כָּל-הָאָרֶץ לֹא יַעֲשֶׂה מִשְׁפָּט" (בראשית יח כה); וכן לפרשת קורח, בה טוענים משה ואהרן מול אלוהים: "הָאִישׁ אֶחָד יִחָטָא, וְעַל כָּל-הָעֵדָה תִּקְצָף" (במדבר טז כב), ורש"י מבאר שם: "אמר הקב"ה יפה אמרת, אני יודע ומודיע מי חטא ומי לא חטא".

ח. עוד נטען, כי חל איסור על הריסת בתים גם מכוח האיסור על הריסה שרירותית של רכוש, המעוגן בין היתר בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, אשר נחשב – כנטען – לחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי:

“אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים או למדינה או לרשויות ציבוריות אחרות, או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה”.

כיון שלא ניתן לומר שהריסות הבתים עולות כדי "פעולות צבאיות [ה]מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה", גם מטעם זה נטען כי אין לפרש את תקנה 119 כמתירה הריסת בתים.

ט. כן מפנים העותרים לעמדת המשפט הבינלאומי הפלילי בסוגיה. נטען, כי ישראל אמנם לא אישרה את חוקת בית הדין הבינלאומי משנת 1998 ("אמנת רומא"), אולם פשעי מלחמה המוגדרים בה עולים כדי הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ועל כן מחייבות ההוראות הנוגעות להם את ישראל. כך למשל סעיף 8(2)(א)(4) של אמנת רומא אוסר על הריסה מסיבית של רכוש אשר אינה עולה כדי צרכים צבאיים הכרחיים; ובהתאם, נקבע על-ידי הטריבונל הפלילי ליוגוסלביה לשעבר – ICTY – כי הרס מעין זה הוא מותר אך כאשר "such destruction is made absolutely necessary by military operations" (*The Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, par. 157 (2000); ולא כך בענייננו, כאשר תכלית ההריסה היא לכל היותר הרתעתית.

י. עוד נטען, כי השימוש בתקנה 119 לשם הריסת בתים מפר את עקרון המידתיות במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי. כך, שכן הפגיעה באזרחים מפשע על-ידי הריסת בתיהם היא עצומה, ומנגד התועלת שבהריסת הבתים, לכאורה הרתעה, אינה מושגת. לעניין זה מפנים העותרים למצגת שבנתה ועדה בראשות האלוף אהוד שני, אשר ישבה על המדוכה בשנים 2004-2005 ובחנה את נושא הריסת הבתים; במצגת נרשם כי הריסת הבתים "מעצימה את טראומת הפליטות מן

העבר" (שקופית מס' 14), והיא מביאה ל- "חוסר לגיטימיות; הפוך על הפוך" (שקופית מס' 27), ומכאן המסקנה – "הפעולה איננה לגיטימית יותר ועל סף החוק!!!" (שקופית מס' 28).

יא. בשולי הדברים נטען, כי השימוש בתקנה 119 נעשה באופן מפלה; כך, שכן אף שנתפשו בעבר מחבלים יהודים אשר נחשדו, הואשמו או הורשעו בפשעים חמורים לא פחות משל הערבים, השימוש בתקנה נעשה אך כלפי האוכלוסיה הערבית. עוד נטען לעניין זה, כי טענת גורמי הביטחון שנשמעה בעבר, לפיה אין צורך בהרתעה בקרב האוכלוסייה היהודית אלא אך בקרב האוכלוסיה הערבית, נטענה ללא ביסוס עובדתי ואין לקבלה.

יב. המדינה טוענת מנגד כי יש לדחות את העתירה על הסף. ראשית נטען, כי מדובר בעתירה אקדמית-תיאורטית אשר אינה מבוססת על מקרה קונקרטי, ודי בכך כדי לדחותה. שנית נטען, כי כלל הטענות שהועלו על-ידי העותרים הועלו ונדחו בעבר בבית משפט זה, והעותרים בענייננו אף היו צד לחלק מעתירות אלה, ואין מקום לדיון מחודש בנושא. עוד ציינה המדינה, כי הסמכות להריסת בתים מכוח תקנה 119 מומשה אך במקרים בודדים וחמורים במיוחד בעשור האחרון, ובעת האחרונה, נוכח גל הטרור שפקד את ירושלים, הוציא מפקד פיקוד העורף שישה צוי הריסה למבנים בהם התגוררו מחבלים תושבי מזרח העיר; צו אחד מומש ואילו עניינם של חמישה אחרים עודו תלוי ועומד בפני בית משפט זה במסגרת עתירות נפרדות שהוגשו: בג"ץ 8066/14 ובג"ץ 8070/14 – הפיגוע הרצחני בבית הכנסת בשכונת הר נוף, בו נרצחו ארבעה בני אדם ונפצעו נוספים; בג"ץ 8025/14 – פיגוע דריסה בסמוך לרחוב הרב משה זקס בירושלים, בו נרצחו שני בני אדם ונפצעו נוספים; בג"ץ 7823/14 – פיגוע דריסה נוסף בסמוך לרחוב הרב משה זקס בירושלים, בו נרצח אדם אחד ונפצעו נוספים; בג"ץ 8024/14 – דקירתו של אדם בסמוך למרכז למורשת מנחם בגין בירושלים, ופציעתו באורח קשה ביותר.

יג. לגופם של דברים נטען, כי אין המדובר בענישה קולקטיבית ובפגיעה בחפים מפשע. כך, שכן במקרים רבים בהם נדחו עתירות בגין שימוש בתקנה 119 לשם הריסת בתים, בית המשפט קבע כי העותרים לא היו אנשים תמי לב, וידעו במידה זו או אחרת על פעילות המחבל. עוד צוין, כי מכל מקום חקיקה ראשית גוברת על עקרונות כלליים של המשפט הבינלאומי, ועל כן אין צורך לבחון את תקנה 119 בכפוף להוראות הדין הבינלאומי המנהגי. כן צוין, כי עתירות רבות הנוגעות לתקנה 119 – לרבות כל העתירות הפרטניות התלויות ועומדות כיום מול בית משפט זה – עניינן הפעלת התקנה כלפי תושבי מדינת ישראל, ועל כן הטענות הנוגעות לתחולת דיני הכיבוש בשטחים אינן רלבנטיות.

הדיון בפנינו

יד. בדיון בפנינו הדגיש בא כוח העותרים את טענתם, לפיה אף אם התכלית שבבסיס הריסת הבתים היא הרתעתית, אין בכך כדי להפחית את הפגיעה הלא מידתית בחפים מפשע כתוצאה מההריסה. בנוסף נטען, כאמור, כי אף אם יש בכך כדי להרתיע – דבר שלא הוכח כנטען על-ידי המדינה – המשפט הבינלאומי אוסר על ענישה קולקטיבית כאמצעי הרתעתי, ועל כן השימוש בתקנה 119 לצורך זה פסול מעיקרו. עוד נטען, כי בניגוד לאמור בתגובת המדינה, השאלות העומדות על הפרק טרם נדונו באופן מעמיק בבית משפט זה, ולכן מתבקש כי הסוגיה תידון כעת, ובפני הרכב מורחב.

טו. בא כוח המדינה השיב כי אך לפני מספר חודשים דחה בית משפט זה עתירה דומה שביקשה לדון מחדש בשאלות מתחום המשפט הבינלאומי, בנימוק כי אין מקום לדון מחדש בטענות שהועלו ונדחו בעבר. אשר לטענת הענישה הקולקטיבית, נטען כי כיון שמדובר בהרס הבית בו התגורר המחבל הספציפי, אין מדובר בענישה קולקטיבית, אלא בהרתעה בלבד. לגופם של דברים נטען, כי בהתנגשות שבין הדין הבינלאומי לדין הישראלי המפורש, גובר הדין הישראלי, ועל כן הסמכות המוקנית למפקד הצבאי מכוח תקנה 119 גוברת על המשפט הבינלאומי המנהגי באותו נושא. אשר לטענת האפליה השיב בא כוח המדינה, כי

ענייננו כאמור בהרתעה, וזו אינה נדרשת בקרב האוכלוסייה היהודית, ולכן אין המדובר באפליה אלא בשונות רלבנטית.

הכרעה

טז. לא אכחד כי עתירה זו מעוררת מטיבה שאלות קשות; כפי שציינתי באולם בית המשפט, אולי נוח וקל יותר לעמוד בצד העותרים מאשר בצד המשיבים, ואיש אינו יכול לכחד כי מתעוררת כאן דילמה מוסרית במקומות מסוימים. בשבתי לכתוב פסק דין זה הייתי כאותו דיין במקורות חז"ל, האמורא רב, האומר בצאתו לדין (בבלי סנהדרין ז', ב') "ברעות נפשיה לקטלא נפיק..." "ברצונו שלו ליהרג הוא יוצא" (במובן של נשיאת עוון אם ישגה); ועוד נאמר "לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנום פתוחה לו מתחתיו..." (בבלי יבמות ק"ט, ב'), ומתקיים בנו השופטים גם מה שמוזהרים עדים שלא להעדיף לומר (משנה סנהדרין ד', ב') "ושמא תאמרו, מה לנו ולצרה הזאת..." , וכדברי רש"י סנהדרין ל"ז, ב', בפירוש למלים אלה "להכניס ראשינו בדאגה הזאת, אפילו על האמת"; אלא שחובתנו כאותו עד היא "אם לו' א יגיד ונשא עווננו" (ויקרא, ה', א'), ופירש רש"י "עליכם מוטל חובה ונשיאות עון אם לא תגידו מה שראיתם". כך גם השופט במלאכתו, שחובתו להכריע ואין לו ברירה. בכגון ענייננו אמר השופט טירקל (בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003) (להלן עניין סעאדה) "מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו... 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 משראו לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך".

לקושי תורמת העובדה, שהעתירה נתמכת בחוות דעת מומחים, אם כי הדין אינו טעון חוות דעת, בעוד עמדת המדינה נשענת בעיקרה על עילות סף. עם זאת, נציין כבר כעת כי לא מצאנו לפתוח מחדש שאלות שהוכרעו על-ידי בית משפט זה, גם אם ההנמקה אינה מניחה את דעת העותרים, וזאת לאחר שטענות דומות הועלו ונדחו אך לפני מספר חודשים בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה

המערבית (1.7.14) (להלן עניין עואודה) ובג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.8.14) (להלן עניין קואסמה). נידרש לדברים בקצרה, ונאמר בראשית, כי השימוש בתקנה 119 צריך להיות במשורה, ואכן מספר שנים לא נעשה בה שימוש, גם בעקבות המלצת ועדת שני הנזכרת, אך נטען בפנינו כי הנסיבות שנוצרו עתה – של הרג אכזרי, פעם אחר פעם, של חפים מפשע – מצריכות שימוש בתקנה, ולכך נידרש. ועוד: עלינו להתבונן אל הנושא גם בתוך התמונה הרחבה של המלחמה בטרור, של מדינת ישראל ושל תבל ומלואה. מלחמה זו אשר "רבים תללים הפילה, נעצמים כל הַרְגִיָה" (משלי, ז', כ"ו), גורמת לא לישראל בלבד לנקוט צעדים שלא היתה חפצה בהם מראש.

יז. תחילה – להיסטוריה השיפוטית של נושא תקנה 119 בבית משפט זה לדורותיו: כפי שנפסק, תכלית תקנה 119 היא הרתעתית, לא עונשית; מטרתה ליתן בידי המפקד הצבאי כלים שיוכלו ליצור הרתעה אפקטיבית, תכלית שקשה לחלוק על חשיבותה כשלעצמה (ראו בג"ץ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 42, 44 (1986) (להלן עניין דג'לס); בג"ץ 4772/91 חיזוראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(2) 150 (1992); וראו שם דעת המיעוט של השופט (כתארו אז) חשין; בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 60 (2003) (להלן עניין עבאסי); עניין סעאדה, בעמ' 292; עניין עואודה, פסקה 19; עניין קואסמה, פסקה 23). אשר לשאלה האם יהיה בהרס המבנה הקונקרטי כדי ליצר הרתעה אפקטיבית, נקבע כי אין בית משפט זה בא בנעליה של מערכת הביטחון, לה מסור שיקול הדעת לקבוע אימתי האמצעי יעיל ויש לעשות בו שימוש לשם השגת מטרת ההרתעה (בג"ץ 2006/97 ג'נימאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 653-654 (1997); בג"ץ 9353/08 הישאם אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 5 (2009) (להלן עניין הישאם); עניין עואודה, פסקה 20; עניין קואסמה, פסקה 25). תשובת המדינה בעתירות הפרטניות לוותה בתצהיר מאת מפקד פיקוד העורף האלוף א' אייזנברג. נזכור, בכל בעיתיות הנושא, כי הריסות אושרו רק זה לא מכבר כאמור, בפרשות עואודה וקואסמה.

יח. מעבר לזה, לא יתכן חולק על הנזק הנגרם לקניינם של יושבי הבית ככל שלא היו מעורבים בעבירה בגינה הוחלט על הריסתו; בהמשך לכך נקבע, כי אף שתוקפן של התקנות אינו כפוף להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שכן הן בגדר "דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד" (פסקה 10 לחוק היסוד), יש לפרשן בהתאם לאמור בחוק ולהפעיל את הסמכות מכוחן באופן מידתי (בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217; עניין עבאסי, בעמ' 59; עניין סעאדה, בעמ' 291-292; עניין הישאם, פסקה 5; עניין עואודה, פסקה 17; עניין קואסמה, פסקה 22). מבקש אני להטעים דבר זה ביתר שאת, ואשוב לכך בהמשך.

בעקבות גישה זו, נקבעו בין היתר אמות-המידה הבאות לשם תיחום סמכותו של המפקד הצבאי בעת בואו להפעיל את הסמכות המוקנית לו מכוח תקנה 119 ולהורות על הריסת ביתו של חשוד בפעולות טרור:

"חומרת המעשים המיוחסים לחשוד; מספרם ומאפייניהם של אלו הצפויים להיפגע כתוצאה מהפעלת הסמכות; עוצמת הראיות כנגד החשוד ומידת מעורבותם, אם בכלל, של יתר דיירי הבית. עוד נדרש המפקד הצבאי לברר האם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה מבלי לפגוע בבתים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה" (עניין קואסמה, פסקה 22 לפסק דינו של השופט דנציגר; ראו גם: בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (1992) (להלן עניין אלעמרין); סאלם נ' האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 353, 359 (להלן עניין סאלם); עניין הישאם, פסקה 5).

אכן, לפי הפסיקה מדובר ברשימה פתוחה ויש לבחון את הפרמטרים כמכלול; היינו, אין בבחירה להרוס את הבית כולו, חלף אטימת חדר או הריסת חלק מסוים בבית, כדי להצביע בהכרח על כך שהאמצעי שנבחר אינו מידתי ומצדיק את התערבותו של בית משפט זה בשיקול הדעת המסור כאמור לכוחות הביטחון (עניין עבאסי, בעמ' 60-61; עניין קואסמה, פסקה 26); כך גם אין הכרח להראות כי אלה המתגוררים בבית ידעו אודות הפעילות החבלנית של החשוד (עניין אלעמרין, פסקה 9; עניין סאלם, בעמ' 359; עניין הישאם, פסקה 7). כאמור, המידתיות נבחנת

בראש וראשונה ביחס לחומרת המעשה המיוחס לחשוד, ממנו נגזרת מידת ההרתעה הדרושה, ואשוב ואטעים את אמות-המידה הנזכרות, ואת שיקול הדעת המדוקדק הדרוש.

יט. עוד יוער, כי אף שעתירה זו מכוונת רובה ככולה להפעלת תקנה 119 בשטחים המוחזקים, נקבע בבית משפט זה כי התקנה חלה הן לעניין תושבי השטחים והן לעניין תושבי מדינת ישראל (עניין הישאם, פסקה 5; עניין עבאסי, בעמ' 60).

ועתה לטענות העותרים.

כ. אפתח ואומר, כי יש להבחין בין שאלת הסמכות לגבי השימוש בתקנה 119 לבין שיקול הדעת באשר לשימוש בה, קרי, סבירות. כפי שיוצג להלן, נראה – בכל הכבוד – כי הסמכות קיימת, והשאלה המרכזית היא סבירות ושיקול הדעת. אם ניטול את הדיון המקיף שערכה ועדת האלוף שני בשעתה, בעשור הקודם, אשר את עיקריו ניתן לראות במצגת שהוגשה, נמצא לפיה – והיא כללה משפטנית בכירה, ראש מחלקת הדין הבינלאומי בצה"ל – כי השימוש בכלי זה חוקי גם במבחן המשפט הבינלאומי וגם במשפט הפנימי. אשר לסבירות, נמצא כי "קיימת תמימות דעים בגופי המודיעין לגבי הקשר בין הריסות בתי מחבלים לבין ההרתעה. לאור הרגישות מתקיים בפיקוד המרכז תהליך מאוזן ומוסדר להריסת בתי מחבלים... אך עדיין יש לשקלל את ההרתעה כחלק מהשיקולים בלבד" (מתוך מצגת הועדה, הדגשה במקור). נאמר עם זאת, כי במבחנים ציבוריים בינלאומיים ופנימיים, הפעולה אינה לגיטימית יותר ועל סף החוק. והנה אחרי מספר שנים של אי שימוש בתקנה בירושלים (2008-2009) ומספר שנים גדול יותר באיו"ש (2005-2014) – ראו פסקה 23 לפסק דינה של המשנה לנשיאה בעניין עואודה – חודש עתה השימוש בתקנה בעקבות אירועים תכופים ונתעבים של פגיעה מכוונת בירושלים בחפים מפשע, רצח ונסיונות רצח, כפי שפורטו מעלה.

כא. אשר לסמכות, הטענות כשלעצמן אינן חדשות אלא שרוכזו שוב יחדיו, וחלק מהן הועלו בעבר, כפי שציינה המדינה, על ידי אותם עותרים עצמם או חלקם. בקצירת האומר נזכיר, כי במובן המשפטי ה"טהור" יש להבחין בין תחומי מדינת ישראל וירושלים בכלל, לבין איזור יהודה ושומרון, דבר שלא נעשה בעתירה. בישראל גופה תקנה 119 היא, כאמור, דין – חקיקה ראשית – שסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו העוסק בשמירת הדינים משמר את תקפו. בסוגריים נעיר, כי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 – פרי שלטון מנדטורי, כאמור, שהישוב היהודי נאבק בו בשעתו – אינן משוש לב של משפטן ישראלי וכבר בעבר דובר על החלפתן, והדבר לא אירע, אולי בגלל המצב הבטחוני הכרוני וקשייו; אך לא זה המקום לעסוק בכך. לגופם של דברים, ברי כי אין מקום להשיג על תחולת התקנה והסמכות לשימוש בה במדינת ישראל. עם זאת, גישתנו השיפוטית המהותית, להבדיל מן הניתוח הפורמלי, אינה מבדילה באשר לשימוש בתקנה בין ישראל לאיו"ש וסבירותו, וכבר נאמר כי מקום שאנשי רשות ישראלית מפעילים סמכות באיו"ש, יש לראותה כמושתתת על אותם עקרונות יסוד שבדין הישראלי; ובמלותיו של השופט – כתארו אז – ברק: "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאוויה אלמחודדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 810 (1983); וראו גם בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45, 52 (1991)).

כא. לעניין תחולת המשפט הבינלאומי, כשהמדובר באיו"ש, כפי שציינו העותרים עצמם, נקבע בבית משפט זה בשורה של פסקי דין, כי הוראות תקנה 119 עולות בקנה אחד עם הדין החל על השטחים המוחזקים (עניין סחוויל, פסקה 4; עניין ג'אבר, בעמ' 525-526; בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 532-533 (1989)). הסמכות המוקנית למפקד הצבאי מכוח תקנה 119, שהועברה לו "בירושה" מן השלטון ששרר באזור עובר לשליטה הישראלית, היא בסופו של יום חלק ממארג הכלים העומד לרשותו על מנת לממש את תפקידו העיקרי, כפי שמורה לו תקנה 43 לתקנות האג: "לנקוט

בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך". בהמשך, כפי שמציין המלומד דינשטיין, "The choice of means deemed necessary to contend with the problems of control and security is left to the Occupying Power" (Yoram Dinstein *The International Law of Belligerent Occupation* 93 (2009); יצוין, כי המחבר המלומד מותח ביקורת בנושא הריסת הבתים ואטימתם בחלק ניכר מן המקרים (עמ' 156, 159). See also: Article 27 of Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949; *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, at 207 (Geneva, by J.S. Pictet, 1958). "[i]t would thus be very strange indeed to hold that the occupant was forbidden to maintain the existing law when this was necessary for his security" (Julius Stone *No Peace, No War in the Middle East*, 15 (1969).

כב. נוסף, כי אמנות ג'נבה מ-1949 ותקנות האג מ-1907 לפניהן, עוצבו ונחתמו בתקופה שונה מזו שאנו חיים בה כיום. הטרור עמו נדרשות אומות העולם להתמודד, ומדינת ישראל ודאי אינה שונה בכך, מציב אתגרים לא פשוטים בפניהן, שכן גורמי הטרור אינם נשמעים לקולה של אמנה זו או אחרת (ראו למשל: Hans-Peter Gasser "Acts of terror, 'terrorism' and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, No. 847 547 (2002); Glenn M. Sulmasy "The Law of Armed Conflict in the Global War on Terror: International Lawyers Fighting the Last War" 19 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 309, 311 (2005). פורום עיון, יו"ר דן מרידור, עורך חיים פס, המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ז-2006). אי אפשר שלא להתבונן אל הנושא שלפנינו במסגרת המלחמה בטרור, אותה כינה האפיפיור זה לא מכבר "רסיסים של מלחמת העולם השלישית" (ספטמבר 2014). נדמה כי המקרים המתוארים בעתירות הפרטניות מעלה מדברים בעד עצמם. מכאן, שיש לפרש את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית שישראל קיבלה עליה גם אם לא הכירה בתחולת האמנה במובן המשפטי (ה' אדלר "דיני כיבוש" משפט בינלאומי 590-591 (2010), ר' סיבל עורך); Meir

Shamgar "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage" *Military Government in the Territories Administered by 1967-1980* – באופן שישמור על רוחן ויגשים את התכליות העומדות בבסיסן, אולם בד בבד יאפשר למדינת ישראל להגן על בטחון תושביה במובן הבסיסי ביותר. כפי שהזדמן לי לומר בעבר:

"היחס בין שאלות בנושאי זכויות האדם לבין האתגר הבטחוני והצורך הבטחוני עתיד להישאר לאורך ימים על סדר-יומם של החברה הישראלית ובתי המשפט בישראל... יימשך איפוא המתח הטבוע שבין הביטחון לנושאי זכויות האדם. בית המשפט יבקש את האיזון שבין הביטחון לזכויות, כך שלא יינשא שמו של הביטחון לשווא אך הביטחון גם לא יופקר" (א' רובינשטיין "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", עיוני משפט כ"א (תשנ"ח) 21, 22; ראו גם א' רובינשטיין "על ביטחון וזכויות אדם בימי לחימה בטרור" משפט וצבא 16, 765, 766-771 (תשס"ב-תשס"ג) וכן א' רובינשטיין נתיבי ממשל ומשפט 15-40 (תשס"ג-2003); בג"ץ 1265/11 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות י"ז-י"ט (2012).

כג. בהמשך לכך, אין להלום את טענת המבקשים כי כל הריסה שהיא, קטנה כגדולה וללא תלות בנסיבות הקונקרטיות, עולה בהכרח כדי עונש קולקטיבי האסור כאמור מכוח סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית (ראו לעניין זה – ע' גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים 224 (תשס"ד-2004) (להלן גרוס)). לא אביא דוגמאות לשימוש ברוטלי של מדינות "בנות תרבות" בהריסות בתים באופן קולקטיבי ולא אינדיבידואלי בעבר רחוק או גם קרוב; ראו דוגמאות אצל Dan Simon "The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories" 19 Y.J.I.L 1, 8 (1994). כך גם לגבי האיסור על הריסת בתים המופיע כאמור בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית; איסור זה מסויג בכך שבמקרה בו הפעולה נחוצה מטעמים צבאיים, אין היא אסורה על פי הסעיף. כפי שמציין גרוס בהקשר זה, "צרכים צבאיים יש להבין בזמן של קיום קרבות או פעילות מזוינת. במובן זה, פעולות טרור שיטתיות כחלק מאסטרטגיה או ממאבק מזוין עונה על הגדרה זו... הריסת בית כדי למנוע שישוב וישמש למטרות טרור... צריכה להיחשב בבחינת 'צורך צבאי'" (גרוס, 227-228). השאלה היא כאמור שאלה של מידתיות, וכבר

הובהר כאן כי אין לעשות שימוש לא מידתי בסמכותו האמורה של המפקד הצבאי, באופן אשר יעלה כדי ענישה קולקטיבית האסורה במשפט הבינלאומי (עניין דג'לט, בעמ' 44; עניין קואסמה, פסקה 23; וראו גם עניין עואודה, פסקה 16, והאסמכתאות שם).

כד. בנוסף לכך, כפי שנקבע בבית משפט זה, "דיני התפיסה הלוחמתית ... מתנים הפעלתה של סמכות זו [לשמור על הסדר והחיים הציבוריים – א"ר] באיזון ראוי בינה לבין הזכויות, הצרכים והאינטרסים של האוכלוסיה המקומית" (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 833, הנשיא ברק (2004) (להלן עניין בית סוריק); וראו גם בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 456-455 (2004) (להלן עניין הס); בג"ץ 7957/04 מדאעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 506-507 (2005) (להלן עניין מדאעבה); וכן י' דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב' 505, 509 (תשל"ב-תשל"ג)). כמו כן, כפי שציינו מעלה, את סמכות אלוף פיקוד העורף והמפקד הצבאי באיו"ש – ובהקשר הסבירות, להבדיל מן הסמכות הפורמלית, יש לעשות כל מאמץ שלא יהא הבדל בין ישראל לאיו"ש גם אם המפקד באיו"ש כפוף למטריית דינים אחרת – יש לפרש בהתאם לעקרון המידתיות, החל הן מכוח המשפט הבינלאומי והן מכוח המשפט הישראלי, ולפי הקריטריונים עליהם עמדנו (עניין בית סוריק, בעמ' 840-841; עניין הס, בעמ' 460-461). כידוע, אחד ממבחני המשנה לבחינת המידתיות, הוא כי האמצעי בו נוקט הגורם השלטוני יוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של מטרת החקיקה או הפעולה ("מבחן הקשר הרציונלי"); מבחן משנה נוסף קובע, כי אם האמצעי אותו בוחר השלטון פוגע בזכות הפרט ללא יחס ראוי לתועלת המופקת ממנו, פסול האמצעי ("מבחן המידתיות במובן הצר") (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 54-53 (1997); עניין מדאעבה, בעמ' 507; א' ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" עיונים בתורתו השיפוטית של אהרן ברק 39, 41-42 (תשס"ט)). ובענייננו, כדי שהריסת בתים מכוח תקנה 119 תעמוד במבחן המידתיות, יש לבחון, ככלל, האם היא אכן אפקטיבית ומגשימה את תכלית ההרתעה, ויתרה מכך – כי הנזק הנגרם מהריסת הבתים אינו פוגע באופן לא מידתי בזכות הניזוקים

לקניינם ביחס לאפקטיביות ההרתעה. כפי שציינו, המידתיות מתייחסת לטעמנו גם לשאלה אם מופעל האמצעי באופן קולקטיבי – כגון חלילה הריסת בתי שכונה שלמה, דבר שלא יעלה על הדעת בהקשר תקנה 119 – לבין הריסת ביתו של מפגע מוכח, כשהפגיעה, אשר אין להקל בה ראש, היא ברכושם של בני הבית אך לא בזה של אחרים וגם לא בחיי אדם. הדברים נכונים, כאמור, בין אם מדובר בהפעלת הסמכות בשטחי מדינת ישראל ובין אם בשטחים המוחזקים.

כה. אשר לטענת האכיפה המפלה, קבע השופט דנציגר בעניין קואסמה, כי "על הטוען לקיומה של אכיפה מפלה או 'בררנית' מוטל הנטל להציג תשתית עובדתית מספקת שיהיה בה כדי להתגבר על החזקה בדבר התקינות המנהלית. אף אם עבר הטוען משוכה זו, עדיין יכולה הרשות להראות כי אותה אכיפה הנחזית להיות בררנית, למעשה נעוצה בשיקולים ענייניים. נוכח דברים אלו, וכפי שציין השופט י' זמיר בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999), "הנטל להוכיח קיומה של אכיפה בררנית הוא גבוה במיוחד" (שם, פסקה 30; וראו גם מ' טמיר אכיפה סלקטיבית 397-399 (תשס"ח)). הדברים נכונים לענייננו כלשונם, ושעה שהעותרים לא עמדו בנטל זה, אין להלום את טענתם בדבר אכיפה מפלה.

כו. העותרים נדרשו למשפט העברי כפי שהבאנו למעלה. אכן, בעניין גנימאת ציטט השופט חשין (בעמ' 654-655) את דברי הנביא יחזקאל (י"ח, כ'), "הַנְּפֹשׁ הַחַיִּיטָא, הִיא תָּמוּת: בֵּן לֹא-יִשָּׂא בְּעוֹן הָאֵב, וְאֵב לֹא יִשָּׂא בְּעוֹן הַבֵּן – צְדָקַת הַצְּדִיק עָלְיוֹ תְהִיָּה, וְרָשָׁעַת רָשַׁע (הַרְשָׁע) עָלְיוֹ תְהִיָּה"; ועוד הביא את העיקרון (מלכים ב' י"ד, ו'), "לֹא יוֹמְתוּ אָבוֹת עַל בְּנֵים וּבָנִים לֹא יוֹמְתוּ עַל אָבוֹת, אִישׁ בְּחֶטְאוֹ יוֹמְתוּ". העותרים מביאים גם את פרשת עיר הנידחת (דברים, י"ג, ט"ז-י"ז) שם מדובר בהשמדת העיר בשל עבודה זרה, ואת הפרשנות המצמצמת שניתנה בחז"ל (סנהדרין, א' קי"א וקי"ג ע"א). אך נזכיר ונבליט; בענייננו, בשונה קוטבית ומהותית מכל המובא על-ידי העותרים והמובא כאן על-ידינו, אין עסקינן בקטל, וייאמר בפה מלא כי אילו בקטל היה מדובר היה המעשה בלתי חוקי בעליל. כאן עסקינן בהריסתו או באטימתו של בית, הכוללת אמנם פגיעה כלכלית ביושביו, אך אין ניתן להשוותה כלל לכל הדוגמאות המקראיות הללו, או להתנהגויות של מדינות שונות בעולמנו. על כן

עסקינן בשאלה קשה, אך רחוקה מן העוצמה שעליה דיברו תורה ונביאים. לדילמות בהקשר קרוב ראו גם הרב שאול ישראלי "פעולות תגמול להלכה" בצומת התורה והמדינה ג' (תשנ"א-1991), 253, בפרק "פגיעה באנשים נקיים אגב ביעור כנופיות מרצחים" (עמ' 271); עוד ראו יצחק אנגלרד, "משפט ומוסר במסורת היהדות", דיני ישראל כ"ח (תשע"א), 1; להתלבטויות הקשות ראו במיוחד עמ' 60-54. המחבר מביא (עמ' 58-59) מדברי הרב שלמה זלמן פינס (רוסיה – שוויץ המאה ה'כ'; ראו עליו בספרו של הרב יחיאל יעקב ויינברג לפרקים (תשס"ג-2003), עמ' תקנ"א ובמיוחד תקנ"ט ואילך), מוסר המקרא והתלמוד (תשל"ז), קצ"א – וכלהלן: "אבל יש שהכרעה בין המדות מסורה ביד האדם ותלויה בהכרעת שכלו ומצפוננו, ואדם מוסרי המחשב דרכיו עומד על פרשת דרכים, דרכי המדות, ומהסס וחופש וחוקר ושוקל בדעתו איזוהי הדרך הישרה שיבור לו, ויש פנים לכאן ולכאן, וההכרעה קשה עליו ומסופקה. על אדם זה דרשו (מועד קטן ה' ע"א) את הפסוק בתהלים 'ושם דרך אראנו בישע אלהים' אל תיקרי ושם [ושם] אלא [ושם]', והכוונה: זה ששם דרכיו זה לעומת זה ומעריך אותם ושוקל אותם בדעתו ובעמקי מצפוננו מובטח הוא בישועתו של השם שדרכיו יכוננו ולא יתעה מן הדרך הישרה". הרב ויינברג מטעים מהגות הרב פינס את קדושת החיים – "החיים האנושיים קדושים הם – זהו עיקר גדול ביהדות. ערכם עולה על כל המרכיבים האחרים" (עמ' תקס"א). כמה יפים דברים אלה גם לענייננו, יחד עם דברי הרב אהרן ליכטנשטיין ("מוסר המלחמה של אברהם אבינו", אתר ישיבת הר עציון, לך-לך), כי "עלינו להמשיך ללכת בדרך אותה התוו לנו אברהם אבינו- להיות רגישים למוסר ולצדק גם בתוך המלחמה והמאבק הצודקים והנכונים כשלעצמם".

כז. ואחרי שאמרנו כל אלה, ובמבט צופה פני עתיד, הנה רחב ככל שיהיה שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ועל כך עמדנו מעלה, סבורני כי עקרון המידתיות אינו מאפשר להמשיך להניח לעד כי בחירה באפשרות הדרסטית של הריסת בתים או אף אטימתם משיגה את המטרה המיוחלת של ההרתעה, בלא שיובאו יתר נתונים המאמתים השערה זו באופן שניתן להידרש אליו. מקובל עלינו כי ישנו קושי למדוד דבר זה, ובית משפט זה עמד על כך לא פעם (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997); עניין עואודה, פסקה 24; עניין

קואסמה, פסקה 25). אולם כאמור, לטעמי, השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות; כך במיוחד שאף בקרב גורמי צה"ל הועלו טענות לעניין זה, וראו למשל מצגת ועדת האלוף שני, שמחד גיסא נאמר בה כי יש תמימות דעים בין גופי המודיעין לגבי תועלתו, ומאידך גיסא נאמר, תחת הכותרת "תובנות מרכזיות", כי "כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי 'שחוק'" (שקופית מספר 20). לכן, סבורני כי על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים (ראו לעניין זה גם: י' ארבל "הריסת בתים – אמצעי לגיטימי למאבק בטרור או ענישה קולקטיבית?" בתוך א' גיל, י' תובל וע' לוי בהנחיית מ' קרמניצר וי' שני אמצעים חריגים למאבק בטרור – מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים 189 (תשע"א); ע' כהן וט' מימרן "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים – בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית" מבזקי הארות פסיקה 31, 5, 21-24 (ספטמבר 2014), ומנגד ראו המקורות שקבץ חברי השופט סולברג בחוות דעתו, שחלקם באים ממצבים אליהם נקלעו מדינות אחרות בתוהו ובוהו הטרוריסטי המלווה את העולם. לדעתי, המאמץ המבוקש ראוי על מנת לקיים את הוריותיו הבסיסיות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר אין צורך להכביר מלים על חשיבותן במשטר הדמוקרטי הישראלי. איננו נוטעים מסמרות בדבר טיב המחקר והנתונים הדרושים; סוגיה זו תתברר, במידת הצורך, בבוא העת. לפי שעה, כמובן, בכל הריסה או אטימה ספציפית ראוי לבדוק היטב את הנושא ההנדסי על מנת לוודא כי המטרה מושגת בתוך גדריה ללא חריגה.

כת. בכפוף לאמור בפסקה כ"ז, אין בידינו לקבל את העתירה.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. אני מסכים עם חברי, השופט א' רובינשטיין, בדברי פסק דינו – מועט המחזיק את המרובה. בשולי הדברים אוסיף הערות אחדות.

2. העותרים יצאו חוצץ נגד תקנה 119. אכן, כוחו של המפקד הצבאי על-פיה הוא עצום ורב – להחרים ולהרוס. בסמכות דרקונית עסקינן. העותרים תקפו אותה ככזו, והביקורת הקשה על רקע זה מובנת ומתקבלת על הדעת. הביקורת מתחזקת עוד, באמצעות הצגת הסנקציה החריפה כעונשית, והרי לנו ענישה קולקטיבית. אכן, מעיקה היא הפגיעה בבן משפחה – שלא חטא ולא עָנה – על אובדן קורת-גג מעל ראשו, בניגוד למושכלות ראשונים.

3. מצב הדברים קודר ומכביד דיו, עמד על כך חברי השופט א' רובינשטיין, אך העמדתו באופן שנעשה בעתירה, מקצינו מעבר למידה. אסביר. התקנה כפי שהיא על-ספר אינה משקפת את מצב הדברים כהווייתו, במציאות הנוהגת בפועל. ראשית, בשורה של פסקי-דין התווה בית משפט זה, אמות מידה לִישומה של התקנה, גָּדַר וצמצם את היקף פריסתה; שנית, הלכה למעשה, לעת הזאת נוהג הפיקוד הצבאי באופן מתון, שקול ומדוד במימוש הסמכות. העותרים אמנם טוענים כי "הריסת בתים מכוח תקנה 119 מלווה את הכיבוש הישראלי מדאשיתו" (סעיף 220 לעתירה) ולפי מניינם "הסמכות גרמה למאות משפחות ולאלפי אנשים לאבד את קורת הגג שלהם בשל מעשי היחיד" (סעיף 221 לעתירה). דא עקא, לדברי המשיבים, בעשור האחרון, למן שנת 2005 מימש המפקד הצבאי את סמכותו הנדונה פעמים אחדות בלבד: בשנים 2008-2009, בעקבות גל טרור בבירה, מומשה הסמכות כלפי מבני-מגורים במזרח ירושלים פעמיים. פעם שלישית שבה נעשה אז שימוש בתקנה 119, לא מומשה בסופו של דבר. בקיץ שנת 2014 מומשה הסמכות לפי תקנה 119 כלפי ארבעה מבנים (בית רוצחו של נצ"ם ברוך מזרחי ז"ל, והבתים שבהם התגוררו שלושת חברי החוליה שחטפו ורצחו את שלושת הנערים גיל-עד שאער, נפתלי פרנקל ואיל יפרח ז"ל). החמרה ניכרת במצב הבטחוני חייבה זאת. כעת על הפרק 5 צווים כלפי מבנים שבהם התגוררו מחבלים תושבי מזרח ירושלים שביצעו פיגועים קשים מאד, במסגרת גל הטרור לאחרונה; צו נוסף מומש. מדובר

אפוא בכמות מועטה, לא ב"ענישה קולקטיבית" עסקינן כפי שיובהר עוד להלן, אף כי כמובן כל בית קובע פרק לעצמו וסבל ליושביו.

4. במוקד אפוא לא המעטפת הפורמלית של תקנה 119, לא לשונה הרחבה, וגם לא נתונים עובדתיים מן העבר הרחוק, אלא פרשנותה המצמצמת של התקנה וישומה בפועל במקרים ספורים, במהלך גל טרור קשה. עוד זאת שומה לזכור ולהזכיר, ולהוציא מלבם של תוהים וטועים: לא בענישה עסקינן, אלא בהרתעה. סיווג הריסת ביתה של משפחה כ"ענישה" או כ"הרתעה", אמנם אינו משנה מבחינת בני המשפחה את התוצאה. התוצאה היא סבל הכרוך באובדן קורת גג. ברם, שוכנענו כי בהתקיים אמות המידה החוקיות והפסיקטיות, מדובר בהכרח בל יגונה. אין בעצם הפגיעה בבני משפחת מחבל כדי לעשות את הריסת הבית לבלתי-חוקית, גם על-פי כללי המשפט הבינלאומי, כפי שהראה חברי. אכן, בענישה בפלילים, שלא כמו בהרתעה לפי תקנה 119, המיקוד הוא במי שהורשע בעבירה, ולא בבני משפחתו; אך כפי שציינתי בעניין קואסמה הנ"ל – "גם בהליכים פליליים שמטרתם עונשית... נפגעים בני משפחה חפים מפשע. מאסר של אדם בגין עבירה פלילית שביצע, בהכרח פוגע ברעייתו, בילדיו, בשאר קרוביו, מבחינת צרכיהם הגשמיים והרוחניים. אין צורך להכביר במילים על החסכים המתלווים תדיר למאסרו של אדם, ושבהם נושאים קרוביו". לשונה של התקנה מלמדת באופן מפורש על התכלית ההרתעתית שביסוד ההחרמה וההריסה או האטימה של בית מגורים. זו כורכת עמה מיניה וביה פגיעה גם בחפים מפשע. אם לא כן, הרתעה מפני פיגועי-התאבדות ודומיהם מאין תושג? אין זאת אלא מן הפרות הבאושים של הטרור הרצחני, שמוכרחים אנחנו באופן הזה לקדם הרתעה מפני מעשים מזויעים מעין אלו שתוארו בעתירות הפרטניות; קרי, גם בפגיעה בבני משפחות המחבלים. ודוק: בפגיעה רכושית עסקינן, לא בפגיעה גופנית. הריסת הבית מונחת על כף המאזניים, כשמנגד, על כף המאזניים השניה נשקלת הצלת חיים.

5. העותרים כופרים בתועלת השימוש בתקנה 119 לצרכי הרתעה. אלא שטענה מעין זו שבה ונדחתה בפסיקה: "... לא נערך, ולא יכול להערך, מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם. אולם, מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסוימת כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי" (דברי השופט א' גולדברג בכג"ץ

2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז (30.3.1997); ראו גם בג"ץ 6288/03 טעאדה נ' אלוף פיקוד העורף (27.11.2003).

6. חוקרים שנדרשו לנושא לאחרונה, תארו את הקשיים המתודולוגיים בדרך למדידת ההשפעה של צעדי הרתעה נגד טרור. Wilner מציין (בהסתמך על Stein Lebow, Richard Ned and Janice Gross Stein, *Deterrence: The Elusive Dependent Variable*, 42(3) WORLD POLITICS 336 (1990) כי הצלחות של פעולות הרתעה מותירות, אם בכלל, מעט "עקבות התנהגותיים". קשה להוכיח כי לנוקט ההרתעה היתה השפעה על אירוע שלא התרחש (Alex S. Wilner, *Detering the Undeterrable: Coercion, Denial, and Delegitimization in Counterterrorism*, 34(1) JOURNAL OF STRATEGIC STUDIES 3 (2011)). אף על-פי כן, המחקר האמפירי הקיים, אינדיקציות נקודתיות מניסיון העבר, ועמם מחקרים חדשים בתחום הפסיכולוגיה של הטרור והתיאוריה של ההרתעה, תומכים במצטבר, באופן אשר מניח את הדעת, בפוטנציאל ההרתעתי הטמון בהריסת בתי מחבלים.

7. Benmelech, Berrebi and Klor בחנו, אמפירית, האם הריסת בתים היא טקטיקה אפקטיבית במאבק בטרור. נתונים על אודות הריסת בתים הוצלבו עם נתונים על פיגועי התאבדות במהלך האינתיפאדה השנייה. נמצא, כי הריסת בתיהם של מחבלים מתאבדים ושל מעורבים אחרים במעשי טרור, הביאה לירידה מיידית ומשמעותית במספר פיגועי ההתאבדות שבוצעו על-ידי מפגעים המתגוררים באזור שבו בוצעה הריסה. עם זאת נמצא, כי מדובר באפקט מרתיע קצר-טווח, אשר השפעתו נמוגה בחלוף חודש, והיא תחומה לאזור הגיאוגרפי שבו בוצעה ההריסה. השערת הכותבים היא כי בנוסף להריסת הבתים מיישמים כוחות הביטחון אמצעים נוספים במסגרת המאבק בטרור, ויתכן שאלה מביאים להתפוגגות ההרתעה. מסקנתם החלטית:

"The results indicate that, when targeted correctly, counterterrorism measures such as house demolitions provide the desired deterrent effect..." (Efraim Benmelech, Claude Berrebi and Esteban Klor, *Counter-Suicide-Terrorism: Evidence From House Demolitions*, NBER WORKING PAPER

SERIES, available at: <http://www.nber.org/papers/w16493>
(2010).

8. חיזוק לממצאים האמפיריים נמצא בידיעות של אנשי-שטח על אודות הלכי הרוח, או מאמצים של קרובים לשדל בן משפחה להימנע ממעורבות בטרור אשר תסכן את בטיהם (לדוגמא ראו Doron Almog, *Cumulative Deterrence and the War* (2004/5) *PARAMETERS* 5 (4) *on Terrorism*). מידעים נקודתיים אלה מלמדים על כך שההרתעה מחלחלת לתודעת אוכלוסיית היעד. דברים מעין אלה שמענו מפי ב"כ המשיבים במהלך הדיון בעתירה, במענה לשאלתי.

9. ראוי לתת את הדעת גם על תובנות עכשוויות בתחום התיאוריה של הרתעה מפני טרור. Rascoff מצביע על גישה רב-שכבתית להרתעת טרור (layering), וזאת בשני מובנים – אינטראקציה בין צעדים שונים והצטברותם. כלשונו:

"... there is the possibility of synchronic layering, in which various instruments of power operating in concert may "exceed an adversary's threshold for deterrence."...Synchronic layering argues for measuring deterrence's effectiveness in the context of a complex system... Second, diachronic layering (sometimes referred to as "cumulative deterrence" argues that the overall benefit conferred by a sustained deterrence posture may exceed the sum of interventions taken over time" (Rascoff, Samuel J., *Counterterrorism and New Deterrence*, 89 N.Y.U. L. REV. 830, 840 (2014)).

מכך נובע, לענייננו, כי ניסיון לבודד ולאמוד את ההרתעה המושגת באמצעות צעד מסוים – הריסת בתים – כשלעצמו, יכול להוביל למסקנה מוטעית. אין לבטל את האפשרות כי במצטבר, ובנקיטה באופן מתואם בצעדים נוספים, תהא להריסת בתי מחבלים אותה תרומה מסויימת, אך לעיתים מכריעה, על התנהלותם של גורמי טרור, אף אם בה כשלעצמה אין די.

10. מחקרים בתחום הפסיכולוגיה של הטרור מנתחים לעומק התבטאויות של מחבלים לצד התנהלותם של ארגוני טרור. נמצא, כי ארגוני טרור, לרבות אלה

המאופיינים בקיצוניות דתית, מגיבים לחשיבה רציונאלית, תועלתנית. משכך, ניתן להרתיעם באמצעות צעדים שישפיעו על שיקולי עלות-תועלת של מעשה הטרור. מרכזיותה של המשפחה בעיני המעורבים בטרור, עולה במובהק במחקרים אלו, ותומכת בערך ההרתעתי הטמון בהריסת בית המחבל. זו קריאת הכיוון של Wilner:

"... post- 9/11 deterrence skepticism is misplaced. While it is true that deterring terrorism will be more difficult to do than deterring the Soviet Union, **targeting what terrorists value, desire, and believe will influence the type and ferocity of the violence they organize**" (שהם, עמוד 31 (ההדגשה הוספה).
ראו גם עמודים 7, 13-14. עוד לעניין ההתנהלות ה"רציונאלית" של

העוסקים בטרור ראו:

Jocelyn J. Belanger, Keren Sharvit, Julie Caouette and Michelle Dugas, *The Psychology of Martyrdom: Making the Ultimate Sacrifice in the Name of a Cause*, 58(7) THE JOURNAL OF CONFLICT RESOLUTION 494, 496 (2014).

11. ביתר פירוט, מוכיחים Perry and Hasisi, כי חרף הצהרות למטרות תעמולה, המבקשות לצייר את מעשי ההתאבדות כנובעים ממוטיבציות אלטרואיסטיות, מדובר בעיקר בתוצאה של בחירה "רציונאלית". זו מושתתת, מחד גיסא, על המחיר הצפוי, ומאידך גיסא על הציפיה לקבלת תגמול (אישי, דתי וחברתי). ארגוני הטרור שמים דגש על הבטחות הנוגעות לשיפור הצפוי במצב בני משפחתו של המחבל לאחר התאבדותו:

"...The martyr's family's status upgrade...both socially and monetarily. ...Financial reward can be given to the family by **rebuilding their homes. ...or in direct sums of money... ..at least 60... martyrs..whose families, in exchange for the martyr's death, were given new homes adorned with the martyr's picture and name....** The recruiting terror groups embellish this incentive, reassuring the suicide bombers that "their families will be better taken care of in their absence".

...It is often this familial assistance alone that drives the suicide bomber to commit an attack..." (Simon Perry and Badi Hasisi, *Rational Choice Rewards and the Jihadist Suicide Bomber*, 27 *TERRORISM AND POLITICAL VIOLENCE*, 53, 55, 61, 65-66 (2015)).

12. מחבלים מתאבדים הדגישו בפְּרָדוֹת המוקלטות מחיי העולם הזה את ההטבות שבהן יזכו משפחותיהם, כמעין פיצוי על לכתם, ואף תארו עד כמה המחשבה על הטובה שתצמח למשפחתם ליוותה אותם ממש בסמוך למעשה (שם). בהציבם דגש מיוחד על בית משפחת המחבל, מסמנים אפוא ארגוני הטרור עצמם את "הבטן הרכה" שבה הרתעה עשויה להועיל.

13. מן המקובץ עולה, כי הריסת בתי מחבלים תוסיף לתחשיב העלות-תועלת שאותו עורך מחבל פוטנציאלי את הידיעה על כך שקרוביו ישלמו מחיר על מעשיו. לפן זה של ההרתעה נדרשה השופטת ש' נתניהו בבג"ץ 4772/91 חיזדאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150, 155, באומרה: "... אינני מתעלמת מכך שההריסה של מבנים בשלמותם תפגע לא רק בעותרים עצמם אלא גם בבני משפחותיהם. אך זו התוצאה של הצורך בהרתעת הרבים, למען יראון וידעון, כי במעשיהם הנפשעים לא רק שהם פוגעים בפרט, מסכנים את שלום הציבור וממיטים עונש כבד על עצמם, אלא שהם מביאים צרה גם על בני ביתם...".

14. אולם ההרתעה נועדה להשפיע לא רק במישרין על הלך-מחשבתו של המחבל, אלא גם להניעו ממעשיו באמצעות התערבות מצד בני משפחתו. יכולת ההשפעה הנתונה למשפחה מוכרת היטב בספרות (עמנואל גרוס, "מאבקה של דמוקרטיה בטרור המתאבדים – האם העולם החופשי מצויד בכלים מוסריים ומשפטיים במאבק זה?" (ספר דליה דורנר, 219, 246 (2009)): "בחברה הפלסטינית המסורתית, תופסת המשפחה מקום מרכזי בחייו של המתאבד ותורמת תרומה מכרעת לעיצוב אישיותו ולמידת נכונותו להקריב חייו בשם דתו או למען עמו...". גרוס מדגים ומציין שם כי התמיכה המשפחתית, והצגתה ברבים, משרתת את ארגוני הטרור – "בהרחבת מעגל תומכי הארגון בקרב האוכלוסייה הפלסטינית ובכך בהגברת יכולותיו לגייס מתאבדים נוספים בעתיד" (ראו עוד Emily Camins, *War Against Terrorism: Fighting the Military Battle, Losing the Psychological War*, 15 *CURRENT ISSUES*

(CRIM. JUST. 95, 101 (2003-2004)). יש צורך לנטרל את הגורם המשפחתי כמגביר טרור, ולהמריץ את המשפחה לפעול לצמצומו. החשש מפני הרס ביתה, נועד לרתום את משפחת המחבל הפוטנציאלי לממש את השפעתה לכיוון הרצוי, להניעה מלהעמיד לרשותו את מעגל התמיכה הקרוב, ובכך להטותו מלחבור לטרור או לממשו. הנה כי כן, ההרתעה תורמת, ולו גם במעט. המעט הזה, בנסיבות הזמן והמקום, עשוי לעיתים להיות גורם מכריע; לשבט או לחסד.

15. מכאן לטענת ההפליה שטענו העותרים, הפליה בין פלסטינים לבין יהודים, בשימוש בתקנה 119. אין יסוד לטענה. הטעם לכך שלא נעשה שימוש בתקנה 119 כלפי יהודים נעוץ בכך שאין צורך באותה הרתעה סביבתית במגזר היהודי. אין לכחד: יש ויש מעשים של תקיפה מצד יהודים כלפי ערבים. לבטח יש צורך במיצוי הדין הפלילי ובענישה הולמת. להוותנו אף לכדי הרצח הנורא של מוחמד אבו-ח'דיר הגענו. אך השוני עולה על כל דמיון. הפער הוא עצום – באיכות הפיגועים, בכמות, ובעיקר לצורך ענייננו, ביחס הסביבה: גינוי תקיף והחלטי מקיר לקיר במגזר היהודי, מה שאין כן בצד שכנגד, ואכמ"ל.

16. העותרים יחדו פרק בעתירתם לנושא – "האיסור על ענישה קולקטיבית במשפט העברי"; ויפה עשו. בסוגיה ערכית עסקינן, מוסרית, קשה ונוקבת, וראוי לדון בה על-פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בתחילה צטטו העותרים מדבריו של אברהם אבינו, אשר עמד איתן וטען בתוקף אל מול הקדוש ברוך הוא נגד הפיכת סדום ועמורה – באופן קולקטיבי – על "כל יושבי הערים וצמח האדמה" (בראשית יט, כה):

"ויגש אברהם ויאמר האף תספה צדיק עם רשע... חלילה לך מעשות כדבר הזה להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע, חלילה לך השופט כל הארץ לא יעשה משפט" (שם, יח, כג-כה).

בחמישים צדיקים החל אברהם אבינו את משאו ומתנו עם "השופט כל הארץ", ובעשרה צדיקים פלה. אם ימצא כמספר הזה, הבטיח אלוקים לאברהם לא

להרוס את העיר: "לא אשחית בעבור העשרה" (שם, יח, לב). על פחות מעשרה, לא ביקש אברהם. כנראה סבר שזהו קו פרשת המים – מניין צדיקים – לא פחות מכך; עניין של מידתיות (ראו פירושיהם של רש"י ואור החיים על אתר (פסוקים לב-לג)).

17. אלא שיש להבחין בין אותה ענישה קולקטיבית של הפיכת סדום, לבין תוצאותיה הממוניות. כזכור, לוט ניצל אז מאותה ענישה, אך "יצא וידיו על ראשו ולא הציל מנכסיו כלום" (ירושלמי, סנהדרין י, ח).

18. העותרים הפנו גם לפרשת קורח: "אֵל אֱלֹקֵי הַרוּחוֹת לְכָל בֶּשֶׂר הָאִישׁ אֶחָד יַחְטָא וְעַל כָּל הָעֵדָה תִּקְצוּף?" (שמות טז, כב) ועוד. ראויים לשוב ולהישמע בהקשר זה דברי השופט מ' חשין, שגם אליהם הפנו העותרים, על העקרון הבסיסי במשפט העברי, כי "איש בחטאו יומת":

"על הקושי שבהפעלת הסמכות על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה עמדתי כמה וכמה פעמים... נטעתי עצמי בעקרון-יסוד במשפט, וממנו – כך אמרתי – לא אנוע לא הימין ולא השמאל. ואותו עקרון-יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: "הנפש החטאת היא תמות בן לא ישא בעון האב ואב לא ישא בעון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת רשע (קרי: הרשע) עליו תהיה" (יחזקאל, יח, כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת-משה: "לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על-אבות כי אם-איש בחטאו ימות (קרי: יומת)" (מלכים ב, יד, ו) (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-655 (1997); ראו גם בג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992)).

19. אלו הם מושפלות ראשונים, משפט הטבע, ערך דמוקרטי ויהודי כאחד. היטיב לבאר עקרון זה של צדק טבעי, הרב שמשון רפאל הירש:

"הכתוב שלנו לא בא למנוע את הזוועה המשפטית, שבית דין יענישו בניס בעוון אבות... שהרי אין להעלות על הדעת, שרשות משפטית כל שהיא תנהג כן. אלא הכתוב בא ללמדנו, שגם מבחינה מדינית וחברתית אין להעניש אדם על חטא קרובו" (רש"ד הירש על התורה, דברים כד, טז).

20. במהלך כל הדורות תפסו חז"ל עקרון זה באופן נחוש ועקבי, הלכה למעשה, כי אין להעניש את מי שידו לא היתה במעל (ראו סקירתו של הרב מאיר בטיסט, "ענישה קיבוצית", תחומין יב, 229, 230-231 (תשנ"א) (להלן: "בטיסט"); אביעד הכהן, "האיש האחד יחטא ועל כל העדה תקצוף?", גיליונות פרשת השבוע (משרד המשפטים) (פרשת וישלח, תשס"א) (להלן: "הכהן").

21. אף על-פי כן ולמרות הכל, קול המוסר והצדק, דומה כי הכלל "איש בחטאו יומת" איננו חזות הכל, לא עומד בבדידותו, ושלא כגישת העותרים שטוענים כי הוא ואין בלתי. כאמור לעיל, יש להבחין בין ענישה גופנית קולקטיבית לבין פגיעה רכושית. גישת המשפט העברי איננה חד-מימדית, אלא מתחשבת בזכויות ובעקרונות נוספים, גם הם חשובים, על דרך של איזון והשלמה.

22. הטלת עונש על בני משפחתו של מי שסרח, היא נדירה, אך יש כזאת בנמצא במשפט העברי, בהקשרים שונים. כך למשל, רב פלטוי גאון פסק שניתן להוציא ילד מבית ספר כסנקציה נגד אביו, וזאת כדי לאלץ את האב למלא אחר צו של בית הדין, ולמען הגנת העקרון של שלטון החוק ואכיפת הדין (תשובות הגאונים, שערי צדק ד, ה, סימן יד; יובל סיני, "יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל", 444 (2009));

הראי"ה קוק הצדיק סנקציות קולקטיביות כלפי קהילה, אשר החליטה לכבד בתפקיד ציבורי אחד מראשיה למרות שחילל את יום הכיפורים, וזאת לשם מניעת חילול השם בפרהסיה (דעת כהן, קצ"ג; בטיסט, 234-235);

לגבי סרבן גט התירו חכמים לנקוט בסנקציות גם כלפי בני משפחתו, על מנת לשחרר אשה מעגינותה. סנקציות אלו נומקו הן כעונש על "מסייע לדבר עבירה", הן כצעד הרתעתי. ההנחה ביסוד היתר זה היא כי סרבן הגט אינו פועל בחלל ריק, אלא

נעזר בסביבתו המשפחתית הקרובה לתמיכה נפשית, מוסרית, כלכלית ומעשית. תמיכה שכזו, לאחר שכבר ניתן צו מאת בית דין המורה לסרבן לתת גט לאשתו, הריהי למעשה סיוע לדבר עבירה, ומצדיקה נקיטת סנקציות גם כלפי בני המשפחה. ברי, עם זאת, כי סנקציה שכזו מחייבת הוכחה ברורה על מתן סיוע והענקת תמיכה מצד בני המשפחה, ומכל מקום צריך שתינקט באופן מידתי (אביעד הכהן, "אם תרצו – אין זו עגונה: הטלת סנקציות על סרבן גט ועל משפחתו", גיליונות פרשת השבוע (משרד המשפטים) (פרשת ניצבים-וילך, תשס"ט)).

23. הלך-מחשבה זה מתחייב מראייה נכוחה של פני המציאות, כי אין ניתן לנתק אדם מסביבתו וממשפחתו. האחריות הסביבתית והמשפחתית – במידה מסויימת – לפעולותיו של אדם, נזכרת רבות ובהקשרים שונים במקורות המשפט העברי. כך למשל פירש המדרש את ההצדקה לענישת משפחתו של איש "אשר יתן מזרעו למולך" (ויקרא כ, א): "ושמתי אני את פני באיש ההוא ובמשפחתו והכרתי אותו ואת כל הזונים אחריו" (שם, ה):

"אמר רבי שמעון: וכי מה חטאה המשפחה? אלא ללמדך, שאין לך משפחה שיש בה מוכסו, שאין כולה מוכסים; שיש בה ליסטין, שאין כולה ליסטים – מפני שמחפים עליו" (תורת כהנים, שם).

24. מן הראוי לציין, כי בעניין זה מסורה הענישה לבית דין של מעלה ולא לבית דין של מטה (הכהן, בטיסט, 235-234). אף על-פי כן, מסביר הנצי"ב מוואלוז'ין, כי הקרבה שבין אדם לבין משפחתו יכולה ליצור הזדהות, בתחילה רעיונית, ובהמשך גם מעשית, ולפיכך במבט צופה פני עתיד יש וצריך לנקוט בהרתעה לשם מניעה:

"דהמה לא מצאו עוד לבבם לעשות תועבה זו. על כן משתדלים להציל אותו האיש, אשר חרף נפשו בראשונה, ולאט לאט יגיעו גם המה ואחרים לזה התועבה. ואם בשביל זה העלימו עיניהם, אזי יהיו נכרתים גם בני משפחתו" (העמק דבר, ויקרא כ).

25. ביטוי חשוב לאחריות המשפחתית והקהילתית מובא בתלמוד:

”כל מי שאפשר לו למחות באנשי ביתו, ולא מיחה - נתפס על אנשי ביתו; באנשי עירו - נתפס על אנשי עירו; בכל העולם כולו - נתפס על כל העולם כולו” (בבלי, שבת נד ע"ב).

עינינו הרואות, האדם החוטא אינו עומד בבדידותו. בני משפחתו וחבריו אינם רשאים לרחוץ בניקיון כפיהם. להלכה פסק הרמב"ם: "הרואה חברו שחטא או שהלך בדרך לא טובה מצוה להחזירו למוטב ולהודיעו שהוא חוטא במעשיו הרעים... וכל שאפשר בידו למחות ואינו מוחה, הוא נתפס בעוון אלו כיון שאפשר לו למחות בהם" (הלכות דעות ו, ז).

26. סוגיה נוספת הקשורה לאחריות הסביבתית למעשי העבריין היא זו הדנה בנושא צרעת הבית. על-פי דברי התורה, כאשר פושה נגע הצרעת בקירות הבית ואינו נרפא, יש להרוס את הבית כולו, וזאת אף אם יפגעו מכך יושבי הבית כולם, והשכן עמהם, אשר קיר ביתו נהרס גם הוא. גם אותו שכן יאלץ לבנות מחדש את ביתו שנפגע:

”מכאן אמרו, אוי לרשע אוי לשכנו, שניהן חולצין, שניהן קוצעין, שניהן מביאין את האבנים” (משנה, נגעים, יב, ו).

ניתן אמנם להתייחס לעניין זה באופן 'טכני', משום שאי-אפשר לשבור קיר רק מצדו האחד, ואולם חכמים הסבירו עניין זה כהצדקה לענישה קולקטיבית של העבריין וסביבתו, המקיימים ביניהם מערכת יחסים הדדית והיזון חוזר (ראו בבלי, סוכה נו, ב; בטיסט, 236; מיכל טיקוצ'ינסקי, "אוי לרשע ואוי לשכנו", www.bmj.org.il/article/984; יהודה שביב, "להפרדתה של צרעת הבית משאר צרעות", מגדים טו (2003)).

27. ודוק: לבטח אין להסיק מדוגמאות אלו כי יש לצדד באופן עקבי בענישת הסביבה על פעולותיו של הסורר. אדרבה, הכלל עודנו שריר וקיים: "הנפש החטאת היא תמות. בן לא ישא בעוון האב ואב לא ישא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת רשע עליו תהיה" (יחזקאל יח, כ). ברם, יש חריגים היוצאים מן הכלל, מצבים שבהם נדרשת תגובה עונשית-הרתעתית, המסבה נזק סביבתי, לשם עקירת הרוע משורשו: "בהדי הוצא (=בסמוך לקוץ) לקי כרבא (=לוקה הכרוב)" (בבלי, בבא קמא צב, א). מפרש רש"י: "קוץ הגדל אצל הכרוב, כשבא לעקרו פעמים שנעקר הכרוב עמו, ונמצא לוקה בשבילו – כלומר שכני רשע לוקין עמו".

28. במיוחד מן הראוי לשוב ולהדגיש כי לא דומה עניין ממוני, לענישת גוף קולקטיבית. הרמב"ם פסק (הלכות מלכים ומלחמות ה, ג) כי מלך "פורץ לעשות לו דרך, ואין ממחין בידו". קל וחומר נלמד מדבריו, לגבי הצלה מסכנה, ובמיוחד לגבי טרור רצחני סדרתי.

29. לדאבון הלב, איננו חיים בהשקט ובבטחה. השלום הוא משאת נפש, אך עוד חזון למועד. צה"ל, משטרה ושאר כוחות הבטחון נאלצים להתמודד עם רשע, טרור רצחני, שאינו מקדש את החיים, אלא סוגד למוות. עד כדי כך הגיעו מעשי זוועה של מחבלים וטרוריסטים, שהם נכונים למות "מות קדושים", ובלבד שיקחו עמם יהודים שאולה. לא דומה שעת מלחמה לעת שלום מבחינת הדין החל (בטיסט, 237-238; ירון אונגר, "אל תירא אברם – על מוסר הלחימה בישראל", גיליונות פרשת השבוע (משרד המשפטים) (פרשת לך לך, תשס"ו) (להלן: "אונגר")). אין זה המקום להרחיב בנושא הפגיעה באזרחים במהלך לחימה מורכבת כגון דא (ראו הדיון וההפניות במאמריהם של הרב שאול ישראלי, "פעולות תגמול לאור ההלכה", בצומת התורה והמדינה ג, 267-273 (1991); הרב חיים דוד הלוי, "דין 'הבא להרגך השכם להרגו' בחיים הציבוריים", תחומין א 343 (תש"ם); אברהם ישראל שריר, "אתיקה צבאית על פי ההלכה", תחומין כה, 426, 431-434 (תשס"ה); אונגר, 2-3). בעניין זה ראוי להזהיר את עצמנו מהסקת מסקנות הלכתיות נמהרות, בין היתר מחמת "אלפי שנות גלות מאדמה-ארץ-מדינה" (גוטל, 18-19) וכפועל יוצא מכך "דילול מקורות הלכתיים" (שם), ובשל הפער שבין המציאות העולה מן המקורות למציאות ימינו, והסכנה הטמונה בהיקש הנגוע באנכרוניזם

(אביעד הכהן, "משפט ומוסר בעת מלחמה", פרשיות ומשפטים – משפט עברי בפרשת השבוע, 462-457 (תשע"א) (להלן: "פרשיות ומשפטים")). לא זו אף זו: גם במושגי המותר והאסור במלחמה בין העמים חלו תמורות חשובות. דינים אלו של המשפט הבינלאומי זכו למעמד במשפט העברי, מתוקף הכלל "דינא דמלכותא דינא" (גוטל, 38-40 וההפניות שם; אונגר, 4).

30. כאמור, עם כל הזהירות המתחייבת ומקדמי הבטחון, ברי כי לשעת סכנה ומלחמה נועדו דינים מיוחדים, ובחסותם אין מניעה מוחלטת מפני פגיעה סביבתית. ברם, שעת מלחמה היא אתגר מוסרי. הכלים המשמשים את הלוחמים בשדה הקרב, ונחוצים להצלחה במשימותיהם, הם כלי קטל והרס, אשר ברגיל סותרים את ערכי המוסר ואת זכויות האדם. לא בכדי הזהירה התורה את הלוחמים במערכה: "ונשמרת מכל דבר רע" (דברים כג, יג). לעת מלחמה נועדו מצוות מיוחדות על מנת להתמודד עם משברים מוסריים ורוחניים: "לא דיברה תורה אלא כנגד יצר הרע" (פירוש רש"י לתורה, דברים, כ"א, יא; אברהם שרמן, "עקרונות הלכתיים במוסר מלחמה", תחומין ט 231, 232-231 (תשמ"ח) (להלן: "שרמן")); אביעד הכהן, "מה הוא רחום וחנון, אף אתה רחום וחנון!": על אכזריות ורחמנות בעולמה של מורשת ישראל", 'כתם של עננה קלה': חיילים, צבא, וחברה באינתיפאדה, 325-347 (יואל אליצור עורך, תשע"ב)). אחת המצוות הללו, רלוונטית לסוגיה שעל הפרק – איסור השחתת עצים מסביבה של עיר:

"כי תצור אל עיר ימים רבים להלחם עליה לתפשה לא תשחית את עצה לנדוח עליו גרזן כי ממנו תאכל ואותו לא תכרות, כי האדם עץ השדה לבוא מפניך במצור. רק עץ אשר תדע כי לא עץ מאכל הוא אותו תשחית וכרת, ובנית מצור על העיר אשר הוא עֵשֶׂה עִמָּךְ מלחמה עד כדתה" (דברים, כ, יט-כ).

31. איסור זה על השחתת קולקטיבית ללא תוחלת, אשר נועדה להכאיב לאויב מבלעדי תועלת צבאית מן ההרס, הוחל על כל דבר ערך ולא רק על עצים. זהו שיעור מוסרי של "בל תשחית" בזמן מלחמה, הצבת גבול והתוויית כללים לריסון עצמי, גם בזמן שניתנה רשות למשחית להחבל (משה דרורי, "כי תצור אל עיר... לא

תשחית את עצה - איסור בל תשחית, גיליונות פרשת השבוע (משרד המשפטים) (פרשת שופטים, תשס"ז); שרמן 233-234). המשפט העברי מתיר להשחית רכוש בעל ערך בזמן מלחמה, רק בידיעה ברורה לגבי תכליתו של הדבר, וגם אז – יש לנקוט באופן מידתי ולבצע את פעולת ההשחחה בדרך המצומצמת ביותר (שרמן, 235 וההפניות שם). השחחה שכזו, בזמן מלחמה, לתועלת בלבד, באופן מידתי, מלמדתנו דבר או שניים גם לגבי עניין ההריסה והאטימה שעל הפרק: שעת מלחמה לא נועדה להתפרק ממידות אנושיות, ולא לאבד צביון מוסרי (פרשיות ומשפטים, שם, 457).

32. אפשר להכביר עוד מילים עד בלי די בסוגיה הקשה והכאובה שעל הפרק, במשפט העברי ובכלל, אך אין זה המקום להאריך בו עוד. תורף הדברים הוא העקרון המנחה הבסיסי שעליו הוזהרנו: "אזהרה שלא יעלה על לב המושל לשפוך חמתו על הבנים בעוון האב" (חידושי הר"ן, מסכת סנהדרין כז, ב). בד בבד, יש להכיר בקיומם של חריגים – נדירים, יוצאים מן הכלל, אך לעיתים הם כורח המציאות. אלו יכולים לבוא לידי ביטוי כשהסכנה רבה, כשהסביבה נושאת באחריות מסויימת, ולו פסיבית, או שהיא מחפה על פשע, או כששלטון החוק נתון למרמס, על מנת להרתיע, כדי להרחיק אנשים ישרי-דרך מסביבתם של פושעים, מחמת הערך החברתי והחינוכי שבענישה ועוד. בעתירות הפרטניות שנדחו, אכן שוכנענו, כי המושל לא ראה לשפוך חמתו על בני המשפחה בעוון המחבל, אלא לעשות בצוק העיתים לשם הרתעה, למען יראו ויראו, ולצורך הצלת נפשות. זהו תפקידו של המושל – הכרח בל יגונה, גם במחיר שמשלמים בני המשפחה של המחבל – להגן על החיים.

33. מחד גיסא, נזכור ונשמור על המוסר, על זכויות האדם ועל מידת הרחמים גם בשעת מלחמה ומעין מלחמה: "נקרא המקום רחום, אף אתה היה רחום" (ספרי, עקב, מ"ט); מאידך גיסא, נזכור ונשמור בדיבור אחד גם זאת: "כל שהוא רחמן על אכזרים, לסוף נעשה אכזר על רחמנים" (ילקוט שמעוני, שמואל א, קכ"א). בין שני קטבים אלו נצטוונו לדון ולהכריע, כשעל כף המאזניים האחת – הריסת ביתו של

מחבל, ופגיעתה במשפחתו, ועל כף המאזניים שמנגד – נשקלת הצלחת חיים. כזאת עשה חברי השופט א' רובינשטיין ונימוקיו ברורים ומשכנעים; דעתי כדעתו.

שופט

השופטת א' חיות:

1. אני מצטרפת אל המסקנה שאליה הגיע חברי השופט א' רובינשטיין ולפיה דין העתירה דנן להידחות. הטעם המרכזי שהוביל אותי למסקנה זו נעוץ בעובדה שהסוגיות העקרוניות שהעלו העותרים בעתירה דנן נדונו והוכרעו על ידי בית משפט זה אך לאחרונה בעתירות פרטניות. האחת - ביום 1.7.2014 בעניין הריסת ביתו של הנאשם ברצח נצ"מ ברוך מזרחי ז"ל (בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.7.2014)) (להלן: עניין עואודה) והאחרות – ביום 11.8.2014 בעניין הריסת בתיהם של חוטפי ורוצחי הנערים גיל-עד שאער, אייל יפרח ונפתלי פרנקל זכרם לברכה ושל מעורב נוסף (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.8.2014)) (להלן: עניין קואסמה). אכן בית משפט זה אינו כבול להלכות היוצאות מלפניו, כהוראת סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה הקובעת כי: "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". ואולם יפים לעניין זה דבריו של השופט זילברג בד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ריימונד ליטוינסקי, פ"ד טו(1) 71, 75 (1961), בהתייחסו לגלגולה הקודם של ההוראה בסעיף 33(ב) לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957 וכך הדגיש:

גם הוראה זו אינה הופכת ל'ניר חלק' את הדפים שנכתבו עליהם פסקיו הקודמים של בית המשפט העליון ... לא רצה המחוקק הישראלי כי בית המשפט העליון יהיה פטור לגמרי מעול מלכות תקדים וכל אחד משופטיו – כתוצאה מכך – יעשה שבת לעצמו ... חלילה לנו מלנהוג כן! שאם נלך בדרך זו, הרי במרוצת הזמן ייהפך מוסד שיפוטי זה מ'בית משפט' ל'בית שופטים' אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו

דברים חשובים אלה מן הראוי כי נשווה לנגד עינינו תמיד. במקרה דנן שבים העותרים ומעלים בעתירתם סוגיות עקרוניות הנוגעות להריסת בתים אשר

נדונו והוכרעו בפסקי הדין בעניין עואודה ובעניין קואסמה ולמעשה מבקשים הם את ביטולם. לכך לא אוכל להסכים בלא שאחטא בהפיכת בית משפט זה ל"בית שופטים", בייחוד בהינתן העובדה שמדובר בפסקי דין שניתנו על ידי חמישה משופטי בית המשפט הזה אך לפני חודשים ספורים. עם זאת, יש לומר ביושר כי הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה.

2. המציאות הישראלית מתמודדת זה שנים עם התפשטות הטרור ועם מופעיו המחרידים המכוונים גם כלפי אזרחים תמימים. בשנים האחרונות החלו מדינות העולם נחשפות אף הן לטרור הנושא אופי גלובאלי ומציאות זו מחייבת את המשפט הן ברמה המקומית והן ברמה הבינלאומית להתמודד עם שאלות מורכבות באשר לאמצעים הלגיטימיים אשר בהן רשאית מדינה לנקוט במאבקה נגד הטרור, כמי שמחויבת בהגנה על עצמה ועל אזרחיה. שאלות מורכבות כאלה הונחו לא אחת לפתחו של בית המשפט העליון בישראל לאורך השנים ודי אם נזכיר בהקשר זה את ההלכות הבולטות שנפסקו: בעניין שימוש באמצעי חקירה הכוללים הפעלת לחץ פיזי על נחקרים (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999)); בעניין מעצר מנהלי של בני אדם על-מנת שישמשו "קלפי מיקוח" במשא ומתן (בג"ץ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000)); בעניין הוצאת צווי "תיחום מגורים" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (3.9.2002)); ובעניין מדיניות ה"סיכולים הממוקדים" (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (14.12.2006)). כמו כן נדרש בית משפט זה לביקורת שיפוטית על דברי חקיקה שנחקקו לצורך המאבק בטרור (ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008)); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006)); בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.1.2012)). עם זאת נראה כי בתחום זה של המאבק בטרור, המשפט הבינלאומי וכמוהו המשפט הישראלי הפנימי טרם הדביקו את המציאות וטרם השכילו לקבוע קודקס מקיף ומפורט של כללים לעניין הדרכים החוקיות שבהן רשאית מדינה לנקוט כמי שמחויבת, כאמור, בהגנה על עצמה ועל

אזרחיה. למותר לציין כי תחום זה זועק להסדרה משום שהדינים המוכרים שעל-פיהם נוהגות אומות העולם מותאמים במידה רבה למודל הישן והמוכר של מלחמה בין צבאות ואילו המציאות החדשה והאיזומה שיצרו בארץ ובעולם ארגוני הטרור השונים וגם יחידים המבצעים פעולות טרור, אינה מתחשבת בגבולות טריטוריאליים אינה מבחינה בין זמן מלחמה לזמן שלום וכל שעה היא שעת כושר לזריעת הרס, אלימות ופחד ברוב המקרים ללא הבחנה בין אזרחים לחיילים. הטרור אינו מכבד למעשה שום כלל מכללי המשחק שקבע העולם הישן בדיני המלחמה, ומציאות זו מחייבת גם את המשפטנים ולא רק את כוחות הביטחון לחשיבה מחדש על-מנת לעצב באופן מעודכן דינים אלה ולהתאימם למציאות החדשה. לעת הזו ובהיעדר קודקס דינים מעודכן כזה מתמודד, אפוא, המשפט הישראלי ממקרה למקרה עם סוגיות הנוגעות למאבק בטרור תוך שאיפה וחתירה מתמדת לשמור על האיזון העדין שבין צרכי הביטחון ובין זכויות אדם וערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

3. תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) הינה לעת הזו על פי ההלכה הפסוקה חלק מן הדין הישראלי הפוזיטיבי, ותוקפה נשמר מכוח הוראת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם אם היא אינה מתיישבת עם הוראותיו של חוק היסוד. אולם, כפי שציין בית משפט זה לא אחת בפסיקותיו, ועמד על כך גם חברי השופט רובינשטיין, בבואנו לפרש את הסמכות הנתונה לרשות מכוח תקנות אלה אנו מחויבים לשאוב השראה פרשנית מחוק היסוד. השראה פרשנית זו משמיעה לנו כי בבואנו לבחון ולהעביר תחת שבט הביקורת את הפעלת הסמכות הנתונה לרשות על פי תקנה 119, עלינו להעמיד לנגד עינינו את תנאי פסקת ההגבלה ולוודא כי הפעולה נעשית לתכלית ראויה ועומדת במבחני המידתיות (דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 488 (1996); עניין עואודה, פסקאות 16-18; עניין קואסמה, פסקה 22).

4. המשיבים הדגישו בטיעוניהם כי התכלית העומדת ביסוד המדיניות של הריסת ביתם של מפגעים איננה עונשית - קולקטיבית כי אם הרתעתית וכי אמצעי זה מופעל במשורה בלבד, תוך בחינת ההשלכות ההנדסיות הכרוכות בכך וכן תוך

בחינת אמצעים שפגיעתם פחותה כגון אטימה במקרים מתאימים. העמדה לעניין תכליתו של אמצעי זה אומצה על-ידי בית המשפט בשורה של פסקי-דין. כך ציין הנשיא א' ברק בעניין שריף בדחותו בקשה לדיון נוסף לעניין הריסת חלק ממבנה שבו התגורר מי שהעביר למפגע מתאבד מטען חבלה שהתפוצץ באוטובוס בירושלים, באומרו "התכלית שהעמיד המשיב לנגד עיניו היא ראויה ... אין בכך כל חידוש על רקע פסיקה ענפה של בית משפט זה. התכלית אינה ענישה אלא הרתעה" (שם, בעמ' 488; כן ראו: עניין עואודה, פסקה 19). במאמרם "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 9110/19 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית", המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה 31, 5, 21-11 (ספטמבר 2014) ציינו מחבריו, המלומדים עמיחי כהן וטל מימרן, כי שיקול ההרתעה כתכלית ראויה מעורר מחלוקת ותמכו את טענתם בעניין זה בפסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ 7146/12 סרג' אדם נ' הכנסת (16.9.2013) בו ציינה כי ההרתעה של מהגרים ומבקשי מקלט היא אינטרס חברתי רצוי אך החקיקה שעמדה למבחן באותו מקרה אינה מגלה את הרגישות הנדרשת לזכויות אדם על-מנת שתצלח את מבחן התכלית הראויה, משום שהיא אינה מתייחסת אל האדם כאל מטרה אלא כאל אמצעי ובכך יש משום פגיעה נוספת בכבודו כאדם. תפישה זו מעוררת בעיני קושי מסוים ברמה האנליטית בהינתן נקודת המוצא לפיה ההרתעה - באותו עניין של מהגרים ומבקשי מקלט ובענייננו של מפגעי טרור ותומכיהם - משרתת אינטרס חברתי חשוב וראוי. משזו נקודת המוצא היצי הביקורת מופנים לאמיתו של דבר אל האמצעים הננקטים ואל מבחני המידתיות שעליהם לצלוח ולא אל התכלית שהיא ראויה לעצמה, אלא אם כן אנו מוכנים לקבוע קטגורית כי הרתעה - כל הרתעה - איננה תכלית ראויה ולכך אתקשה להסכים בוודאי לא ככל שמדובר בהגנה על בטחון המדינה ועל הרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע פעולות טרור.

טוען בא-כוח העותרים כי גם אם תקבל העמדה שהתכלית שביסוד ביצוע הריסת הבתים הינה הרתעתית, התוצאה הינה עונשית-קולקטיבית ועל כן היא פסולה (לעניין זה ראו גם: יוגב תובל "הריסת בתים – אמצעי לגיטימי למאבק בטרור או ענישה קולקטיבית" בתוך אמצעים חריגים למאבק בטרור 189 (המכון

הישראלי לדמוקרטיה, 2010)). דומני כי קשה לסווג הריסת בית של מפגע כענישה קולקטיבית במובנה המקובל, גם אם מביאים בחשבון כי כתוצאה מהריסת ביתו נפגעים גם בני משפחתו המתגוררים באותו הבית וזאת בהינתן הקביעה לפיה אחד השיקולים אשר מן הראוי שהמפקד הצבאי ישקול לגבי הריסת המבנים הוא מידת מעורבותם של יתר דיירי הבית בפעילותו החבלנית של המפגע (ראו: עניין עואודה, פסקה 18 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור; עניין קואסמה, פסקה 22 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר). המשנה לנשיא הוסיפה וציינה אמנם בהקשר זה כי "היעדר ראייה בדבר מודעות או מעורבות מצד הקרובים אינו מונע שלעצמו הפעלת הסמכות, אך גורם זה עשוי להשפיע כאמור על היקף הצו של המשיב". בעיניי מן הראוי כי שיקול זה, אף כי איננו עומד לבדו, יישא משקל ממשי בקבלת ההחלטה לגבי הריסת המבנה והיקפה ונראה כי שיקול זה אכן הודגש על-ידי בית המשפט זה לא אחת בעבר כשיקול הנושא משקל כזה (ראו למשל: עניין שריף; בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 339, 349-350 (1994); עניין עואודה, פסקה 28 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור). אוסיף ואומר, בלא שיהא בכך כדי למצות את האפשרויות הנוגעות לשיקול זה, כי לגישתי אם אכן יהיה בידי בני המשפחה שביתם עומד להיהרס לשכנע בראיות מנהליות מספיקות כי טרם ביצוע הפיגוע ניסו להניא את המפגע מביצועו, כי אז מן הראוי לייחס לנתון זה משקל משמעותי ביותר העשוי במקרים מתאימים לשלול החלטה להריסת ביתם של אותם בני משפחה.

5. טענה נוספת אשר עלתה בהרחבה בטיעוני העותרים נוגעת לסוגיית האפקטיביות של הריסת הבתים כאמצעי המרתיע מפגעים. העותרים תמכו את טיעוניהם בדבר חוסר האפקטיביות של אמצעי זה בחוות דעת מומחים שהפנו למאמרים שונים ובהם מאמרו של פרופסור אריאל מררי (Ariel Merari Israel) (Facing Terrorism, 11 ISRAEL AFFAIRS (2005) (להלן: מררי) וכן למאמרם של בנמלך, אסטבן, קלור וברבי (Efraim Benmelech, Esteban F. Klor and Claude Berrebi,) Counter-Suicide-Terrorism: Evidence from House Demolitions, 16493 NBER Working Paper (2010)), אליו התייחס חברי השופט נ' סולברג בחוות דעתו. לגישת העותרים מאמרים אלה מפריכים את רציונאל ההרתעה אך עיון מעמיק בהם מלמד כי מסקנה נחרצת כזו אינה נחלתם של חוקרים אלה. כך למשל, מצביע מחקרם האמפירי של

בנמלך, אסטבן, קלור וברבי על מתאם חיובי הקיים בין הריסת בתים ובין ירידה במספר פיגועי ההתאבדות שאותם חקרו, הגם שהוסיפו סייג למסקנתם זו בציינם כי המתאם נמצא בתקופה שלאחר ההריסה ובסמיכות אליה והדגישו כי הריסת בתים עלולה להביא לעלייה בסוגים אחרים של טרור שאותם לא חקרו (שם, בעמ' 16). פרופ' מררי התייחס אף הוא לשאלת האפקטיביות של הריסת הבתים כגורם מרתיע וסיכם את דבריו בסוגיה זו באומרו:

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 government. The actual behavior of the affected public, as a result of the infliction of collective punishment, depends on whether fear is stronger than anger, or vice versa. Persons who are willing to kill themselves in order to kill others are, obviously, very hard to deter by the threat of punishment to themselves, but they may still care about the well-being of their families. (מררי, בעמ' 230)

מסקנה זו רחוקה מלשקף הפרכה נחרצת של רציונאל ההרתעה. היא מציגה שתי השפעות מנוגדות של ההריסה ומציינת כי הכוח המרתיע של ההריסה תלוי במידה רבה בשאלה האם הפחד יגבר בכל מקרה נתון על השנאה. משפט הסיום של הפסקה המצוטטת לעיל מדגיש אף הוא כי קשה להרתיע מפגע מתאבד אך ייתכן שמפגע כזה עדיין יתחשב ויביא בחשבון את רווחת משפחתו, ואמירה זו לפחות מרמזת כי ייתכן שזוהי הדרך היחידה שבאמצעותה ניתן להרתיעו. המלומדת Cheryl V Reicin סבורה אף היא כי הריסת בתים עשויה להרתיע אנשים השוקלים לבצע פיגועי טרור וכן אנשים השוקלים לתמוך במפגעים ולארחם בביתם. כמו כן, לשיטתה של Reicin הריסת הבתים עשויה לגרום לבני המשפחה לעשות מאמצים להניא את ילדיהם או אחיהם מלבצע פיגועים, בעלי הבתים עשויים להתערב ולפנות חשודים בטרור מן הבית ולבסוף הקהילה החשופה לסנקציה זו עשויה להתערב ולהודיע לגופי הביטחון על יחידים החשודים במעורבות בטרור (Cheryl Reicin, Preventive Detention, Curfews, Demolition of Houses, and Deportations: An Analysis of Measures Employed by Israel in the Administered Territories, 8 CARDOZO LAW REVIEW 515, 547 (1987)). מסקנות אלה אף הן

רחוקות מהפרכה של רציונאל ההרתעה. בהקשר זה חשוב להדגיש כי על מנת לצלוח את תת-המבחן הראשון מבין מבחני המידתיות, הוא מבחן הקשר הרציונאלי, אין דרישה להראות כי "האמצעי הנבחר יגשים את המטרה במלואה, ודי בהגשמה חלקית שאינה שולית או זניחה על מנת לקיים את דרישת הקשר הרציונאלי" (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יושב ראש הכנסת, פסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה ד' בייניש (23.2.2012)) ובמילים אחרות די בכך שניתן להצביע על פוטנציאל להגשמת התכלית האמורה שאותו אין לשלול (בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (17.12.2008) והאסמכתאות שם) (להלן: עניין אבו דהים).

6. ולסיום אציין כי אני רואה חשיבות רבה בהערתו של חברי השופט רובינשטיין בדבר הצורך לקיים בעתיד מעת לעת וככל הניתן מעקב ומחקר לגבי האמצעי של הריסת הבתים ותועלתו (פסקה כ"ז לחוות דעתו). בהקשר זה לא למותר לציין כי גם בעבר נבחן הדבר על ידי ועדת שני שאותה הזכיר חברי, אשר עסקה "בחשיבה מחודשת לנושא הריסות הבתים" והגיעה בעת ההיא (2005) אל המסקנה שאומצה על-ידי גורמי הביטחון ולפיה יש להפסיק את פעילות הריסת בתי המחבלים לצורך הרתעה כשיטה באזור יהודה ושומרון ולשמרה למצבי קיצון (שקופית 30 למצגת ועדת שני, נספח 1 לעתירה). הפיגוע בישיבת מרכז הרב בלב ירושלים היווה מצב קיצון לגישת גורמי הביטחון ובגיננו הופעל מחדש לאחר הפסקה בת מספר שנים אמצעי ההריסה. עתירה שהוגשה לבית משפט זה באותו עניין - נדחתה (עניין אבו דהים). גל הפיגועים האחרון שתחילתו בחטיפתם ורציחתם של שלושת הנערים ז"ל והמשכו במעשי הרג וטבח תכופים של אזרחים תמימים, עוברי אורח ומתפללים בבית כנסת, סימן אף הוא שינוי מצב קיצוני המתאפיין במפגעים ממזרח ירושלים, שהצריך הפעלה מחדש של אמצעי זה. אך מצבי קיצון אלה אסור שישכיחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פיסקת ההגבלה. בשבחי הספקות, אשר חשוב שינקרו תמיד גם בלב הצודקים, דיבר המשורר יהודה עמיחי בשירו "המקום שבו אנו צודקים" וכתב:

אבל ספקות ואהבות עושים
את העולם לתחוח
כמו חפרפרת, כמו חריש.

ולחישה תשמע במקום
שבו היה הבית
אשר נחרב.

מטעמים אלה אני מצטרפת למסקנתו של חברי השופט א' רובינשטיין לפיה
יש לדחות את העתירה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, ט' בטבת התשע"ה (31.12.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט