

## הריסת בתים לצורכי הרתעה: ואם יש צדק – יופע מייד (בדיון נוסף)

גיא הרפז\* ועמיחי כהן\*\*

מאמר זה דן בשאלה אם יש צורך בקיום דיון נוסף ביחס לאישור שיפוטי הניתן בבית-המשפט העליון, בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק, להריסת בתיהם של מחבלים לשם הרתעה. במאמר קודם בכתב-עת זה הצבענו על כך שפסקי-הדין שניתנו בשנים האחרונות על-ידי בג"ץ בעניין חוקיותה של מדיניות ההריסה של בתי מחבלים משקפים ביקורת שיפוטית רחבה ונוקבת של חלק משופטי בית-המשפט העליון. שופטים רבים הטילו ספק בחוקיותה של המדיניות בכללותה ובחוקיותם של היבטים שונים שלה בפרט. הפסיקה העדכנית של בית-המשפט העליון בסוגיית האכיפה הבררנית של המדיניות (הלכת **אבו חדיר**, שהכירה בפיצולו של בית-המשפט העליון בסוגיה זו למחנות שונים) רק מחריפה מצב עניינים בעייתי זה. אכן, הפסיקה הענפה בסוגיה זו קשה, עמוסה סתירות פנימיות, וסותרת הלכות קודמות ומושכלות-יסוד של בית-המשפט העליון ביחס לשימוש באמצעים מנהליים-בטחוניים בשטחים.

אולם אותם שופטים שהביעו ספק בחוקיותה של המדיניות (למעט השופט מוזז) הדגישו כי בשל קיומה של הלכה עקרונית המכירה בחוקיותה של המדיניות, ובשל אירצונם 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 המדיניות, ובקריאות לקיום דיון מעמיק ובהרכב מורחב במכלול הסוגיות הרלוונטיות. אכן, בכל ההיסטוריה השיפוטית של מדינת-ישראל לא נרשם מקרה דומה שבו הוגשו בקשות רבות כל-כך לדיון נוסף ביחס לאותה הלכה, ואשר בו כה

---

\* הפקולטה למשפטים והמחלקה ליחסים בינלאומיים, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
\*\* הקריה האקדמית אונו, הפקולטה למשפטים.

תודותינו מסורות לחן בן אליעזר, לארנה בן-נפתלי, לברק מדינה, לטל מימרן, למיכאל ספרד, לאריאל צמח, ליעל קריב, ליעל רונן וליובל שני, וכן לחברי המערכת של **משפט וממשל** – העורך עילי אהרנסון, סגני העורכים סער בן זאב, אילנה עטרון ודן תירוש, וכן אביתר אלקובי, דניאל ברוכי, רינת גרויסמן, עילם דובש, הדר דויד, סמדר דולב, אריאל הראל, ימית כהן, ענבר כהן, סתיו לבנה, חושן לי לב וגבריאל פושקנר – על הערותיהם המועילות. על עזרה מצוינת במחקר תודותינו מסורות לחן בן אליעזר ולאראל פלאי.

רבים מבין שופטי העליון קראו – במספר כה גדול של פסקי-דין ובפרק-זמן כה קצר – לדיון מחודש ועקרוני, בהרכב מורחב, בסוגיה כה שנויה במחלוקת משפטית. מעולם גם לא התקיים בבית-המשפט העליון דיון כה ער באשר לעצם נחיצותו של דיון נוסף.

מטרתו של מאמר זה היא לנתח את נחיצות קיומו של דיון נוסף ביחס להלכה בדבר הריסת בתים, תוך בחינת הסיבות המצריכות דיון נוסף במישור הנורמטיבי (חשיבות הסוגיה, קשיותה, הסתירות השונות בהלכה הקיימת, והצורך להתחשב במשפט ההומניטרי הבין-לאומי ובדיני התפיסה הלוחמתית, ולהתעמת עם דיני זכויות האדם הבין-לאומיים, עם המשפט הפלילי הבין-לאומי ועם טענת ההפליה) ובמישור המוסדי (הדיון הנוסף יאפשר להתעמת עם המרד השיפוטי שפרץ נגד ההלכה, יחזק את מראית-העין של עצמאותו של בית-המשפט, ויוביל לסיום התהליך שבו נהפך בית-המשפט העליון מבית-משפט לבית-שופטים). עם זאת, מסקנות המאמר ונימוקיו חורגים מתחום זה, ותומכים בהגמשת הכללים העוסקים במוסד הדיון הנוסף, ובשימוש מוגבר בו במקרים המתאפיינים ברגישות פוליטית-ציבורית מיוחדת במינה.

מבוא. א. מוסד הדיון הנוסף. ב. נחיצות הדיון הנוסף – חשיבותה וקשיותה של ההלכה. ג. נחיצות הדיון הנוסף – סתירות עקרוניות וטעויות משפטיות: 1. הסתירות ברובד הקונקרטי; 2. הסתירות ברובד התיכון – סתירות ביחס לפסיקה קודמת; 3. הרובד השלישי של הסתירות – הדיון המופשט. ד. היבטים מוסדיים ומבחן ההצדקה: 1. דיון נוסף כמענה לפיצול שיפוטי; 2. הדיון הנוסף כמענה לאי-בהירות ברמת ההכרעות הקונקרטיות; 3. קריאות לדיון מורחב ולעצמאות שיקול-הדעת השיפוטי; 4. אידיאולוגיה, פוליטיזציה ומוסד הדיון הנוסף; 5. מראית-עין של העדר עצמאות; 6. נימוקי הדחייה ומראית-עין של העדר עצמאות – נשיאת בית-המשפט העליון. ה. סיכום ומסקנות.

## מבוא

החל בשנת 1967 מדינת-ישראל נוקטת בשטחים המצויים בשליטתה (להלן: השטחים) מדיניות של הריסת בתים לצורכי הרתעה מפני מעשי טרור (להלן: המדיניות). העתירה הראשונה לבית-המשפט העליון של ישראל בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק (להלן: בית-המשפט) נגד חוקיותה של המדיניות הוגשה כבר בשנת 1979, ומאז הוגשו מאות עתירות נוספות נגד המדיניות. בית-המשפט העליון פסק במספר רב של מקרים, אשר כל אחד מהם היה קשור למקרה חבלה ספציפי, כי המדיניות הינה חוקית ככלל.<sup>1</sup> באותם מקרים נמנע בית-המשפט

1 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*

(למעט במקרים ספורים) מלהתערב בשיקול-דעתן של רשויות הביטחון. הוא דחה את טענות העותרים נגד חוקיותה של המדיניות – אשר שאבו מהמשפט הבינ-לאומי והתמקדו בדיני הכיבוש ובהגנה הרחבה שהם מעניקים לזכויות קנייניות של האוכלוסייה המוגנת – וקיבל את עמדת המדינה שלפיה הריסת בתים נופלת בחריג הקבוע באותן הוראות שעניינו פעולה צבאית הכרחית: צווי ההריסה נחוצים לצורך הרתעת מפגעים פוטנציאליים. טענות נוספות, שלפיהן המדיניות עומדת בסתירה ישירה לאיסור המוטל מכוח המשפט הבינ-לאומי על ענישה קולקטיבית,<sup>2</sup> נדחו אף הן, על בסיס הקביעה כי אופייה ההרתעתי של ההריסה שולל את סיווגה כענישה, ואם אין מדובר בענישה, אזי ממילא אין כאן ענישה קולקטיבית. טיעונים שהעלו עותרים שונים בהסתמך על הדין הישראלי (החוקתי והמנהלי) נדחו אף הם באופן עקבי. על-פי ההלכה הפסוקה, המדיניות הינה חוקית על-פי המשפט הישראלי, באשר היא מתיישבת עם מבחני הנחיצות והסבירות.<sup>3</sup> לפיכך צוים קונקרטיים שהוצאו מכוחה הינם חוקיים על-פי המשפט הישראלי, ובלבד שהם עומדים במבחן המידתיות.<sup>4</sup>

על רקע חידוש יישומה של המדיניות בשנת 2008, לאחר הקפאת השימוש בה במשך שנים אחדות, 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. בדצמבר 2014 דחה בית-המשפט (השופטים רובינשטיין, סולברג וחיות) את העתירה (להלן:

---

*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(3) ISR. L. REV. 24 (2005); 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); 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 TEMPLE INT'L & COMP. L.J. 251 (1991); DAVID KRETZMER, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES* (SUNY Press 2002); David Kretzmer, *The Supreme Court of Israel: Judicial Review During Armed Conflict*, 47 GERMAN Y.B. INT'L L. 392 (2004); Dan Simon, *The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories*, 19 YALE J. INT'L L. 1 (1994); דוד קרצמר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 305 (יצחק זמיר עורך, 1993).

2 לניתוח ראו 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, 1213–1215 (1990).

3 לניתוח ביקורתי של פסיקה זו ראו Kretzmer, לעיל ה"ש 1.

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

בג"ץ המוקד להגנת הפרט או פסק-הדין העקרוני).<sup>5</sup> כמפורט במאמר קודם שפרסמנו בכתב-עת זה,<sup>6</sup> בפסק-דינו העקרוני נצמד בית-המשפט לפסיקה הענפה שלו בפסקי-הדין הקונקרטיים. בקשתן של העותרות לקיום דיון נוסף נדחתה על-ידי נשיאת בית-המשפט העליון נאור.<sup>7</sup> דחייה זו נחזתה כסותמת את הגולל על האפשרות של הכרזה שיפוטית בדבר אי-חוקיותה של המדיניות. אולם על רקע גל האלימות ששטף את ישראל (2015–2017) עשתה מדינת-ישראל שימוש מוגבר בצווי הריסה, ושימוש זה זימן מחדש לבג"ץ עשרות מקרים שבהם הוא התבקש לערוך ביקורת שיפוטית בנוגע לחוקיותה של המדיניות. אולם ההלכה המכירה בחוקיותה של המדיניות נותרה בפסקי-דין אלה על כנה. בקשות לקיום דיון נוסף בסוגיה נדחו אף הן על-ידי הנשיאה נאור,<sup>8</sup> ולאחרונה נדחתה בקשה נוספת באותו עניין על-ידי הנשיאה חיות.<sup>9</sup> במאמרנו הקודם הצבענו על כך שפסקי-הדין שניתנו בשלוש השנים האחרונות משקפים ביקורת שיפוטית רחבה ונוקבת. שופטים רבים (השופט מזוז וכן השופטים פוגלמן, ברון, ג'ובראן, ברק-ארז וזילברטל, ובאופן נוקב פחות גם השופטת חיות) הטילו ספק בחוקיותה של המדיניות בכללותה ובחוקיותם של היבטים שונים שלה בפרט.<sup>10</sup> אכן, הפסיקה הענפה בסוגיה זו קשה, עמוסה סתירות פנימיות, וסותרת הלכות קודמות ומושכלות-יסוד של בית-המשפט העליון ביחס לשימוש באמצעים מנהליים-בטחוניים בשטחים. הפסיקה העדכנית של בית-המשפט העליון בסוגיית האכיפה הבררנית של המדיניות (הלכת אבו חדיר, שהכירה בפיצול של בית-המשפט העליון בסוגיה זו למחנות שונים) רק מחריפה מצב עניינים בעייתי זה.<sup>11</sup> כפי שיפורט להלן, בכל ההיסטוריה השיפוטית של מדינת-ישראל לא נרשם מקרה דומה שבו הוגשו בקשות רבות כל-כך לדיון נוסף ביחס לאותה הלכה, ואשר בו כה רבים מבין שופטי העליון קראו – במספר כה גדול של פסקי-דין ובפרק-זמן כה קצר – לדיון מחודש ועקרוני,

- 
- 5 ש.ם.
- 6 גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים" משפט וממשל יט 43 (2018).
- 7 דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון, פס' 4 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 12.11.2015) (להלן: דנג"ץ המוקד להגנת הפרט).
- 8 ש.ם, פס' 7 לפסק-דינה של הנשיאה נאור; דנג"ץ 2916/16 דוויאת נ' מפקד פיקוד העורף, פס' 8 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 10.4.2016); 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); דנג"ץ 1773/16 סקאפי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 7 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 2.3.2016); דנג"ץ 8988/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (29.12.2015); דנג"ץ 4657/16 דעים נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (9.6.2016).
- 9 דנג"ץ 9324/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 29.11.2017) (להלן: דנג"ץ אבו אלרוב), שבו נדחתה העתירה לקיום דיון נוסף בפסק-הדין שניתן בבג"ץ 8786/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 26.11.2017), שבו נדחתה העתירה ברוב דעות של השופטים שהם ואלרון כנגד דעתו החולקת של השופט מזוז (להלן: בג"ץ אבו אלרוב).
- 10 הרפז וכהן, לעיל ה"ש 6.
- 11 בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 4.7.2017).

משפט וממשל כ תשע"ט הריסת בתים לצורכי הרתעה: ואם יש צדק – יופע מייד (בדיון נוסף)

בהרכב מורחב, בסוגיה כה שנויה במחלוקת משפטית. מעולם גם לא התקיים בבית-המשפט העליון דיון כה ער באשר לעצם נחיצותו של דיון נוסף. מטרתו של מאמר זה היא לנתח את נחיצות קיומו של דיון נוסף ביחס להלכה בדבר הריסת בתים. עם זאת, מסקנות המאמר ונימוקיו חורגים מתחום זה, ותומכים בהגמשת הכללים העוסקים במוסד הדיון הנוסף, ובשימוש מוגבר בו במקרים המתאפיינים ברגישות פוליטית-ציבורית מיוחדת במינה.

המאמר מורכב מכמה פרקים כדלקמן: פרק א ינתח את מוסד הדיון הנוסף, פרקים ב-ג ינתחו את נחיצות קיומו של דיון נוסף בתחום הריסת הבתים על בסיס שיקולים נורמטיביים, ואילו פרק ד ינתח נחיצות זו על בסיס שיקולים מוסדיים. פרק ה יתחום את המאמר במילות סיכום המתייחסות לצורך בקיומו של דיון נוסף בסוגיה. נבקש להדגיש כי לשיטתנו ההלכה הנהוגה שגויה, ועל הדיון הנוסף בעניינה לבטלה. עם זאת, וכפי שנפרט במאמר זה, אנו בדעה כי הדיון הנוסף בעניין נחוץ בלא קשר לשאלה אם ההלכה תיהפך, תצומצם או תאושר.

## א. מוסד הדיון הנוסף

חוק-יסוד: השפיטה משחרר את בית-המשפט העליון מפבילות להלכותיו הקודמות.<sup>12</sup> אולם נטייתו המובהקת של בית-המשפט העליון היא להיצמד להלכותיו.<sup>13</sup> הליך הדיון הנוסף מספק מסגרת שיפוטית המאפשרת לבית-המשפט לבחון מחדש את ההלכה המחייבת שלו בעניין מסוים ובהרכב מורחב, ובאופן זה למתן נטייה זו. סמכות זו ייחודית, משום שהיא מאפשרת לבית-המשפט העליון להעמיד את פסיקתם של שלושת השופטים בהרכב המקורי לבחינה לפני הרכב רחב יותר.<sup>14</sup>

ההסדר המשפטי לעניין הדיון הנוסף כולל "מדרג תלת-שכבתי", בלשונו של השופט מרזל, אשר הקדיש לאחרונה פרק למוסד הדיון הנוסף.<sup>15</sup> ברמה החוקתית קיים סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה, אשר מכונן את המנגנון, קובע תנאי-סף לקיומו, ומפנה לחקיקה ראשית לשם קביעת העילות להפעלתו: "ענין שפסק בית המשפט העליון בשלושה, ניתן לקיים בו דיון נוסף בבית המשפט העליון בחמישה או יותר, בעילות שנקבעו בחוק ובדרך שנקבעה לפי חוק".<sup>16</sup> ברמה התיכונה קיימת חקיקה ראשית, אשר חוק-יסוד: השפיטה מפנה אליה, הקובעת כי ההרכב המקורי או נשיא בית-המשפט העליון (או שופט אחר שנקבע לשם כך) מוסמכים להורות על קיום דיון נוסף:

(א) ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר.

12 ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.  
13 מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א' 211, 236 (2004).  
14 יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" ספר דורית ביניש 181, 188–189 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).  
15 שם, בעמ' 184.  
16 ס' 18 לחוק-יסוד: השפיטה.

(ב) לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף.<sup>17</sup>

ברמה התחתונה ההליך מוסדר בתקנות דיוניות ספציפיות.<sup>18</sup> מרכז-הכובד של מוסד הדיון הנוסף הוא ההיבט המוסדי-הציבורי-העקרוני.<sup>19</sup> כפי שניתח זאת השופט מרזל, המוסד משקף בעיקר אינטרסים מוסדיים של בית-המשפט לתקן, לקבוע או לעגן הלכה בנסיבות מיוחדות שבהן אין מקום להמתין לשינוי ההלכה בהתפתחות הרגילה וההדרגתית ובהרכב רגיל של שלושה שופטים.<sup>20</sup> לפיכך, לדעתו, יש לראות בסמכותו של נשיא בית-המשפט העליון לקבוע דיון נוסף משום סמכות מיוחדת שמאפשרת "מבט-על" בכל הנוגע בפעולתו של בית-המשפט העליון ובפסיקותיו, ואשר מקרינה על היחסים בין שופטי בית-המשפט העליון לבין עצמם, על פעילותו של בית-המשפט העליון כקולקטיב, על יעילות הקצאתם של משאבי השיפוט, ועל תפקידו של בית-המשפט העליון כמכונן הלכות מחייבות לכל בתי-המשפט.<sup>21</sup> האינטרס הנוסף של תיקון פסיקה או עיון נוסף בה במישור הקונקרטי של הסכסוך אשר נדון בבית-המשפט העליון והוכרע הינו משני, לפיכך.<sup>22</sup> כפי שהדגישו בן-נון וחבקין בפרק שהקדישו למוסד הדיון הנוסף, במוקד הדיון הנוסף עומד האינטרס של הציבור בעיון מחדש בהלכה פסוקה חשובה ומרכזית, ואילו עניינו האישי של העותר הינו שולי ככלל.<sup>23</sup>

לפיכך אין לראות בהליך הדיון הנוסף משום ערעור נוסף,<sup>24</sup> וטענות בעלות אופי ערעורי מובהק אין מקומן בדיון נוסף.<sup>25</sup> יש לראות בדיון הנוסף "הליך יוצא דופן ולא בגדר שלב שיגרתית לעיון מחדש במחלוקת משפטית" שנפסקה.<sup>26</sup> על בית-המשפט להבחין בין הערכה מחודשת של הלכה משפטית עקרונית, שמקומה אכן במסגרתו של מוסד הדיון הנוסף, לבין בחינת דרכי יישומה של אותה הלכה לסיטואציות עובדתיות קונקרטיות, אשר מתאימה להליך

17 ס' 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב].  
 18 תקנות סדר הדין בדיון נוסף, התשמ"ד-1984, ק"ת 2326.  
 19 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 199.  
 20 שם, בעמ' 190 ו-197-198.  
 21 שם, בעמ' 183.  
 22 שם, בעמ' 182 ו-197-198.  
 23 חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 614 (2012).  
 24 ראו, למשל, ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, פס' 15 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1989); דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, פס' 11 לפסק-דינו של השופט חשין (2004).  
 25 דנ"א 1641/06 וזאנה נ' קופת חולים כללית (פורסם בנבו, 7.5.2006).  
 26 ד"נ 9/88 סטרוד נ' נתן, פסק-דינו של הנשיא שמגר (פורסם בנבו, 10.8.1988). ראו גם דנ"א 9200/05 פואז נ' מס הכנסה – טבריה (פורסם בנבו, 21.11.2005).

ערעורי: 27. "מרכז הכובד בהכרעה בדיון נוסף הוא פיתוח המשפט. חובה על בית המשפט העליון להכריע באופן דומה להכרעתו של המחוקק".<sup>28</sup>

לקיומו של דיון נוסף, שהינו הליך ישראלי ייחודי,<sup>29</sup> יש יתרונות משמעותיים. על-פי מחקר מקיף של גיא זיידמן (שעסק בהרחבת מוטבים – סוגיה אשר חופפת את מוסד הדיון הנוסף אך רחבה ממנו), הרחבת ההרכב יכולה להיעשות מכוח שיקולים מקצועיים-משפטיים, שיקולים מקצועיים פנים-מערכתיים או שיקולים מערכתיים-חיצוניים. באשר לשיקולים מקצועיים-משפטיים, בית-המשפט העליון מבקש לשפר את איכות פסקי-הדין שלו באמצעות בירור של עניין מורכב, מסובך או שנוי במחלוקת בפורום רחב יותר. ככל שיידרש לעניין מספר גדול יותר של שופטים בכירים, בעלי שיקול-דעת וניסיון, כן תגבר הסבירות שיתקיים ביניהם סיעור-מוחות הנשען על מסד רחב של דעות, ויקטן משקלו של רכיב המקריות בקביעת תוצאתו של ההליך.<sup>30</sup> באשר לשיקולים מקצועיים פנים-מערכתיים, ככל שחלק גדול יותר משופטי בית-המשפט העליון שותפים לדיון, החלטתם צפויה להיתפס כמחייבת יותר מבחינה מוסדית, ולפיכך הרכב עתידי ינהג ריסון ואיפוק בטרם יחליט לסטות מהלכה שנקבעה במושב מורחב, וכך תגבר היציבות המשפטית.<sup>31</sup> באשר לשיקולים מקצועיים חוץ-מערכתיים, החלטה להרחיב את ההרכב משרתת כי מדובר בעניין חשוב במיוחד וכי הוא נשקל בכובד-ראש מיוחד, ופסק-הדין שניתן במסגרת זו מעביר מסר מערכתי חזק.<sup>32</sup>

כנגד אותם יתרונות יש להעמיד את החסרונות הפוטנציאליים הגלומים במוסד זה. ראשית, הוא חריג לכלל של סופיות הדיון ומכרסם ביתרונותיו של כלל זה.<sup>33</sup> כפי שהטעים אהרן ברק בספרו שופט בחברה דמוקרטית, שינוי של הלכה משפטית עלול לפגוע ביציבות, בוודאות ובהסתמכות של הציבור על ההלכה הישנה; דיון מחודש בהלכה משפטית כל אימת שדעתו של הרכב אקראי בשאלה מסוימת שונה מזו של ההרכב שדן בה לראשונה אינו מאפשר לשיטת משפט המבוססת על עקרון התקדים המחייב למלא את תפקידה.<sup>34</sup> שנית, על-פי שיטת השפיטה בישראל, הלכה נקבעת בבית-המשפט העליון בהרכב של שלושה שופטים,<sup>35</sup> והלכה

27 דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006).

28 דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל – חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533, פס' 18 לפסק-דינו של השופט גרוניס (2010).

29 Chanan Goldschmidt, *Further Hearing – Theoretical and Empirical Aspects*, 35 *Isr. L. Rev.* 320 (2001).

30 ראו גיא זיידמן "מותבים מורחבים בבית המשפט העליון הישראלי" מאזני משפט ג 155 (2004). ראו גם את ניתוחם של בן-נון וחבקין למאמר זה – בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 614–615. שם.

31 שם; מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 193.

32 שם, בעמ' 195–197; דנג"ץ 7469/04 מימון-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 28.9.2004); דנג"ץ 3063/99 רביניקוב נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.8.2000); דנ"א 9128/12 סמואל נ' רונן (פורסם בנבו, 20.12.2012); עניין זגורי, לעיל ה"ש 24, פס' 11 לפסק-דינו של השופט לוי.

34 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 239–247 (2004).

35 דנ"פ 6519/05 עיסא נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 2.9.2005); דנ"ם 9081/11 עבד אל חאפז נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 17.1.2012); דנ"פ 158/10

שנקבעת באופן זה "עומדת על רגליה היא".<sup>36</sup> שלישית, מוסד הדיון הנוסף אינו משתלב באופן הרמוני עם הגישה הכללית בישראל שלפיה אם נמצא כי יש מקום לשנות הלכה שנקבעה בבית המשפט העליון, אזי שינוי זה צריך להיעשות באופן הדרגתי וממקרה למקרה.<sup>37</sup> הסמכות לקבוע דיון נוסף הינה סמכות שבשיקול-דעת.<sup>38</sup> שיקול-דעת זה מאפשר לאזן בין היתרונות והחסרונות האמורים, ולקבוע באילו נסיבות יגברו הראשונים על האחרונים. יודגש: סמכות זו תופעל בזהירות מרבית. על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון, הדיון הנוסף הינו הליך חריג, נדיר ויוצא-דופן,<sup>39</sup> ו"המקרים שבהם יקויים דיון נוסף מעטים-שבמעטים הם, נער יספרם".<sup>40</sup> כדברי השופט זילברג: "לא רצה המחוקק הישראלי, כי בית-המשפט העליון יהא פטור לגמרי מעול-מלכות-תקדים וכל אחד משופטיו – כתוצאה מכך – יעשה שבת לעצמו... חלילה לנו מנהוג כן! שאם נלך בדרך זו... ייהפך מוסד שיפוטי זה מ'בית-משפט' ל'בית שופטים', אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו".<sup>41</sup>

בפסיקת בית-המשפט נקבע כי קיומו של דיון נוסף מותנה בקיום שני תנאים מצטברים. התנאי האחד הוא שההלכה מושא הבקשה לדיון נוסף מקיימת את העילות הפורמליות שבסעיף 30(ב) לחוק בתי-המשפט, כלומר, שמדובר ב"הלכה" העומדת בסתירה להלכה קודמת של בית-המשפט העליון או שגלומים בה חשיבות, קשיות או חידוש:<sup>42</sup> "...במקרים בהם הלכה שיצאה תחת ידו של בית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת שלו, או כאשר ההלכה שנפסקה ראויה לדיון נוסף מפאת חשיבותה, קשיותה, או החידוש הטמון בה".<sup>43</sup> כוחו של הליך הדיון הנוסף "לבטל הלכות סותרות של בית המשפט העליון" וכן לבטל הלכות שנראות מוטעות.<sup>44</sup> כדברי השופט מרזל:

אם מדובר בהלכה "חדשה" או "חשובה", יכולה לעלות השאלה אם דווקא הרכב זה שהכריע בה מייצג את עמדתם של שופטי בית המשפט העליון, כולם או רובם. אם מדובר בהלכה "קשה", יכולה לעלות השאלה מדוע יש להותירה על כנה, וכתקדים מחייב ליתר הערכאות. אם מדובר בהלכה העומדת בסתירה

- 
- פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.2.2010); דנ"פ 11414/05 רוזנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 31.1.2006).
- 36 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 213. ראו גם את דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בדנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל, פס" 6 לפסק-דינה (פורסם בנבו, 4.7.1995). כן ראו את דבריו של הנשיא שמגר בדנ"פ 5/89 גריידי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.9.1989).
- 37 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 202.
- 38 לניתוח ראו שם, בעמ' 220–221.
- 39 שם, בעמ' 226; זיידמן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 213. ראו גם Goldschmidt, לעיל ה"ש 29.
- 40 דנג"ץ 6774/04 בקמן נ' שר העבודה והרווחה, פס" 8 לפסק-דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 29.8.2004).
- 41 ד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים-לפועל של צוואת ליטוונסקי, פ"ד טו 71, 75–76 (1961).
- 42 ס' 30 לחוק בתי-המשפט; מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 235–236.
- 43 דנ"א 2591/14 אפרתי נ' הרשות לזכויות ניצולי שואה, פס" 42 להחלטתה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 6.4.2015).
- 44 אהרן ברק תורת הפרשנות הכללית 580 ה"ש 178 (1992).



להלכה אחרת של בית המשפט העליון, מתבקש שתצא הכרעה ברורה של בית המשפט העליון בדבר ההלכה המחייבת – מהי.<sup>45</sup>

המחוקק נקט אמות-מידה "פתוחות" ביחס לאותן עלילות לדיון נוסף, על-מנת להקל את זיהויים של אותם מקרים "מיוחדים" שבהם מוצדק לקיים דיון נוסף.<sup>46</sup> הפסיקה בנוגע לעילות השונות לקיום דיון נוסף (קושי, חשיבות וחידוש) מצביעה על כך שקיימת חפיפה רבה ביניהן,<sup>47</sup> ושקיים קושי רב בהגדרה מדויקת שלהן.<sup>48</sup> יודגש: חשיבותה של ההלכה, קשירתה או החידוש הטמון בה הם עניינים שרלוונטיים ל"הלכה" של בית-המשפט העליון מושא הבקשה לדיון נוסף, וזאת במובחן מההכרעה בעניין נתון. הוא הדין באשר לסתירה להלכה קודמת.<sup>49</sup>

התנאי האחר הוא שיש מקום בנסיבות העניין לדיון נוסף כאמור ("מבחן ההצדקה").<sup>50</sup> יפים לעניין זה דבריו של הנשיא ברק: "פסיקתה של הלכה היא תנאי הכרחי. אין היא תנאי מספיק. כמו כן אין זה מספיק שההלכה שנפסקה היא חדשה... תנאי הכרחי הוא לעריכתו של דיון נוסף כאמור בסעיף 30(ב) לחוק, כי ההלכה שנקבעה תעמוד בסתירה להלכה קודמת או שיהיו בה קושי, קשיות או חידוש המצדיקים עריכתו של דיון נוסף... שיקול-דעת זה בדבר עריכתו של דיון נוסף צריך להיבחן בכל מקרה לגופו, על-פי נסיבותיו ועל-פי הטענות הנטענות."<sup>51</sup> במסגרת ההפעלה של אותו "שיקול דעת כללי ורחב",<sup>52</sup> על בית-המשפט לבחון בצורה שקולה ומדוקדקת אם תועלתו הצפויה של הליך הדיון הנוסף מצדיקה את עלותו, וזאת לנוכח משאביו המוגבלים של בית-המשפט. במסגרת בחינה זו עליו לקבוע בכל מקרה אם הוא מיוחד דיו ומצדיק דיון נוסף.<sup>53</sup> אין מקום לקבוע דיון נוסף אם לתוצאת פסק-הדין במותב המורחב לא תהיה "נפקות מעשית ביחס לבעלי הדין"<sup>54</sup> או השלכה עתידית והעיון יהיה תיאורטי בלבד.<sup>55</sup> "טעות של בית המשפט העליון בפסק-דינו, כשלעצמה, כל עוד אין בה קביעת הלכה מוטעית בסוגיה חדשנית בת חשיבות עקרונית, אינה עילה לדיון נוסף..."<sup>56</sup>. במסגרת הבחינה הנדרשת מכוח התנאי השני, על בית-המשפט להעריך גם את ההסתברות

45 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 188.

46 שם, בעמ' 245.

47 שם.

48 שם.

49 שם, בעמ' 237.

50 דנ"א 516/91 בנדרלי נ' קרן גימלאות של חברי אגד בע"מ, פ"ד מה(3) 356, פס' 4 לפסק-דינו של השופט מלץ (1991); מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 235–236.

51 דנ"פ 5567/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 601, 612 (2000).

52 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 248, המתבסס, בין היתר, על דנג"ץ 9888/04 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה (פורסם בנבו, 2.3.2005).

53 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 247–253.

54 דנ"א 3444/97 חיימס נ' איילון חברה לביטוח בע"מ, פס' 5 לפסק-דינו של השופט מצא (פורסם בנבו, 14.12.1997); בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 619.

55 בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1996).

56 ד"נ 2/84 רוזנברג נ' רובינשטיין, פ"ד לח(3) 689, 694 (1984).

שתוצאת פסק-הדין מושא העתירה תשתנה.<sup>57</sup> לפיכך, על-פי בן-נון וחבקין, אם פסק-הדין ניתן פה אחד, הדבר עשוי להוות שיקול לדחיית הבקשה לדיון נוסף, שכן במצב זה ההסתברות שהתוצאה תשתנה אם ההרכב יורחב אינה גבוהה.<sup>58</sup> במאמר זה נטען כי סוגיית חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים עומדת בתנאי-הסף לקיומו של דיון נוסף, ומצדיקה מבחינה מוסדית את השימוש באותו מוסד חריג, נדיר ויוצא-דופן. על-פי הניחות שיובא בשני הפרקים הבאים, כל העילות הנורמטיביות-הסטטוטוריות לקיומו של דיון נוסף מתקיימות בתחום הריסת הבתים: פסיקת בית-המשפט בנושא זה הינה חשובה, קשה, שגויה ועמוסה סתירות פנימיות, והיא סותרת הלכות קודמות ומושכלות-יסוד של בית-המשפט העליון בתחום הרחב של שימוש באמצעים מנהליים-בטחוניים בשטחים.

## ב. נחיצות הדיון הנוסף – חשיבותה וקשיותה של ההלכה

חוק בתי-המשפט קובע כאמור, בסעיף 30(ב), כי דיון נוסף יכול להיקבע כאשר ההלכה מושא הבקשה "עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש... מקום לדיון נוסף". יודגש: החשיבות ו/או הקושי הגלומים בהלכה צריכים להיות מהותיים ומשמעותיים דיים להצדיק את הקצאת משאבי השיפוט הכרוכים בקיומו של דיון נוסף.<sup>59</sup>

הפסיקה דורשת בהקשר זה כי החשיבות המשפטית של ההלכה תהא "יוצאת דופן",<sup>60</sup> כי קשיותה תהיה משמעותית,<sup>61</sup> וכי ההלכה מושא הדיון הנוסף תהיה "מיוחדת וחריגה",<sup>62</sup> "עקרונית, יוצאת דופן בחשיבותה, בעלת תחולה רחבה במיוחד, או כיוצא באלה".<sup>63</sup> סוגיית הריסת הבתים עונה על תנאים אלה. הצורך בדיון נוסף בעניין זה נובע, בראש ובראשונה, מנחיצותה של הערכה מחודשת של הלכה משפטית עקרונית, ולא לשם בחינת דרכי יישומה של הלכה נתונה לסיטואציה עובדתית קונקרטית. כאשר לתנאי העוסק בחשיבות ההלכה, להלכה בדבר הריסת הבתים יש אכן חשיבות עצומה. חשיבות זו נובעת משילובם של הגורמים הבאים: ההיקף הרחב של יישום המדיניות (יישום צווי הריסה נגד כאלפיים בתים

57 דנג"ץ 7635/96 לשכת עורכי הדין נ' גאנם, פס' 5 לפסק-דינו של השופט לוין (פורסם בנבו, 13.4.1997); בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 619.

58 שם.

59 שם; מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 245–246, המתבסס על פסקי-הדין הבאים: דנ"פ 4867/03 מדינת ישראל נ' מועצה אזורית לב השרון (פורסם בנבו, 31.5.2004); דנ"א 5083/99 עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ נ' קרטין (פורסם בנבו, 8.5.2000); דנ"א 130/15 טנוס נ' בולוס ובניו חברה לאירוח ותיירות בע"מ, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 12.4.2015).

60 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 245–246; דנ"א 4237/08 אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ נ' August Storeck KG, פסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 5.10.2009).

61 ד"נ 19/58 צמר פלדה צור בע"מ נ' פקיד השומה, חיפה, פ"ד יג 288, 289 (1959).

62 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 242; דנג"ץ 11061/03 קלכמן נ' הרמטכ"ל, פס' 5 לפסק-דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 6.6.2004).

63 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 242; דנג"ץ 4043/10 קלו נ' הוועדה הארצית לתשתיות לאומיות, פס' 5 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 27.9.2011).

ולאורך כחמישים שנה);<sup>64</sup> עוצמת הפגיעה בזכויות אדם הנובעת מיישום המדיניות;<sup>65</sup> משך הזמן הרב שבית-המשפט מתעמת עם הסוגיה (החל בשנת 1979); הביקורת הבין-לאומית הרבה שהוטחה במדיניות זו, כולל מצד ארצות-הברית,<sup>66</sup> האיחוד האירופי<sup>67</sup> וזרועות שונות של האו"ם;<sup>68</sup> הביקורת החריפה ורחבת-ההיקף שהובעה נגד חוקיות המדיניות ונגד ההלכה על-ידי מספר רב של חוקרים ישראלים וזרים;<sup>69</sup> והחשש המתגבש כי המדיניות עלולה לעלות כדי-פשע-מלחמה,<sup>70</sup> וכי בית-הדין הפלילי הבין-לאומי עלול לרכוש סמכות ביחס אליה.<sup>71</sup> חשיבותה של ההלכה באה לידי ביטוי בעניין הציבורי, הפוליטי והשיפוטי הרב שהיא מעוררת, כמפורט להלן. מסקנתנו זו בדבר חשיבותה הרבה של הסוגיה מקבלת תימוכין מכתבתו של ליאון שלף, שקרא לשימוש בהרכבים מורחבים ולדרישה של רוב שיפוטי מיוחד לשם קביעה שיפוטית בדבר סתירה בין דבר חקיקה ראשית לבין חוק-יסוד.<sup>72</sup>

באשר לקשיותה של ההלכה הנוהגת, על-מנת שתנאי זה יתקיים, אין די בכך שהתוצאה הקונקרטי של ההלכה תהא קשה למבקש הבקשה לדיון נוסף, אלא צריך שההלכה עצמה תהא קשה – למבקש ובכלל.<sup>73</sup> לשיטתנו, קשיותה של ההלכה ברורה ומובהקת. כפי שיפורט להלן, ההלכה המאשרת את החוקיות של הריסת בתים לצורכי הרתעה הינה קשה הן בשל סימני השאלה הרבים והנוקבים שהציבו מספר רב של שופטים באשר לנכונותה והן בשל תוצאותיה הקשות עד-מאוד, לרבות למספר רב של פלסטינים לא-מעורבים, כולל קטינים. כדברי השופטת חיות בבג"ץ המוקד להגנת הפרט: "יש לומר ביושר כי הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה".<sup>74</sup> קשיות ההלכה מתעצמת לנוכח העובדה שהטיעון המרכזי שהמדינה מציגה כתמיכה במדיניותה – טיעון ההרתעה – שנוי במחלוקת, ובשנים האחרונות הולך ומתברר כי אף חלק ניכר

64 Halabi, לעיל ה"ש 1.

65 Kretzmer, לעיל ה"ש 1.

66 *Israel Is Once More Demolishing the Homes of Restive Palestinians*, THE ECONOMIST (27.10.2015), <http://www.economist.com/news/middle-east-and-africa/21676991-policy-doesnt-seem-be-achieving-its-objectives-punishment-demolitions-east>

67 Peter Beaumont, *EU Protests Against Israeli Plans to Demolish Palestinian Village*, THE GUARDIAN (21.7.2015), <https://www.theguardian.com/world/2015/jul/21/israel-demolition-palestinian-village-khirbet-susiya-eu-protest>

68 *Israeli Punitive Demolitions of Palestinian Homes Violates International Law – Senior UN Relief Official*, UN NEWS (16.11.2015), <https://news.un.org/en/story/2015/11/515632-israeli-punitive-demolitions-palestinian-homes-violates-international-law#.WLY5xvkrKUI>

69 ראו לעיל ה"ש 1.

70 Ariel Zemach, *The Limits of International Criminal Law: House Demolitions in an Occupied Territory*, 20 CONN. J. INT'L L. 65, 7 (2004).

71 "חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי" (חוות-דעת של פרופ' ארנה בן-נפתלי, פרופ' גיא הרפז, פרופ' יובל שני ופרופ' מרדכי קרמניצר, 26.11.2014) (להלן: חוות-דעת מומחים).

72 ליאון שלף "רוב מיוחד בנושאים חוקתיים – לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית-המשפט" משפטים כח 387 (1997).

73 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 246.

74 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 4, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת חיות.

מהשופטים אינם סבורים שיש הוכחות מתאימות התומכות ברציונל ההרתעה, המצדיק לשיטת בית המשפט העליון את מדיניות הריסת הבתים.

שאלת היעילות של הריסת הבתים עולה בשני הקשרים: עיוני ופורמלי. ברמה העיונית ברור כי כל השופטים מודעים לבעייתיות הניכרת בשימוש באמצעי של הריסת בתים. הריסת בתו של אדם שאינו משתמש בו עוד מכוונת בהכרח כלפי משפחתו – הגרעינית או המורחבת. תורת מוסר דאונטולוגית-קנטיאנית שוללת מעשה כזה בצורה קטגורית. גם תורות מוסר תוצאתניות-תועלתניות יוכלו להצדיק את השימוש בכלי של הריסת בתים רק אם יוכח בצורה משכנעת כי קיימת תועלת הרתעתית בהריסת הבתים, שאם לא כן נשמטת ההצדקה לשימוש בכלי. חוקיותה של המדיניות מתיימרת להסתמך על טעם אחד ויחיד: הרתעת מחבלים פוטנציאליים. אולם, כפי שפירטנו במאמרנו הקודם בכתב-עת זה, המדיניות אינה עונה לשיטתנו על דרישת המשפט הבין-לאומי שלפיה הפגיעה בקניין פרטי תהווה "אמצעי צבאי" "הכרחי". לשיטתנו, צווי ההריסה אינם אמצעי צבאי ואינם אמצעי הכרחי, וטענת המדינה כי המדיניות מגשימה את יעדה, דהיינו מרתיעה מחבלים פוטנציאליים, מעולם לא הוכחה כדין. קביעתו של בית המשפט כי המדיניות עומדת ברף ההוכחה הנדרש על-ידי המשפט הבין-לאומי לצורך נקיטת אמצעים בטחוניים פוגעניים הינה שגויה, כמפורט להלן.

אכן, שופטים שונים מעלים בשנים האחרונות ספקות ביחס ליעילותה של מדיניות הריסת הבתים. כך, למשל, בדעת המיעוט שלו בעניין עליוה כתב השופט מזוז (הסבור כי המדיניות כולה פסולה) כי "קיימת גם השאלה העובדתית-ראייתית, האם הוכחה כדבעי האפקטיביות ההרתעתית של סנקציה זו, לרבות שאלות של סוג ומשקל הראיות הנדרש"<sup>75</sup>. ספקות דומים הובעו על-ידי שופטים אחרים, דוגמת השופטת ברון.<sup>76</sup> אכן, שופטים החלו לדרוש מהמדינה הוכחות כי המדיניות אכן יעילה. היות שחומר הראיות בתיקי הריסת בתים חסוי, איננו יכולים לחוות דעה על ההוכחות ששב"כ מציג, אך מרמזים בפסקי-הדין נראה שמדובר בלקט דוגמאות, ולא במחקר מעמיק ומפוקח. אף כאן ניתן לומר כי הספקות בעניין יעילותה של המדיניות מצדיקים – ומחייבים – דיון נוסף ומורחב בבית המשפט העליון.

קשיות ההלכה מתעצמת שבעתיים על רקע הסתירות החזיתיות הגלומות בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לחוקיות של הריסת בתים, ולנוכח הסתירה החזיתית והבלתי-ניתנת ליישוב או לצידוק בין פסיקותיו של בית המשפט העליון ביחס להריסת בתים לבין פסיקותיו ביחס לאיזון בין נחיצות צבאית לבין זכויות אדם בהקשר של אמצעי ביטחון המיושמים בשטחים. סתירה זו תנותח להלן.

### ג. נחיצות הדיון הנוסף – סתירות עקרוניות וטעויות משפטיות

בפרק זה נטען כי עלות נורמטיבית-סטטוטוריות נוספות לקיומו של דיון נוסף מתקיימות בתחום הריסת הבתים: ההלכה בעניין הריסת הבתים עמוסה סתירות פנימיות, וגם סותרת

75 בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 8 לפסק-דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 1.12.2015).

76 בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 23.2.2017).

הלכות קודמות ומושכלות-יסוד של בית-המשפט העליון בתחום הרחב של שימוש באמצעים מנהליים-בטחוניים בשטחים. נוסף על כך, ההלכה שגויה (ולמצער שנויה במחלוקת עזה). חוק בתי-המשפט קובע כי אחת האפשרויות לקביעת דיון נוסף היא "אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון". כוחו של הליך הדיון הנוסף לאפשר בחינת הלכות שנראות על פניהן מוטעות. יודגש שוב: טעות של בית-המשפט העליון בפסק-דינו, כשלעצמה, אינה עילה לקיום דיון נוסף כל עוד אין בה קביעת הלכה מוטעית בסוגיה חדשנית בעלת חשיבות עקרונית, אולם למיטב הבנתנו, המקרה עונה על דרישה זו.

עילת ה"סתירה" עמומה, ומזמינה פירושים שונים. הרובד הבסיסי ביותר של סתירה הוא כאשר במקרים שונים בעלי מאפיינים דומים נקבעות הלכות שונות. במקרים כאלה הצורך בדיון נוסף ברור על פניו. מסורת הפסיקה של בית-המשפט העליון, המעודדת מחויבות לפסיקות קודמות,<sup>77</sup> מהווה חסם משמעותי מפני סתירות כאלה.

הרובד השני של סתירה שהוכר על-ידי בית-המשפט העליון כמצדיק דיון נוסף הוא כאשר פסיקה חדשה אינה הולכת בתלם הפסיקה הקודמת, גם אם מבלי להפוך אותה במפורש. גם אם בפסיקה אין משום סתירה פורמלית להלכה המחייבת, אין בה משום הליכה "בתלם ההלכות שהותו בפסיקה" – הליכה היכולה לשמש טעם כבד לדחיית הבקשה לדיון נוסף.<sup>78</sup> אכן, בתחום הריסת הבתים הפסיקה אינה הולכת בתלם ההלכות שהותו; נהפוך הוא, יש בפסקי-דין אלה משום קריאה נוקבת לשינוי הלכתי בעל חשיבות רבה.<sup>79</sup> אומנם, נכונים דבריו של המשנה לנשיא חשין שלפיהם "לא כל חידוש הילכתי די בו כדי להצדיק סטייה מן הכלל הרגיל שלפיו פוסק בית-המשפט העליון בשלושה ופסיקתו היא סוף פסוק. נדרשת הלכה מיוחדת וחריגה שיש בה כדי לשנות באורח מהותי נורמות ששררו עובר להלכות שנדונו והוכרעו בפסק הדין".<sup>80</sup> אולם פסקי-הדין בנוגע להריסת בתים אכן משקפים נסיבות מיוחדות וחריגות הקוראות לשנות "הלכה באופן גלוי ומפורש", כדברי בן-נון וחבקין.<sup>81</sup> גם אם העילה הסטטוטורית מתייחסת ל"סתירה", ולא ל"סטייה", כאשר הסטיות מאותה הלכה מחייבת הן כה רבות, וכאשר הן יוצרות פערים משמעותיים בין ההלכות של בית-המשפט, אזי מתחזק הצורך בקיומו של הדיון הנוסף.<sup>82</sup> אומנם, אמרות-אגב ודעות מיעוט כשלעצמן אינן נחשבות הלכות לצורך הצבת "סתירה", ולכן לכאורה אינן נכללות ברובד זה. אך מובן שגם כאן ראוי להפעיל מבחן של "מידתיות": ככל שמתברר שיותר ויותר שופטים סבורים כי יש לשנות את ההלכה, ומונעים מעצמם פסיקה נוגדת להלכה רק מטעמי נאמנות לכללי התקדים, ראוי לראות את

77 רע"א 1287/92 ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159 (1992). להרחבה ראו טמיר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 227; אהרן ברק שיקול דעת שיפוט 388 (1987).  
78 דנ"א 2527/16 פלונית נ' דניאל, פס' 20 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 9.8.2016).  
79 ניתן להנגיד מקרה זה לדנ"א 6149/12 Dexia Credit Local נ' שפירא, פס' 12–13 ו-18 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 3.1.2013).  
80 דנ"א 3455/05 עטיה נ' שחר, פס' 6 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 11.10.2005); מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 243.  
81 בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 618.  
82 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 243.

עמדתם כעומדת בניגוד להלכה הקיימת. הימנעות מדיון נוסף במקרים כאלה משולה לניסיון לשלוט בהרגעש באמצעות כיסויו – סופו שיתפרץ במקום אחר. הרובד השלישי של אותה סתירה בהלכה הוא הרובד המאתגר ביותר, והוא הסתירה ה"עקרונית" או ה"מופשטת" בין העמדות השונות המוצגות על-ידי בית-המשפט העליון. כל פסיקה ניתנת לניתוח ברמות הפשטה שונות. ברמת ההפשטה הגבוהה, פסיקת בית-המשפט מהווה הכרעה בין עקרונות מתחרים שונים. השאלה המטרידה את חוקרי הפרשנות במשפט מאז פרסם Ronald Dworkin את ספרו הידוע *Law's Empire*<sup>83</sup> היא עד לאיזו נקודה חידושו של השופט יכול עדיין להיתפס כ"נאמן" לעקרונות הפסיקה כפי שהותוו בימי קודמיו, ובאיזו נקודה הוא סוטה מהם. שאלת הדיון הנוסף יכולה להיות מובנת כתמונת-ראי של שאלה זו: באיזו נקודה מחלוקת בדבר עקרונות משפטיים נהפכת ל"סתירה"<sup>84</sup>? פסיקת בית-המשפט בעניין הריסת הבתים משקפת סתירות בכל שלוש הרמות האמורות. נעסוק בקצרה ברמות הראשונה והשנייה של הסתירה (הרובד הקונקרטי ו"אי-ההליכה בתלם", בהתאמה), ונקדיש את עיקר דיוננו לסתירה ברמה השלישית. דיון זה יחדד את העובדה שההלכה הנהוגה מבוססת על ניתוח משפטי שגוי, ושהניתוח השגוי ותוצאותיו השגויות מחדדים את נחיצות קיומו של דיון נוסף – הליך המיועד כאמור אף לבטל הלכות שנראות מוטעות.

### 1. הסתירות ברובד הקונקרטי

את הסתירות ברובד הקונקרטי תיארו במאמר קודם,<sup>85</sup> ולא נחזור עליהן בפירוט במאמר זה. גם שופטי בית-המשפט העליון המסכימים לעיקרון שלפיו הריסת בתים מותרת אינם מסכימים ביניהם כלל ביחס להיקף החריגים שבהם אין להרוס בתים. כך, למשל, בסוגיית מרכזיותו של מי שבתו עתיד ליהרס בביצוע מעשה החבלה: יש מן השופטים הסבורים כי אם המחבל אינו המבצע המרכזי שניתן לייחס לו כוונת קטילה, אין להשתמש נגדו בסנקציה של הריסת הבית;<sup>86</sup> לעומתם, יש הסבורים כי אין מגבלה עקרונית כזו, אם כי יש לשקול זאת ממקרה למקרה.<sup>87</sup> כל זאת בניגוד לעמדה המסורתית של בית-המשפט העליון, שלפיה נהרסו בתים גם של מידי אבנים.

83 RONALD DWORIN, *LAW'S EMPIRE* 225–232 (1986).

84 דיון דומה ניתן לערוך, כמובן, לגבי המושג "הלכה שגויה": באיזו נקודה הלכה הנפקת בניגוד לעקרונות המנחים בבית-המשפט העליון נהפכת ל"שגויה"? אנו מעדיפים את השימוש במונח "סתירה", מכיוון שהוא מדגיש את הצורך של בית-המשפט להגיע להכרעה כלשהי.

85 הרפז וכהן, לעיל ה"ש 6.

86 בג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסק-דינם של השופטים חיות ופוגלמן (פורסם בנבו, 3.4.2016).

87 בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פס' 23 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 20.4.2016).

סתירה דומה קיימת לעניין השיהוי: יש מן השופטים המייחסים חשיבות ניכרת לשיהוי, ורואים בו פגם היורד לשורש סמכותו של המפקד הצבאי;<sup>88</sup> לעומתם, יש הסבורים כי השיהוי הוא רק אחד השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול במסגרת שלב המידתיות.<sup>89</sup> בין השופטים קיימת אי-הסכמה גם ביחס למשכו של השיהוי ההופך את פעולתו של המפקד הצבאי ללא-מידתית. כך, בפרשת סידר היה השיהוי דומה במשכו לזה שהיה בפרשת אבו חאשיה, אך הדבר לא שכנע את השופטים רובינשטיין ועמית להכריז על אי-חוקיות ההריסה, וזאת כנגד דעתו החולקת של השופט פוגלמן, שסבר כי די בשיהוי זה להוביל לאי-ישומו של צו ההריסה.<sup>90</sup> פסיקת בית-המשפט בעניין קניגסהפר אינה מכירה בקיום דיון נוסף בעניינו של פסק-דין שאינו מבסס הלכה.<sup>91</sup> האם ניתן לטעון כי מאחר שהחלטות הקונקרטיות השונות אינן מתגבשות כדי "הלכה", אלא רק כדי חריגים ממנה, המושפעים מנסיבות המקרה,<sup>92</sup> אי-אפשר לראותן כמצדיקות קיומו של דיון נוסף? לדעתנו, יש להשיב על שאלה זו בשלילה. מספרם הרב והמתעצם של אותם חריגים קונקרטיים, אשר לחלקם נשוב למטה, כבר הוציא אותם מגדר התחשבות בנסיבות. יתר על כן, יש באותן החלטות גם הוראות לעתיד שבמסגרתן בית-המשפט משתדל לבסס הבחנות עקרוניות. הוראות אלה מנוסחות בצורה של הנחיות לעותרים ולבתי-המשפט בעתיד, ויש לראות בהן כללים שבית-המשפט סבור כי יוכל ליישם בעתיד.

## 2. הסתירות ברובד התיכון – סתירות ביחס לפסיקה קודמת

כאמור, הרובד השני נוגע בסתירות בין חלק מפסקי-הדין שניתנו למן שנת 2014 לבין ההלכה שעוצבה בשנות השבעים והשמונים של המאה הקודמת ואשר הכירה בחוקיותה של המדיניות. זוהי עיקרה של הדרישה לדיון נוסף המוזכרת על-ידי שורה של שופטים בבית-המשפט העליון. בארבע השנים האחרונות שופטים שונים מביעים את דעתם כי ההלכה העקרונית המתירה הריסות בתים עלולה להיות שגויה.<sup>93</sup> הביקורת שכתב השופט מזוז הינה הנוקבת והמפורטת ביותר. כך, למשל, בפרשת עליוה (בדעת מיעוט) הטעים השופט מזוז, המכיר לעומק את סוגיית הריסת הבתים מתוקף תפקידו הקודם כיועץ המשפטי הממשלה, כי מרביתה המכרעת של הכתיבה האקדמית בישראל וברחבי העולם מגדירה את מדיניות הריסת הבתים כבלתי-חוקית לנוכח דיני הכיבוש (וכן דיני זכויות האדם הבין-לאומיים והמשפט הבין-לאומי הפלילי).<sup>94</sup>

- 88 בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 5–12 לפסק-דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 1.12.2015).
- 89 שם, פס' 3–10 לפסק-דינו של השופט זילברטל.
- 90 בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 15.10.2015).
- 91 ד"נ 2/64 קניגסהפר נ' הומפרט, פ"ד יח(3) 377, 386 (1964).
- 92 עניין אבו חאשיה, לעיל ה"ש 88. בפסק-הדין מתייחס השופט רובינשטיין לנסיבותיו האישיות של המפגע ושל משפחתו. נתון זה מהווה שיקול נגד קריאת פסק-דין כגון אלה כהלכות.
- 93 בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פס' 4–5 לפסק-דינה של השופטת ברוך (פורסם בנבו, 31.3.2016).
- 94 עניין עליוה, לעיל ה"ש 75, פס' 6–7 לפסק-דינו של השופט מזוז. ראו גם 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, 51, 14 (2016) [www.colman.ac.il/sites/default/files/mimran.pdf](http://www.colman.ac.il/sites/default/files/mimran.pdf)

לדידו, איסור ההחרמה וההשמדה של רכוש של אוכלוסייה מוגנת שמעוגן במשפט ההומניטרי (ואשר מוכר אף על-ידי הוראות שונות במשפט זכויות האדם הבין-לאומי ובמשפט הפלילי הבין-לאומי) "מעורר שאלות וקשיים בנוגע להפעלת תקנה 119".<sup>95</sup> השופט מזוז הרחיק לכת אף יותר בהטילו ספק באשר לשאלת-היסוד אם יעילות המדיניות הוכחה כנדרש.<sup>96</sup> ראוי להדגיש כי השופט מזוז מחזיק בדעה כי אותו עיון מחודש ויסודי בסוגיות שהועלו על-ידיו ופורטו לעיל לאור התמורות המפליגות שחלו במשפט הבין-לאומי ובמשפט הישראלי "עשוי להוביל למסקנות הנוגעות... לעצם הפעלתה של הסנקציה לפי תקנה 119".<sup>97</sup> לשון אחר, לשיטתו בירור מעמיק עשוי להוביל את בית-המשפט למסקנה בדבר אי-חוקיותה של המדיניות ובדבר העדר סמכות להרוס בתים לצורכי הרתעה.<sup>98</sup>

השופט מזוז קורא לפיכך לשינוי ההלכה העקרונית ולהטלת איסור על מדיניות הריסת הבתים.<sup>99</sup> למן פסק-דינו בפרשת עליוה חזר השופט מזוז על עמדה עקרונית זו פעמים מספר.<sup>100</sup> אומנם, קיומה של דעת מיעוט אינה עולה כדי "הלכה",<sup>101</sup> אולם מלבד השופט מזוז גם השופטים פוגלמן,<sup>102</sup> ברק-ארז,<sup>103</sup> זילברטל<sup>104</sup> וג'ובראן,<sup>105</sup> וברמז אף השופטת ברון,<sup>106</sup> הטילו ספק כבד בחוקיותה של המדיניות, וקראו בלשון כזו או אחרת לקיומו של דיון נוסף בהרכב מורחב בסוגיה. גם לאחר הפרישות האחרונות מבית-המשפט העליון קיימים עדיין ארבעה שופטים מכהנים הסבורים כי יש לדון מחדש בשאלת חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים. קול זה מבטא עמדה עקרונית שיש להביאה בחשבון במסגרת ההתחבטות בשאלה אם יש מקום לדיון נוסף או לדיון בהרכב מורחב בנושא.

עינינו הוראות כי שופטים רבים של בית-המשפט העליון מטילים ספק בעצם נחיצותו של האמצעי, המהווה תנאי הכרחי לחוקיות השימוש בו, ובכך מצביעים סימן שאלה מהדהד לגבי עמידתה של המדיניות בדרישות המשפט הבין-לאומי, ובמשתמע – לגבי עצם חוקיותה. מצב

- 
- 95 עניין עליוה, לעיל ה"ש 75, פס' 7 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 96 שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 97 שם, פס' 12 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 98 לעניין השאלות אשר לשיטת השופט מזוז יש לתת להן את הדעת, ובהתאם לכך לקבוע סייגים לגבי יישומה של תקנה 119, ראו שם, פס' 13.  
 99 שם, פסק-דינו של השופט מזוז.  
 100 בג"ץ אבו אלרוב, לעיל ה"ש 9; בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צהל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 7.11.2017).  
 101 דנ"א 1068/00 לישיצקי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 14.5.2000).  
 102 בג"ץ 1630/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל, פס' 3 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 23.3.2016).  
 103 בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 4–5 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 24.3.2016) (להלן: עניין אבו אלרוב).  
 104 בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פס' 2–4 לפסק-דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 22.12.2015); עניין אבו חאשיה, לעיל ה"ש 88, פס' 1 לפסק-דינו של השופט זילברטל.  
 105 עניין אבו אלרוב, לעיל ה"ש 103, פס' 4–5 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.  
 106 עניין מרעי, לעיל ה"ש 93, פס' 3–5 ו-7 לפסק-דינה של השופטת ברון.



משפט וממשל כ תשע"ט הריסת בתים לצורכי הרתעה: ואם יש צדק – יופע מייד (בדיון נוסף)

עניינים זה תומך בקיומו של דיון נוסף, בהיותו הליך שנועד כאמור לברר מחדש ובאופן מעמיק הלכות הנחזות כשגויות.

### 3. הרובד השלישי של הסתירות – הדיון המופשט

הרובד השלישי שבו ניתן לאתר סתירה פסיקתית הינו עקרוני ורחב יותר. כפי שנותח במאמר קודם<sup>107</sup> ועולה בתמציות במאמר זה, פסיקת בית-המשפט העליון בתחום הריסת הבתים עומדת בסתירה לפסיקתו שלו בעניינים בני-השוואה. אכן, החלטותיו של בית-המשפט בנוגע למדיניות זו מתאפיינות בשלושה מאפיינים מובהקים שאינם מתיישבים עם פסיקתו רבת השנים ביחס למתח שבין אינטרסים בטחוניים לבין זכויות אדם בשטחים: ראשית, בית-המשפט מגלה בהחלטותיו אלה נכונות לזנוח דרישות של אחריות אישית ומסוכנות אישית כבסיס להטלת סנקציות; שנית, התערבותו בשיקול-דעתן של הרשויות הבטחוניות מוגבלת עד-מאוד; ושלישית, ביקורתו השיפוטית אינה בוחנת בקפידה ובצורה משמעותית, על-פי כללי המשפט הבין-לאומי, את האמצעים הננקטים. נדגיש כבר כעת: הפסיקה הקיימת ביחס לדיון נוסף אינה מתייחסת בצורה מפורשת לסתירות ברובד השלישי – ה"מופשט" – אך לדעתנו יש מקום לכלול סתירות כאלה בתחום הדיון הנוסף. כפי שנסיכר להלן, יש מקום לברר סתירות המתגלות במסגרת מחלוקות "אידיאולוגיות" בפורום נרחב של בית-המשפט.

#### (א) אחריות אישית

על-פי עקרון האחריות האישית, אדם אחראי לפעולותיו-הוא, אך לא לאלה של אחרים.<sup>108</sup> מעיקרון זה נובע האיסור החל על הטלת סנקציות נגד אלה שאינם אחראים לביצוע הפעולה האסורה. העיקרון והאיסור הנובע ממנו שזורים זה בזה, ומעוגנים בימינו במשפט ההומניטרי, בדניי זכויות האדם הבין-לאומיים<sup>109</sup> ובדניי הכיבוש.<sup>110</sup> תקנות האג (סעיף 53) ואמנת ג'נבה הרביעית (סעיף 33) אוסרות ענישה קולקטיבית. בהתאם לכך, סנקציות עונשיות צריכות להיות מושתתות על אחריות אישית, בעוד ענישה מנהלית צריכה להתבסס על סיכון ואחריות אישיים. חריגה מעיקרון זה מהווה ענישה קולקטיבית אסורה. עיקרון זה מעוגן גם בפסיקתו של בית-המשפט,<sup>111</sup> אשר אוסר ענישה קולקטיבית הן על-פי המשפט הבין-לאומי<sup>112</sup> והן על-פי המשפט הישראלי המנהלי והפלילי.<sup>113</sup>

107 עמיחי כהן וגיא הרפז "על קיבעון ודינאמיות – עיון מחדש בהריסות בתים בפסיקות בית המשפט העליון" מחקרי משפט לא 973 (2018).

108 Simon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53–65.

109 לניתוח ראו שם, בעמ' 53–56. לניתוח ס' 50 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966, אושרה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992) ראו John Quigley, *Punitive Demolition of Houses: A Study in International Rights Protection*, 5 St. THOMAS L. REV. 359 (1992–1993).

110 שם, בעמ' 369.

111 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) (דעת המיעוט של השופט חשין).

אף-על-פי-כן אישר בית-המשפט לאורך השנים ובאופן עקבי את מדיניות הריסת הבתים: העדר אחריות אישית ו/או ידיעה של בעלי הבית המיועד להריסה ושל בני המשפחה המתגוררים עם החשוד בטרור לא נמצאו כגורם המונע את אימוצו של צו ההריסה.<sup>114</sup> ההלכה הפסוקה קובעת כי אי-המודעות של בני המשפחה הדרים בבית המיועד להריסה ואי-מעורבותם בפעילות החבלנית אינן רלוונטיות לשאלת קיומה של סמכות להוצאת צווי הריסה, אלא רק לשאלת שיקול-הדעת בהפעלת אותה סמכות.

דעתנו היא, כאמור, שהמדיניות עולה כדי ענישה קולקטיבית. לפיכך, מנקודת-המבט של משפט חוקתי-פנימי, ההלכה בעניין הריסת בתים מעוררת קושי בשל הסתירה החזיתית והבלתי-ניתנת ליישוב בינה לבין הלכות אחרות של בית-המשפט העליון שאינן מכירות ב"הרתעה כללית" כתכלית עיקרית-ראויה לפגיעה בזכויות חוקתיות. תפיסה זו שזורה לאורך פסקי-הדין של בית-המשפט העליון לפחות החל בראשית המאה הנוכחית. כך, באחת מפסיקותיו קבע בית-המשפט כי הסנקציה של "תיחום מקום מגורים" הקבועה בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית יכולה להינקט רק כלפי אדם שיש חשדות כבדים למעורבות שלו במעשי חבלה;<sup>115</sup> באופן דומה קבע בית-המשפט כי מעצר מנהלי יכול להתבצע רק אם העצורים עצמם מסוכנים, ולא כקלפי-מיקוח;<sup>116</sup> ובשנים האחרונות הכיר בית-המשפט ביעד ההרתעה הכללית כתכלית ראויה רק אם היא מהווה תכלית משנית לתכלית העיקרית של גירוש מסתננים (וגם זאת לאחר היסוסים לא-מבוטלים של בית-המשפט).<sup>117</sup>

אולם, בניגוד להלכות אלה, הפסיקות בנוגע להריסת בתים מאשרות את המדיניות הזו אף שהיא מבוססת על רעיון ההרתעה הכללית. המחבל עצמו נהרג לרוב במהלך פעולת החבלה או צפוי לשנים ארוכות בכלא, והריסת ביתו אינה מיועדת להעניש אותו או את משפחתו. כל מטרתה, המפורשת, היא הרחעה כללית, ומי שנושא בנטל ההרתעה הכללית הם בני המשפחה של המחבל, אשר במקרים רבים אין כלפיהם חשדות ספציפיים. לפיכך פסיקות אלה של בית-המשפט, המאשרות את צווי ההריסה, סותרות את התובנה ששימוש באדם אך ורק ככלי

112 ראו, למשל, בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 54, 45 (1991) Simon; לעיל ה"ש 1, בעמ' 55.

113 שם, בעמ' 56–57.

114 בג"ץ 2722/92 אלעמרינ' 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 והשומרון, פ"ד נ(1) 360, 353 (1996); עניין ג'נימת, לעיל ה"ש 111, 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 אם ליתר דיירי הבית לא הייתה ידיעה באשר לכוונותיו של המחבל. ראו עניין ג'נימת, לעיל ה"ש 111, בעמ' 654–655. ראו גם את דעת המיעוט שלו בבג"ץ 4772/91 חזוראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150 (1992).

115 בג"ץ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002).

116 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: פרשת קלפי המיקוח).

117 בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717 (2013); בג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014).

להרתעה כללית מהווה פגיעה בכבוד האדם של<sup>118</sup> – זכות שבמדינת-ישראל זכתה במעמד חוקתי על-חוקי.<sup>119</sup>

אכן, הפגיעה הקשה ורחבת-ההיקף של צווי ההריסה ומאפייניה של המדיניות כענישה קולקטיבית הטרידו שופטים רבים לאורך השנים. כפי שניתחנו במאמרנו הקודם, הנימוקים השונים שבית המשפט העליון משתמש בהם על-מנת להדוף את הביקורת הקשה שנמתחה על החלטותיו בנושא זה אינם משכנעים. כך, למשל, ההבחנה שבית-המשפט עורך בין פעולה מניעתית-הרתעתית קולקטיבית לבין ענישה קולקטיבית, וקביעתו כי צווי ההריסה הינם בבחינת הרתעה ולא ענישה, אינן משכנעות, בכל הכבוד, ואף עומדות בסתירה לפסיקת-הוא בתחומים דומים שבהם הוא עושה מאמץ לאזן בין צרכים בטחוניים לבין זכויות אדם.<sup>120</sup> אולם פסק-הדין העקרוני ופסקי-דין שניתנו אחריו שבו וחזרו על הקביעה כי הריסת ביתו של בן משפחה לא-מעורב הינה אמצעי הרתעתי, ולא עונשי, ולפיכך אין לסווגה כענישה קולקטיבית בלתי-חוקית.<sup>121</sup>

לשיטתנו, הלכה מושרשת זו הינה שגויה וסותרת מושכלות-יסוד של פסיקת בית-המשפט העליון. אכן, גם לאחר פסק-הדין העקרוני, סוגיית הענישה הקולקטיבית ממשיכה להטריד מספר רב של שופטי עליון. למעשה, ייתכן שבכך טמון שורש ההתנגדות העקרונית לשימוש בסנקציה זו המובעת על-ידי חלק מהם. אכן, לצד המחלוקת העקרונית-הרחבה שפרצה בבית-המשפט העליון באשר לעצם חוקיותה של המדיניות (שאלת היעילות-הנחיצות הצבאית), מתקיימת בו בשנים האחרונות מחלוקת עקרונית נוספת: בהנחה שהמדיניות חוקית ברמה העקרונית, האם אפשר להצדיק את יישומה ביחס לבני משפחה שלא היו מודעים למעשה האלימות של המפגע וממילא לא תמכו בו?

בראש המחנה ההולך וגדל של שופטים החשים את הסתירה בין פסיקת בית-המשפט ביחס להריסת בתים לבין מושכלות-היסוד שלו ניצב השופט מזוז. דעת המיעוט שלו בפסק-דין עליוה מערערת על הנחת-היסוד של פסיקת בג"ץ זה כשלושים שנים בתחום הריסת הבתים, בהטילה ספק באשר לסיווגם של צווי ההריסה כהרתעתיים, ולא כעונשיים (הבחנה שסייעה לבית-המשפט לחמוק מהמסקנה כי מדובר בענישה קולקטיבית).<sup>122</sup> לדידו, הפרשנות שניתנה לאיסור הענישה הקולקטיבית במשפט ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבין-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

118 עניין איתן, שם.

119 לניתוח הממשק שבין כבוד האדם להריסת בתים ראו כהן והרפז, לעיל ה"ש 107.

120 Kretzmer, לעיל ה"ש 1; Harpaz 2014, לעיל ה"ש 1.

121 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 4, פס' כג לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. במאמרנו "הריסת בתים בביקורת בג"ץ", לעיל ה"ש 6, בעמ' 61–62, העלינו סברה כי עמדתו של השופט סולברג בפסק-הדין העקרוני מבוססת גם על תפיסה שלפיה הריסה מועטה של בתים אינה יכולה להיחשב ענישה קולקטיבית. לאחר קריאה נוספת בפס' 3 לפסק-דינו נראה לנו כי לא לכך כיוון השופט סולברג, אף שניתן להבין כך את דבריו, וכי עמדתו היא שאין מדובר בענישה קולקטיבית מכיוון שמדובר בהרתעה, ולא בענישה.

122 עניין עליוה, לעיל ה"ש 75, פס' 8 לפסק-דינו של השופט מזוז.

תנאים" 123. בהתאם, בפרשת אבו ג'מל קבע השופט מזוז כי הריסת כל ביתה של המשפחה המורחבת היא אמצעי לא-מידתי, בהינתן שהמפגע היה רווק והתגורר בחדר אחד, 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, ובמיוחד לבוחנה תחת מבחני המידתיות. 124 לפיכך, "שאלת זיקתו של המפגע לבית ומעורבות בני המשפחה במעשיו... הם רכיבים יסודיים בקבלת ההחלטה בדבר עצם הפעלת הסנקציה ובדבר סוגה והיקפה". 125 בעיני השופט מזוז, סנקציה המכוונת את עצמה לפגיעה בחפים מפשע אינה ניתנת להצדקה. 126 השופט מזוז חזר על עמדה עקרונית זו לאחרונה. 127 השופטים פוגלמן, ברוך וג'ובראן אימצו בכמה פסקי-דין את עמדתו של השופט מזוז, וקראו לשינוי ההלכה כך שייאסר יישום צווי הריסה בנסיבות של אי-ידיעה ואי-מעורבות של בני המשפחה.

עינינו הרואות כי שופטים רבים של בית-המשפט העליון מטילים ספק בחוקיותה של המדיניות ככל שהיא מופעלת נגד בני משפחה לא-מעורבים. בכך הם לא רק מחדדים את הסתירה העקרונית ביחסו של בית-המשפט לשאלת האחריות האישית והענישה הקולקטיבית, אלא אף מציבים פעם נוספת סימן שאלה נוקב באשר לחוקיותה של המדיניות ובאשר לנכונותה של ההלכה המכירה בחוקיות זו.

לטעמנו, סתירה זו בין ההלכה הכללית של בית-המשפט העליון לבין ההלכה בתחום הריסת הבתים יוצרת אי-ודאות מטרידה, על רקע חוסר הבהירות ביחס לשאלה אם הרתעה כללית היא תכלית ראויה ולנוכח הפער בין ההלכות בנושא הריסת בתים לבין ההלכות במקרים אחרים. אי-ודאות זו החריפה בעקבות פסיקת בית-המשפט בעניין קואסמה (באוגוסט 2014). 128 בפרשה זו היה השופט דנציגר מוכן להכיר, בשם ההרכב כולו, באופיים הקולקטיבי של הצווים, ולהודות באופן משתמע כי אופי קולקטיבי זה אינו עולה בקנה אחד עם השקפות מקובלות של צדק ועקרונות מוסריים בסיסיים. 129 למרות זאת ניתן לשיטתו להתגבר על בעיה זו על-ידי הכפפת המדיניות לדרישת המידתיות. 130 עמדה זו של בית-המשפט, הסותרת את עשרות פסקי-הדין ששללו את אופייה הקולקטיבי של המדיניות, מתעלמת למעשה – כפי שהוכר על-ידי בית-המשפט עצמו – מכך שהאיסור החל על הטלת סנקציות קולקטיביות הינו איסור מוחלט על-פי כללי המשפט הבין-לאומי.

יודגש: על פניו, ההלכה לאורך ארבעים שנה הינה ברורה ועקבית (למעט סטיות מועטות של השופטים חשין ודורנר): צווי ההריסה אינם בבחינת ענישה קולקטיבית ולכן אינם בלתי-

123 שם, פס' 7.  
 124 עניין אבו ג'מל, לעיל ה"ש 104, פס' 6 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 125 שם, פס' 16.  
 126 עניין מרעי, לעיל ה"ש 93, פס' 10 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
 127 בג"ץ אבו אלרוב, לעיל ה"ש 9; עניין אלג'מל, לעיל ה"ש 100.  
 128 בג"ץ 5300/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.8.2014).  
 129 שם, פס' 21 לפסק-דינו של השופט דנציגר.  
 130 שם, פס' 22 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

חוקיים. אולם מניתוח מעמיק יותר, שערכנו במאמר קודם,<sup>131</sup> עולה כי כיום יש בבית-המשפט ארבע גישות לסוגיית הריסת ביתו של קרוב-משפחה לא-מעורב: גישה אחת הרואה את ההריסה כחוקית; גישה שנייה הרואה את ההריסה כחוקית אך בתנאי שהיא מידתית בנסיבות העניין; גישה שלישית הרואה את ההריסה כבלתי-חוקית בשל העדר סמכות; וגישה רביעית שלפיה הריסה כזאת אינה חוקית משום שהיא אינה מידתית. נחזור ונדגיש: הליך הדיון הנוסף נועד לברר מחדש ובאופן מעמיק הלכות שנחזרות כסותרות או כשגויות. אולם נעיר כבר כעת כי המחלוקת השיפוטית האמורה מספקת לא רק טעם נורמטיבי לקיומו של דיון נוסף, אלא גם טעם מוסדי, כפי שינותח בפרק הרביעי.

### (ב) נחיצות צבאית וזהירות מונעת

מידת נכונותם של בתי-המשפט להתערב בשיקולי ביטחון של המדינה היא סוגיה שנויה במחלוקת – בישראל ובעולם כולו. למעשה מעורבות כאן שורה ארוכה של שאלות מתחומי משפט שונים. בתי-משפט האוכפים את החוק על הרשות המבצעת בתחומי הביטחון מיישמים עמדה שלפיה למחוקק ולעקרונות המשפט יש עדיפות על הרשות המבצעת בעניינים אלה. יש הטוענים כי ענייני ביטחון אמורים להיות מיוחדים לשיקול-הדעת של הרשות המבצעת, וכי המחוקקים אינם מאזנים כראוי בין אינטרסים לזכויות בנושאים אלה.<sup>132</sup> אחרים סבורים כי למערכת המשפט אין הכלים להתמודד עם שאלות בטחוניות סבוכות. אך גם אם נקבל את האפשרות של התערבות שיפוטית, ברוב המקרים בתי-המשפט נוטים להעניק למקבלי ההחלטות שיקול-דעת נרחב בענייני ביטחון. נטייה זו נובעת מכך שהאחריות לביטחון היא האחריות הכבדה ביותר שיש בידי הממשלה.

לאורך השנים, ומסיבות היסטוריות ומשפטיות, התפתחה במדינת-ישראל תורת משפט ביחס לנושאי ביטחון השונה מעט מהכללים הרגילים של הביקורת השיפוטית. ראשית לכל הסירה תורה זו את המחסומים ה"פורמליים" מפני התערבותו של בית-המשפט בנושאים אלה. במדינת-ישראל לא אומצו כמעט עמדות שמקובלות במדינות שונות בעולם שלפיהן בתי-המשפט מגבילים את העותרים לבית-המשפט בנימוק של "זכות עמידה", וכן לא אומצו כמעט מגבלות של "שפיטות", "מעשה מדינה" ודומותיהן.<sup>133</sup> שנית, בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ אימץ מבחני ביקורת ברורים בנושאי ביטחון. מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה חמורה בביטחון, שנקבע עוד בשנות החמישים, נהפך למבחן המרכזי באיוון שבין הפגיעה בזכויות אדם לבין אינטרסים בטחוניים. בהעדר ראיות לעמידה במבחן זה, לא הותרה פגיעה בזכויות אדם הנתלית בהצדקות בטחוניות. היסוד השלישי שהופיע בפסיקת בית-המשפט העליון היה נכונותו של בית-המשפט לבחון הנחות-יסוד בטחוניות ולהתערב התערבות ממשית

131 הרפז וכהן, לעיל ה"ש 6.

132 ראו עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל (2014).

133 למגבלות המקובלות בעולם בנושאי חוץ ראו EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION (2nd ed. 2012).

בשיקוליהם של מקבלי ההחלטות.<sup>134</sup> היסוד הרביעי היה נכונותו של בית-המשפט העליון, במקרים קיצוניים, לפסול אמצעים בטחוניים אם הם נגדו זכויות אדם בצורה בלתי-ניתנת ליישוב. לתופעה זו הייתה גם השפעה ממתנת על המדיניות הכללית של מערכת הביטחון. בשתי נקודות עקרוניות, הקשורות זו לזו, פסיקת בית-המשפט העליון בסוגיית הריסת הבתים מגלה סטייה מובהקת מתפיסתו הקודמת ביחס להתערבותו בנושאים בטחוניים: הנקודה האחת נוגעת בנכונותו של בית-המשפט לבחון את הנחות-היסוד הבטחוניות הגלומות במדיניות, והנקודה האחרת נוגעת במבחני האיזון.

באשר לסתירה הראשונה, בנוגע להריסת בתים ויתר בית-המשפט העליון, הלכה למעשה, על יכולת ההתערבות שלו בשיקול-הדעת המנהלי של מערכת הביטחון. כפי שצוין בהרחבה במאמרנו הקודם, בנוגע לשאלת היעילות של הריסת הבתים בחר בית-המשפט לא לבחון באופן ממשי את עמדת המדינה שלפיה מדיניות הריסת הבתים מרתיעה ולפיכך יעילה.

באשר לנוסחת האיזון, עקרון הוודאות הקרובה קובע כי אין לאשר פגיעה בזכויות אדם על-ידי הרשויות אלא אם כן הן מסוגלות להראות "ודאות קרובה" לפגיעה חמורה באינטרס בטחוני-ציבורי. חובת הרשות היא להביא ראיות פוזיטיביות לטענה כי הטלת ההגבלה על זכות האדם נחוצה. באופן חסר תקדים ובלתי-מנומק, פסיקת בית-המשפט העליון בעניין הריסת בתים נוטשת מבחן זה – שהינו כאמור ממושכלות-היסוד של פסיקת בית-המשפט העליון ביחס לאיזון שבין זכויות אדם לביטחון – לטובת מבחן של "זהירות מונעת". עקרון "הזהירות המונעת" מיועד ליתן סמכות ביד הרשות המנהלית לפעול גם כאשר המידע המדעי שברשותה אינו מושלם. אולם אין ספק שהסתמכות עליו לצורך שלילת זכויות אדם עומדת בסתירה לעקרונות מושרשים של הפסיקה בישראל.

סטייה זו ממושכלות-היסוד שנקבעו בפרשת קול העם,<sup>135</sup> ואשר מלוות אותנו מאז ועד עצם היום הזה, לא רק שאינה מוצדקת לגופה, אלא גם פוגעת בלגיטימיות של מעמדו הממסדי של בית-המשפט העליון, אשר סוטה בצורה ברורה כל-כך מהמסורת השיפוטית שלו עצמו בלא הסבר מקיף ועקבי.

סטיות אלה מהלכותיו המושרשות של בית-המשפט העליון מהוות "סתירה" ברמת ההפשטה הגבוהה. הן יוצרות דיסהרמוניה בין הפסיקות השונות של בית-המשפט, ומעוררות את הצורך להכריע בדברים בהרכב מורחב. כאמור לעיל, לדעתנו סטיות אלה הובילו את בית-המשפט לאימוץ הלכה שגויה, ודיון נוסף יוכל להתמודד עם מצב עניינים זה. ואולי חשוב יותר מכך, בלא הכרעה בהרכב מורחב, הכולל חלק ניכר מבית-המשפט העליון, ימשיכו הסטיות הללו ליצור מצב בלתי-נסבל של הלכות שונות וסותרות בתחומים קרובים.

134 דוגמאות מובהקות להתערבויות כאלה הן בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005); פרשת קלפי המיקוח, לעיל ה"ש 116.

135 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

### (ג) ההתייחסות אל המשפט הבינ-לאומי

הסתירה המופשטת-העקרונית האחרונה שאנו מבקשים להצביע עליה נוגעת במידת (אי-)ההתאמה בין המדיניות לבין המשפט הבינ-לאומי, ובאופן שבו בית-המשפט העליון מתייחס למידת (אי-)ההתאמה הזאת.

העמדה הכללית שאומצה על-ידי בית-המשפט העליון בשנים האחרונות כוללת התייחסות מקיפה למשפט הבינ-לאומי, ובמיוחד לדיני הכיבוש. במאה הנוכחית, ובניגוד לפסיקתו בעבר, אימץ בית-המשפט העליון פסיקה שעל-פיה יש להתחשב גם באמנת ג'נבה הרביעית. כאשר מוגשת לבית-המשפט עתירה נגד אמצעים בטחוניים הננקטים בשטחים (למעט צווי הריסה), בית-המשפט נוקט, ברובם המכריע של המקרים, את הגישה הבאה: (א) הוא מכיר בקיומה של סמכות שיפוט; (ב) מבחינה פרוצדורלית הוא מטיל מגבלות משמעותיות על הרשויות; (ג) מבחינה מהותית הוא משקיע מאמצים שיפוטיים בפרשנות אשר תתאים את האמצעי הננקט להוראות המשפט הבינ-לאומי.<sup>136</sup> המקרים שבהם בית-המשפט בוחר להתעלם מהוראות המשפט הבינ-לאומי פחתו בצורה משמעותית במהלך השנים, בעוד המקרים שבהם נעשה מאמץ ניכר ליצור עימו התאמה מתרבים – הן מבחינה כמותית והן מבחינה איכותית.<sup>137</sup> מלומדים סבורים כי ניתן להסביר מגמה זו כחלק ממחויבותו של בית-המשפט לעקרון שלטון החוק, ולנסיונו לשכנע את הקהילה המשפטית הבינ-לאומית כי קיימת בישראל התייחסות רצינית לנורמות משפטיות בין-לאומיות.<sup>138</sup>

התפתחות זו כאילו "דילגה" על ההלכות בנוגע להריסת הבתים. כך, למרות משך הזמן הארוך שבו מדיניות זו מיושמת, למרות מספרם הרב של העתירות ופסקי-הדין בעניין, וחרף התארכותם של פסקי-הדין העוסקים בסוגיה, שאלת התאמתה של המדיניות למשפט הבינ-לאומי לא זכתה עד כה בדיון ממצה על-פי המשפט ההומניטרי ודיני התפיסה הלוחמתית. דיון נוסף בסוגיה מתבקש לפיכך, שהרי הליך זה נועד למטרה זו ממש: ליבון מעמיק של סוגיות מורכבות ובעלות חשיבות עקרונית ומיוחדת.

לנוכח העובדה שהמדיניות מפרה את התחייבויותיה של ישראל על-פי המשפט הבינ-לאומי, כפי שפורט במאמרים אחרים, אין פלא שעתירות בנושא זה הושתתו על טיעונים הלקוחים מהמשפט הבינ-לאומי ההומניטרי.<sup>139</sup> לעיתים העתירות נתמכות בחוות-דעת

136 Cohen, לעיל ה"ש 1, בעמ' 56–57.

137 לדוגמה, ראו עניין עג'ורי, לעיל ה"ש 115.

138 Amnon Reichman, "When We Sit to Judge We Are Being Judged": *The Israeli GSS Case, Ex Parte Pinochet and Domestic/Global Deliberation*, 9 *CARDOZO J. INT'L & COMP. L.* 41, (2001) 43. ראו גם Daphne Barak-Erez, *The International Law of Human Rights and Domestic Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, 2 *ICON* 611 (2004). אך ראו את רשימתה של תמר הוסטובסקי ברנדס "מעמד המשפט הבינלאומי בפסיקת בית המשפט העליון העוסקת בשטחים הכבושים: מגמות בעשור האחרון" *ICON-S-IL BLOG* (28.7.2017) <https://bit.ly/2K0XPP3>. ברשימתה זו הכותבת טוענת כי מחויבותו של בית-המשפט העליון למשפט הבינ-לאומי דווקא נחלשת בשנים האחרונות.

139 ראו, למשל, בג"ץ 698/85 דג'ילס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 42 (1986).

מומחים, לרבות חוות-דעתו של הצלב האדום וכן חוות-הדעת שהוגשה במסגרת העתירה העקרונית.<sup>140</sup>

אולם, בניגוד לגישתו הכללית של בית-המשפט ולמאמץ הניכר שהוא משקיע על-פני-רוב על-מנת לוודא שאכן מתקיימת התאמה בין האמצעים הבטחוניים השונים לבין המשפט ההומניטרי הבין-לאומי, בתחום הריסת הבתים בית-המשפט נוקט אחת משלוש גישות חלופיות: גישה אחת היא התעלמות מהמשפט הבין-לאומי; גישה אחרת היא קביעה כי המשפט הבין-לאומי אינו רלוונטי לעתירה, שכן תקנה 119 היא בבחינת "דין פנימי";<sup>141</sup> והשלישית, קביעה סתמית כי תקנה 119 והמדיניות המבוססת עליה עולים בקנה אחד עם תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית.<sup>142</sup>

עמדתו העקבית של בית-המשפט העליון בנוגע ללחימה בטרור הייתה לאורך השנים כי אף שהמשפט הבין-לאומי מגביל את מלחמתה של ישראל בטרור, מגבלות אלה מחויבות מאופייה הדמוקרטי של מדינת-ישראל, המסוגלת להילחם בטרור אף כאשר "אחת מידיה קשורה לאחור".<sup>143</sup> עמדה זו התבססה על התפיסה שהמשפט הבין-לאומי מייצג ערכים מוסריים ודמוקרטיים, כמרגם על תפיסה מציאותית בדבר הצורך של מדינת-ישראל לזכות בלגיטימציה של הקהילה הבין-לאומית.<sup>144</sup> אולם בנושא הריסת הבתים המשפט הבין-לאומי אינו זוכה במעמד או בהתייחסות משמעותית במסגרת פסיקתו של בית-המשפט העליון. ההתעלמות ממערכות דינים אלה או ההסתמכות הדלילה עליהם ניכרות אף בפסק-הדין העקרוני, שבו פטר השופט רובינשטיין בשלוש פסקאות בלבד את הטענה בדבר אי-התאמת המדיניות למשפט הבין-לאומי, בעוד שהשופט סולברג והשופטת חיות התעלמו מהמשפט הבין-לאומי כמעט לחלוטין בבואם לאשר את חוקיותה של המדיניות. למען האמת, אותו דיון בן שלוש פסקאות הינו הדיון הארוך ביותר במשפט הבין-לאומי שנערך על-ידי בית-המשפט העליון במסגרת פסיקתו בסוגיית הריסת הבתים.

ציוין כי אף במקרים הנדירים שבהם פסל בית-המשפט יישום ספציפי של המדיניות או שבהם חלקה דעת המיעוט על שופטי הרוב שאישרו את הפעלת המדיניות,<sup>145</sup> הסתמכו השופטים על הדין הישראלי. המשפט ההומניטרי לא שימש אפוא בסיס משפטי לקביעת אי-חוקיותם של אמצעים הנופלים בגדר המדיניות, וזאת אף לא במקרה אחד מתוך יותר ממאה וחמישים מקרים שבהם נבחנה חוקיותה של המדיניות על-ידי בית-המשפט. בכך בית-המשפט

140 חוות-דעת מומחים, לעיל ה"ש 71, שהוגשה בבג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 4.  
 141 בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 20 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור ופסק-דינו של השופט דנציגר (1.7.2014). בפסק-דין זה התעלם למעשה בית-המשפט מהמשפט הבין-לאומי הפומבי. במקרה אחר קבע בית-המשפט כי המשפט הבין-לאומי אינו רלוונטי. ראו בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2), 522, 525-526 (1987).  
 142 לניתוח ראו Dinstein, לעיל ה"ש 1, בעמ' 295-296.  
 143 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4), 817, פס' 39 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1999).  
 144 Amichai Cohen & Stuart A. Cohen, *Israel and International Humanitarian Law: Between the Neo-Realism of State Security and the "Soft Power" of Legal Acceptability*, 16(2) *ISR. Stud.* 1 (2011).  
 145 ראו לעיל ה"ש 114.



סותר הלכות מושרשות שלו עצמו, שהביעו נכונות להתאמת המשפט הבין-לאומי למשפט הישראלי, שפירשו את המשפט הישראלי לאור המשפט הבין-לאומי, ואשר הגבילו את אמצעי הביטחון לאור המשפט הבין-לאומי. סתירה זו תורמת להתגבשותה ולביצורה של הלכה שגויה המכירה בחוקיותה של מדיניות הריסת הבתים.

דומה לכך גישתו של בית-המשפט לחוקיותה של המדיניות לאור דיני הכיבוש. למן שנת 1967 נתן בית-המשפט פסקי-דין רבים העוסקים בהיבטים רבים של הכיבוש.<sup>146</sup> המקרים שבהם התעלם בית-המשפט מהוראות דיני הכיבוש הצטמצמו בצורה ניכרת במהלך השנים.<sup>147</sup> ברוב המקרים הפעלת שיקול-הדעת על-ידי המפקד הצבאי מוכפפת לביקורת שיפוטית מקיפה לאורה של אותה מערכת דינים. כך הדבר במיוחד בכל הנוגע באמצעים בטחוניים הפוגעים בזכויות קנייניות – תחום שבו בלטה פעילותו של בית-המשפט באיזון בין אינטרסים בטחוניים לבין צרכים אזרחיים של פלסטינים.<sup>148</sup> לנוכח זאת היה אפשר לצפות שתימצא הסתמכות נרחבת ושיטתית של בית-המשפט על דיני הכיבוש גם בתחום הריסת הבתים, וזאת לנוכח ההגנה המשמעותית הניתנת במסגרתם לזכויות קנייניות.<sup>149</sup> דא עקא, בניגוד לגישתו הכללית לאמצעים בטחוניים בשטחים, בתחום הריסת הבתים בית-המשפט נוטה להתעלם מהוראות דיני הכיבוש<sup>150</sup> או לחלופין קובע בפסקנות וללא כל נימוק כי תקנה 119 והמדיניות עולות בקנה אחד עם תקנות האג<sup>151</sup> ועם אמנת ג'נבה הרביעית.<sup>152</sup> המקרה היחיד שבו נרשמה התייחסות משמעותית של בית-המשפט לדיני הכיבוש בהקשרה של המדיניות היה כאשר נדרש בית-המשפט לבחון את היבטיה הפרוצדורליים של מדיניות הריסת הבתים (הזכות לשימוע לפני הריסה).<sup>153</sup>

פסק-הדין בעניין עואודה, שניתן ביוני 2014, ופסק-הדין בעניין קואסמה, שניתן באוגוסט 2014, ממחיש את האמור לעיל.<sup>154</sup> החלטת בית-המשפט בשני מקרים אלה התבססה על הדין הישראלי בלבד, תוך התעלמות מהוראותיהם המחייבות של דיני הכיבוש ומהחובות המוטלות על ישראל מכוחה של מערכת דינים זו. הדוגמה האחרונה ממחישה במיוחד את התייחסותו הלווקה בחסר של בית-המשפט לדיני הכיבוש. העותרים נעזרו בדיני הכיבוש על-

- 146 לניתוח ראו Cohen, לעיל ה"ש 1; Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 ISR. L. REV. 17 (2003); Guy Harpaz & Yuval Shany, *The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion Under Belligerent Occupation Law*, 43 ISR. L. REV. 514, 514 (2010).
- 147 Harpaz & Shany, שם.
- 148 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פס' 39 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2004).
- 149 בג"ץ 9593/04 מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844, פסק-דינה של השופטת ביניש (2006).
- 150 בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 352 (1994); עניין עואודה, לעיל ה"ש 141.
- 151 Dinstein, לעיל ה"ש 1, בעמ' 296–395.
- 152 שם.
- 153 בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, פס' 5–8 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1989).
- 154 ראו עניין עואודה, לעיל ה"ש 141; עניין קואסמה, לעיל ה"ש 128.

מנת לבסס את טענותיהם בדבר אי-חוקיותה של המדיניות. השופט דנציגר, אשר ישב בראש הרכב שפסק בעניין פה אחד, התייחס לטענת העותרים, אולם התעלם לחלוטין מדיני הכיבוש בהחלטתו.<sup>155</sup>

ניתן אולי להבין את נכונותו של בית-המשפט להתעלם מדיני הכיבוש בהקשר של הריסות בתים במזרח ירושלים, שהרי החוק הישראלי הוחל לגביה, כך שמנקודת-מבטו של המשפט הישראלי היא אינה שטח כבוש.<sup>156</sup> אולם הסבר זה אינו יכול לעמוד ככל שהדברים נוגעים באי-נכונותו של בית-המשפט לבחון צווי הריסה בגדה המערבית על-פי חוקי התפיסה הלוחמתית (או באי-נכונותו לבחון צווי הריסה במזרח ירושלים על בסיס דיני זכויות האדם הבין-לאומיים).

השופט מזוז עמד על מצב עניינים בעייתי זה בפרשת עליוה, שבה הוא הטעים כי הטענות נגד חוקיותה של המדיניות הינן כבודות-משקל וראויות לבירור מקיף.<sup>157</sup> לטעמו, גם אם אין בטענות אלה כל חידוש עקרוני, "...הן לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני. זאת במיוחד נוכח הקשיים הרבים שהסוגיה של הפעלת תקנה 119 מעוררת".<sup>158</sup> באותה נשימה קבע השופט מזוז כי תגובת המדינה על הטענות בעתירה הרלוונטית הינה תמציתית, ואינה נותנת מענה מספק להן.<sup>159</sup> השופט מזוז ייחס חשיבות להמלצותיה של ועדת שני בדבר הצורך בהקפאת השימוש במדיניות – המלצות שנסמכו, בין היתר, על המשפט הבין-לאומי – וסבר כי החלטתה של המדינה לשוב ולהפעיל את המדיניות לאחר הקפאתה במשך שנים מספר מחייבת מתן מענה "מספק ועדכני" לטענות נגד חוקיות החזרה מאימוץ המסקנות – מענה שלא ניתן בפסיקת בית-המשפט.<sup>160</sup>

הדיון הנוסף בסוגיית חוקיותה של המדיניות יכול לספק את הבמה ההולמת לקיומו של אותו ליבון "מספק ועדכני" של הטענות הנטענות נגד חוקיותה של המדיניות. במה זו עשויה לסייע לבית-המשפט לרפא את הפגמים שנפלו בפסיקתו.

נכונותו של בית-המשפט להמעיט מערכו של המשפט הבין-לאומי במקרים של הריסת בתים, ולעיתים קרובות אף להתעלם ממנו לחלוטין, עומדת בסתירה חזיתית לפסיקתו רבת השנים והעקבית שלפיה "...כוחותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי יונקים מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה צבאית. על-פי הוראותיהם של כללים אלה, כל סמכויות

155 למעט חריג אחד: השופט התייחס להוראה אחת של הסכמי אוסלו בין מדינת-ישראל לבין הרשות הפלסטינית, אשר לפיה, על-פי הבנתו, ישראל נושאת עדיין באחריות הבטחונית הכוללת באזור A של הגדה המערבית, ועל-כן בסמכותה לפעול בו כאשר הדבר נדרש לשם שמירה על הביטחון. שם, פס' 29 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

156 על-פי המשפט הישראלי, מזרח ירושלים נחשבת חלק מהטריטוריה המצויה בריבונותה של מדינת-ישראל, אולם הקהילה הבין-לאומית מתייחסת אליה כאל שטח כבוש. ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory – Advisory Opinion, para. 78, 2004 ICJ REP. 89–95 (July 9, 2014) (להלן: Advisory Opinion).

157 עניין עליוה, לעיל ה"ש 75, פס' 3 לפסק-דינו של השופט מזוז.

158 שם.

159 שם.

160 שם, פס' 3–4 לפסק-דינו של השופט מזוז.

הממשל והמינהל מוחזקות בידיו של המפקד הצבאי... סמכויות אלה יש שהן יונקות מהדין, אשר שרר באזור בטרם התפיסה הצבאית, ויש שהן יונקות מחקיקה חדשה, שהחקה על-ידי המפקד הצבאי... בשני המקרים גם יחד חייבת הפעלת הסמכות לקיים את כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית...<sup>161</sup>

אך עיקר הסתירה בהקשר של המשפט הבין-לאומי בין הפסיקה העקרונית של בית-המשפט לפסיקתו בנושא הריסת הבתים נוגעת בשאלת הצורך ב"דינמיות" בפרשנות החוק ובהתאמתה לתנאי המציאות המשתנה. בהינתן שבמהלך השנים שחלפו מאז ניתנה ההלכה התרחשו שינויים מהותיים בדין, המערערים את אדני-היסוד שעליהם היא נסמכה, מתחדד הצורך בעריכת דיון מחדש בתכניה ובהיקפיה של ההלכה המקורית, על-מנת להתאימם לשיטה המשפטית הנוהגת. דברים אלה תקפים במיוחד לסוגיית הריסת הבתים. נבקש לטעון כי היצמדותו של בית-המשפט לפרשנות שניתנה לתקנה 119 בשנות השבעים והשמונים של המאה הקודמת, תוך הסתמכות רבה על רוחן של תקנות האג, שקדמו לאמנת ג'נבה הרביעית, הינה שגויה, ושגיאה זו תורמת לעיצובה ולהשרשתה של הלכה שגויה.<sup>162</sup> אכן, רוחו של המשפט הבין-לאומי המודרני שונה מרוחו של המשפט הבין-לאומי שעוגן באמנות האג, וכך גם רוחה ולשונוה של אמנת ג'נבה הרביעית, ככל שהיא נוגעת בהגנה על קניין בעת לחימה ובאיסור הענישה הקולקטיבית.

אמנת ג'נבה הרביעית כוללת איסורים חד-משמעיים יותר של פגיעה בקניין פרטי בהשוואה להוראות המקבילות בתקנות האג. הנוסח של איסור הפגיעה ברכוש פרטי היה "רך" יותר בתקנות האג בהשוואה לנוסחן של ההוראות באמנת ג'נבה הרביעית העוסקות בהגנה על רכוש פרטי של "מוגנים". ההתייחסות בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית לצורך הכרחי לחלוטין (absolutely necessary) משמעה שדרושה דרגה מחמירה יותר של ודאות כי האמצעי אכן נחוץ, הכרחי ומתאים ביותר להגשמת המטרה. סעיף זה הינו חד-משמעי וברור. בהקשר של דיונונו הוא דורש מהמדינה להוכיח כי ההריסה נעשית לצורך צבאי, וכי נחיצותו של האמצעי הינה חד-משמעית. בשני תנאים אלה אין המדינה עומדת.

טיעון דומה הקשור לממשק שבין הימנעות מפרשנות דינמית לבין ההלכה השגויה נוגע באיסור הענישה הקולקטיבית. הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית בנושא זה, אשר בית-המשפט מתעלם מהן ככלל בהקשר הספציפי של הריסת בתים, כוללות איסורים חד-משמעיים יותר של ענישה קולקטיבית בהשוואה להוראות שעסקו בסוגיה זו בתקנות האג. הפרשנות הפשוטה והמילולית של סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית ("שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או השלטת טרור אסורים. הביוזה אסורה. מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורים"), כמו-גם הפרשנות המוסמכת של הוועד הבין-לאומי של הצלב האדום, מבהירות כי סעיף זה נועד להסיר כל עמימות שאולי ליוותה את

161 בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאוניה אלמחרודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ברק (1983).

162 לניתוח טענה זו ראו כהן והרפז, לעיל ה"ש 107.

סעיף 50 לתקנות האג, שהטיל איסור דומה.<sup>163</sup> אכן, ניסוחו של סעיף 33 לאמנה הינו חד-משמעי וברור: איסור הענישה הקולקטיבית הוא מוחלט. זאת ועוד, הסעיף אוסר במפורש ביצוע מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם. כל מעשה שנועד להרתיע את הצד האחר מביצוע פעולות מסוימות על-ידי פגיעה ברכוש פרטי של מי שמוגנים על-ידי האמנה – אסור לחלוטין. היות שתושבי השטחים הינם "מוגנים" על-פי אמנת ג'נבה הרביעית,<sup>164</sup> כל פגיעה ברכוש פרטי שמטרתה להרתיע אחרים מביצוע פעולות טרור הינה אסורה.

מכאן שגם אם היה אפשר אולי לטעון, בדוחק רב, כי המדיניות תאמה את תקנות האג, טענה זו אינה יכולה להתקבל כיום לנוכח הוראות סעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה הרביעית.<sup>165</sup> לפיכך ההיצמדות לתקנות האג וההתעלמות מהוראות אמנת ג'נבה הרביעית מאפשרות לבית-המשפט להתעלם משינויים נורמטיביים שחלו במשפט הבין-לאומי ואשר היו צריכים להובילו למסקנה בדבר אי-חוקיותה של המדיניות. היצמדות זו לדין ולפרשנות ישנים תורמת בתורה לביסוסה של הלכה משפטית שגויה, ואופייה השגוי של ההלכה מחזק את הצורך בקיומו של דיון נוסף.

אכן, על היצמדותו זו של בית-המשפט להלכות ישנות ועל אי-נכונותו לאמץ פרשנות דינמית רחבה של הוראות המשפט מתח השופט מזוז ביקורת נוקבת בפסק-דינו בעניין עליוה. לשיטתו, הטיפול שהעניק בית-המשפט לאורך השנים לטענות העקרוניות נגד חוקיותה של המדיניות מכוח המשפט הבין-לאומי אינו מקיף דיו, ונסמך בעיקר על פסיקה ישנה ולא-עדכנית.<sup>166</sup> השופט מזוז אף כרך בין אותן קיבעון פרשני לבין שאלת הדיון הנוסף: אומנם נשיאת בית-המשפט דחתה "לאחרונה ניסיונות להביא לדיון מחדש ומקיף בסוגיות אלה... 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... וכאשר בתקופה שחלפה חלו גם תמורות מפליגות בנורמות המשפט הבינלאומי הרלבנטיות לסוגיה זו".<sup>167</sup> לדעתו, שאותה אנחנו מאמצים, התמורות המקיפות שהתרחשו בשנים האחרונות במשפט הבין-לאומי (והישראלי) ובתפיסתו של בית-המשפט העליון ביחס למשפט הבין-לאומי מחייבות אותו לבחון מחדש את חוקיותה של המדיניות ולשנות את האופן שבו הוא בוחן את הסוגיות הרלוונטיות.<sup>168</sup> כך, למשל, על בית-המשפט לבחון אם תושבי מזרח ירושלים מוגדרים "מוגנים" על-פי המשפט ההומניטרי, ואם כן, אם ההוראות של אמנות האג וג'נבה חלות עליהם.<sup>169</sup>

163 שם, בעמ' 1003–1009.

164 ס' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי "מוגנים על ידי האמנה הזאת הם אלה המוצאים את עצמם – באיזה זמן שהוא ובאיזה דרך שהיא – בשעת סכסוך או כיבוש – בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחי של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת".

165 כהן והרפז, לעיל ה"ש 107, בעמ' 1003–1009.

166 עניין עליוה, לעיל ה"ש 75, פס' 4 לפסק-דינו של השופט מזוז.

167 שם, פס' 4.

168 שם.

169 שם, פס' 7.

לנוכח האמור נראה לנו כי גם עמדתו של בית-המשפט העליון ביחס לפרשנות הדינמית באופן כללי אינה תואמת את הגישה הפרשנית של בית-המשפט העליון ביחס להריסת בתים. אף מטעם זה נראה לנו כי יש מקום לדיון נוסף ולהכרעה בפסיקות העליון בנושא הריסת הבתים.

נדגיש: איננו קובעים כאן עמדה במחלוקת אם השימוש במשפט הבין-לאומי אכן ראוי או מתאים לסוגיית הריסת הבתים מבחינת העותרים נגד המדיניות. יש הטוענים כי עצם העתירות לבית-המשפט בעניין זה, ובכלל עצם השימוש במשפט הבין-לאומי בהסתמך על דיני הכיבוש, הוא כלי התורם ללגיטימציה של שליטת ישראל בשטחים.<sup>170</sup> כך או כך, עמדתנו היא כי משעה שבית-המשפט העליון קיבל את ההחלטה להשתמש במשפט הבין-לאומי ככלי ביקורת על פעולת צה"ל ומדינת-ישראל בשטחים, מכל סיבה שלא תהיה,<sup>171</sup> אי-אפשר לטעון ליישום המשפט הבין-לאומי תוך התעלמות מעקרונות-היסוד שלו.

בפרק הרביעי נטען כי הצורך בדיון נוסף נובע גם משאלת האמון של המערכת המשפטית והציבור בבית-המשפט. עם זאת, אנחנו מכירים בעובדה כי דיון נוסף שיוביל להפיכת ההלכה הנהוגה או לצמצומה על בסיס המשפט הבין-לאומי עלול לפגוע באמון הציבור בבית-המשפט. לשיטתנו, בית-המשפט יכול להתגבר על אתגר זה בדרך של הסתמכות על המשפט הבין-לאומי כאמצעי תומך לפרשנותו, משני לניתוח על-פי המשפט הישראלי (כפי שבית-המשפט אכן נוהג לעיתים קרובות, כעולה, לדוגמה, מהדיון הנוסף בפרשת קלפי המיקוח<sup>172</sup>).

כמו ביחס למשפט ההומניטרי ולדיני הכיבוש, נבקש לטעון כי המדיניות סותרת גם את דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי, וכי ההלכה בתחום הריסת הבתים מתחמקת מכך, באופן שתורם לביצורה של הלכה משפטית שגויה. גם בהקשר זה קיימת פסיקה עקבית ורחבת-היקף הקובעת מחויבות של המשפט הישראלי לדיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי. ההתעלמות הכמעט-מוחלטת של בית-המשפט העליון מכל סוגיית זכויות האדם בהקשר של הריסת בתים (בין בשטחים ובין במזרח ירושלים) עומדת בסתירה מוחלטת לכל הפסיקות הללו. מידת היסודיות והעומק של בחינת הטענות המשפטיות על-ידי בית-המשפט העליון בעת קביעת ההלכה הנהוגה הינה גורם רלוונטי כאמור בבואו לבחון את הבקשה לקיום דיון נוסף באותה הלכה.<sup>173</sup> גורם זה תומך לשיטתנו בצורך בקיום דיון נוסף בסוגיית הריסת הבתים, וזאת

170 AEYAL GROSS, THE WRITING ON THE WALL: RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 237 (2017). ראו גם DAVID KENNEDY, THE DARK SIDE OF VIRTUE: REASSESSING INTERNATIONAL HUMANITARIANISM 235–323 (2004). לתיאור התלבטותם של עורכי-הדין לזכויות אדם אם לתקוף את עמדתה של המדינה מכוח המשפט הבין-לאומי ראו MICHAEL SEARD, THE WALL AND THE GATE: ISRAEL, PALESTINE, AND THE LEGAL BATTLE FOR HUMAN RIGHTS (2017).

171 לסקירת הטעמים השונים העולים בספרות לאימוץ המשפט הבין-לאומי על-ידי בית-המשפט העליון ככלי ביקורת על פעולות צה"ל בשטחים ראו Amichai Cohen, *Guardians and Guards: The Israeli Supreme Court's Political Role in Matters of National Security*, in CIVIL–MILITARY RELATIONS IN ISRAEL 171 (Elisheva Rosman-Stollman & Aharon Kampinsky eds., 2014).

172 פרשת קלפי המיקוח, לעיל ה"ש 116.

173 עניין אפרתי, לעיל ה"ש 43, פס' 45 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

משום שההלכה השיפוטית מתעלמת מהעובדה שהמדיניות מפרה כמה התחייבויות בין-לאומיות מרכזיות הנוגעות בזכויות אדם אשר ישראל התחייבה לקיים.<sup>174</sup> התעלמות זו, הסותרת את גישתו של בית-המשפט העליון ביחס לאמצעים בטחוניים אחרים, תורמת לגיבושה של הלכה שגויה, ועובדה זו תומכת בקיומו של דיון נוסף, שיאפשר ליבון מעמיק של אותן טענות.

עמדנו זו נסמכת על העמדה המשפטית שלפיה ההוראות הבין-לאומיות בדבר זכויות אדם, ובמיוחד האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, חלות על התנהלותה של ישראל ככוח הכובש בשטחים (הנחה הנתמכת על-ידי ה-ICJ ועל-ידי הוועדות המופקדות על ניטור יישומן של שתי אמנות אלה)<sup>175</sup> ובכל האזורים שבהם הוחל הדין הישראלי באופן רשמי (בישראל גופא ובמזרח ירושלים – תחולה שבית-המשפט העליון מעולם לא התנגד לה).

באופן ספציפי, המדיניות מפרה את זכות האדם להגנה על רכושו. זכות זו אינה מופיעה אומנם בשתי האמנות האמורות משנת 1966, אך היא מהווה חלק מההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, ונהנית ממעמד של משפט בין-לאומי מנהגי מחייב.<sup>176</sup> כמורכן אנו בדעה כי המדיניות עומדת לעיתים בסתירה לזכות לאי-התערבות בביתו של אדם (המעוגנת בסעיף 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות<sup>177</sup> ובסעיף 8 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם) וכן לזכות לקורת-גג (המעוגנת בסעיף 11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות).<sup>178</sup> זאת ועוד, בשל ההשלכות הקשות של המדיניות על צדדים שלישיים והאופן הבר-שיפוטי שבו נקבעת האחריות שבגינה היא נאכפת, המדיניות מפרה את האיסור החל על יחס או ענישה אכזריים, לא-אנושיים ומשפילים.<sup>179</sup> נוסף על כך, וכפי שטענו לעיל, המדיניות מפרה את האיסור החל על הטלת ענישה קולקטיבית,<sup>180</sup> ולכן עלולה להפר גם

174 חוות-דעת מומחים, לעיל ה"ש 71, בעמ' 23–26.

175 Advisory Opinion, לעיל ה"ש 156, ס' 102–101; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 14 November – 2 December 2011, Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant, Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Report dated to 16 December 2011, para. 8; Committee on International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights, Ninety-ninth Session, Geneva, 12–30 July 2010, CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2010, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee (Israel), para. 5.

176 האמור לעיל חל במיוחד על הזכות לרכוש בהקשר של תפיסה לוחמתית. ראו, למשל, JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW – VOL. I: RULES (2005), <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>

177 ראו KRETZMER, לעיל ה"ש 1, בעמ' 52.

178 חוות-דעת מומחים, לעיל ה"ש 71.

179 לניתוח ראו Quigley, לעיל ה"ש 109, בעמ' 373–374; Comm. Against Torture, Concluding Observations of the Committee Against Torture: Israel, ¶ 33, U.N. Doc. CAT/C/ISR/CO/4 (June 23, 2009).

180 לניתוח ראו Quigley, לעיל ה"ש 109, בעמ' 372–373.

התחייבויות מהותיות ופרוצדורליות אחרות של מדינת-ישראל על-פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966.<sup>181</sup> בית-המשפט נמנע לחלוטין מלהתעמת עם טענות עותרים בדבר הפרה של אותן התחייבויות. התייחסותו למדיניות על-פי דיני זכויות האדם הבין-לאומיים דומה להתייחסותו למדיניות על-פי המשפט ההומניטרי. במספר לא-קטן של מקרים אחרים הסתמך בית-המשפט על דינים אלה – או לפחות התייחס אליהם – בבואו לבחון אם שימוש באמצעים בטחוניים מסוימים הינו מוצדק וחוקי.<sup>182</sup> אולם לא זאת דרכו של בית-המשפט בבואו לבחון את חוקיותה של המדיניות. עיון בפסיקתו של בית-המשפט בתחום זה מלמד כי הוא מתעלם באופן גורף משורה של מחקרים חשובים של מלומדים ומדוחות שהוכנו על-ידי ארגוני זכויות אדם הקובעים כי המדיניות מפרה זכויות אדם מהותיות ופרוצדורליות. הדיון הנוסף יכול לספק את האפשרות להתעמת לראשונה עם טענות אלה.

עד לעניין עליוה, ביותר ממאה מקרים של הריסות שהגיעו לפתחו של בית-המשפט, לא היה ולו מקרה מתועד אחד שבו כחן בית-המשפט באופן משמעותי את ההפרות הלכאוריות הללו לפי דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי. בעניין עליוה הפנה השופט מזוז, לראשונה, לעמדה הרווחת שלפיה המדיניות אינה מתיישבת עם דיני זכויות האדם הבין-לאומיים,<sup>183</sup> ובכך פתח צוהר לקיומו של דיון מעמיק בסוגיה. דיון זה מקומו הטבעי הוא בדיון הנוסף.

\* \* \*

עד כה עמדנו בפרק זה על סתירות בשלושה רבדים שונים. דוגמה מובהקת לסתירה באותם רבדים היא התייחסותו של בית-המשפט העליון לסוגיית השוויון בין יהודים לערבים באכיפת המדיניות. בסוגיה זו קיימות סתירות בכל הרמות של הדיון: סתירה פנימית בבית-המשפט העליון, מחלוקת עקרונית, וסתירה בין עמדתו של בית-המשפט העליון לבין ההלכות המושרשות שלו בתחומים אחרים של שימוש באמצעים בטחוניים.

תקנה 119 יושמה על-ידי הבריטים בשנות המנדט הבריטי נגד ערבים ונגדם בלבד. בשנת 1967 החלה מדינת-ישראל ליישם את התקנה, וגם היא עושה זאת נגד ערבים ונגדם בלבד. לפני בית-המשפט העליון הועלתה במהלך השנים טענת ההפליה: אם המדיניות אכן יעילה, מדוע היא אינה מיושמת כלפי מחבלים יהודים?

שופטי העליון דחו פעמים מספר באופן לקוני את הטענה בדבר אכיפה בררנית/מפלה.<sup>184</sup> כך, למשל, השופט דנציגר פטר את טענת ההפליה בפסקה אחת, בחוזרו על ההנחה שפעילות אלימה מצד יהודים הינה קטנת-היקף ולכן אין להשוותה בהקשר זה לאלימות הפלסטינית.<sup>185</sup>

---

181 HENCKAERTS & DOSWALD-BECK, לעיל ה"ש 176, בעמ' 374–375.  
182 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 36–37 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006).  
183 עניין עליוה, לעיל ה"ש 75, פס' 7 לפסק-דינו של השופט מזוז.  
184 ראו, למשל, בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, פס' 3(ה) לפסק-דינו של השופט לוי (2003).  
185 עניין קואסמה, לעיל ה"ש 128, פס' 14 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

פסק-הדין העקרוני אימץ גישה זו, בקובעו כי אין מדובר במקרים בני-השוואה, משום שבעוד קיים צורך בהרתעת מחבלים פלסטינים, אין צורך כזה ביחס למחבלים יהודים.<sup>186</sup> לאחרונה נדרש בית-המשפט העליון להכרעה שיפוטית עקרונית בעתירתם של בני משפחת אבו ח'דיר, שבנם נרצח על-ידי טרוריסטים יהודים. העתירה תקפה את שיקול-דעתה של המדינה בהחלטתה לא להרוס את בתי המרצחים. עמדת המדינה שהוצגה לפני בית-המשפט הייתה כי גם אם אין לשלול מעיקרא אפשרות של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 גם כלפי מחבלים יהודים, ההבחנה הננקטת בין פלסטינים תושבי השטחים וערביי מזרח ירושלים לבין יהודים הינה הבחנה עניינית הנסמכת על אמות-מידה שוויוניות. לשיטת המדינה, האמצעי של הריסת בתים אינו נחוץ ואינו מידתי ביחס למפגעים יהודים, וניתן להסתפק בכלים פליליים נגדם. אולם המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין דחה במישור העקרוני את עמדת המדינה.<sup>187</sup> לשיטתו, אין בהבדלים המוצגים על-ידי המדינה כדי לאיין מעיקרא את השימוש בתקנה כלפי יהודים.<sup>188</sup>

ניתן לראות אם כן כי בסוגיה זו קיימות סתירות מכל הסוגים שעסקנו בהם במאמר זה. ראשית, עמדה עקרונית זו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין נוגדת את עמדתו העקבית של בית-המשפט העליון לאורך שנים, המאמצת ללא כל סייג את עמדת המדינה האמורה. אולם פסק-דינו (המתכחש לאותה סטייה מההלכה הקיימת בסוגיה זו) אינו מספק כל נימוק לסטייה עקרונית זו מעמדתו העקבית ורבת השנים של בית-המשפט העליון. נוסף על כך, עמדה זו של המשנה לנשיאה נוגדת קביעות קודמות שלו בעבר, שבהן הוא אימץ את עמדת המדינה – שהתנגדה ליישום המדיניות כלפי יהודים – ללא כל סייג וללא כל קביעה כי ברמה העקרונית יש להחיל את המדיניות כלפי יהודים כבר עתה. זאת ועוד, המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין חותם את פסק-דינו במילים "מייחלים לנו כי יתמו חטאים מן הארץ, וכי כבר בעתיד הקרוב לא יוצרך השימוש בתקנה 119 כלפי מי מבני ארצנו, יהודים וערבים כאחד".<sup>189</sup> כלומר, הוא מייחל ל"יישור קו" בין ערביי הארץ ליהודי הארץ, אך מתעלם מהצורך בשוויון בין אזרחי ישראל לבין הפלסטינים תושבי השטחים.

אי-התאמה נוספת העולה מפסק-הדין נוגעת בפער בין עמדתו של המשנה לנשיאה לבין עמדתו של השופט הנדל. השופט רובינשטיין מפרט את עיקרי עמדתו בלשון רבים ובשם ההרכב כולו. אולם ההרכב אינו מדבר בקול אחד, למעשה. השופט הנדל הצטרף לדחיית העתירה במקרה הקונקרטי, אך בניגוד לעמדתו של השופט רובינשטיין נראה שהוא אימץ את עמדת המדינה גם במישור העקרוני. לאותה קקופוניה שיפוטית בהקשר זה נוספה עמדתו של השופט זילברטל, אשר הצטרף לעמדתו העקרונית של השופט רובינשטיין אך גם להערותיו של השופט הנדל. פסק-דין זה מחדד אם כן את הצורך בקיום דיון נוסף, באשר בכוחו של הליך כזה לבטל הלכות סותרות של בית-המשפט העליון.

186 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 4, פס' 15 לפסק-דינו של השופט סולברג.

187 עניין אבו חדיר, לעיל ה"ש 11.

188 שם, פס' כט לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

189 שם, פס' לט לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.



זאת ועוד, קיימת גם סתירה ברמת ההפשטה הגבוהה יותר בין פסיקתו של בית-המשפט העליון בנושא השוויון לבין פסיקתו בנושאים אחרים. בשורה של פסיקות הדגיש בית-המשפט העליון כי כאשר מדובר בהפליה כלפי קבוצה "חשודה", יש מקום להתבונן על עקרון השוויון לא רק כמחייב מציאת הבחנה רלוונטית בין שווים, אלא גם כמספק הגנה לקבוצה שיש להגן עליה במיוחד. לפיכך יישום הפסיקה בעניין השוויון וההגנה על קבוצות מופלות היה אמור להוביל את בית-המשפט לניתוח הסוגיה של הריסת בתים כסוגיה של פעולה נגד קבוצה מופלית בשיטת המשפט הישראלית.<sup>190</sup>

שאלת קיומה/אי-קיומה של אכיפה מפלה בהקשר של הריסת בתים חורגת מד' אמותיו של מאמר זה.<sup>191</sup> נסתפק לפיכך באמירה כי נימוקיו של בית-המשפט בבואו לדחות את טענת ההפליה אינם מעמיקים, בלשון המעטה. טענת ההפליה הינה טענה חמורה (שחומרתה מחריפה עם השנים לנוכח התגברותם, הכמותית וה"איכותית", של מעשי הטרור היהודיים), היורדת לשורשי חוקיותה של המדיניות. על בית-המשפט להתייחס אליה לפיכך באופן הולם. קיומו של דיון נוסף יספק מסגרת מתאימה לצורך הולך וגובר זה. עינינו הרואות כי פסק-הדין בעניין אבו חדיר מספק טעם כבד-משקל נוסף לעמדתנו בדבר נחיצותו של דיון נוסף בסוגיה של הריסת בתים לצורכי הרתעה.

בפרק זה ובפרק הקודם טענו כי כל העילות הנורמטיביות-הסטטוטוריות לקיומו של דיון נוסף מתקיימות בתחום הריסת הבתים. בפרק הבא נטען כי קיימים גם שיקולים מוסדיים רבים וכבדי-משקל העונים על התנאי השני לקיומו של דיון נוסף – מבחן ההצדקה.

## ד. היבטים מוסדיים ומבחן ההצדקה

### 1. דיון נוסף כמענה לפיצול שיפוטי

גישתו של בית-המשפט העליון היא לא לקבוע דיון נוסף כאשר ההלכה בפסק-הדין המקורי היא ביטוי של מדיניות שיפוטית רבת שנים של בית-המשפט<sup>192</sup> או כאשר ההלכה ברורה עד כדי כך שהסיכוי להפיכתה זניח.<sup>193</sup> משנת 1979 ועד עצם היום הזה זכתה מדיניות הריסת הבתים בהכרה משפטית מצידו של בית-המשפט העליון. האם עובדה זו מצביעה על אי-נחיצותו של דיון נוסף בסוגיה זו?

השיקולים אשר מנחים את ההחלטה לאשר דיון נוסף הינם בעיקרם שיקולי *ex post*. שיקולים אלה יכולים לכלול העדרן או קיומן של מחלוקות בין שופטי ההרכב בסוגיה עקרונית.<sup>194</sup> כך, למשל, בפרשת אפרתי נפסק לאחרונה כי "העובדה כי פסק הדין ניתן פה-

190 ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" ספר מרכזי (מוטה) קרמניצר 67 (אריאל בנדור, חאלד גנאים ואילן סבן עורכים, 2017).

191 יש בכוננתנו להתעמת עם שאלה זו במחקר נוסף.

192 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 249, המסתמך, בין היתר, על דנג"ץ 779/97 עבאס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 306, 308 (1997).

193 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 250.

194 בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 616.

אחד, ושופטי ההרכב היו תמימי דעים הן באשר לתוצאה, הן באשר לטעמים לה, מהווה שיקול נוסף... בדחיית הבקשות לעריכתו של דיון נוסף.<sup>195</sup> לעומת זאת, המחלוקת בין שלושת שופטי ההרכב בפרשת קלפי המיקוח, באשר לחוקיות החזקתם של אזרחים לבנונים במעצר מנהלי כ"קלפי-מיקוח", הובילה את בית-המשפט לקיום דיון נוסף בעניין.<sup>196</sup> דוגמה מאוחרת יותר לרלוונטיות של מחלוקת בין שופטי ההרכב המקורי קשורה לכלל ברירת הדין בדיני נזיקין. שלוש שופטות ההרכב המקורי בפרשת יובינר (השופטות חיות, נאור וארבל) חלקו זו על זו,<sup>197</sup> ומחלוקת זו תרמה להחלטה על קיום דיון נוסף בפרשה. דוגמה נוספת היא פרשת בייזמן, שבה קבע המשנה לנשיאה ריבלין כי "לאור... העובדה שפסק-הדין משקף שלוש גישות שונות, החלטתי להורות על קיום דיון נוסף בעתירות אלה."<sup>198</sup>

אומנם, בית-המשפט צריך להימנע מקיום דיון מחודש "כל אימת שדעתו של הרכב אקראי בשאלה מסוימת שונה מזו של ההרכב שדן בה לראשונה."<sup>199</sup> זאת ועוד, על-פי פסיקת בית-המשפט העליון ביחס לדיון נוסף, יש לייחס משקל רב לכך שפסק-הדין המקורי ניתן פה אחד, שכן בנסיבות כאלה ההסתברות שהתוצאה תשתנה אם ההרכב יורחב אינה גבוהה.<sup>200</sup> נוסף על כך, הערת-אגב, דעת יחיד או דעת מיעוט של מי מחברי ההרכב לא תצדיק, כשלעצמה ובאופן אוטומטי, קיומו של דיון נוסף.<sup>201</sup> עם זאת, "...זהו שיקול רלוונטי, ובמיוחד כאשר מדובר בדעת מיעוט, וזאת לצד השיקולים האחרים ונוסף עליהם... מקום שבו יש דעת יחיד ולא כל שכן דעת מיעוט – הסיכוי לשינוי התוצאה קיים והוא רב יותר. כך לא רק כעניין מספרי-מתמטי, אלא כעניין של דעה חולקת שיכולה לשכנע הן את השופטים הנוספים שיתווספו להרכב והן את השופטים בהרכב המקורי שהיו בדעת רוב... דעת יחיד, ובעיקר דעת מיעוט, יכולות לבסס ביתר שאת את המסקנה שלפיה מדובר בהלכה שהיא קשה, חשובה או חדשה באופן המצדיק את קיומו של דיון נוסף..."<sup>202</sup> אכן, מחקרו האמפירי של חנן גולדשמידט מלמד כי הסיכויים להפיכת ההלכה המקורית במסגרת דיון נוסף הינם גבוהים מאוד (60%) כאשר ההלכה ניתנה ברוב דעות (לעומת 23% בלבד כאשר ההלכה המקורית ניתנה פה אחד).<sup>203</sup>

בכל מקרה, סוגיית הריסת הבתים אינה משקפת תמימות-דעים שיפוטית, דעה שונה של "הרכב אקראי", פיתוח רעיוני רגיל או אמירת-אגב, אלא מחלוקת עזה ומתמשכת בין שופטי העליון, מחלוקת שפיצלה כאמור את בית-המשפט העליון. אכן, גורם זה של קיום/העדר מחלוקת שיפוטית תומך בקיומו של דיון נוסף בסוגיית הריסת הבתים. בשלוש השנים

195 עניין אפרתי, לעיל ה"ש 43, פס' 43 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

196 פרשת קלפי המיקוח, לעיל ה"ש 116.

197 ע"א 3299/06 יובינר נ' סקאלר (פורסם בנבו, 26.4.2009).

198 דנ"א 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 11.8.2009).

199 בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 617.

200 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 249.

201 שם, בעמ' 246.

202 שם, בעמ' 251.

203 ראו גם Goldschmidt, לעיל ה"ש 29, בעמ' 346.

האחרונות שיעור גדול מבין שופטי העליון הדנים בסוגיה מכריזים כי הם אינם דוגלים בחוקיותה של המדיניות ברמה העקרונית, שעליה התעקשה הנשיאה נאור. אותם שופטים מביעים לעיתים תכופות עמדות "מרדניות" בשורה של פסקי-דין.

כפי שעולה מניתוח שערכנו במאמר קודם,<sup>204</sup> בניגוד לתמימות-הדעים ששררה ככלל לאורך השנים בבית-המשפט העליון ביחס למדיניות, בשנים האחרונות התפצל בית-המשפט העליון בתחום זה לשלושה מחנות: האחד מכיר בחוקיותה של המדיניות (השופטים רובינשטיין, עמית, סולברג והנדל); מחנה שני מטיל ספק כבד בחוקיותה בכלל וביישומה כלפי בני משפחה לא-מעורבים בפרט (השופטים מזוז, פוגלמן, ברון, ג'ובראן, זילברטל, ברק-ארז וחיות); והשלישי מכיר בחוקיותה של המדיניות אך מבקש להכפיפה למגבלות חדשות או מחמירות יותר מאלה שהוטלו בעבר (השופטים שהם, מלצר ודנציגר והנשיאה נאור ביחס לחובת פיצוי בגין קניין שנפגע באופן אגבי מיישום צו ההריסה).

פיצול זה של בית-המשפט בסוגיה זו זכה לאחרונה בהכרה על-ידי השופט הנדל, שהטעים בחוות-דעתו בפרשת אבו חדיר כי "מפסקי הדין השונים עולה כי רוב רובם של השופטים רואים בתקנה 119 כלי שמותר לעשות בו שימוש לעיתים. לעומתם, יש הסבורים שהעניין אינו לגיטימי כלל, ואחרים המבטלים את עמדתם מפני דעת הרוב המכריע, בנימוק שבית משפט אנו ולא בית שופטים. יש שהסתייגו פחות מהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 ויש שהסתייגו יותר; יש שהציבו סייגים רחבים יותר להפעלת הסמכות, ואחרים שהנמיכו את הרף"<sup>205</sup>. עם זאת, וכפי שמאמר זה מבקש להמחיש, קביעתו של השופט הנדל כי "רוב רובם" של שופטי בית-המשפט העליון תומכים בחוקיותה של המדיניות אינה מדויקת.

באופן ספציפי יותר, וכפי שעולה ממחקרנו האמור, בין שופטי בית-המשפט העליון נטושה בשלוש השנים האחרונות מחלוקת לגבי שאלות-היסוד שבבסיס המדיניות: (א) אם המדיניות הינה עונשית או הרתעתית; (ב) אם המדיניות אכן מרתיעה; (ג) אם יישום המדיניות נגד בני משפחה שלא ידעו על פעולות החבלה של בני משפחתם ולא היו מעורבים בה היא חוקית, ואם במקרה כזה מדובר בענישה קולקטיבית; (ד) אם צריך להכפיף את המדיניות לפרשנות דינמית, כמפורט לעיל; (ה) אם אי-עמידה בדרישת הזיקה הקניינית של הדייר לבית המיועד להריסה או בצורך ליישם את צו ההריסה ללא שיהוי יורדת לשאלת קיומה של סמכות ההריסה או שמא רק לשאלת שיקול-הדעת בהפעלתה; (ו) אם הפעלת המדיניות נגד פלסטינים ונגדם בלבד הינה בבחינת הפליה אסורה.

פיצולו של בית-המשפט העליון לשלושה מחנות, ריבוי פסקי-הדין, הדעות השיפוטיות השונות והמגבלות הרבות והסותרות לעיתים העולות מפסקי-דין אלה יוצרים בוקה ומבולקה. במסגרת זאת בית-המשפט נהפך למעשה לבית-שופטים, המורכב משופטים שונים בעלי קולות שונים וסותרים. פיצול זה מכרסם בעוצמתה המשפטית והמוסרית של ההלכה המאשרת את חוקיותה של המדיניות. מצב עניינים זה הופך את סיכויי העתירה להתקבל לתלויים בזהות ההרכב. העותרים נהפכים למעין מהמרים, הניצבים בפני התמריץ להגיש עתירות בתקווה לקבלת הרכב אוהד.

204 הרפו וכהן, לעיל ה"ש 6.

205 עניין אבו חדיר, ה"ש 11, פס' 4 לפסק-דינו של השופט הנדל.

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.<sup>206</sup>

בנסיבות אלה מתחדד הצורך בקיום דיון נוסף בסוגיה זו. כעולה ממחקרו של מרזל, כאשר מספר גדול יחסית של שופטי בית-המשפט העליון אינם תומכים בהלכה המקורית, הלכה זו עלולה ללקות בחוסר יציבות, ומצב עניינים זה תומך בקיומו של דיון נוסף, שיוכל לבצר את ההלכה.<sup>207</sup> באמצעות שיקוף "דעת רוב רובם של שופטי בית המשפט העליון".<sup>208</sup> אכן, מחקרו של גולדשמידט מעלה כי ייעודו המקורי של מוסד הדיון הנוסף היה "למסגר" את דעת בית-המשפט העליון ולקדם מידה מוגברת של אחידות שיפוטית, וכי הגידול ההדרגתי שחל במספר השופטים היושבים במותבי הדיון הנוסף (שימוש מוגבר בהרכבים של שבעה שופטים) מחדד את ייעודו של מוסד זה:

this judicial instrument... serves to 'frame the opinion' of the entire bench of the Supreme Court, a manner of "joint utterance" of all of the justices... The increase in the size of the typical panel for a further hearing... supports the claim that in this way we are granted a broader view of the position of the Supreme Court.<sup>209</sup>

ביצור זה של ההלכה נובע מהעובדה שהלכה הנפסקת במסגרת דיון נוסף, המתקיים בהרכב מורחב ומעוגן בחוק-יסוד, זוכה ברמות גבוהות יותר של עוצמה ויוקרה מהלכה הניתנת על-ידי בית-המשפט העליון בשבתו בהרכב רגיל.<sup>210</sup> "...ברי, שלהלכה שנקבעה בהרכב מורחב, אשר נקבע ככזה בשל חילוקי דעות הקיימים בין שופטי בית-משפט זה בשאלה פלונית ולצורך הכרעה בחילוקי דעות אלה, יש משקל מיוחד, וככזו יש להתייחס אליה".<sup>211</sup> האינטרס הציבורי והתכלית המיוחדת הגלומים במוסד הדיון הנוסף כוללים את הצורך בביצור מעמדה הערכי של ההלכה: "היבט נוסף הוא כוחה הערכי והמוסרי של ההלכה שנפסקה. לא הרי כוחה של הלכה שנפסקה במותב 'מינימלי'... ככוחה של הלכה שנפסקה במותב מורחב של שופטים...".<sup>212</sup> לאור הניתוח במאמרנו זה, אינטרס זה ותכלית זו חלים ביתר שאת ביחס לחוקיותה של המדיניות.

- 206 מירון גרוס ויורם שחר "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כט 567, 584 (1998).
- 207 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 192.
- 208 פרשת נחמני, לעיל ה"ש 55, בעמ' 607 (פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק).
- 209 Goldschmidt, לעיל ה"ש 29, בעמ' 327 ו-342.
- 210 שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 231 (2008); מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 206.
- 211 ע"פ 2251/90 יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 221, 236 (1991).
- 212 דנ"א 4011/04 עיריית ירושלים נ' עיזבון אטינגר, פ"ד נט(4) 8, פס' 3 לפסק-דינו של השופט טירקל (2004) (להלן: עניין אטינגר); מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 218.

זאת ועוד, למעט השופט מזוז, אותם שופטים שהביעו במהלך 2014–2017 התנגדות להלכה המחייבת מתעקשים על שמירה עליה בשם "דעת הבית" המכירה בחוקיותה של המדיניות. אולם הבית, כאמור, מפוצל למעשה בין שלושה מחנות, ורבים מבין דייריו אינם מסכימים, הלכה למעשה, עם אותה דעה. אותם שופטים המתנגדים למדיניות מוכנים לפסוק, באופן אישי וקיבוצי, בסתירה להבנתם המשפטית, וזאת מהטעם היחיד של שמירת הקהורנטיות של המוסד השיפוטי שהם משתייכים אליו. שופטי העליון מחויבים לעוצמת לכידותו של "מסדר שופטי הבית", כלשונו של יורם שחר,<sup>213</sup> אף שאין כל סדר באותו "מסדר": בני המסדר מחזיקים בעמדות סותרות ובלתי־ניתנות ליישוב, והמחנה הגדול ביותר בתוך בית־המשפט הוא דווקא זה אשר מערער על עצם חוקיותה של המדיניות או מבקר את מימד הענישה הקולקטיבית שגלום בה. כלומר, יסודות הבית רעועים, והוא מפוצל בין שלושה מחנות, אך שבעה מדייריו (שחלקם פרשו אך לאחרונה), המטילים ספק בחוקיותה של המדיניות, ממשיכים לקדש את דעת הבית, ומכשירים את הריסתם של בתים רבים חרף אי־חוקיותה.

נוסף על כך, וכפי שנתח לעיל, אותה "דעת הבית" הינה דעה שעוצבה במאה הקודמת, שאבר עליה כלח, ואשר תרומתה לביצורה של ההלכה השגויה הינה רבה. מצב עניינים זה מצריך לטעמנו דיון נוסף בסוגיה. אם על־פי פסיקת בית־המשפט "מקרה בו שני מותבים של בית המשפט העליון פסקו בתוך פרק זמן קצר פסיקות שונות זו מזו"<sup>214</sup> יכול להצדיק קיומו של דיון נוסף, קל וחומר שהכאוס השיפוטי עמוס הסתירות הפנימיות השורר זה שנים בתחום הריסת הבתים מצדיק דיון כזה.

אכן, הפסיקה מכירה בחשיבותו ובנחיצותו של דיון נוסף מקום ששוררת אי־הסכמה בין שופטי בית־המשפט העליון:<sup>215</sup> "הדיון הנוסף הוא אפוא כלי שיפוטי, המאפשר למותב מורחב של שופטי בית־המשפט העליון לחזור ולדון מחדש בהלכות מיוחדות שנפסקו במותב מצומצם, ובכך לשקף בעניינים מיוחדים אלה את דעת רוב רובם של שופטי בית־המשפט העליון..."<sup>216</sup> בהחלטה על קיום דיון נוסף יש מעין מתן לגיטימציה משפטית־שיפוטית לבחינה מחדש של ההלכה – לגיטימציה שאינה קיימת בהרכב רגיל של שלושה שופטים (גם אם קיים החשש שככל שהרכב השופטים יהיה גדול יותר כן פסק־דין שיתקבל ברוב דחוק יהיה בעייתי יותר בשל מספרם הרב יחסית של השופטים שהתנגדו להלכה שהתקבלה).<sup>217</sup>

כפי שהטעמנו לעיל, הגישה הכללית בישראל היא כי אם נמצא שיש מקום לשנות הלכה שנקבעה בבית־המשפט העליון, אזי שינוי זה צריך להיעשות ממקרה למקרה.<sup>218</sup> אולם על רקע אותו פיצול של בית־המשפט בסוגיה זו, אי־אפשר לצפות שההלכה הנהוגה תתפתח באופן אורגני ואינקרמנטלי. יודגש: במקרה מעין זה, של אי־הסכמה כה רחבה בין השופטים באשר

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

214 בן־נון וחבקין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 618.

215 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 218–219.

216 עניין אטינגר, לעיל ה"ש 212, פס' 3 לפסק־דינו של השופט טירקל.

217 שלף, לעיל ה"ש 72, בעמ' 404.

218 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 191.

להלכה הראויה, עדיף שהבחינה המחודשת של ההלכה תיעשה באמצעות מוסד הדיון הנוסף, ולא בהליכים רגילים של בחינה שיפוטית נוספת ו"רגילה". כפי שהטעים מרזל, כאשר נדרש שינוי בהלכה, קל יותר, מבחינת היחסים ההדדיים בין שופטי בית-המשפט, ששינוי זה ייעשה על-דרך קביעה מראש של הרכב מורחב, ולא בדרך של שינוי ההלכה במושב תלתא במהלך העניינים ה"רגיל" של בית-המשפט: "אכן, שינוי עמדה... קל יותר בדיון נוסף דווקא – כאשר מדובר בחילוקי דעות והחלפת דעות במסגרת הליך מסוים שטרם הפך לחלוט, לעומת שינוי הלכה שיתכן שנסמכו עליה. שהרי בסטייה מתקדים נמצאים לפני בית המשפט צדדים להליך שהיו רשאים להסתמך על ההלכה הקיימת כמחייבת (למעט בית המשפט העליון) או לפחות ככזו שלא יסטו ממנה בנקל. הסטייה מתקדים סבוכה אפוא יותר משינוי עמדה בדיון הנוסף, שעה שהיא מבטאת מתח בין-דורי ובין-פסיקתי לעומת דיון בגדר אותו ההליך".<sup>219</sup> עמדה זו נתמכת בנימוח כלכלי של המשפט. כפי שציין משה בר ניב, בנסיבות אלה מוסד הדיון הנוסף משפר את היעילות הכלכלית.<sup>220</sup>

בשל היות מוסד הדיון הנוסף כה ייחודי, יהיה לנו קשה לתמוך את מסקנתנו זו במשפט משווה. המוסד הקרוב ביותר לדיון הנוסף הישראלי הוא מוסד ה-*en banc rehearing* – דיון מחודש של בית-המשפט לערעורים בארצות-הברית, בהרכב מלא, ביחס להלכה שנפסקה על-ידי אותו בית-משפט בהרכב תלתא.<sup>221</sup> כתיבה אקדמית ביחס למוסד זה מצביעה כי נעשה בו שימוש מוגבר במקרים שבהם מותבים שונים של בית-המשפט לערעורים התפצלו בסוגיה משפטית מסוימת. יפים לעניין זה דבריו של השופט Anthony Kennedy, שנאמרו בזמן כהונתו כשופט בבית-משפט זה:

Six active judges already are involved in exchange of correspondence on these cases, which present a significant and recurring issue, [i]t would appear to be the most efficient use of our resources to take the cases *en banc* as soon as possible.<sup>222</sup>

הצורך בשימוש במוסד זה מתחדד במיוחד אם ההלכה שיצאה מאותו בית-משפט לערעורים נחזית כשגויה. כדברי השופט Antonin Scalia, שנאמרו גם הם בזמן כהונתו בבית-משפט זה, מוסד זה נועד "to correct and deter panel opinions that are pretty clearly wrong".<sup>223</sup>

219 שם, בעמ' 190–191.  
 220 ראו משה בר ניב "בתי משפט" הגישה הכלכלית למשפט 1133, 1151–1152 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012); מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 189.  
 221 ראו Michael Abramowicz, *En Banc Revisited*, 100 COLUM. L. REV. 1600, 1617–1619 (2012); Stephen L. Wasby, *Why Sit En Banc?*, 63 HASTINGS L.J. 747 (2012).  
 222 Memorandum from Anthony Kennedy to Associates (June 27, 1978); *United States v. Grajeda*, 570 F.2d 872 (9th Cir.), *withdrawn per curiam*, 587 F.2d 1017 (9th Cir. 1978).  
 223 Letter from Justice Antonin Scalia to Justice Byron White, Comm'n on Structural Alternatives for the Fed. Courts of Appeals (Aug. 21, 1998).

## 2. הדיון הנוסף כמענה לאי־בהירות ברמת ההכרעות הקונקרטיות

כבואו להחליט באשר לקיומו של דיון נוסף, על בית־המשפט לתת את הדעת לצורך בשימוש יעיל במשאביו המוגבלים.<sup>224</sup> כך, למשל, בית־המשפט יסרב לבקשה לדיון נוסף אם ניתן להביא לידי פתרון הקושי העולה כביכול מן ההלכה שנפסקה בהרכב השלושה בדרך פשוטה יותר מקיום דיון נוסף.<sup>225</sup> אולם אין זה המקרה בענייננו.

על רקע הפגיעות הקשות בזכויות אדם הנגרמות מיישום המדיניות והספקות הכבדים לגבי חוקיותה, ולנוכח סירובה המתמשך של נשיאת בית־המשפט העליון נאור להיעתר לקולות השיפוטיים הרבים המבקשים לקיים דיון עקרוני ומעמיק בהרכב מורחב, ניסו שופטים רבים להטיל מגבלות קונקרטיות שונות על עצם יישומה של המדיניות. שופטים רבים מגבילים את עצמם ביחס לדיון בסוגיות העקרוניות בצפייה לאותו דיון עקרוני בהרכב מורחב. במקום זאת, ועד אז, הם נגררים לדיון משפטי נקודתי ואקלקטי. בהעדר אותו דיון מעמיק בהרכב מורחב, הם תרים אחר דרך להגביל את יישום המדיניות לא ברמה העקרונית. כפועל יוצא מכך נוצר בארבע השנים האחרונות כאוס פסיקתי שבמסגרתו שופטים רבים מנסים בפסקי־דין רבים להטיל מגבלות וחסמים שונים (ולעיתים סותרים) על יישום המדיניות. אי־ההסכמה העקרונית והעדר הדיון העקרוני והמעמיק בעניין גורמים לכך ששופטים אשר אינם תומכים בהלכה העקרונית המכירה בחוקיותה של המדיניות אך חשים כבולים לאותה הלכה – כפי שהם עצמם מתארים זאת – מתערבים במקרים קונקרטיים ופוסלים צווי הריסה על בסיס טעמים שונים. העובדה שאותם שופטים חשים כי ידיהם כבולות, וכי אין להם בררה אלא להיצמד להלכה שאינה ראויה לשיטתם, מניעה אותם לנסות להגיע בדרכים עקיפות לתוצאה צודקת בנסיבות העניין. כפועל יוצא מכך, במקום לפעול על בסיס משנה סדורה ועקבית התואמת את תפיסתם המשפטית הכללית, אותם שופטים מחלצים מעובדות המקרה הקונקרטי טעמים חדשים התומכים בהתערבות שיפוטית נקודתית, באופן שמגביל את השימוש במדיניות. טעמים חדשים אלה נותחו במאמר אחר שלנו על־פי הטיפולוגיה הבאה: דרישה שיפוטית לעריכת בדיקה עיתית (או מתמדת) של יעילות המדיניות; מגבלות בדבר עיתוי יישומו של צו ההריסה; מגבלות ביחס למידת חומרת 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 בררנית, של המדיניות.<sup>226</sup>

כתוצאה מהתפתחויות אלה נוצר למעשה מעגל שוטה: שופטים רבים מעוניינים לשנות או להפוך את ההלכה המאשרת את חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים, אך הם נמנעים מלעשות זאת בשל חששם מהפיכת בית־המשפט לבית־שופטים; במקום זאת הם מטילים באופן אקלקטי מגבלות שונות על המדיניות, ומבקרים באופנים שונים וסותרים היבטים שונים שלה, תוך שהם עושים שימוש בעייתי, אשר לעיתים אינו מנומק דיו, בהבחנות שונות בנוגע להלכה הנהוגה;

224 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 251–252.

225 ש.ם.

226 הרפז וכהן, לעיל ה"ש 6.

והתוצאה הסופית של מהלך זה הפוכה מהרצון המוצהר של השופטים עצמם – בית-המשפט הפך את עצמו בתחום זה מבית-משפט לבית-שופטים. דיון נוסף בהרכב מורחב יכול להביא מצב עניינים זה לידי סיום. הוא יכול לאפשר לשופטי העליון לעסוק באופן מעמיק וממצה בסוגיות העקרוניות, ולאייץ את התמריץ השיפוטי הקיים להטיל מגבלות אקלקטיות על יישום המדיניות. בכך יתרום הדיון הנוסף לסימומו של התהליך שבמסגרתו נהפך בית-המשפט, הלכה למעשה, לבית-שופטים. עמדתו זו זוכה בתימוכין במחקרו של השופט מרזל:

הדיון לפני מספר גדול יותר של שופטים יכול... להביא לשיפור איכותם של פסקי הדין באמצעות הרכב מורחב של שופטים בכירים בעלי ידע וניסיון. ההנחה היא שבהרכב מורחב כזה תקבל ההכרעה על דרך של 'סיעור מוחות' והחלפת ידע, אגב הקטנת מרכיב האקראיות, שהוא אינהרנטי להרכב קטן יותר של שופטים... יש מקרים שבהם, בשל ריבוי הדעות והאקראיות בהרכב המקורי, תהא בעיה עתידית אפשרית ביציבות ההלכה שנקבעה. כך במיוחד אם מספר גדול יחסית של שופטי בית המשפט העליון אינם תומכים בהלכה שנקבעה. או אז, לקביעת הרכב מורחב של שופטים יש חשיבות לשם עיגון ההלכה ושימור מעמדה גם לעתיד.<sup>227</sup>

אומנם קיימת גם טענה נגדית המעלה חשש – שקיבל ביטוי גם בפסיקת בית-המשפט – שהתנערות מתקדים תהפוך את בית-המשפט לבית-שופטים.<sup>228</sup> אולם לטענתנו, דווקא ההימנעות מקיום דיון נוסף היא-היא שתרמה להפיכתו של בית-המשפט לבית-שופטים. דיון בהרכב מורחב ייתן ביטוי רחב יותר למגוון הדעות ויפחית ממימד האקראיות שבהחלטה, משום שהתוצאה, כדברי בן-נון וחבקין, תחייב "את בית המשפט מבחינה מוסדית והיציבות המשפטית תגבר".<sup>229</sup>

### 3. קריאות לדיון מורחב ולעצמאות שיקול-הדעת השיפוטי

בשנתיים האחרונות רבים משופטי בית-המשפט העליון מוצאים את עצמם, כדברי איתן דיאמונד, "מגלגלים... טעות קדמונית מפסק דין לפסק דין",<sup>230</sup> בחותמם על פסקי-דין הנשענים על הלכות שהם עצמם מבקרים בחריפות, וכל זה בשם הצורך לשמור על עקביות הפסיקה ועל קול שיפוטי אחיד. תוצאה זו אינה מתיישבת לדעתנו עם החופש האינטלקטואלי המצופה משופטי בית-המשפט העליון.

227 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 191–192, הנסמך על דבריו של השופט טירקל בעניין אטינגר, לעיל ה"ש 212, פס' 3 לפסק-דינו.  
228 עניין בלן, לעיל ה"ש 41, בעמ' 75–76.  
229 בן-נון וחבקין, ה"ש 23, בעמ' 617.  
230 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 45, 43, 51 (2016) [www.colman.ac.il/sites/default/files/51%205%20diamond.pdf](http://www.colman.ac.il/sites/default/files/51%205%20diamond.pdf)



יודגש: מצב עניינים זה אינו מתיישב בהכרח עם הציווי של המחוקק הישראלי, המעוגן בחוק-יסוד: השפיטה, שעל-פיו "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".<sup>231</sup> כפיפותם של שופטי העליון היא למרות הדין (ולא לאותו "מסדר" שיפוטי). בעוד 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, לטווח הארוך עמדה זו טומנת בחובה חסרונות קשים.

גילוי-הלב של השופטת חיות בפסק-הדין העקרוני רלוונטי עד-מאוד לביקורתנו זו: "יש לומר ביושר כי הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה".<sup>232</sup> אולם, לשיטתה, על קשיים אלה לסגת מפני הצורך בשמירה על יציבות הפסיקה ובמניעת הפיכתו של בית-המשפט לבית-שופטים: "במקרה דנן שבים העותרים ומעלים בעתירתם סוגיות עקרוניות... 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>233</sup> לשיטתה, "הטעם המרכזי... [לדחיית העתירה] נעוץ בעובדה שהסוגיות העקרוניות שהעלו העותרים... נדונו והוכרעו על ידי בית משפט זה אך לאחרונה בעתירות פרטניות".<sup>234</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 שימוש מופרז בהליך זה באופן שיהפוך את בית-המשפט מ'בית משפט' ל'בית שופטים' אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו".<sup>235</sup> דברים דומים נכתבו כאמור על-ידי השופטת ברק-ארז ("אני רואה עצמי כבולה לה [להלכה] בעת הזו" וכן "אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה")<sup>236</sup> והשופט פוגלמן ("מרכיב אני ראשי לפני דעת הבית").<sup>237</sup>

אולם צייתנות וכניעות אינן בהכרח תכונות חיוניות, ראויות או מועילות כאשר מדובר בשופט בית-המשפט העליון, בוודאי ובוודאי כאשר על כפות המאזניים מונחים פגיעות קשות ורחבות-היקף בזכויות אדם, מחד גיסא, וספק משפטי כבד (בלשון המעטה) באשר לחוקיותו של האמצעי הבטחוני, מאידך גיסא. יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיא אגון:

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 במקרה ראוי ורצוי, משנה חשיבות נודעת לו

231 ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה.  
232 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 4, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת חיות.  
233 שם.  
234 שם (ההדגשה הוספה).  
235 שם (ההדגשה הוספה).  
236 בהתאמה: עניין אבו אלרוב, לעיל ה"ש 103, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז; בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 28.12.2015).  
237 עניין סידר, לעיל ה"ש 90, פס' 6 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

בחברה כחברתנו, שהליך התגבשותה עדיין בעיצומו, וחילוקי דעות שבה נוקבים וחריפים בעמדות יסוד...<sup>238</sup>

נכונותם של שופטים כה רבים לפסוק בניגוד להבנתם המשפטית עלולה לכרסם באמון שהמערכת המשפטית והבטחונת מייחסת למוסד השיפוטי – מוסד שעוצמתו תלויה באותו אמון. נכונותם זו תמוהה במיוחד לנוכח העובדה שבית-המשפט העליון אינו כפוף לתקדימיו שלו. קיומו של דיון נוסף יסייע בהתמודדות עם מצב עניינים זה. הדיון הנוסף יכול לאפשר לשופטי העליון לבחון מחדש את ההלכה הקיימת ולפסוק על-פי הבנתם המשפטית ועל-פי צו מצפונם. הוא יאפשר לאותם שופטים אשר מטילים ספק כבד בחוקיותה של המדיניות אך נמנעים מלהכריז על אותה אי-חוקיות בשל הרצון לשמור על "דעת הבית" להכריז על עמדתם המשפטית בלא כחל וסרק וללא כל מורא מוסדי.

#### 4. אידיאולוגיה, פוליטיזציה ומוסד הדיון הנוסף

הספרות בארץ ובעולם מלמדת כי שופטים נוטים להיות מושפעים מעמדותיהם האידיאולוגיות, וכי השפעה זו חזקה יותר כאשר הליך בחירתם שנוי במחלוקת פוליטית.<sup>239</sup> אכן, במחקר שנערך על-ידי וינשל ועמיתיה נמצא כי בישראל השופטים נוטים יותר לשפיטה מוטת-אידיאולוגיה כאשר הסוגיה שלפניהם שנויה במחלוקת פוליטית.<sup>240</sup>

בית-המשפט העליון נמצא למן סוף שנות התשעים של המאה הקודמת בעין הסערה הפוליטית, והליך בחירת שופטיו נעשה עם השנים לעומתי יותר מבחינה פוליטית. כפועל יוצא מכך בית-המשפט העליון הולך ומאבד את הגרעין הדומיננטי שלו, שהיה מובהק יותר תחת נשיאותו של השופט ברק. בכוונת מכוון ממונים לבית-המשפט העליון שופטים האוחזים בהשקפות עולם שמרניות יותר, וכפועל יוצא מכך בעמדות שיפוטיות שונות בדבר מידת ההתערבות הדרושה בהחלטות הממשלה והכנסת. אכן, הרכב בית-המשפט העליון כיום הטרוגני יותר מבחינה אידיאולוגית מאשר בעבר. ניתן לצפות כי לנוכח תהליכים אלה יהיו ההכרעות השיפוטיות מוטות-אידיאולוגיה וכי התוצאה של ההליך השיפוטי תושפע יותר מהרכב השופטים בכל מקרה ומקרה. במצב זה ייתכנו יותר ויותר מקרים שבהם הרכב השופטים המסוים שנבחר בצורה אקראית עלול להיתפס ככזה שאינו מייצג את עמדתם של כלל השופטים. לפיכך, ולנוכח העובדה שבבית-המשפט העליון בישראל, בניגוד לארצות-הברית, אין הכרעות *en banc*, יש ערך מיוחד בקביעת הרכבים מורחבים בשאלות שנויות במחלוקת מבחינה משפטית-אידיאולוגית, כבמקרה הנדון כאן. הרכב מורחב יוכל למתן את השפעת הגורם האקראי של קביעת ההרכב על ההכרעה שיפוטית, בכלל ובמקרה דנן בפרט, ולהבטיח שהחלטותיו של בית-המשפט העליון אכן ייצגו את דעת מגוון שופטיו, ולא דעה של

238 עניין יחיא, לעיל ה"ש 211, פס' 20 לפסק-דינו של המשנה לנשיא אֶלֶן.  
 239 Keren Weinsahl, Udi Sommer & Ya'acov Ritov, *Ideological Influences on Governance and Regulation: The Comparative Case of Supreme Courts*, 12 REG. & GOVERNANCE 334 (2018).

240 ש.ם.

שלושה שופטים שנבחרו באקראי. אכן, פסיקת בית-המשפט העליון שניתנה לאורך השנים בעניין הדיון הנוסף התייחסה לעובדה שההלכה הרלוונטית הינה בעלת עניין, רגישות וחשיבות ציבורית כאל נתון רלוונטי לעניין העמידה במבחן ההצדקה לקיום ההליך הנוסף.<sup>241</sup> יודגש: איננו סוברים כי השינוי האמור שחל בבית-המשפט העליון מחייב שימוש מוגבר במוסד הדיון הנוסף בכל מקרה ומקרה. אם הבקשה לדיון נוסף סבה סביב סוגיה פורמליסטית-טכנית בעיקרה, אזי טיעוננו זה אינו רלוונטי. אולם בקשות לדיון נוסף ביחס להלכות שנוגעות בתפיסות-היסוד של החברה הישראלית, ואשר המרכיב האידיאולוגי-הערכי בהן הינו דומיננטי, מחייבות גישה מקילה יותר ביחס לשימוש במוסד הדיון הנוסף, וזאת לנוכח אותו שינוי שחל במינוי השופטים ובהרכב בית-המשפט העליון.

קריאתנו לשימוש מוגבר במוסד הדיון הנוסף בסוגיות שהינן ציבוריות-חוקתיות, במובחן מסוגיות פרטיות-אזרחיות, אינה נתמכת בהכרח בפסיקה ישנה של בית-המשפט העליון. מחקרו של גולדשמידט, שבדק את כל הדיונים הנוספים שהתקיימו בין השנים 1970 ו-2000, העלה כי בשנים אלה התקיימו 93 דיונים נוספים, שמתוכם רק 14% היו בנושאים של משפט ציבורי (רוב הדיונים נסבו סביב סוגיות משפטיות הקשורות לדיני עונשין ולמשפט אזרחי).<sup>242</sup> עם זאת, מצב עניינים זה השתנה עם השנים. כך, למשל, במהלך שנת 2017 דחה בית-המשפט העליון 38 מתוך 41 הבקשות שהוגשו לקיום דיון נוסף. רובן המכריע של הבקשות עסקו בסוגיות טכניות-פורמליות שאינן מעוררות לבטים ערכיים יסודיים (למשל, האופן המדויק של קביעת שיעור הפיצויים במקרה של הפקעה או השאלה אם הפסד הון שמקורו בשינוי שער החליפין שאליו מוצמד נייר-ערך הינו בר-קיוזו כנגד רווח הון). שתיים מבין שלוש הבקשות שהתקבלו משתייכות לאותה קבוצה שלגביה אנחנו טוענים כי יש לעשות שימוש מוגבר במוסד הדיון הנוסף: האחת עסקה בפרשנות הדיבור "מתן שירות" לארגוני טרור, שהיא סוגיה בעלת רגישות וחשיבות ציבורית;<sup>243</sup> והאחרת נגעה בשאלת החוקיות של פתיחת עסקים בשבת, שהיא שאלה היורדת לשורשי המתח בין המרכיב היהודי למרכיב הדמוקרטי של מדינת-ישראל. לא מקרה הוא שהמשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין חתם את נימוקי קבלתה של הבקשה השנייה במילים הבאות:

אחת מעילות הדיון הנוסף היא חשיבותה של הלכה... גם אם יש להסתייג במובהק מטיפול הרשות, סוגיית אופיה של השבת בישראל חשובה מעניין זה, כדי להצדיק עיון נוסף בה תוך שנפרסות כל העמדות... השופטת ברק-ארז ציינה... "בענייננו, השאלה החולשת על הסוגיה כולה היא המשמעות שיש להחלטות שלטוניות, והן חוקי עזר, בכל הנוגע לפעילות בשבת בהינתן שני

241 ד"נ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 15.11.1993); מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 248.

242 ראו גם Goldschmidt, לעיל ה"ש 29.

243 ד"נ פ 5840/17 מדינת ישראל נ' שביד, פסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 1.10.2017).

הנדבכים הבסיסיים המכוונים את ערכיה של שיטת המשפט הישראלית –  
הנדבך היהודי והנדבך הדמוקרטי...<sup>244</sup>

באופן דומה, בחודשים ינואר–פברואר 2018 נדונו שש בקשות לקיום דיון נוסף, וחמש מהן נדחו. הבקשה היחידה שהתקבלה הייתה זאת שעסקה בשאלה אם מדינת-ישראל רשאית לא להשיב גופות של מחבלים בהעדר הסמכה סטטוטורית לכך, שגם היא שאלה עקרונית בעלת חשיבות ציבורית-מוסרית-פוליטית רבה.<sup>245</sup>

באשר להכרעות בדיונים הנוספים עצמם, בשנת 2017 ניתנו שמונה פסקי-דין בדיון נוסף. שלושה מהם עסקו בתחום החוקתי, והעלו שאלות ציבוריות-אידיאולוגיות טעונות.<sup>246</sup> נתון זה מעיד כי הפרקטיקה הערכנית הנהוגה בבית-המשפט העליון תומכת בקריאתנו. ראשית, באשר לשימוש המוגבר במוסד הדיון הנוסף: בעוד שלמן אימוצו של מוסד הדיון הנוסף ועד היום ניתנו בממוצע כשלושה פסקי-דין בדיון נוסף בשנה, בשנת 2017 כבר ניתנו שמונה. שנית, באשר לשימוש המיוחד במוסד זה לליבון סוגיות משפטיות בעלות חשיבות ציבורית-אידיאולוגית מיוחדת: כ-38% מאותן החלטות ניתנו כאמור בסוגיות בעלות רגישות ציבורית-אידיאולוגית מיוחדת, שהוא שיעור גבוה מאוד בהשוואה לעבר (כאמור, בין 1970 ל-2000 רק 14% מפסקי-הדין שניתנו בדיון נוסף עסקו בתחום החוקתי).

בדומה לסוגיה של פתיחת עסקים בשבת, לדוגמה, המעמתת בין אופייה היהודי לאופייה הדמוקרטי של המדינה, סוגיית הריסת הבתים יורדת לשורשי תפיסות-היסוד של שיטת המשפט והממשל הישראלית, בעמתה בין שיקולי ביטחון לבין זכויות אדם בסיסיות. במקרים מעין אלה, הנוגעים במושכלות-היסוד ובערכים התשתיתיים של מדינת-ישראל והחברה הישראלית, השימוש במוסד הדיון הנוסף נדרש במיוחד, בשל השילוב בין המרכיב הערכי של הסוגיה לבין הפיצול הערכי-אידיאולוגי ההולך ומתרחב בבית-המשפט העליון.

אנו סבורים לפיכך כי ראוי שסוגיית הריסת הבתים תחדד את השינוי בשימוש במוסד הדיון הנוסף. השימוש במוסד זה אינו נדרש, ככלל, במצב עניינים שבו השופטים מסכימים באופן עקרוני ורחב על עקרונות הפעילות של בית-המשפט ועל מושכלות-היסוד המנחים אותו. במצב כזה אין להניח כי הרכב שלוש מסוים ואקראי יסטה, בדרך השגרה, מהעמדה המקובלת על השופטים האחרים. אולם אם בשל השינויים האמורים באופי מינוי השופטים לבית-המשפט העליון, וכפועל יוצא מכך גם בהרכבו, מתקיימת בשגרת בית-המשפט מחלוקת עזה בשאלות-

<sup>244</sup> דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פס' יא לפסק-דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.7.2017). הבקשה השלישית שהתקבלה עסקה בשאלת הפנייה המקדימה לצורכי הגשת תובענה ייצוגית. ראו דנ"ם 5519/15 יונס נ' מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ, פסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 30.8.2017).

<sup>245</sup> דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן (פורסם בנבו, 19.2.2018).  
<sup>246</sup> דנג"ץ 1525/15 טיבי נ' מפלגת ישראל ביתנו (פורסם בנבו, 23.8.2017), שעסק בהפצת חוברות בעלות אופי פוגעני כלפי מוסלמים על-ידי מפלגת ישראל ביתנו; דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (פורסם בנבו, 12.9.2017), שעסק במסלול כשרות חלופי; דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 26.10.2017), שעסק בפתיחת בתי-עסק בשבת בתל-אביב.

יסוד ערכיות, אזי ה"ביקוש" לשימוש בכלי הדיון הנוסף יעלה ויגבר. אנו בדעה כי יש להיענות ל"ביקוש" זה על ידי שימוש מוגבר בדיון הנוסף באותם מקרים המצדיקים זאת. אכן, כתיבה בארצות-הברית ביחס למוסד ה-*en banc* rehearing מלמדת כי שימוש מוגבר במוסד זה יכול לקדם שיפוט ייצוגי יותר ואידיאולוגי פחות.<sup>247</sup>

## 5. מראית-עין של העדר עצמאות

בשנים האחרונות נהפך בית-המשפט העליון למטרה לביקורת וללחצים פוליטיים מצד פוליטיקאים, אשר רבים מהם משתייכים לממשלה המכהנת ואף נושאים בה תפקידים בכירים. הרחיק לכת בהקשר זה חבר הכנסת מוטי יוגב, שאמר כי "על בג"ץ צריך להרים כף של טרקטור D9".<sup>248</sup> במקביל, בשנים האחרונות בית-המשפט נוטה ככלל לאמץ ביקורת שיפוטית מרוסנת יותר על בסיס המשפט הבין-לאומי מזאת שהפעיל לפני כעשור. אכן, קיים מתאם בין אותם לחצים פוליטיים לבין אותו שינוי מגמה שיפוטי. גם אם יהיה קשה להוכיח כי מתאם זה עולה כדי קשר סיבתי, הוא עלול ליצור מראית-עין שלפיה נסיונות הפגיעה בעצמאות השיפוטית אכן משפיעים על המלאכה השיפוטית.

מצב עניינים זה רלוונטי גם לתחום הספציפי של הריסת בתים. בשנים האחרונות חברי ממשלה מרבים להביע את דעתם בסוגיה זו. כך, למשל, ראש הממשלה בנימין נתניהו העביר מסר מרומז לבית-המשפט: "הרסנו בית של מחבל... עכשיו, יש לנו מדיניות ליצור מחיר למתאבדים", בהוסיפו כי "זה אחד הכלים האפקטיביים. הבעיה שלנו היא הניתוק בין המעשה לבין התוצאה של המעשה. לכן, אנחנו בפירוש מבקשים לצמצם את הזמן, ואני גם מקווה שבג"ץ יחליט במהירות האפשרית את מה שהוא יחליט".<sup>249</sup> שרים שונים נקטו גישה מרומזת פחות. כך, למשל, שר העלייה והקליטה זאב אלקין ציין כי "גם שופטי בג"ץ צריכים להבין שאנחנו במלחמה נגד הטרור, ודמוקרטיה שלא יודעת להגן על עצמה לא תוכל לנצח במלחמה הזאת. מניעת הפיגוע הבא על ידי יצירת הרתעה בהריסת בתי מחבלים זה צו השעה ולא יכול להיות שבג"ץ יתקע מקלות בגלגלים של החלטות הקבינט".<sup>250</sup> שר החינוך נפתלי בנט הוסיף כי "כשאנשים נרצחים ברחובות, בג"ץ לא יכול לנופף בפרוצדורות, כדי לעכב מלחמה בטרור", וכי על בית-המשפט העליון "להתעשת ולקבל החלטה מהירה בנוגע להריסת הבתים".<sup>251</sup> בעקבות החלטה של השופט פוגלמן לעכב את יישומו של צו הריסה, מיהר חבר הכנסת יוגב להעביר מסר חסר תקדים בחריפותו ובהתמקדותו בשופט מסוים: "שופט בית המשפט העליון, עוזי פוגלמן, בפסק דינו מהיום שעכב הרס בתי מחבלי רוצחים, שם את עצמו בצד של האויב... על זכויות רוצחים הוא מגן ובכך מונע ענישה מרתיעה ומסכן חיים". יוגב קרא לשופט

247 ראו Abramowicz, לעיל ה"ש 221, בעמ' 1617–1619.

248 חזקי עזרא "מוטי יוגב: 'על בג"ץ צריך להרים כף של טרקטור D9' ערוץ 7 (29.7.2015) [www.inn.co.il/News/Flash.aspx/494935](http://www.inn.co.il/News/Flash.aspx/494935)

249 שרון פולבר "בג"ץ הקפיא הריסות בתי כמה מחבלים בצו ארעי" הארץ (22.10.2015) [www.haaretz.co.il/news/law/1.2758489](http://www.haaretz.co.il/news/law/1.2758489)

250 ש.ם.

251 ש.ם.

פוגלמן לפשוט את מדיו "ולהצטרף לרשימה המשותפת שפסיקותיו כדעותיה"<sup>252</sup>. חבר הכנסת יוגב קינח את דבריו במסר מאיים כלפי השופט, ובעקיפין גם כלפי שאר שופטי בית-המשפט העליון: "ראוי שהממשלה וכך גם אני אשתדל בכנסת למצוא הדרכים לעקוף את פסיקותיו הלא מוסריות והלא מידתיות של השופט פוגלמן באופן שנרתיע רוצחים ואויבים ונגן על קיומם של עם ישראל ומדינת ישראל ונציל חיים"<sup>253</sup>. לאחרונה הוסיף חבר הכנסת יוגב על ביקורתו את הדברים החמורים הבאים, שלפיהם על מערכת הביטחון –

...לשים את בג"ץ בצד ב-72 שעות. לא להתחשב בדעתו שמסרסת. בג"ץ הוא זה ששותף לירידת ההרתעה של חיילי צה"ל ומדינת ישראל, לכך שגם הרצח הבא [יתרחש]... משום שאיננו מאפשר את אותה הריסת בית... בג"ץ הוא סוג של לה-לה-לנד, שחי שלא במדינת ישראל. השופטים הנמצאים בו וגם הנשיאה שנמצאת בו צריכים לדעת את מקומם. בג"ץ צריך לעשות תשובה גדולה ולתקן את עצמו ושלא להתערב בהחלטות ביטחוניות ומדיניות, זו לא סמכותו, זה לא מקומו – ועל ממשלת ישראל לקחת את ההגה לידיה... בג"ץ הוא עמוד הטבח, לא עמוד התווך. בגלל שהוא לא מאפשר הרתעה, ממשיכים חיילים להיהרג.<sup>254</sup>

על רקע אווירה פוליטית מתלהמת זו, ועל רקע הטעמים הרבים והמשכנעים שהובאו לעיל לקיומו של דיון נוסף, סירובה המתמשך והעיקש של נשיאת בית-המשפט העליון (בדימוס) נאור לקיים דיון נוסף עלול ליצור מראית-עין של כניעה שיפוטית ללחצים, וכפועל יוצא מכך מראית-עין של פגיעה קשה בעצמאותו של בית-המשפט העליון. במצב עניינים זה יכולה לעלות הטענה שבית-המשפט חש כי עצמאותו בסכנה וכי אל לו להתעמת עם הרשות המבצעת כאשר עמדת הפוליטיקאים בממשלה ועמדת הציבור תומכות באופן נרחב בהמשך יישומה של המדיניות.<sup>255</sup> החלטה בדבר קיום דיון נוסף עשויה להסיר מראית-עין מסוכנת זו. עם זאת, אנחנו מודעים לטיעון הנגדי, בעל התקפות והמשקל, שלפיו קביעת דיון נוסף בסוגיה והפיכתה של ההלכה הנהוגה או צמצומה עלולות לעורר מחאה ציבורית קשה ולהוביל לפעולות נוספות מצד הרשות המבצעת שיקשו בהמשך את עבודתו העצמאית של בית-המשפט העליון. אכן, לאורך השנים ניסה בית-המשפט העליון "להלך בין הטיפות" ולהימנע משלילת החוקיות של הריסת בתים. ייתכן שהטעם האמיתי לכך היה החשש מפני התגובה הציבורית על התערבות שיפוטית במדיניות צבאית. האם בית-המשפט אכן צריך להימנע מקביעת דיון נוסף בנושא הריסת הבתים מחשש לפגיעה בלגיטימיות שלו? איננו סבורים כך. ראשית, כאמור לעיל, נושא הלגיטימיות פועל לשני הכיוונים. עמדה שיפוטית שהשופטים עצמם סבורים כי היא אינה נכונה פוגעת בלגיטימיות של בית-המשפט. שנית, וחשוב מכך, אף שאנו סבורים כי

252 עדו בן פורת "מוטי יוגב 'מקפיץ' את השמאל – שוב" ערוץ 7 (22.10.2015) [www.inn.co.il/News/News.aspx/308414](http://www.inn.co.il/News/News.aspx/308414).

253 ש.ם.

254 יעקב גרודקה "יוגב פותח פה על בג"ץ: 'עמוד הטבח; שותף לרצח הבא'" *בחדרי חרדים* <https://bit.ly/2Rad3iL> (18.3.2018).

255 לסקרים ישנים המעידים על תמיכה רחבה של הציבורי הישראלי-היהודי במדיניות ראו Ariel *Merari, Israel Facing Terrorism*, 11 *Isr. Aff.* 223 (2005).

משפט וממשל כ תשע"ט הריסת בתים לצורכי הרתעה: ואם יש צדק – יופע מייד (בדיון נוסף)

הפסיקה שגויה, ייתכן שבית-המשפט יסבור אחרת בדיון הנוסף, מכל טעם שהוא. טענתנו המרכזית מכוונת לצורך בקיומו של אותו דיון נוסף, שבו יחליט בית-המשפט כפי שיחליט. לטיעון בדבר עצמאותו של בית-המשפט יש גם ביטוי מוסדי-פרסונלי, כמפורט בתת-פרק הבא.

#### 6. נימוקי הדחייה ומראית-עין של העדר עצמאות – נשיאת בית-המשפט העליון

האינטרס הציבורי-המוסדי הגלום בסעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה ובמוסד הדיון הנוסף מצדיק את הפקדת סמכות ההכרעה בבקשות לקיום דיון נוסף בידי נשיא בית-המשפט העליון, וזאת לנוכח מעמדו הייחודי, סמכויותיו והיקף תחומי האחריות שלו – הן ביחס לבית-המשפט עצמו והן ביחס למערכת השיפוטית בכללותה.<sup>256</sup> מעמד זה מעניק לו את התפקיד של "שסתום המעבר" בין הלכה רגילה לבין הלכה המצריכה דיון נוסף.<sup>257</sup> הנטל הגלום בתפקיד זה כבד. אולם מהי ההתנהלות הראויה במקרה שבו נשיא בית-המשפט העליון עצמו מעורב בעיצוב ההלכה מושא הבקשה לדיון נוסף? במקרה רגיל – וכפי שקרה בפרשת קלפי המיקוח, למשל – ההחלטה אם לקבוע דיון נוסף מתקבלת על-ידי מי שלא השתתף בהכרעה בהליך המקורי (בפרשה זו התקבלה ההחלטה על-ידי השופט שלמה לוין, ולא על-ידי הנשיא ברק, שהיה חבר ההרכב בהחלטה המקורית). הטעם לפרקטיקה זו ברור, והוא צמצום החשש – או למצער מראית-העין – שהחלטה אם לאשר דיון נוסף הושפעה מהעמדה המקורית של השופט המכריע בבקשה.

כפי שהטעים מרזל, במקרה שבו הלכה חדשה עומדת בסתירה להלכה המקורית, או שהיא הלכה קשה, חדשה או חשובה, קיים "יתרון בנקודת מבט 'חיצונית' להרכב, שלא יהיה בה משום ערעור עליו ועל שיקול דעתו העצמאי, שתהא חלק מאי-התלות והעצמאות של שופטי בית המשפט העליון ככאלה, ושתהא בידה גם הראייה הרוחבית הכללית של מנהל בית המשפט העליון והיחסים בין שופטיו, כמו גם ההשפעה על הרשות השופטת כולה וערכאות אחרות".<sup>258</sup> לטעמנו, אם נשיא בית-המשפט העליון פסק ביחס להלכה מושא הבקשה לדיון נוסף, הוא אינו יכול ליהנות באותה מידה מאותה נקודת-מבט חיצונית ועצמאית. למצער קיימת מראית-עין של העדר אותה נקודת-מבט.

עמדתנו זו זוכה בתמיכה מהקביעות השיפוטיות של הנשיא גרוניס בפרשת רוזן:<sup>259</sup> אומנם הפרקטיקה הקיימת היא שהשופטים שנתנו את פסק-הדין מושא הדיון הנוסף יושבים ככלל אף בדיון הנוסף עצמו, אף שהם כבר הביעו עמדה מוקדמת ונחרצת לגבי העניין העומד להכרעה בדיון הנוסף, אך עדיין "על פי הפרקטיקה הנוהגת, מי שמכריע בעתירה לדיון נוסף, כלומר בעצם השאלה אם לקיים דיון נוסף בפסק הדין, אינו אחד השופטים שישב בדין בפסק הדין מושא העתירה".<sup>260</sup>

256 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 230.

257 שם, בעמ' 231.

258 שם, בעמ' 230.

259 ע"א 461/14 רוזן נ' ביטון (פורסם בנבו, 14.1.2015).

260 שם, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

במקרה דנן נתנה הנשיאה נאור ביטוי לעמדתה העקרונית בפסיקה בדבר הריסת בתים (עמדה המכירה בחוקיותה של המדיניות), וקיים חשש, ולו למראית-עין, שהחלטתה השלילית ביחס לקיום דיון נוסף הושפעה מן החשש שעמדתה תיהפך בדיון הנוסף. יוער כי נתונים אמפיריים מעידים כי קשה יותר לשכנע את בית-המשפט לקיים דיון נוסף כאשר ההרכב המקורי כלל את נשיא בית-המשפט או את סגנו והם תמכו בהלכה שנקבעה.<sup>261</sup>

הנשיאה נאור פרשה בסוף 2017 מכס השיפוט, ומחליפתה היא הנשיאה חיות. עמדתנו הגורסת כי מוטב ששופטים שהביעו את דעתם באשר לחוקיותה של המדיניות לא ידונו בבקשות לדיון נוסף נכונה בעיקר ביחס לנשיאה חיות. האחרונה ישבה בהרכב שהוציא מתחת ידיו את פסק-הדין העקרוני, ובו הצטרפה לעמדתו של השופט רובינשטיין המאשרת את חוקיותה של המדיניות (גם אם אישור זה ניתן בהיסוס רב). בכך היא תרמה לביצור ההלכה בפסק-הדין האחד והיחיד למן שנת 1979 שבו דן בית-המשפט העליון בשאלת החוקיות ברמה העקרונית. תרומתה זו להכרעה העקרונית בסוגיה מחדדת את בעיית מראית-העין של העדר אובייקטיביות כבואה להכריע בבקשות לדיון נוסף. לפיכך, ולו לשם מראית-עין, היה על הנשיאה להימנע מלדון בכל בקשה לקיום דיון נוסף בעניין זה.

אומנם, באופן פורמלי, הנשיאה נאור ואחריה הנשיאה חיות (בהחלטתה מנובמבר 2017 בדנג"ץ אבו אלרוב<sup>262</sup> לדחות את הבקשה לדיון נוסף) לא ישבו במותבים שהוציאו את פסקי-הדין מושאי הבקשות לדיון נוסף. אולם עסקינן במהות, ולא בפורמליזם. מבחינה מהותית, הבקשות לדיון נוסף הוגשו לא נגד הלכה מסוימת בפסק-דין מסוים, אלא נגד ההלכה השיפוטית רבת השנים המאשרת את חוקיותה של המדיניות. במילותיו של הנשיא שמגר: "הדיון הנוסף... במרכזו אינה עומדת השאלה, אם בית המשפט נהג כהלכה... אלא נבחנת ההלכה המשפטית בתור שכזאת".<sup>263</sup> הנשיאות נאור וחיות תרמו להלכה שאישרה את חוקיותה של המדיניות בפסקי-דין שונים שלהן, ולכן לא היו אמורות לטעמנו להכריע בבקשות לדיון נוסף. לדעתנו, בכל מקרה שיוגש בעתיד להכרעה בית-המשפט יש להפקיד את החלטה בדבר קיומו של דיון נוסף בידי שופט שלא השתתף בהכרעות שיפוטיות בעניין זה או למצער לא דחה עתירה נגד חוקיותה של המדיניות.

פרשת רוזן, שהתמקדה באפשרות ששופט יכריע בהסגה על החלטתו המקורית, תומכת בטענתנו. בעניין זה נדרש בית-המשפט להוראה בחוק בתי-המשפט הקובעת כי ניתן לעתור ל"דיון חוזר" על החלטה שהתקבלה בבית-המשפט המחוזי המאשרת ניהול של תובענה נגזרת או תובענה ייצוגית הנוגעת בניירות-ערך, ושאותו דיון יתנהל לפני הרכב של שלושה שופטים בערכאה שבה ניתנה החלטה המאשרת את התביעה הנגזרת או התביעה הייצוגית, וזאת במקום האפשרות של הגשת בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון. בהקשר של הוראה זו קבע הנשיא גרוניס כי שופט שנתן החלטה המאשרת תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית אינו יכול להימנות עם ההרכב שידון בדיון החוזר. הטעם העיקרי שהצדיק את הקביעה הזאת היה החשש לקיומה של עמדה מוקדמת ביחס לעניין שיתברר בדיון החוזר. לשיטתו של בית-המשפט

261 ראו גם Goldschmidt, לעיל ה"ש 29, בעמ' 350.

262 דנג"ץ אבו אלרוב, לעיל ה"ש 9.

263 ד"נ 6/82 ינאי נ' ראש ההוצאה לפועל, פ"ד לו(3) 99, 101 (1982).



משפט וממשל כ תשע"ט הריסת בתים לצורכי הרתעה: ואם יש צדק – יופע מייד (בדיון נוסף)

העליון, עקרון האובייקטיביות השיפוטית מחייב "כי שופט שמתקיים לגביו חשש ממשי למשוא פנים, חייב לפסול עצמו מלשבת בדין".<sup>264</sup> מסקנתנו זו זוכה בתמיכה אף במשפט המשווה, המחדד את ייחודיות הוראותיו של ההסדר הגלום במוסד הדיון הנוסף ואת הצורך להפעיל את הסמכות לקביעת דיון נוסף בזהירות רבה וללא כל חשש למשוא-פנים. בארצות-הברית ההחלטה של בית-המשפט העליון הפדרלי להיעתר ל-petition for writ of certiorari מחייבת החלטה של לפחות ארבעה שופטי עליון, ובמקרה שתתקבל החלטה כזאת יתקיים הדיון בבית-המשפט העליון *en banc*. גם ההליך של *en banc* rehearing בבית-המשפט האמריקאי לערעורים מחייב החלטה של רוב שופטי ה-circuit. לעומת זאת, הסמכות להחליט בדבר קיומו או אי-קיומו של דיון נוסף נתונה בישראל בידי שופט אחד בלבד. עובדה זו מחדדת את הצורך בהתנהלות זהירה בהפעלת סמכות זו, וזהירות זו מחייבת לטעמנו את הימנעותו של שופט שהיה מעורב בקביעת ההלכה בדבר חוקיותה של המדיניות מלהכריע בבקשות לדיון נוסף בעניינה של הלכה זו.

## ה. סיכום ומסקנות

בשלוש השנים האחרונות נתן בית-המשפט העליון פסקי-דין רבים בסוגיית חוקיות המדיניות של הריסת בתים לצורכי הרתעה. פסקי-דין אלה חשפו ביקורת שיפוטית רחבה ועזה נגד חוקיותה של המדיניות. שופטים רבים (השופט מזוז וכן השופטים פוגלמן, ברון, ג'ובראן, ברק-ארז וזילברטל, ובאופן נוקב פחות גם השופטת חיות) הטילו ספק כבד בחוקיותה של המדיניות בכללותה ובחוקיותם של היבטים שונים שלה בפרט. אולם אותם שופטים, למעט השופט מזוז, הדגישו כי בשל קיומה של הלכה עקרונית המכירה בחוקיותה של המדיניות, ובשל 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 המדיניות, ובקריאות לקיום דיון מעמיק ובהרכב מורחב במכלול הסוגיות הרלוונטיות. יודגש: איננו מכירים סוגיה עקרונית אחרת כלשהי שגרמה לפיצול כה עמוק במשך זמן כה רב ובמספר כה גדול של פסקי-דין בבית-המשפט העליון.

התוצאות המשפטיות והמוסדיות השליליות הנובעות ממצב עניינים זה, 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. במאמר טענו כי כל העילות הנורמטיביות-הסטטוטוריות לקיומו של דיון נוסף מתקיימות בתחום הריסת הבתים: פסיקת בית-המשפט בעניין זה הינה חשובה, קשה, שגויה ועמוסה סתירות פנימיות, והיא סותרת הלכות קודמות ומושכלות-יסוד של בית-המשפט העליון בתחום הרחב של שימוש באמצעים מנהליים-בטחוניים בשטחים. המאמר ניתח את הסיבות המצריכות דיון נוסף במישור הנורמטיבי (חשיבות הסוגיה, קשיותה, הסתירות השונות בהלכה הקיימת, הצורך להתחשב במשפט ההומניטרי הבינ-לאומי ובדיני התפיסה הלוחמתית, והתעמתות עם דיני זכויות האדם

264 פרשת רוזן, לעיל ה"ש 259, פס' 9 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

הבין-לאומיים, עם המשפט הפלילי הבין-לאומי ועם טענת ההפליה) ובמישור המוסדי (הדיון הנוסף יאפשר להתעמת עם המרד השיפוטי שפרץ נגד ההלכה, יחזק את מראית-העין של עצמאותו של בית-המשפט, ויוביל לסיום התהליך שבו נהפך בית-המשפט העליון מבית-משפט לבית-שופטים).

ניתוח זה, על רקע בחינת עשרות בקשות לדיון נוסף שהוגשו לבית-המשפט בסוגיות אחרות, הובילנו למסקנה כי הדיון הנוסף בסוגיה זו יענה, כמילותיהם של בן-נון וחקבין, על "אינטרס הציבור בעיון מחדש בהלכה פסוקה חשובה ומרכזית".<sup>265</sup> הנסיבות השיפוטיות והאחרות שנוצרו ביחס להריסת בתים, כפי שנתחו במאמר זה, אכן הופכות את השימוש במוסד הדיון הנוסף בדיון בהקשר זה לשימוש "מושכל וזהיר ורק לשם הגשמת התכלית המיוחדת של הדיון הנוסף".<sup>266</sup> אומנם, כפי שנפסק בעניין אפרופים, "השאלה מהו היקפה ומהו טיבה של קשיות, חשיבות, או חידוש של הלכה, המצדיקים – יחד עם שיקולי המקרה הקונקרטי – קיומו של דיון נוסף, לא מצאה תשובה ממצה ומקפת בפסיקה. יתכן, שלא ניתן לתת לה תשובה כזו".<sup>267</sup> אולם בתחום הריסות הבתים נראה כי נחיצותו של הדיון הנוסף זועקת לשמייים. הטעמים הנורמטיביים והמוסדיים שנתחו במאמר זה תומכים – כל אחד בנפרד וביתר שאת במקובץ – בצורך בקיומו של דיון נוסף. אין כיום, לטעמנו, סוגיה מתאימה יותר להכרעה במסגרת זו מן הסוגיה של הריסת בתים לצורכי הרתעה. אם לשאול מדבריו של הנשיא ברק, העניין "משתייך לאותם מקרים חריגים-בחריגים, נדירים-שבנדירים" המצדיקים – ואולי גם מחייבים – קיומו של דיון נוסף.<sup>268</sup> על-פי פסיקת בית-המשפט העליון, נדירות זו מתקיימת, למשל, כאשר "...נפלה בפסק הדין טעות מהותית, שהוא פוגע בעקרונות היסוד של השיטה או בתפיסת הצדק של החברה, שהוא מביא לתוצאה שלא ניתן לחיות עימה, שחלו שינויים משמעותיים במציאות או בחוק, אותם אין ההלכה משקפת".<sup>269</sup> במאמר זה טענו כי ההלכה בנוגע להריסת בתים עונה על כל אחת מהחלופות הללו.

נימוקי הדחיות של הנשיאה נאור תומכים אף הם בצורך בדיון נוסף. הבקשה בדנג"ץ המוקד להגנת הפרט לקיום דיון נוסף נסמכה על הטענה כי השימוש באמצעי של הריסת בתים מנוגד לכללי המשפט הבין-לאומי וכי טענה זו לא הוכרעה לגופה בפסיקתו של בית-המשפט. טענה זו נדחתה כאמור על-ידי נשיאת בית-המשפט העליון נאור.<sup>270</sup> בנימוק ה"מעגלי"<sup>271</sup> שלפיו דיון נוסף ראוי שייקבע כאשר יש נימוקים מעוררי מחלוקת לפסקי-דין, ולא כאשר אין נימוקים לפסק-הדין: "טענתם המרכזית של המבקשים היא... שטענותיהם העיקריות לא נדונו

265 בן-נון וחקבין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 614.

266 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 272.

267 פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 36, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

268 עניין רוזנשטיין, לעיל ה"ש 35, פס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

269 פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 36, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן; מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 248.

270 ראו דנג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7.

271 מיכאל ספרד "קללת בג"ץ: על האחריות האישית לענישה קולקטיבית: בעקבות בג"ץ 220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם 51, 12 (2016)

.www.colman.ac.il/sites/default/files/sfard.pdf

לעומק בפסק-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-המשפט לא דן... ההליך של דיון נוסף לא נועד לדיון מחדש במה שלא נדון בפסק-הדין...<sup>272</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..."<sup>273</sup> אולם הנימוק של הנשיאה מספק למעשה צידוק כבד-משקל לטענתנו בדבר הצורך בקיום דיון נוסף: הרי אם הטענות נגד חוקיותה של המדיניות אכן לא זכו במענה שיפוטי, אזי כיצד ניתן להתייחס להלכה שיצאה כאל הלכה מעמיקה ומחייבת אשר חסינה מפני הצורך בבחינה מחודשת? הקביעה כי לא התנהל דיון מעמיק בטענות בדבר אי-חוקיותה של תקנה 119 תומכת בטענתנו העיקרית: חרף קיומם של מאות דיונים, שהובילו ליותר ממאה וחמישים החלטות שיפוטיות במשך קרוב לארבעים שנה, הסוגיה העקרונית ורבת החשיבות של חוקיות המדיניות טרם זכתה בליבון מעמיק.

אם נשוב למחקרו של גיא זיידמן, הרחבת ההרכב יכולה להיעשות מכוח שיקולים מקצועיים-משפטיים, שיקולים מקצועיים פנים-מערכתיים או שיקולים מערכתיים-חיצוניים. להבנתנו, כל השיקולים הללו תומכים בתזה של מאמר זה. באשר לשיקולים מקצועיים-משפטיים, סיעור-מוחות בפורום רחב ביחס לעניין מורכב, מסובך או שנוי במחלוקת, כמתאפשר במסגרת דיון נוסף, נדרש במיוחד בהקשרה של ההלכה המאשרת את חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים. זאת, לנוכח הבעיות המשפטיות העולות מעיון בסוגיה. דיון נוסף יאפשר לבית-המשפט לבחון הלכה שרבים סבורים כי היא מנוגדת למשפט הבין-לאומי ולעקרונות המשפט הישראלי. אכן, 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. הדבר מחייב את קיומו של אותו דיון מחודש, שיעצור את תהליך הפיכתו של בית-המשפט לבית-שופטים. דיון זה יאפשר לבית-המשפט, לאחר קרוב לארבעים שנות פסיקה בתחום, לבחון בצורה מעמיקה, מקיפה, שיטתית וחפה מסתירות פנימיות את חוקיותה של המדיניות לאור המשפט הבין-לאומי, ולקבוע בצורה מנומקת ומושכלת אם מדיניות הריסת הבתים חוקית על-פי המשפט הישראלי והמשפט הבין-לאומי.

רק באמצעות דיון עקרוני וממצה בהרכב מורחב יוכל בית-המשפט לסיים את הנתק בינו לבין שופטיו, ולהפסיק את הליך הפיכתו לבית-שופטים בתחום זה. אכן, הדיונים הנוספים שהתקיימו בשנים האחרונות בעניין ברירת הדין בדיני נזיקין (הלכת יובינר)<sup>274</sup> ובשאלת האפשרות של נתין אויב להגיש תביעה נגד מדינת-ישראל בישראל (הלכת דיראני)<sup>275</sup> אפשרו לבית-המשפט להתעמק במחלוקות השונות בין השופטים ובשאלות שהטרידו את מנוחתם, ובכך המחישו את התועלת הרבה שניתן להפיק מדיון בהרכב מורחב.

272 דנג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 7, פס' 4 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (ההדגשה הוספה).

273 דנג"ץ מסודי, לעיל ה"ש 8, פס' 8 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (ההדגשה הוספה).

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

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

אומנם, כתוצאה מדיון נוסף זה עשוי להיווצר מצב שבו בית-המשפט העליון משנה הלכה עקבית וארוכת-שנים שאישרה את המדיניות. אולם שינוי מדיניות כזה אינו חסר תקדים. לאורך השנים קבע בית-המשפט העליון, בכמה פרשות שנבחנו בדיון נוסף, כי נפלה טעות בפסיקה בפסק-הדין המקורי.<sup>276</sup> הנשיא ברק, ששינה את דעתו בפרשת קלפי המיקוח, וזאת במסגרת דיון נוסף בפרשה, כתב כך: "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>277</sup>

**באשר לשיקולים מקצועיים פנים-מערכתיים, ככל ששיעור גדול יותר מקרב שופטי בית- המשפט העליון שותפים לדיון, החלטתם צפויה להיתפס כמחייבת יותר מבחינה מוסדית, ולפיכך הרכב עתידי ינהג ריסון ואיפוק בטרם יחליט לסטות מהלכה שנקבעה במושב מורחב, וכך תגבר היציבות המשפטית, אשר כה נדרשת בתחום זה.**<sup>278</sup> למיטב שיפוטנו, ללא דיון נוסף תמשיך קרוב לוודאי הסוגיה להטריד את בית-המשפט העליון במקרים רבים ומסובכים. השאלה העקרונית העולה במסגרת דיון נוסף עולה בכל עתירה הנוגעת בהריסת בתים. מכיוון שלצערנו סביר להניח כי פעולות החבלה יימשכו, ובהעדר שינוי במדיניות הממשלה בנושא זה, ימשיכו עתירות נגד הריסת בתים להגיע לפתחו של בית-המשפט העליון, ובית-המשפט ימשיך להתעמת עם עתירות אלה בקולות שונים וסותרים, תוך חרפת אופייה הכאוטי של פסיקתו. קיומו של דיון נוסף יכול לתת מענה למצב ענייניים זה. כל עוד לא תוכרע המחלוקת המשפטית, היא תמשיך לאתגר את בית-המשפט העליון. אכן, רק לאחרונה העסיקו סוגיית חוקיותה של המדיניות והצורך בקיום דיון נוסף בעניינה את השופטים ברון,<sup>279</sup> פוגלמן<sup>280</sup> ודנציגר<sup>281</sup> (שקראו בדרך זו או אחרת לקיום דיון נוסף) וכן את השופט סולברג (שהטעים נגד הצורך בו).<sup>282</sup>

**באשר לשיקולים מקצועיים חוץ-מערכתיים, החלטה להרחיב את ההרכב משדרת כי מדובר בעניין חשוב במיוחד וכי הוא נשקל בכובד-ראש מיוחד, ופסק-הדין שניתן במסגרת זו מעביר מסר מערכתי חזק,**<sup>283</sup> אשר נדרש עד-מאוד בנסיבות העניין.

אכן, הפיצול שנוצר בבית-המשפט בין שלושת המחנות, ריבוי ההלכות הסותרות, הסתירות הפנימיות ביחס לשאלות-היסוד המשפטיות שבלב המדיניות והמגבלות הרבות והסותרות לעיתים העולות מפסקי-הדין יוצרים בוקה ומבולקה בכל הקשור להלכה המחייבת. בית- המשפט בוחר באופן מוצהר להעדיף את היציב על-חשבון האמת (אם לשאול מאמרתו של

276 ראו מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 190–191.

277 פרשת קלפי המיקוח, לעיל ה"ש 116, פס' 22 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

278 בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 615.

279 עניין אלג'מל, לעיל ה"ש 100.

280 בג"ץ 5942/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 3.8.2017).

281 עניין קונבר, לעיל ה"ש 76.

282 עניין פלוני, לעיל ה"ש 280, פסק-דינו של השופט סולברג.

283 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 193.

משפט וממשל כ תשע"ט הריסת בתים לצורכי הרתעה: ואם יש צדק – יופע מייד (בדיון נוסף)

הנשיא זמורה<sup>284</sup>), אך בחירה זו 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. אלה מתקשים לכלכל את מעשיהם במציאות של הלכות סותרות ובלתי-צפויות, כאשר חוקיות צעדיהם תלויה בהרכב המסוים הדין בעניין. לפיכך, גם אם המדיניות אכן יכולה לקדם הרתעה (הנחה שלגביה אנחנו ספקנים עד-מאוד), מצב עניינים שיפוטי זה מכרסם באפשרות להגשמת אותה הרתעה.

השימוש בדיון נוסף יכול להוביל להפיכת ההלכה או לאשרורה. שתי התוצאות הללו מצדיקות לטעמנו את קיומו של הדיון הנוסף. אנו תקווה כי הדיון הנוסף יתקיים וכי ההחלטה השיפוטית שתמסר במסגרתו תאסור את השימוש במדיניות, תוך תיקון הטעויות המשפטיות הגלומות בהלכה המקורית. אך גם אם יקבע בית-המשפט בדיון הנוסף כי המדיניות חוקית, עדיין תהיה בדיון זה תועלת רבה. כדברי השופט מרזל, שנאמרו באופן כללי ביחס למוסד הדיון הנוסף: "גם אם לא יהיה שינוי של העמדה עצמה, עצם הרחבת ההרכב והצגת דעות נוספות – וחילוקי דעות – יכולים להביא להלכה ברורה ו'רחבה' יותר ביסוד הנמקתה".<sup>285</sup> אך הדיון הנוסף יכול להוביל גם לתוצאה שלישית: אשרור חוקיותה של המדיניות תוך הטלת איסור על שימוש בה בנסיבות שבהן צווי ההריסה מיושמים נגד בני משפחה שלא ידעו על מעשה החבלה של המחבל ולא היו מעורבים בו. גם תוצאה זו עדיפה בעינינו על הסטטוס-קוו המשפטי, המאפשר יישום צווי הריסה בנסיבות אלה, תוך הפרת מושכלות-יסוד של המשפט הבין-לאומי והמשפט הישראלי. יודגש: קיומו של דיון נוסף יכול להיות מוצדק אף בנסיבות שבהן נימוקי ההלכה ישתנו, גם ללא הפיכתה.<sup>286</sup>

נבקש לסיים מאמר זה בדבריה של השופטת חיות, שחתמה את דעתה בפסק-הדין הערוני בדברים שמסתמכים על שירו של המשורר יהודה עמיחי "המקום שבו אנו צודקים", ואשר מחזקים את נחיצותו של הדיון הנוסף (הגם שיכולה לעלות תהייה מדוע בחרה השופטת בהקשר זה בשיר העוסק בבית הרוס): מעשי הטרור הקשים הנעשים נגד ישראלים "אסור שישכיחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פיסקת ההגבלה. בשבחי הספקות, אשר חשוב שינקרו תמיד גם בלב הצודקים, דיבר המשורר יהודה עמיחי בשירו 'המקום שבו אנו צודקים'".<sup>287</sup> הדיון הנוסף יאפשר לבית-המשפט העליון להתעמת באופן ישיר ומעמיק עם ספקות אלה.

284 ע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב 235, פס' 32 לפסק-דינו של הנשיא זמורה (1949).

285 מרזל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 250.

286 שם.

287 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 4, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת חיות.