



המלחמה על הבית

**בעקבות בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובג"ץ
8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**

מבזק הארות פסיקה זה עוסק בעתירה כנגד הוצאת צו החרמה והריסה לביתה של דועאא עליוה בעיר שכס, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.¹ הסנקציה מסוג צו ההריסה, ננקטה על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, כיוון שבבית התגוררה משפחתו של ראג'ב אחמד מוחמד עליוה, אשר פיקד על החוליה שרצחה ביריות את בני הזוג הנקין ז"ל.

במסגרת העתירה טענו העותרים נגד חוקיות התקנה וביצוע הצו. בהתנגדותם לביצוע הצו העלו העותרים טענות רבו וביניהן כי הצו הוצא בחפזה וללא קיום שימוע; כי ביצוע הצו יפגע פגיעה קשה ובלתי-מידתית בזכות הקניין של משפחת עליוה בבית; כי בניגוד לתכלית ההרתעה המוצהרת יש בקיום הצו להביא להגברת שנאה ועידוד יצר נקמה, כך שנעדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה; כי התקנה סותרת את המשפט הבינלאומי ההומניטרי המסדיר את הפעלת סמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח כבוש, ובייחוד את סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם, וכן את תקנה 50 לתקנות האג, האוסרת הטלת ענישה קולקטיבית. זאת, בנוסף להוראות שונות באמנות האו"ם, כגון האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, שאוסרות גם הן ענישה קולקטיבית; כי הצו חוטא בהפרה של עקרון המידתיות בכל הנוגע ליישום מדיניות הריסת הבתים כנגד מי שאינם יהודים ומהווה אפליה בין פלסטינים לבין יהודים.

מנגד השיבה המדינה, כי על רקע החמרה במצב הביטחוני ועלייה מתמדת בפעילות הטרור נגד מדינת ישראל, הפעלת הסמכות לפי התקנה כלפי בית משפחת עליוה היא חיונית לצורך הרתעת מפגעים פוטנציאליים נוספים, והפעלתה של הסמכות לשם כך מותרת בדין. לדידה של מדינת ישראל, התכלית העומדת ביסוד הפעלת הסמכות לפי התקנה היא הרתעתית בלבד ולא עונשית, כיוון שההרתעה פועלת, לעתים, גם כלפי בני המשפחה שיפעלו למניעת מעשי טרור, מחשש כי יבולע לביתם. כנגד הטענה כי מדובר בענישה קולקטיבית כלפי אנשים בלתי-מעורבים, טענה המדינה כי אין זו אלא פגיעה נלווית בלבד למטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות.

השופט אורי שהם, דן בעתירה תוך שהוא מכיר עקרונית בחוקיות הפעלת הסמכות מכוח התקנה, ובחר לעסוק בשאלה העובדתית-ראייתית של אפקטיביות נקיטת צעד

¹ תק' 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "התקנה").



דרסטי כדוגמת הריסת בתים לצורך השגת הרתעה, כיוון שזוהי, לכאורה, תכליתה היחידה. לדידו, עקרון המידתיות אינו מאפשר להניח לעד כי בחירה באפשרות דרסטית של הריסת בתים או אטימתם, משיגה הרתעה בלא שיובאו נתונים המאמתים השערה זו. לפיכך, יש לבחון מעת לעת את הכלי ותועלתו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בעתיד בפני בית המשפט נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק.

עם זאת, ומבלי שפירט בכך, השופט שהם קיבל את טענת המדינה כי אפקטיביות הריסת הבתים כאמצעי הרתעתי נבחנת מעת לעת, וקבע כי בנסיבות הזמן והמקום מדובר במכשיר הרתעתי אפקטיבי, ככל שמימוש במועד קרוב לפיגוע הטרור. מסקנתו הסופית הייתה, ללא ציון המקורות עליהם הסתמך בקביעתה, כי התועלת ההרתעית המושגת ממהלך של הריסות בתים היא משמעותית ביותר, ועולה לאין שיעור על החשש מפיגועי נקמה. את הטענה בדבר אפליה שבהפעלת הסנקציה על ערבים בלבד דחה, ונימק זאת בהסתמך על פסיקה קודמת, לפיה במגזר היהודי אין צורך בהרתעה כזו כיוון שהציבור היהודי, ככלל, מורתע ואינו מוסת.

השופט ניל הנדל הצטרף לדעתו של השופט שהם, לפיה הריסת בתים יוצרת הרתעה אפקטיבית.

השופט מני מזוז התנגד לדעת הרוב, וסבר כי הטענות לפיהן הריסת בתים כאמצעי הרתעתי עומדת בסתירה לחוק הבינלאומי ההומניטרי ולמשפט זכויות האדם, הן כבדות משקל וראויות לבירור יסודי, ואילו תגובת המדינה לטענות אלה, שנפרשה על פני ששה עמודים בלבד שחלק ניכר מהם ציטוטים מפסקי דין קודמים, אינה בגדר מענה מספק. עוד קבע השופט מזוז, כי חידוש הפרקטיקה מכוח התקנה לאחר תקופה של כעשור בה הוקפאה, מעלה שאלות משפטיות קשות אשר טרם ניתן להן מענה מספק ועדכני על ידי בג"ץ, וכי ההלכות הקיימות המאפשרות פרקטיקה זו ניתנו בטרם העידן החוקתי במשפט הישראלי, ובהתעלם מתמורות מפליגות בנורמות המשפט הבינלאומי הרלוונטיות לסוגיה.

השופט מזוז סקר, בקליפת אגוז, את יחסו של הדין הבינלאומי לסוגיה, ומצא כי התקנה עומדת בניגוד גמור לאיסורים רבים הנגזרים מהוראותיהם של הדין הבינלאומי ההומניטרי, משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט הפלילי הבינלאומי. לדידו גם בירור חוקיותה של התקנה ברוח המשפט החוקתי הפנימי של מדינת ישראל, בעיקר בהיבטים של מידתיות, מציף ספקות רבים באשר לקביעתם הנחרצת של חבריו למושב בעניין זה. עוד התייחס מזוז לכך שהריסות בתים מתבצעות בצורה מפלה, שכן המדינה אינה מבקשת להרוס את בתיהם של מפגעים יהודים. נוכח כובד משקלן של מסקנותיו ושל משקלן המצטבר, קבע השופט מזוז כי על בית המשפט לדרוש מהמדינה תגובה מפורטת למכלול טענותיהם של העותרים.



בג"ץ דחה את העתירה בדעת רוב, וקבע כי המפקד הצבאי הפעיל את שיקול דעתו בנוגע להוצאת צו ההריסה, בסבירות ובמידתיות.
מאז ניתן פסק הדין, ניתנו עוד שתי הכרעות בנושא הריסת בתים ששורתן התחתונה מאששת החלטה זו, אך הן עשויות לאותת על שינוי מגמה.²

חלק מהארות הפסיקה במבזק זה מתייחסות גם להחלטות אלה.

עו"ד מיכאל ספרד, עו"ד טל מימרן ועו"ד איתן דיאמונד מאירים את פסק הדין.

קישור לפסק הדין: בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנוב, 1.12.2015)

² בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנוב, 22.12.2015); בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנוב, 28.12.2015).