

## הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים

גיא הרפז\* ועמיחי כהן\*\*

בשנת 2014 שבה מדינת-ישראל לעשות שימוש בצווי הריסת בתים לצורכי הרתעה לנוכח מעשי אלימות של פלשתינים. בתגובה הוגשו עשרות עתירות לבג"ץ נגד חוקיותה העקרונית של מדיניות הריסת הבתים ונגד יישומה במקרים הספציפיים. פסקי-הדין שניתנו במקרים אלה חשפו ביקורת שיפוטית רחבה ועזה נגד המדיניות. שופטים רבים (השופט מזוז וכן השופטים פוגלמן, ברוך, גובראן, ברק-ארז וזילברטל, ובאופן נוקב פחות גם השופטת חיות) הטילו ספק כבד באשר לחוקיותה של המדיניות בכלל ולגבי היבטים שונים שלה בפרט. אולם אותם שופטים הדגישו כי עקב קיומה של הלכה עקרונית המכירה בחוקיותה של המדיניות, ומפאת אי-רצונם להפוך את בית-המשפט לבית-שופטים, הם נמנעים מלקבוע כי המדיניות אינה חוקית. במקום זאת הם הסתפקו בהטלת מגבלות משפטיות שונות על אופן יישומה של מדיניות הריסת הבתים, והוסיפו קריאות לקיום דיון עקרוני בהרכב מורחב. מאמר זה ממפה את העמדות השונות של שופטי בית-המשפט העליון הן ביחס לחוקיותה העקרונית של המדיניות והן באשר למגבלות השונות שיש להטיל על אופן יישומה. מיפוי הפסיקה מגלה פסיפס מגוון של פסיקות, קריאות לשינוי ההלכות הנהוגות ומחלוקות שיפוטיות, אשר אין להן אח ורע במשפט הציבורי בישראל. המאמר מבקש להציג באופן ביקורתי את הכאוס שפשט לאחורונה בפסיקותיו של בית-המשפט העליון בתחום זה, ואת התוצאות המשפטיות והמוסדיות השליליות הנובעות ממצב ענייניים שיפוטי זה.

מבוא. א. תשתית עובדתית ומשפטית. ב. פסיקה בית-המשפט (1979–2014): 1. עמדת בג"ץ – פסקי-הדין הקונקרטיים; 2. הלכת המוקד להגנת הפרט – פסקי-הדין העקרוני. ג. הפיכתו של בג"ץ לבית-שופטים – ביקורת שיפוטית עקרונית על ההלכה הפסוקה (2015–2016).

\* הפקולטה למשפטים והמחלקה ליחסים בין-לאומיים, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
\*\* הקריה האקדמית אונו, הפקולטה למשפטים.

תודותינו מסורות לארנה בן-נפתלי, למיכאל ספרד, לטל מימרן, לאריאל צמח, ליעל רונן, וכן לחברי המערכת של משפט וממשל אילן סבן, יואל לביא, סער בן-זאב, אריאל ברגר, דימה גאזלה ואילנה עטרון, על הערותיהם המועילות. נוסף על כך אנו מודים לחן בן-אליעזר, למיכל שחר ולאראל פלאי על עזרתם המצוינת במחקר.

ד. הפיכתו של בג"ץ לבית־שופטים – מגבלות משפטיות שהוטלו על יישום המדיניות: 1. בדיקה עיתית (או תדירה) של יעילות המדיניות; 2. עיתוי יישומו של צו ההריסה (שיהוי); 3. חומרת המעשה של המפגע ומידת מעורבותו במעשה; 4. זיקה קניינית של קרובי־המשפחה דיירי הבית לבית המיועד להריסה; 5. עוצמתה של התשתית הראייתית; 6. חובת פיצוי; 7. אכיפה שוויונית, ולא ברירנית. ה. פסק־הדין העקרוני ופסקי־הדין שלאחריו – השלכות משפטיות־מוסדיות שליליות. ו. סיכום ומסקנות.

## מבוא

החל בשנת 1967 מדינת־ישראל מפעילה בשטחים המצויים בשליטתה (להלן: השטחים) מדיניות של הריסת בתים לצורכי הרתעה מפני מעשי טרור (להלן: המדיניות) וזאת להבדיל מהריסות הנעשות משיקולים של תכנון ובנייה או לצרכים צבאיים מבצעיים. בית־המשפט העליון של ישראל, בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק (להלן: בית־המשפט), פסק במספר רב של מקרים, שהיו קשורים כולם למעשי חבלה ספציפיים, כי המדיניות הינה חוקית ככלל. המדיניות ופסיקת בית־המשפט המכירה בחוקיותה היוו נושא לספרות ענפה,<sup>1</sup> כולל של כותבי מאמר זה,<sup>2</sup> שהינה ביקורתית ברובה המכריע.<sup>3</sup>

1 ראו Larry Catá Backer, *The Führer Principle of International Law: Individual Responsibility and Collective Punishment*, 21 PENN. ST. INT'L L. REV. 509 (2003); Martin B. Carroll, *The Israeli Demolition of Palestinian Houses in the Occupied Territories: An Analysis of Its Legality in International Law*, 11 MICH. J. INT'L L. 1195 (1990); Shane Darcy, *Punitive House Demolitions, the Prohibition of Collective Punishment, and the Supreme Court of Israel*, 21 PENN. ST. INT'L L. REV. 477 (2003); Alan Dershowitz, *Symposium on Human Rights*, 1 ISR. Y.B. HUM. RTS. 361, 376–377 (1971); Yoram Dinstein, *The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Demolitions and Sealing Off of Houses*, 29 ISR. Y.B. HUM. RTS. 285 (1999); Brian Farrell, *Israeli Demolition of Palestinian Houses as a Punitive Measure: Application of International Law to Regulation 119*, 28 BROOK. J. INT'L L. 871 (2003); ELAD GIL, YOGEV TUVAL & INBAR LEVY, *EXCEPTIONAL MEASURES IN THE STRUGGLE AGAINST TERRORISM* (2010); Amos N. Guiora, *Transnational Comparative Analysis of Balancing Competing Interests in Counter-Terrorism*, 20 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 363 (2006); Emanuel Gross, *Democracy's Struggle Against Terrorism: The Powers of Military Commanders to Decide Upon the Demolition of Houses, the Imposition of Curfews, Blockades, Encirclements and the Declaration of an Area as a Closed Military Area*, 30 GA. J. INT'L & COMP. L. 165 (2002); Emanuel Gross, *Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?*, 18 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 721 (2001); Usama R. Halabi, *Demolition and Sealing of Houses in the Israeli Occupied Territories: A Critical Legal Analysis*, 5 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 251 (1991); Menachem Hofnung & Keren Weinshall-Margel, *Judicial Rejection as Substantial Relief: The Israeli Supreme Court and the "War on Terror"*, in *COURTS AND TERRORISM: NINE NATIONS BALANCE RIGHTS AND SECURITY* 150 (Mary L. Volcansek & John F. Stack, Jr. eds., 2011); Menachem Hofnung & Keren Weinshall-Margel, *Judicial Setbacks, Material Gains: Terror Litigation at the Israeli High Court of Justice*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 664 (2010); DAVID KRETZMER, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF*

בתמצית, מלומדים רבים מחזיקים בדעה כי פסיקת בית-המשפט אינה מתיישבת עם הפרשנות המקובלת של המשפט הבין-לאומי, ועומדת בסתירה לפסיקתו שלו בעניינים אחרים. סטייה זו מוצאת ביטוי בכוננותו של בית-המשפט לזנוח את הדרישה של אחריות אישית ומסוכנות אישית, ולנקוט בבקורת שיפוטית שאינה כוללת בדיקה מקיפה וקפדנית של האמצעים על-פי הוראות המשפט הבין-לאומי. צווי ההריסה אינם עונים לדעתם על הדרישה של המשפט הבין-לאומי שהפגיעה בקניין פרטי תהווה "אמצעי צבאי" ו"הכרחי". טענת המדינה כי המדיניות מגשימה את יעדה, דהיינו הרתעת מחבלים פוטנציאליים, מעולם לא הוכחה כדין,

KRETZMER, THE OCCUPATION OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 145 (2002) (להלן: *Justice David Kretzmer, The Supreme Court of Israel: Judicial Review During Armed Conflict*, 47 GER. Y.B. INT'L L. 392 (2004); John Quigley, *Punitive Demolition of Houses: A Study in International Rights Protection*, 5 ST. THOMAS L. REV. 359 (1992); Cheryl V. Reicin, *Preventive Detention, Curfews, Demolition of Houses, and Deportations: An Analysis of Measures Employed by Israel in the Administered Territories*, 8 CARDOZO L. REV. 515 (1987); Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 ISR. Y.B. HUM. RTS. 262 (1971); Dan Simon, *The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories*, 19 YALE J. INT'L L. 1 (1994); Efrat Zilber, *The Demolition and Sealing of Houses as a Means of Punishment in the Areas of Judea and Samaria During the Intifada up to the Oslo Agreement* (LL.M. thesis, Bar Ilan University, 1997) (on file with author); George P. Fletcher, *Collective Guilt and Collective Punishment*, 5 THEORETICAL INQ. L. 163 (2004); Ralph Ruebner, *Democracy, Judicial Review and the Rule of Law in the Age of Terrorism: The Experience of Israel – A Comparative Perspective*, 31 GA. J. INT'L & COMP. L. 493 (2003); Ariel Zemach, *The Limits of International Criminal Law: House Demolitions in an Occupied Territory*, 20 CONN. J. INT'L L. 65 (2004); Baruch Bracha, *Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts*, 28 STAN. J. INT'L L. 39 (1991); Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights*, 8 ISR. Y.B. HUM. RTS. 104, 128 (1978); Jonathan Grebinar, *Responding to Terrorism: How Must a Democracy Do It? A Comparison of Israeli and American Law*, 31 FORDHAM URB. L.J. 261 (2003); טל מימרן "בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 51, 14 (2016) [www.colman.ac.il/sites/default/files/mimran.pdf](http://www.colman.ac.il/sites/default/files/mimran.pdf)

2 ראו Guy Harpaz, *Being Unfaithful to One's Own Principles: The Israeli Supreme Court and House Demolitions in the Occupied Palestinian Territories*, 47 ISR. L. REV. 401 (2014); Guy Harpaz, *When Does a Court Systematically Deviate from its Own Principles? The Adjudication by the Israel Supreme Court of House Demolitions in the Occupied Palestinian Territories*, 28 LEIDEN J. INT'L L. 31 (2015); Amichai Cohen, *Administering the Territories: An Inquiry into the Application of International Humanitarian Law by the IDF* *in the Occupied Territories*, 38 ISR. L. REV. 24 (2005); עמיחי כהן וטל מימרן עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים – חשיבה מחדש 31–33 (מחקר מדיניות 112, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

3 אך ראו עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים 227–228 (2004); Backer, לעיל ה"ש 1; Dershowitz, לעיל ה"ש 1.

וקביעתו של בית-המשפט כי המדיניות עומדת ברף ההוכחה הנדרש על-ידי המשפט הבין-לאומי לצורך נקיטת אמצעים בטחוניים פוגעניים הינה שגויה. המדיניות מתימרת להסתמך על טעם אחד ויחיד: הרתעת מחבלים פוטנציאליים. אולם כתיבה עדכנית מצביעה על כך שרף ההוכחה שנקבע על-ידי בית-המשפט לעניין טעם זה הינו נמוך באופן חסר תקדים, ואינו מתיישב עם הרף הנדרש על-ידי המשפט הבין-לאומי. למעשה, מספר רב מאוד של אנשי ביטחון ואקדמאים מחזיקים בדעה שהמדיניות מלבה אלימות יותר משהיא מונעת אותה.<sup>4</sup> מסקנות אלה על-אודות אי-חוקיותה של המדיניות מתחדדות לנוכח ההתפתחויות המשפטיות והמדיניות שחלו בזירה הבין-לאומית, הכוללות הכרה באמנת ז'נבה כבעלת מעמד מנהגי, הקמת בית-הדין הפלילי הבין-לאומי בהאג, יישום מוגבר של דיני זכויות אדם בין-לאומיים בהקשר של כיבוש, ואכיפה מוגברת של המשפט הבין-לאומי. מנקודת-הראות של הדין הישראלי, (אי-)חוקיותה של המדיניות צריכה להיבחן כנגד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל רקע יישומה הברירני של המדיניות: מדינת-ישראל מפעילה את המדיניות נגד פלשתינים (תושבי מזרח ירושלים והגדה), אך נמנעת מלבחון באופן רציני את אפשרות החלטה על פעילי טרור יהודים.<sup>5</sup> כמו-כן, רבים סבורים כי פסיקת בית-המשפט בתחום של הריסת בתים, המאשרת באופן עקרוני את חוקיותה של המדיניות, עומדת בסתירה לפסיקתו של בית-המשפט עצמו בעניינים אחרים.<sup>6</sup>

בנובמבר 2014 עתרו שמונה ארגוני זכויות אדם לבג"ץ נגד המדיניות. העתירה נתמכה בחוות-דעת מומחים (של פרופ' שני, פרופ' קרמניצר, פרופ' בן-נפתלי ופרופ' הרפז) שסברה כי המדיניות סותרת את הדין הישראלי ומהווה הפרה חמורה של התחייבויותיה של מדינת-ישראל מכוח דיני המלחמה, המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, דיני הכיבוש ודיני זכויות האדם הבין-לאומיים. עוד נכתב בה כי הפרות אלה עלולות, בנסיבות מסוימות, לעלות כדי פשע-מלחמה על-פי דיני המשפט הבין-לאומי הפלילי, וכי בהתקיים תנאים מסוימים הן עלולות להיות כפופות, על-פי חוקת רומא, לסמכותו של בית-הדין הפלילי הבין-לאומי. חוות-הדעת סברה כי אי-חוקיותה של המדיניות מתחדדת לנוכח מסקנותיה של ועדת האלוף שני (שאומצו בזמנו על-ידי הרמטכ"ל דאז יעלון), שהטילו ספק כבד במוסריותה של המדיניות, בחוקיותה ובאפקטיביות שלה, והובילו לזניחתה הזמנית (בשנים 2005–2008). העתירה העניקה לראשונה לבג"ץ את ההזדמנות לדון בחוקיותה של המדיניות באופן עקרוני, וזאת במנותק ממקרה חבלה ספציפי. בדצמבר 2014 דחה בית-המשפט (השופטים רובינשטיין, סולברג וחיות) את העתירה (להלן: הלכת המוקד להגנת הפרט או פסק-הדין

4 לניתוח הסוגיה ראו כהן ומימרן, לעיל ה"ש 2.

5 ראו בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיוור הגדה המערבית, פס' 30 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 11.8.2014); בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 23 לפסק-דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 1.12.2015); עמיר פוקס "יהודים אינם זקוקים להרתעה?" הארץ (25.11.2015) [www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2783903](http://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2783903); אילן סבן "הריסה, אפליה ושיר הלל שבטי" העוקץ (4.12.2015) <https://goo.gl/qrEu50>; אן ראו בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 4.7.2017).

6 ראו Harpaz, *Being Unfaithful to One's Own Principles*, לעיל ה"ש 2.

העקרוני<sup>7</sup>. בקשתן של העותרות לקיום דיון נוסף נדחתה על-ידי נשיאת בית-המשפט העליון השופטת נאור.<sup>8</sup>

החלטתה זו של הנשיאה נאור נחזתה ככזו שסתמה את הגולל על האפשרות של הכרזה שיפוטית של בג"ץ בדבר אי-חוקיותה של המדיניות. אולם על רקע גל האלימות ששטף את ישראל (בשנים 2014–2016) עשתה מדינת-ישראל שימוש מוגבר בצווי הריסה. שימוש זה זימן מחדש לבג"ץ יותר מעשרים מקרים שבהם הוא התבקש לערוך ביקורת שיפוטית בנוגע לחוקיותה של המדיניות, על היבטיה השונים.

פסקי-הדין שניתנו במקרים אלה חשפו ביקורת שיפוטית רחבה ועזה. שופטים רבים (השופט מזוז וכן השופטים פוגלמן, ברון, ג'ובראן, ברק-ארז וזילברטל, ובאופן נוקב פחות גם השופטת חיות) הטילו ספק כבד באשר לחוקיותה של המדיניות בכלל ולגבי היבטים שונים שלה בפרט. אולם אותם שופטים הדגישו כי עקב קיומה של הלכה עקרונית המכירה בחוקיותה של המדיניות, ומפאת אי-רצונם להפוך את בית-המשפט לבית-שופטים, הם נמנעים מלקבוע כי המדיניות אינה חוקית. במקום זאת הם הסתפקו בהטלת מגבלות משפטיות שונות על אופן יישומה של מדיניות הריסת הבתים, והוסיפו קריאות לקיום דיון עקרוני בהרכב מורחב.

יודגש: ככל הידוע לנו לא היה בכל ההיסטוריה של המשפט הציבורי במדינת-ישראל מקרה דומה שבו מספר כה רב של שופטי עליון קראו, בפסקי-דין רבים כל-כך ובפרק-זמן כה קצר, לדיון מחודש ועקרוני, בהרכב מורחב, בסוגיה כה שנויה במחלוקת משפטית. אולם קריאות אלה, שהמדינה התנגדה להן, נדחו על-ידי הנשיאה נאור בכמה החלטות שונות.<sup>9</sup>

מאמר זה אינו מבקש לתרום לכתיבה האקדמית הקיימת המבקרת את חוקיותה של המדיניות או את פסיקת בית-המשפט לאורך השנים. למאמר יש שתי מטרות אחרות: האחת היא מיפוי ההלכות בפסיקת בית-המשפט בפסקי-הדין העקרוני ובפסקי-הדין שניתנו לאחריו, ושיקוף הבוקה ומבולקה שפשטה לאחרונה כתוצאה מהלכות אלה; והאחרת היא הצגת ניתוח ביקורתי של התוצאות המשפטיות והמוסדיות השליליות הנובעות ממצב ענייניים שיפוטי זה. (במאמרים נוספים נבקש להתעמת עם ההלכות השיפוטיות עצמן – וזאת לאור הוראותיה של אמנת ז'נבה הרביעית, חוקי-היסוד, עקרון השוויון והמשפט הפלילי הבין-לאומי – ונחדר את הצורך בקיומו של דיון נוסף לנוכח אותן טעויות מהותיות שנפלו לדעתנו בפסיקה.) המאמר מורכב מכמה פרקים. פרק א יפרט את הבסיס העובדתי והמשפטי של המדיניות. פרק ב ינתח באופן תמציתי את פסיקת בית-המשפט בתחום של הריסת בתים, ויצגי את הביקורת שהוטחה במדיניות ובפסיקת בית-המשפט משנת 1979 (השנה שבה החל בית-

7 בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם בנבו 31.12.2014) (להלן: בג"ץ המוקד להגנת הפרט).

8 דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פס' 4 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 12.11.2015) (להלן: דנג"ץ המוקד להגנת הפרט).

9 שם; דנג"ץ 2916/16 דוויאת נ' מפקד פיקוד העורף, פס' 8 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 10.4.2016) (להלן: עניין דוויאת); דנג"ץ 2624/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 5 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו 31.3.2016) (להלן: דנג"ץ מסודי). ראו גם דנג"ץ 1773/16 סקאפי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 7 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 2.3.2016).

המשפט לדרון בסוגיה) ועד לפסק-הדין העקרוני בשנת 2014. פרקים ג ו-ד ינתחו את תהליך הפיכתו של בית-המשפט לבית-שופטים בשנתיים האחרונות: פרק ג ינתח את הביקורת השיפוטית שהטיחו שופטים אחדים במדיניות, ברמה העקרונית, ואילו פרק ד יציג מגבלות משפטיות שונות שהטילו שופטים שונים במהלך שלוש השנים האחרונות על יישום המדיניות במישור הקונקרטי. על רקע הביקורת השיפוטית הרחבה והנוקבת נגד המדיניות, ובצל הפיכתו של בית-המשפט בתחום זה לבית-שופטים, ינתח פרק ה את התוצאות המשפטיות והמוסדיות השליליות הנובעות מפסיקת בית-המשפט בפסק-הדין העקרוני ובפסקי-הדין שניתנו לאחריו. פרק ו יחתום את המאמר בקריאה לקיום דיון משפטי מעמיק ועקרוני בנושא זה בהרכב מורחב.

## א. תשתית עובדתית ומשפטית

בריטניה, בתוקף סמכותה כבעלת המנדט על פלשתינה, חוקקה את תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945<sup>10</sup>. תקנה 119 לדבר חקיקה זה (להלן: תקנה 119) העניקה למפקד הבריטי בפלשתינה סמכות נרחבת שבשיקול-דעת להרוס בתים ולאוטמם:

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

הסמכות שהוענקה על-פי התקנה הופעלה על-ידי המפקד הבריטי בפלשתינה, בין היתר, למטרות הרתעה.<sup>11</sup>

10 תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 858. לניתוח ראו גרוס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 180–182; Carroll; לעיל ה"ש 1, בעמ' 1202–1205.

עמדתה המסורתית של מדינת-ישראל היא כי ירדן, אשר כבשה את הגדה המערבית בשנת 1948, ירשה את התקנה מהמנדט הבריטי והחילה אותה בשטחה, לרבות בגדה המערבית, באמצעות חוקיה הפנימיים. עם כיבושן של הגדה המערבית ורצועת עזה (ביוני 1967) הפעילה ישראל את התקנה בשטחים כחלק מהדין הקודם שחל בשטח, וזאת בתוקף סמכותה ככוח הכובש.<sup>12</sup>

הריסת בתים, הנעשית במסגרת הליכים מנהליים בעקבות הוצאת צו מנהלי על-ידי המפקד הצבאי של האזור הגיאוגרפי הרלוונטי, נחשבת על-פי המשפט הישראלי כסנקציה מנהלית.<sup>13</sup> ניתן להטיל סנקציה זו נוסף על סנקציה משפטית-פלילית המוטלת על החשודים בביצוע מעשי טרור, אולם לעיתים נעשה שימוש בסנקציה זו בלבד כתחליף להעמדה לדין.<sup>14</sup> תקנה 119 אינה מקנה באופן מפורש לבעלי הבית זכות שימוע לפני ההריסה. עם זאת, הפרקטיקה שהתגבשה בעקבות פסיקתו של בית-המשפט היא שככלל הריסה נעשית רק לאחר שניתנה לדיירי הבית ו/או לבעליו ההזדמנות להגיש למפקד הצבאי ערר בבקשה שהלה ישקול שנית את החלטתו, וכן לעתור לבית-המשפט נגד צו ההריסה.<sup>15</sup>

בזמנים של רגיעה יחסית לא נעשה כמעט שימוש בתקנה 119, אולם בתקופות של הסלמה בפעילות החבלה – דוגמת האינתיפאדה הראשונה (1987–1991), האינתיפאדה השנייה (2000–2005), שנת 2008, ולאחרונה בשנים 2014–2016, בעקבות ההתפרצויות האלימות בשטחים ובמזרח ירושלים – נעשה בה שימוש תכוף יותר. במהלך השנים נעשה שימוש נרחב יותר באמצעי של אטימת בתים, שהוא אמצעי הפיך וממילא חמור פחות. עם זאת, מכיוון שברוב המקרים צווי הריסת בתים וצווי אטימת בתים מעוררים שאלות משפטיות זהות או דומות מאוד, ייעשה במאמר זה שימוש במונח הכללי "הריסת בתים" כמתייחס לשתי הפרקטיקות, אלא אם כן נאמר במפורש אחרת.

קשה לקבוע במדויק את מספר הבתים שלגביהם הוצאו צווי הריסה מכוח תקנה 119. עם זאת, ניתן להניח ברמה גבוהה של ביטחון כי לאורך השנים בוצעו יותר מ-2,000 הריסות.<sup>16</sup>

- 11 לניתוח ראו Dinstein, *The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 287; Simon; לעיל ה"ש 1, בעמ' 30.
- 12 לרקע היסטורי ראו Zemach, לעיל ה"ש 1, בעמ' 67.
- 13 Hofnung & Weinshall-Margel, *Judicial Rejection as Substantial Relief*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159.
- 14 Halabi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 254, 266–267.
- 15 בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, פס' 9 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1989). לגבי החריג שלפיו לא תינתן זכות לשימוע מוקדם בנסיבות שבהן מתן הודעה כאמור יסכן את החיילים המבצעים את הצו, ראו בג"ץ 6696/02 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 110, פס' 5 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2002).
- 16 לעובדות ולמספרים בכל הנוגע בשימוש בפרקטיקה זו בשטחים ראו Halabi, לעיל ה"ש 1; Darcy, לעיל ה"ש 1, בעמ' 478–480; Farrell, לעיל ה"ש 1, בעמ' 898–899; Zemach, לעיל ה"ש 1, בעמ' 67–70; Hofnung & Weinshall-Margel, *Judicial Setbacks, Material Gains*; לעיל ה"ש 1, בעמ' 674. כן ראו נתונים שסופקו על-ידי מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים הכבושים: "Statistics on Punitive House Demolitions" בצלם (15.6.2017) [www.btselem.org/punitive\\_demolitions/statistics](http://www.btselem.org/punitive_demolitions/statistics). במהלך השנים 2005–2000 נהרסו 675 מבנים.

מאז החל הגל האחרון של ביצוע צווי הריסה (ביולי 2014) ועד אוגוסט 2016 נהרסו מכוח התקנה 37 בתים.<sup>17</sup>

## ב. פסיקת בית-המשפט (1979–2014)

החל בשנת 1979, ובמסגרת של יותר ממאה פסקי-דין, סירב בג"ץ להכריז על אי-חוקיותה של המדיניות. בכל אותם מקרים, שנפסקו ביחס לעתירות שתקפו צווי הריסה קונקרטיים, נמנע בית-המשפט (למעט במקרים ספורים) מלהתערב בשיקול-דעתן של רשויות הביטחון. בנובמבר 2014 עתרו כאמור שמונה ארגוני זכויות אדם לבג"ץ נגד חוקיותה של המדיניות ברמה העקרונית. העתירה העניקה לראשונה לבג"ץ את ההזדמנות לדון בחוקיותה של המדיניות באופן עקרוני, וזאת במנותק ממקרה טרור ספציפי. בדצמבר 2014 דחה בית-המשפט (השופטים רובינשטיין, סולברג וחיות) את העתירה,<sup>18</sup> ועתירתן של העותרות בבקשה לקיום דיון נוסף נדחתה כאמור על-ידי נשיאת בית-המשפט העליון השופטת נאור.<sup>19</sup> פרק זה יסכם באופן תמציתי את פסיקת בג"ץ בכל הנוגע בהריסת בתים לצורכי הרתעה. חלקו הראשון יסכם את הפסיקה שנפסקה בהקשרים קונקרטיים, ואילו חלקו השני יסכם את פסיקתו העקרונית של בג"ץ בפסק-דין המוקד להגנת הפרט.

### 1. עמדת בג"ץ – פסקי-הדין הקונקרטיים

העתירה הראשונה נגד חוקיותה של המדיניות הוגשה בשנת 1979. מאז ועד היום הוגשו מאות עתירות שנסמכו על המשפט הבין-לאומי ועל המשפט הישראלי. טענותיהם של העותרים השונים נגד חוקיותה של המדיניות אשר שואבות מהמשפט הבין-לאומי מתמקדות ברובן בדיני הכיבוש ובהגנה הרחבה שהללו מעניקים לזכויות קנייניות של האוכלוסייה המוגנת. הגנה זו מעוגנת, בין היתר, בתקנה 46 לתקנות האג ובסעיף 53 של אמנת ז'נבה הרביעית, הקובע כי "[a]ny destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons... is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations"

לאורך השנים קיבל בג"ץ את עמדת המדינה כי הריסת בתים נופלת תחת אותו חריג של פעולה צבאית הכרחית, וכי נחיצותם של צווי ההריסה נובעת מהעובדה שהם מרתיעים מִפְגְעִים פוטנציאליים. בית-המשפט הסכים אפוא להכיר בחוקיותם של צווי ההריסה, אך דרש שהם ייושמו באופן המתיישב עם עקרון המידתיות. מסקנה זו נסמכה בעיקר על הקביעה כי תקנה 119 הינה בגדר הדין הקיים בשטח הכבוש, אשר גובר על הכללים הרלוונטיים הקבועים בתקנות האג ובאמנות ז'נבה. בית-המשפט נמנע ככלל מלפרש אמנות אלה, וגם כאשר פירשן, הוא עשה זאת בצורה לקונית, ולשיטתו – מעבר לצורך.

17 בצלם, לעיל ה"ש 16.

18 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7.

19 דנג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 8.

טענות נוספות, שלפיהן המדיניות עומדת בסתירה ישירה ובלתי-ניתנת ליישוב עם האיסור החל מכוח המשפט הבינ-לאומי על ענישה קולקטיבית (תקנה 50 לתקנות האג משנת 1907 וסעיף 33 של אמנת ז'נבה הרביעית),<sup>20</sup> נדחו אף הן על בסיס הקביעה כי אופייה ההרתעתי של ההריסה שולל את אפיונה כענישתית.

נכונותו של בית-המשפט לקבוע כי המדיניות חוקית, חרף היותה בעלת מאפיינים של ענישה קולקטיבית, עוררה כאמור ביקורת אקדמית נוקבת בקרב מלומדים רבים, וביניהם דינשטיין,<sup>21</sup> דרסי,<sup>22</sup> קרצמר,<sup>23</sup> קרמניצר והורנלה,<sup>24</sup> סיימון,<sup>25</sup> צמח<sup>26</sup> וקרול.<sup>27</sup> אותם מלומדים מחזיקים בדעה כי בית-המשפט נתן בהחלטותיו בנושא המדיניות גושפנקה לענישה קולקטיבית בלתי-חוקית. כפי שפורט לעיל, מלומדים אחדים הגיעו אף למסקנה כי אי-החוקיות החמורה הנובעת מאופיים הקולקטיבי של האמצעים הננקטים עלולה להוביל להגדרת הריסת בתים כפשע-מלחמה על-פי המשפט הבינ-לאומי הפלילי,<sup>28</sup> – עמדה שנתמכה בחוות-דעת המומחים.

בהיותו ער לעובדה שפסיקתו בנושא הריסת הבתים חורגת מפסיקתו הרגילה, השתמש בית-המשפט במהלך השנים בנימוקים שונים על-מנת להדוף את הביקורת הקשה שנמתחה על החלטותיו בנושא. גם על נימוקים אלה נמתחה ביקורת אקדמית חריפה.<sup>29</sup>

במהלך השנים העלו עותרים שונים גם טיעונים שנסמכו על הדין הישראלי (החוקתי והמנהלי), אך גם אלה נדחו באופן עקבי. על-פי ההלכה הפסוקה, המדיניות הינה חוקית על-פי המשפט הישראלי מכיוון שהיא מתיישבת עם מבחני הנחיצות והסבירות.<sup>30</sup> לפיכך צווים קונקרטיים שהוצאו מכוחה הינם חוקיים על-פי המשפט הישראלי, ובלבד שהם עומדים במבחן המידתיות, על שלושת תת-מבחניו.<sup>31</sup>

## 2. הלכת המוקד להגנת הפרט – פסק-הדין העקרוני

על רקע חידוש יישומה של המדיניות (בשנת 2008), ולנוכח השימוש הגובר בצווי הריסה (משנת 2014 ואילך), הגישו שמונה ארגוני זכויות אדם, ובראשם המוקד להגנת הפרט, עתירה עקרונית לבג"ץ נגד חוקיותה של המדיניות. אולם עתירה זו נדחתה. בפסק-דינו העקרוני נצמד בית-המשפט לפסיקה הענפה שלו עצמו בפסקי-הדין הקונקרטיים. לשיטתו של השופט

- 
- 20 לניתוח ראו Carroll, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1213–1215.
- 21 Dinstein, *The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation*, לעיל ה"ש 1.
- 22 Darcy, לעיל ה"ש 1, בעמ' 491–501.
- 23 KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 1.
- 24 Mordechai Kremnitzer & Tatjana Hörnle, *Human Dignity and the Principle of Culpability*, 44 ISR. L. REV. 115, 129–130 (2011).
- 25 Simon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27–46.
- 26 Zemach, לעיל ה"ש 1, בעמ' 70–74.
- 27 Carroll, לעיל ה"ש 1.
- 28 לניתוח הסוגיה ראו Zemach, לעיל ה"ש 1, בעמ' 70–74.
- 29 ראו, למשל, KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 1; קרצמר, לעיל ה"ש 1.
- 30 שם.
- 31 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7, פס' כג–כד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

רובינשטיין, הסמכות להוציא צווי הריסה מכוח תקנה 119 אינה מוטלת בספק (הן בתחומי מדינת-ישראל והן בשטחים), ולפיכך השאלה המשפטית שבית-המשפט צריך לבחון היא שאלת הסבירות ושיקול-הדעת של הפעלת הסמכות בכל צו הריסה קונקרטי.<sup>32</sup> גם כאן, כפי שעשה במספר רב של מקרים בעבר, אימץ בית-המשפט את הגישה הגורסת כי חוקיותה של המדיניות צריכה להיבחן ממקרה למקרה, וכי חוקיותו של כל צו הריסה תיקבע בראש ובראשונה על-פי עמידתו במבחן המידתיות.<sup>33</sup>

באשר למשפט הבין-לאומי קבע השופט רובינשטיין כי יש לפרש את ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה הרביעית באופן שישמור על רוחן ויגשים את התכליות העומדות בבסיסן, ובוד בוד יאפשר למדינת-ישראל להגן על בטחון תושביה.<sup>34</sup> השופט דחה את הטענה שלפיה מדיניות הריסת הבתים אסורה על-פי דיני הכיבוש<sup>35</sup> או מהווה ענישה קולקטיבית אסורה.<sup>36</sup> טענות נוספות בדבר מדיניות מפלה נגד ערבים<sup>37</sup> וכן טענות הנסמכות על המשפט העברי<sup>38</sup> נדחו אף הן. החידוש היחיד שניתן לחלץ מפסק-דינו של השופט רובינשטיין הוא הדרישה – שעוד נשוב אליה בהמשך המאמר – כי רשויות הביטחון ישובו ויבחנו מדי תקופה את יעילותה של המדיניות.<sup>39</sup>

השופטים חיות וסולברג הצטרפו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. האחרון אף הרחיב את הדיון בסוגיית האפקטיביות של המדיניות כאמצעי הרתעה<sup>40</sup> ובדבר חוקיותה של הענישה הקולקטיבית על-פי המשפט העברי.<sup>41</sup>

אף שהעתירה הוגדרה כעקרונית, בשאלת עצם חוקיותה של המדיניות הסתפק השופט רובינשטיין בניתוח משפטי "רוזה", שאינו מחדש רבות מעבר לדיון שהתנהל בנושא בבג"ץ בשנות השמונים של המאה הקודמת. כלומר, בית-המשפט נצמד לפסקי-דין בני כשלושים שנה, ללא דיון מעמיק באשר לתקפותם כיום לנוכח התמורות שחלו מאז במשפט הבין-לאומי ובדין הישראלי בתחום המנהלי ובתחום החוקתי. כך, למשל, את הדיון במשפט הבין-לאומי פטר השופט רובינשטיין בכשלוש פסקות בלבד, ואילו השופט סולברג והשופטת חיות התעלמו לגמרי מהמשפט הבין-לאומי בבואם לאשר את חוקיותה של המדיניות. עובדה זו הוכרה על-ידי הנשיאה נאור בבואה לדחות את הבקשה לקיום דיון נוסף, כפי שיבואר להלן.<sup>42</sup>

בקשות נוספות לקיום דיון נוסף נדחו אף הן על-ידי הנשיאה נאור. כך, למשל, בפרשה אחת קבעה הנשיאה כי "בענייננו, כל שופטי ההרכב יצאו מנקודת מוצא משפטית זהה, והיא כי יש לדון במקרה דנן לאורה של ההלכה הפסוקה (למצער כל עוד לא שונתה בהרכב מורחב).

- 32 שם, פס' כ-כא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.  
 33 שם, פס' כד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.  
 34 שם, פס' כב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.  
 35 שם, פס' כג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.  
 36 שם, פס' כג-כד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.  
 37 שם, פס' כג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.  
 38 שם, פס' כה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.  
 39 שם, פס' כז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.  
 40 שם, פס' 5-14 לפסק-דינו של השופט סולברג.  
 41 שם, פס' 16-33 לפסק-דינו של השופט סולברג.  
 42 ראו להלן ליד ה"ש 155-156.

הדעות נחלקו באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת במקרה הקונקרטי, והכרעת הרוב התבססה אף היא על פסיקה קודמת. מקרה כזה אינו מתאים למסגרת של דיון נוסף.<sup>43</sup> בפרשה אחרת העירה הנשיאה כי "עיון בפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף מעלה כי לא נערך בו דיון מפורט ומעמיק בשאלות המשפטיות הקשורות להפעלת תקנה 119, וממילא אין בו הלכה גלויה ומפורשת... אכן, שניים מתוך שלושת שופטי ההרכב העירו כי לדעתם יש מקום לדיון מחדש בסוגיה בהרכב מורחב. אולם הערות אלה כשלעצמן אינן מגבשות עילה לדיון נוסף."<sup>44</sup>

### ג. הפיכתו של בג"ץ לבית-שופטים – ביקורת שיפוטית עקרונית על ההלכה הפסוקה (2015–2016)

במהלך השנתיים האחרונות נדרש בית-המשפט העליון לסוגיית חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים ביותר מעשרים פסקי-דין שונים. בחינה מדוקדקת של הפסיקה מעלה כי לצד שופטים מספר שהביעו תמיכה עקרונית בחוקיותה של המדיניות (השופטים רובינשטיין, עמית, סולברג, הנדל ודנציגר, וכן הנשיאה נאור), שישה שופטים (השופטים מזוז, פוגלמן, ברון, ג'ובראן, ברק-ארז וזילברטל) הביעו ביקורת ביחס לעצם חוקיותה של המדיניות וביחס לפסיקת בג"ץ המכירה בחוקיות זו. אל השישה הצטרפה – אם כי באופן פחות מובהק – השופטת חיות. הביקורת שכתב השופט מזוז הינה הנוקבת והמפורטת ביותר. כך, למשל, בפרשת עליוה אישר בית-המשפט את חוקיותם של צווי הריסה ביחס לבתיהם של המפגעים שרצחו בני-זוג ישראלים. השופט מזוז, המכיר לעומק את סוגיית הריסת הבתים מתוקף תפקידו הקודם כיועץ המשפטי הממשלה, הטעים, בדעת מיעוט, כי רובה המכריע של הכתיבה האקדמית בישראל וברחבי העולם בתחום זה מגדירה את מדיניות הריסת הבתים כבלתי-חוקית, וזאת על-פי דיני הכיבוש, דיני זכויות האדם הבינ-לאומיים והמשפט הבינ-לאומי הפלילי.<sup>45</sup> כך, למשל, הפרשנות שניתנה לאיסור ענישה קולקטיבית במשפט ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבינ-לאומי "על ידי הצלב האדום, טריבונלים בינלאומיים ומלומדים זרים וישראלים, בהקשר הנדון ובכלל, מחייבת התמודדות של ממש עם השאלה, האם תקנה 119 עומדת באיסור זה, ואם כן – באלו תנאים."<sup>46</sup> לדידו של השופט מזוז, גם האיסור החל על החרמה והשמדה של רכוש של אוכלוסייה מוגנת, אשר מעוגן במשפט ההומניטרי ומוכר אף על-ידי הוראות שונות במשפט זכויות האדם הבינ-לאומי ובמשפט הפלילי הבינ-לאומי, "מעורר שאלות וקשיים בנוגע להפעלת תקנה 119."<sup>47</sup>

לשיטתו של השופט מזוז, הטיפול שהעניק בית-המשפט לאורך השנים לטענות העקרוניות נגד חוקיותה של המדיניות מכוח המשפט הבינ-לאומי אינו מקיף דיו, ונסמך בעיקר על פסיקה

43 עניין דוויאת, לעיל ה"ש 9, פס' 8 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

44 דנג"ץ מסודי, לעיל ה"ש 9, פס' 8 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

45 עניין עליוה, לעיל ה"ש 5, פס' 4 לפסק-דינו של השופט מזוז. ראו גם מימרן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15.

46 עניין עליוה, לעיל ה"ש 5, פס' 7 לפסק-דינו של השופט מזוז.

47 שם.

ישנה ולא-עדכנית (משנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת).<sup>48</sup> לדבריו, הטענות שהועלו לפני בית-המשפט בדבר אי-חוקיותה של המדיניות הינן כבודת-משקל וראויות לביורור מקיף,<sup>49</sup> וגם אם אין בהן כל חידוש עקרוני, "...הן לא זכו עד כה לביורור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני. זאת במיוחד נוכח הקשיים הרבים שהסוגיה של הפעלת תקנה 119 מעוררת".<sup>50</sup>

השופט מזוז ייחס חשיבות להמלצותיה של ועדת האלוף שני בדבר הצורך בהקפאת השימוש במדיניות, וסבר כי החלטתה של המדינה לשוב ולהפעיל את המדיניות לאחר הקפאתה במשך שנים מספר מחייבת מתן מענה מספק ועדכני לטענות נגד חוקיותה של החזרה מאימוץ המסקנות: "חידוש הפעלתה של תקנה 119... לאחר תקופה של כעשור... בה הוקפאה הפעלתה, מעלה שורה של שאלות משפטיות קשות, אשר להשקפת טרם ניתן להן מענה מספק ועדכני בפסיקתו של בית משפט זה".<sup>51</sup> לדברי השופט מזוז, טענות כבודת-משקל אלה ראויות למענה הולם של המדינה, אולם תגובת המדינה על הטענות בעתירה הרלוונטית הינה תמציתית ובלתי-מספקת.<sup>52</sup>

דעת המיעוט של השופט מזוז מערערת על מושכלות-היסוד של פסיקת בג"ץ זה שלושים שנה בתחום הריסת הבתים, בהטילה ספק באשר לסיווגם של צווי ההריסה כהרתעתיים, ולא כעונשיים (הבחנה שסייעה לבית-המשפט לחמוק מן המסקנה כי מדובר במדיניות שהיא בבחינת ענישה קולקטיבית).<sup>53</sup> דעתו מחדדת את הצורך לבחון מחדש את הקביעה השיפוטית העקבית שלפיה אף אם תקנה 119 אינה מתיישבת עם הוראות המשפט הבין-לאומי המנהגי היא עומדת עדיין בתוקפה כהוראת דין פנימי, הגוברת על הוראת דין בין-לאומי.<sup>54</sup> חמור מכך, אמירותיו הנוקבות מטילות ספק באשר לשאלת-היסוד אם יעילותה של המדיניות הנוכחה כנדרש: "קיימת גם השאלה העובדתית-ראייתית, האם הוכחה כדבעי האפקטיביות ההרתעתית של סנקציה זו, לרבות שאלות של סוג ומשקל הראיות הנדרש".<sup>55</sup>

לדעת השופט מזוז, התמורות המקיפות במשפט הבין-לאומי והישראלי שהתרחשו בשנים האחרונות מחייבות את בית-המשפט לבחון מחדש את חוקיותה של המדיניות, ולשנות את האופן שבו הוא בוחן את הסוגיות הרלוונטיות.<sup>56</sup> כך, למשל, על בית-המשפט לבחון אם תושבי מזרח ירושלים מוגדרים כ"מוגנים" על-פי המשפט ההומניטרי, ואם כן, אם ההוראות של אמנות האג וז'נבה חלות עליהם.<sup>57</sup> נוסף על כך, על בית-המשפט לבחון אם המדיניות

48 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 49 שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 50 שם.  
 51 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 52 שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 53 שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 54 שם, פס' 10 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 55 שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 56 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 57 שם, פס' 7 לפסק-דינו של השופט מזוז.

תואמת את חוקי-היסוד ועקרונות-היסוד של שיטתנו המשפטית.<sup>58</sup> במסגרת בחינה מחדשת זו קרא השופט מזוז למדינה להגיב בצורה מפורטת יותר על הטענות שהועלו בעתירה.<sup>59</sup> ראוי להדגיש כי השופט מזוז מחזיק בדעה כי אותו עיון מחדש ויסודי בסוגיות שהועלו על-ידי ופורטו לעיל לאור התמורות המפליגות שחלו במשפט הבין-לאומי ובמשפט הישראלי "עשוי להוביל למסקנות הנוגעות... לעצם הפעלתה של הסנקציה לפי תקנה 119".<sup>60</sup> לשון אחר, לשיטתו בירור מעמיק עשוי להוביל את בית-המשפט למסקנה כי המדיניות אינה חוקית וכי אין למדינה סמכות להרוס בתים לצורכי הרתעה.<sup>61</sup>

השופט מזוז לא נותר בודד בביקורתו על עצם חוקיותה של המדיניות. אליו הצטרפו, בכמה פסקי-דין, השופטים פוגלמן, ברון, ג'ובראן, ברק-ארז וזילברטל, ובצורה נוקבת פחות, כפי שכבר צוין, גם השופטת חיות.

השופט פוגלמן הביע את ביקורתו בכמה פסקי-דין. כך, למשל, בפרשת סידר הוא הטיל ספק בבסיס המשפטי שהמדיניות נסמכת עליו, קרי ההרתעה המקודמת באמצעות המדיניות, והציע "לעיין מחדש בהלכה הפסוקה כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי".<sup>62</sup> בפרשת מסודי, לאחר שסקר את הדעות השיפוטיות הרבות שהטילו לאחרונה ספק בחוקיותה של המדיניות, הוא קרא לקיומו של דיון בהרכב מורחב בעניין (קריאה שאליה הצטרף באותה פרשה השופט מזוז):<sup>63</sup> "מאז ניתן פסק הדין בעניין סידר נשמעו קולות נוספים בהתייחס לשימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בתים, בנוסחים ובדגשים שונים... על רקע הדעות השונות שהובעו בפסיקה... התחזקתי בדעתי כי ראוי לשוב ולהידרש לשאלות כבדות המשקל הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. להשקפתי, נוכח פסקי הדין הרבים שהלכו בתלם ההלכה (במותבים שונים), עיון מחדש בהלכה צריך שיעשה בהרכב מורחב ולא במוטב תלתא".<sup>64</sup> בפרשת מחאמרה הוסיף השופט פוגלמן כי "בנקודת הזמן הנוכחית נותרה על כנה ההלכה בעניין הריסת בתים מכוח תקנה 119... כפי שכבר הזכרתי במקום אחר, אף שאיני שותף לאמור בה... הלכה זו מחייבת עד שלא תשתנה, ככל שכך יקרה, בהרכב מורחב".<sup>65</sup>

אל דברי הביקורת של השופטים מזוז ופוגלמן הצטרף השופט ג'ובראן. בפסק-דין אבו אלרוב הוא הטיל ספק כבד ביעילות ההרתעה, שהיא כאמור התנאי ההכרחי, שאין בלתו, לחוקיותה של המדיניות, הן על-פי המשפט הבין-לאומי והן על-פי עמדתה של המדינה עצמה:

58 שם, פס' 11 לפסק-דינו של השופט מזוז.

59 שם, פס' 14 לפסק-דינו של השופט מזוז.

60 שם, פס' 12 לפסק-דינו של השופט מזוז.

61 לעניין השאלות שיש לתת להן את הדעת, לשיטתו של השופט מזוז, ולעניין הסייגים ליישומה של תקנה 119 שעשויים להתחייב לדעתו מבירור זה, ראו שם, פס' 13.

62 בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 3–6 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 15.10.2015).

63 בג"ץ 1630/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל, פס' 3 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ופס' 5 לפסק-דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 23.3.2016) (להלן: בג"ץ מסודי).

64 שם, פס' 2–3 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

65 בג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 24.7.2016).

הרי שבמסגרת בחינת הקשר הרציונלי בין האמצעי לבין המטרה, מוטל על בית המשפט לשוב ולבחון את האפקטיביות של צווי ההחרמה וההריסה... לטעמי, חובה זו מתעצמת ככל שהשימוש בסמכות הופך לנפוץ יותר. כידוע, הוצאת צווי הריסה והחרמה הפכה לאמצעי תגובה מקובל לפיגועי טרור רצחניים, אשר תכליתו למנוע פיגועים עתידיים. תכלית זו של הגנה על חיי אדם ראויה היא, וברי כי אין ראויות ממנה. אלא שלא די, לגישתי, באפשרות ערטילאית בדבר הצלת חיים כאשר מולה עומדת פגיעה אמיתית, ממשית ומוחשית בזכות לקניין ובכבוד האדם. מטבע הדברים, ההרתעה אותה ניתן להשיג באמצעות הכלי של צו החרמה והריסה נשחקת עם חלוף הזמן ועם התגברות השימוש בכלי זה... הצווים הם שטר ושוברו בצדו, שכן הם עשויים, למרבה הצער, ליצור מצבים בהם השימוש בסמכות יוצר דווקא תסיסה אשר תוצאתה בהגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים. לא שוכנעתי כי החומר אשר הוצג בפנינו מעגן באופן מספק את המסקנה לפיה השימוש בצווי ההחרמה וההריסה יוצר הרתעה ממשית ואפקטיבית מפני ביצוע פיגועים. אשר על כן, לו נשמעה דעתי, היינו נמנעים מדחיית העתירות בשלב זה, ומורים למשיב להתייחס ביתר פירוט לשאלת אופן הפעלת הסמכות בכלל, ולסוגיית ההרתעה בפרט.<sup>66</sup>

השופטת ברק-ארז הוסיפה באותה פרשה את קולה הביקורתי לדבריו של השופט ג'ובראן:

את הביקורת השיפוטית על ההחלטות שבפנינו שעניינן הריסת בתים של מפגעים, ניתן לקיים משתי פרספקטיבות שונות: פרספקטיבה "פנימית" – זו שעניינה ההלכה הפסוקה בתחום זה כפי שחזרה ואושרה אך זה לאחרונה; ופרספקטיבה "חיצונית" – זו שעניינה הערכה מחדש של ההלכה עצמה שנקבעה... בכמה מפסקי הדין שניתנו לאחרונה בסוגיה זו ציינו חלק מחברי, וכך עשיתי אף אני... כי הפרקטיקה של הריסת ביתו של המפגע כאמצעי הרתעתי אינה פשוטה כל עיקר ומעוררת שאלות נכבדות. עמדה זו חורגת מדל"ת אמותיה של ההלכה הפסוקה, והיא מציעה פרספקטיבה "חיצונית" ביחס אליה. מאחר שעמדתו של בית המשפט בסוגיה נבחנה מחדש אך לאחרונה אני רואה עצמי כבולה לה בעת הזו. אולם, כפי שכבר ציינתי, ראוי ש"בית משפט זה אכן יוסיף לבחון את התאמתה של ההלכה הפסוקה לנסיבות המשתנות ואת הלקחים שיופקו מן המקרים שבהם בוצעו צווי הריסה כאמור" (שם, בפסקה 2 לחוות דעתי). למעשה, אף חברי המשנה לנשיאה סבור כן.<sup>67</sup>

66 בג"ץ 2002/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 4-5 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 24.3.2016).

67 שם, פס' 1 ו-3 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (ההדגשה הוספה).

בפרשת חלבי קבעה השופטת ברק-ארז כי "יש לכאורה טעם בטענה כי הפעלת הסמכות שעניינה הריסת בתים מעוררת קושי מהיבטה של דרישת המידתיות",<sup>68</sup> אולם סברה כי "אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה, תוך הימנעות מפרקטיקה של החלת דין שונה בהתאם להרכב השופטים".<sup>69</sup>

השופטת ברון הצטרפה לביקורת זו על המדיניות וחוקיותה בפרשת מרעי, וזאת לנוכח הספקות באשר להרתעה הגלומה בה:

הלחימה בטרור היא קשה, וההרתעה היא ללא ספק הכרחית. ואולם כשהטרור גובר, דווקא אז גוברת גם החובה המוטלת עלינו כחברה לבחון את כשרות האמצעים שבהם אנו משתמשים לשם לוחמה בטרור... נדרש להכיר בכך שאפקטיביות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים היא סוגיה נכבדה וטורדת, המעסיקה רבות את בית המשפט וכפי הנראה תמשיך להעסיקו גם בעתיד הנראה לעין... אמנם אין לשלול את רציונל ההרתעה, ואולם יש יסוד לסברה כי להריסת בתים כוח הרתעתי נקודתי בלבד בזמן ובמקום – וכי מן הצד האחר, נודעת לאמצעי זה השלכה חמורה של הסלמת היחסים בין הצדדים והזנת השנאה ואף מעשי הטרור כלפי ישראל... הרוח העולה מן הפסיקה, בהתייחס לממצאים אלה, היא כי אין לשלול שהריסת בתים טומנת בחובה כוח הרתעתי מסוים – אך לצד האמור גם לא ניתן להסיר את הספקות המרחפים מעל כוח הרתעתי זה...<sup>70</sup>

אולם גם לשיטתה של השופטת ברון, "ההלכה הפסוקה הכירה בעצם סמכותו של המשיב להורות על הריסת בתים של מחבלים – וכל עוד שהלכה זו עומדת על מכונה, אין לסטות ממנה".<sup>71</sup>

שופט העליון השישי שהטיל ספק בחוקיותה של המדיניות הוא השופט זילברטל. בפרשת אבו ג'מל הוא הטעים כי "אני ער לעמדתו העקרונית של השופט מזוז ביחס לחוקיות צווי החרמה והריסה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה... כמו גם לעמדתו העקרונית באשר להעדר המידתיות והסבירות של הצו שנדון לפנינו... המכוון לבית המשפחה המורחבת שלא היה בבעלות המפגע, אשר התגורר כרווק באחד מחדריו הרבים... טעמיו של השופט מזוז הם טעמים כבדי משקל המבוססים על עקרונות יסוד חוקתיים, כמו גם על טעמים של צדק והגינות בסיסיים... אכן, גם להשקפתי ההלכה הנוהגת בסוגיות הנדונות מעוררת שאלות לא קלות. מן הראוי לבחנה".<sup>72</sup> אולם ברוח דבריהם של שאר השופטים המסתייגים (השופטים פוגלמן,

68 בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 28.12.2015).

69 שם, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

70 בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פס' 1, 3–5 לפסק-דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 31.3.2016).

71 שם, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת ברון.

72 בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פס' 2–4 לפסק-דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 22.12.2015).

גיוראן, ברוך וברק-ארז), בחר גם השופט זילברטל להיצמד להלכה הפסוקה. בפרשת אבו חאשיה חזר השופט זילברטל על ספקותיו באשר לחוקיותה של המדיניות.<sup>73</sup> למחנה ששת השופטים המסתייגים מחוקיותה של המדיניות יש לצרף את השופטת חיות, אשר בכמה פרשות ביטאה את עמדתה הביקורתית, כפי שיפורט בהמשך.

ניכר כי הביקורת הרחבה והעקרונית כלפי המדיניות מושפעת עד-מאוד מהפגיעה שהיא גורמת פעמים רבות בחפים מפשע. פגיעה זו ומאפייניה האפשריים של המדיניות כענישה קולקטיבית הטרידו שופטים רבים של בית-המשפט העליון לאורך השנים, ונראה שאף כיום היא מטרידה חלק ניכר מהם. למעשה, ייתכן שבכך טמון שורש ההתנגדות לשימוש בסנקציה זו המובעת על-ידי חלק משופטי בית-המשפט העליון. אכן, לצד המחלוקת העקרונית הרחבה שהתגלעה בבית-המשפט העליון באשר לעצם חוקיותה של המדיניות (שאלת הנחיצות הצבאית), מתקיימת מחלוקת עקרונית נוספת: בהנחה שהמדיניות אינה בלתי-חוקית ברמה העקרונית, האם אפשר להצדיק את יישומה ביחס לבני משפחה שלא היו מודעים – גם לגרסתם של כוחות הביטחון עצמם – למעשה האלימות של המפגע, וממילא לא תמכו בו?

על-פי עקרון האחריות האישית, אדם אחראי לפעולותיו-הוא אך לא לאלה של אחרים.<sup>74</sup> מעיקרון זה נובע האיסור החל על הטלת סנקציות נגד אלה שאינם אחראים לביצוע הפעולה האסורה. העיקרון והאיסור הנובע ממנו, אשר את שורשיהם ניתן למצוא בספר הספרים,<sup>75</sup> שזורים זה בזה, ומעוגנים בימינו במשפט ההומניטרי, בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים ובדיני הכיבוש.<sup>76</sup> בהתאם לכך, סנקציות עונשיות צריכות להיות מושתות על אחריות אישית, וענישה מנהלית צריכה להתבסס על העמדת אחרים בסיכון ואחריות אישית לסיכון ו/או נזק שנגרם לאחרים. חריגה מעיקרון זה מהווה ענישה קולקטיבית אסורה. עיקרון זה מעוגן גם בפסיקתו של בית-המשפט,<sup>77</sup> אשר אוסרת ענישה קולקטיבית הן בהסתמך על המשפט הבין-לאומי<sup>78</sup> והן בהסתמך על המשפט הישראלי המנהלי והפלילי.<sup>79</sup>

דעתנו היא שהמדיניות עולה כדי ענישה קולקטיבית, וככזאת היא עומדת בסתירה למשפט הבין-לאומי. אולם המדיניות אושרה לאורך השנים ובאופן עקבי על-ידי בית-המשפט: העובדה שבעל הבית או דייריו לא ידעו על פעילותו החבלנית של החשוד/המורשע בעברות בטחוניות

- 73 בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 1 לפסק-דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 1.12.2015).
- 74 לניתוח ראו Simon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53–65.
- 75 דברים כד 16.
- 76 לניתוח ראו Gross, *Democracy's Struggle Against Terrorism*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 196; Halabi, לעיל ה"ש 1, בעמ' 270; Simon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53–56. לניתוח סעיף 50 לתקנות האג משנת 1907 ראו Quigley, לעיל ה"ש 1, בעמ' 369–370.
- 77 ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(1) 62, 67–76 (1993); בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654 (1997).
- 78 ראו, למשל, בג"ץ 591/88 טאהה, קטין נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45, 54 (1991); Simon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 55.
- 79 שם, בעמ' 56–57; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, פס' 24 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2002).

לא נמצאה כגורם שיש בו כדי למנוע את אימוץ צו ההריסה.<sup>80</sup> ההלכה הפסוקה זה שנים רבות קובעת כי אי-המודעות של בני המשפחה הדרים בבית המיועד להריסה ואי-מעורבותם בפעילות החבלנית אינה רלוונטית לשאלת קיומה של סמכות להוצאת צווי הריסה, אלא רק לשאלת שיקול-הדעת בהפעלת הסמכות. לפיכך, על-פי הפסיקה העקבית של בית-המשפט זה עשרות שנים, ניתן ליישם צו הריסה גם אם בני המשפחה הגרים בבית לא ידעו על הפעילות החבלנית ולא היו מעורבים בה.<sup>81</sup> אכן, קיימים עשרות רבות של פסקי-דין שבהם אושרו צווי הריסה/איטום למרות העדר אחריות אישית כלשהי ו/או ידיעה כלשהי מצד בעלי הבית המיועד להריסה ומצד בני המשפחה המתגוררים עם החשוד בטרור.

השופט חשין השמיע בהקשר זה קול שונה כבר לפני עשרים שנה, באומרו כי "עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת", וכי "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".<sup>82</sup>

בהיותו ער לעובדה שבנושא של הריסת בתים הוא חורג מפסיקתו הרגילה באשר לדרישה לאחריות אישית כתנאי הכרחי ליישום אמצעים מנהליים פוגעניים, השתמש בית-המשפט במהלך השנים בנימוקים שונים על-מנת להדוף את הביקורת הקשה שנמתחה על החלטותיו בנושא. אולם הנימוקים השונים שהציע בית-המשפט העליון כדי לשלול את אופייה הקולקטיבי של מדיניות הריסת הבתים אינם משכנעים, לדעתנו.<sup>83</sup> ההבחנה שבית-המשפט עורך בין הרתעה קולקטיבית לבין ענישה קולקטיבית באמצעות צווי ההריסה, והקביעה כי צווי ההריסה הינם בבחינת הרתעה, ולא ענישה, אינן משכנעות, בכל הכבוד, ואף עומדות בסתירה לפסיקתו-הוא בתחומים דומים שבהם הוא עושה מאמץ לאזן בין צרכים בטחוניים לבין זכויות אדם.<sup>84</sup>

פסיקת בית-המשפט בעניין קואסמה (מאוגוסט 2014) רלוונטית במיוחד בהקשר זה. בפרשה זו היה השופט דניצגר מוכן להכיר, בשם ההרכב כולו, באופיים הקולקטיבי של הצוים, ולהודות באופן משתמע כי אופי קולקטיבי זה אינו עולה בקנה אחד עם השקפות

80 בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 700, 693 (1992); בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 360, 353 (1996); עניין ג'נימת, לעיל ה"ש 77, בעמ' 654-653; בג"ץ 893/04 פרג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(4) 1 (2004). השוו לחוות-דעתו החולקת של השופט חשין, אשר החזיק בדעה כי המפקד הצבאי אינו יכול להרוס את ביתו של מחבל מתאבד כאשר ליתר דיירי הבית לא הייתה ידיעה באשר לכוונותיו של המחבל. עניין ג'נימת, לעיל ה"ש 77, בעמ' 654-655. כן ראו את דעת המיעוט שלו בבג"ץ 4772/91 חזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150, 151-161 (1992).

81 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7, פסק-דינה של השופטת חיות.

82 בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 352 (1994).

83 לניתוח ביקורתי ראו KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 1; קרצמר, לעיל ה"ש 1; Harpaz, *Being Unfaithful to One's Own Principles*, לעיל ה"ש 2.

84 ש.ם.

מקובלות של צדק ועקרונות מוסריים בסיסיים.<sup>85</sup> עם זאת, לשיטתו, ניתן להתגבר על בעיה משפטית זו על-ידי הכפפת המדיניות לדרישת המידתיות.<sup>86</sup> עמדה זו של בית-המשפט, המתעלמת למעשה – כפי שהוכר על-ידי בית-המשפט עצמו – מכך שהאיסור החל על הטלת סנקציות קולקטיביות הינו איסור מוחלט על-פי כללי המשפט הבין-לאומי, סותרת את עשרות פסקי-הדין הקובעים כי מדיניות הריסת הבתים אינה בבחינת ענישה קולקטיבית.

פסק-הדין העקרוני ופסקי-דין רבים שניתנו אחריו שבו וחזרו על הקביעה כי ענישה קולקטיבית אומנם אסורה אולם הריסת ביתו של בן משפחה לא-מעורב הינה אמצעי הרתעת, ולא עונשי, ולפיכך אין לסווגה כענישה קולקטיבית בלתי-חוקית.<sup>87</sup> כך, למשל, בפרשת פלונים קבע השופט מלצר כי טענתם של קרובי-המשפחה בדבר אי-מעורבותם אינה רלוונטית, מאחר שמעורבות של בני משפחה אינה דרישה בפסיקה המצדיקה את קבלת העתירה: "שיקולי הרתעה מחייבים, לעיתים, על פי הפסיקה הרתעה של מבצעים פוטנציאליים, החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם ברכושם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המפגע".<sup>88</sup> לשיטתו, במקום אותה דרישה לידיעה או למעורבות אובייקטיבית, על בית-המשפט לאמץ מבחן אובייקטיבי המתמקד בבחינת השאלה אם הריסת הבית תרתיע אנשים דוגמת המפגע, ותניא אותם מלבצע פיגועים.<sup>89</sup> (יודגש כי גם השופטים שנצמדו להלכה זו הטעו כי יישום צווי הריסה בנסיבות אלה מחייב זהירות מיוחדת.<sup>90</sup>)

אולם על הלכה מושרשת זו נמתחה לאחרונה ביקורת קשה ונוקבת. בראש אותו מחנה הולך וגדל של שופטים המבטאים קו ביקורתי זה ניצב השופט מזוז. כך, למשל, בפרשת אבו ג'מל קבע השופט כי הריסת כל ביתה של המשפחה המורחבת היא אמצעי בלתי-מידתי, בהינתן שהמפגע היה רווק שהתגורר בחדר אחד בבית, ושאר דיירי הבית לא היו מעורבים במעשיו. מדובר במעשה שאינו תואם את הדין הפנימי (דיני עונשין, איסור ענישה קולקטיבית ועקרונות חוקתיים). אף שתקנה 119 חוסה תחת פסקת שמירת הדינים, יש לפרשה בכפוף לחוקי-היסוד, ובעיקר לבחנה תחת מבחני המידתיות.<sup>91</sup> לפיכך "שאלת זיקתו של המפגע לבית ומעורבות בני המשפחה במעשיו... הם רכיבים יסודיים בקבלת ההחלטה בדבר עצם הפעלת הסנקציה ובדבר

85 עניין קואסמה, לעיל ה"ש 5, פס' 21 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

86 שם, פס' 22 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

87 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7, פס' כג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

88 בג"ץ 1633/16 פלונים נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית, פס' 31 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 31.5.2016).

89 שם, פס' 15–31 לפסק-דינו של השופט מלצר.

90 ראו, למשל, עניין מחאמרה, לעיל ה"ש 65, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות. בפסיקה קבעה חיות כי יש להקפיד מאוד על השימוש באמצעי חמור זה במקרים שבהם הוא עתיד לפגוע בבני משפחה לא-מעורבים. כן ראו בג"ץ 1629/16 עמאר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פס' 23 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 20.4.2016). בפסק-דינו קובע סולברג כי שימוש בסנקציה כה חריפה על אדם שמעורבותו שולית מצריך בדיקה מעמיקה של הדברים.

91 עניין אבו ג'מל, לעיל ה"ש 72, פס' 6 לפסק-דינו של השופט מזוז.

סוגה והיקפה".<sup>92</sup> בעיני השופט מזוז, סנקציה המכוונת את עצמה לפגיעה בחפים מפשע אינה ניתנת להצדקה:<sup>93</sup>

פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל"מען יראו וייראו" מבצעי עבירה אחרים פוטנציאליים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע... קושי זה ("ענישה קולקטיבית") עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה 119. אך גם לגישה לפיה אין לשלול לחלוטין את האפשרות להפעלת תקנה 119, הרי שעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, כמו גם עקרונות מוסר אוניברסליים, מחייבים לשלול הפעלת הסמכות, או למצער להגבילה מאוד, מקום שהדבר כרוך בפגיעה בחפים מפשע... לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד, וזאת בין אם נראה בכך פגם של פגיעה בזכות, חריגה מסמכות, אי סבירות או העדר מידתיות...<sup>94</sup>

השופטים פוגלמן, ברון וגובראן, בכמה פסקי-דין שונים, אימצו את עמדתו של השופט מזוז, וקראו להפיכת ההלכה באופן שיאסור יישום צווי הריסה בנסיבות של אי-ידיעה ואי-מעורבות של בני המשפחה. כך, למשל, קבע השופט פוגלמן בפרשת סידר כי הפעלת סמכות ההריסה נגד בני משפחה לא-מעורבים הינה בלתי-מידתית, וככזאת – בלתי-חוקית. השופט הציע לעיין מחדש בהלכה שמאפשרת את יישום צווי ההריסה בנסיבות אלה, אך העיר כי כל עוד ההלכה עומדת בעינה, "מרכזי אני ראשי לפני דעת הבית".<sup>95</sup> השופטת ברון אימצה אף היא גישה זו (אף שלשיטתה גם ידיעה קונסטרוקטיבית בלבד של בן המשפחה עונה על דרישת הידיעה).<sup>96</sup> מן הניתוח בפרק זה עולה כי כיום יש בבית-המשפט ארבע גישות לסוגיה של הריסת ביתו של קרוב-משפחה לא-מעורב: גישה ראשונה רואה את ההריסה כחוקית; גישה שנייה רואה אותה כחוקית ובלבד שהיא מידתית בנסיבות העניין; גישה שלישית רואה את ההריסה כבלתי-חוקית בשל העדר סמכות; וגישה רביעית גורסת כי הריסה כזאת אינה מידתית ולפיכך בלתי-חוקית.

לאותה קופוניה שיפוטית יש להוסיף את דבריו של השופט סולברג בפסק-הדין העקרוני: לשיטתו, הריסת בתים אינה בבחינת ענישה קולקטיבית משום שמדובר "בכמות מועטה" של בתים.<sup>97</sup> אולם מיד לאחר-מכן הוא מדגיש כי מדובר באמצעי הרתעתי, ולא ענישתי.<sup>98</sup> השופט

92 שם, פס' 16 לפסק-דינו של השופט מזוז.

93 עניין מרעי, לעיל ה"ש 70, פס' 10 לפסק-דינו של השופט מזוז.

94 עניין אבו ג'מל, לעיל ה"ש 72, פס' 7 ו-13 לפסק-דינו של השופט מזוז (ההדגשות במקור).

95 עניין סידר, לעיל ה"ש 62, פס' 2–6 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. ראו גם בג"ץ 1336/16 אטרש

נ' מפקד פיקוד העורף, פס' 6 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 3.4.2016).

96 עניין מרעי, לעיל ה"ש 70, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ברון; עניין פלונים, לעיל ה"ש 88.

97 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7, פס' 3 לפסק-דינו של השופט סולברג.

98 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט סולברג.

מספק אם כן, באותו עמוד ממש של פסק-דינו, שני הסברים סותרים השוללים, לשיטתו, את אופייה הקולקטיבי-הבלתי-חוקי של המדיניות: מדובר בענישה מועטה ולכן היא אינה קולקטיבית; ומדובר באמצעי שאינו ענישתי.

#### ד. הפיכתו של בג"ץ לבית-שופטים – מגבלות משפטיות שהוטלו על יישום המדיניות

על רקע הפגיעות הקשות בזכויות אדם הנגרמות מיישום המדיניות והספקות הכבדים לגבי חוקיותה, ולנוכח סירובה המתמשך של הנשיאה להיעתר לקולות השיפוטיים הרבים המבקשים לקיים דיון עקרוני ומעמיק בהרכב מורחב, ניסו שופטים רבים להטיל מגבלות קונקרטיות שונות על יישומה של המדיניות. בהעדר אותו דיון מעמיק בהרכב מורחב, אין לשופטי העליון אפשרות הולמת לתת ביטוי מלא לעמדתם המשפטית באופן שחף ממגבלות מוסדיות, גם אם אותן מגבלות אינן פורמליות (שהרי השופטים אינם מחויבים מבחינת הדין היבש להלכה המכירה בחוקיותה של המדיניות), והם תרים לפיכך אחר דרך להגביל את המדיניות לא ברמה העקרונית. כפועל יוצא מכך נוצר בשלוש השנים האחרונות כאוס פסיקתי שבמסגרתו שופטים רבים מנסים, בפסקי-דין רבים, להטיל מגבלות וחסמים שונים (ולעיתים סותרים) על יישום המדיניות. פרק זה ינתח את המגבלות השיפוטיות השונות שהוטלו על יישום המדיניות, ויספק מעין מורה נבוכים בתחום זה.

#### 1. בדיקה עיתית (או תדירה) של יעילות המדיניות

לאורך השנים קיבל בית-המשפט ללא פקפוק את עמדת הצבא בכל הנוגע באפקט ההרתעתי של הריסת בתים, אף שהשאלה אם הצבא עצמו בחן נושא זה כראוי מוטלת בספק.<sup>99</sup> ברוח גישה זו דחה בית-המשפט בקשות מצד העותרים להגשת נתונים סטטיסטיים תומכים<sup>100</sup> או חוות-דעת מומחים. במקום זאת הסתפק בית-המשפט בקביעה כי ההשערה בדבר אי-יעילותה

99 ראו, למשל, בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439 (1982); בג"ץ 179/89 בטש נ' המושל הצבאי בעזה (פורסם בנבו, 31.12.1989); בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 13 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 15.2.2012); בג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון, פס' 4 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 18.3.2009); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 20 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 1.7.2014). לניתוח גישתו זו של בית-המשפט ראו KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 1; קרצמר, לעיל ה"ש 1; Simon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27-45. אולם השור עם Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during the Intifada*, 33 L. & Soc'y Rev. 319, 349 (1999). בית-המשפט מיתן במידה מסוימת את חומרתו של אמצעי ההריסה, על-ידי כך שיצר הגנות פרוצדורליות והטיל מגבלות מהותיות.

100 בג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536, 538 (1990); Dinstein, *The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 292.

של המדיניות לא הוכחה: 101 "לא נערך ולא יכול להיערך 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". 102

בזנח את הדרישה לראיות סטטיסטיות ו/או חוות-דעת מומחים, הסתפק בית-המשפט בטענות אנקדוטליות או בהנחות אקסיומטיות התומכות ברציונל ההרתעה, וקבע נטל הוכחה מקל באופן מיוחד ביחס למדיניות. בתיקי הריסות הבתים יישם בית-המשפט מבחן של אפשרות רחוקה ("נטייה רעה"). כך, למשל, קבע בית-המשפט כי יש לאשר הריסה שכן "לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים", 103 ובמקרה אחר הוא אמר כי "...המשיב חושב כי דבר זה חיוני הוא, כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גורס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין ביטחון מלא, כי אכן אמצעי זה הוא יעיל, אך... אין לזלזל גם באמצעי זה". 104

בשנת 2009 בחר בית-המשפט להנמיך את הרף הנמוך ממילא שבמסגרתו נבחן שיקול-דעתן של הרשויות. השופטת נאור פסקה כי "...די בכך כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסוימת, כדי שלא תהיה התערבות בשיקול דעתו של המפקד הצבאי". 105 השופט רובינשטיין ביסס את רציונל ההרתעה על לא יותר מאשר "תקווה": "...די בכך כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסוימת, כדי שלא תהיה התערבות בשיקול דעתו של המפקד הצבאי... סופו של יום, לפנינו תקוה להרתעה להצלת חיי אדם אל מול פגיעה, אם גם כואבת, ברכוש". 106

אולם בשנתיים האחרונות נטשו שופטי העליון את הדרישות המקילות של "עשוי" "חושב" ו"תקווה", והם מדקדקים יותר ביחס לרף ההוכחה הנדרש באשר לשאלת ההרתעה. 107 גישה זו מגובה בדרישתו של השופט רובינשטיין בפסק-הדין העקרוני כי רשויות הביטחון ישוּבו ויבחנו מדי תקופה את יעילותה של המדיניות:

...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

101 בג"ץ 2/97 אבו חלאוה נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם בנבו, 11.8.1997); בג"ץ 2209/90 שואהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד מד(3) 875, 878 (1990); Dinstein, *The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 292.

102 עניין ג'נימת, לעיל ה"ש 77, פסק-דינו של השופט גולדברג (ההדגשה הוספה).

103 בג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226, 228 (1997) (ההדגשה הוספה). ראו גם Dinstein, *The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297.

104 עניין ג'נימת, לעיל ה"ש 77, בעמ' 653-654 (ההדגשות הוספו).

105 בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 5.1.2009).

106 שם, פס' א ו-ז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשות הוספו).

107 עניין מרעי, לעיל ה"ש 70, פס' 4-5 לפסק-דינה של השופטת ברוך.

אליו. מקובל עלינו כי ישנו קושי למדוד דבר זה, ובית משפט זה עמד על כך לא פעם... 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'... 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... 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.<sup>108</sup>

בפסקי-דין שונים שניתנו מאז הדגישו שופטים רבים את החובה לערוך בדיקה עיתית או "תדירה", וראו בבדיקה זו תנאי הכרחי לחוקיות יישומה של המדיניות.<sup>109</sup>

## 2. עיתוי יישומו של צו ההריסה (שיהוי)

בכמה פסקי-דין הציבו שופטים אחדים תנאי נוסף לחוקיותה של המדיניות, הנוגע בעיתוי יישומו של צו ההריסה, ולפיו על הצו להתבצע ללא שיהוי. חלק מן השופטים ראו בשיהוי גורם השולל את סמכות ההריסה מכוח תקנה 119, ואילו שופטים אחרים ראו בו נתון רלוונטי לביקורת אופן יישומה של הסמכות. כך, למשל, בפרשת אבו חאשיה קבע השופט רובינשטיין כי ככל שמתרחקים יותר ממועד הפיגוע כן נוצר הרושם שההריסה היא למטרות עונשיות, וכדי להימנע מכך יש למתוח "קו גבול" שלאחריו יש להימנע מהריסת הבית ולהמיר את צו ההריסה באמצעי מידתי יותר.<sup>110</sup> השופט זילברטל קבע כי שיהוי יפגע בצפיפות המשפחה להישאר בביתה וכן באינטרס הציבורי, ופגיעה זו מובילה לטשטוש ההצדקה להפעלת הסמכות, קרי, התכלית ההרתעית. כאשר תגובת המדינה אינה מהירה ומיידית, אפקט ההרתעה "מתפספס", ומעשה ההריסה מצטייר כעונשי במהותו, ולא כהרתעתי, וספק אם הוא יוביל להרתעה.<sup>111</sup> לעומתם סבר השופט מזוז כי השיהוי יורד לשורשי קיומה (או העדרה) של הסמכות להרוס בתים. לשיטתו, סמכות ההריסה אינה בלתי-מוגבלת, והיא מקימה למפקד הצבאי סמכות מרגע

108 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7, פס' כו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.  
 109 עניין עליוה, לעיל ה"ש 5, פס' 21 לפסק-דינו של השופט שהם; עניין פלונים, לעיל ה"ש 88, פס' 27 לפסק-דינו של השופט שהם; עניין אבו אלרוב, לעיל ה"ש 66, פס' ט- לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז ופס' 4 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן; עניין מרעי, לעיל ה"ש 70, פס' 3-5 לפסק-דינה של השופטת ברון.  
 110 עניין אבו חאשיה, לעיל ה"ש 73, פס' כב ו-כה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.  
 111 שם, פס' 3-10 לפסק-דינו של השופט זילברטל; עניין סידר, לעיל ה"ש 62, פס' ז לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

התקיימות העילה. אם בחר המפקד הצבאי לא להוציא את הצו באותו רגע, הוא מיצה את סמכותו.<sup>112</sup>

אִי־ההסכמה בין שופטי העליון חורגת מהוויכוח שניטש בפסק־דין אבו חאשיה, שהוזכר זה עתה. היא פונה לעיתים לשאלה מתי השיהוי מתגבש. כך, בפרשת סידר שיהוי דומה במשכו לשיהוי שננקט בפרשת אבו חאשיה לא שכנע את השופטים רובינשטיין ועמית להכריז על אי־חוקיות ההריסה, וזאת כנגד דעתו החולקת של השופט פוגלמן, שסבר כי די בשיהוי זה למנוע את יישומו של צו ההריסה.<sup>113</sup>

### 3. חומרת המעשה של המְפַגֵּע ומידת מעורבותו במעשה

בית־המשפט אישר בעבר את הריסת בתיהם של מי שביצעו עבירות אלימות לא־חמורות יחסית (למשל, יידוי אבנים).<sup>114</sup> אולם מאז ניתן פסק־הדין העקרוני ניסו שופטים אחדים, בכמה פסקי־דין, להטיל מגבלות על יישום המדיניות, ולייחד את יישומה למקרי חבלה חמורים בלבד, ורק כלפי מי שתרם תרומה משמעותית לביצוע אותם מעשים.

כך, למשל, קבע השופט רובינשטיין בפרשת אבו חאשיה כי יש לצמצם את השימוש בצווי הריסה לפעולות טרור, במובחן מפעולות פליליות הכרוכות באלימות: "חרף לשונה הרחב של התקנה, אין לפרשה כמעניקה סמכות בלתי מוגבלת למפקד הצבאי להרוס את ביתו של פלוני כל אימת שנעברה 'עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה', אלא, כאמור, לצמצמה למקרים בהם התגורר בבית אדם שפעל מתוך מטרת טרור או מטרה צבאית־לוחמתית אחרת".<sup>115</sup> בפסק־דין אטרש נדונה חוקיותם של ארבעה צווי הריסה על רקע יידוי אבנים שגרם למותו של אזרח ישראלי. השופטת חיות (שאליה הצטרף השופט זילברטל) אישרה את חוקיות הצו בנוגע לביתו של מיידה האבן הקטלנית, אך פסלה את חוקיותם של שלושת הצווים האחרים שהופנו נגד מי שפעלו יחד עם משליך האבן אך לא יידו אותה. לשיטתה, גם אם השלושה השתייכו ל"מעגל הפנימי" של העבירה, אין חולק כי דרגת מעורבותם פחותה. התעלמות משוני זה חותרת תחת דרישת המידתיות, אשר מחייבת את המפקד הצבאי ומצדיקה התערבות שיפוטית באופן הפעלת שיקול־דעתו.<sup>116</sup> השופט פוגלמן הרחיק לכת בקוראו להמרת צו ההריסה נגד מיידה האבנים עצמו בצו איטום, בקובעו רף חומרה גבוה מאוד לשם יישום צווי הריסה: "גם אם ההלכה הפסוקה מתירה זאת במקרה של פעולה עוינת שבוצעה בכוונת קטילה' ושסופה בפגיעה בחיי אדם, קשה להלום מצב שבו תופעל סמכות זו במקרים שבהם לא התגלתה כוונה תחילה להמית – היא העבירה החמורה ביותר שבספר החוקים".<sup>117</sup> בפרשת עליוה קבע השופט מזוז (בדעת מיעוט) כי חלקו המשני של המְפַגֵּע באירוע הירי (שכן הוא לא נטל חלק ישיר באירוע עצמו, אלא רק בהתארגנות להוצאת הפיגוע לפועל) יכול לבסס

112 עניין אבו חאשיה, לעיל ה"ש 73, פס' 5–12 לפסק־דינו של השופט מזוז.

113 עניין סידר, לעיל ה"ש 62, פס' 7 לפסק־דינו של השופט פוגלמן.

114 Simon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17.

115 עניין אבו חאשיה, לעיל ה"ש 73, פס' יב–כו לפסק־דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

116 עניין אטרש, לעיל ה"ש 95, פס' 12–14 לפסק־דינה של השופטת חיות.

117 שם, פס' 5 לפסק־דינו של השופט פוגלמן.

מסקנה שלפיה אין תשתית מספקת לדחיית העתירה.<sup>118</sup> בפרשת עמאר קבע השופט סולברג כי יש להבחין בין אלה המשתייכים למעגל הראשון של מעשה החבלה לבין אלה המשתייכים למעגל השני (אישור, מימון, הסעת המחבלים, רכישת כלי-נשק ואחסונם וכו'לי). ביחס לאחרונים, להבדיל מהראשונים, קבע השופט כי בנסיבות העניין יש להקפיד את ביצוע צו ההריסה עד לביורור מעמיק יותר של העניין.<sup>119</sup> עם זאת, בניגוד לשופטת חיות ולשופט פוגלמן, קבע השופט סולברג כי אין מניעה עקרונית מיישום צווי הריסה נגד מי שמשתייך לאותו מעגל שני של מבצעים.<sup>120</sup>

עינינו הרואות כי פסיקת בית-המשפט בשנים האחרונות אינה מתיישבת עם פסיקתו המסורתית בתחום זה, ופסקי-הדין האחרונים אף משקפים בעצמם עמדות שונות הסותרות זו את זו.

#### 4. זיקה קניינית של קרובי-המשפחה דיירי הבית לבית המיועד להריסה

על-פי פרשנותו של בית-המשפט העליון, השימוש בתקנה 119 מחייב זיקת מגורים (inhabitation) בין האדם שבגין מעשיו המדינה מבקשת להרוס את הבית לבין הבית המיועד להריסה. בעבר פורשה דרישה זו באופן מרחיב, אשר אפשר לבית-המשפט לאשר צווי הריסה גם ביחס לבתים שבהם היה הדייר שוכר, ולא הבעלים של הבית מושא צו ההריסה.<sup>121</sup> אולם בשלוש השנים האחרונות אנחנו עדים לניסיון של שופטים אחדים, בכמה פסקי-דין, להמיר את הגישה המרחיבה בגישה מצמצמת ומחמירה יותר.

כך, למשל, בפרשת חלבי קבע השופט רובינשטיין כי גם אם הסמכות ממישכה להתקיים ביחס לדייר השוכר את הבית (במובחן מבעליו), צו הריסה ביחס לשכירות קצרת-טווח של בני המשפחה של המפגע המתאבד ייחשב בלתי-מידתי.<sup>122</sup> השופט מזוז (בדעת מיעוט) קבע בפרשת עליוה כי "בחנית תקנה 119 על פי כללי המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי כאמור עשויה לחייב הצבת סייגים ותנאים להפעלתה וקביעת הבחנות שונות באשר לגדרי המותר והאסור בענין זה", וכי לצורך כך יש להבחין בין בית שהוא ביתו וקניינו של המפגע לבין בית שבו הוא בגדר דייר נלווה בלבד, דוגמת בית הוריו שבו הוא מתגורר, לעיתים אף באופן מוגבל.<sup>123</sup> הבחנה זו יכול שתקרין על עצם הלגיטימיות של הפעלת תקנה 119 או למצער על אופן הפעלתה של התקנה ועל חומרת הסנקציה שתינקט.<sup>124</sup> בפרשת מרעי הוסיף השופט מזוז (בדעת רוב) כי לשאלת הזיקה הקניינית יש השלכה בשני מישורים: האחד, במישור הסמכות (אם ניתן לראות במפגע דייר של הבית – ככל שהתשובה שלילית, המשיב אינו מוסמך כלל להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 כלפי הבית); והאחר, במישור שיקול-הדעת (אם בנסיבות

118 עניין עליוה, לעיל ה"ש 5, פס' 3 לפסק-דינו של השופט מזוז.

119 עניין עמאר, לעיל ה"ש 90, פס' 29 לפסק-דינו של השופט סולברג.

120 שם.

121 לניתוח ראו Simon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17.

122 עניין חלבי, לעיל ה"ש 68, פס' ט לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

123 עניין עליוה, לעיל ה"ש 5, פס' 13 לפסק-דינו של השופט מזוז.

124 שם, פס' 14 לפסק-דינו של השופט מזוז.

העניין, לנוכח חולשת הזיקה לבית, החלטת המשיב עומדת במבחני הסבירות והמידתיות באשר לאמצעי שעליו הוחלט).<sup>125</sup> לאור הגישה שלפיה יש לפרש את דרישת המגורים באופן מצמצם, וזאת על רקע ערכי-היסוד של שיטת המשפט הישראלית ועל רקע זכויות-היסוד המוכרות בה, קבע השופט מזוז כי ההכרעה בשאלה אם המפגע היה בגדר "תושב הבית" תיגזר מהתשובה לשאלה אם מדובר בהיעדרות זמנית שלו מפית המשמש כבית המגורים הקבוע שלו או שמא מדובר בבית שאינו עוד מקום מושבו.<sup>126</sup> לשיטתו, כאשר אדם בוגר עוזב את בית הוריו ומתגורר בדירה משלו, אין לראותו עוד כ"תושב" של בית הוריו, אף אם אין לו בית-קבע משלו, ואף אם הוא ממשיך לבקר בבית הוריו לעיתים תכופות.<sup>127</sup> בנסיבות אלה, לדידו של השופט מזוז, אין למפקד הצבאי סמכות מכוח תקנה 119.128

בפרשת חמאד קבעה הנשיאה נאור כי כאשר ענייננו בדירה שבה משפחת המחבל מתגוררת בשכירות, והדירה בבעלותו של צד שלישי זר, ייתכן שיהיה בכך במקרים מסוימים כדי לקבוע כי אין להרוס את המבנה בשלמותו: "לא אוכל לומר כי פגיעה בבית המצוי בבעלותו של צד שלישי זר", שהוא לא קרוב של המחבל ואין לו ידיעה על כוונותיו, יוצרת הרתעה... אין בחומר החסוי כל אינדיקציה לכך שהריסת בית בבעלותו של צד שלישי זר – אשר אין לו קשר משפחתי או אחר עם המחבל ומשפחתו וכאשר ההפסד הכלכלי למחבל ולמשפחתו כמעט ואינו קיים – מסייעת בהרתעת מחבלים פוטנציאליים... זאת, להבדיל מהוצאת בני משפחת המחבל מהדירה... פסיקתו האחרונה של בית-משפט זה בעניין המוקד להגנת הפרט דרשה... בדיקה של אפקטיביות ההרתעה. אין בחומר שהוגש לנו כדי להראות אפקטיביות במקרה כמו זה שלפנינו...<sup>129</sup> השופט רובינשטיין אימץ את עמדתה של הנשיאה בפרשת אבו חאשיה.<sup>130</sup> יודגש כי את הספק בנוגע לאפקט ההרתעה בנסיבות של העדר זיקת תושבות ראויה הטילה הנשיאה ללא כל ביסוס בפסיקת בית-המשפט בעניין זה, וללא כל תשתית ראייתית ראויה התומכת ביחס בין העדר הזיקה לבין שאלת ההרתעה.

ענייננו הרואות כי ביחס לדרישת זיקת התושבות – לצד הפסיקה הישנה, שנותרה בעינה, המציבה דרישה מקילה – התפתחה לאחרונה פסיקה שונה מחמירה, המדברת בשלושה קולות שיפוטניים סותרים: הריסת בית בהעדר זיקת תושבות משמעותית היא נטולת סמכות (השופט מזוז); הריסה כאמור היא בסמכות אך אינה מידתית (השופט רובינשטיין); והריסה כאמור אינה מרתיעה, ובמשתמע אולי בלתי-חוקית (הנשיאה נאור).

125 עניין מרעי, לעיל ה"ש 70, פס' 7 לפסק-דינו של השופט מזוז.

126 שם, פס' 13.

127 שם, פס' 15.

128 שם, פס' 18.

129 בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פס' 29 ו-46 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 12.11.2015).

130 עניין אבו חאשיה, לעיל ה"ש 73, פס' יח לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

## 5. עוצמתה של התשתית הראייתית

בכמה פסקי-דין ניסה לאחרונה בית-המשפט להציב רף ראייתי מחמיר יותר ביחס לטיב הראיות נגד המפגע ונגד בני משפחתו מזה שהיה קיים בעבר. כך, למשל, בפרשת סקאפי קבע השופט זילברטל כי לנוכח חומרתה של תקנה 119, הפעלתה מחייבת "ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" וכן איסוף ראיות המתבצע "כראוי ובאורח סביר"<sup>131</sup>. אי-העמידה בדרישות אלה הובילה את השופט למסקנה (בדעת מיעוט) כי דין העתירה להתקבל. באופן דומה, בפרשת מסודי קבע השופט מזוז (בדעת מיעוט) כי החומר החסוי לא הוצג לפני השופטים, ולפיכך אין ביכולתו של בית-המשפט לעמוד על טיבו ולקבוע אם האב ידע על מעשי בנו או היה מעורב בהם.<sup>132</sup> יודגש: פסיקתם של השופטים זילברטל ומזוז עומדת בסתירה לפסק-הדין העקרוני ולכמה פסקי-דין שניתנו לאחריו, שבהם הכשיר בית-המשפט צווי הריסה בהתאם לרף הראייתי המסורתי-המקל.

## 6. חובת פיצוי

לאחרונה נדרש בית-המשפט לסוגיה שלא זכתה בהתייחסות בעבר: קיומה של חובת פיצוי למשפחות שכנות שבתיהן נפגעו מיישום המדיניות. בפרשת חמאד קבעה הנשיאה נאור כי יש לפצות חפים מפשע גם כאשר מדובר בפעולת הריסה כדין.<sup>133</sup> דרישה זו לא רק שאין לה על מה לסמוך בפסיקתו הענפה של בית-המשפט העליון בתחום זה, אלא שהיא טומנת בחובה סתירה משפטית פנימית. הרי אם לשיטתם של מדינת-ישראל ובית-המשפט הריסות בתים הן "אמצעי צבאי" ו"הכרחי" (כדרישתה של אמנת ז'נבה הרביעית), אזי מדוע קיימת לשיטת הנשיאה חובה לפצות את בעל הבית בגין תוצאותיו של אותו צעד, אשר חוסה לכאורה תחת החריג הסטטוטורי לאחריות נזיקית, הוא החריג של "פעולה מלחמתית"?

## 7. אכיפה שוויונית, ולא פריירנית

לאורך השנים דחה בית-המשפט באופן עקבי (ולשיטתנו לא-משכנע, כפי שננסה להוכיח ברשימה נפרדת) טענות בדבר אכיפה פריירנית או מפלה של המדיניות (יישומה נגד מפגעים ערבים בלבד, תוך הימנעות מהפעלתה נגד מפגעים יהודים). פסק-הדין העקרוני אימץ גישה זו, בקובעו כי אין מדובר במקרים בני-השוואה, משום שבעוד קיים צורך בהרתעת מחבלים פלשתינים, אין צורך כזה ביחס למחבלים יהודים:

131 בג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פס' 4 לפסק-דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 28.2.2016); עניין עמאר, לעיל ה"ש 90, פס' 20 לפסק-דינו של השופט סולברג.

132 בג"ץ מסודי, לעיל ה"ש 63, פס' 4 לפסק-דינו של השופט מזוז.

133 עניין חמאד, לעיל ה"ש 129, פס' 58 לפסק-דינה של הנשיאה נאור. ראו גם בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פס' ט לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 14.2.2016).

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 [=ואין כאן מקום להאריך].<sup>134</sup>

אולם לאחרונה מופיעות בפסיקת בית-המשפט אמירות-אגב המכירות בחובה ליישם את המדיניות באופן שוויוני. כך, למשל, בפרשת חמאד קבע השופט מלצר כי לא הובאו נתונים המבססים טענת הפליה זו, אולם אם אכן נגיע למצב עניינים המחייב הרתעה של מִפְגְעִים יהודים, אזי דין דומה יהיה חייב לחול עליהם ועל בתייהם.<sup>135</sup>

אמירות אלה הגיעו להכרעה שיפוטית עקרונית בעתירתם של בני משפחת אבו חדיר, שבנם נרצח על-ידי טרוריסטים יהודים – עתירה שתקפה את החלטתם של גורמי הביטחון לא להרוס את בתי המרצחים. עמדת המדינה שהוצגה לפני בית-המשפט הייתה כי אומנם אין לשלול מעיקרא אפשרות של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 גם כלפי מחבלים יהודים, אולם ההבחנה הננקטת כיום בין פלשתינים תושבי השטחים ומזרח ירושלים לבין יהודים הינה הבחנה עניינית הנסמכת על אמות-מידה שוויוניות. לשיטת המדינה, תכליתה של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 היא הרתעתית, ומשכך הצורך בהפעלתה אינו מתקיים בנסיבות הזמן והעניין כלפי יהודים, וזאת בהתחשב בהיקף הנמוך של פעולות טרור הנעשות על-ידי יהודים נגד ערבים, באיכותן, ביחסה התקיף של החברה היהודית כלפיהם, וכן בהעדר מִפְגְעִים יהודים פוטנציאליים שיש להרתיעם. לפיכך האמצעי של הריסת בתים אינו נחוץ ואינו מידתי ביחס למִפְגְעִים יהודים, וניתן להסתפק בכלים פליליים נגדם. המשנה לנשיאה (בדימוס) השופט רובינשטיין דחה במישור העקרוני את עמדת המדינה.<sup>136</sup> לשיטתו, אין בהבדלים האמורים כדי לאיין מעיקרא את השימוש בתקנה כלפי יהודים גם במצב הנוכחי, אלא יש לבדוק את הצורך בצו הריסה נגד מִפְגְעִי יהודי לגופו של מקרה ולגופן של נסיבות (בנסיבות העניין הוא אימץ את עמדת המדינה כי אין לבצע את ההריסה המבוקשת, אך זאת מפאת השיהוי שחל ממועד אירוע הטרור ועד למועד הגשת הבקשה להריסה). יודגש: עמדה עקרונית זו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין נוגדת את עמדתו העקבית של בית-המשפט העליון לאורך השנים, המאמצת את עמדת המדינה. נוסף על כך, עמדתו העקרונית נוגדת קביעות קודמות שלו בעבר, שבהן הוא אימץ ללא כל סייג את עמדת המדינה. זאת ועוד, השופט הנדל הצטרף לדחיית העתירה במקרה הקונקרטי, אך במישור העקרוני נראה שהוא אימץ את עמדת המדינה, בניגוד לעמדתו של השופט רובינשטיין. על אותה קקופוניה שיפוטית בהקשר זה נוספה עמדתו של

134 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7, פס' 15 לפסק-דינו של השופט סולברג.

135 עניין חמאד, לעיל ה"ש 129, פס' 7 לפסק-דינו של השופט מלצר.

136 עניין אבו חדיר, לעיל ה"ש 5.

השופט זילברטל, שהצטרף לעמדתו העקרונית של השופט רובינשטיין אך גם להערותיו של השופט הנדל.

## ה. פסק-הדין העקרוני ופסקי-הדין שלאחריו – השלכות משפטיות-מוסדיות שליליות

עיון מעמיק בפסיקת בית-המשפט בשנתיים האחרונות מלמד כי בית-המשפט התפצל למעשה לשלושה מחנות. מחנה אחד מכיר בחוקיותה של המדיניות (השופטים רובינשטיין, צמית, סולברג והנדל – גם אם חלקם הכפיפו קביעה זו לדרישה לבחינה עיתית של יעילות המדיניות). מחנה אחר מטיל ספק כבד בחוקיותה של המדיניות בכלל, וביישומה כלפי בני משפחה לא-מעורבים בפרט, אך נאלץ לפסוק על-פיה בהעדר החלטה שונה בהרכב מורחב (השופט מזוז וכן השופטים פוגלמן, ברון, ג'ובראן, זילברטל, ברק-ארוז וחיות). ספק זה מניע חלק מאותם שופטים לנסות להטיל מגבלות על יישומה של המדיניות. מחנה שלישי מכיר בחוקיותה של המדיניות אך מבקש להכפיפה למגבלות חדשות או מחמירות יותר מאלה שהוטלו בעבר (השופטים שהם, מלצר ודנציגר, והנשיאה נאור ביחס לחובת הפיצוי).

זאת ועוד, הניתוח לעיל מעלה כי בין שופטי בית-המשפט העליון נטושה מחלוקת לגבי שאלות-היסוד שבבסיס המדיניות: (1) האם המדיניות הננקטת בפועל הינה עונשית או הרתעתית? (2) האם המדיניות אכן מרתיעה הלכה למעשה? (יודגש כי טעם ההרתעה הינו הבסיס היחיד הנטען לחוקיותה של המדיניות). (3) האם ניתן מבחינה משפטית ליישם את המדיניות נגד בני משפחה שלא ידעו על פעולות החבלה של בן משפחתם ולא היו מעורבים בהן או שמא יישום כזה הוא בגדר ענישה קולקטיבית? (4) מה נפקותן של התמורות שחלו בעשורים האחרונים במשפט הבין-לאומי (כפי שיומחש להלן) על פרשנותה של התקנה? (5) האם אי-עמידה בדרישת הזיקה הקניינית או בצורך ליישם את צו ההריסה ללא שיהוי יורדת לשאלת קיומה של סמכות ההריסה או שמא רק לשאלת שיקול-הדעת בהפעלתה?

לדעתנו, מצב עניינים זה טומן בחובו תוצאות חמורות. ראשית, הפיצול שנוצר בבית-המשפט בין שלושת המחנות הנזכרים, ריבוי ההלכות הסותרות, הסתירות הפנימיות ביחס לשאלות-היסוד המשפטיות שבלב המדיניות, והמגבלות הרבות והסותרות לעיתים העולות מפסקי-דין – כל אלה יוצרים בוקה ומבולקה בכל הקשור להלכה המחייבת. בית-המשפט בוחר באופן מוצהר להעדיף את היציב על-חשבון האמת (אם לשאול מאמרתו של הנשיא זמורה<sup>137</sup>), אך בחירתו מקדמת את ההפך הגמור, קרי חוסר ודאות, וכפועל יוצא מכך – חוסר יציבות.

אי-ודאות שיפוטית זו מכרסמת בצידוק האחד והיחיד שהמדינה מציגה למדיניות, והוא הרתעה. אותו חוסר ודאות, ואותם נסיונות להגביל באופן אקלקטי את השימוש בצווי הריסה, מקשים על כוחות הביטחון. הם מתקשים לכלכל את מעשיהם, וחוקיות צעדיהם תלויה בהרכב הרלוונטי ובהלכות סותרות ובלתי-צפויים. לפיכך, אם המדיניות אכן יכולה לקדם הרתעה

137 ע"א 376/46 רונבאום נ' רונבאום, פ"ד ב 235, 254 (1949): "אין אני מזלזל בחשיבותו של עיקר יציבות-ההלכה במתן פסקי-דין, אבל, אמת ויציב – אמת עדיף".

(הנחה שאנחנו ספקנים לגביה עד-מאוד), אזי מצב עניינים שיפוטי זה מכרסם באפשרות הגשמתה.

שנית, מבחינה מוסדית נוצר למעשה מעין מרד שיפוטי, ולו בעצימות נמוכה, שבמסגרתו שיעור גדול מבין שופטי העליון הדנים בסוגיה מכריזים כי הם אינם תומכים בקביעה העקרונית – שנשיאת בית-המשפט מתעקשת עליה – כי המדיניות הינה חוקית. אותם שופטים מביעים לעיתים תכופות עמדות "מרדניות" בשורה של פסקי-דין, ועובדה זו עלולה לכרסם באמונם של אנשי המקצוע במערכת השיפוטית. אומנם, חילוקי-דעות, ככלל, הם מנשמת-אפה של מערכת השיפוט הישראלית, ותרומתם לעצמאותה ולמעמדה הינה רבה ומבורכת. אך אין זה המצב כאשר חילוקי-דעות אלה יוצרים – בשל תדירותם, עוצמתם וחריפותם – תמונת מצב שיפוטית קקופונית, וכאשר רוב השופטים העוסקים בסוגיה נאלצים לאמץ מסקנות שיפוטיות שהם מתנגדים להן נחרצות. במצב העניינים החריג שנוצר אי-אפשר עוד לדבר בשבח הפלורליזם השיפוטי ובשבח ביצורו של האמון במערכת השיפוטית הנובע ממנו, אלא רק בגנות הכאוס השיפוטי ונגד הפגיעה שהוא יוצר באותו אמון.

השלכה שלילית נוספת על מעמדו של בית-המשפט העליון נובעת מעצם הטיעון של היצמדות להלכה של בית-המשפט העליון. רבים משופטי בית-המשפט העליון מוצאים את עצמם, כדברי איתן דיאמונד, "מגלגלים... טעות קדמונית מפסק דין לפסק דין",<sup>138</sup> בחותמם על פסקי-דין הנשענים על הלכות שהם עצמם מבקרים בחריפות, וכל זה בשם הצורך לשמור על עקביות הפסיקה ועל קול שיפוטי אחיד. עולה השאלה אם תוצאה זו מתיישבת עם החופש האינטלקטואלי המצופה משופטי העליון.

גילויי-הלב של השופטת חיות בפסק-הדין העקרוני רלוונטי עד-מאוד לביקורת זו שלנו: "יש לומר ביושר כי הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה".<sup>139</sup> אולם, לשיטתה, על הקשיים המשפטיים-השיפוטיים שהעתירה מעלה לסגת מפני הצורך בשמירת יציבות הפסיקה ובמניעת הפיכתו של בית-המשפט לבית-שופטים: "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'".<sup>140</sup> לשיטתה, "הטעם המרכזי" לדחיית העתירה "נעוץ בעובדה שהסוגיות העקרוניות שהעלו העותרים בעתירה דנן נדונו והוכרעו על ידי בית משפט זה אך לאחרונה בעתירות פרטניות".<sup>141</sup> השופטת הכירה בעובדה ש"בית משפט זה אינו כבול להלכות היוצאות מלפניו, כהוראת סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה", אולם היא בחרה להסתמך על דבריו של השופט זילברג, אשר שם בהקשר זה דגש בערך היציבות והעקביות השיפוטית, והתריע מפני

138 איתן דיאמונד "על עוון הבן ועל משגה מתגלגל – בעקבות בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות ופסיקה 45, 43, 51 (2016) [www.colman.ac.il/sites/default/files/diamond.pdf](http://www.colman.ac.il/sites/default/files/diamond.pdf)

139 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת חיות.

140 ש.ם.

141 ש.ם (ההדגשה הוספה).

שימוש מופרז בהליך זה באופן שיהפוך את בית-המשפט "מ'בית משפט' ל'בית שופטים' אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו".<sup>142</sup> לדעתה, "דברים חשובים אלה מן הראוי כי נשווה לנגד עינינו תמיד".<sup>143</sup> דברים דומים נכתבו כאמור על-ידי השופטת ברק-ארז ("אני רואה עצמי ככולה לה [להלכה] בעת הזו", וכן "אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה") והשופט פוגלמן ("מרכיב אני ראשי לפני דעת הבית").<sup>144</sup>

אולם צייתנות וכניעות אינן בהכרח תכונות חיונית, ראויות או מועילות למשרת שופט בית-המשפט העליון, בטח ובטח כאשר על כפות המאזניים מונחות פגיעות קשות ורחבות-היקף בזכויות אדם, מחד גיסא, וספק משפטי כבד באשר לחוקיותו של האמצעי הבטחוני, מאידך גיסא. יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיא השופט אֶלון: "חשיבות רבה נודעת לחופש הכרעת הדין של שופטי בית המשפט העליון ולא-תלותם בתקדים המחייב. הצורך בקיומו של החופש האינטלקטואלי של השופט, למען אפשר שינוי הפסיקה הקיימת במקרה ראוי ורצוי, משנה חשיבות נודעת לו בחברה כחברתנו, שהליך התגבשותה עדיין בעיצומו, וחילוקי דעות שבה נוקבים וחרפים בעמדות יסוד..."<sup>145</sup>.

נכונותם של שופטים כה רבים לפסוק בניגוד להבנתם המשפטית (ואולי אף בניגוד לצו מצפונם) מכרסמת באמון שהמערכת המשפטית והבטחונות מייחסת למוסד השיפוטי – מוסד שכל עוצמתו תלויה באותו אמון. נכונותם זו תמוהה במיוחד לנוכח העובדה שבית-המשפט העליון אינו כפוף לתקדימיו שלו. יוצא שנכונותם של השופטים לסטות מההבנה המשפטית האישית שלהם נתמכת ברצון לקדש הלכה שאינה מחייבת את המקדשים אותה. דוגמה לביקורת זו ניתן למצוא בדבריו של מיכאל ספרד, אשר שימש בא-כוח העותרות בפסק-הדין העקרוני ובשורה ארוכה של עתירות נגד חוקיותה של המדיניות:

למרות שכידוע בית המשפט העליון אינו כפוף לתקדימיו, ולמרות ששופט במותב אינו חב חובת קולגיאליזם לחבריו להרכב – במובן זה שהוא רשאי ואף חייב, אם כך מצפוננו מורה לו, להישאר בדעת מיעוט – לאחרונה התפתחה בפסיקה... הלכה מוזרה המרמזת על חובת נאמנות לקול הקולקטיבי שבקע לאורך השנים מבית המשפט... השופטים המפנים אל קודמיהם מבקשים להוריד מכתפיהם את הנטל המוסרי של אישור ענישה קולקטיבית. לצורך כך הם מחפשים עיקרון ש"כפה" עליהם לדחות את העתירות. הקטנה עצמית והטלת האחריות על נורמה עליונה יותר, היא תופעה מוכרת בחקר הדיסוננס הקוגניטיבי של שופטים המתבקשים לשתף פעולה עם פעולות שהם מתנגדים להן, ועושים זאת. למעשה, השופטים המתלבטים אומרים לנו כי "כך קבעו כולם ואני מחויב לכך". מי שמאשרים ענישה קולקטיבית בורחים אל האחריות

142 שם (ההדגשה הוספה).

143 שם.

144 בהתאמה: עניין אבו אלרוב, לעיל ה"ש 66, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז; עניין חלבי, לעיל ה"ש 68, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז; עניין סידר, לעיל ה"ש 62, פס' 6 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

145 ע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 221, 271 (1991).

הקולקטיבית. הם מושיטים את ידיהם אל אבותיהם – שמגר, לויץ, בייסקי וברק – ומבקשים בדרך זו לצמצם את אחריותם שלהם. "בואי אחריות קולקטיבית", לוחש השופט, "הכניסיני תחת כנפך, והיי לי אם ואחות. יהי חיקך מקלט ראשי". האם הם זוכרים שאחריות מוסרית לעולם אינה נחלקת בשל הצטרפותם של אחרים לעוול? שאחריות מוסרית תמיד מוכפלת ומושלשת בהתאם למספר השותפים?... ברור שגם הטכניקה של נאמנות ל"הכרעות רבות קודמות" ול"דעת הבית" הברורה, היא תירוץ המרחף בריק ואינו נטוע בעובדות. בג"ץ אמנם אישר מאות פעמים הריסות בתים, אך לא הכריע מעולם בטענות המשפטיות הכבדות שהועלו נגדן...<sup>146</sup>

הביקורת על נכונותם של השופטים לפסוק בניגוד להבנתם המשפטית רק משום שזאת "דעת הבית" מתעצמת בשל שני טעמים. הטעם האחד, אשר לו נקדיש מאמר נוסף, הוא שאותה "דעת הבית" הינה דעה שהובעה בסוף שנות השמונים ובשנות התשעים של המאה הקודמת. השופטים מיישרים למעשה קו עם דעה שאבד עליה כלח. חשובים במיוחד לצורכי מאמר זה דבריו הבאים של השופט מזוז:

בית המשפט דחה לאחרונה ניסיונות להביא לדיון מחודש ומקיף בסוגיות אלה... ההנמקה העיקרית שניתנה לכך הייתה שנושאים אלה כבר נדונו והוכרעו בפסיקה קודמת. אלא שבחינה זהירה מצביעה על כך שהדיון בסוגיות אלה בפסיקה קודמת לא היה ממצה, 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.<sup>147</sup>

דברים דומים קבע השופט מזוז ביחס לשאלת עמידתה של המדיניות בהוראות המשפט הישראלי: "הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מעוררת שאלות לא פשוטות גם מתחום המשפט הישראלי הפנימי, ובין היתר נוכח השפעת חוקי היסוד, בעיקר בהיבטים של מידתיות".<sup>148</sup> יוער כי הצורך להתאים את "דעת הבית" למציאות המשפטית הדינמית הוביל שופטי בית המשפט עליון אחרים למסקנה הפוכה מזאת של השופט מזוז. יפים לעניין זה דבריו של השופט רובינשטיין בפסק-הדין העקרוני:

אמנות ג'נבה מ-1949 ותקנות האג מ-1907 לפנין, 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

146 מיכאל ספרד "קללת בג"ץ: על האחריות האישית לענישה קולקטיבית – בעקבות בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות ופסיקה 51, 6, 9–12 (2016) [www.colman.ac.il/sites/default/files/sfard.pdf](http://www.colman.ac.il/sites/default/files/sfard.pdf)

147 עניין עליוה, לעיל ה"ש 5, פס' 4 לפסק-דינו של השופט מזוז.

148 שם, פס' 11 לפסק-דינו של השופט מזוז.

גורמי הטרור אינם נשמעים לקולה של אמנה זו או אחרת... יש לפרש את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית שישראל קיבלה עליה גם אם לא הכירה בתחולת האמנה במובן המשפטי... באופן שישמור על רוחן ויגשים את התכליות העומדות בבסיסן, אולם בד בבד יאפשר למדינת ישראל להגן על בטחון תושביה במובן הבסיסי ביותר.<sup>149</sup>

אם כן, הנה לפנינו דוגמה נוספת לסתירה פרשנית-מהותית בין שופטי העליון בתחום של הריסת בתים לצורכי הרתעה.

**הטעם האחר** לתמיהה באשר להיצמדות של השופטים ל"דעת הבית" נעוץ בעובדה שאותם שבעה שופטים המתנגדים להכלה המחייבת מתעקשים על שמירה עליה בשם אותה "דעת הבית", כאשר הבית מפוצל למעשה בין שלושה מחנות, ורוב דיירי אינם מסכימים עם אותה דעה, הלכה למעשה. לשון אחר, אותם שופטים מוכנים לפסוק, באופן אישי וקיבוצי, בסתירה להבנתם המשפטית, וזאת מן הטעם היחיד של שמירת לכידותו של המוסד השיפוטי שהם משתייכים אליו. שופטי העליון מחויבים ל"עצמת לכידותו של מסדר שופטי הבית", כלשונו של פרופ' שחר,<sup>150</sup> בשעה שאין כלל סדר באותו "מסדר": בני המסדר מחזיקים בעמדות סותרות שאינן ניתנות ליישוב, והמחנה הגדול ביותר בתוך בית-המשפט הוא המחנה המערער על עצם חוקיותה של המדיניות. כלומר, יסודות הבית רעועים, והוא מפוצל לשלושה מחנות, אך שבעה מדייריו, המטילים ספק בחוקיותה של המדיניות, ממשיכים לקדש את דעת הבית, וזאת במחיר הכשרה של הריסת מספר רב של בתים, על כל אי-החוקיות הנובעת מכך.

נראה גם כי הפרקטיקה שעל-פיה השופטים פוסקים בניגוד להבנתם המשפטית עומדת בסתירה לציווי של המחוקק הישראלי המעוגן בחוק-יסוד: השפיטה, שעל-פיו "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".<sup>151</sup> כפיפותם של שופטי העליון היא בראש ובראשונה למרות הדין (ולא לאותו מסדר שיפוטי). לטווח קצר ניתן אולי לטעון כי יש היגיון מסוים, מטעמי יעילות, בשמירה על עמדה אחידה של בית-המשפט העליון, על-מנת שלא תתעורר מחלוקת בכל פסק-דין, אולם לטווח ארוך עמדה זו טומנת בחובה חסרונות רבים וקשים.

זאת ועוד, אי-ההסכמה העקרונית והעדר הדיון העקרוני והמעמיק בעניין מניעים שופטים שאינם תומכים בהכרעה העקרונית המכירה בחוקיותה של המדיניות – ואשר חשים מתוסכלים בשל הצורך להיצמד לאותה הלכה שאבד עליה כלח – להתערב במקרים קונקרטיים ולקבוע כי צו ההריסה מושא הדיון אינו ראוי, וזאת על בסיס טעמים מטעמים שונים. שופטים אלה עושים למעשה שימוש "טקטי" באותם טעמים על-מנת להגיע לתוצאה של אי-הריסת הבית. מכיוון שאותם שופטים חשים כי ידיהם כבולות ואין להם בררה אלא להיצמד להלכה שאינה ראויה לשיטתם, הם מנסים להגיע לתוצאה הצודקת בנסיבות העניין בדרך עקיפה. כלומר: יכולה

149 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7, פס' כב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם שם, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות ופס' 4 לפסק-דינו של השופט סולברג.

150 יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון: הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161, 176 (2000).

151 ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 1110.

לעלות טענה כי במקום לפעול על בסיס משנה סדורה ועקבית התואמת את תפיסתם המשפטית הכללית, השופטים מחלצים מעובדות המקרה הקונקרטי טעמים ונימוקים חדשים שיתמכו בהתערבות שיפוטית שתגביל את השימוש במדיניות. טעמים אלה נותחו לעיל על-פי הטיפולוגיה הבאה: דרישה שיפוטית לביצוע בדיקה עיתית (או מתמדת) של יעילות המדיניות; מגבלות בדבר עיתוי יישומו של צו ההריסה; מגבלות בהתאם לחומרת המעשה של המפגע; דרישות-סף באשר לזיקה הקניינית של דיירי הבית לבית המיועד להריסה; דרישות-סף ביחס לעוצמת התשתית הראייתית התומכת בצו ההריסה; חובת פיצוי; ודרישה לאכיפה שוויונית – ולא בכירנית – של המדיניות.

כך, למשל, בפרשת חלבי קבע השופט רובינשטיין, ללא תימוכין בפסיקה המסורתית, הבחנה בין שכירות ארוכת-טווח לשכירות קצרת-טווח, והסתמך על העובדה ששכירות הבית שיועד להריסה הייתה קצרת-טווח על-מנת להתערב בהפעלת סמכותן של רשויות הביטחון. השופט זילברטל, בהלכת אבו חאשיה, ביסס את התערבותו באופן הפעלת שיקול-הדעת המנהלי על שאלת משך הזמן שחלף מאירוע הטרור, וכרך את סוגיית השיהוי עם סוגיית (העדר) ההרתעה. קביעה זו נכתבה בעלמא וללא כל ביסוס עובדתי. מצב עניינים זה עלול לעורר את החשש שפסיקות אלה נועדו לקדם צדק פרוטיקולרי בניסיון תוך ניסיון לעקוף את המגבלה המוסדית הנובעת מההלכה העקרונית הנהוגה. דוגמה נוספת לתהליך לא-רצוי זה היא פסק-דין עליוה, שבו בחר השופט מזוז – המוביל את המחנה המטיל ספקות כבדים בחוקיותה של המדיניות – להשתמש בהזדמנות הקונקרטית שנקרתה לפניו על-מנת לנסות להשיג רוב נקודתי נגד צו ההריסה הקונקרטי.

כתוצאה מהתפתחויות אלה נוצר למעשה מעגל שוטה: שופטים רבים מעוניינים לשנות או להפוך את ההלכה המאשרת את חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים; הם נמנעים מלעשות זאת בשל חששם מהפיכת בית-המשפט לבית-שופטים; במקום זאת הם מטילים באופן ספורדי ואקלקטי מגבלות שונות על המדיניות, ומבקרים באופנים שונים וסותרים היבטים חוקיים שונים שלה; והתוצאה הסופית של מהלך זה היא הפוכה מהרצון המוצהר של השופטים עצמם – בית-המשפט הפך את עצמו בתחום זה מבית-משפט לבית-שופטים.

במצב עניינים זה סיכוייה של עתירה להתקבל תלויים בזהות ההרכב. כך, למשל, הרכב שיכלול את השופטים סולברג ורובינשטיין ידחה קרוב לוודאי את העתירה שתוגש אליו, בעוד הרכב הכולל את השופטים מזוז ופוגלמן עשוי בהסתברות גבוהה להתערב בשיקול-הדעת המנהלי. העותרים נהפכים כך למעין מהמרים, המגישים עתירות בתקווה לקבל הרכב אוהד. מציאות לא-רצויה זו מטילה אחריות מיוחדת על נשיאת בית-המשפט העליון, המוסמכת על-פי חוק לקבוע את הרכב השופטים בכל מקרה ומקרה. כל עוד בית-המשפט מפוצל בסוגיית הריסת הבתים, הפעלת סמכות זו עלולה לעורר בקרב העותרים חשש סובייקטיבי לבחירה לא-מקרית של ההרכב – תוצאה שתכרסם כרסום נוסף באמון הציבור בבית-המשפט.

## ו. סיכום ומסקנות

בשנתיים האחרונות הוציא בית-המשפט העליון מתחת ידו פסקי-דין רבים בסוגיית חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים לצורכי הרתעה. פסקי-דין אלה חשפו ביקורת שיפוטית רחבה ועזה נגד חוקיותה של המדיניות. שופטים רבים (השופט מזוז וכן השופטים פוגלמן, ברון, גיבוראן,

ברק-ארז וזילברטל, ובאופן נוקב פחות גם השופטת חיות) הטילו ספק כבד באשר לחוקיותה של המדיניות בכלל ולגבי היבטים שונים שלה בפרט. אולם אותם שופטים הדגישו כי עקב קיומה של הלכה עקרונית המכירה בחוקיותה של המדיניות, ומפאת אי-רצונם להפוך את בית-המשפט לבית-שופטים (ואולי, למעשה, גם בשל רצונם להימנע מעימות חזיתי ונפיץ מבחינה פוליטית עם הרשות המבצעת), הם נמנעים מלקבוע כי המדיניות אינה חוקית. במקום זאת הם הסתפקו בהטלת מגבלות משפטיות שונות על אופן יישומה של המדיניות, ובקריאות לקיום דיון מעמיק במכלול הסוגיות הרלוונטיות ובהרכב מורחב. אולם קריאות אלה נדחו על-ידי הנשיאה נאור בכמה החלטות שונות.

התוצאות המשפטיות והמוסדיות השליליות הנובעות ממצב העניינים שנוחת במאמר, כמו-גם הצורך להתעמת באופן מעמיק ומקיף עם הספקות הכבדים שהועלו על-ידי מספר רב של שופטי עליון, מחייבים לדידנו קיומו של דיון מעמיק בהרכב מורחב בעניין זה. ריבוי פסקי-הדין, הדעות השיפוטיות השונות והמגבלות הרבות (והסותרות לעיתים) העולות מפסקי-דין אלה יוצרים הלכה למעשה בית-שופטים המורכב משופטים שונים בעלי קולות שונים וסותרים. דבר זה מחייב את קיומו של דיון מחודש, אשר יעצור את תהליך הפיכתו של בית-המשפט לבית-שופטים. דיון זה יאפשר לבית-המשפט לבחון בצורה מעמיקה, מקיפה ושיטתית את חוקיותה של המדיניות לאור המשפט הבין-לאומי, המשפט המנהלי והמשפט החוקתי, ולקבוע בצורה מנומקת ומושכלת אם מדיניות הריסת הבתים חוקית על-פי המשפט הישראלי והמשפט הבין-לאומי, ובמיוחד אם הפגיעה בבני משפחה (ביניהם ילדים), אשר ברוב המקרים לא ידעו כלל על פעילות החבלה ("ישרי-דרך", כמילותיו של השופט סולברג), הינה חוקית. הדיונים הנוספים שהתקיימו בשנים האחרונות בעניין פְּרִיִּת הדין בידי נזיקין (הלכת יובינר)<sup>152</sup> ובשאלת האפשרות של נתין אויב להגיש תביעה נגד מדינת-ישראל בישראל (הלכת דיראני)<sup>153</sup> אפשרו לבית-המשפט להתעמק בשאלות ובמחלוקות השונות בין השופטים, ובכך המחישו את התועלת הרבה שניתן להפיק מדיון בהרכב מורחב.

בקשתן של העותרות לקיום דיון נוסף בפרשת המוקד להגנת הפרט, אשר נסמכה על הטיעון שלפיו "הטענות אשר הועלו בבקשה – שלפיהן השימוש באמצעי זה מנוגד לכללי המשפט הבינלאומי... – לא הוכרעו לגופן בפסיקתו של בית-משפט זה"<sup>154</sup>, נדחתה כאמור על-ידי נשיאת בית-המשפט העליון השופטת נאור בנימוק ה"מעגלי"<sup>155</sup> שלפיו דיון נוסף ראוי שייקבע כאשר יש נימוקים מעוררי מחלוקת לפסקי-דין, ולא כאשר אין נימוקים לאותו פסק-דין:

טענתם המרכזית של המבקשים היא כי יש מקום לקיים דיון נוסף מאחר שטענותיהם העיקריות לא נדונו לעומק בפסקי-הדין. דא עקא, דיון נוסף אינו מהווה מסגרת מתאימה לפריסתן של טענות מסוג זה. הליך זה נועד לדיון נוסף בקביעות מפורשות ומפורטות של בית-המשפט ולא לשאלות שבהן בית-

152 דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר, פ"ד סה(1) 735 (2011).

153 דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (פורסם בנוב, 15.1.2015).

154 דנג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 8, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת נאור.

155 ספרד, לעיל ה"ש 146, בעמ' 12.

המשפט לא דן... ההליך של דיון נוסף לא נועד לדיון מחדש במה שלא נדון בפסק-הדין... שלושה שופטים של בית-משפט זה לא ראו מקום לדיון מחדש בסוגיות שהוכרעו, גם אם בקצרה וגם אם לא לשביעות רצונם של העותרים. בית-המשפט עשה כך, בין השאר, כפי שציינה השופטת א' חיות, בהיותו בית-משפט ולא בית-שופטים...<sup>156</sup>

כלומר, לשיטתה של הנשיאה, עצם חוסר הדיון בשאלות משפטיות מרכזיות במסגרת פסקי-הדין של בית-המשפט העליון הוא כשלעצמו הצדקה לאי-קיום דיון נוסף, שבו היה אפשר ללבן את השאלות המשפטיות המרכזיות. אולם טעמים אלה של הנשיאה תומכים למעשה בנחיצותו של הדיון העקרוני בהרכב מורחב (שיכלול מספר רב ככל האפשר של שופטי בג"ץ, בין במסגרת דיון נוסף ובין במסגרת דיון ראשון של בג"ץ בעתירה). הנימוק שהיא מספקת לסירובה מחדד למעשה את הצורך באותו דיון מחדש.

יודגש: המחוקק הפקיד את הסמכות להכריע בשאלת קיומו או אי-קיומו של דיון נוסף בידי נשיא בית-המשפט העליון, ובכך גילה את דעתו – כפי שהטעים השופט מרזל, בימים אלה ממש, בפרק שהוקדש למוסד הדיון הנוסף<sup>157</sup> – ביחס לתפקיד המרכזי המוטל על נשיא בית-המשפט העליון בשימור ההיבט המוסדי-הציבורי המונח ביסוד תכליתו של הדיון הנוסף המעוגן בסעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה. לעניות דעתנו, נטל זה, שהינו כבד, לא הורם במקרה זה. אכן, הנימוק שלפיו לא התנהל דיון עקרוני ולפיכך אין מקום לדיון נוסף לא רק שאינו נכון מבחינה נורמטיבית, אלא הוא גם מזיק מבחינה מוסדית, כפי שניסינו לשכנע ברשימה זו. שופטים רבים מגבילים את עצמם ביחס לדיון בסוגיות העקרוניות דווקא מתוך ציפייה לדיון עקרוני. במקום זאת, ובלית ברירה, הם נגררים לדיון משפטי נקודתי ואקלקטי, שתוצאותיו השליליות נותחו במאמר זה.

לדעתנו, יהא על בית-המשפט לנצל את אותו דיון מעמיק עתידי לקביעה שיפוטית בדבר אי-חוקיותה של המדיניות. אומנם, לא יהיה קל לבית-המשפט להודות כי טעה, במיוחד לנוכח שורה ארוכה ועקבית של פסקי-דין שאישרו את המדיניות. אולם הטעות היא אנושית (*errare humanum est*), ואשר על-כן אין בית-המשפט כבול בתקדימי-הוא. אנו סבורים כי על בית-המשפט להפוך את פסיקתו, ויפים לעניין זה דבריו של הנשיא ברק: "איני נמנה עם אלה הגורסים כי סופיות ההחלטה מעידה על נכונותה. כל אחד מאתנו עשוי לטעות. יושרנו המקצועי מחייב אותנו להודות בטעותנו אם שוכנענו כי אכן טעינו"<sup>158</sup>. לחלופין, בית-המשפט יכול לבסס את קביעתו בדבר אי-חוקיותה של המדיניות על בסיס פרשנות דינמית של תקנה 119, כמפורט במאמר זה. אך אף אם יקבע בית-המשפט באותו דיון עקרוני בהרכב מורחב כי המדיניות הינה חוקית, תהא עדיין בדיון הזה תועלת רבה, שכן הוא יאפשר לבית-המשפט

156 דנג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 8, פס' 4–5 לפסק-דינה של השופטת נאור (ההדגשות הוספו).

157 יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" ספר דורית ביניש 181 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

158 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, פס' 22 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2000).

לקבוע בצורה מקיפה וחפה מסתירות את המגבלות המשפטיות השונות המחייבות את מדינת-  
ישראל בבואה ליישם צווי הריסה. רק על-דרך דיון עקרוני וממצה בהרכב מורחב יוכל בית-  
המשפט להבטיח כי הנתק בין בית-המשפט לשופטיו ייפסק.