

התקווה והצער – מורשתו השיפוטית של השופט מזוז בנושא מדיניות הריסת בתי פעילי טרור

טל מימרן*

”אדם יוצא מבית
והבית אינו יוצא מן האדם.
הוא נשאר,
על קירותיו ועל התלוי בהם ועל חדריו
ודלתותיו הנסגרות בזהירות.
או כי הבית מתרחב והולך
ונעשה לדרכים שבהם
ילך זה שיצא מן הבית.”

יהודה עמיחי ”אהבה הפוכה” 1961

- א. מבוא
- ב. מדיניות הריסת בתים – רקע
- ג. מורשתו השיפוטית של השופט מזוז
 1. פרולוג
 2. מסע אל פסיקתו של השופט מזוז בנושא מדיניות הריסת בתים
 - 2.1 פתיחה דרמטית – אתה מתחיל הכי מהר שלך, ולאט לאט אתה מגביר
 - 2.2 מערכה שנייה – כרסום ואיום ישיר על ההלכות הקיימות
 - 2.3 מערכה שלישית – נקודת השבר
 - 2.4 מערכה רביעית – רכיבתו של הפרש הבודד אל עבר השקיעה
 3. בין יעילות לחוקיות – האם מדיניות הריסת הבתים משיגה את מטרתה?
 - 3.1 יעילות המדיניות

* ד"ר טל מימרן הוא חבר סגל במכללה האקדמית צפת; המנהל האקדמי של הפורום למשפט בינלאומי של האוניברסיטה העברית וראש תכנית במכון תְּכָלִית. מתוך הכרת תודה על כהונתו ועל שירותו לציבור אשר התאפיין ביושרה מקצועית, בהוגנות ובעצמאות שיפוטית – זהו כבוד ועונג לתרום פרק זה לספר הפרידה מהשופט מזוז.

3.2 חשיבותה המוגברת של בחינת חוקיות המדיניות

4. אפילוג

ד. סיכום

א. מבוא

מדיניות הריסת הבתים היא אמצעי קיצוני אותו מפעילה מדינת ישראל על בסיס הרצון להרתיע פעילי טרור פוטנציאליים או סייענים אפשריים.¹ מאז דחיית העתירה הראשונה נגד מדיניות הריסת הבתים, בשנת 1979,² בית המשפט העליון מאשר, בעקביות, את המשך השימוש במדיניות זו תוך הטלת מגבלות מסוימות. זאת אף על פי שהמדיניות מפרה מגוון הוראות דין.³ במהלך שנותיו בבית המשפט העליון, הביע השופט מזוז ביקורת רבה על ההלכות בנושא מדיניות הריסת הבתים ועל הרלוונטיות שלהן לימינו אנו.⁴ על רקע פרישתו מבית המשפט העליון, מאמר זה סוקר את מורשתו השיפוטית הענפה של השופט מזוז בתחום הריסת הבתים, מדיניות שהובילה לחידושים פסיקטיים והשפיעה על יישום המדיניות.⁵

במשך תקופה מסוימת היה השופט מזוז נושא הדגל של המרד נגד מדיניות הריסת הבתים. אך הוא לא ניצב לבדו בעמדותיו הביקורתיות לגבי המדיניות: הנשיאה חיות,⁶ המשנים לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין⁷ וג'ובראן,⁸ כמו גם

-
- 1 לדין כללי בנושא המדיניות, ראו: גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים" משפט וממשל יט 43 (2018).
 - 2 בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 464 (1979).
 - 3 בין היתר, האיסור בדבר ענישה קולקטיבית מכוח אמנת ג'נבה הרביעית, האיסור בדבר יחס בלתי אנושי ומשפיל לפי האמנה נגד עינויים, פגיעה בקניין ובזכות להליך הוגן ועוד. לדין ראו Guy Harpaz, *When Does a Court Systematically Deviate from its Own Principles? The Adjudication by the Israel Supreme Court of House Demolitions in the Occupied Palestinian Territories*, 28 LEI. J. INT. L. 31 (2015).
 - 4 בג"ץ 7220/15 עליה נ' מפקד כוחות צה"ל בנגדה המערבית, פס' 3 לפסק הדין של השופט מזוז (נבו 1.12.2015).
 - 5 למשל, הקביעה שלפיה שיהוי של 11 חודשים בהוצאתו לפועל של צו הריסה מייצר ספק לגבי הגשת המטרה ההרתעתית העומדת בבסיס המדיניות. ראו בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (נבו 1.12.2015).
 - 6 בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון, פס' 5 לפסק הדין של השופטת חיות (נבו 31.12.2014) (להלן: "פרשת המוקד להגנת הפרט").
 - 7 שם, בפס' כ"ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין.
 - 8 בג"ץ 2002/16 אבו-אלרוב נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו 24.3.2016).

השופט מלצר⁹, הסכימו כי יש לבחון מעת לעת את יעילות המדיניות. בדומה, השופטת ברק-ארוז, כדי לראות שאין שכרו של האמצעי יוצא בהפסדו, הציעה לבחון מעת לעת את הנתונים לגבי ההרתעה.¹⁰ ואילו השופטת ברון¹¹ והשופט קרא¹² הביעו ספק באשר לקיומה של הרתעה ותמכו בצורך להעמיד את ההלכות הקיימות בנושא למבחן מחודש. ועדיין, מספר עתירות לדיון מחדש בחוקיות ויעילות המדיניות נדחו על ידי הנשיאה בדימוס נאור ז"ל.¹³ כניסתה לתפקיד של הנשיאה חיות, אשר הביעה קושי עם ההלכות הקיימות ועם הצורך ללכת בתלם ההלכות הקיימות בנושא,¹⁴ עוררה תקווה שאולי תשתנה ההחלטה שלא לדון באופן עקרוני במדיניות. אך השינוי המיוחל לא הגיע.¹⁵ למעשה, מאז פרישתו של השופט מזוז – נראה שלהבת המרד השיפוטי שהתעוררה בתקופתו כבתה ולא התעוררה מחדש.¹⁶

- 9 בג"ץ 1633/16 פלונים נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פס' 27 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 31.5.2016).
- 10 עניין אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 8, בפס' 3 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז.
- 11 בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' מפקד כוחות צה"ל לאזור הגדה המערבית, פס' 1-3 לפסק הדין של השופטת ברון (נבו 10.1.2019).
- 12 שם, בפס' 4-5 לפסק הדין של השופט קרא.
- 13 פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 6; דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (נבו 12.11.2015); פרשת עלייה, לעיל ה"ש 4.
- 14 פרשת המוקד להגנת הפרט, שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופטת חיות ("הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה").
- 15 לדין, ראו טל מימרן "אם לא עכשיו, אימתי? בחינה מחודשת של חוקיות ויעילות מדיניות הריסת הבתים" **ICON-S-IL Blog** (12.2.2019) <https://did.li/Q6Caa>.
- 16 אומנם ישנם שופטים אשר הביעו התנגדות למדיניות, ואף הפנו לעמדתו של מזוז בנושא, אבל לא נוצרה תנועה רחבה של ערעור על ההלכות הקיימות בנושא ממש כפי שקרה בתקופתו של מזוז. ראו, למשל, בג"ץ 4088/22 אלרפעי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 4-5 לפסק הדין של השופט כבוב (נבו 7.7.2002). המגמה שבה חזינו בהקשר של השופט מזוז אירעה בעבר, גם אם לא במידה נרחבת שכזו, במובן שלעיתים נוצרה התנגדות של שופט מסוים להלכות הקיימות. כמו, כפי שקרה עם הצטרפותו של שופטת דורנר לבית המשפט, כאשר המשנה לנשיא חשין ז"ל, אשר סחף אחריו שופטים אחרים, אלא, שלאחר עזיבתם של אותן דמויות בולטות שהובילו עמדה מנוגדת להלכה הקיימת – הוביל הדבר לעמעום רוח השינוי עד להיעלמותה לחלוטין. כפי שאפרט בפרק זה, חשוב לחדד כי תנועת ההתנגדות למדיניות אותה הוביל מזוז הייתה ללא ספק המשמעותית והנרחבת ביותר – מבחינה איכותית וכמותית. ראו, למשל, מיכאל ספרד "קללת בג"ץ: על האחריות האישית לענישה קולקטיבית" **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 31, 6 (2016); איתן דיאמונד "על עוון הבן ועל משה מתגלגל" **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 31, 43 (2016).

לאחר מבוא זה, אמשך עם הצגת רקע למדיניות הריסת הבתים. משם, אסקור בהרחבה את מורשתו השיפוטית של השופט מזוז בנושא מדיניות הריסת הבתים. בהמשך, אדון בשתי סוגיות: ראשית, האם מדיניות הריסת הבתים יעילה בהשגת הרתעה מפני פניה לטרור (מטרתה העיקרית של המדיניות), ושנית, חשיבותה של ביקורת שיפוטית בישראל כגורם מונע התערבות שיפוטית בין-לאומית.

ב. מדיניות הריסת הבתים – רקע

שורשיה של מדיניות הריסת בתים נטועים בניסיונות עבר של מדינות כבריטניה, גרמניה, טורקיה ורוסיה, בניסיונותיהם להתמודד עם כוחות גרילה ועם ארגוני טרור.¹⁷ בהקשר של מדינת ישראל, מדיניות הריסת בתים הייתה אחד מני אמצעים רבים שננקטו נגד הטרור הפלסטיני למן שנת 1967.¹⁸ מבחינה חוקית המדיניות מתבססת על הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן "תקנה 119 לתקנות ההגנה או תקנה 119"), שהיא חלק מחקיקת חירום שחוקקו הבריטים בתגובה לפעולות טרור שביצעו ארגונים ערביים ויהודיים. נוסף על הריסת בתים, הוראה זו כוללת סמכויות נרחבות כגון מעצר, גירוש והחרמת רכוש ללא הליך הוגן.¹⁹ תקנה 119 מסדירה את סמכותו של המפקד הצבאי, כאשר יש לו טעם לחשוש כי בוצעה עברה ביטחונית, להורות על הריסת בתים בישראל ובשטחי הגדה המערבית או על צעד מחמיר פחות כגון אטימה חלקית או מלאה של הבית.²⁰ האמצעים המוסדרים בתקנה מדורגים על פי חומרתם; החל בהחרמה בלבד, עובר בהחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה, וכלה בהריסת המבנה.²¹ בית המשפט העליון קבע כי המפקד נדרש להסתמך על

17 ענבר לוי, אלעד גיל ויוגב תובל (בהנחיית יובל שני ומרכזי קרמניצר) אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים 191–193 (2010).

18 בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 1–9 לפסק הדין של השופטת נאור (נבו 5.1.2009).

19 תקנה זו נשארה בתוקף מכוח ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

20 DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES, 145 (2002).

21 בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 442 (1982). כאשר מדובר במבנים בגדה המערבית, המפקד הצבאי הוא מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; במקרה שמדובר בשטחה הריבוני של ישראל (לרבות מזרח ירושלים) המפקד הצבאי הוא אלוף פיקוד העורף. חרף חומרת הסנקציה המדוברת, בתי המשפט בישראל הכירו בכך שהמפקד הצבאי יכול להורות על הריסה או על אטימה של בית בלי שתהיה הרשעה בדין, אלא רק על בסיס חשדות מבוססים לביצוע עברה ביטחונית. ראו, לדוגמה: בג"ץ 22/81 חאמד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לה(3) 223, פס' 3 (1981); בג"ץ 274/82

חשד המבוסס על תשתית ראייתית מספקת לשם גיבוש החלטה מינהלית.²² נטען כי ישנן שלוש הצדקות עיקריות למדיניות הריסת הבתים: ראשית, מטרת המדיניות היא להרתיע מביצוע פעולות טרור, כמו גם ממתן סיוע לפעולות מסוגים אלו;²³ שנית, הליכים פליליים נגד פעילי טרור מצריכים זמן רב, כאשר הדבר עלול לשדר חולשה הן לעם הישראלי והן לעם הפלסטיני;²⁴ שלישית, הרתעתה של הריסת בתים מוגברת בשל היחס המיוחד בתרבות הפלסטינית לשליטה בקרקע ובאדמה.²⁵

מנגד, במרוצת השנים הועלו טענות וביקורות רבות נגד מדיניות הריסת הבתים. טענה עיקרית שהושמעה היא שבמקרים רבים לא עובר העברה נענש, אלא בני משפחתו. זאת מאחר שהוא במנוסה מכוחות הביטחון או שנהרג בפעולת הטרור או לאחריה. בהקשר זה נטען כי הענשת בני משפחתו של מבצע העברה היא הפרה של הדין הישראלי;²⁶ של הדין ההומניטרי הבין-לאומי (ובפרט של אמנת ז'נבה הרביעית האוסרת על ענישה קולקטיבית);²⁷ ושל הדין הפלילי הבין-לאומי.²⁸ טענה נוספת היא שאמצעי הריסת הבתים הוא עונש אכזרי ולא אנושי, הסותר את סעיף 16 לאמנה נגד עינויים,²⁹ כפי שהוכר על ידי הוועדה נגד עינויים של האו"ם בסיכומיה לדוח שהגישה מדינת ישראל בשנת 2009.³⁰ לפי טענה אחרת, הריסת הבתים סותרת עקרונות יסוד בדיני העונשין.³¹ לדוגמה,

חמאמרה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 755 (1982).

Ariel Zemach, *The Limits of International Criminal Law: House Demolitions in an Occupied Territory*, 20 CONN. J. INT'L L. 65, 68 (2004) 22

שם. 23

Dan Simon, *The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories*, 19 YALE J. INT'L L. 1, 22 (1994) 24

לוי, גיל ותובל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 199. 25

שם, בעמ' 206. 26

Jonathan Grebinar, *Responding to Terrorism: How Must a Democracy Do It? A Comparison of Israeli and American Law*, 31 FORDHAM URB. L.J. 261, 275 (2003); Amichai Cohen, *Administering the Territories: An Inquiry Into the Application of International Humanitarian Law by The IDF in the Occupied Territories*, 38 ISR. L. REV. 24, 46 (2005) 27

Zemach, לעיל ה"ש 22. 28

אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נחתמה ב-1986). 29

ראו פס' 33 להערות המסכמות של הוועדה נגד עינויים לדוח שהגישה לה מדינת ישראל בשנת 2009. Committee Against Torture, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Concluding Observations of the Committee against Torture: Israel (14 May 2009). 30

מיכל צור תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, 71 (נייר עמדה 16, המכון הישראלי 31

הריסת הבית מתבצעת לעיתים ללא הליך הוגן, רק על בסיס חשד ולא על בסיס הרשעה. במקרים רבים הריסת בתים מתבצעת נוסף על עונש מאסר שהוטל על מבצע פעולת הטרור ולא כעונש חלופי, ואף מתוך שימוש בראיות חסויות אשר אינן נחשפות לפני בני המשפחה שאת ביתם הוחלט להרוס.³² לבסוף, עוד נכתב על מדיניות הריסת הבתים כי היא סותרת ערכים דמוקרטיים ואף ערכי יסוד של היהדות.³³

עמדתה המשפטית של מדינת ישראל בדבר המדיניות גובשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, בשנת 1971, מאיר שמגר, שלימים כיהן כשופט וכנשיא בית המשפט העליון.³⁴ עמדה זו היא הבסיס לעמדת המדינה בעתירות נגד השימוש במדיניות, ונחלקת לשלושה טיעונים עיקריים:³⁶ (1) סמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה גוברת על הוראות אמנת ז'נבה הרביעית, מאחר שמדובר בחקיקה מקומית גוברת, הנשארת בתוקף מכוח סעיף 64 לאמנת ז'נבה הרביעית; (2) הריסת בתים היא אמצעי חוקי מכוח סעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית, המאפשר הרס רכוש פרטי במקרים שבהם יש נחיצות צבאית מוחלטת; (3) הריסת בתים אינה ענישה קולקטיבית לפי סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית, מאחר שהיא אמצעי הרתעה הנובע מהקשר הישיר שבין העברה הביטחונית שנעברה לבין הבית המיועד להריסה.

בשנת 1979 דן בג"ץ, בפעם הראשונה, במדיניות הריסת הבתים.³⁷ בהחלטתו, בית המשפט אימץ, במלואה, את עמדת המדינה כמפורט לעיל. מאז, הלכה זו שימשה בסיס לדחיית מאות של עתירות נוספות אשר הוגשו נגד מדיניות הריסת בתים ונגד ההחלטה להרוס או לאטום בית במקרה פרטי.³⁸ במהלך השנים הוספו הגבלות מסוימות על מימוש המדיניות. למשל, דרישת המידתיות שהתווספה

לדמוקרטיה (1999).

32 לוי, גיל ותובל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 207.

33 Ralph Ruebner, *Democracy, Judicial Review and the Rule of Law in the Age of Terrorism: The Experience of Israel-A Comparative Perspective* 31 GA. J. INT'L & COMP. L. 493, 509 (2003).

34 לוי, גיל ותובל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 208.

35 עניין חאמד, לעיל ה"ש 21; עניין חמאמרה, לעיל ה"ש 21; בג"ץ 123/89 דאוד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, תק-על 2(89) 181 (1989); בג"ץ 610/89 בהרי נ' מפקד כוחות צה"ל לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מד(1) 92 (1989); בג"ץ 175/86 קעוס נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, תק-על 2(86) 146 (1986).

36 Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 IS. Y.H.R. 262 (1971).

37 פרשת סחוויל, לעיל ה"ש 2.

38 KRETZMER, לעיל ה"ש 20, בעמ' 149.

לאחר חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992,³⁹ אשר במסגרתה יש להביא בחשבון גם את הפגיעה הנגרמת לשאר בני המשפחה, ולא רק לאזן בין חומרת האמצעי לבין חומרת העברה בלבד.⁴⁰ ועדיין, ככלל בית המשפט העליון מאפשר את קיום המדיניות ומגבה את עמדתה המשפטית של המדינה, כמו גם את שיקול דעתו של המפקד הצבאי.

לשם המחשה, במהלך שנת 2014 הוגשה על ידי המוקד להגנת הפרט וארגוני זכויות אדם נוספים עתירה עקרונית נגד מדיניות הריסת בתים, בגדרה התבקש בית המשפט להכריז כי המדיניות מנוגדת למשפט הבין-לאומי, למשפט החוקתי הישראלי ולמשפט המינהלי הישראלי.⁴¹ בעיקר נטען כי מדיניות הריסת בתים היא עונש קולקטיבי. מדיניות זו מפרה את האיסור בגין הריסה שרירותית של רכוש מכוח המשפט הבין-לאומי והומניטרי ואת עיקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי ובמשפט הישראלי, שאף הוא פשע מלחמה של הריסה מסיבית של רכוש שאינה עולה כדי צרכים צבאיים הכרחיים.⁴² בית המשפט החליט לדחות עתירה זו בקבעו כי כל הטענות המשפטיות שהועלו בעתירה כבר נענו בעתירות בעבר, וכי אין הוא מוצא לנכון לפתוח מחדש שאלות משפטיות שכבר הוכרעו.⁴³ אדון ביתר פירוט בעתירה זו בהמשך. כעת, נצא למסע בעקבות הפסיקות שבהן היה מעורב השופט מזוז, ונראה כיצד הוא בחר ללכת נגד ההלכות הקיימות ולהציע חשיבה אחרת על הנושא.

ג. מורשתו השיפוטית של השופט מזוז

1. פרולוג

בעוד מאמר זה מתמקד במורשתו השיפוטית של השופט מזוז בנושא מדיניות הריסת הבתים, טרם נצלול למעמקי הסקירה המשפטית, מן הראוי לעצור לרגע, ולהציג נקודת מבט שאינה מוגבלת רק לזירה המשפטית. הסיבה לכך היא

³⁹ בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993).

⁴⁰ שם, בפס' 4-5; ראו גם בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נ(1) 363, 353 (1996).

⁴¹ העתירה התבססה על חוות דעתם של מומחים למשפט בין-לאומי, בהם פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופ' ארנה בן-נפתלי ופרופ' גיא הרפז.

⁴² פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 6, בפס' ד-י לפסק הדין של השופט רובינשטיין. בשולי הדברים הועלתה מחדש, ונדחתה, הטענה בדבר קיומה של אפליה ביישום המדיניות, על בסיס גישתו הקודמת של בג"ץ בבוא טענה זו לפניו. לדיון בטענת האפליה ראו פס' יא ו-כה לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

⁴³ שם, בפס' טז לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

שמדיניות הריסת הבתים עומדת בלב דיון ציבורי מתמשך וסוער, אשר בא לידי ביטוי כמעט בכל הזדמנות שבה בית המשפט מגביל, ולו במעט, את יכולת כוחות הביטחון לממש צווי הריסה. ככלל בית המשפט העליון נוהג לאשר את עמדת המדינה ולאפשר צווי הריסה. אולם, כאשר מעת לעת מחליט בית המשפט לבטל צו הריסה, או לשנותו (למשל, לצו אטימה או צו הריסה חלקי), מתעוררת מחדש סערה ציבורית במהלכה בית המשפט העליון מוצא את עצמו תחת מתקפות של פוליטיקאים, אנשי תקשורת והציבור באופן כללי.⁴⁴ אמירות מפורסמות נולדו בשל הביקורת בהקשר של הריסת בתים, ובפרט האמירה הידועה לשמצה, וחסרת הטעם, לפיה "יש להרים כף D9 על בית המשפט העליון", ואלו הפכו למטבעות לשון נגד בית המשפט העליון.⁴⁵

בנאום פרישתו ציין השופט מזוז כי הוא בחר לפרוש מרצונו אבל עשה זאת עם "צביטה בלב".⁴⁶ בחירתו של השופט מזוז לפרוש בטרם עת, הוסברה על ידו ראשית, באותו נאום הפרישה, על דרך האנאלוגיה. הוא התייחס אל מסכת יומא ובפרט לכך כי הכהן הגדול היה "עושה טוב לאוהביו בשעה שיצא בשלום מן הקודש".⁴⁷ במילים פשוטות, השופט מזוז רמז כי הוא חש שהמשך כהונה מצידו עלולה להביא לפגיעה, והותיר אותנו תמהים באשר לשאלה אם תחושה זו נובעת מהיחס העוין של חלקים נרחבים בציבור כלפי בית המשפט העליון, או דווקא בשל היחס כלפיו של עמיתים לספסל השיפוט או, בפרט, של נשיאת בית המשפט העליון דאז מרים נאור ז"ל.

בריאיון נרחב שהעניק השופט מזוז לאחר פרישתו, הוא הציג בפתיחת רבה את עמדתו בנושא מדיניות הריסת הבתים ואת המורכבות של ניסיונו להביא לשינוי בהלכה הוותיקה בנושא. בשם הסדר הכרונולוגי של הדברים, נעצור כאן עם דברי הפתיח ונחזור לריאיון הפרישה עם מזוז רק לאחר המסע אל נבכי פסיקותיו בנושא מדיניות הריסת הבתים. לתחושת, יהיה נכון, ואף מעניין יותר,

44 ראו, לדוגמה, אמיר לוי "הורים שכולים נגד בג"ץ: פוגע בכל אמצעי הרתעה מול הטרור" מידה (11.8.2020) <https://did.li/uh6Nf>; דני זקן "בג"ץ ביטל את הריסת בית המחבל; נתניהו: 'דורש דיון נוסף בהרכב מורחב'" גלובס (10.8.2020) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001338869>; יאיר אלטמן "בג"ץ מונע את הריסת בית המחבל שהואשם ברצח דביר שורק ז"ל" ישראל היום (25.5.2020) <https://www.israelhayom.co.il/article/764397>; אבישי עברי "'הלגיטימיות הבינלאומית' היא כן מילה גסה" וואלה (17.11.2015) <https://news.walla.co.il/item/2907541>.

45 אמירה זו מיוחסת לח"כ לשעבר מוטי יוגב. ראו, לדוגמה, שלמה צזנה ועדנה אדטו "ח"כ יוגב: 'להרים כף D9 על העליון'" ישראל היום (29.7.2015) <https://www.israelhayom.co.il/article/301987>.

46 דברי פרידה של שופט בית המשפט העליון מני מזוז לרגל פרישתו, אתר הרשות השופטת (29.4.2021).

47 משנה, יומא ז, ד ("וְיִזְכֹּר טוֹב הָיָה עוֹשֶׂה לְאוֹהָבָיו בְּשָׁעָה שֶׁיֵּצֵא בְּשָׁלוֹם מִן הַקֹּדֶשׁ").

לחכות עד סיום סקירת פסקי הדין של מזוז בתקופת כהונתו טרם נביא גם את נקודת המבט הרטרואספקטיבית של מזוז בנושא – לאחר פרישתו. במבט רחב יותר, שאיפתי היא לקדם הבנה שלמה והרמונית לגבי עמדתו השיפוטית של השופט מזוז בנושא מדיניות הריסת הבתים.

2. מסע אל פסיקתו של השופט מזוז בנושא מדיניות הריסת בתים

2.1 פתיחה דרמטית – אתה מתחיל הכי מהר שלך, ולאט לאט אתה מגביר⁴⁸

יריית הפתיחה של השופט מזוז ביחס למדיניות הריסת הבתים הייתה, למעשה, כפולה. זאת מכיוון, שבאותו יום, השופט מזוז ישב בשני הרכבים שונים אשר פסקו בשתי עתירות נגד צווי הריסה, שנדונו בו-זמנית. כך, ב-1 בדצמבר 2015, הרים השופט מזוז את דגל המרד והבהיר כי התנגדותו למדיניות הריסת הבתים אינה רק מוסרית, אלא גם משפטית, וכי יש לו תזה ברורה באשר לסיבות לכך. עוד הראה מזוז, כפי שיוסבר להלן, כי טענותיו עניינן שורש הסמכות העומדת למפקד הצבאי מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה.

במקרה האחד, פרשת עליוה,⁴⁹ כתב השופט מזוז את דעת המיעוט בעתירה נגד צו הריסת ביתו של ראג'ב אחמד מוחמד עליוה. עליוה פיקד על החוליה שב-1.11.2015 רצחה ביריות את בני הזוג הנקין ז"ל.⁵⁰ המקרה השני, פרשת אבו האשיה,⁵¹ עסק בצו להריסת בית שבו התגורר המחבל אשר דקר למוות את החייל אלמוג שילוני ז"ל. הפעם, השופט מזוז כתב את דעת הרוב של בית המשפט, אשר קבעה כי יש לבטל את הצו להריסת דירתו של פעיל הטרור. זאת בשל כך שהצו ניתן 11 חודשים לאחר הפיגוע, ומכאן אין הוא מגשים את מטרתה ההרתעתית של מדיניות הריסת בתים ככלי יעיל ומהיר.⁵² אתחיל בפרשת עליוה, שבה מצא את עצמו השופט מזוז בעמדת מיעוט, ומשם אמשיך לפרשת אבו האשיה שבה השופט מזוז הוביל את דעת הרוב.

בפרשת עליוה, הועלו מגוון טענות נגד חוקיות צו ההריסה. נטען כי מדובר בפגיעה בזכות לקניין של עליוה ושל בני משפחתו.⁵³ זאת מכיוון שתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, סותרת את המשפט הבין-לאומי ההומניטרי

48 בהשראת האמירה מסרט הפולחן (קאלט): מבצע סבתא (דרור שאול במאי 1999).

49 פרשת עליוה, לעיל ה"ש 4.

50 שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופט שהם.

51 עניין אבו האשיה, לעיל ה"ש 5.

52 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז.

53 שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט שהם.

המסדיר את הפעלת סמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח כבוש.⁵⁴ כן נטען כי מדובר בהפרה של עקרון המידתיות,⁵⁵ וכי ביישום המדיניות רק כנגד מי שאינם יהודים יש משום אפליה בין תושבים פלסטינים לבין מפגעים יהודים.⁵⁶ חרף כובד המשקל של כל אחת מהטענות שהועלו בפני בית המשפט, ודאי של משקלן הסגולי המשותף, בית המשפט העליון נמנע מלדון בטענות שבפניו, והחליט, בדעת רוב ובהסתמכו על הלכות קודמות, לדחות את העתירה.⁵⁷ במילותיו של בית המשפט, אין צורך לדון ולהכריע מחדש בסוגיות העקרוניות, לבל יהפוך בית המשפט העליון מ"בית משפט" ל"בית שופטים".⁵⁸

אף על פי שבית המשפט נמנע מלדון לגופו של עניין בטענות שהוצגו בפניו, דעת הרוב התייחסה בקצרה לשאלת היעילות של הריסות בתים בהשגת הרתעה. הסיבה לכך היא, שלתפיסת בית המשפט זוהי התכלית היחידה של הפעלת המדיניות. מכאן ככל שאכן ישנה הרתעה בהריסת בתים, היא עשויה להצדיק הפעלת סמכות קשה ופוגענית זו.⁵⁹ בעניין זה, דעת הרוב התבססה על חומר חסוי שהוגש מטעם המדינה, וקבעה כי המדינה עמדה בנטל הוכחת האפקט ההרתעתי שיש בהפעלת אמצעי הריסת הבתים.⁶⁰ חשיבות מיוחדת ניתנה בהקשר זה

54 בעיקר, נטען כי תק' 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום) מפרה את ס' 33 לאמנת ג'נבה הרביעית וס' 50 לתקנות האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה, 1907, האוסרים על הטלת עונש קולקטיבי. טענות נוספות הועלו בנוגע לאמנות זכויות אדם, כגון האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

55 עניין אבו חאשיה, לעיל ה"ש 5, בפס' 6 לפסק הדין של השופט שהם.

56 שם.

57 שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופט שהם.

58 כדברי השופט זילברג בד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי, פ"ד טו(1) 71, 75 (1961).

59 בשנת 1986 הודגש, לראשונה, ההיבט ההרתעתי של מדיניות הריסת הבתים בקביעה כי אין מדובר באמצעי עונשי באופיו. בית המשפט העליון קבע כי אי אפשר לראות במדיניות הריסת הבתים עונש קולקטיבי אסור מכוח אמנת ג'נבה הרביעית, מאחר שמטרת המדיניות היא להשיג אפקט הרתעתי אשר מעצם טבעו צריך לחול לא רק על פעיל הטרור אלא גם על הסובבים אותו. לאחר החלטה זו התייחסו בתי המשפט למדיניות כאל אמצעי הרתעתי ולא כאל אמצעי עונשי. ראו בג"ץ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 42, פס' 3 (1986); בג"ץ 123/89 דאוד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, תק-על(2) 181 (1989); בג"ץ 610/89 בחרי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מד(1) 92 (1989); בג"ץ 175/86 קעוס נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, תק-על(2) 146 (1986).

60 החלטה זו התבססה על פסק דין קודם שבו אושרו חמישה צוי הריסה ונפסל צו אחד. נשיאת בית המשפט העליון מרים נאור ציינה כי לבקשת בית המשפט העליון הוגש לו חומר חסוי שמלמד על מקרים לא מעטים שבהם נמנעו פעילי טרור מלבצע פיגועים, עקב חששם מהשלכות על ביתם ובית בני משפחתם. חשוב לציין כי בפרשה זו הובהר שלא דובר ב"מחקר", אלא ב"ריכוז מידע", וכי החומר לא מעיד על כך שפגיעה בבית של

להתגברות גל הטרור שפקד את המדינה ונמצא במגמת עלייה מאז ראש השנה התשע"ו.⁶¹

בניגוד להכרעת הרוב, השופט מזוז קרא תיגר על נכונות ההלכות בנושא חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים ועל הרלוונטיות שלהן כיום, עשרות שנים לאחר קבלתן. לתפיסתו, הטענות שהועלו בפני בית המשפט כבדות משקל וראויות לבירור יסודי ומשמעותי.⁶² השופט מזוז מצא שבית המשפט לא דן כראוי בסוגיות הללו, וכן שגם המדינה בתשובתה הגיבה באופן תמציתי למדי – שישה עמודים בלבד, אשר חלק ניכר מהם הוא, למעשה, ציטוטים מפסקי דין קודמים בנושא הריסת בתים.⁶³ עוד ציין השופט מזוז כי ההלכות הקיימות הן ישנות למדי, שכן מדובר בפסקי דין משנות ה-80, ולא מובן מאליו שהן עדכניות לאור התפתחויות חשובות הן במשפט הבין-לאומי והן במשפט החוקתי-מינהלי הישראלי.⁶⁴ בין ההתפתחויות המשמעותיות אליהן התייחס מזוז, מן הראוי להדגיש שתיים אשר התרחשו בתחילת שנות ה-90: (1) חקיקת חוקי היסוד, והמהפכה החוקתית שהגיעה בעקבותיהם; (2) הצטרפות מדינת ישראל לכמה אמנות זכויות אדם.⁶⁵ למעשה, כמצוין לעיל, הוועדה נגד עינויים של האו"ם, אליה ישראל מדווחת מכוח הצטרפותה לאמנה נגד עינויים, קיבלה בשנת 2009 את העמדה שלפיה אמצעי הריסת הבתים הוא עונש אכזרי ולא אנושי הסותר את ס' 16 לאמנה.⁶⁶

אדם שאינו קרוב של הפעיל ואין לו ידיעה על כוונתו, יוצרת הרתעה. לדיון, ראו פרשת עליוה, לעיל ה"ש 4, בפס' 22 לפסק הדין של השופט שהם.

61 כדברי השופט שהם, בתקופה זו התרחשו עשרות פיגועים, רובם הגדול במתכונת המפגע הבודד, כאשר מאפייניה העיקריים הם פיגועי דקירה בסכין, דריסה או פיגועים משולבים. על פי הנתונים שמסרה המדינה, מאז ערב ראש השנה ועד ליום 25.10.2015, בוצעו כ-778 פיגועים שבהם נרצחו אחד-עשר ישראלים ונפצעו כמאה אחרים. לדיון ראו שם, בפס' 20 ו-22 לפסק הדין של השופט שהם.

62 שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט מזוז.

63 שם.

64 הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, דן במדיניות הריסת הבתים הייתה בשנת 1979. העתירות לא הוגשו בשלב מוקדם יותר מאחר שההחלטות על הריסת בתים או אטימתם נקבעו בלא התראה מוקדמת. לכן לא הייתה יכולת מעשית להגיש עתירה. ראו פרשת סחוויל, לעיל ה"ש 2.

65 האמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1996; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966; האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים, 1984; האמנה בדבר זכויות הילד, 1989; האמנה בדבר ביעור כל סוגי האפליה הגזעית, 1966; והאמנה בדבר ביטול אפליה נשים לצורותיה, 1979.

66 לקריאה בנושא תהליך הדיווח של מדינות בפני ועדות זכויות אדם שהוקמו לפקח על יישום אמנות בין-לאומיות, ראו שבתאי רוזן *בנבכי המשפט הבינלאומי* 244–250 (2012);

בהחלטתו, ציין מזוז גם כי רובה המוחלט של הכתיבה האקדמית בישראל ומחוצה לה, מעיד כי יישום תקנה 119 לתקנות ההגנה עומד בסתירה לשורת הוראות במשפט הבין-לאומי.⁶⁷ זאת בייחוד באשר למזרח ירושלים, שתושביה ייחשבו ככל הנראה כאנשים "מוגנים" במובן של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, ולכל הפחות נמצאים תחת תחולת אמנות זכויות האדם הבין-לאומיות אליהן הצטרפה ישראל.⁶⁸ נוסף על כך, השופט מזוז הטיל ספק בטענה, אשר אושרה פעמים רבות מספור על ידי בית המשפט העליון, כי אמצעי הריסת הבתים מקדם מטרות הרתעתיות ולא עונשיות. השופט מזוז ציין כי יש לבחון ברמה העובדתית-ראייתית אם הוכחה כראוי היעילות של אמצעי הריסת הבתים.⁶⁹

רובי סיבל משפט בינלאומי 216–217 (2010). לעמדת הוועדה נגד עינויים בנושא הריסת בתים, ראו Comm. Against Torture, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report Submitted by Israel, 33, U.N. Doc. CAT/C/ISR/CO/4 (June 23, 2009). דומה הוצגה על ידי הוועדה לזכויות אדם של האו"ם, ראו Hum. Rts. Comm., Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, 16, U.N. Doc. CCPR/CO/78/ISR (Aug. 21, 2003).

לדין, ראו פרשת עליוה, לעיל ה"ש 4, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מזוז. 67
 הסיבה להכרה בתחולת דיני זכויות האדם במזרח ירושלים נובעת מהעובדה שישראל 68
 סיפחה את מזרח ירושלים ורואה בה שטח ריבוני שלה. מנגד, ישראל מתנגדת לתחולת אמנות זכויות אדם מחוץ לשטחה, ובפרט בשטח הגדה המערבית הנמצא תחת כיבוש. חרף התנגדותה של ישראל בהקשר זה, בית המשפט העליון החיל, בפועל, את דיני זכויות האדם בשטחים הכבושים בכמה הזדמנויות בעבר. לדין, ראו: Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 ISR. L. REV. 17 (2003); לעמדה ביקורתית באשר לתחולת אמנות זכויות אדם בשטחים, ראו: Aeyal M. Gross, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, 18 EJIL 1 (2007); לדין בעמדתה של ישראל, ראו: Shamgar, לעיל ה"ש 36; לדין בעמדת בית הדין הבין-לאומי לצדק אשר דחה את הגישה של ישראל, ראו *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, Yuval Shany, 2004 I.C.J. Rep. 136 (July 9) *Head Against the Wall? Israel's Rejection of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, 17 Y.B. INT'L HUMAN. L. 352 (2004); Ori Pomson, *Climbing the Walls: International Law, Settlements and the Construction of a Security Barrier Protecting* תחולתן של אמנות זכויות אדם מחוץ לשטחן של מדינות, ראו, לדוגמה, William Schabas, *Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus ad Bellum*, 40 ISR. L. REV. 592 (2007).

לדין ביעילות מדיניות הריסת הבתים וחשיבותה התיאורטית של שאלה זו, ראו עמיחי 69
 כהן וטל מימרן "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 4597/14

השופט מזוז אף הציג שתי הנמקות לעמדתו: ראשית, תקנה 119 מצויה בחלק י"ב לתקנות ההגנה, שכותרתו "הוראות ענשים: שונות". שנית, היותה של סנקציה אמצעי הרתעה אינה שוללת, כשלעצמה, את היותה בה-בעת גם סנקציה עונשית. סיווגה של סנקציה נבחן לפי מהותה ולא דווקא לפי תכליתה. מכל מקום הרתעה היא מהתכליות המובהקות של הענישה הפלילית.⁷⁰ על כך הוסיף השופט מזוז כי יש לזכור את ההיבט הראייתי, הדורש דיון בסוג ומשקל הראיות הנדרש לשם הוכחת האפקטיביות ההרתעתית של מדיניות הריסת הבתים.

השופט מזוז העניק חשיבות לעובדה שוועדת שני המליצה, בשנת 2005, על הפסקת השימוש במדיניות הריסת הבתים – המלצה שאכן יושמה עד לשנת 2008. הוא הוסיף כי מן הראוי שיינתן מענה מספק ועדכני לשאלות הקשות שהובאו בפני בית המשפט.⁷¹ עוד הציע השופט מזוז לשקול הטלת הגבלות על יישום המדיניות במקרים נוספים שבהם לא ברור שישנו קשר משמעותי באופן מספק בין פעיל הטרור לבין הבית אשר לגביו הוצא צו ההריסה.⁷² נוסף על היבטים של חוקיות לאור המשפט הבין-לאומי, ציין השופט מזוז כי חשוב לבחון את השפעת חוקי היסוד, בעיקר בהיבטים של מידתיות, על האופן שבו השתמשו בסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה.

אם בפרשת עליוה נאלץ השופט מזוז להסתפק בהצגת התנגדותו למדיניות הריסת הבתים במישור התיאורטי, בשל הימצאותו בדעת מיעוט, בפרשת אבו האשיה הוביל השופט מזוז את דעת הרוב והביא לביטולו של צו הריסה בפועל.

מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 31, 5 (2014).

70 לדין, ראו פרשת עליוה, לעיל ה"ש 4, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז.
71 שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט מזוז. בהמשך, במהלך הדיון שאפתח בנושא יעילות המדיניות, אתייחס בהרחבה לוועדת שני ומסקנותיה.

72 הדוגמאות אותן הציג השופט מזוז הן: א) הבחנה בין בית שהוא ביתו וקניינו של פעיל הטרור, לבין בית בו הוא בגדר "דייר נלווה" בלבד, כגון בית הוריו שבו הוא מתגורר, לעיתים אף באופן מוגבל, כגון סטודנט השהה בבית רק בחופשות; ב) הבחנה בין מקרים שבהם הבית שימש בפועל לפעילותו הטרוריסטית של פעיל הטרור, לבין מקרים שבהם הבית שימש לפעיל רק כבית מגורים; ג) הבחנה בין מקרים שבהם בני המשפחה של פעיל הטרור, דיירי הבית המיועד להריסה או לאטימה, היו שותפים במידה זו או אחרת למעשי המפגע, לבין מקרים שבהם בני המשפחה לא היו מודעים כלל לכוונותיו או אף הסתייגו מפעילותו; ד) הגבלות על עיתוי הוצאת הצו ועל מועד ביצועו; ה) נסיבות העשויות להצדיק להתנות את הוצאת צו לפי תק' 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום) בהרשעה בפלילים ולא להסתפק בראיות מינהליות, להבדיל ממקרים בהם הדבר לא נדרש; ו) הפעלת מבחן המידתיות במובן הצר בקביעת התאמה הולמת בין חומרת המעשים בניגם הופעלה התקנה ונסיבות רלבנטיות נוספות להפעלתה, לבין מדרג חומרת הסנקציה. לדין, ראו שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופט מזוז.

כזכור, פרשת אבו האשיה עסקה בצו להריסת בית שבו התגורר המחבל אשר דקר למוות את החייל אלמוג שילוני ז"ל. השופט מזוז כתב את דעת הרוב של בית המשפט, אשר קבעה כי יש לבטל את הצו להריסת דירתו של פעיל הטרור. זאת נוכח כך שהצו ניתן 11 חודשים לאחר הפיגוע, ומכאן אין הוא מגשים את מטרתה ההרתעתית של מדיניות הריסת בתים ככלי יעיל ומהיר.⁷³

בהחלטתו זו, מתח השופט מזוז ביקורת על הטענה כי הסלמה בפעילות טרור מצדיקה את הוצאת הצו לאחר זמן כה רב. לתחושתו הדבר מעיד שההחלטה המאוחרת לפעול נגד בית המשפחה היא תוצאה של אירועים שאינם קשורים למקרה שבפניו. בפרט, הסביר השופט מזוז כי הסמכות שלפי תקנה 119 היא סמכות שבשיקול דעת, אשר אינה בלתי מוגבלת בזמן. בהתאם, מן הרגע שבו קמה העילה להפעילה, על המפקד הצבאי להחליט לגבי הפעלתה במהירות הראויה לפי הנסיבות.⁷⁴

לגישת השופט מזוז, אין המפקד הצבאי רשאי להפעילה כעבור פרק זמן משמעותי לאחר האירוע, במנותק מנסיבות הזמן והמקום של האירוע. זאת בשל החשש כי הוצאת צו זמן רב לאחר האירוע עלולה לנבוע מאירועים מאוחרים יותר שאינם קשורים לאירוע שבו מדובר. פעולה שכזו לא תהיה בהתאם לדרישת הקשר הרצינוני של עיקרון המידתיות. עיקרון זה חל מכוח עמדת בית המשפט העליון שלפיה השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה צריך להיעשות על רקע חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה הקבועה בו.⁷⁵ הנמקה נוספת לעמדת מזוז נובעת ממושכלות היסוד של מינהל תקין, ובפרט ההבנה כי הימנעות מהפעלת הסמכות סמוך לאחר האירוע יש משום החלטה שלא להפעיל את הסמכות אשר מייצרת ציפייה סבירה ולגיטימית אצל בני משפחתו של מבצע העבירה.⁷⁶ במקרה דנן, הבהיר השופט מזוז כי לעמדת המדינה הטעם להחלטה לנקוט סנקציית הריסת בית לאחר חלוף זמן כה רב נובע מ"שינוי נסיבות משמעותי", שבא לידי ביטוי בהסלמה בפעילות הטרור. שינוי נסיבות זה מצריך נקיטת פעולות להרתעת מפגעים נוספים. משכך הדבר מעיד על כך שההחלטה המאוחרת לפעול נגד ביתם של העותרים היא תוצאה של אירועים ביטחוניים סמוך למועד הוצאת הצו שאין להם קשר לאירוע המקורי מושא הצו (כזכור, דקירתו למוות של החייל אלמוג שילוני ז"ל).

השופט זילברטל הצטרף לעמדתו של השופט מזוז באשר לצורך בביטול צו ההריסה. אולם בשונה ממנו כתב כי הבסיס לביטול הצו הוא היעדר הסבירות

73 עניין אבו האשיה, לעיל ה"ש 5.

74 מזוז נסמך בעמדתו לגבי דרישה זו על ס' 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. ראו שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט מזוז.

75 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מזוז.

76 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז.

באופן הפעלת הסמכות, ולא היעדר הסמכות עצמה.⁷⁷ לדעתו של השופט רובינשטיין, אשר בחר לכתוב דעת מיעוט, יש לקבל את העתירה באופן חלקי. קרי, הריסת מחצית מקומת הקרקע של המבנה.⁷⁸ על שתי החלטות הללו – פרשת עליוה ואבו האשיה – נאמר כי הן נקודת ציון בדיון המשפטי על הריסת בתים ויוצרות סדק בעמדה המסורתית של בית המשפט העליון בנושא חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים ויעילותה.⁷⁹ לאחר קבלת החלטות הללו, התעוררה התקווה כי גישתו של השופט מזוז בנושא חוקיות הריסת בתים ויעילותה, תשפיע גם על שופטים נוספים של בית המשפט העליון. ואכן, שופטים נוספים הצטרפו להטלת הספק בחוקיות, או ביעילות, המדיניות. אלא, כפי שנראה בהמשך, מגמה זו לא הצטברה כדי מסה קריטית הנדרשת לבחינה מחדש של המדיניות בהרכב מורחב.

2.2 מערכה שנייה – כרסום ואיום ישיר על ההלכות הקיימות

בשלב השני, לאחר שהביע ביקורת עקרונית על מדיניות הריסת הבתים, בחר השופט מזוז להעמיק את הכרסום בהלכות הקיימות והוסיף ליצוק תוכן בתזה החלופית שלו בנושא. בפרט, בחר השופט מזוז להתעמק עוד יותר בהשפעת עיקרון המידתיות החוקתי על אופן הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה, ואף הגדיל והוסיף עמדה חדשנית שלפיה מכוח עיקרון זה אי אפשר לפגוע ישירות בחפים מפשע.

בפרשת אבו-ג'מל,⁸⁰ מצא את עצמו השופט מזוז, שוב, בעמדת המיעוט, מול עמדת השופטים עמית וזילברטל. פרשה זו עסקה בצווי הריסה לביתם של שני פעילי טרור: עלה בהאא עליאן, אשר יחד עם שותף רצחו שלושה אנשים בפגיגוע דקירה; ועלאא אבו ג'מל, עובד חברת "בזק", אשר דרס באמצעות רכב החברה

⁷⁷ שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט זילברטל: "במחלוקת בין חבריי קרוב אני לגישתו של חברי השופט מזוז, ואף אני סבור שבנסיבות הקונקרטיות של הפרשה דנא יש לקבל את העתירה ולהורות על ביטול צו ההחרמה וההריסה שהוציא המשיב לבית העותרים. עם זאת איני גורס כי בעת הוצאת צו ההחרמה וההריסה למשיב כבר לא הייתה סמכות לפעול לפי תקנה 119. כמו כן, להשקפתי לא נדרש לבסס את החלטה על 'היעדר הסמכות' או 'מיצוי הסמכות'. עמדתי היא, כי ההצדקה לקבל את העתירה שלפנינו נעוצה בשיהוי הרב בהוצאת צו ההריסה אשר יצר פגם באופן הפעלת הסמכות, אף אם זו עדיין היתה נתונה למשיב (וכידוע, פגם בהפעלת הסמכות נתפס לעיתים כפעולה ללא סמכות, כך שהמרחק ביני לבין חברי השופט מזוז אינו רב כל עיקר)".

שם. ⁷⁸

אייל גרוס "פרשנות: פסיקות בג"ץ סודקות את השימוש באמצעי הדקוני של הריסת בתי מחבלים" הארץ (2.12.2015). <https://bit.ly/4bPn1i5> ⁷⁹

בג"ץ 8150/15 אבו-ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (נבו 22.12.2015). ⁸⁰

אדם אחד, ולאחר מכן יצא מרכבו עם סכין קצבים, דקר את הנדרס ושני אזרחים נוספים, ולבסוף נורה ונהרג.

שתי העתירות הללו עסקו בהריסת בתיהם של פעילי טרור אשר במהלך פעולתם רצחו אזרחים ישראלים ובסופו של דבר גם הם עצמם נהרגו כתוצאה מתגובת כוחות הביטחון. בהתאם, עלה לדיון ביתר שאת נושא הפגיעה בבני המשפחה של פעילי הטרור שנהרג. השופט עמית, אליו הצטרף השופט זילברטל, קבעו כי יש לדחות את העתירות בלי להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי.⁸¹ אף על פי שהשופט זילברטל הצטרף להחלטה לדחות את העתירות, הוא הכיר בכך כי טעמיו של השופט מזוז נגד המדיניות הם "כבדי משקל", ואפשר כי הוא היה מצטרף לעיקרי עמדתו של מזוז אלמלא כך שהחוקיות והיעילות של המדיניות נדונו "שוב ושוב בפסיקת בית המשפט העליון, לרבות בעת האחרונה ממש".⁸²

השופט מזוז הבהיר כי הוא לא יכול להצטרף להחלטה לדחות את העתירה. ראשית, הפנה לפירוט הקודם של עמדתו בפרשת עלייה, ובפרט לקשיים הרבים "במישור המשפט הבינלאומי הפומבי ובמישור המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי, הכרוכים בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119". קשיים אשר, לדעתו, מעידים על הצורך בבחינה מחודשת של חוקיות ויעילות המדיניות. "זאת במיוחד נוכח תמורות מפליגות שחלו במהלך השנים במשפט הבין-לאומי ההומניטרי ובדיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי, כמו גם במשפט החוקתי הישראלי".⁸³ לאחר ההבהרה מחדש לגבי עמדתו העקרונית בנושא, פנה השופט מזוז לדון בסוגיות הקונקרטיות העולות מהעתירה דנן.

ראשית, ציין השופט מזוז כי פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, לשם הרתעה של מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. לגישתו, בעוד השיקול של הרתעת הרבים מוכר כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי, הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה ולא כלפי צד שלישי חף מפשע. זאת לאור עקרונות היסוד של שיטת המשפט בישראל כמו גם עקרונות מוסר אוניברסליים.⁸⁴

שנית, הבהיר השופט מזוז כי יש לבחון את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נוכח השפעת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעיקר בהיבטים של מידתיות. כמפורט לעיל, בית המשפט העליון אכן הוסיף דרישה זו לאחר חקיקת חוקי

81 שם, בפס' 18 לפסק הדין של השופט עמית.

82 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט זילברטל.

83 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט מזוז.

84 שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מזוז.

היסוד,⁸⁵ והסביר כי יש להביא בחשבון גם את הפגיעה הנגרמת לשאר בני המשפחה, ולא רק לאזן בין חומרת האמצעי לבין חומרת העבירה בלבד.⁸⁶ אולם לתפיסת השופט מזוז עם השנים נזנחה דרישה זו, ואף "השיקול של פגיעה בדיירי הבית החפים מפשע נותר לרוב בגדר רטוריקה בלבד", כאשר בפועל הותרו הריסות רבות בשל מתן משקל מכריע לחומרת המעשה.⁸⁷

כדי לחזק את עמדתו, חזר השופט מזוז אל התנגדותו העקיבה של השופט חשין ז"ל למדיניות הריסת הבתים, אשר באה לידי ביטוי בכמה דעות מיעוט נגד החלטות לאשר צווי הריסה שהטיל המפקד הצבאי.⁸⁸ השופט מזוז ציין את עמדתו של האחרון שלפיה ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מחייבים את המסקנה כי הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה קמה אך ורק כלפי החלק בבית בו השתמש המחבל ולא נגד בית המשפחה הגרעינית בשלמותו.⁸⁹ מזוז אף ציין כי בפרשת סידר,⁹⁰ הצטרף השופט פוגלמן לעמדה זו. מעניין לציין כי כמה חודשים לאחר פרשת אבו-ג'מל, גם המשנה לנשיאה בדימוס ג'ובראן הצטרף לעמדה זו וציטט במפורש את עמדתו של השופט מזוז בפרשת עליוה ואת עמדתו של פוגלמן בפרשת סידר.⁹¹ כך, גם לגישתו של המשנה לנשיאה, השופט (כתוארו אז) ג'ובראן, דרישת המידתיות מעוררת בעיה. זאת מחמת פגיעת מדיניות הריסת בתים בכבוד האדם והקניין של מושאי הצו, כאשר במקרים רבים, מי שכלל לא מעורבים בפעילות הטרור.⁹²

ובחזרה לפרשת אבו-ג'מל. השופט מזוז הבהיר כי לאור כל האמור, עמדתו היא כי אי אפשר, מכוח תקנה 119 לנקוט סנקציה כלפי בני משפחה בלתי מעורבים. זאת ללא קשר לחומרת האירוע ולתכלית ההרתעתית שביסוד השימוש בסמכות.⁹³ לגישת השופט מזוז, סנקציה המכוונת לפגיעה בחפים מפשע מייצרת פגמים רבים – לרבות אך לא רק פגיעה בזכות, חריגה מסמכות, אי-סבירות או היעדר מידתיות. זאת בייחוד כאשר המפגע אינו בין החיים או נכלא לשנים ארוכות. בהתאם, מתחייבת מסקנה כי במקרים שבהם אין ראיות

85 פרשת תורקמאן, לעיל ה"ש 39.

86 שם, בפס' 4-5; פרשת סביח, לעיל ה"ש 40, שם.

87 פרשת אבו-ג'מל, לעיל ה"ש 80, בפס' 10 לפסק הדין של השופט מזוז.

88 בג"ץ 4772/91 חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(2) 150 (1992); בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992); בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994).

89 פרשת אבו-ג'מל, לעיל ה"ש 80, בפס' 11 לפסק הדין של השופט מזוז.

90 בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 15.10.2015).

91 פרשת אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 8, בפס' 1 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

92 שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

93 פרשת אבו-ג'מל, לעיל ה"ש 80, בפס' 13 לפסק הדין של השופט מזוז.

למעורבות של בני המשפחה בפעולת הטרור "יש לשקול להימנע מהפעלת הסנקציה או למצער להגבילה לחלקו של המחבל בבית בלבד".⁹⁴ השופט מזוז הציע כי במקרים שבהם אכן ישנה עדות למעורבות או זיקה של בני המשפחה במעשה, תבחן מידת המעורבות ונסיבות אחרות הקשורות לעניין, ולהעניק להן משקל בהחלטה בדבר נקיטת הסנקציה. כמו שעשה כבר בפרשת עלייה, השופט מזוז הציג כמה דוגמאות ושיקולים, ובפרט: (א) הבחנה בין בית שהוא ביתו וקניינו של פעיל הטרור, לבין בית שבו הוא בגדר "דייר נלווה" בלבד, כגון בית הוריו בו הוא מתגורר, לעיתים אף באופן מוגבל, כגון סטודנט השוהה בבית רק בחופשות; (ב) הבחנה בין מקרים שבהם הבית שימש בפועל לפעילותו הטרוריסטית של פעיל הטרור, לבין מקרים שבהם הבית שימש לפעיל רק כבית מגורים; (ג) הבחנה בין מקרים שבהם בני המשפחה של פעיל הטרור, דיירי הבית המיועד להריסה או לאטימה, היו שותפים במידה זו או אחרת למעשי המפגע, לבין מקרים שבהם בני המשפחה לא היו מודעים כלל לכוונותיו או אף הסתייגו מפעילותו; (ד) הגבלות על עיתוי הוצאת הצו ועל מועד ביצועו; (ה) נסיבות העשויות להצדיק התניית הוצאת צו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה בהרשעה בפלילים ולא להסתפק בראיות מינהליות, להבדיל ממקרים שבהם הדבר לא נדרש; (ו) הפעלת מבחן המידתיות במובן הצר בקביעת התאמה הולמת בין חומרת המעשים בגינם הופעלה התקנה ונסיבות רלוונטיות נוספות להפעלתה, לבין מדרג חומרת הסנקציה.⁹⁵

לסיכום, הבהיר השופט מזוז כי עמדתו לא מתנגשת עם התכלית ההרתעתית של מדיניות הריסת הבתים. להיפך, היא עולה בקנה אחד עם שיקולי ההרתעה.⁹⁶ זאת מכיוון שהתכלית ההרתעתית מניחה קשר רציונלי בין מעשה אסור לסנקציה, וזו אינה מתיישבת עם פגיעה בחפים מפשע. לעמדת השופט מזוז, מיקוד הסנקציה רק כלפי בני המשפחה אשר הייתה להם מעורבות בפעילות החבלנית, תוך אי-פגיעה בכלתי מעורבים, עשוי ליצור תמריץ לפעול למניעת פיגועים כדי להימנע מהסנקציה הצפויה להם. לעומת זאת, הפעלת הסנקציה גם כלפי לא מעורבים לא מייצרת כל תמריץ לפעול למניעת הפעילות החבלנית.⁹⁷ על בסיס כל זאת, הגיע השופט מזוז לתוצאה שונה והיא כי היה מקום לשנות את

94 שם, בפס' 14 לפסק הדין של השופט מזוז.

95 ראו פרשת עלייה, לעיל ה"ש 4, בפס' 13 לפסק הדין של השופט מזוז; לדיון נוסף, ראו טל מימרן "בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 7220/15 עלייה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 51, 14 (2016).

96 פרשת אבו-ג'מל, לעיל ה"ש 80, בפס' 17 לפסק הדין של השופט מזוז.

97 שם.

הצו טרם אישורו (לדוגמה, הסתפקות באטימה חלף הריסה). אך, כאמור, במקרה זה הוא נותר בדעת מיעוט.

2.3 מערכה שלישית – נקודת השבר

כעת, הגענו לשלב קריטי במיוחד במסענו. אנו עומדים בפני ההחלטה השיפוטית שהביאה לנקודת שבר בין השופט מזוז לבין הנשיאה דאז מרים נאור. נקודת שבר שלאחריה נבלם המומנטום שצברה עמדתו של מזוז בהחלטות הקודמות. כפי שאפרט בחלק זה, בניגוד לדעת המיעוט של הנשיאה נאור ז"ל, השופט מזוז, הוביל החלטה לבטל צו הריסה נגד ביתו של עבד אלעזיז מרעי. אל החלטתו זו הצטרפה השופט ברון. מרעי הוא המחבל אשר דקר למוות בפיגוע דקירה בירושלים את הרב נחמיה לביא ז"ל ואת החייל אהרן בנט ז"ל. במהלך הפיגוע נפצעו גם רעייתו ובנו הפעוט של אהרן בנט ז"ל.⁹⁸ טרם החלטה זו, פסק מזוז בחמישה מקרים, במהלך קצת יותר משנה. אבל, לאחר אותו המקרה, עד לפרישת הנשיאה בדימוס נאור ז"ל, הוא כמעט לא שובץ שוב בתיק בנושא הריסת בתים.⁹⁹ החלטה זו הובילה גם למתיחות סביב נושא מדיניות הריסות הבתים בין מזוז לבין שופטים אחרים. למשל, השופט סולברג, שביקר את מזוז במסגרת פרשת זכריא, שאלה אתיחס לאחר פרשת מרעי.¹⁰⁰

בפרשת מרעי, הנשיאה נאור הכירה כי השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה מעורר שאלות מורכבות, נוכח הפגיעה בחפים מפשע. אבל, עדיין בית המשפט העליון לדורותיו ראה בשימוש בסמכות זו הכרח בל יגונה ומחויב המציאות.¹⁰¹ נוסף על כך, בעוד מידת מעורבותם של יתר דיירי הבית המיועד להריסה במעשיו של המפגע היא שיקול בקבלת ההחלטות לגבי הריסת בתים, הלכה היא כי אין שיקול זה עומד לבדו ובוודאי לא יכול להביא, לגישתה, למניעה של הפעלת הסמכות. בפרט, כאשר לטענת מזוז כי הוכחה שבני המשפחה ניסו למנוע את הפיגוע צריכה להשפיע על ההחלטה לאשר צו הריסה. הנשיאה בדימוס נאור ז"ל הבהירה כי "אנו בית משפט ולא בית שופטים".¹⁰² בעוד נאור התנגדה לחידושים

⁹⁸ בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פס' 1 לפסק הדין של הנשיאה נאור (נבו 31.3.2016).

⁹⁹ גיל ברינגר "השופט מזוז, פלא סטטיסטי ואיוולת הימין" גלובס (14.8.2020) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001339304>. נתון נוסף אותו הציג ברינגר, הוא כי אחרי שהנשיאה הנוכחית, אסתר חיות, נכנסה לתפקידה, חזר השופט מזוז להופיע בתיקים הנוגעים למדיניות הריסת הבתים.

¹⁰⁰ בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (נבו 23.3.2016).

¹⁰¹ פרשת מרעי, לעיל ה"ש 98, בפס' 22 לפסק הדין של הנשיאה נאור. ¹⁰² שם.

שהציע השופט מזוז, שופטים אחרים כדוגמת המשנה לנשיאה ג'ובראן,¹⁰³ השופט פוגלמן¹⁰⁴ והשופט מלצר דווקא הביעו תמיכה בהם.¹⁰⁵ בפרשת מרעי, הבהיר השופט מזוז כי לתפיסתו נפלו בהחלטת המפקד הצבאי פגמים המצדיקים את ביטול החלטתו.¹⁰⁶ נוסף על כך, כבר בפתח דבריו הבהיר כי הוא לא מסכים עם עמדתה של הנשיאה בדימוס נאור כי הטענות העקרוניות נגד מדיניות הריסת הבתים נדונו ונדחו לא פעם בפסיקת בית המשפט העליון. זאת מן הטעמים אותם פירט השופט מזוז בעתירות הקודמות – עליוה, אבו האשיה ואבו-ג'מל.¹⁰⁷ מכאן, התמקד השופט מזוז בנסיבות הפרטניות של המקרה שבפניו והמשיך לכרסם בהלכות הקיימות בנושא מדיניות הריסת הבתים. לדידו של השופט מזוז, השאלה המרכזית נוגעת לשאלת הזיקה של עבד לבית העותרים כלפיו הוצא צו ההריסה.¹⁰⁸ עבד היה בעת הדיון בעתירה סטודנט בן 22 שנים, אשר בשלוש השנים שקדמו לפיגוע התגורר בדירת סטודנטים באוניברסיטת אבו דיס שליד ירושלים, ולא בבית הוריו שבמחוז סלפית, נגדו הוצא צו ההריסה. לטענת העותרים, עבד הגיע לכפר הוריו רק לעיתים רחוקות, בחגים ובחופשות מהלימודים, ולא היה לו חדר קבוע או חפצים בבית. לגישת השופט מזוז, לזיקתו של עבד לבית יש השלכה בשני מישורים: סמכות – אם לא מדובר בדייר הבית, אין לכאורה סמכות להרוס אותו מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה; ושיקול הדעת – חולשת הזיקה בין עבד לבית משפיעה על בחינת סבירות המידתיות והסבירות של הסנקציה.¹⁰⁹

באשר למישור הסמכות, לעמדתו של השופט מזוז, עבד לא יכול להיחשב בנסיבות הקיימות דייר בבית נשוא צו ההריסה. זאת תוך התחשבות בכך שלא מדובר בהיעדרות בעלת אופי ארעי, מתוך כוונה לשוב למגורי קבע בבית, למשל כמו נער הלומד בפנימייה. אלא, מדובר באדם בוגר שעזב את בית הוריו כמה שנים לפני שהוא החליט לבצע פיגוע טרור, ולפעולתו אין כל קשר לבית הוריו. עבד לא תכנן את הפיגוע בעודו בבית הוריו, לא יצא אליו מבית הוריו וגם לא חזר אליו להסתתר. כדי להמחיש את עמדתו, הפנה השופט מזוז למקרי עבר שבהם דובר בעזיבה זמנית של מקום המגורים, כמו פרשת חמרי;¹¹⁰ או שישנה זיקה

103 פרשת אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 8, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

104 פרשת סידר, לעיל ה"ש 90.

105 פרשת פלונים, לעיל ה"ש 9, בפס' 27 לפסק הדין של השופט מלצר.

106 פרשת מרעי, לעיל ה"ש 98, בפס' 1 לפסק הדין של השופט מזוז.

107 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט מזוז.

108 שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט מזוז.

109 עמדה דומה הובעה על ידי המשנה לנשיאה ג'ובראן, פרשת אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 8,

בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

110 פרשת חמרי, לעיל ה"ש 21.

לבית לפיגוע עצמו, כמו פרשת תמימי¹¹¹; או שהמפגע נעדר מבית הוריו בשל היותו מבוקש על ידי כוחות הביטחון, כמו בפרשת נזאל¹¹². השופט מזוז הבהיר כי במקרה דנן אין לראות אדם בוגר שעזב את בית הוריו, ומתגורר בדירה משלו, כמי שנעדר זמנית ומבקש לשוב או כמי שהוא דייר של הבית¹¹³. השופט מזוז סיכם כי לבית ההורים לא היה קשר לאירוע, אם במימד הזמן או המקום, והזכיר כי הפיגוע עצמו אירע בירושלים, קרוב יחסית לדירתו של עבד באוניברסיטה, ללא כל קשר או זיקה לבית הוריו המצוי כאמור באזור השומרון. בשל כך, המפקד הצבאי לא מוסמך, לגישתו של השופט מזוז, לפעול נגד הבית – מה שמעיד כי צו ההריסה שהוצא נגדו משולל תוקף חוקי¹¹⁴.

מנקודה זו, המשיך השופט מזוז לדון במישור שיקול הדעת. לצורך כך הוא הבהיר כי גם אם הוא היה מקבל את עמדתה של הנשיאה נאור (*arguendo*), עדיין אין בכך כדי לבסס את חוקיות צו ההריסה. לדידו, הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה היא סמכות שבשיקול דעת, אותה יש להפעיל מתוך גישה זהירה ומצמצמת. גישה זהירה זו מחייבת הערכה של חולשת הזיקה של עבד לבית הוריו, היעדר מעורבות של בני משפחתו בפיגוע, כמו גם העובדה שהבית עצמו לא קשור בשום דרך לפיגוע הדקירה. לעמדת מזוז, בחינת נסיבות אלו – על רקע דרישות הסבירות והמידתיות – צריכות להביא למסקנה שפגם בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בהחלטתו להוציא צו הריסה לבית הוריו של עבד¹¹⁵. לגישתו, מבחני המידתיות והסבירות, בהתאם לגישה הזהירה המתבקשת ביחס למדיניות הריסת הבתים, מחייבים בחינה יסודית של נסיבות המקרה ומתן משקל משמעותי ואף מכריע לשיקולים אלו – עוצמת הזיקה לבית, מעורבות בני משפחה, קשר בין הבית לבין הפיגוע. כמו כן, הזכיר השופט מזוז כי עבד עמד לדין בגין מעורבותו באירוע הדקירה; כי שותפו לפיגוע נהרג במקום על ידי כוחות הביטחון וכן כי נגד ביתו של השותף של עבד לפיגוע הוצא צו הריסה. בהתאם, אין חשש כי האירוע הרצחני יעבור ללא תגובה חריפה, לרבות בהיבט ההרתעתי¹¹⁶. לסיכום, ציין השופט מזוז כי משקלם המצטבר של כל הנסיבות בפרשת מרעי מחייב את ביטול צו ההריסה.

שלושה חודשים לאחר פרשת מרעי, ישב השופט מזוז, בפעם האחרונה במהלך כהונתה של הנשיאה נאור, בהרכב שפסק בנושא מדיניות הריסת הבתים.

111 בג"ץ 454/86 תמימי נ' המפקד הצבאי של הגדה המערבית (נבו 6.10.1986).

112 עניין נזאל, לעיל ה"ש 88.

113 פרשת מרעי, לעיל ה"ש 98, בפס' 15 לפסק הדין של השופט מזוז.

114 שם, בפס' 18 לפסק הדין של השופט מזוז.

115 שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופט מזוז.

116 באותה הנשימה, השופט מזוז הביע, שוב, הסתייגות עקרונית לגבי שיקול ההרתעה בהקשר של הריסת בתים, והפנה לעמדתו בפרשת אבו-ג'מל, לעיל ה"ש 80.

הפעם, דובר בפרשת זכריא, שעסקה בצו להריסת ביתו של איהאב מסודי, אשר רצה באמצעות סכין את גנאדי קאופמן ז"ל.¹¹⁷ לאחר פרשת זכריא, השופט מזוז לא חזר לדון בנושא הריסת הבתים במשך 18 חודשים – עד כניסתה לתפקיד של הנשיאה אסתר חיות. כפי שאראה בהמשך, ההפסקה הארוכה של 18 חודשים ללא דיון בנושא הריסת הבתים השפיעה על המומנטום שצברה עמדתו של השופט מזוז, ופגעה באופן מכריע בתהליך "המרד" נגד ההלכות בנושא מדיניות הריסת הבתים.

בפרשת זכריא, בניגוד לדעת המיעוט של השופט מזוז, השופטים סולברג ופוגלמן אישרו את צו ההריסה. השופט פוגלמן הביע הזדהות עם עמדותיו של מזוז, באשר להיעדר מידתיות של פגיעה מכוונת בבני משפחה חפים מפשע, כפי שעשה בפרשת סידר,¹¹⁸ אך דבק בהלכות הקיימות והצטרף לעמדה שלפיה יש לקיים את צו ההריסה. השופט פוגלמן ציין כי על רקע הדעות השונות שהובעו בפסיקה, התחזקה דעתו כי ראוי לשוב ולהידרש לשאלות כבדות המשקל של מדיניות הריסת הבתים, והפעם בהרכב מורחב. ועדיין, כל עוד ההלכה הפסוקה עומדת בעינה, הרגיש השופט פוגלמן מחויב ליישר עימה קו ולפסוק בעד קיום צו ההריסה.¹¹⁹ בקשה לדיון נוסף אכן הוגשה על בסיס אמירתו של פוגלמן, כמו גם ההתנגדויות למדיניות על ידי שופטים אחרים אשר פורטו לעיל – מזוז, ג'ובראן, ברק-ארו ועוד. אבל הנשיאה נאור דחתה את הבקשה שכן לתפיסתה לא הייתה הצדקה לדיון מחודש בהלכות.¹²⁰

באשר לשופט סולברג, זה בחר שלא להסתפק בדחיית העתירה בפרשת זכריא אלא אף בחר להוסיף ביקורת ישירה כלפי השופט מזוז. בפרט, התייחס השופט סולברג לעמדתו של השופט מזוז בשורה של שאלות בנוגע למדיניות הריסת הבתים, שלא ניתן להן מענה מספק בפסיקת בית המשפט העליון. בעוד השופט סולברג הבהיר כי הוא מכבד את דעת מזוז, הוא חידד כי הוא מתקשה עם "נימת דבריו המתעלמת מדיון מעמיק בכובד ראש בשאלות הקשות שמעלה הסוגיה הנדונה בשורה ארוכה של פסקי דין מן העת האחרונה."¹²¹ למרות טענתו בדבר דיון מעמיק בכובד ראש, לא הסביר השופט סולברג למה כוונתו ואף לא הפנה לפסקי דין שיעידו על כך.

באשר לדעת המיעוט של מזוז, החליט זה בפרשת זכריא בעיקר, לעגן מחדש אמירות קודמות שלו חלף ניסיון להעמיק או להוסיף רבדים חדשים לעמדתו. כך,

117 פרשת זכריא, לעיל ה"ש 100, בפס' 2 לפסק הדין של השופט סולברג.

118 פרשת סידר, לעיל ה"ש 90.

119 פרשת זכריא, לעיל ה"ש 100, בפס' 3 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

120 דנג"ץ 2624/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 7 לפסק הדין של הנשיאה נאור (נבו 31.3.2016).

121 פרשת זכריא, לעיל ה"ש 100, בפס' 25 לפסק הדין של השופט סולברג.

הסביר השופט מזוז כי הוא הציג את עמדתו בכמה הזדמנויות בעת שקדמה לעתירה דנן, ומכאן הוא לא ראה צורך לחזור על הדברים או להרחיב לגביהם.¹²² מזוז ציין כי עמדת המדינה שלפיה גורמים בסביבת המפגע הביעו תמיכה במעשיו לא מפורטת מספיק, ובפרט לא מבססת מעורבות או ידיעה של אביו של המפגע אשר ביתו עמד במוקד צו ההריסה. מכאן, לדעתו, אין בסיס עובדתי מספק לקבל החלטה מושכלת בנושא. בהתאם, ציין השופט מזוז כי לדעתו יש לקבל את העתירה, ובמובן רחב יותר יש לקיים דיון מחדש בהרכב מורחב לגבי חוקיות ויעילות מדיניות הריסת הבתים.¹²³

עמדת המדינה נסמכה על דוח סודי אשר לא הוצג בפני העותרים, או הציבור הרחב. בהמשך, לאחר השלמת סקירת הפסיקה של מזוז, אדון במשמעות הסתמכות על דוח שאינו חשוף לציבור כדי לבסס מדיניות שנויה במחלוקת כגון מדיניות הריסת הבתים. בשלב זה, מספיק לומר כי אנו עומדים בפני נקודת ציון משמעותית, במסע המבקש לעקוב אחר פסיקתו של השופט מזוז באשר למדיניות הריסת הבתים. חזינו בתהליך במהלכו השופט מזוז התחיל עם התנגדויות עקרוניות נגד מדיניות הריסת הבתים, תוך התמקדות בשלושת המישורים הרלוונטיים ביותר לדיון – חוקיות, יעילות ומוסריות – וכן כיצד המשיך השופט מזוז עם ביסוס עמדתו ובנייתה של תזה סדורה הנסמכת על עקרונות יסוד של שיטת המשפט בישראל, כמו גם על עקרונות חוקתיים אשר חלים על פעולות המדינה.

עמדתו של מזוז זכתה לתמיכה הולכת וגוברת של שופטים נוספים. כך, למשל, השופט מלצר, שקרא לכוחות הביטחון לבחון באופן מתמיד את יעילות המדיניות;¹²⁴ השופטת ברוך¹²⁵ והשופט קרא¹²⁶ אשר הביעו ספק לגבי קיומה של הרתעה ותמכו בצורך להעמיד את ההלכות הקיימות בנושא למבחן מחודש; המשנה לנשיאה ג'ובראן, שהציע, כחלק ממבחן המידתיות, לבחון את יעילות המדיניות אגב בחינת הקשר הרציונאלי בין האמצעי לבין המטרה;¹²⁷ והשופטת ברק-ארז, שלדידה יש לבחון מעת לעת את הנתונים לגבי ההרתעה, כדי לראות שאין שכרו של האמצעי יוצא בהפסדו.¹²⁸ למעשה, בין השנים 2014 ו-2018 שמונה שופטים בבית המשפט העליון (שניים פרשו במהלך שנים אלו,

122 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט מזוז.

123 שם, בפס' 3-4 לפסק הדין של השופט מזוז.

124 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 9, בפס' 27 לפסק הדין של השופט מלצר.

125 פרשת ג'ברין, לעיל ה"ש 11, שם.

126 שם, בפס' 4-5 להחלטתו של השופט קרא.

127 פרשת אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 8, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

128 שם.

רובינשטיין וג'ובראן) ביקשו לבחון את יעילות המדיניות, וחלקם את חוקיותה.¹²⁹ ועדיין, מספר עתירות לדיון מחדש בהלכות בנושא מדיניות הריסת הבתים נדחו על ידי הנשיאה נאור.¹³⁰ לאחר רגע שיא זה, אנו נכנסים ל"תקופת צינון" של 18 חודשים ארוכים שבמהלכם השופט מזוז לא ישב בהרכב שדן בנושא עתירות אשר עסקו בהריסות בתים. כיצד השפיעה תקופת הצינון על המשך התפתחות הפסיקה בנושא? מיד נמשיך ונראה.

2.4 מערכה רביעית – רכיבתו של הפרש הבודד אל עבר השקיעה¹³¹

שבועיים לאחר כניסתה לתפקיד של הנשיאה חיות, ו-18 חודשים שבהם שהשופט מזוז לא שובץ לעתירה בנושא הריסת בית, חזר האחרון לדון בנושא הריסת בתים. הפעם דובר בעתירה להריסת ביתו של נימר אלג'מל, אשר רצח שלושה בני אדם בפיגוע ירי בכניסה ליישוב הר אדר. מכאן, דן מזוז חמש פעמים נוספות בנושא הריסת בתים, במהלך דבק בעמדתו, אך נדמה כי בשלב זה כבר יצאה הרוח ממפרשי המגמה אשר ביקשה להוביל לבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים.

בפרשת אלג'מל, בניגוד לדעת המיעוט של מזוז, הוחלט בדעת רוב בהובלתו של השופט עמית לדחות את העתירה ולקיים את צו ההריסה. השופט מזוז לא העמיק לגבי העמדה העקרונית שלו בנושא מדיניות הריסת הבתים, אשר פורטה טרם תקופת הצינון, אלא התמקד בנסיבות המקרה. בפרט, התייחס השופט מזוז לכך שהמפגע נורה ונהרג במהלך הפיגוע, וכי הוא היה מפגע בודד, ללא עבר פלילי או ביטחוני, אשר נמצא בהליך גירושין שהוביל אותו למצב נפשי קשה.¹³² כמו כן, לא הייתה ידיעה, לפני המעשה או לאחריו, על מעורבות או עידוד הפיגוע מטעם בני המשפחה אשר את ביתם התכוונו להרוס. בהתאם, לגישתו של מזוז ישנה בעייתיות בנקיטת סנקציה קשה נגד בני משפחה חפים מפשע, ולכן, לדעתו, אי אפשר להרוס את בית משפחתו של אלג'מל.¹³³

129 לדיון בנושא התפתחות הפסיקה ביחס למדיניות בשנים אלו, ראו הרפז וכהן, לעיל ה"ש 1.

130 פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 6; דנג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 13; פרשת עלייה, לעיל ה"ש 4.

131 כותרת זו שואבת השראה מכותרת הריאיון של השופט מזוז לעיתון הארץ, ראו גידי וייץ "מני מזוז הדהים את כולם כשפרש מהעליון. כעת הוא מוכן לספר מדוע" הארץ (23 בדצמבר, 2021) <https://bit.ly/3R12WwC>.

132 בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פס' 2 לפסק הדין של השופט מזוז (נבו 7.11.2017).

133 שם, בפס' 6-7 לפסק הדין של השופט מזוז.

רק שבועיים חלפו מאז פרשה זו, ומזוז שוב ישב בהרכב שדן במדיניות הריסת הבתים. במקרה זה, בפרשת אבו אלרוב, שעסקה בהריסת ביתו של מפגע שרצה באכזריות בדקירת סכין וחבטות עם מכוש, את ראובן שמרלינג ז"ל.¹³⁴ גם במקרה זה, השופט מזוז היה בדעת מיעוט נגד ההחלטה לאשר צו הריסה, בניגוד לשופטים אחרים שאישרו את צו ההריסה.

בהחלטתו, חזר מזוז על עמדתו שלפיה מדיניות הריסת הבתים מעלה שורה של שאלות משפטיות קשות, אשר לא זכו לבירור מספק ועדכני בפסיקתו של בית המשפט העליון.¹³⁵ באשר לנסיבות המקרה, התייחס מזוז לכך שהוריו של המפגע גרושים ואימו מתגוררת בבית נפרד, וכי ישנה מחלוקת לגבי זיקתו של המפגע לשני הבתים של הוריו. זאת כאשר עובר לאירוע הרצח הוא התגורר בכפר קאסם כשוהה בלתי חוקי, שם גם בוצע הרצח האכזרי. כלומר, הרוצח לא התגורר באחד מבתי הוריו. לעמדת מזוז, גם אם תתקבל עמדת המדינה שלפיה המפגע התגורר לסירוגין בבית אביו ובבית אימו, מדובר בזיקת מגורים מוגבלת אשר משליכה על סבירות ומידתיות הפעלת הסנקציה. הבית אשר הוחלט להרוס אותו היה בית אביו של המפגע, ובו התגוררו גם אשתו השנייה של האב, ושלושת אחיו הצעירים של המפגע. לגישת מזוז, בנסיבות אלו, כאשר לא מדובר בקניינו של המפגע או בבית שבו התגורר, וכאשר הבית לא שימש אכסניה לפעילות טרור, לא יהיה סביר ומידתי להרוס מקום מגורים המשמש קורת גג יחידה לרבים אחרים. למרות נפשעות פעולותיו של אבו אלרוב, הבהיר מזוז כי הדבר לא מצדיק פגיעה בחפים מפשע אשר לא היה להם דבר עם אכזריותו של המפגע.¹³⁶

בהמשך, בפרשת דחאדחה,¹³⁷ עמד בית המשפט בפני מקרה מורכב יותר מהקודמים מבחינת חומרת פעולותיו של המפגע ועברו הביטחוני, זיקתו לבית שהתכוונו להרוס ואפילו העבר הביטחוני של משפחתו. הסיבה לכך היא שדובר במפגע – עאצם עומר צאלח ברגותי – אשר נמצא כבר תחת תוכנית תשלומים של הרשות הפלסטינית בשל מאסרו בעבר על רקע פעילות ביטחונית נגד מדינת ישראל, ואשר יצא עם אחיו לביצוע שתי פעולות טרור בהפרש של כמה ימים.

טרם עתירה זו, יצאו המפגע ואחיו למסע ירי סמוך לתחנת אוטובוס, ירי שהוביל לפציעה של שבעה בני אדם, לרבות אישה הרה שנפגעה קשות ואיבדה את ילודה, שלאחר מותו נקרא עמיעד ישראל אישרן ז"ל. לאחר שכוחות הביטחון הישראליים הרגו את אחיו של המפגע, שב האחרון לנתיב הרצח והפעם הרג בירות את סמ"ר יובל מור יוסף וסמ"ר יוסף כהן ז"ל.¹³⁸ המפגע נעצר

134 פרשת אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 8, בפס' 4 לפסק הדין של השופט אלרון.

135 שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט מזוז.

136 שם, בפס' 9-12 לפסק הדין של השופט מזוז.

137 בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (נבו 4.3.2019).

138 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל.

והוחלט להוציא צו הריסה לביתו, אשר נבנה על ידי הוריו באמצעות כספים שקיבל המפגע מהרשות הפלסטינית בגין מאסר קודם שלו על רקע עבירות ביטחוניות שבהן היה מעורב. למעשה, אפילו אביו של המפגע נחשב מעורב מטעם החמאס בפעילות ביטחוניות נגד מדינת ישראל.¹³⁹

נראה כי זהו המקרה הקיצוני ביותר בפניו עמד השופט מזוז עד כה, מבחינת חומרת מעשי המפגע, זיקתו לבית מושא צו ההריסה ואפילו הרקע הביטחוני של המפגע ומשפחתו. בית המשפט העליון, בפסק דינו של השופט הנדל שאליו הצטרף השופט שטיין, אישר את ההחלטה להרוס את ביתו של ברגותי. אבל גם במקרה זה השופט מזוז בחר להישאר בדעת מיעוט שלפיה יש אי אפשר להרוס את הבית מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה.

לגישתו של מזוז, אומנם הבית נבנה בסיוע כספים שקיבל המפגע מהרשות הפלסטינית, אך הוא נבנה על קרקע בבעלות אביו, ואשר בחלקים אחרים שלו מתגוררים אחיו הצעיר של המפגע, ואשתו של המפגע.¹⁴⁰ נוסף על כך, בעוד לאביו יוחסה מעורבות בפעילות חמאס נגד ישראל, לא ידוע ולא נטען לגבי תמיכה או עידוד האב לפעולותיו של בנו בגינן הוחלט על צו ההריסה, כמו גם לאחיו של המפגע או לאשתו. לעמדת מזוז, בעוד המעשים שיוחסו למפגע הם חמורים ונתעבים, המפגע נתפס והיה צפוי לעמוד לדין וצו ההריסה לא צפוי לפגוע בו אלא בבני משפחתו. בהתאם, ולפי עמדתו העקבית של מזוז, אי אפשר לפגוע בבית משפחתו של המפגע ככל שאלו חפים מפשע ואי אפשר לאשר את צו ההריסה גם במקרה דנן.¹⁴¹

ונעבור לשתי הפרשיות האחרונות טרם פרישתו – שבהן היה מעורב השופט מזוז בדיון לגבי מדיניות הריסת הבתים. ראשית, נתחיל עם פרשת אבו בכר במהלכה, בניגוד לעמדת השופטת וילנר, הצליח השופט מזוז להוביל את דעת הרוב לצד השופט קרא, וקבע כי יש לבטל צו הריסת בית ולהפכו לצו אטימת החדר שבו התגורר המפגע. כלומר, סנקציה פחותה בחומרתה מזו שרצתה לקדם המדינה.¹⁴² אומנם, מדובר בסיפור הצלחה מבחינת מזוז, אבל החלטה זו עוררה סערה ציבורית רחבה וכן לא הייתה לה המשכיות.¹⁴³ ועבור אל פרשת דויקאט,¹⁴⁴

139 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל.

140 שם, בפס' 4-6 לפסק הדין של השופט מזוז.

141 שם, בפס' 7, 9-12 לפסק הדין של השופט מזוז.

142 בג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (נבו 10.8.2020).

143 בפוסט בפייסבוק כינה ראש הממשלה נפתלי בנט את ההחלטה הזו בתור "סדום ועמורה", ואמר כי החלטת בית המשפט "דוקרת את העין ואת הלב". ראו גם דניאל דולב ויניר יגנה "בג"ץ ביטל את הריסת בית המחבל שהרג את החייל עמית בן יגאל" וואלה (10.8.2020) <https://news.walla.co.il/item/3379371>; זקן "בג"ץ ביטל את הריסת בית המחבל", לעיל ה"ש 44.

שהגיעה לאחר מכן, שבה מצא עצמו השופט מזוז בדעת מיעוט, ולאחריה כבר פרש מזוז מבית המשפט העליון.

פרשת אבו בכר עסקה בצו הריסה נגד ביתו של נזמי מחמוד יונס אבו בכר, אשר רצח את סמ"ר עמית בן יגאל ז"ל בהטלת לבנה במשקל של כעשרה ק"ג. הלבנה שנורקה מגג בניין המגורים שבו נמצאה דירתו, מגובה של כ-13 מטרים, פגעה בראשו של בן יגאל ז"ל והובילה לפגיעה קשה בראשו שהובילה למותו.¹⁴⁵ השופטת וילנר, כאמור בדעת מיעוט, ביקשה לאשר את צו ההריסה בשל ההלכות הקיימות בנושא מדיניות הריסת הבתים ובגין הנסיבות הפרטניות של המקרה. בפרט, ציינה השופטת וילנר כי ישנה זיקה ברורה בין המפגע ונסיבות הרצח לבין הדירה אותה ביקשו להרוס, וכי ישנו צורך להרתיע מפני התופעה של השלכת לבנים על חיילי צה"ל מגגות בניינים.¹⁴⁶ למעשה, השופטת וילנר הפנתה לעתירה קודמת שבה הוחלט לאשר צו הריסה נגד ביתו של אסלאם נאג'י אשר רצח את סמ"ר רונן לוברסקי ז"ל באמצעות השלכת בלוק במשקל של כ-18 ק"ג לעבר ראשו של המנוח. השופטת וילנר הבהירה כי חשוב להרוס את הדירה גם במקרה דנן בשביל למנוע תופעה של חיקוי פעולות אלו.¹⁴⁷ אלא, חשוב לזכור כי דווקא נראה כי הריסת ביתו של נאג'י – אשר קדמה למקרה זה – לא השפיעה על אבו בכר ולא הרתיעה אותו מפני ההחלטה לפעול בצורה דומה ולרצוח את סמ"ר עמית בן יגאל ז"ל.

לעומתה, השופטים מזוז וקרא החליטו כי יש מקום לבטל את צו ההריסה נגד דירתו של אבו בכר, תוך שמירה על סמכות המדינה להחליט על המרתו בצו חמור פחות לאטימת החדר שבו התגורר המפגע. לגישת השופט מזוז, חשוב לזכור כי בדירת המפגע התגוררו אשתו ושמונת ילדיו, אשר לא יוחסה להם כל מעורבות במעשיו הנפשעים של האב – אם מראש, במהלכם או לאחר מעשה – וכי מדובר במשפחה קשת-יום.¹⁴⁸ בהתאם, הבהיר השופט מזוז כי צו הריסה אשר יפגע בבני משפחתו של המפגע ויותר אותם חסרי קורת גג אינו מידתי, ולכן יש מקום להמירו בצו אשר ימתן את הפגיעה ויגבל רק לאטימה חלקית של הדירה.¹⁴⁹ השופט קרא הצטרף לעמדתו של השופט מזוז, והבהיר כי גם לדעתו לא התבצע

144 בג"ץ 6826/20 דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון (נבו 25.10.2020).

145 פרשת אבו בכר, לעיל ה"ש 142, בפס' 1-2 לפסק הדין של השופטת וילנר.

146 שם, בפס' 3, 13-15 לפסק הדין של השופטת וילנר.

147 שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת וילנר ("אני סבורה כי הישנותם של מעשים מעין אלה המכוונים אל חיילי צה"ל במהלך פעולות ביטחוניות המבוצעות באזורים מאוכלסים באיו"ש – מחייבת הרתעה יעילה ומשמעותית, אשר יש לקוות כי תמנע ממפגעים פוטנציאליים לשוב ולחקותם").

148 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט מזוז.

149 שם, בפס' 8-9 לפסק הדין של השופט מזוז.

דיון מספק ומעמיק בפסיקה באשר לחוקיות ויעילות מדיניות הריסת הבתים.¹⁵⁰ בפרט, העלה השופט קרא ספק באשר לקיומה של הרתעה בשל מדיניות הריסת הבתים, ובפרט מחמת כך שהשימוש במדיניות הפך שגרתו ותדיר למדי, וזאת בלי שהתבצעה הערכה מעמיקה ועניינית באשר ליעילותה. בהתאם, הצטרף השופט קרא להחלטתו של מזוז לביטול צו ההריסה והמרתו בצו אטימה חלקי בלבד.¹⁵¹

לבסוף, פרשת דויקאט הייתה המקרה האחרון שבו, טרם פרישתו מבית המשפט העליון, השופט מזוז פסק בנושא מדיניות הריסת הבתים. בעניין זה, דובר בצו להריסת ביתו של ח'ליל עבד אלחאלק אשר רצח בדקירה את הרב שי אוחיון ז"ל בפתח-תקווה.¹⁵² בית המשפט העליון החליט לאשר את צו ההריסה, בניגוד לדעת המיעוט של השופט מזוז. השופט סולברג הוביל את דעת הרוב, בציינו כי לדעתו אין ספק שמושגת הרתעה בשל יישום מדיניות הריסת הבתים, וכי כל השאלות החוקיות נדונו בעבר על ידי בית המשפט העליון.¹⁵³

השופט מזוז, לעומת זאת, הבהיר כי לדעתו טרם לובנו כראוי השאלות בנושא חוקיות ויעילות המדיניות, ובהתאם מספר שופטים החלו לציין את הצורך בדיון מחודש לגבי ההלכות הקיימות.¹⁵⁴ בפרט, חזר השופט מזוז על עמדתו לגבי היעדר מידתיות וסבירות בהחלטה מכוונת לפגוע בבני משפחה של אדם שביצע פיגוע, כאשר אי אפשר למצוא מעורבות או עידוד מצד בני המשפחה לפעולה הנפשעת.¹⁵⁵ במקרה דנן, דובר באשתו של המפגע וחמש בנותיהם, אשר התגוררו בבית נגדו הוצא צו ההריסה, ושלא יוחסה להן כל מעורבות במעשי אב המשפחה, שעולים כדי פשע חמור ונתעב.¹⁵⁶ בנסיבות אלו, הסביר השופט מזוז כי הריסת ביתן והותרתן חסרות גג לא עומדת במבחן המידתיות והסבירות.

נוסף על כך, החליט מזוז להוסיף כמה הערות לגבי התכלית ההרתעתית של מדיניות הריסת הבתים. ראשית, ציין מזוז כי ישנו ספק באשר לקביעה שמדובר באמצעי הרתעתי ולא עונשי (בדומה לפרשת עלייה). שנית, הבהיר מזוז כי גם אם התכלית של המדיניות היא הרתעתית, לא ברור שאכן הפעלת המדיניות משיגה תכלית זו. שלישית, הטיל מזוז ספק בדוח הסודי שהוגש על ידי גורמי הביטחון – ולא הוצג לעותרים או לציבור, דוח אשר מבסס, לכאורה, את האפקט

150 שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופט קרא.

151 שם; לדיון נוסף ביחס לעמדת השופט קרא בנושא מדיניות הריסת הבתים, ראו מימרן "אם לא עכשיו, אימתי?", לעיל ה"ש 15.

152 פרשת דויקאט, לעיל ה"ש 144, בפס' 2 לפסק הדין של השופט סולברג.

153 שם, בפס' 14 ו-32 לפסק הדין של השופט סולברג.

154 שם, בפס' 2-3 לפסק הדין של השופט מזוז.

155 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט מזוז.

156 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מזוז.

ההרתעתי של אמצעי זה. למעשה, ישנם מקרים שבהם נמצא כי במדיניות הריסת הבתים יש משום תמריץ לפיגוע מתוך רגשי נקם.¹⁵⁷ כפי שאפשר לראות, רגע לפני פרישתו מבית המשפט העליון ניצל השופט מזוז את ההזדמנות להסביר שוב לא רק את הבעיות החוקיות העולות מהשימוש במדיניות הריסת הבתים, אלא גם את הספק שלו לגבי מימוש התכלית העיקרית שלה והיא הרתעה מפני ביצוע פעולות טרור בעתיד. בשל המרכזיות של התכלית ההרתעתית, לצד העובדה שאי-הוכחתה משפיעה באופן ממשי על חוקיות השימוש במדיניות, אבקש לדון כעת בסוגיה זו. לאחר מכן, אסכם את פועלו של השופט מזוז בנושא מדיניות הריסת הבתים.

3. בין יעילות לחוקיות – האם מדיניות הריסת הבתים משיגה את מטרתה?

חשיבות בחינת היעילות בהרתעה מפני פנייה לטרור נעוצה בשתי סיבות עקרוניות: ראשית, מדינת ישראל בוחרת לפגוע בזכויותיהם חפים מפשע בהסתמך על שיקולי עלות-תועלת, אותם חשוב להוכיח. שנית, הבסיס החוקי של מדיניות הריסת בתים רעוע, ועל מקבלי ההחלטות בישראל להביא בחשבון את האפשרות שבית הדין הפלילי הבינלאומי יחיל את סמכותו על מדיניות הריסת הבתים. בהתאם, אתיחס במהלך הדיון גם לאפשרות החלת סמכות של בית דין זה על סוגיית הריסת הבתים.

3.1 יעילות המדיניות

קשה להתייחס למדיניות הריסת בתים כאל גורם יחיד (או עיקרי) המשפיע על היקף פעולות הטרור. גורמים רבים נוספים – במישור הפוליטי, החברתי, התרבותי, הכלכלי ועוד – השפיעו על היקפן ועל חומרתן של פעולות הטרור נגד ישראל.¹⁵⁸ נראה כי קשה עד בלתי אפשרי להכריע מה קדם למה: האם מדיניות הריסת בתים הגבירה או צימצמה את היקף פעולות הטרור? או שמא דווקא פעולות הטרור המרובות הן שהולידו את השימוש הנרחב במדיניות זו לצד אמצעים אחרים כגון מעצר מינהלי, גירוש, תיחום מגורים, צווי הגבלה והעמדה לדין פלילי. ברמה המעשית, לפי הנתונים הקיימים מדיניות הריסת בתים מומשה ביתר שאת דווקא בתקופה שבה מספרם של הפיגועים ואיכותם היו מהגבוהים והקשים שידעה מדינת ישראל. אך, השימוש בכלי זה לא הוביל לירידה ברורה

¹⁵⁷ שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מזוז.

¹⁵⁸ לדיון באשר לשיקולים הרבים שיש להביא בחשבון, ראו, לדוגמה, אריה שלו האינתיפאדה: הסיבות, המאפיינים והשלכות (1990).

בהיקף פעילות הטרור.¹⁵⁹ עובדה זו, תרמה, כנראה לגיבוש עמדתו של השופט מזוז, כמו גם של אחרים כגון המשנה לנשיאה ג'ובראן.¹⁶⁰ דרך אפשרית לבחון את יעילות מדיניות הריסת בתים היא פנייה לנתונים אמפיריים; קרי נתונים סטטיסטיים או טכניקות מחקר המשתמשות בנתונים אלה כדי להסיק מסקנות עקרוניות.¹⁶¹ בהקשר של מדיניות הריסת בתים, אפשר היה לבחון את היחס בין מספר האנשים שביצעו פעולות טרור שביתם לא נהרס, לבין מספר האנשים שביתם נהרס בעקבות פעולת טרור שביצעו. לו היה מתגלה פער גדול בין מספר המפגעים לבין מספר בתים שנהרסו לאחר פעולות טרור, אפשר היה לראות שמדיניות הריסת בתים נוגעת באופן ישיר רק למספר נמוך של בני אדם המעורבים בטרור. כמפורט לעיל, השופט מזוז הטיל ספק בטענה כי אמצעי הריסת הבתים מקדם מטרות הרתעתיות ולא עונשיות. הוא ציין כי יש לבחון ברמה העובדתית-ראייתית אם הוכחה כראוי היעילות של אמצעי הריסת הבתים.¹⁶²

השופט מזוז הציג שתי הנמקות לעמדתו: ראשית, תקנה 119 לתקנות ההגנה מצויה בחלק י"ב לתקנות, שכותרתו "הוראות ענשים: שונות". שנית, היותה של סנקציה אמצעי הרתעתי לא שוללת, כשלעצמה, את היותה בה-בעת גם סנקציה עונשית, ובפועל הרתעה היא מהתכליות המובהקות של הענישה הפלילית.¹⁶³ עוד ציין השופט מזוז כי אומנם השיקול של הרתעת הרבים מוכר אומנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי, אבל נכון להפעילו רק כלפי מבצע העבירה ולא כלפי צד שלישי חף מפשע. זאת לאור עקרונות היסוד של שיטת המשפט בישראל ועקרונות מוסר אוניברסליים.¹⁶⁴ עמדתו של מזוז בנושא ההרתעה זכתה לתמיכה של שופטים רבים נוספים, למשל השופט מלצר, שקרא לכוחות הביטחון לבחון באופן מתמיד את יעילות המדיניות;¹⁶⁵ השופטת ברון;¹⁶⁶ והשופט

159 לדיון, ראו כהן ומימרן, לעיל ה"ש 69.

160 פרשת אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 8, בפס' 5 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

161 Michael Heise, *The Importance of Being Empirical*, 26 PEPP. L. REV. 807 (1999); Lee לקריאה נוספת לגבי הגדרות של נתונים אמפיריים והשימוש בהם, ראו, לדוגמה: Epstein & Gary King, *The Rules of Inference*, 69 U. CHI. L. REV. 1 (2002); Jack Goldsmith & Adrian Vermeule, *Empirical Methodology and Legal Scholarship*, 69 U. CHI. L. REV. 153 (2002).

162 לדיון ביעילות מדיניות הריסת הבתים וחשיבותה התאורטית של שאלה זו, ראו כהן ומימרן, לעיל ה"ש 69. ראו לעיל ה"ש 69.

163 לדיון, ראו פרשת עליזה, לעיל ה"ש 4, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז.

164 פרשת אבו-ג'מל, לעיל ה"ש 80, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מזוז.

165 פרשת פלונים, לעיל ה"ש 9, בפס' 27 לפסק הדין של השופט מלצר.

166 פרשת ג'ברין, לעיל ה"ש 11.

קרא¹⁶⁷ אשר הביעו ספק לגבי קיומה של הרתעה. לפי המשנה לנשיאה ג'ובראן, יש לבחון את יעילות המדיניות אגב בחינת הקשר הרציונאלי בין האמצעי לבין המטרה (כחלק ממבחן המידתיות),¹⁶⁸ ואילו לדידה של השופטת ברק-ארו, יש לבחון מעת לעת את הנתונים לגבי ההרתעה, כדי לראות שאין שכרו של האמצעי יוצא בהפסדו.¹⁶⁹

בשנת 2005 על בסיס המלצות ועדה מקצועית בראשות האלוף אודי שני, החליט צה"ל לחדול ממדיניות הריסת בתים.¹⁷⁰ ממסקנות הוועדה עלה כי יש ספק באשר לחוקיות המדיניות וליעילותה.¹⁷¹ באשר ליעילותה של המדיניות, כלומר להרתעה שהיא מייצרת, נקבע כי הנוק הנגרם מההריסות עולה על התועלת שבהן, מכיוון שההרתעה (המוגבלת) אינה שקולה לשנאה ולאיבה שהצעד הקשה מעורר בקרב הפלסטינים, כמו גם לפגיעה בתדמיתה של מדינת ישראל.¹⁷² כזכור, השופט מזוז ציין פעמים רבות מספור את החשש האמור, ואף הביע את עמדתו שלפיה הריסת בתים, לעיתים, יוצרת תסיסה אשר תוצאתה דווקא הגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים.¹⁷³

בשל מסקנות הוועדה בראשות האלוף שני, החליט שר הביטחון דאז, שאול מופז, כי אין לנקוט עוד מדיניות הריסת בתים, וזאת עד לשינוי דרסטי של הנסיבות.¹⁷⁴ לתחושת שירות הביטחון הכללי (השב"כ) שינוי דרסטי חל כבר בחלוף שלוש שנים, בשנת 2008, בשל העובדה שמספר הולך וגובר של פיגועי טרור יצאו ממזרח ירושלים.¹⁷⁵ ההחלטה לחזור להשתמש במדיניות האמורה, זמן

167 שם, בפס' 4-5 להחלטתו של השופט קרא.

168 פרשת אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 8, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

169 שם.

170 גיל, תובל ולוי, לעיל ה"ש 17.

171 נעמי הימין-רייש "דמוקרטיה מתגוננת בישראל" פרלמנט 59 (2008).

172 התנועה לחופש המידע פנתה לצה"ל בדרישה כי יפרסם את הדוח המסכם שחיבר הצוות בראשות האלוף אודי שני. אומנם צה"ל נמנע מלפרסם את הדוחות המפורטים של הצוות, אך הוא העביר לתנועה לחופש המידע מצגת שממנה אפשר ללמוד על נקודות מרכזיות בדיוני הוועדה ועל חלק מהמסקנות שאליהן הגיעה. בייחוד, אפשר לראות בשקף 33 למצגת זו את המסקנה שלפיה במדינה יהודית דמוקרטית צה"ל לא יכול להלך על סף החוקיות, ועל אחת כמה וכמה על סף הלגיטימיות. המצגת הועמדה לרשות הציבור באתר של התנועה לחופש המידע: www.meida.org.il/?p=287.

173 פרשת דויקאט, לעיל ה"ש 144, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מזוז.

174 פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 18, בפס' 9-10.

175 שם. אחד מן הסממנים לשינוי היה כי תושבי מזרח ירושלים עצמם החלו לבצע פיגועים, ולא כבעבר, שימשו רק כסייענים. כמו כן, בשנת 2008 התרחשו כמה פיגועים בולטים כגון הפיגוע בשיבת מרכז הרב, פיגוע הדריסה בכיכר צה"ל שבו נפגעו 18 אזרחים ישראלים, ועוד. השינוי האמור העיד, לכאורה, על הצורך לשקול אם לשוב ולהשתמש מחדש במדיניות זו בכלל, ובמזרח ירושלים בפרט.

קצר לאחר שוועדה מקצועית בחנה לעומק את חוקיות השימוש בה ואת יעילותה והמליצה להפסיקה, אושרה על ידי בית המשפט העליון.¹⁷⁶ כמפורט לעיל, השופט מזוז העניק חשיבות לעובדה שוועדת שני המליצה בשנת 2005 על הפסקת השימוש במדיניות הריסת הבתים – והוסיף כי עם החזרה לשימוש במדיניות, מן הראוי שיינתן מענה מספק ועדכני לשאלות הקשות שהובאו בפני בית המשפט.¹⁷⁷

כעיקרון, גם אם נניח שהריסת בתים יוצרת הרתעה מסוימת, ישנם שיקולים אחרים המעידים כי הרס הבית עלול להביא לתוצאה הפוכה מזו שהתכוונו אליה: ראשית, הריסת הבית מעניקה "אות כבוד" למשפחתו של פעיל הטרור שביתו נהרס; שנית, בפועל, פעמים רבות, בית חדש נבנה במימון חיצוני, דבר אשר משפר את תנאי הדיוור של המשפחה; שלישית, מדיניות הריסת בתים יצרה לחצים מקומיים ובין-לאומיים,¹⁷⁸ שהביאו להגבלות על יכולתה של המדינה לנקוט אמצעים אחרים נגד הטרור ולעידוד השנאה לישראל. ישנו קושי להכריע בין שיקולים מסוג אלו, כאשר כלי אשר יכול לסייע בכך הוא מחקר מבוסס על נתונים סטטיסטיים.¹⁷⁹

176 שם, בפס' 11.

177 פרשת עלייה, לעיל ה"ש 4, בפס' 3 לפסק הדין של השופט מזוז.

178 *US Condemns Terrorist Home Demolition Directive*, THE TIMES OF ISRAEL (Nov. 13, 2014) <https://bit.ly/3KjbSKc>; Maya Shwayder, *UN Blasts West Bank House Demolitions*, THE JERUSALEM POST (Jul. 12, 2014) <https://bit.ly/3X5bVk6>.

179 מתוך הבנה כי הפנייה לנתונים אמפיריים היא חשובה, אך לא יכולה לשמש כלי בלעדי בקבלת החלטות, בחנו במחקר נרחב את השאלה אם מקבלי ההחלטות הגיעו למסקנות שגויות בדבר יעילות השימוש באמצעי הריסת בתים. זאת לא רק בשל היעדר הסתמכות על נתונים מספקים, אלא גם לאור השפעתן של ההטיות (Biases) הקוגניטיביות עליהם. במחקר זה נטען כי הצדקות של עלות-תועלת מצטיירות פעמים רבות כהחלטות רציונליות, ואילו למעשה, במקרים מסוימים ובפרט בנוגע למדיניות הריסת בתים, הן מושפעות במידה רבה מהטיות קוגניטיביות ואינן עומדות במבחן רציונלי. ראו כהן ומימרן, לעיל ה"ש 69; לדיון בנושא הטיות קוגניטיביות, ראו, לדוגמה: Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CALIF. L. REV. 1051 (2000); Ronald L. Akers, *Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: The Path Not Taken*, 81 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 653 (1990); Linda Babcock et al., *Forming Beliefs about Adjudicated Outcomes: Perceptions of Risk and Reservation Values*, 15 INT'L REV. L. & ECON. 289 (1995); Steven Garber, *Punitive Damages and Deterrence of Efficiency-Promoting Analysis: A Problem Without a Solution?* 52 STAN. L. REV. 1809, 1812 (2000); Daniel W. Shuman, *The Psychology of Deterrence in Tort Law*, 42 U. KAN. L. REV. 115, 127–129 (1993).

מקור שבו ניתן היה, אולי, לנסות ולאתר נתונים המעידים על יעילות מדיניות הריסת בתים, הוא הוועדה בראשות האלוף אודי שני. עם זאת, הדיונים שהוועדה קיימה ומסקנותיה לא זמינים לציבור הרחב. למרבה הצער, גם הדוח הסודי שהוצג בפני שופטי בית המשפט העליון כהוכחה ליעילות המדיניות לא גלוי לציבור, וכל שידוע עליו הוא כי אין מדובר ב"מחקר", אלא ב"ריכוז מידע", וכי החומר לא מעיד על כך שפגיעה בבית של אדם שאינו קרוב של הפעיל ואין לו ידיעה על כוונתו, יוצרת הרתעה.¹⁸⁰ היעדר הגישה למידע זה עלול לפגוע באמון הציבור בבית המשפט ובקבלת הכרעתו בנושא הריסת בתים.¹⁸¹

בעוד אין בפנינו מידע המעיד על יעילות המדיניות ביצירת הרתעה, יש הטוענים דווקא לקיומן של ראיות אמפיריות המעידות על ההיפך. כלומר, כי מדיניות הריסת בתים לא ייצרה הרתעה, אלא דווקא הגבירה את המוטיבציה לפעולות טרור. כך, לדוגמה, תא"ל במיל' אריה שלו מצא שאומנם בתחילה הריסת בתים במהלך האינתיפאדה הראשונה יצרה הרתעה מסוימת, אך ככל שהזמן התקדם, ובפרט לאחר שאש"ף החל להעניק פיצויים כספיים למשפחות הנפגעים, השפעה זו הלכה ופחתה.¹⁸² למעשה, טען שלו כי הריסת בתים הביאה לתוצאה הפוכה מהכוונה שעמדה מאחוריהן – במקום לצמצם את היקף הפעילות האלימה, זו רק הלכה והתגברה.¹⁸³ טענה דומה הועלתה גם בהקשר של האינתיפאדה השנייה.¹⁸⁴ למרות טיעונים אלו, העמדה המסורתית של בית המשפט העליון לאורך עשרות שנים הייתה כי מחקרים מדעיים או נתונים סטטיסטיים לא יוכלו להוכיח את יעילותה של המדיניות.¹⁸⁵

הפעם הראשונה שבה נאות בית המשפט העליון להעריך את יעילות מדיניות הריסת בתים הייתה בפרשת המוקד להגנת הפרט משנת 2014, בעתירה עקרונית נגד חוקיות ויעילות מדיניות הריסת בתים.¹⁸⁶ אגב דחיית העתירה, בשל הקביעה

180 בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פס' 28–29 לפסק הדין של הנשיאה נאור (נבו 12.11.2015).

181 כפי שציין המשנה לנשיאה ג'ובראן בנאום הפרידה שלו מבית המשפט העליון: "טול מבית המשפט את אמון הציבור ונטלת ממנו את נשמת אפו". ראו נאום פרידה של המשנה לנשיאה סלים ג'ובראן עם פרישתו מבית המשפט העליון ביום 3.8.2017, בעמ' 2. לדיון ראו, שלו, לעיל ה"ש 158.

183 לדוגמה: לאחר שנהרסו 23 בתים בחודש אפריל 1988, עלה היקף הפעילות האלימה בחודש שלאחר מכן ב-244 אירועים. נוסף על כך, אחרי הריסת 24 בתים בנובמבר 1988, עלה מספר האירועים האלימים בחודש שלאחריו ב-1186 אירועים.

184 עמוס הראל, אבי יששכרוף ושחר אלטרמן המלחמה השביעית (2004).

185 בג"ץ 2006/97 ג'נימט נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997); בג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536, 539 (1990).

186 פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 6, בפס' כ"ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין, בפס' 6 לפסק הדין של השופטת חיות ובפס' 6–8 לפסק הדין של השופט סולברג.

כי כל הטענות המשפטיות שהועלו בעתירה כבר נענו בעתירות פרטניות בעבר,¹⁸⁷ התייחסו שופטי בית המשפט העליון לצורך לבחון את יעילות המדיניות. השופט (כתוארו דאז) רובינשטיין ציין כי אי אפשר להניח לעד כי מדיניות הריסת בתים משיגה הרתעה, בלי שיובאו נתונים המאמתים השערה זו.¹⁸⁸ לפיכך, הבהיר השופט רובינשטיין כי יש לערוך בחינה עתית הכוללת עריכת מחקר ומעקב בנוגע למדיניות, כפי שעשתה ועדת שני. יתר על כן, הוא אף ציין כי יש להביא לפני בית המשפט נתונים המעידים על יעילות המדיניות במידה המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים במעורבות בפעולות טרור.¹⁸⁹ דרישה אחרונה זו מעידה כי, ככל הנראה ולפחות נכון לאותה נקודת הזמן, השופט רובינשטיין חש כי לא הוצגו בפני בית המשפט העליון נתונים המוכיחים את יעילות מדיניות הריסת בתים. למעשה, הדוח הסודי שאליו התייחס השופט מזוז בפסיקותיו הרבות הוא תוצאה ישירה של דרישתו להציג נתונים בנושא בעתירה העקרונית נגד המדיניות.

בניגוד לעמדתו של השופט רובינשטיין, השופט סולברג סבר כי מדיניות הריסת בתים יעילה בהרתעה מפני פנייה עתידית לטרור. השופט סולברג הפנה למחקר אקדמי של אפרים בנמלך, קלוד ברבי ואסטבן קלור (להלן: "המחקר"), לפיו הריסת בתים של פעילי טרור מתאבדים ושל מעורבים אחרים במעשי טרור מביאה לירידה מיידית בכמה פיגועי ההתאבדות שביצעו מפגעים המתגוררים באזור שבו בוצעה ההריסה.¹⁹⁰ אלא, ישנה בעייתיות בקביעתו של השופט סולברג, וזאת מחמת העובדה שמסקנות המחקר שעליו נסמך מוגבלות. למעשה, השופט סולברג הודה בעצמו כי יעילותה של מדיניות הריסת בתים, שהוכחה לכאורה במחקר, הייתה תקפה רק לתקופה קצרת טווח ובמרחב גיאוגרפי מוגבל, וכי השפעתה נמוגה בחלוף חודש אחד בלבד, והייתה תחומה אך ורק לאזור הגיאוגרפי שבו בוצעה ההריסה.¹⁹¹ מכאן, הנימוק בדבר יעילותה של מדיניות הריסת בתים למשך חודש בלבד ובאזור גיאוגרפי מוגבל, אינו משכנע בהתייחס לניסיון הישראלי. זאת הואיל והמדיניות יושמה במשך עשרות שנים בשלושה אזורים גיאוגרפיים שונים. בהתאם, עורכי המחקר עצמם סייגו את מסקנות המחקר והבהירו כי אין הם מצדיקים נקיטת הריסת בתים כמדיניות ארוכת

187 שם, בפס' ט"ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

188 לפירוט בנושא הטענה לגבי חוסר היעילות של המדיניות, וחיבתו התאורטית של שאלה זו, ראו כהן ומימרן, לעיל ה"ש 69.

189 פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 6, בפס' כ"ו לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

190 Efraim Benmelech, Claude Berrebi & Esteban Klor, *Counter-Suicide-Terrorism: Evidence from House Demolitions*, NBER WORKING PAPER SERIES (2010).

191 פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 6, בפס' 7-6 לפסק הדין של השופט סולברג.

טווח.¹⁹² המחקר הוסיף והצביע על כך ששימוש בהריסת בתים כמדיניות אף עלול להגביר את היקף פעולות הטרור ואת הטינה כלפי ישראל בקרב הקהילה הבין-לאומית.¹⁹³ מכאן, עולה כי המחקר שעליו נשען השופט סולברג הכיר באפשרות ששימוש במדיניות הריסת בתים למשך עשרות שנים, כפי שנעשה בישראל, עלול דווקא להגביר את היקף הטרור והשנאה כלפי ישראל, ולהשיג בכך את התוצאה ההפוכה מזו שהתכוונה להשיג מדינת ישראל.

יש לציין כי גם השופטת (כתוארה אז) חיות, בהחלטתה, הפנתה למחקר שעליו הסתמך השופט סולברג, כאשר לגישה יש במחקר כדי להעיד על יעילותה של המדיניות ולו לתקופה קצרה ובהיקף גיאוגרפי תחום. עם זאת, היא הביעה תמיכה בגישתו של השופט רובינשטיין שלפיה יש לקיים בחינה, מעקב ומחקר מעת לעת באשר ליעילותה של מדיניות הריסת בתים ושל תועלתה.¹⁹⁴ כזכור, בפסיקתו האחרונה בנושא מדיניות הריסת הבתים, הטיל גם השופט מזוז ספק באשר לדוח הסודי שהוגש על ידי המדינה, בציניו כי זה אינו מבסס את האפקט ההרתעתי של אמצעי זה מאחר שלמעשה ישנם מקרים שבהם נמצא כי מדיניות הריסת הבתים יש משום תמריץ לפיגוע מתוך רגשי נקם.¹⁹⁵ מאז החלטה זו, חזינו בעלייה בתמיכה בעמדה שהובעה על ידי השופטים (דאז) חיות ורובינשטיין שלפיה יש מקום לבחון מעת לעת את יעילות המדיניות. כמפורט לעיל, השופטים ג'ובראן,¹⁹⁶ ברק-ארז,¹⁹⁷ מלצר,¹⁹⁸ קרא וברון קראו לבחון את יעילות המדיניות,¹⁹⁹ לצד השופט מזוז העומד במוקד רשימה זו.²⁰⁰ ועדיין, הנשיאה נאור דחתה בנחרצות כמה בקשות לדיון עקרוני בסוגיה של יעילות הריסת בתים.²⁰¹ קשה לקבל מצב דברים שבו הייתה התעלמות ממספר רב כל כך של שופטים שקראו לבחון את יעילותה של מדיניות שמופעלת במשך עשרות שנים, ואשר מביאה לביקורת בין-לאומית הפוגעת ביכולתו של צה"ל לפעול כנגד איום הטרור ולמגר פיגועים.²⁰²

192 Efraim Benmelech, Claude Berrebi, & Esteban Klor, לעיל ה"ש 190, בעמ' 3.

193 שם.

194 פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 6, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת חיות.

195 פרשת דויקא, לעיל ה"ש 144, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מזוז.

196 פרשת אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 8, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

197 שם.

198 פרשת פלונים, לעיל ה"ש 9, בפס' 27 לפסק הדין של השופט מלצר.

199 פרשת ג'ברין, לעיל ה"ש 11; זו לא הפעם הראשונה שהשופטת ברון מציגה עמדה זו,

ראו: פרשת מרעי, לעיל ה"ש 98, בפס' 3-5 לפסק הדין של השופטת ברון.

200 פרשת עלייה, לעיל ה"ש 4.

201 פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 6; דג"ן המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 13;

פרשת עלייה, לעיל ה"ש 4.

202 זאת בייחוד מחמת החשש שהמדיניות מביאה לתוצאה הפוכה ממה שנתכוון, כפי שהוכר

לסיכום, החשיבות של בחינת היעילות נעוצה בשתי סיבות: ראשית, מדינת ישראל בחרה ועודה בוחרת לפגוע בזכויות של חפים מפשע בהסתמך על שיקולי עלות-תועלת, אך היא עושה זאת בלי להוכיח את קיומה של תועלת אל מול הפגיעה הקשה או קשר רציונאלי מספק. למעשה, כאשר מתבצע איוון בין התועלת לפגיעה הנוצרת בשל השימוש במדיניות הריסת בתים – הוא מתמקד בפגיעה בתדמיתה של ישראל על פני הפגיעה בחפים מפשע. עובדה זו מעוררת תהיה, במיוחד עת מדובר בניתוח הראוי בהתאם לדרישת הקשר הרציונאלי. שנית, הבסיס החוקי של מדיניות הריסת בתים רעוע,²⁰³ ועל מקבלי ההחלטות בישראל להביא בחשבון את האפשרות שבית הדין הפלילי הבינלאומי ינסה להחיל את סמכותו ביחס למדיניות.

3.2 חשיבותה המוגברת של בחינת חוקיות המדיניות

עיקרון המשלימות (complementarity) הוא גורם חשוב המצדיק בחינה מחודשת של חוקיות מדיניות הריסת בתים. עיקרון זה החולש על הפעלת השיפוט הפלילי הבין-לאומי, עוגן בסעיף 17 לחוקת רומא ולפיו לא יעמוד אדם לדין בבית הדין הפלילי הבין-לאומי אם מתברר כי התיק הוא מושא הליך חקירה או העמדה לדין במדינה בעלת סמכות שיפוט בו. זאת אלא אם כן אותה מדינה לא רוצה או אינה מסוגלת לנהל באופן אמיתי את החקירה או את ההעמדה לדין.²⁰⁴ באשר למהותו של עיקרון המשלימות, בסעיף 17(2) לחוק אמנת רומא פורטו מקרים שהתקיימותו של אחד מהם היא עדות לכך שלא התקיימה חקירה אמיתית: ההליכים ננקטו או ננקטים, או שההחלטה המדינית נתקבלה, מתוך כוונה לחסן את האדם הנוגע בדבר מאחריות פלילית בגין פשעים הנופלים בגדר סמכות השיפוט של בית הדין לפי סעיף 5; חל עיכוב בלתי מוצדק בהליכים בנסיבות שאינן מתיישבות עם כוונה להביא לדין את האדם הנוגע בדבר; ההליכים לא נוהלו או אינם מתנהלים בצורה עצמאית או חסרת פניות, והם נוהלו

על ידי ועדת שני. לדיון בנושא הביקורת כנגד המדיניות, ראו לדוגמה: Ralph Ruebner, *Democracy, Judicial Review and the Rule of Law in the Age of Terrorism: The Experience of Israel – A Comparative Perspective*, 31 GA. J. INT'L & COMP. L. 493 (2003); Jonathan Grebinar, *Responding To Terrorism: How Must A Democracy Do It? A Comparison of Israeli and American Law*, 31 FORDHAM URB. L. J. 261 (2003)

כפי שהוכר על ידי ועדת שני. 203

לקריאה בנושא העיקרון, ראו Kai Ambos, *The Colombian Peace Process (Law 975 of 2005) and the ICC's Principle of Complementarity*, in THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COMPLEMENTARITY: FROM THEORY TO PRACTICE 1071 (Carsten Stahn & Mohamed El Zeidy eds., 2011).

204

או מנוהלים באופן שבנסיבות העניין אינו מתיישב עם כוונה להביא לדין את האדם הנוגע בדבר. מהאמור לעיל עולה כי חקירה משמעותית כוללת את שלושת העקרונות הבאים: ראשית, החקירה נערכת בתום לב, כלומר כדי למצות את הדין עם הנחקר ולא כדי לגונן עליו מפני העמדה לדין; שנית, החקירה נערכת ללא עיכובים בלתי מוצדקים בנסיבות העניין; שלישית, החקירה עצמאית ומנוהלת ללא משוא פנים.²⁰⁵ עיקרון זה הוא אדן מרכזי של המנגנון אותו מגבשת החוקה, והוא תוצר פשרה פוליטית שמטרתה יצירת איזון מקובל בין הערכאה האוניברסלית לבין רשויות השיפוט הלאומיות.²⁰⁶ למעשה, עיקרון זה נועד לתמרץ את המדינה הרלוונטית לעשות מלאכתה נאמנה.

כיום בית המשפט העליון הוא הכתובת העיקרית, וכנראה היחידה, לדיון בחוקיות מדיניות הריסת בתים. הסיבה לכך היא כי להבדיל מפעולות ביטחוניות אחרות של צה"ל, אשר נבדקות במסגרת מערכת החקירות של הצבא, טענות לגבי אי-חוקיות הריסת בתים מועברות ישירות לבית המשפט העליון. זאת לאחר הליך השגה, שלעיתים מתקיים בפני המפקד הצבאי, אשר אינו הליך משפטי העומד בדרישת כללי ההליך ההוגן. מכאן, ברור כי מערכת החקירות הצה"לית אינה בעלת משמעות ולא יכולה לעזור במניעת איום זה. זאת ללא קשר לשאלה אם מערכת החקירות הצה"לית עומדת בסטנדרטים בין-לאומיים במונח של עיקרון המשלימות,²⁰⁷ ויכולה למנוע התערבות שיפוטית בין-לאומית, במקרה של הריסת בתים.

בית המשפט העליון מכיר בחוקיות מדיניות הריסת בתים על בסיס הלכה

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11 205
 OA6, Judgment on the Appeal of Mr Abdullah Al-Senussi Against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the Admissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi", 217 (Jul. 24, 2014); Frédéric Mégret & Marika Giles Samson, *Holding the Line on Complementarity in Libya: The Case for Tolerating Flawed Domestic Trials*, 11 J. INT'L CRIM. JUST. 571, 574 (2013); Markus Benzing, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, in 7 MAX PLANCK YEARBOOK OF UNITED NATIONS LAW 591, 595–596, 599 (Armin von Bogdandy, Rudiger Wolfrum, & Christiane E. Philipp eds., 2003).

לדיון ראו עמיחי כהן "משפט בינלאומי" אצל רובי סיבל משפט בינלאומי (2010); ארנה 206
 בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (טלי ניר עורכת 2006).

לסקירה של מערכת החקירות בצה"ל, ראו הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 207
 31 במאי 2010, דו"ח שני: מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבין-לאומי, ועדת טירקל (2013) (https://bit.ly/4dTYR71); לדיון מעמיק במערכת החקירות של צה"ל, ראו עמיחי כהן ויובל שני צה"ל חוקר את עצמו: חקירת חשדות להפרת דיני מלחמה (2011).

ישנה שלא עומדת במבחן הזמן – על רקע התפתחויות חשובות ובפרט המהפכה החוקתית והצטרפות ישראל לשורה של אמנות זכויות אדם בין-לאומיות. במילים אחרות, לא יתקיים דיון מהותי באשר לחוקיות מדיניות הריסת הבתים כל עוד בית המשפט העליון יבחר להמשיך ולהסתמך על ההלכה הקיימת. בהתאם, כל עוד בית המשפט העליון מכיר בחוקיות המדיניות, לא יתקיימו בישראל חקירות על אודות הפרות אפשריות של המשפט הבין-לאומי בשל יישום המדיניות. בשל כך, אם בית הדין הבין-לאומי הפלילי יבקש להחיל את סמכותו בנוגע להריסות בתים, לא יהיה אפשר להעלות את עיקרון המשלימות כגורם מונע בפני התערבות בין-לאומית.²⁰⁸

גם אם נניח, לשם הטיעון, שאפשר לומר שהעובדה שיש הלכות שיפוטיות בנושא מעידה על קיומה של ביקורת שיפוטית, חשוב לזכור כי, כפי שציין השופט מזוז, ההלכות הקיימות הן ישנות למדי. זאת מחמת העובדה שמדובר בפסקי דין משנות ה-80 של המאה הקודמת, ולא סביר שהן עדכניות לאור התפתחויות חשובות במשפט הבין-לאומי ובמשפט החוקתי-מינהלי.²⁰⁹

באשר לסמכות השיפוט העקרונית של בית הדין הפלילי הבין-לאומי, אומנם אין ישראל חתומה על חוק אמנת רומא. ועדיין, בית הדין הפלילי הבין-לאומי קיבל את פלסטין כמדינה חברה בבית הדין, ונענה לבקשתה לחקור חשדות לביצוע פשעים בין-לאומיים בהקשר של הסכסוך הישראלי-פלסטיני.²¹⁰ אחד הנושאים שמטרידים את בית הדין, בהקשר של ישראל, הוא הריסת בתים למטרות הרתעה. הדבר אף צוין במפורש בבקשתו של התובע מבית הדין הפלילי משנת 2020 לקדם הליך העמדה לדין של ישראלים.²¹¹ מכאן, שמדובר בתמרוך

208 החשיבות של עיקרון המשלימות מתחדדת בשל העובדה שתובעת בית הדין הבין-לאומי הפלילי רמזה כי להבנתה אירועים הנוגעים לסכסוך המזוין בין ישראל לבין ארגוני טרור פלסטיניים אכן יעמדו בדרישת החומרה העולה מחוקת רומא. לדיון בנושא, ראו עמיחי כהן וטל מימרן "הרשות הפלסטינית ובית המשפט הפלילי הבינלאומי", המכון הישראלי לדמוקרטיה (2015); ICC: Office of the Prosecutor, Draft Policy Paper on Preliminary Examinations 13–14 (2010) <https://bit.ly/4bwDM11>.

209 כמפורט לעיל, הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, דן במדיניות הריסת הבתים הייתה בשנת 1979. עתירות לא הוגשו בשלב מוקדם יותר מאחר שהחלטות על הריסת בתים או אטימתם נקבעו בלא התראה מוקדמת, ולכן לא הייתה יכולת פרקטית להגיש עתירה. ראו פרשת סחוויל, לעיל ה"ש 2.

210 לדיון ראו עמיחי כהן וטל מימרן "עדכון בדבר קבלת בקשתה של הרשות הפלסטינית להצטרף לבית הדין הבינלאומי הפלילי" המכון הישראלי לדמוקרטיה 19.1.2015. לדיון עקרוני בסמכות שיפוט בית הדין הבין-לאומי הפלילי על ישראלים, ראו יובל שני "ישראלים על ספסל הנאשמים? השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל" המשפט ט 51, 83 (2004).

211 ראו למשל פס' 168 ו-170 מבקשתו של התובע: International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, *Situation in the State of Palestine, Prosecution Requet Pursuant to*

אזהרה למקבלי ההחלטות בישראל בהקשר זה.

באשר לחוקיות הריסת בתים – סעיף 8(2)(a)(iv) לאמנה קובע כי הרס נרחב של רכוש פרטי, אשר אינו מוצדק מכוח נחיצות צבאית, וכולל מימד של כוונה או שרירותיות, ואשר מבוצע בניגוד לחוק, עלול לעלות כדי פשע מלחמה.²¹² סעיף זה כולל שתי דרישות עיקריות – המתקיימות, כפי שיוסבר להלן, בהקשר של הריסת בתים – שהפעולה לא תהיה מוצדקת מכוח נחיצות צבאית, ושהיא תהיה בניגוד לחוק.

לגבי הדרישה הראשונה, ההגדרה המקובלת של "צורך צבאי" דורשת שהפעולה תשרת את הצורך הצבאי של החלשת האויב, הכנתו או הבאת הקרבות לכלל סיום,²¹³ ושתהיה בה תרומה של ממש למאמץ המלחמתי.²¹⁴ ההצדקה העיקרית לשימוש בכלי זה היא שההרתעה שהיא מייצרת מחלישה את

Article 19(3) for a Ruling on the Court's Territorial Jurisdiction in Palestine, Doc No. ICC-01/18 (January 22, 2020).

212 אף על פי שהריסת בית יחיד לא תעמוד בסטנדרט המשפטי של פגיעה רחבת היקף, חשוב לזכור כי מדיניות הריסת בתים הופעלה לאורך עשרות שנים, ובתקופות מסוימות – כגון תקופת האינתיפאדה השנייה – נהרסו מאות בתים על פני מספר שנים בודדות. ראו, לדוגמה: "נתונים על הריסת בתים כאמצעי ענישה בשנים 1987–2004" בצלם (1.1.2011). <https://bit.ly/3wRGwXO>. חשוב לציין שהוראה דומה לסעיף זה נמצאת גם באמנת ג'נבה הרביעית. כמו כן, בית הדין הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY) קבע בעבר כי הריסת בית בשטח כבוש אינה חוקית אם היא לא מבוצעת לצורך צבאי. לדין, ראו *Prosecutor v Tihomir Blaškić*, Case no. IT-95-14-T 157 (Int'l Crim. Trib. For the Former Yugoslavia Mar. 3, 2000); *Prosecutor v Dario Kordić and Mario Čerkez*, Case no. IT-95-14/2, 335–341, 346 (Int'l Crim. Trib. For the Former Yugoslavia Feb. 26, 2001).

213 לקריאה בנושא צורך צבאי, ראו Lawrence Hill-Cawthorne, *The Role of Necessity in International Humanitarian and Human Rights Law*, 47 ISR. L. REV. 225 (2014); Nobuo Hayashi, *Military Necessity as Normative Indifference*, 44 GEO. J. INT'L L. 675 (2013); Jens David Ohlin, *The Duty to Capture*, 97 MINN. L. REV. 1268 (2013).

214 אפשר למצוא לכך ביטוי בפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה ובמחקר של הצלב האדום בנושא משפט בין-לאומי הומניטרי מנהגי, ראו Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) art. 52(2), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3; LOUISE DOSWALD-BECK & JEAN-MARIE HENCKAERTS, *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW* (2005). לדין במחקר הצלב האדום, ראו Timothy L.H. McCormack, *An Australian Perspective on the ICRC Customary International Humanitarian Law Study*, in *THE LAW OF WAR IN THE 21ST CENTURY: WEAPONRY AND THE USE OF FORCE* 81 (Anthony M. Helm ed., 2006); Leah M. Nicholls, *The Humanitarian Monarchy Legislates: The International Committee of the Red Cross and its 161 Rules of Customary International Humanitarian Law*, 17 DUKE J. COMP. & INT'L L. 223 (2006).

האויב. מכאן, כל עוד לא מוצגת הוכחה בדבר הרתעה בשל הריסת בתים, יהיה קשה לומר שהיא עומדת בדרישת הצורך הצבאי. באשר לדרישה השנייה, כי הפעולה תהיה לא חוקית, ישנן כמה הוראות של המשפט הבין-לאומי שמדיניות הריסת בתים עלולה להפר, ובכללן איסור ענישה קולקטיבית²¹⁵ ואיסור יחס בלתי-אנושי.²¹⁶ מן האמור עולה כי הריסת בתים, המופעלת על ידי מדינת ישראל לאורך מספר עשורים, עלולה בהחלט להיחשב כפשע מלחמה לפי חוק אמנת רומא.²¹⁷

בית המשפט העליון בישראל דן בעבר במגוון פעולות של כוחות הביטחון, אף בזמן לחימה בפועל.²¹⁸ בכך הוכיח כי קיים בישראל גורם משמעותי שיכול לבחון את התאמת הצעדים שבפניו להוראות המשפט הבין-לאומי. כך, לדוגמה, בית המשפט עסק בעבר בסוגיות רגישות כגון עינויים על ידי השב"כ,²¹⁹ סיכולים ממוקדים,²²⁰ נוהל שכן²²¹ ועוד.²²²

²¹⁵ Zemach, לעיל ה"ש 22, בעמ' 74.

²¹⁶ Shane Darcy, *Punitive House Demolitions, the Prohibition of Collective Punishment,*

and the Supreme Court of Israel, 21 PENN ST. INT'L L. REV. 477, 480, 485 (2003)

²¹⁷ לקריאה על היחס שבין המשפט הבין-לאומי ההומניטרי למשפט הבין-לאומי הפלילי,

אשר באמצעותו אוכפים ברמה המהותית וברמה המוסדית את כללי המשפט הבין-לאומי

החלים בעת סכסוכים מזוינים, ראו M. Cherif Bassiouni, *The New Wars and the Crisis*

of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors, 98 J. CRIM. L. &

CRIMINOLOGY 711 (2008)

²¹⁸ ראו, לדוגמה: בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד

נח(5) 385 (2004); בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (נבו) 30.1.2008; בג"ץ

201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה (נבו) 19.1.2009; בג"ץ 3114/02 ברכה נ'

שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002).

²¹⁹ בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817

(1998); לדין לגבי ההחלטה, ראו: Nicolò Nourafchan, *Judging Torture: Lessons from*

Israel, 43 GEO. J. INT'L L. 1259 (2012); Yigal Mersel, *Judicial Review of Counter-*

Terrorism Measures: The Israeli Model for the Role of the Judiciary during the

Terror Era, 38 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 67 (2006); Matthew G. St. Amand, *Public*

Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel et al: Landmark Human

Rights Decision by the Israeli High Court of Justice or Status Quo Maintained? 25

N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 655 (2000)

²²⁰ בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (נבו), 14.12.2006;

לדין לגבי ההחלטה, ראו: David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists:*

Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?, 16(2) EUR. J. INT'L L.

171 (2005); Kristen E. Eichensehr, *On Target? The Israeli Supreme Court and the*

Expansion of Targeted Killings, 116 YALE L.J. 1873 (2007); Eric Berlin, *The Israeli*

Supreme Court's Targeted Killings Judgment: A Reaffirmation of The Rule of Law

.During War, 21 MICH. ST. J. INT'L L. 517 (2013)

אין סיבה לכך שבית המשפט העליון, הזוכה להערכה בזירה הבין-לאומית,²²³ יעסוק בשאלות משפטיות כה מורכבות במקרים מסוימים, אך לא יעשה זאת באשר לחוקיות מדיניות הריסת בתים.²²⁴ המשמעות של הכשרת הריסת בתים על ידי בית המשפט העליון, היא שלא תתבצע חקירה פלילית הנדרשת מכוח עיקרון המשלימות. מכאן, היעדר דיון רציני בחוקיות הריסת בתים על ידי בית המשפט עלול להזמין התערבות על ידי בית הדין הפלילי הבין-לאומי.

4. אפילוג

זכור, לאחר פרישתו העניק השופט מזוז ריאיון נרחב לעיתון "הארץ". בריאיון זה הוא האיר על הסיבות שבגינן הקדים את פרישתו מבית המשפט העליון. בפרט, התייחס השופט מזוז לעמדתו בנושא מדיניות הריסת הבתים. אבקש

²²¹ בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד המרכז (נבו 6.10.2005); לדיון בפסק הדין, ראו: Roland Otto, *Neighbors as Human Shields? The Israel Defense Forces' "Early Warning Procedure" and International Humanitarian Law*, 86 INT'L REV. RED CROSS 771 (2004); Michael N. Schmitt, *Human Shields in International Humanitarian Law*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 292 (2009); Eitan Diamond, *Before The Abyss: Reshaping International Humanitarian Law to Suit the Ends of Power*, 43 ISR. L. REV. 414 (2010).

²²² ראו, לדוגמה: בג"ץ 10265/05 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (נבו 7.10.2008) (חוקיות השימוש ביעפים על-קוליים); בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד (נו) 4) 193 (2003) (חוקיות השימוש בפגזי פלשט); בג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (נבו 31.1.2011) (מרחק הבטיחות מאזרחים הנדרש בשימוש בירי ארטילרי בעזה).

²²³ United Nations Secretary General, Follow-up to the Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, Annex I, 38, 40, U.N. Doc. A/64/651 (Feb. 4, 2010); Emily Singer Hurvitz, *Future of the AUMF: Lessons From Israel's Supreme Court*, 4 NAT'L SEC. L. BRIEF 42, 69 (2014); E.C.J., Case C-402/05 P, Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, Opinion Of Advocate General Poiares Maduro, 45 (2008); Application Under S. 83.28 of the Criminal Code, [2004] 2 S.C.R. 248, 260; A and others v. Secretary of State for the Home Department, [2005] 2 A.C. 221 (H.L.) (appeal taken from Eng.) 150.

²²⁴ להרחבה בסוגיה זו, ראו: Guy Harpaz, *When Does a Court Systematically Deviate from its Own Principles? The Adjudication by the Israel Supreme Court of House Demolitions in the Occupied Palestinian Territories*, 28 LEI. J. INT. L. 31 (2015); 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).

להשלים את המסע עם התייחסות לעמדה המפוכחת שהציג השופט מזוז במבט לאחור לאחר פרישתו מבית המשפט העליון.

לגישת מזוז, בעוד בית המשפט העליון ראוי לשבחים רבים – בכל הנוגע למדיניות הריסת הבתים, "ההיסטוריה לא תשפוט אותנו טוב במקרה הזה".²²⁵ לעמדתו, בעוד פסקי הדין בבית המשפט ניתנים על ידי כל שופט והרכב שופטים בנפרד, מדובר במשימה קולקטיבית ובהתאם בית המשפט העליון נבחן ציבורית כמוסד.²²⁶ השופט מזוז היה חלק מקבוצה הולכת וגדלה של שופטים שהטילו ספק בחוקיות ויעילות המדיניות. בפרט: הנשיאה חיות,²²⁷ המשנה לנשיאה רובינשטיין,²²⁸ השופט מלצר,²²⁹ המשנה לנשיאה ג'ובראן,²³⁰ השופטת ברק-ארז,²³¹ השופטת ברון,²³² השופט פוגלמן²³³ והשופט קרא²³⁴. אבל בסופו של יום מספר עתירות לדיון מחדש בחוקיות ויעילות המדיניות נדחו.²³⁵

גם כניסתה לתפקיד של הנשיאה חיות, אשר בעצמה הביעה הסכמה עם הצורך לבחון את יעילות המדיניות מעת לעת, וגם הביעה קושי עם ההלכות הקיימות ועם הצורך ללכת בתלם ההלכות הקיימות בנושא,²³⁶ לא הביאה לשינוי בנכונות בית המשפט העליון לדון באופן עקרוני במדיניות.²³⁷

מזוז הבהיר כי הוא בחר במודע ללכת נגד הזרם, מכיוון שלדעתו הריסת בתים היא צעד לא מוסרי, מנוגד לחוק ויעילותו מפוקפקת. צעד זה נעשה כדי לרצות דעת קהל אף על פי שברור כי "זה לא מה שימנע את הפיגוע הבא".²³⁸ באשר לאמירה בדבר התקווה לרצות את דעת הקהל, ובפרט את משפחותיהם של נפגעי פעולות טרור, אפשר לראות לדוגמה את התבטאותו של אביו של החייל אלמוג שילוני ז"ל שנרצח על ידי פעיל טרור. זאת לאחר שבית המשפט העליון –

²²⁵ וייץ, לעיל ה"ש 131.

²²⁶ דברי פרידה של שופט בית המשפט העליון מני מזוז לרגל פרישתו, לעיל ה"ש 46.

²²⁷ פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 6, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת חיות.

²²⁸ שם, בפס' כ"ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

²²⁹ פרשת פלוני, לעיל ה"ש 9, בפס' 27 לפסק הדין של השופט מלצר.

²³⁰ פרשת אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 8, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

²³¹ שם, בפס' 3 להחלטתה של השופטת ברק-ארז.

²³² פרשת ג'ברין, לעיל ה"ש 11.

²³³ פרשת סידר, לעיל ה"ש 90.

²³⁴ שם, בפס' 4-5 להחלטתו של השופט קרא.

²³⁵ פרשת המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 6; דנג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 13;

פרשת עלייה, לעיל ה"ש 4.

²³⁶ פרשת המוקד להגנת הפרט, שם, בפס' 5 לפס' הדין של השופטת חיות ("הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אחדד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה").

²³⁷ מימרן, לעיל ה"ש 15.

²³⁸ וייץ, לעיל ה"ש 131.

בהחלטה אותה הוביל השופט מזוז – אסר להרוס את בית הרוצח של שילוני ז"ל מכיוון שהמדינה השתתתה 11 חודשים לאחר אישור צו ההריסה ולא הוציאה אותו לפועל.²³⁹ בין התבטאויותיו של האב אפשר למצוא את האמירה הבאה: "ציפינו להריסת הבית של המחבל כחלק מהענישה של הרצח הכול כך אכזרי של הבן שלי".²⁴⁰

הסיבות להתנגדותו של מזוז, כמפורט בפרק זה, הן שמדובר במדיניות קיצונית לפיה העונש מוטל לא על מי שביצע את העבירה, ובהתאם היא מעוררת "נזק בינלאומי יומיומי" למדינת ישראל.²⁴¹ מזוז הטיל ספק נחרץ ביעילות המדיניות, ואף הבהיר כי אפילו ישנה יעילות מסוימת בהרתעה מפניה לטרור בעקבות המדיניות, יש גבול מוסרי שמעבר לו "האפקטיביות לא יכולה להיות רלוונטית לענישה במדינה דמוקרטית".²⁴²

כפי שפורט להלן, מזוז הביע התנגדות עקבית וסדורה לעמדה המסורתית של בית המשפט העליון בנושא מדיניות הריסת הבתים. הוא עשה זאת תוך הצגת גישה ברורה המעידה על הסיבות בגינן בשלה העת לבחון מחדש את חוקיות ויעילות המדיניות, ולהגיע לתוצאה אחרת מזו שהגיע אליה בית המשפט העליון בעבר. ועדיין, לאחר שצבר השופט מזוז מומנטום במובן של ביסוס עמדתו, הגיע השלב שבו הוא הלך צעד אחד רחוק מדי – ביטול צו הריסה, בניגוד לדעת המיעוט של הנשיאה בדימוס נאור ז"ל, אשר ישבה בהרכב באותו המקרה.²⁴³

239 פרשת האשיה, לעיל ה"ש 5.

240 תלם יהב ואיתי בלומנטל "בג"ץ ביטל הריסת בית מחבל: 'נצא למאבק'" Ynet, <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4733328,00.html> (1.12.2015)

241 וייץ, לעיל ה"ש 131.

242 שם.

243 פרשת מרעי, לעיל ה"ש 98; בעבר טענה הנשיאה בדימוס נאור ז"ל כי שיבוץ השופטים נעשה באופן אקראי על ידי תוכנית מחשב, מלבד תיקים "רגישים במיוחד". ראו: דברי ברכה של נשיאת בית המשפט העליון השופטת מרים נאור כנס השנתי של לשכת עורכי הדין באילת, הרשות השופטת (21.5.2017) ("אני מבקשת להתייחס עתה לטענה אחרת הנשמעת לעתים כלפי מערכת בתי המשפט, שגם לה אין כל יסוד. כוונתי היא לטענות הנשמעות ביחס לאופן שיבוץ ההרכבים בבית המשפט העליון. יש הטוענים כי השיבוץ להרכבים נעשה מתוך רצון להגיע לתוצאה זו אחרת. טענה זו היא חסרת שחר ואבקש להבהיר את הדברים בקצרה. המחוקק הקנה לנשיא בית המשפט העליון את הסמכות לקבוע את הרכב השופטים שידון בכל עניין המתברר בבית המשפט העליון. ואולם, אני עצמי כמעט ולא נוהגת לעשות שימוש בסמכות זו. גם הנשיאים שקדמו לי לא נהגו לקבוע את ההרכבים בכל התיקים שנשמעו בית המשפט העליון. הדבר גם אינו אפשרי – בבית המשפט העליון נשמעים אלפי תיקים בכל שנה. רובם המוחלט של ההרכבים נקבע באופן אקראי על ידי הצוות המינהלי שאחראי על יומן בית המשפט ללא מעורבות שלי או של אנשי לשכתי. התיקים הרגישים במיוחד מועברים מראש ללשכתי על ידי הצוות המינהלי שאחראי על היומן"). עם זאת, בשנים האחרונות נתגלה כי במקרה של שופט

טרם החלטה זו, פסק מזוז בחמישה מקרים, במהלך קצת יותר משנה, אבל לאחר אותו המקרה הוא כמעט לא שובץ שוב בתיק בנושא הריסת בתים. זאת עד לפרישת הנשיאה בדימוס נאור ז"ל, ולמעשה נכנס לתקופת "צינון" של 18 חודשים.²⁴⁴ כפי שהוסבר לעיל, אף על פי שהשופט מזוז חזר לדון בנושא הריסת בתים עם מינויה של הנשיאה חיות, הדבר לא הוביל לחיזוק מגמת הטלת הספק בהלכות הקיימות בנושא מדיניות הריסת הבתים אלא היא דווקא דעה עד לפרישתו של השופט מזוז מבית המשפט העליון. למרות עזיבתו הפתאומית את בית המשפט העליון, ואמירתו לגבי תחושת הצער שנלווית לכך, הבהיר השופט מזוז כי הוא מתייחס למורשתו השיפוטית בנושא מדיניות הריסת הבתים כהצלחה:

"מתוך עשרה מקרים שבהם ישבתי, בשלושה מקרים הצלחתי לשנות את התוצאה [...] מתוך הנחה שאלמלא אני הייתי בהרכב התוצאה הייתה אחרת, אז זה לא כישלון בעיניי, אלא הצלחה חלקית".²⁴⁵

נראה כי יש צדק רב בהתרשמותו של השופט מזוז ביחס לפועלו ומורשתו, ובפרט ביחס למדיניות הריסת הבתים. השופט מזוז הביע אומץ אינטלקטואלי ומוסרי, ועמד על עקרונות העומדים בשורש האמנה החברתית של מדינת ישראל – שוויון, וכבוד האדם, בפרט – גם אל מול התנגדות קשה בקרב הציבור הרחב, ואף בתוך כותלי בית המשפט העליון. בחירתו לפרוש מוקדם מעידה על נכונותו לשלם מחיר אישי בשם עיקרון הראוי לכך. אי אפשר לבקש יותר מאדם אשר הקדיש את חייו לשירות ציבורי. מן הראוי כי ההיסטוריה תשפוט באופן חיובי את התנגדותו של מזוז למדיניות הריסת הבתים; את הניסיון העיקש שלו להביא לשינוי בהלכות הקיימות; ואת נכונותו לשים את עצמו על המזבח – בפן הציבורי, המקצועי והאישי – בשם התנגדות מוסרית וחוקית למדיניות שמייצרת יותר נזק מאשר תועלת.

תורן – שופט שקיבל עתירה היה רשאי לבחור את מי יצטרף אליו, ובכך להכווין את תוצאת ההחלטה. כדי להתמודד עם בעיה זו, הנשיאה הנוכחית אסתר חיות הגדירה נוהל שלפיו זהות השופטים שיצטרפו לשופט התורן תיקבע לפי סדר התורנות. ראו רויטל חובל "נשיאת העליון: שופטי בג"ץ לא יוכלו לבחור מי יישבו לצדם לדון בדחיית עתירות על הסף" הארץ 27.11.2018. <https://bit.ly/4aytMDb>. לקריאה על הבעיות שנוצרו בשל המצב הקודם, ובמיוחד הבחירה האסטרטגית של שופטים, ראו יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג "כיצד בוחרים שופטי בית המשפט העליון את חבריהם להרכב" משפטים נא 807 (2022).

244 ברינגר, לעיל ה"ש 99.

245 וייץ, לעיל ה"ש 131.

ד. סיכום

חרף האינטרס הציבורי הרב הגלום בהצגת נתונים המעידים על יעילות מדיניות הריסת בתים, בשלב זה אי אפשר למצוא כאלו. הסתמכות בית המשפט העליון על דוחות סודיים, אשר אינם משום מחקר מקיף אלא ריכוז מידע. דוחות אלו אינם מעידים בבירור על כך שפגיעה בבית של אדם שאינו קרוב של פעיל הטרור ואינו מודע לכוונתו לבצע פעילות טרור יוצרת הרתעה, מעוררת שאלות לגבי יעילות המדיניות במקום להציג תשובות נחרצות לגביהן. אם ישנו מחקר שמוכיח את היעילות של הריסת בתים, צריך להציגו לציבור ולבחון את הרלוונטיות שלו מחדש מעת לעת.

בתקופת כהונתו של השופט מזוז, מספר שופטים בבית המשפט העליון, הביעו נכונות להכיר בעמדה שלפיה על יעילותה של מדיניות הריסת בתים להיבחן מעת לעת, ואף הגדילו וערערו על תוקף ההלכות הקיימות בנושא. סיבה עיקרית לכך היא שבהיעדר נתונים המוכיחים הרתעה, מדיניות זו נעדרת עוגן מוסרי או משפטי, ועלולה לסכל את התכלית אותה היא מבקשת להשיג. ועדיין, מרבית העתירות נגד הריסת בתים נדחות על בסיס הלכה משנות ה-80 המוקדמות, שנקבעה טרם הצטרפה ישראל לאמנות זכויות אדם בין-לאומיות; טרם חוקקו חוקי היסוד והחלה המהפכה החוקתית; לפני שוועדת שני הגיעה למסקנה כי ישנו ספק באשר ליעילות וחוקיות המדיניות; ועובר להקמת בית הדין הפלילי הבין-לאומי אשר רואה עצמו כבעל סמכות על ישראל ובפרט בהקשר של הריסת בתים.

אי אפשר לחזות מה תהיה תוצאתה של בחינה עקרונית של מדיניות הריסת בתים. האם היא תהפוך את ההלכות הקיימות או שמא היא תעניק להן בסיס משפטי יציב יותר? אין גם שום סיבה לנסות ולעשות זאת. מה שחשוב הוא שתבצע בחינה מעמיקה שתביא בחשבון את ההתפתחויות הללו, ואשר תבחן לעומק את שאלת החוקיות והיעילות של המדיניות.

נראה כי עם עזיבתו של השופט מזוז את בית המשפט – רוח ההתנגדות שהוביל נחלשה עד שנעלמה לחלוטין בעת פרסום מאמר זה. עד שלא תקום דמות מתוך בית המשפט העליון שתהיה מוכנה לערור מחדש את הדיון בנושא הריסת בתים, ולמעשה לשאת את לפיד המרד, כפי שעשה השופט מזוז, לא יהיה כנראה שינוי מהותי ביחס למדיניות בית המשפט העליון בנושא הריסת בתים. מובן כי אם בעתיד הנושא יתעורר לדיון מחדש, אין ספק כי המורשת השיפוטית הענפה שהשאיר אחריו השופט מזוז תהיה עוגן תיאורטי וחלק משמעותי מכל עיסוק עתידי בנושא.