



על עוון הבן ועל משגה מתגלגל בעקבות בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

איתן דיאמונד*

1. מבוא. 2. מאגרוף הברזל לקול הפיקולו. 3. בעת הזו אין לנו מוצא.
4. לא רק עניין של תועלת ומידה. 5. אבל אנו יושבים בתוך עמנו.

1. מבוא

ביום שבת ה-3.10.2015, בעיר העתיקה בירושלים, דקר מוהנד חלבי למוות את הרב נחמיה לביא ואת החייל אהרן בנט, ופצע את אשתו של אהרן ואת בנם הפעוט. שוטרי משמר הגבול שנבהלו למקום ירו בחלבי והרגו אותו. בעקבות זאת, ביום 6.12.2015 הוציא מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית צו החרמה והריסה לבית בכפר סורדא שבו התגורר מוהנד חלבי עם הוריו ואחיו. ימים ספורים לאחר מכן, ביום 13.12.2015 עתר לבג"ץ שפיק חלבי, אביו של מוהנד, נגד הצו. בפסק דין שניתן ביום 28.12.2015 דחו השופטים את העתירה פה אחד.¹

רשימה קצרה זו תבקש להאיר דברים שאמרו השופטים, ויותר מזה דברים שלא אמרו, בפסק דין זה, האחרון – לפי שעה – בסדרה ארוכה של פסקי דין שבהם הכשיר בג"ץ החלטה על הריסת בתים לפי ההוראה הקבועה בתקנה 119 לתקנות הגנה (שעת חירום).² במקרה זה כבקודמיו, התיר בית המשפט לרשויות הצבא להרוס את הבית שבו

* דוקטורנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. תודות לחברי אבינועם כהן על שיחה קצרה שהניבה תועלת רבה. הטקסט, על הטעויות המצויות בו, הוא על אחריותי בלבד.

¹ בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנוב, 28.12.2015).
² תק' 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119").

התקנה קובעת כי:
מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה כל כלי ירייה 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 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



גרו העותר ובני משפחתו, אף שלא יוחסה להם כל אחריות לפשע שבעקבותיו הוצא צו ההריסה.

פסק הדין אינו מביא עמו בשורה חדשה. אדרבה, הוא רצוף הפניות לפסיקה קודמת. הפניות אלו משמשות את השופטים כדי לחמוק מדיון של ממש בטיעונים העקרונתיים שהעלו העותרים נגד חוקיות מדיניות הריסת הבתים, בקובעם כי "אין מקום להידרש לכך כאן פעם נוספת".³ אמנם, השופטים מכירים בכך שסוגיית הריסת הבתים "מעוררת מטיבה שאלות קשות",⁴ אולם הם נמנעים מלדון בשאלות אלה בציינם כי "בחינה חוזרת של הסוגיה אינה יכולה להיעשות כבר עתה, לאחר שבימים אלה חזר ואישר בית משפט זה את ההלכה הנוהגת", וכי "אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה, תוך הימנעות מפרקטיקה של החלת דין שונה בהתאם להרכב השופטים".⁵

ברגיל אכן נכון וראוי כי השופטים יכבדו את פסיקתו העדכנית של בית המשפט. כיבוד זה מבטיח ערכים של יציבות, ודאות, וצפיות,⁶ אולם הפסיקה בעניין הריסת בתים גדושה בצמחי באשה, אותם צריך היה לשרש זה מכבר. תחת זאת, השופטים חוזרים אל אותה פסיקה פגומה ומנציחים את ההלכות שנקבעו בה, וכך צפוי, בוודאות קרובה, שיחזרו לנצח על שהיה עליהם לפסול מלכתחילה. כשם שפסק דין חלבי ודומיו מגלגלים

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 רקקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם.

הוראה זו הייתה לצנינים בעיני הישוב היהודי בארץ כשהותקנה בידי שלטונות המנדט הבריטי בשנת 1945, אולם לאחר קום המדינה בחרו הרשויות הישראליות להשאיר אותה בספר החוקים והן מחילות אותה, כחלק מהדין המקומי הנוהג, גם בשטחים הפלסטינים הנתונים תחת כיבוש ישראלי משנת 1967.

³ בג"ץ חלבי, פס' ו' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁴ שם, פס' י"ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁵ שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, שלהערוותיה הצטרף השופט זילברטל. כן ראו פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. דברים דומים נכתבו בפס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 15.10.2015); פס' 2-4 לפסק דינו של השופט זילברטל בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 22.12.2015); פס' 1 לפסק דינה של השופטת חיות בבג"ץ 8091/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 31.12.2014) (להלן: עניין המוקד).

⁶ יפים לעניין זה דבריו של השופט זילברג בד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי, פ"ד טו(1), 71, 75 (1961), "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 ייפך מוסד שיפוטי זה מ'בית משפט' ל'בית שופטים' אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו".



את עוון הבן על האב, כך ולשם כך, מגלגלים השופטים טעות קדמונית מפסק דין לפסק דין.

בפרק עגום זה בתולדות הפסיקה של בג"ץ לא היו נקודות אור רבות. עם זאת, בשורה של פסקי דין שניתנו לאחרונה, שבהם גם פסק הדין בעניין **חלבי**, בצבצו סמנים של צדק. קודם שהכריעו להכשיר את ההרס, הביעו השופטים – שופטת פה, שופט שם – אי-נחת.⁷ הגדיל לעשות השופט מני מזוז, שפעמיים בדעת מיעוט, מיאן להצטרף לחבריו ולאשר את צווי ההריסה מושאי העתירה.⁸ זאת, בין היתר, מן הטעם שהמדינה לא נתנה מענה הולם לטענות העקרוניות שהעלו העותרים נגד חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים. טענות אלו, פסק מזוז, הן כבודות משקל וראויות לבירור יסודי. עוד ציין מזוז כי טענות אלו ודומות להן שהועלו בעבר, ואשר מעמידות בסימן שאלה את תקפה של תקנה 119, "לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני".⁹

באי כוחה של המדינה וכמוהם, כאמור, גם השופטים בפסק דין **חלבי** ובפרשות אחרות, נמנעו מלקיים את הבירור הנדרש, על-סמך הנימוק שנושאים אלה נידונו והוכרעו בפסיקה קודמת.¹⁰ "אלא שבחינה זהירה מצביעה על כך שהדין בסוגיות אלה בפסיקה קודמת לא היה ממצה", כפי שהעיר השופט מזוז, "ויתרה מכך, מדובר בעיקר בפסקי דין משנות ה-80 ותחילת שנות ה-90 של המאה הקודמת, בטרם העידן החוקתי במשפט הישראלי, וכאשר בתקופה שחלפה חלו גם תמורות מפליגות בנורמות המשפט הבינלאומי הרלבנטיות לסוגיה זו".¹¹ על דברים אלה ראוי להוסיף ולהעיר כי פסקי הדין האמורים לא היו יפים גם לשעתם, וזאת משום שהריסת בתים לפי תקנה 119 עומדת בסתירה לעקרונות יסוד של דין ושל צדק וכן לכללים קונקרטיים בדין הבינלאומי שהיו שרירים וקיימים גם אז.

כדמות מקריקטורת ילדים שעומדת באוויר כל עוד אינה מביטה מטה כדי להינכח שאין קרקע למרגלותיה, כך השופטים שאינם שבים לעיין בהלכות שעליהן הם נסמכים

⁷ ראו למשל, את דבריהם של השופטת ברק-ארז בעניין **חלבי**, של השופט פוגלמן בעניין **סידר**, ושל השופט זילברטל בעניין **אבו ג'מל**.

⁸ בג"ץ 7220/15 **עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו, 4.11.2015); עניין **אבו ג'מל**.

⁹ ראו פס' 3 לפסק דינו של השופט מזוז בעניין **עליוה**.

¹⁰ כך נהג בג"ץ כשדחה לאחרונה ניסיון להביא לדין מחודש ומקיף בסוגיות אלו בפסק דין **המוקד** ושוב בדנג"ץ 360/15 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 12.11.2015).

¹¹ ראו פס' 4 לפסק דינו של השופט מזוז בעניין **עליוה**.



ואינם משגיחים על כן בפגמיהן. אולם גם אי-אז "בתחילת שנות ה-90 של המאה הקודמת", היה שופט אחד שכן הביט מטה, וביקש, בדעת מיעוט, לפסול צווי הריסה שלא היה להם בסיס בדין.

2. מאגרוף הברזל לקול הפיקולו

בראשית דרכו בבית המשפט העליון פסק השופט מישאל חשין המנוח בכמה מקרים – תמיד בדעת מיעוט – כי יש לפסול צווים להריסת בתים משום שאיימו לפגוע בחפים מפשע. באחת הפרשות פסק, כי "עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת" והוסיף וכתב כי "עקרון היסוד שאנו מדברים בו יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול דעתה של הרשות ואת נושא התואם ("מידתיות", "יחסיות") בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות".¹² עקרון היסוד עליו נסמך השופט חשין תוך הפניה למקרא, הוא עיקר לא רק בדין הפנימי של מדינת ישראל, אלא גם בדין הבינלאומי שרשויות המדינה מצוות לסור למרותו.¹³ העקרון מתחייב אף ממושכלות ראשונים בדבר כבוד האדם, שמהן נגזר הצו הקטגורי כי לעולם אין לנהוג באדם כאמצעי בלבד.¹⁴ כל אלה מבססים כלל אבסולוטי – כלל שאינו מותר מקום לשיקולי מידתיות ולתחשיבי עלות-תועלת – כי אין לפגוע במזיד בחפים מפשע. כך, אפילו שעה שמנהלים מערכה נגד מי שבעצמם פועלים כדי לפגוע בחפים מפשע ולהטיל עליהם מורא. אין לפגוע באף אדם, לא בגופו ולא ברכושו,

¹² בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון פ"ד מה(5) 338, 352 (1994). ראו גם בג"ץ 4772/91 חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150 (1992), פס' 6–7 לפסק דינו של השופט חשין.

¹³ איסור מפורש להעניש אנשים בגין מעשיהם של אחרים קבוע בס' 33 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949) שתידון להלן. הוראה זו נובעת מעקרון כבוד האדם שעומד בבסיס המשפט ההומניטרי הבינלאומי ודיני זכויות האדם, ואשר בא לידי ביטוי גם בהוראת המפתח של אמנת ג'נבה הרביעית (1949) המעוגנת בס' 27 לאמנה. לטיעון כי המשפט ההומניטרי הבינלאומי מושתת על ערך כבוד האדם ראו, למשל, Aharon Barak, *International Humanitarian Law and the Israeli Supreme Court*, 47(2) Isr. L. Rev. 181, 188 (2014). לקביעה כי ס' 27 הנזכר מבטא עיקרי יסוד בדבר כבוד האדם, שעליהם מבוססות כל אמנות ג'נבה, ראו Geneva Conventions of August 12, 1949 Commentary, IV Geneva Convention 200-201 (ICRC, J.S. Pictet, O.M. Uhler & H. Coursier eds., 1958).

¹⁴ ראו עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המדות 95–100 (משה שפי מתרגם, 1950).



על עוון הבן ועל משגה מתגלגל

אך כדי להרתיע או להשיב גמול לאחר. מעשה טרור אינו מצדיק טרור נגדי. מטעם זה, הריסת בית של אנשים עקב מעשה שביצע אדם אחר, היא אסורה. כאמור, וכפי שיפורט בקצרה בהמשך, פרקטיקה זו אסורה בתכלית לא רק מכוח עקרון היסוד האמור, אלא גם לנוכח הוראות הדין הבינלאומי שבהן ניתן ביטוי קונקרטי לעיקרון. זאת, בין שההריסה נעשית כמעשה תגמול, היינו כעונש קולקטיבי, ובין שנעשית (כפי שנציגי המדינה, ובעקבותם גם השופטים, שבים ומטעימים) כאמצעי הרתעה.

חרף כל זאת, בפרשה מאוחרת יותר, שבה עמדתו הייתה יכולה להיעשות לדעת רוב, נסוג השופט חשין מהעיקרון ש"על עומדו יעמוד", והכשיר החלטה להרוס בתים של אנשים בעקבות מעשים שביצעו אחרים.¹⁵ בפסק דינו לא נמנע מלהזכיר את החלטותיו הקודמות:

"נטעתי עצמי בעקרון יסוד במשפט, וממנו – כך אמרתי – לא אנוע לא הימין ולא השמאל. ואותו עקרון יסוד כולנו ידענוהו מילדות: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. כדבר הנביא, והיא תורת משה: 'הנפש החטאת היא תמות בן לא-ישא בעון האב ואב לא ישא בעון הבן צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה' (יחזקאל, יח, כ [א])."¹⁶

אולם אז הוסיף את הדברים הבאים, שיש בהם לא רק נימוק להחלטתו לסגת מעמדתו, אלא גם ביאור חד וכנה של דפוס כללי בפסיקת בג"ץ, אשר נגלה שוב ושוב כאשר בית הדין נדרש לביקורת שיפוטית על החלטות באשר לסכסוך הישראלי-פלסטיני ובנושאי ביטחון באשר הם:

"לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו, אך נודה על אמת: באותם מחוזות קולו כקול הפיקולו, זך וטהור אך נבלע בהמולה."¹⁷

¹⁵ בג"ץ 1730/96 סביח נ' האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד נ(1) 353 (1996). בפרשה זו פסקה השופטת דורנר כי יש לדחות את ההחלטה על הריסת חלק מהבתים שלגביהם הוגשה עתירה, משום שההריסה צפויה לפגוע באנשים בשל מעשיהם של אחרים. לו היה מצטרף לדעתה, היה השופט חשין מונע את הריסת הבתים הללו. ראו יוסי ולפסון "הריסת

בתים עונשית: בג"ץ 1730/96 סביח נ' האלוף אילן בירן" פסיקה במבחן – המוקד להגנת הפרט 1.8.2010. <http://www.hamoked.org.il/Document.aspx?dID=Documents1272>

¹⁶ עניין סביח, בעמ' 365.

¹⁷ שם, בעמ' 369.



לימים, כשפרש השופט חשין מכס השיפוט, כתב אביגדור פלדמן על אכזבתו המרה ("שברון לב") מכך שהשופט פנה לדרך שבה הילכו גם יתר השופטים בבית המשפט העליון:

"לפני שהיה לשופט העליון מישאל חשין ואחרי שהיה ראש מחלקת בג"ץ, היה חשין סניגור ופעם אחת ראיתי אותו טוען בערעור פלילי בבית המשפט העליון הישן במגרש הרוסים [...] לפתע במהלך הטיעון היכה הסניגור חשין על השולחן באגרוף ברזל ונעו אמות הסיפים וחזקת החפות, שהיא בדרך כלל ארנבת מבוהלת המצטנפת מתחת לספסל הסניגורים ורועדת מפחד, בכל עת שמזכירים אותה, השמיעה שאגה אדירה, יצאה מתחת לספסל, עמדה על רגליה ופרוותה התיזה גיצי חשמל שחרכו את השיער בנחיריים ובאוזניים ואמרתי לעצמי זו מכת אגרוף שאנו זקוקים לה בבית המשפט העליון [...] כאשר הגיע האגרוף לבית המשפט העליון שמחתי שמחה רבה. כמה טוב לראות אגרוף בין האצבעות הדקיקות המתפתלות בין סעיפי החוק ומכשירות גירוש, הריסת בתים, הקמת התנחלויות, מעצימות את העוול ומבשרות את פיגועי ההתאבדות. כמה ימים עוד התנדנד האגרוף אל עבר המכים והמעוולים, דעת מיעוט בעניין הריסת בתים, טיפוח של קול הפיקולו הטהור של המשפט גם נגד נהמת המלחמה. אבל לא הייתה זו מכת המחץ שירדה על השולחן שהוא בבית המשפט העליון. האגרוף היסס הוא נע כה וכה, אחר כך עמד האגרוף מלכת, שוקל בדעתו עד שנכנסה בו רוח תזזית והוא החל מכה לכיוון ההפוך"¹⁸

השופט חשין לא סחף אחריו את חבריו למותב ולא התמיד בדרכו. יש לקוות כי השופט מזון, או מי מעמיתיו או עמיתותיו השופטים יצליחו בכך יותר, וכי קולם לא יבלע גם הוא בהמולה. בהקשר זה ניתן לדלות מעט תקווה, אך לצדה גם מידה לא מבוטלת של דאגה, מקולות הפיקולו שאפשר היה להשגיח בהם בפסק דין חלבי.

3. בעת הזו אין לנו מוצא

פסק הדין מעורר תקווה מסוימת, משום שניכר מדברי השופטים כי הם מוצאים קושי עקרוני בפרקטיקה של הריסת בתים לפי תקנה 119 ובהלכה הנוהגת בעניין זה. המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין, שכתב את פסק הדין הראשי, הכיר בכך שהסוגיה מעוררת

¹⁸ אביגדור פלדמן "שבר לב" לי את הלב" גלובס
17.2.2006 www.services.globes.co.il/news/cache/pas_2012.html



“שאלות קשות” וכן “דילמה מוסרית במקומות מסויימים”.¹⁹ “בשולי הדברים”, ותוך התייחסות לדעות המיעוט של השופט מזוז בפרשות **עליוה ואבו ג'מל** שניתנו מוקדם יותר באותו החודש, הוסיף וציין המשנה לנשיאה כי “הריסת בתים אינה נושא חביב כל עיקר על איש מאתנו, לשון המעטה” וגילה עוד כי “אילו חיינו במציאות אחרת הייתי שמח מאוד, וכמותי רבים מחברינו, להצטרף למסקנה אליה הגיע השופט מזוז בכבוד”.²⁰ השופט דפנה ברק-ארוז, שלהערותיה הצטרף השופט צבי זילברטל, הביעה עמדה מסויגת אף יותר. השופטת ברק-ארוז פסקה אמנם, כי “אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה”,²¹ אולם מנוסח הדברים משתמע, כי על אף שראתה עצמה אנוסה לפסוק כפי שפסקה, קיים ספק בלבה אם אכן ראוי להתמיד במדיניות הריסת הבתים. רושם זה מתחזק למקרא מילות הסיום של פסק דינה הקצר: “בהתאם לעקרונות הפעולה המחייבים את בית המשפט כמוסד ו**חרף הקושי הכרוך בכך, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חבריי**” (ההדגשות שלי – א.ד.).²²

השופטת ברק-ארוז, כמו עמיתה בפרשות אחרות, מפנה את מבטה לא רק למעשי הפסיקה שנעשו בעבר, להלכה הנוהגת אותה חזר ואישר בית המשפט בימים אלה ושלדעתה אין מנוס מלהתמיד בה, אלא גם לפעולות שעל בית המשפט לעשות בעתיד: “הדעת נותנת כי לנוכח השאלות המורכבות שמעוררת נקיטת האמצעי של הריסת בית, אף בעקבות מעשה טרור רצחני שביצע אחד מיושביו – הן מהיבטו של המשפט הבינלאומי והן מהיבטו של המשפט החוקתי הישראלי – בית משפט זה אכן יוסיף לבחון את התאמתה של ההלכה הפסוקה לנסיבות המשתנות ואת הלקחים שיופקו מן המקרים שבהם בוצעו צווי הריסה”.²³

בעתיד אם כן, יקיים בית המשפט בחינה חוזרת של הסוגיה, אולם בחינה כזו אינה יכולה להיעשות כבר עתה, שכן בעת הזו אין לשופטי בית המשפט מוצא, אלא לכבד את ההלכה שנקבעה בעבר ושאושרה רק לאחרונה. כבן הכפר המבקש להיכנס אל החוק,²⁴ יהיה עלינו להמתין עד שבית המשפט יידרש לשאלת חוקיותה וחוקתיותה של תקנה 119 ושל הריסת הבתים מתוקפה. לנוכח הגיון הדברים עליו חוזרים השופטים בפסק הדין בעניין חלבי, ההמתנה צפויה להיות ארוכה. אכן, כל עוד תימשך הפרקטיקה, ובית

¹⁹ עניין **חלבי**, פס' ו' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

²⁰ שם, פס' י"ב.

²¹ שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

²² שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

²³ שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

²⁴ פרנץ קפקא “לפני החוק” **המשפט**, ראה אור בספר **רופא כפרי: וכתבים אחרים שהתפרסמו בימי חייו של הסופר** (אילנה המרמן מתרגמת, 2000).



המשפט ימשיך להידרש לעתירות נגדה, תיוותר ההלכה הנוהגת על כנה ויהיה על השופטים לחזור ולאשר אותה מפסק דין אחד למשנהו. כך תידחה, שוב ושוב, הבחינה החוזרת. לעומת זאת, אם לא תוגשנה עתירות, לא יתקיים כלל דיון בשאלה. השופטת ברק-ארז סבורה בכל זאת, כי הדעת נותנת שבית המשפט יקיים בחינה חוזרת. לכאורה, אכן יש מקום להניח כי יעשה כן, אם רק תהיה הפסקה נמשכת בפרקטיקת ההריסות, או למצער בעתירות נגדה. אלא שניסיון העבר בהקשר זה אינו מעודד. בשנת 2005 החליטו רשויות הביטחון להשעות "לפי שעה" את הריסת הבתים לפי תקנה 119,²⁵ השעיה שעמדה בתוקפה במשך כעשור.²⁶ בפסק דין שניתן זמן קצר לאחר שהכריזו הרשויות על השינוי במדיניותן, ושאותו כתב הנשיא דאז אהרן ברק, פסק בג"ץ כי שוב אין מקום לבחון מחדש את ההלכה הנוהגת בעניין הריסות בתים מכוח תקנה 119, לפי שממילא אין נוהגים על פיה.²⁷ כך נותרה ההלכה הישנה במקומה. והנה, משחודשה הפרקטיקה בשנת 2014, ובית המשפט שוב נדרש לסוגיה, פסקו השופטים כי "למעשה כל הטענות המועלות בעתירה זו כבר נדונו והוכרעו בפסיקתו של בית משפט זה בעבר",²⁸ וכך שוב נחסמה דרכם של העותרים לעת הזו. הבחינה החוזרת היא הבטחה מושהית-תמיד, ואלו המתנינים לה הם כמו מבקשים לגעת בקשת בענן.

4. לא רק עניין של תועלת ומידה

פסק הדין הקצר בפרשת חלבי מעורר דאגה גם מטעם אחר. בפסיקתו הנזכרת, השופט חשין התייחס כאמור לעקרון יסוד אשר "יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול דעתה של הרשות ואת נושא התואם". לעומת זאת, בפסק דין חלבי, נמנעים השופטים מלרדת אל שורשי הסמכות. לא זו בלבד שבעת הזו אין השופטים רואים לנכון לבחון מחדש כל היבט של המדיניות, אלא שגם בבוא העת

²⁵ זאת בעקבות המלצת ועדה צבאית בראשות האלוף אודי שני, שמינה הרמטכ"ל כדי לבחון את מדיניות הריסת הבתים, ואשר העלתה ספקות באשר לייעילות המדיניות כאמצעי הרתעה.
²⁶ זאת באשר להריסות בתים בגדה המערבית. במזרח ירושלים הוצאו שלושה צווי הריסה קודם לכן בעקבות פיגועים שבוצעו בשנים 2008–2009. ראו בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלון פיקוד העורף (פורסם בנבו, 5.1.2009); בג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 18.3.2009); בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלון פיקוד העורף (פורסם בנבו, 15.2.2012).
²⁷ בג"ץ 7733/04 נאסר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 20.6.2005).
²⁸ ראו בג"ץ 4597/14 עוואדה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 15 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 1.7.2014); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.8.2014); עניין המוקד.



לבחינה, מציעים הם לבחון את האפקטיביות של ההריסות כאמצעי הרתעה ואת מידתיותן – היינו את האופן שבו ממומשת הסמכות – ולא את עצם קיומה.²⁹ "סמכותו העקרונית של המפקד הצבאי להורות על הריסתו או אטימתו של בית מכוח תקנה 119 הוכרעה בשורה ארוכה של פסקי דין של בית משפט זה, ואין מקום להידרש לכך כאן פעם נוספת", פוסק המשנה לנשיא רובינשטיין. לעומת זאת, הוא מציין כי מידת האפקטיביות של הריסות הבתים כאמצעי הרתעה "טעון בחינה מתמדת"³⁰. בהמשך הוא חוזר ופוסק כי "המדיניות טעונה חשיבה מתמדת ומעקב מתמיד באשר לתועלת שבהרתעה".³¹

גם מדברי השופטת ברק-ארוז, לפיהם "יש לכאורה טעם בטענה כי הפעלת הסמכות שעניינה הריסת בתים מעוררת קושי מהיבטה של דרישת המידתיות",³² עולה, אם כי באורח מרומוז יותר, כי יש להתמקד בשאלות בדבר מידתיות בהפעלת הסמכות ולא באשר לעצם קיומה.

המשנה לנשיאה רובינשטיין מייחס לשופט מזוז עמדה דומה, בציינו כי "גם השופט מזוז מסכים, כך נדמה, כי עסקינן לא בסמכות אלא במידתיות".³³ קביעה זו תמוהה, שכן בעניין עליוה, ושוב בעניין אבו ג'מל, הצביע השופט מזוז, בדומה לשופט חשין לפניו, על שאלות הנוגעות לא רק לאופן שבו ראוי להפעיל את הסנקציה לפי תקנה 119, אלא גם באשר לעצם הפעלתה, קרי – באשר לחוקיות צווי ההחרמה וההריסה מכוח התקנה.³⁴ אכן, אם תקנה 119 אינה תקפה כלל ואין לרשות סמכות להורות על הריסת בתים מכוחה (וכן אם הסמכות היא מוגבלת והרשות חרגה מגבולותיה), הרי ששאלות בדבר סבירות

²⁹ יצוין גם כי בפס' 2 לפסק דינה, מציינת השופטת ברק-ארוז כי "הדעת נותנת כי לנוכח השאלות המורכבות שמעוררת נקיטת האמצעי של הריסת בית, אף בעקבות מעשה טרור רצחני שביצע אחד מיושביו – הן מהיבטו של המשפט הבינלאומי והן מהיבטו של המשפט החוקתי הישראלי – בית משפט זה אכן יוסיף לבחון את התאמתה של ההלכה הפסוקה לנסיבות המשתנות ואת הלקחים שיופקו מן המקרים שבהם בוצעו צווי הריסה כאמור". מלשון הסיפא של דבריה, עולה כי הבחינה המחודשת המוצעת על ידה אינה נסובה על עצם החוקיות של המדיניות הנוהגת, וכי היא מכוונת רק לבחינה של התאמת המדיניות "לנסיבות המשתנות" ושל האפקטיביות שלה לאור הלקחים שהופקו מניסיון העבר. עניין חלבי, פס' ר' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

³⁰ שם, פס' י"ב.

³¹ שם, פס' ב.

³² שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

³³ שם, פס' י"ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

³⁴ עניין עליוה, פס' 12 לפסק דינו של השופט מזוז; עניין אבו ג'מל, פס' 2 לפסק דינו של השופט מזוז.



ומידתיות מתייתרות ממילא. הריסת בתים בלא סמכות היא פסולה בעליל ולעולם אינה סבירה או מידתית.

השופט מזוז אמנם לא הכריע בשאלת תקפה של תקנה 119 וחוקיות הפרקטיקה הנסמכת עליה, אולם הוא מצביע על קיומם של קשיים רבים "במישור המשפט הבינלאומי הפומבי ובמישור המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי" הכרוכים בעצם הפעלת הסמכות.³⁵ במהלך השנים שמע בג"ץ שוב ושוב מפי פרקליטים שטענו בפניו, ואשר נסמכו גם על כתבי מלומדים ועל חוות דעת שחיברו, לביסוס המסקנה כי הריסת בתים מכוח תקנה 119 לצורך תכלית מוצהרת של הרתעה היא פסולה.³⁶ השופט מזוז סקר, בראשי פרקים, את הטענות שהוצגו, וציין, בין היתר, כי בעטיים "רוב מכריע של הכותבים, ישראלים וזרים, סבור כי תקנה 119 סותרת שורה של הוראות במשפט ההומניטארי הבינלאומי ובמשפט זכויות הבינלאומי".³⁷

בקצירת האומר אזכיר, כי ההסכמה העולה עד כדי קונצנזוס לפיה מדיניות הריסת הבתים כרוכה בהפרה של המשפט ההומניטארי הבינלאומי נסמכת על העמדה – עליה כמעט אין עוררין בקרב המומחים לדין הבינלאומי – כי פעולותיה של ישראל בשטח הפלסטיני הנתון לשליטתה האפקטיבית, כפופות להוראות המשפט ההומניטרי ובכללן הוראות דיני הכיבוש. תקנה 119, שהיא חלק מהדין המקומי בגדה המערבית, צריכה לפיכך להיקרא בכפוף להוראות אלו, וככל שהיא סותרת אותן אין לישראל סמכות לפעול לפיה.³⁸

³⁵ שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט מזוז.

³⁶ חוות דעת מקיפה במיוחד מאת המלומדים ארנה בן נפתלי, גיא הרפז, מרדכי קרמניצר ויובל שני, הוגשה בתמיכה לעתירה בעניין **המוקד**. ראו ארנה בן נפתלי ואח' **חוות דעת מומחים: חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי** (נובמבר, 2014) (להלן "חוות דעת המומחים").

³⁷ עניין **עליזה**, פס' 7 לפסקי דינו של השופט מזוז.

³⁸ מהוראת ס' 43 לתקנות האג (1907), וביתר שאת מהוראת ס' 64(2) לאמנת ג'נבה הרביעית (1949), עולה כי כוח כובש חייב לבטל חקיקה מקומית המהווה מכשול לקיום חובותיו מכוח דיני הכיבוש. לפירוט ראו, למשל, חוות דעת המומחים, לעיל ה"ש 36, בעמ' 7, 16. עוד יצוין כי הדין הבינלאומי אינו מתיר למדינה להסתמך על הדין הפנימי שלה, כצידוק להפרת התחייבויותה מכוח אמנה בינלאומית. לעניין זה ראו ס' 27 לאמנת וינה בדבר אמנות (1969). בהתאם להוראת ס' 47 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949), הדין הבינלאומי אינו מכיר גם בנפקות סיפוח חד-צדדי של שטח כבוש ועל כן אינו מכיר בסיפוח מזרח ירושלים. מטעמים אלה, גם אם ייטען כי הריסות הבתים במזרח ירושלים, להבדיל מהגדה המערבית, נעשית על פי תקנות הגנה (שעת חירום) הקבועות בדין הפנימי של ישראל, מבחינת הדין הבינלאומי לא יאה בכך משום צידוק להפרת התחייבויותיה של מדינת ישראל.



עוד נטען, כי תקנה 119 אכן עומדת בסתירה להוראות דיני הכיבוש. דינים אלו מחייבים את ישראל, ככוח כובש, לכבד את הזכויות הרכושיות של הפלסטינים תושבי השטח ולפעול להגנתן.³⁹ פגיעה בנכסי מקרקעין, לא כל שכן הריסתם, אסורה אלא בנסיבות תחומות ומוגדרות. מהוראת סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית עולה כי הריסת בתים תותר רק בנסיבות שבהן הדבר "נחוץ לחלוטין" לצורך ביצוע פעולות צבאיות. הריסה המכוונת להשגת הרתעה כללית אינה באה בגדר זה ועל כן היא אסורה.⁴⁰ הריסה רחבת היקף של רכוש בניגוד לאיסור האמור עלולה אף לעלות לכדי פשע מלחמה.⁴¹ הוראה נוספת שלא ניתנת ליישוב עם מדיניות הריסת הבתים לפי תקנה 119, היא האיסור על הטלת עונשים קולקטיביים הקבועה בסעיף 50 לתקנות האג משנת 1907 ובסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית. בניגוד לגישה שהציגה המדינה ושהתקבלה בפסיקה, הוראה זו אוסרת גם הריסות בתים לצרכי הרתעה כאשר אלו פוגעות באנשים שלא בגין מעשים שעשו ושלא הוכח כי נשקפת מהם כל סכנה.⁴² אכן, אחת ממטרותיה המרכזיות של הענישה היא הרתעה, ולא ניתן להוציא את הפעולה מגדרי ענישה או להכשירה אך בשל הטענה כי מטרתה היא הרתעתית.⁴³ יש אף מי שסוברים כי האופי הקולקטיבי של הריסת הבתים עלולה להוביל להגדרתה של המדיניות כפשע מלחמה.⁴⁴ זאת ועוד, האיסור על ענישה קולקטיבית הוא איסור מוחלט שאינו מותיר מקום לחישובי עלות-תועלת.⁴⁵ הדין הבינלאומי אינו מכיר בעונש קולקטיבי סביר או מידתי. ענישה קולקטיבית היא פסולה גם אם היא מספקת הרתעה יעילה או מועילה בדרך אחרת. היא אסורה תמיד.

³⁹ תק' 46 לתקנות האג (1907).
⁴⁰ שם, בהוראת ס' 23(g). לפירוט ראו, למשל, חוות דעת המומחים, לעיל ה"ש 36, בעמ' 8–15.
⁴¹ ס' 8(2)(א)(iv) לאמנת רומא (1998). כן ראו דיון בחוות דעת המומחים, לעיל ה"ש 36, בעמ' 8–27.
⁴² לפירוט והרחבה ראו, למשל, חוות דעת המומחים, לעיל ה"ש 36, בעמ' 18–23.
⁴³ ראו Yoram Dinstein, *The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Demolitions and Sealing off of Houses*, 29 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 285, 298 (1999).
⁴⁴ ראו Ariel Zemach, *The Limits of International Criminal Law: House Demolitions in an Occupied Territory*, 20 CONNECTICUT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 65, 70–74 (2004).
⁴⁵ כן ראו, חוות דעת המומחים, לעיל ה"ש 36, בעמ' 28–29. ראו Zemach, לעיל ה"ש 44, בעמ' 71.



בנוסף, כאמור, נטען כי מדיניות הריסת הבתים מפרה הוראות של דיני זכויות האדם.⁴⁶

מעבר לכל הטיעונים הללו, שנשמכים על הוראות ספציפיות בדין הבינלאומי הפומבי, חשוב לשוב ולהדגיש כי הריסת בתים של חפים מפשע למען יראו אחרים ויראו, מנוגדת ניגוד גמור גם לערך כבוד האדם שעומד ביסוד המשפט החוקתי בישראל ושעליו מושתתים גם דיני זכויות האדם וכללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי.

נוכח השיקולים שהוצגו כאן, בקליפת האגוז, קשה מאוד לקבל כי תקנה 119 היא בת תוקף, ונראה כי ישנם טעמים חזקים וכבדי משקל לבחון מחדש ולשנות את ההלכה לפיה קיימת סמכות מכוחה. השאלות אליהן בג"ץ הפנה בפרשת חלבי, שאלות בדבר סבירות שיקול הדעת, יעילות המדיניות ומידתיותה, הן שאלות מסדר שני שלא היה כל צורך להיזקק להן, אילו הדין היה מיושם כדבעי. זאת משום שתכלית החוק ולשונו הפשוטה, כמו גם עקרונות יסוד של צדק, מבהירים כי התקנה אינה מקימה כל סמכות, כי לפיכך הצווים הנשמכים עליה הם חסרי נפקות משפטית, וכי כל פגיעה הנגרמת בהסתמך עליהם היא בלתי-סבירה ובלתי-מידתית בעליל.

5. אבל אנו יושבים בתוך עמנו

"חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו" הזכיר השופט חשין.⁴⁷ מדברים אלה מתחייבת לכאורה המסקנה, כי שופט שנדרש לפרש את הדין לאור ערך היסוד של כבוד האדם, היה פוסל מדיניות שנוגהת בבני אדם כבאמצעי בלבד ומשיתה עליהם סבל על לא עוול בכפם, למען יראו אחרים ויראו. זאת בוודאי אחרי שמעיינים בחוק ורואים כי הוא קובע במפורש כי אדם "לא יענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו" וכי "עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או השלטת טרור אסורים".⁴⁸ לכאורה, שופט שהוא משרתו של החוק ושאינו עליו

⁴⁶ חוות דעת המומחים מזכירה בהקשר זה את זכות האדם להגנה על רכושו, את הזכות לאי התערבות בביתו של אדם, ואת הזכות לקורת גג. כן נטען כי הפרקטיקה עלולה להוות הפרה של האיסור לנהוג ביחס או בענישה אכזריים, לא אנושיים ומשפילים. בשל הענישה הקולקטיבית הכלולה בה, הפרקטיקה עלולה גם להביא להפרת התחייבויות מהותיות ופרוצדוראליות של המדינה על פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966). בנוסבות מסוימות, הריסת הבתים עלולה אף להביא להפרת זכויות המעוגנות באמנה בדבר זכויות הילד (1989). ראו חוות דעת המומחים, לעיל ה"ש 36, בעמ' 23–26.

⁴⁷ עניין סביח, בעמ' 369.

⁴⁸ ס' 33 לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 38.



מרות זולת הדין,⁴⁹ היה פוסק ללא היסוס שאין להרוס ביתו של אדם כדי להשיג מטרה רחוקה שספק אם תושג, לאחר שנוכח כי החוק מחייב להגן על הבית ואוסר להרוס אותו, אלא בנסיבות תחומות וחריגות בהן הדבר "נחוץ לחלוטין" לצורך ביצוע פעילות לחימתית.⁵⁰ כדי להסביר ולהצדיק מדוע הוא ועמיתיו אינם נוהגים כפי שלכאורה מחייבים תכלית החוק, עקרונותיו והוראותיו הספציפיות, ניתלה השופט חשין בהמיית המלחמה, באומרו כי "בהריע שופרות המלחמה" שלטון החוק "נבלע בהמולה".⁵¹ שלטון החוק, כך משתמע מדבריו, וכך ניתן גם להתרשם מקריאת פסקי הדין שנכתבו לאורך השנים בעניין הריסת בתים, נסוג מפני שיקולים לבר-משפטיים.⁵² כך המקרה גם בפרשת **חלבי**, שבשעת כתיבת הדברים הוא אחרון פסקי הדין העוסקים בסוגיה (אם כי, מאחר שאין בפסק דין זה בשורה גדולה, יש להניח שיבואו עוד אחריו). המשנה לנשיאה רובינשטיין כתב בפסק דינו, כי "אנו יושבים בתוך עמנו במציאות הקודרת היומיומית לעת הזאת".⁵³ דומה כי המציאות הקודרת שבה יושבים השופטים ובה נתון העם, מטביעה את חותמה גם במקום שבו הדין בלבד אמור להנחות אותם. אחת התוצאות במקרה זה היא הרס ביתם של העותר, שפיק חלבי, ושל בני משפחתו. את הבית ההוא כבר לא ניתן להציל. מסכת הפסיקה בעניין הריסת בתים מערערת גם את היסודות עליהם עומד בית המשפט – בית הדין הגבוה לצדק. במציאות הקודרת שבה אנו מצויים לעת הזו, חשוב כי הבית הזה יעמוד יציב, ששופטיו יהיו נאמנים לעצמם ולשבועתם, כי יהיו משרתיו של החוק, ושל בלבד, וכי יעשו משפט צדק.

49 כמצוות ס' 2 לחוק יסוד: השפיטה.

50 ס' 46 ו-23(g) לתקנות האג, לעיל ה"ש 38; ס' 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 38.

51 עניין **סביח**, בעמ' 369.

52 לא כאן המקום לקבוע מה הם אותם שיקולים לבר-משפטיים וכיצד הם משפיעים. לדיון בסוגיה ראו, למשל, DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (2002).

53 עניין **חלבי**, פס' י"ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.