

על הפליה ושוויון במדיניות הריסת בתים

עמיחי כהן* וגיא הרפז**

- א. הקדמה
- ב. הריסת בתים – רקע עובדתי ומשפטי
1. כללי
 2. הסמכות המשפטית
 3. הריסות הבתים – כלפי הפלסטינים בלבד?
- ג. עקרון השוויון ותחולתו לגבי הריסת בתים
1. עקרון השוויון כעיקרון חוקתי בישראל
 2. עקרון השוויון בשטחים
- 2.1 האם חלים העקרונות הכלליים של זכויות האדם בשטחים?
- 2.2 עקרון השוויון ודיני הכיבוש
3. התחולה של עקרון השוויון לגבי הנושא של הריסת בתים
- ד. הטיעון בדבר ההפליה כפי שהועלה בפני בית המשפט העליון בהקשר של הריסת בתים
1. הגישה המסורתית
- 1.1 הטיעון בדבר מיעוט הטרור היהודי
- 1.2 הטיעון בדבר חוסר התמיכה הסביבתית בטרור היהודי
- 1.3 הטיעון כי מעשי טרור יהודים אינם מובילים לרצח, ולכן הריסת בתים חמורה מדי
- 1.4 הטיעון כי מרבית מעשי הטרור הפלסטיניים מסתיימים במות המחבל, ולכן נדרשת הרתעה נוספת
2. בג"ץ אבו חדיר – האם שינוי עמדה של בית המשפט העליון
- ה. שוויון והגנה על קבוצות מוגנות – לקראת תפיסה חלופית של השוויון בהקשר של הריסת הבתים
1. מובנים של עקרון השוויון
- 1.1 העדפה ללא הצדקה – עקרון אי-ההפליה

* הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.

** הפקולטה למשפטים והמחלקה ליחסים בינלאומיים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
ברצוננו להודות לברק מדינה, ולמשה כהן-איליה על הערות לטיוטות קודמות של המאמר, ולמיכל שחר, לי תל ארי ולניר פרופר על עזרה מצוינת במחקר.

- 1.2 הגנה על קבוצות מופלות
2. הטיעון בדבר אי-השוויון – התפיסה הביקורתית של השוויון
3. מהות ההגנה על הקבוצות
4. כבוד האדם והזר בחברה הישראלית – כמה דוגמאות
5. ביתו של האדם כחלק מזהותו
6. הפליה מוסווית – האם המערכת הישראלית גזענית?
7. על שופטים, הטיית וראיות מינהליות
1. הניתוח הפורמלי – אי-השוויון ופסקת ההגבלה
 1. כלי הבחינה: מדוע בבחינה חוקתית?
 2. הניתוח החוקתי
 - 2.1 הערות מקדימות
 - 2.2 התכלית הראויה
 - 2.3 המידתיות
2. במקום סיכום: חשיבה אחרת על בעיית הריסת הבתים
 - 2.1 בחינה עתית של המדיניות באמצעות גופים המשוחררים ממחויבות למדיניות הקודמת
 - 2.2 הפרדה בין איסוף מידע לבין קבלת ההחלטות
 - 2.3 הקמת גוף ביקורתי עצמאי

א. הקדמה

מדינת ישראל, במאבקה מול פעולות חבלה וטרור, נוקטת שורה של אמצעים חריגים.¹ מהשנויים במחלוקת שבאמצעים אלו הוא "הריסת הבתים התגובתית" – הריסת הבית שבו התגוררו מחבלים לאחר שביצעו את מעשה החבלה. הריסת הבתים התגובתיות מתבצעות בשטחי יהודה ושומרון (להלן "השטחים")² ובמזרח ירושלים.

1 לניתוח מקיף של כמה מהאמצעים ראו ענבר לוי, אלעד גיל ויוגב תובל אמצעים חריגים למאבק בטרור – מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים 191 (2010) (הספר להלן: אמצעים חריגים למאבק בטרור).

2 הכינוי הנכון לתא השטח שעליו השתלטה ישראל במלחמת ששת הימים ממזרח לקו הירוק שנוי במחלוקת. מדינת הישראלית הרשמית מקפידה לכנות את השטח בשם "יהודה ושומרון". בעבר היו שכינו את השטח בכינוי הירדני "הגדה המערבית". הפלסטינים מכנים אותו בשם "השטחים הכבושים". במאמר זה נכנה אותו בשם "השטחים" תוך שאנו משתדלים (ניסיון שכנראה נדון לכישלון) שלא להכניס ראשינו למחלוקת העקרונית על מעמדו של השטח.

חוקיות הריסת הבתים התגובתית נדונה בפסיקתו של בית המשפט העליון, בשבתו כבית הדין הגבוה לצדק, בשורה ארוכה מאוד של פסקי דין, ולאורך שנים ארוכות מאוד.³ לאורך השנים דבק בית המשפט העליון בעמדה שלפיה הריסת בתים תגובתית מותרת באופן עקרוני, אם כי היא צריכה להיעשות בצורה מידתית, וכפוף לתנאים מסוימים.⁴

עמדתו זו של בית המשפט העליון מעוררת עליה ביקורת עזה מכיוונים שונים. רבים ביקרו את הפסיקות כסותרות את המשפט הבין-לאומי.⁵ היו שסברו כי הן סותרות את החוק הישראלי. אחד מאיתנו כתב כי פסיקתו של בית המשפט העליון סותרת את עקרונות הפסיקה של בית המשפט עצמו.⁶ האחר הדגיש כי לבית המשפט מעולם לא הוגשו ראיות משכנעות בדבר יעילותה ההרתעתית של הפרקטיקה, שזו ההצדקה ההכרחית והמרכזית לה.⁷ היו כמובן גם מעטים שהצדיקו את פסיקתו של בית המשפט,⁸ או לפחות סברו כי הפרקטיקה אינה משום הפרה חמורה של הדין הבין-לאומי.⁹

לא כל שופטי בית המשפט העליון תמכו בעמדה המתירה את הריסת הבתים. בולט בהתנגדותו היה השופט מזוז אשר בכמה פסקי דין הביע את דעתו שלפיה הפרקטיקה של הריסת בתים היא פסולה.¹⁰ בעמדה זו היה השופט מזוז כמעט בודד בבית המשפט העליון, מאז פרישתו של השופט מישאל חשין מבית

3 בשנים האחרונות פורסמו עשרות פסקי דין שדנים בנושא. מאז תחילת שנת 2014, כאשר החל הגל האחרון של הריסות הבתים, פרסם בית המשפט העליון יותר מעשרים פסקי דין בנושא. כמעט כל שופט בית המשפט העליון הביע עמדה כלשהי בסוגיה.

4 ראו גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים" משפט וממשל יט 43 (התשע"ח).

5 ראו, למשל, Martin B. Carroll, *The Israeli Demolition of Palestinian Houses in the Occupied Territories: An Analysis of its Legality in International Law*, 11 MICH. J. INT'L L. 1195 (1990); Shane Darcy, *Punitive House Demolitions, The Prohibition of Collective Punishment, and the Supreme Court of Israel*, 21 PENN ST. INT'L L. REV. 477 (2002); Yoram Dinstein, *The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Demolitions and Sealing off of Houses*, 29 ISR. Y.B. ON HUM. RTS. 285 (2002); Guy Harpaz, *Being Unfaithful to One's Own Principles: The Israel Supreme Court and House Demolitions in the Occupied Palestinian Territories*, 47 ISR. L. REV. 401 (2014).

7 עמיחי כהן וטל מימרן עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים – השיבה מחדש 31–33 (מחקר מדיניות 112, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2016).

8 עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים ומוסריים (2004).

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

10 בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נבו 1.12.2015); בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (נבו 4.3.2019).

המשפט העליון. שופטים אחרים כמו השופטת ברון תמכו בהריסת הבתים רק כאשר היו ראיות לכך שבני המשפחה האחרים הגרים בבית הצפוי להיהרס תמכו בפעולת הטרור, או לא מנעו אותה מראש, או לכל הפחות תמכו בה בדיעבד.¹¹ אך בסך הכול, ואף על פי שכמה שופטים נוספים הביעו ספקות באשר לחוקיות הריסת הבתים,¹² נטה בית המשפט העליון לאשר את הפרקטיקה במגבלות מסוימות.

במאמרים אחרים סקרנו את הפסיקות העדכניות של בית המשפט העליון. במאמר אחד הבהרנו את המחלוקות הקיימות בפסיקה והראינו כיצד השופטים יצרו שורה ארוכה של חריגים להיתר הריסת הבתים, תוך שהחריגים שונים מופעלים על ידי שופטים שונים ובמקרים שונים.¹³ במקום אחר הראינו מדוע הפרשנות שבית המשפט העליון נוקט בה כלפי המשפט הבין-לאומי הרלוונטי שגויה, וכי בית המשפט העליון מתעלם מפרשנותו עצמו.¹⁴ במקום אחר טענו כי הפתרון היחיד למצב שנוצר הוא קביעת דיון נוסף, או דיון בהרכב מורחב בבית המשפט העליון, באופן שבו יוכלו מרבית השופטים להביע את דעתם בלא שהם כבולים מוסדית לתקדימים של בית המשפט העליון הגורמים לעיוותים וחוסר תיאום בפסיקה.¹⁵

במאמר זה לא נשוב לניתוחים אלו. את מדיניות הריסת הבתים ננתח במאמר זה מזווית הראיה של עקרון השוויון, ניתוח שטרם נעשה בכתביה האקדמית. לטענתנו, הריסת בתים אינה רק מדיניות אסורה כשלעצמה, אלא מייצגת יחס פסול ומפלה בחברה הישראלית כלפי האחר. היא ננקטת כלפי מי שזכויותיו נחשבות לפחותות מראש. בשל כך, אין היא אלא פגיעה בעקרון השוויון. תחולתו של עקרון השוויון כעיקרון חוקתי ביחס לשליטת ישראל בשטחים זכה לעיגון פסיקתי, בפסק הדין שביטל את "חוק ההסדרה".¹⁶ משום כך, הדיון בהריסת

11 בג"ץ 6794/19 אלעזאפרה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (נבו 12.11.2019).
 12 מבין השופטים המכהנים כיום בבית המשפט העליון הביעו ספקות באשר לנכונות ההלכה השופטים הבאים: השופט פוגלמן בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 3 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 15.10.2015); השופטת ברק-ארז בבג"ץ 2002/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 1-3 לפסק הדין של השופטת ברק ארז (נבו 24.3.2016); השופט כבוב בבג"ץ 4088/22 אלרפאעי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית פסקאות 3-5 לפסק הדין של השופט כבוב (נבו 7.7.2022).

13 הרפז וכהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ", לעיל ה"ש 4.
 14 עמיחי כהן וגיא הרפז "על קיבעון ודינמיות: עיון מחדש בהריסת בתים בפסיקת בית המשפט העליון" מחקרי משפט לא 973 (2018).
 15 גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים לצרכי הרתעה: ואם יש צדק – יופיע מיד (בדיון נוסף)" משפט וממשל כ 205 (2019).
 16 בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו 9.6.2020). עוד קודם לכן יושם השוויון

בתים מזווית הראיה של עקרון השוויון תואם גם את ההתפתחות הפסיקתית בישראל.

נקודת המוצא לדינונו היא העובדה, שאינה שנויה במחלוקת, שמאז ראשית השימוש בהריסות בתים בימי המנדט הבריטי ועד עצם היום הזה שימשה המדיניות אך ורק כנגד פלסטינים – תושבי השטחים ומזרח ירושלים. העובדה שאין המדיניות ננקטת כלפי יהודים ושאר אזרחי ישראל מעוררת שאלות נכבדות מתחום השוויון, הן מכוח הדין הישראלי והן מתחום המשפט הבין-לאומי. שאלת תחולת עקרון השוויון על נושא הריסת בתים חשובה ביותר, שכן אף לדעת מי שסבור שהריסת הבתים התגובתית מוצדקת מבחינה עקרונית, אי-השוויון בין היהודים לפלסטינים בהפעלת הסנקציה אמור לעורר ספקות בדבר חוקיות הפעלתה.

הנושא עלה לדיון בהרחבה בפסיקת בית המשפט העליון בעניין **אבו חדיר**.¹⁷ בפסק דין זה דחה בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ את עתירת הוריו של הנער מחמד אבו ח'דיר שנרצח בידי יהודים, אשר דרשו להרוס את ביתו של רוצח בנם. העתירה התבססה על עקרון השוויון. טענת העותרים היא שכפי שהורסים בתים שבהם התגוררו מחבלים פלסטינים, יש להרוס גם את הבית שבו התגורר המחבל היהודי – יוסף דוד. בנסיבות של רצח על רקע לאומני, סביר להניח שהמפקד הצבאי היה מורה על הריסת הבית שבו התגורר המחבל הפלסטיני. הטענה בעתירה היא אם כן פשוטה: אי-הריסת הבית שבו התגורר המחבל היהודי היא הפליה אסורה.

בג"ץ דחה את הטענה מהטעם שהוגשה בשיהוי, זמן רב לאחר ביצוע הרצח.¹⁸

כעיקרון מינהלי בפסקי דין של בית המשפט העליון, במקרים נדירים. ראו, למשל, בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467 (1991).

בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון (נבו) 4.7.2017.

17

18

בתאריך 2.7.2014 רצחו יוסף דוד ושני קטינים את הנער מוחמד אבו ח'דיר. הם נלכדו תוך ימים ספורים, וכתב האישום הוגש נגדים עוד ביולי 2014. [ראו תפ"ח (מחוזי י-ם) 14-07-34700 מדינת ישראל נ' בן דוד (נבו) 30.11.2015]. גזר דינם של הקטינים ניתן בפברואר 2016, ונגד יוסף דוד במאי 2016. הפנייה הראשונה בדרישה להרוס את בתי המבצעים נעשתה לאחר מתן גזר הדין האחרון, במאי 2016. העתירה בבקשה להריסת הבית הוגשה ביולי 2016. כלומר – כשנתיים לאחר הגשת כתב האישום כנגד המבצעים. הטיעון שלפיו יש להרוס את בית של יהודי שביצע מעשה טרור כלפי פלסטיני עלה גם בבג"ץ 5414/20 ראבי נ' שר הביטחון (נבו) 29.4.2021. לוחות הזמנים שם היו שונים. בתאריך 12.10.2018 קטין יהודי הרג (באמצעות אבן) את עאישה א-ראבי. כתב האישום הוגש ביום 24.1.2019. הפנייה הראשונה בבקשה להרוס את הבית נעשתה ביום 22.5.2019, ולאורך הזמן נעשו כמה פניות נוספות עד הגשת העתירה באוגוסט 2020. כלומר: גם כאן חלפו כמעט שנתיים בין ביצוע המעשה לבין הגשת העתירה, אלא שהפנייה למפקד הצבאי נעשתה חודשים ספורים לאחר הגשת כתב האישום, שלפניו לא יכלו, כמובן, העותרים, לפנות כלל בדרישה להרוס את הבית, פשוט משום שלא היו בידיהם הנתונים הנדרשים.

אך בפסק הדין הקדיש המשנה לנשיאה בדימוס, השופט רובינשטיין מאמץ ניכר להתמודדות עם טענת ההפליה. נימוקו, בקצרה, הוא כי אין כל הפליה בהפעלת הסנקציה, וכי העובדה שעד כה לא הופעלה כלפי יהודים נובעת משיקולים קונקרטיים של גורמי הביטחון, ולא מטעמים עקרוניים. במקרה מתאים, קבע המשנה לנשיאה רובינשטיין, יש מקום להרוס – בנסיבות המתאימות – גם את ביתם של מבצעי פעולות טרור יהודים. אין שום מקום להפליה על רקע אתני.

פסק דינו של השופט רובינשטיין היה הפעם הראשונה ששופט בבית המשפט העליון הכיר בכך שעקרון השוויון מחייב שקילת האמצעי של הריסת בתים נגד מפגעים יהודים. לאורך השנים, שופטים אחרים סברו שאין מקום להפעיל את סנקציית הריסת הבתים כלפי הציבור היהודי שכן הפעולות האלימות של הציבור היהודי כלפי פלסטינים על רקע אידאולוגי הן מעטות בלבד. לפיכך, לדעת שופטים אלו, רציונל ההרתעה העומד בבסיס מדיניות הריסת הבתים אינו רלוונטי כלפי הציבור היהודי.

העמדה הסוברת כי אין להפעיל את סנקציית הריסת הבתים כלפי יהודים החשודים במעשי טרור נתקלת בקשיים לא מבוטלים. כפי שנראה במאמר, הנימוקים העומדים בבסיסה לא מקימים "הבחנה רלוונטית" המצדיקה את אי-הפעלת הסנקציה כלפי הציבור היהודי.

מבחינה זו, עמדתו של המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין בעניין אבו חדיר נראית לכאורה נכונה יותר. רובינשטיין דחה את האפשרות שלפיה הסנקציה של הריסת בתים תינקט רק כלפי קבוצה אתנית אחת, ולא כלפי האחרת. את העובדה שהסנקציה לא נאכפה עד כה כלפי יהודים הצדיק כעמדה קונקרטיית של מערכת הביטחון לגופו של הצורך לנקוט סנקציה.

בעינינו, עמדת המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין אבו חדיר, וגם יתר המקרים שבהם דנו שופטי בית המשפט העליון בשאלת השוויון בהריסת הבתים, לא עוסקים בנקודה המרכזית העומדת בבסיס טיעון ההפליה.¹⁹

ביסוד טיעון ההפליה בהריסת בתים עומדת השתייכות המחבלים הפלסטינים לקבוצה "זרה" במשפט הישראלי. סנקציית הריסת הבתים לא נקטת כלפי יהודים מכיוון שבלתי נתפס להתייחס למשפחתו של מחבל יהודי בצורה שבה נשים, ילדים וזקנים שאינם קשורים כלל למעשה החבלה, יישאו בתוצאות

¹⁹ ייתכן שחריג לכך הם מילותיה הקצרות של השופטת ברק-ארז בבג"ץ ראבי, שם. השופטת ברק-ארז כתבה כך: "מנקודת מבטי ההבחנה אשר בה מצדד המשיב 1 [ההבחנה בין מפגעים יהודים לערבים – המחברים] [...] מספקת משנה תימוכין לחשיבות הנודעת לכך שהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 תחזור ותיבחן על-ידי בית משפט זה במסגרת המתאימה לכך". אם כיוונה השופטת ברק-ארז לכך שעצם ההבחנה בין יהודים לערבים מעידה על פסלותה הכללית של הפרקטיקה – אנו, כמובן, מסכימים עם עמדה זו.

פעולת הממשלה נגדו. הריסת בתים היא פרקטיקה פסולה, וכאשר העיסוק הוא במחבלים יהודים פסלותה של הפרקטיקה ברורה על פניה. כלפי הפלסטינים, הזרים בחברה הישראלית, קל יותר להשתמש בפרקטיקה ולהצדיקה. אם כן, אי-השוויון באכיפה אינו תוצאה של פעולה קונקרטיה בלתי שוויונית. הוא חושף את חוסר הלגיטימיות של הסנקציה עצמה.²⁰

מכיוון שהריסת בתים היא פרקטיקה פסולה ולא לגיטימית, אין אנו ממליצים בשום פנים לנקוט הליך הריסת הבתים גם כלפי יהודים החשודים בעבירות טרור, או כלפי ערבים אזרחי ישראל. ההיפך הוא הנכון: דווקא העובדה שהסנקציה מופעלת כלפי פלסטינים תושבי השטחים בלבד היא החושפת את ערוותה כסנקציה היכולה לעלות לדיון במדינת דמוקרטית אך ורק כלפי הזר והאחר בחברה. הרי, ככלל, אי-שוויון ניתן לפתרון בשני אופנים: על ידי ביטול הפעולה מול הקבוצה המופלית לרעה או על ידי הרחבת הפעולה על הקבוצה המופלית לטובה. בשל כך אנו סבורים כי "התרופה" המוצעת על ידי המשנה לנשיאה רובינשטיין לבעיית אי-השוויון – הפעלת הסנקציה במקרים המתאימים גם כלפי יהודים היא תרופה פסולה. אין להשתמש בסנקציה – לא כלפי יהודים ולא כלפי ערבים, ויש לבטל את הפעולה גם נגד הקבוצה המופלית לרעה.

במהלך השנים עסק בית המשפט העליון בבחינה של פסילת סנקציות שונות עקב שימוש באדם כאמצעי. על בסיס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פסל בית המשפט העליון את השימוש בהטלת סנקציות נגד אדם כאשר המטרה העיקרית של הסנקציה היא קידום הרתעה כללית. בית המשפט היה מוכן להכיר בסנקציה בנסיבות אלה אם ההרתעה הייתה הרציונל המשני להטלת הסנקציות.²¹

²⁰ היות שעמדתנו היא שהסנקציה ננקטת כלפי פלסטינים – תושבי השטחים – בשל זרותם, הרי שהעובדה שעד כה לא נהרסו גם בתים של ערבים אזרחי ישראל לא נוגדת את הטענות שלנו. סוגיית הריסת בתים של ערבים אזרחי ישראל עלתה בפסיקה רק בעקיפין, כהוכחה לכך שהריסת בתים אינה פרקטיקה מפלה. אך הטענות לגביהם יהיה דומה לטענות כנגד היהודים – מהותה של ההפליה הנטענת אינה על רקע אתני או גזעי, אלא היא על רקע הריחוק והזרות של הקבוצה. במילים אחרות: מכיוון שהפלסטינים תושבי השטחים הם הקבוצה הזרה ביותר לחברה בישראל, החברה מוכנה להפנות נגדה ענישה קולקטיבית.

²¹ בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002) (סנקציית תיחום מקום מגורים על פי אמנת ג'נבה הרביעית יכולה להינקט כלפי בני משפחה של מחבל רק אם יש חשד קונקרטי נגדם); בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (נבו 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דטסה נ' הכנסת פסק הדין של השופטת נאור (נבו 11.8.2015) (אין לעצור מבקשי מקלט לצורך הרתעת אחרים בלבד). דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: פלונים נ' שר הביטחון) [אין לעצור לבנונים כ"קלפי מיקוח"]. כל הנושאים הללו ידונו בהרחבה בהמשך המאמר. לדיון ראו גם ברק מדינה דיני זכויות האדם 184–187 (מיכאלה קלי עורכת לשון (2016).

אנו מסכימים, כמובן, ששימוש באדם כמכשיר תוך פגיעה חמורה בזכויותיו היא פגיעה בכבוד האדם שלו. אך, עם זאת, השימוש במונח "כבוד האדם" לא מתאר נכוחה את הבעיה. הבעיה אינה רק (או בעיקר) כבוד האדם של אדם ספציפי. הבעיה היא ההקשר הלא שוויוני שלפיו מתאפשרת תפיסה של אדם, שהוא חלק מקבוצה זרה "אחרת", כמכשיר בלבד. לשון אחר, הפגיעה בערך השוויון יכולה להיבחן הן במישור האינדיבידואלי (של מושא הסנקציה) והן במישור הקיבוצי (הקבוצה שאליה משתייך מושא הסנקציה). ביישום תפיסה עקרונית זו לגבי סנקציות הריסת הבתים יעסוק מאמר זה. הטענה נתמכת גם בעובדה שהריסת בתים יכולה להיות פשע של ענישה קולקטיבית – כלומר מדובר באמצעי ענישה נגד הקבוצה הרחבה ולא רק נגד היחיד.

חלקו השני של המאמר יתאר את הפרקטיקה של הריסת הבתים, את היסודות המשפטיים שלה במשפט הישראלי, וממעוף הציפור את הבעיות העקרוניות של הפרקטיקה מול המשפט הבין-לאומי. חלקו השלישי של המאמר יציג את פרקטיקת הריסת הבתים מנקודת מבט של הזכות לשוויון ויציג את הרקע המשפטי המאפשר להחיל את הזכות לשוויון לגבי תושבי השטחים. חלקו הרביעי של המאמר יציג את הדיון בזכות לשוויון כפי שעלה בפסקי הדין של בית המשפט העליון. חלקו החמישי של המאמר יציג את הניתוח המוצע על ידינו לסוגיית הריסת הבתים התגובתית מנקודת המבט של הזכות לשוויון, השונה מתפיסת בית המשפט העליון. החלק האחרון יסכם את המאמר.

ב. הריסת בתים – רקע עובדתי ומשפטי

1. כללי

בתים שנבנו בבניה לא חוקית נהרסים כבדבר שבשגרה. ביחס לאוכלוסייה הערבית בישראל, ובייחוד במזרח ירושלים, עוררו הריסות הבתים "האזרחיות" הללו סערות ציבוריות ופוליטיות לא מעטות.²² לצד זאת, מדינת ישראל מבצעת

²² גם נגד הריסות בתים אלו עולות טענות לפיהן הריסות הבתים נעשות תוך הפרה של זכויות אדם ודיני הכיבוש. ראו, למשל, דו"ח מעקב: הריסות ואטימות בתים כאמצעי ענישה בנדה המערבית וברצועת עזה (בצלם, מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בישראל דף מידע נובמבר 1990). לפי מסד הנתונים של ארגון בצלם, מאז שנת 2006 ועד לתום שנת 2021 הרס צה"ל יותר מ-4,200 מבנים שנבנו ללא רישיון. "מבצעי הריסות הבתים" במזרח ירושלים שעליהם הכריז השר לביטחון לאומי איתמר בן גביר עוררו תגובות חריפות. עינב חלבי "בן גביר הורה על הריסות בתים במזרח י"ם; התושבים יצאו לרחובות ושרפו משרדים" Ynet (13.2.2023) <https://bit.ly/49muNQ5>.

הריסות בתים מטעמים ביטחוניים. ענייננו במאמר זה הוא בקטגוריה של הריסות בתים מטעמים ביטחוניים.

מדינת ישראל משתמשת בהצדקות ביטחוניות להריסת בתים בשני מסלולים. המסלול הראשון הוא המסלול המבצעי: כחלק ממבצע צבאי, למשל, כדי לשמור על ביטחונם של כוחות צבאיים ספציפיים, או לשם השגת מטרה צבאית קונקרטית. כך, למשל, הפגזה של בית אזרחי שבו מחסן נשק; מעבר של טנקים בכביש צר המחייב פגיעה ברכוש שבצד הכביש; התקדמות דרך בתים, במקום דרך הרחוב, כאשר בתנועה ברחוב יש משום סכנה לכוח הלוחם.²³ בעיקרון, חוקיותן של פעולות אלו כפופה לכללים הרגילים של דיני הלחימה. אם אכן קיים צורך צבאי בפעולה, ואם הפגיעה ברכוש אזרחי אינה מופרזת ביחס ליתרון הצבאי שיופק כתוצאה של הפעולה, אין פעולות אלו אסורות על פי המשפט הבינלאומי.²⁴

המסלול השני של הריסת בתים, והוא העומד במוקד הדיון במאמר זה, הוא המסלול התגובתי: הריסת בתים של מחבלים לאחר שביצעו את העבירה ובתגובה לעבירה זו. הריסה זו לא נעשית בשל צורך מבצעי קונקרטי המחייב להרוס את הבית. אלא, הריסת הבית ננקטת כאן כפעולה שמטרתה להרתיע את הכלל, מפני ביצוע פעולות נגד כוחות צה"ל או נגד אזרחים.²⁵

המספר המדויק של הריסות הבתים במסלול השני משתנה משנה לשנה, בעיקר על פי העלייה בעוצמת הפעילות הלא חוקית הפלסטינית. זאת מכיוון

²³ למשל במבצע חומת מגן. פרט למבצעים צבאיים ברצועת עזה, צה"ל הרס רק מספר קטן של בתים מטעם זה בשנים האחרונות. ראו כמסד הנתונים של בצלם: <https://bit.ly/4fHUmlo>. ולעניין זה ראו גם בג"ץ 4585/04 שקפה נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (נבו 16.5.2004): "על פי הודעת בא-כוח המשיב, כפי שנמסרה לנו ביחס לאזור נשוא העתירה שלפנינו, הרי הריסת הבתים על ידי צה"ל בוצעה במהלך הלחימה שהתקיימה בציר פילדלפי, והיא בוצעה כאמצעי שנוקט לצורך צבאי מיידי והחלטי שנדרש להגנת חיי החיילים שפעלו בשטח, ולא על פי צו הריסה לפי תקנות ההגנה". כן ראו בג"ץ 4573/04 אלכסיני נ' מפקד כוחות צה"ל (נבו 16.5.2004) ובג"ץ 4969/04 עדאלה נ' אלוף פיקוד הדרום בצה"ל (נבו 7.7.2005) בהם הצהיר צה"ל על הריסות בתים לצורך יצירת אזור חיץ בציר פילדלפי. יצוין כי על פי פרסומים בעיתונות, בעת מלחמת חרבות ברזל יצר צה"ל "אזור חיץ" של קילומטר לאורך כל רצועת עזה.

²⁴ עיקרון המידתיות כעיקרון המנחה בפגיעה שאינה מכוונת באזרחים נקבע בסעיף 51(ב) לפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה (1977) והוכרז כמנהג בין-לאומי מחייב. להרחבה ראו בג"ץ 769/02 הועד נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פסק הדין של הנשיא ברק (2006).

²⁵ השימוש במונח "תגובה" כאן נושא משמעות רבה. נדון בשאלת מטרת הריסת הבתים בפירוט בהמשך המאמר. בשלב זה כל כוונתנו היא לציין את העובדה הפשוטה על פיה היות שהריסת הבתים נעשית כאן לאחר ביצוע מעשה העבירה של בעלי הבית, הרי שאין מדובר בפעולה מבצעית של מניעת סכנה, אלא בפעולה המגיבה לאירוע.

שחלק הארי מהריסות הבתים מכוונות כלפי בתיהם של מחבלים. מאז שנת 1967 נהרסו כשלושת אלפים בתים של פלסטינים בשטחים ובמזרח ירושלים בהריסות בתים "תגובתיות"²⁶. לפי הנתונים שנאספו על ידי ארגון "בצלם", מאז שנת 2014 [תחילת "אינתיפאדת הסכינים"] ועד תום שנת 2021 נהרסו 84 מבנים ביהודה ושומרון ובמזרח ירושלים בהריסה "תגובתית". 358 אנשים, מהם 149 קטינים, איבדו את ביתם.²⁷

הריסת הבתים התגובתית היא אחת ממורשות המנדט הבריטי. החקיקה הראשונה המסמיכה את השלטונות הבריטיים להשתמש בסנקציה של הריסת בתים חוקקה עוד בשנת 1931, בעיקר בתגובה לפעולות אלימות של התנגדות למדיניותם בפלשתינה.²⁸ התקנות המצויות כיום בתוקף נחקקו בשנת 1945 כחלק מחקיקה בריטית מקיפה של תקנות ההגנה (שעת חירום).

הריסת בתים הייתה אפוא אחד מבין האמצעים שביקשו הבריטים לנקוט במאבקם בהתקוממות. יש לציין כי ככל הידוע, השימוש בפרקטיקה על ידי הבריטים נעשה באופן בלעדי נגד האוכלוסייה הערבית בארץ ישראל, ולא נגד האוכלוסייה היהודית. זאת למרות העובדה שאף היהודים באותה תקופה פעלו נגד השלטון הבריטי.²⁹

2. הסמכות המשפטית

הסמכות להרוס בתים נקבעה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.³⁰

²⁶ המוקד להגנת הפרט הריסות עונשיות סיכום ביניים (31.8.2016) <https://bit.ly/3CJxmiI> (להלן: דו"ח המוקד להגנת הפרט).

²⁷ לנתוני ארגון בצלם על הריסת בתים ראו <https://bit.ly/3Vvfn6n>.

²⁸ דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (הגנה), 1931 (תקנות שהתקין הנציב העליון על פי סעיף IV(4)).

²⁹ Dan Simon, *The Demolition of Houmes in the Israeli Occupied Territories*, 19 YALE AMOS PERLMUTTER, *THE LIFE AND TIMES OF MENACHEM*; J. INT'L L. 2, 9 (1994) BEGIN 176 (1987); הראל איסר האמת על רצח קסטנר: טרור יהודי במדינת ישראל (1985).

³⁰ תק' 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 קובעת כי: "(1) מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה כל כלי ירייה שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון-יד או כל חפץ נפיץ או מבעיר שלא כחוק, או כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה,

כפי שנאמר לא אחת בפסקי הדין של בית המשפט העליון, נוסח התקנה רחב הרבה יותר מהשימוש בה הפועל. בפועל, הן בהריסות בתים בשטחים, והן באלו הנעשות במזרח ירושלים, אפשר להניח שאכן המפקד הצבאי לא מורה על הריסת בתים אלא אם הוא סבור שהמחבל גר בבית, או לפחות כי יש לו זיקה כלשהי לבית.³¹

תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) חלה בתחומי מדינת ישראל, לרבות במזרח ירושלים. זאת מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, אשר החיל את המשפט הבריטי בתוך תחומי מדינת ישראל. התקנה חלה בשטחים מכיוון שהשלטון הירדני הותירה בתוקף בין שנת 1948 לשנת 1967, והדין הירדני המשיך לחול גם לאחר הקמת השלטון הצבאי הישראלי בשטחים. ויחול כל עוד לא שונה על ידי המפקד הצבאי.³²

בפועל, מאז שהוצגה אל המשפט ועד ימינו אלו, הריסת הבתים התגובתית עברה גלגולים שונים. עיקר השימוש בהריסת הבתים התגובתית מתועד החל משנת 1967, והופעל בעיקר כלפי פלסטינים בשטחים, ומשנת 2008 הוחל גם במזרח ירושלים. כיום, ולאחר כמה פסקי דין של בית המשפט העליון שהתערבו בנושא, הריסת הבתים התגובתית כפופה להליך ידוע מראש, מעין "טקס". לאחר ביצוע פיגוע חבלני קשה, בדרך כלל כזה המוביל למוות של קורבנות הפיגוע, מוציא אלוף הפיקוד צו הריסה נגד הבית שבו התגורר המחבל. בדרך כלל המחבלים הם צעירים,³³ לעיתים קרובות כאלו שעדיין מתגוררים בבית הוריהם.³⁴

בקרקע או עליהם. מקום שכל בית, מבנה או קרקע הוחרמו לפי צו מאת מפקד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר הביטחון בכל זמן, בצו, למחול על ההחרמה כולה או מקצתה ואז תקומנה שנית, כדי מידת אותה מחילה, הבעלות על הבית, המבנה או הקרקע וכל טובות הנאה או זכויות-שימוש, בבית, במבנה או בקרקע או עליהם, לקניין בני-אדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה וכל שעבודים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לתקפם לטובת בני-האדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה. (2) חברים לחילות הממשלה או לחיל המשטרה, הפועלים בהרשאתו של המפקד הצבאי, רשאים לתפוס ולהחזיק, ללא פיצויים, כל רכוש בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב כאלה הנזכרים בתקנת-משנה (1), לאחר שיפנו משם, ללא פיצויים, את המחזיקים הקודמים, אם ישנם כאלה.

שאלת הזיקה הנדרשת בין המחבל לבין הבית שנויה עד היום במחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון. במקום אחר אנו דנים בהתפתחות הפסיקה בנושא זה. הרפו וכהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ", לעיל ה"ש 4.

מנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967.³²
ממחקרים עולה שקשה להעריך או לצפות "פרופיל" מסוים למחבלים, אולם גילם הממוצע בתחילת שנות ה-20. ראו Johnathan Rae, *Will it Ever be Possible to Profile the Terrorist?*, 3 J. TERRORISM RES. (2012).

בג"ץ 1633/16 פלוני נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית (נבו 31.5.2016) (להלן: פלוני); בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (נבו 1.12.2015).

התוצאה היא שהבית הנהרס אינו רק ביתו של המחבל עצמו, אלא בית הוריו שבו מתגוררת משפחתו המורחבת, כולל קטינים וקשישים.³⁵ במקומות שבהם הדבר אפשרי, כוחות הביטחון הורסים או אוטמים את יחידת הדיר שבה התגורר המחבל, אם כבר יצא מרשות הוריו ויש לו משפחה משלו. גם במקרים אלו, כמובן, הנפגעים הם בעיקר בני משפחתו הגרעינית של המחבל (אם יש לו כאלה): אשתו וילדיו הקטינים.³⁶ באופן עקרוני, חל איסור על בנייה מחדש של בית שנהרס בצורה תגובתית. לפי פסיקת בג"ץ סמכות הריסת בתים ממשיכה להתקיים גם בשטחי A, הנתונים לשליטת הרשות הפלסטינית, אם כי מובן שבמקומות שבהם ישראל לא ממש שולטת ואין אפשרות מעשית לפקח על איסור בניית הבית מחדש.³⁷

השימוש בכלי הריסות הבתים הוקפא בשנת 2005, חודש בשנת 2008,³⁸ הופסק שוב בשנת 2011, וחודש בשנת 2014.³⁹ שורה של ארגוני זכויות אדם הגישו עתירה מאוחדת נגד הריסת הבתים (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט) ובדצמבר 2014 דחה בית המשפט העליון את העתירה.⁴⁰ בפסק דינו העקרוני חזר בית המשפט על עקרונות הפסיקה כפי שעוצבו לאורך השנים. בית המשפט חזר על העמדה שלפיה קיימת סמכות עקרונית להריסת בתים, ובעיקרון מדובר בפרקטיקה חוקית. השאלה המשפטית שבית המשפט צריך היה לבחון היא אפוא סבירות ומידתיות הפעלת המדיניות במקרה הקונקרטי.⁴¹

מאז מתן פסק הדין העקרוני ועל רקע גל האלימות שפרץ בקיץ 2014 נדרש בית המשפט העליון לסוגיה בעשרות פסקי דין שונים. למרות הביקורת החריפה והעקרונית שהביעו השופטים מזוז, פוגלמן, ברון, ג'וראן, ברק-ארז, זילברטל,

35 ראו נתוני ארגון בצלם, לעיל ה"ש 27.

36 בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (נבו 11.8.2014); בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף – האלוף יאיר גולן (נבו, 15.2.2012).

37 בפברואר 2016 הושק ברשות הפלסטינית קמפיין שמטרתו איסוף כספים לבניית בתי מחבלים שנהרסו על ידי צה"ל. ראו משה שטיינמן "קמפיין חדש בשיתוף הכנסייה היוונית: מימון בנייה של בתי מחבלים שנהרסו" וואלה! (8.2.2016) <https://bit.ly/4i1aNpX>.

38 יש הטוענים כי ההפסקה בשנת 2005 נעשתה בלחץ מרומז של בית המשפט העליון. ראו דוד זכריה קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור 62 (2012). ראו גם SHAI DOTHAN, REPUTATION AND JUDICIAL TACTICS: A THEORY OF NATIONAL AND INTERNATIONAL COURTS 204–205 (2015).

39 דו"ח המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 26.

40 בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (נבו 31.12.2014).

41 שם, בפס' כ–כא לפסק הדין של המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין.

קרא וכבוב באשר לעצם חוקיות המדיניות, ההלכה המכירה בחוקיות המדיניות נותרה על כנה. בקשות לקיום דיון נוסף בסוגיה נדחו.⁴²

3. הריסת הבתים – כלפי הפלסטינים בלבד?

הריסת הבתים התגובתית יוחדה עד כה לבתים שבהם התגוררו מחבלים פלסטינים – תושבי השטחים או תושבי מזרח ירושלים. מעולם לא נהרס ביתו של מחבל יהודי, או בית משפחתו. שאלה עובדתית חשובה בהקשר זה היא היקף מעשי החבלה הנעשים על ידי יהודים כלפי ערבים או כלפי יהודים אחרים ובכללם חיילי צה"ל.⁴³ בראשית שנות השמונים פעלה המחתרת היהודית, שם כולל לכמה התארגנויות קשורות ביניהן. בין השאר, ביצעו חברי המחתרת רצח של שלושה סטודנטים במכללה האסלאמית בחברון ופצעו שלושים נוספים, כמו כן הם הטמינו מטעני חבלה שהביאו לפציעתם של שני ראשי ערים פלסטינים.⁴⁴ במאי 1990 רצח עמי פופר שבעה פלסטינים בראשון לציון. אירוע משמעותי ביותר של טרור יהודי ארע בשנת 1994: טבח שביצע ברוך גולדשטיין במערת המכפלה, שבו הרג 29 מתפללים מוסלמים, ופצע יותר ממאה. יעקב (ג'ק) טייטל הורשע בשנת 2013 ברצח של שני פלסטינים בשנת 1997, בפגיעה בפרופ' זאב שטרנהל, ובפעילויות שונות כנגד פלסטינים, מצעד הגאווה ועוד.⁴⁵

⁴² לדיון נרחב בפסיקות מהעת האחרונה ולעמדות השופטים ראו הרפו וכהן "הריסת בתים בכיקורת בג"ץ", לעיל ה"ש 4.

⁴³ בעבר היה דיון בדבר הגדרתם של מעשי חבלה שנעשים על ידי יהודים כמעשה טרור. לטעמנו, הוויכוח הוכרע לאחר חקיקתו של חוק המאבק בטרור. ס' 2 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 מגדיר "מעשה טרור" כך: "מעשה טרור – מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה: (1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי; (2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה; [...]". "ציבור" מוגדר בהמשך הסעיף כך: "ציבור" לרבות חלק מן הציבור, ציבור שאינו בישראל וציבור שאינו ישראלי" כלומר, מעשים שנעשו מתוך מניע אידאולוגי, לאומני או דתי, ואשר מטרתם לעורר בהלה בקרב תושבי השטחים הפלסטינים עונים להגדרת מעשה טרור. די בכך כדי לכלול בהגדרה את המעשים הנדונים במאמר זה. נציין כי עמדתנו לא הייתה משתנה גם אלמלי היו מוגדרים המעשים כמעשי טרור, פשוט מפני שתק' 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 לא כוללת כל דרישה למעשה טרור כבסיס להפעלתה.

⁴⁴ ת"פ (מחוזי י-ם) 203/84 מדינת ישראל נ' ליבני (22.7.1985).

⁴⁵ שבתי בנדט "היסטוריה של טרור יהודי: מג'ק טייטל עד גולדשטיין" וואלה! (7.7.2014) <https://news.walla.co.il/item/2761909>.

תופעת מעשי חבלה הנעשים על ידי יהודים התגברה בעשור השני של המאה ה-21. החל משנת 2011 קיצונים ימניים הפעילו אלימות נגד מפקדים שונים בצה"ל ורכושם.⁴⁶ החל משנת 2008 מבצעות קבוצות קיצוניות של הימין פעולות שזכו לכינוי "תג מחיר". הפעולות מתבצעות נגד פלסטינים,⁴⁷ בתי תפילה נוצרים,⁴⁸ ואף נגד רכוש צה"ל.⁴⁹ לפי פרסומים בעיתונות, קבוצות ימין אימצו שיטות פעולה חשאיות וממודרות בביצוע פעילות זו.⁵⁰ עם זאת, הקבינט של ממשלת ישראל נמנע מלהגדיר את הפעולות כפעולות טרור והחליט כי הן "התאחדות לא מותרת" בלבד.⁵¹ בשנים האחרונות אירעו כמה מקרים של טרור יהודי: רצח הנער אבו ח'דיר בירושלים בסוף יוני 2014; רצח בני משפחת דוואבשה בכפר דומא שליך חברון ביולי 2015; הריגתה של עאישה א-ראבי בכביש 60 בשומרון באוקטובר 2018. בכל המקרים לכדו כוחות הביטחון את החשודים, בשני מקרים הם הורשעו בביצוע המעשה.⁵² במקרה אחד, זה של הריגת עאישה א-ראבי, טרם הסתיים המשפט. ב-26 בפברואר 2023 נרצחו בעיירה חווארה סמוך לעיר שכם האחים הלל ויגל יניב. אירעה התפרעות המונית של מתנחלים בכפר חווארה בשומרון. עשרות בתים של פלסטינים ניזוקו, עשרות מכוניות הוצתו, ומשפחות פלסטיניות חולצו על ידי כוחות צה"ל.⁵³ במהלך מלחמת חרבות ברזל, התפרסמו דיווחים רבים של אלימות מתנחלים כלפי פלסטינים. לפי ספירה של האגודה לזכויות האזרח, מתחילת המלחמה ועד

- 46 משה הלינגר ויצחק הרשקוביץ ציות ואי-ציות בציונות הדתית: מגוש אמונים ועד תג מחיר 242, 249-253 (ענת ברנשטיין עורכת 2015).
- 47 שם, בעמ' 221, 249-253.
- 48 שם, בעמ' 252; שבתי בנדט "חשד לתג מחיר": מסגד הוצת באזור גוש עציון, כתובת 'נקמה' רוססה" וואלה! (25.2.1015) <https://news.walla.co.il/item/2832883>.
- 49 הלינגר והרשקוביץ, לעיל ה"ש 46, בעמ' 252; אור הלר ורועי שרון "בפעם השנייה תוך יומיים: נוקבו שני צמיגי צה"ל של גדוד מילואים ביצהר" חדשות 13 (4.7.2014) <https://13news.co.il/item/news/politics/ntr-1049367>.
- 50 חיים לוינסון "השב"כ: פעילי ימין קיצוני עברו לפעול כתאי טרור מאורגנים" הארץ <https://bit.ly/4g4aHfg> (13.9.2011).
- 51 אמיר תיבון "הממשלה: תג מחיר – התאחדות בלתי מותרת ולא טרור" וואלה! <https://news.walla.co.il/item/2651783> (16.6.2013).
- 52 לעניין רצח אבו ח'דיר ראו: תפ"ח (מחוזי י-ם) 14-07-34700 מדינת ישראל נ' בן דוד (נבו) 30.11.2015. לעניין רצח בני משפחת דוואבשה ראו: תפ"ח (מחוזי מר') 16-01-932 מדינת ישראל נ' בן אוליאל (נבו) 18.5.2020. לתיאור התארגנות הטרור היהודי ראו רועי שרון ואנקמה – סיפורו של הטרור היהודי (יקיר אלקריב עורך, כרמל דנגור תחקיר 2023).
- 53 אלישע בן קימון, עינב חלבי "אובדן שליטה בשומרון: מתנחלים הציתו עשרות בתים ורכבים, הרוג ופצועים פלסטינים" ynet (27.3.2023) <https://bit.ly/3Z1NG5P>.

ל-21.11.2023 ארעו 283 מקרי תקיפה של פלסטינים על ידי מתנחלים, כאשר מתקיפות אלו נגרמו תשעה מקרי מוות.⁵⁴ ברור כי היקף מעשי הטרור היהודי הוא קטן יחסית למעשי הטרור של פלסטינים. אלא שבשנים האחרונות מעשי הטרור היהודי זוכים לתמיכה מסוימת מקבוצות תמיכה שונות בימין הקיצוני ביותר. דיווחים בכלי התקשורת מתארים קבוצות ימין קיצוני, חלקן מתוארות באופן כללי כ"נוער הגבעות" וחלקן בעלות שמות כ"המרד" – התארגנויות שחלק מאמצעי הפעולה שלהן הם פגיעה בערבים.⁵⁵ במסגרת זו נעצר, למשל, מאיר אטינגר לכמה חודשים במעצר מינהלי, וצעירים רבים הורחקו מהשטחים.⁵⁶ נדמה שבממשלת ישראל ה-37 (שהוקמה בסוף דצמבר 2022) אשר בה מכהן איתמר בן-גביר כשר לביטחון לאומי, התגברה התמיכה המשתמעת, ולעיתים המפורשת במעשים אלו. כך, למשל, לפי פרסום של אילנה דיין מנובמבר 2023, אין המשטרה אוכפת את החוק על גורמי טרור יהודים בשטחים, וזאת לפי הנחיה מפורשת של השר לביטחון לאומי.⁵⁷ קיומן של קבוצות אלו מעלה על פני השטח את סוגיית השוויון בין מחבלים פלסטינים ליהודים המבצעים פעולות דומות. שכן, אם גם הטרור היהודי תלוי בסביבת גידול, ואם סביבת הגידול ידועה ומוגדרת, מדוע לא מופעל לגבי הטרוריסטים היהודים אמצעי הריסת הבתים? אם זהו אמצעי יעיל להרתעה, מדוע אינו מופעל, או לחלופין מדוע אינו נשקל כלל, לגבי בתיים של מבצעי טרור יהודים?

בחלק הבא של המאמר נבקש לשבץ עובדות אלו בדיון הכללי לגבי אי-השוויון במשפט. נעשה זאת במהלך כפול – ראשית נתאר את כללי המשפט הישראלי הרלוונטיים לגבי אי-השוויון. לאחר מכן ננסה לשבץ את מדיניותה של ישראל ואת פסיקת בית המשפט העליון כפי שהיא משתקפת במודל כללי זה.

54 מכתב מהאגודה לזכויות האזרח, לגלי בהרב מיארה היועצת המשפטית לממשלה, בעניין מדיניות בלתי חוקית של השר לביטחון לאומי ביחס לאכיפת פשיעה לאומנית (12.12.2023).

55 רועי ינובסקי "מהאליטה של השומרון: זה הנער שנאשם בסיוע לרצח דוואבשה" **ynet** (4.1.2016) <https://www.ynet.co.il/article/4748240>

56 ראו, למשל, חיים לוינסון "המרד הגדול של נערי הגבעות השאיר את תגי המחיר והמאחזים הרחק מאחור" **הארץ** (7.8.2015) <https://bit.ly/3ZwFf4d>

57 אילנה דיין "המסמך שהוגש לרמטכ"ל וחוות הדעת של ראש השב"כ על הוראת בן גביר" **Mako** (23.11.2023) <https://bit.ly/493qKHW>

ג. עקרון השוויון ותחולתו לגבי הריסת בתים

1. עקרון השוויון כעיקרון חוקתי בישראל

כבר במגילת העצמאות נקבע כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". עקרון השוויון אומץ בפסיקה הישראלית כזכות יסוד בשורה ארוכה של פסקי דין של בית המשפט העליון. פעולה בניגוד לעקרון השוויון הוכרה כאסורה במישור התוצאתי,⁵⁸ ובמישור האכיפה.⁵⁹ פגיעה בשוויון, הפליה, הרי היא פגיעה ב"כבוד האדם" ובשל כך זוהי פגיעה בזכות המוגנת על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כדי שלא תיפסל על ידי בית המשפט, פגיעה כזו צריכה לעמוד בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד. הפליה פסולה חוקתית, הפוגעת בכבוד האדם מעידה על עוולה משמעותית הנגרמת על ידי הרשות הנוהגת כך. לא מדובר רק בחוסר עקביות של הרשות. מדובר בהפליה על רקע פסול, אשר לה משמעות חמורה הרבה יותר. האדם ה"מופלה" חש פגיעה חמורה ממעשי הרשות, ומעשי הרשות אף "משדרים" לציבור כי הפליה כזו מותרת.⁶⁰

בפסק הדין בעניין גיוס בחורי הישיבות נקבע כי מודל השוויון הנובע מהפגיעה בכבוד האדם לא מוגבל לפגיעה בקבוצות מובחנות.⁶¹ אומנם הנשיא בדימוס ברק כינה את הגישה המועדפת עליו כ"גישת הביניים", אך למעשה זו היא תפיסה מרחיבה של עקרון השוויון.⁶² לפי המודל שאומץ על ידי בית המשפט העליון [...] פגיעה בשוויון תעלה כדי פגיעה בכבוד האדם מקום בו נפגעת יכולתו של אדם לנהל את חייו; לפעול באופן אוטונומי, לשמור על

58 משה כהן-איליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" משפט וממשל יז 2 (2016); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333-334 (1988); ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז (2016).

59 ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" משפט וממשל יז (2016); בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, פס' 16 לפסק הדין של השופט זמיר (1999).

60 לדיון נרחב ועדכני בתחולת עקרון השוויון במשפט הישראלי ראו עמדותיהם של השופטים סולברג וברק-ארוז בפסק הדין בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת (נבו) 8.7.2021.

61 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת פ"ד סא(1) 619, פס' 77 לפסק הדין של הנשיא ברק (2006).

62 מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 58, בעמ' 75.

שלמותו הפיסית והנפשית; לפתח את אישיותו ולזכות ביחס שאינו מפלה".⁶³ היקף תחולת עיקרון זה לא ברור, שכן הפסיקה לא הגדירה בפירוט מתי יחס שונה לקבוצות שונות לא ייכלל במסגרת ההגנה על השוויון. עם זאת, ברור לחלוטין, עוד מפסק הדין בעניין מילר,⁶⁴ כי בהתייחסות מפלה לקבוצה מובהקת יש משום השפלה ופגיעה בכבוד.⁶⁵

בפסיקת בית המשפט העליון התגלעה מחלוקת בין השופטים סולברג וברק-ארז. המחלוקת בעיקרה היא עד כמה אפשר להרחיב את ההגדרה של פגיעה בשוויון "חוקתי" לכל "תיוג" של קבוצה, כעמדתה של השופטת דפנה ברק-ארז. או, שמא, הפגיעה בשוויון מוגבלת בעיקרה לקבוצות המוכרות ככאלו המופלות בצורה מובהקת, כעמדתו של השופט סולברג.⁶⁶

לגבי היקפה של הזכות לשוויון נדון בהמשך המאמר. בשלב זה רק נציין שכאשר אנו עוסקים באי-שוויון "חוקתי" אין כוונתנו לכך שאי-שוויון הזה יבחן על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו דווקא.⁶⁷ כמובן ראוי לדון גם באספקט זה של אי-שוויון, אך אין הוא היחיד. אין מאמר זה עוסק דווקא בפסילה של חקיקה, מכיוון שתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) מוגנת מפסילה כזו באמצעות פסקת שמירת הדינים.⁶⁸ אנו עוסקים בפרשנותו של חוק, ובאופן יישומו על ידי המפקד הצבאי הרלוונטי, או הרשות הרלוונטית בתוך תחומי מדינת ישראל. כפי שהראה ברק מדינה, גישתו של נשיא של בית המשפט העליון, אהרן ברק, הביאה לכך שהקו בין טענת אי-שוויון המינהלי לבין טענה של אי-שוויון "חוקתי" טושטש.⁶⁹ אך כפי שנראה להלן, יש משמעות לשאלה אם מדובר בסוגיה מתחום חוקתי (או אולי "מעין-חוקתי") או מהתחום המינהלי במובן זה שאי-שוויון חוקתי מחייב דיון בסוגיות עקרוניות חברתיות של הפליה והגנה על זכויות האדם, בהן אנו מבקשים לעסוק.

63 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 46 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (נבו) 22.5.2012.

64 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 094 (1995).

65 שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופטת דורנר.

66 עניין עדאלה נ' הכנסת, לעיל ה"ש 60.

67 מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 58, בעמ' 69-77.

68 וזאת אף אם חוקי היסוד חלים בשטחים. ראו דינונו להלן; וראו כהן והרפז "על קיבעון ודינמיות", לעיל ה"ש 14, בעמ' 1018-1019.

69 מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 58, בעמ' 66.

2. עקרון השוויון בשטחים

כל טענה המבוססת על אי-השוויון מחייבת זיהוי של קבוצות שביניהן אמורה להתקיים ההשוואה. בהקשר להריסת בתים, טענת אי-השוויון מניחה כי אכן עקרון השוויון אמור לחול ביחסים שבין יהודים וערבים בישראל. בכל הקשור לתושבי מזרח ירושלים הנחה זו לא מעלה כל בעיה מיוחדת. זאת מכיוון שאלו מצויים בשטח מדינת ישראל (על פי הגדרתה של מדינת ישראל) ומעמדם האישי הוא של תושב קבע.⁷⁰ נרחיב לגבי יישום טענה זו בהמשך המאמר. אך מה באשר לפלסטינים? האם אכן עקרון השוויון אמור לחול ביחסים גם כלפי הפלסטינים בשטחים?

כמתואר לעיל, מספר הריסות הבתים בירושלים קטן יחסית. עיקר טענתנו מופנה כלפי פרקטיקת הריסת הבתים בשטחים. ממילא, עולה השאלה אם הטענה לפגיעה בשוויון בין תושבים פלסטינים לבין ישראלים אזרחי מדינת ישראל רלוונטית כלל? האם לא ייתכן לטעון כי חוסר השוויון המובנה אל תוך מבנה דיני הכיבוש גורם לכך שלמעשה אי אפשר לדבר כלל על "שוויון" בין מצבם של הפלסטינים לזה של הישראלים, וממילא אין מקום לדיון בזכות לשוויון כלל?

טענתנו בחלק זה של המאמר בנויה על שלושה נדבכים: ראשית, בית המשפט העליון הכיר, הלכה למעשה, בתחולת זכויות אדם, ובהן גם עקרון השוויון ביחס לתושבים הפלסטינים בשטחים. שנית, כי בית המשפט העליון אכן הכיר בתחולת עקרון השוויון. לבסוף, שראוי להפעיל את עקרון השוויון גם ביחס להריסת הבתים של הפלסטינים.

2.1 האם חלים העקרונות הכלליים של זכויות האדם בשטחים?

עד כמה שהדבר נראה מפתיע מחמת השנים הארוכות של שליטת ישראל בשטחים, תחולת זכויות האדם בשטחים, הן על פי המשפט החוקתי הישראלי והן על פי האמנות הבין-לאומיות הרלוונטיות, נותרה שאלה שטרם נדונה בצורה מעמיקה וישירה בפסיקת בית המשפט העליון. מחד גיסא, עיקר הדיון של בית

⁷⁰ אמנון רמון ויעל רונן תושבים, לא אזרחים – ישראל וערביי מזרח-ירושלים, 1967–2017 (שלמה ארד עריכת לשון 2017); "מזרח ירושלים", בצלם (11.11.2017) <https://bit.ly/40WFiat>. על הבעייתיות במעמד תושבי מזרח ירושלים באופן כללי ועל הקושי בהחלת זכויות האזרח המלאות לגביהם ראו: יעל רונן "ריבונות ברינית: תחולת המשפט הישראלי במזרח ירושלים" משפט וממשל כ"א 267, ובייחוד 303–307 (2020).

המשפט העליון בהגנות הניתנות לתושבי השטחים מבוסס על דיני הכיבוש מן המשפט הבין-לאומי, אשר מגנים על זכויות ספציפיות, אך לא על מלוא ההיקף של זכויות האדם. מאידך גיסא, בשורה של פסקי דין הובעה עמדה שלפיה זכויות מסוימות מהמשפט הישראלי ומדיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי חלות גם לגבי תושבי השטחים. ברוב המקרים, הדיון בנושא היה אגבי, ובית המשפט מצא מקורות נוספים לדיון כך שהדיון היה למעלה מן הצורך. לפיכך הרשה לעצמו בית המשפט להותיר את השאלה בצריך עיון, או להכריע בה בהסתמך על עיקרון משפטי אחר.

כך או כך, אין ספק כי בשנים האחרונות יש שימוש גובר והולך בזכויות אדם כדי להסתייע בהן בפיתוח המשפט הנוהג בשטחים ובהשלמת פערים נורמטיביים בדיני הכיבוש הקיימים. בעוד בשנים הראשונות לאחר שנת 1967 הפעיל בית המשפט העליון על המצב בשטחים בעיקר את דיני הכיבוש שהם חלק מהמשפט ההומניטרי,⁷¹ אפשר לראות בבירור – בעיקר החל מראשית שנות האלפיים – כי דיני זכויות האדם הופכים דומיננטיים יותר בדיונים בתיקי שטחים בבית המשפט העליון. התהליך של מעבר ממסגרת משפטית אחת לאחרת היה הדרגתי, ולעיתים כמעט בלתי מורגש. כבר בשנות השבעים קבע בית המשפט העליון כי חיילי צה"ל, כאשר הם מבצעים פעולות מסוימות, כפופים למשפט המינהלי הישראלי.⁷² בפסק הדין ג'מעית אסכאן בשנת 1983 החיל השופט (כתוארו אז) אהרן ברק את כללי המשפט המינהלי באופן גורף על פעולות צה"ל, וזאת במקביל לחלק מדיני הכיבוש.⁷³

אפשר, באופן גס, לאפיין כמה ערוצים שבהם השתמש בית המשפט בזכויות האדם בפסיקתו ביחס לשטחים. עם זאת, יצוין כי בחלק מפסקי הדין השתמש בית המשפט ביותר מערוץ אחד: שימוש בזכויות אדם כעקרונות כלליים של המשפט; הסתמכות על זכויות אדם מהמשפט הבין-לאומי; הסתמכות על כלים של איזון ומידתיות; ושימוש בזכויות האדם המעוגנות במשפט החוקתי הישראלי.⁷⁴

⁷¹ לעמדה שלפיה משפט זכויות האדם הבין-לאומי היה הבסיס לפסיקת בית המשפט העליון משלב מוקדם הרבה יותר ראו: Smadar Ben-Natan, *Constitutional Mindset: The Interrelations between Constitutional Law and International Law in the Extraterritorial Application of Human Rights*, 50(2) Isr. L. Rev. 139, 164–176 (2017).

⁷² בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973).

⁷³ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 792, בפס' 31–34 לפסק הדין של הנשיא ברק (1983).

⁷⁴ לדיון נרחב יותר ראו Amichai Cohen & Yuval Shany, *The Switch: The Israel High Court of Justice's Transition from Occupation Law to Human Rights Law*, 20 INT'L J. CONSTIT. L. 1768 (2022).

כאמור, הערוץ הראשון שאליו פנה בג"ץ הוא השימוש בזכויות אדם כעקרונות כלליים של המשפט. בכמה פסקי דין השתמש בית המשפט בזכויות אדם כ"עקרונות משפט כלליים", וחייב את הרשויות הצבאיות לפעול תוך כיבוד זכויות אלו. זאת בדומה לאופן שבו הוחלו זכויות האדם בישראל לפני המהפכה החוקתית. כך, למשל, בבג"ץ ארג'וב קבע בית המשפט כי, מכוח קיומה של זכות הערעור שהיא "חלק מהותי של שפיטה הוגנת", יש להקים ערכאת ערעור על בתי המשפט הצבאיים בשטחים.⁷⁵ עיבוי המשפט המינהלי הישראלי בשנות השמונים של המאה הקודמת, שכלל הזרמה ניכרת של עקרונות זכויות אדם אל תוך המשפט המינהלי, הביא גם להתרחבות השימוש בזכויות האדם מהמשפט הישראלי בתיקי שטחים. כך, למשל, בבג"ץ יוסף נקבע שהחובה להבטיח תנאי מאסר אנושיים נובעת הן מ"יסודות המשפט המינהלי הישראלי, המלווה את שלטונות ישראל באשר הם", והן מ"מהותו האנושית והדמוקרטית" של הממשל הישראלי.⁷⁶ לפי מודל זה, זכויות האדם הן משום מגבלה על סמכותו המינהלית של המפקד הצבאי, וכן כלי מרכזי לפרשנות הדין החל (למשל צווי המפקד הצבאי). דוגמה נוספת להסתמכות על עקרונות כלליים מצויה בפסק הדין בעניין הס, שבו השתמש בית המשפט בעיקרון הכללי של "חופש הדת" כדי לאשר את צו המפקד הצבאי שהפקיע בתים סמוך ל"ציר המתפללים", שבו השתמשו תושבי קריית ארבע כדי להגיע למערת המכפלה בחברון.⁷⁷

הערוץ השני שאליו פנה בג"ץ הוא ההסתמכות על זכויות אדם מהמשפט הבין-לאומי. השאלה אם ההוראות של אמנות זכויות האדם הבין-לאומיות שישראל הצטרפה אליהן במרוצת השנים חלות גם על פעולותיה בשטחים נותרה שנויה במחלוקת בישראל. מדינת ישראל הרשמית דחתה את תחולת אמנות זכויות האדם בשטחים מן הטעם כי הן נועדו לחול בשטחה הריבוני של המדינה וכי בשטחים חל דין ספציפי אחר – דיני התפיסה הלוחמתית.⁷⁸ זאת אף על פי שמוסדות בין-לאומיים רבים הביעו דעתם כי, לצד דיני הכיבוש, האמנות חלות

75 בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, 368 (1988).

76 בג"ץ 540/84 יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 567, 573 (1986).

77 בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443 (2004). בפסק הדין השופט בניש השתמשה במינוח "זכויות אדם חוקתיות". אך, למעשה, אין היא מפנה למקור חוקתי כלשהו, אלא מניחה את קיומן הכללי של זכויות אדם.

78 לדיון מלא ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום – 215 (טלי ניר עורכת 2006); Yuval Shany & Orna Ben-Naftali, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 Isr. L. Rev. 17 (2003–2004).

גם בשטחים.⁷⁹ כך או כך, בכמה הזדמנויות הסתמך בית המשפט העליון ישירות על אמנות זכויות האדם הבין-לאומיות בפסיקתו לגבי השטחים. פסק דין מרכזי בעניין זה הוא פסק הדין **מרעב**.⁸⁰ במקרה זה פסל בית המשפט את צו המפקד הצבאי שהתיר להחזיק עצורים מינהליים פלסטיניים לפרק זמן של עד 18 יום לפני הבאתם בפני שופט. בית המשפט קבע שם כי האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות חלה על המקרה,⁸¹ וזאת אף על פי שצו המפקד הצבאי חל רק בשטחים.⁸² סעיף 9(3) לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, הקובע כי יש להביא עצור לפני שופט במהירות האפשרית (promptly) היה חלק מרכזי בהנמקה של בית המשפט כי הצו לא חוקי. בפסקי דין אחרים הכיר בית המשפט בכך שקיימת מחלוקת בעניין תחולת דיני זכויות האדם בשטחים.⁸³

הערוץ השלישי שאליו פנה בג"ץ הוא ההסתמכות על כלים של איזון ומידתיות בנוגע ליישום הדין בשטחים. בשורה של פסקי דין, באמצעות שימוש בכלים של סבירות ושל מידתיות, ניתח בית המשפט את כללי המשפט הבין-לאומי, לרבות כללים השאובים מדיני הכיבוש. הדוגמאות המובהקות לשימוש בכלים של מידתיות מצויות בפסקי הדין בעניין המתווה של גדר הפרדה,⁸⁴ שבהם איזון בית המשפט בין שיקולי ביטחון לבין פגיעה בזכויות התושבים הפלסטינים. אומנם בפסק הדין בעניין בית סוריק בית המשפט קבע שמבחני המידתיות שהוא מפעיל נובעים גם מהמשפט הבין-לאומי. אך האיזון שערך בפועל קירב מאוד את גישת בית המשפט בנוגע לניתוח הדינים החלים

⁷⁹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J 136, 117–121 (9 July, 2004) Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee : Israel, 11, U.N. Doc. CCPRQCOQ78QISR (2003).

⁸⁰ בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נו(2) 349 (2003).

⁸¹ אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, עמ' 269 (נפתחה לחתימה ב-16.12.1966, אושרה על-ידי ישראל ב-18.8.1991).

⁸² לא ברור אם בית המשפט שם התכוון לקבוע קביעה כללית בהקשר זה, וגם לא ברור אם בית המשפט שם לב לכך שישראל הודיעה, עת הצטרפה לאמנה, על החרגה (derogation) מסעיף 9 לאמנה, וזאת על רקע מצב החירום השורר בה. בפסקי דין מאוחרים יותר נזוהר בית המשפט מלציין כי שאלת תחולתן של אמנות זכויות האדם בשטחים שנויה במחלוקת. ראו, למשל, בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, **משרד הביטחון**, פ"ד נט(4) 736, פס' 15 לפסק הדין של השופטת ביניש (2005).

⁸³ ראו, למשל, בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס(2) 477 (2005).

⁸⁴ ראו, למשל, בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807 (2004).

בשטחים (שילוב של דיני כיבוש ומשפט מינהלי) לאופן שבו הוא מנתח זכויות אדם במשפט הישראלי.⁸⁵

ולבסוף, הערוץ הרביעי שאליו פנה בג"ץ הוא השימוש במשפט חוקתי ישראלי לגבי השטחים: בכמה מקרים השתמש בית המשפט בעקרונות של משפט חוקתי ישראלי באשר לאירועים שקרו בשטחים.⁸⁶ מקרה מובהק של שימוש כזה נעשה בפסק הדין בעניין תוכנית ההתנתקות.⁸⁷ בפסק דין זה קבע בית המשפט כי חוקי היסוד חלים "פרסונלית" על המתישבים הישראליים בשטחים, ואלו נהנים מהגנתו של המשפט החוקתי הישראלי. באותה פרשה התחולה לגבי התושבים הפלסטינים – שעליהם פרושה הגנת דיני הכיבוש – הושארה בצריך עיון.⁸⁸ כפי שנראה להלן, בשנים האחרונות בית המשפט הרחיב את תחולת חוקי היסוד.

2.2 עקרון השוויון ודיני הכיבוש

בדיני הכיבוש סוגיית השוויון עולה רק ביחסים שבין תושבי השטח הכבוש לבין עצמם. כך, למשל, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי:

"[...] בלא לפגוע בהוראות הנוגעות למצב בריאותם, גילם ומינם של מוגנים, יהא בעל הסכסוך נוהג בכל המוגנים שברשותו מתוך תשומת לב שווה, ללא כל הפלייה לרעה המבוססת, במיוחד, על נימוקי גזע, דת או השקפה מדינית. אולם בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה."⁸⁹

85 עמיחי כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי: מבט מן המשפט הבינלאומי" קריית המשפט ו 263 (2006).

86 יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" שערי משפט ז 149, 186 (2014).

87 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

88 לקריאה לשימוש רב יותר, לא רק במשפט חוקתי אלא גם בערכי הדמוקרטיה שבבסיסו, ראו מאמרן של ליאורה בילסקי ונטלי דודזון "חוק ההסדרה ושלטון החוק" פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

89 אומנם באופן פורמלי מדינת ישראל מעולם לא הכירה בתחולה המלאה של אמנות ג'נבה במשפט הישראלי, אך לאורך שנים השתמש בית המשפט העליון בהוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית ככלי לביקורת פעולות ישראל בשטחים. יורם דינשטיין סיכם מצב זה כך: "At the present juncture, the convention can be regarded not only as fully binding on Israel in the west bank, but also (and most significantly) as fully subject to judicial

בהקשר לדין בזכויות אדם, מעלה הזכות לשוויון בעיה מיוחדת, שכן מובן מאליו כי החלה מלאה של עקרון השוויון לא עולה בקנה אחד עם דיני הכיבוש.⁹⁰ כל עוד דיני הכיבוש הם הפרדיגמה המשפטית הרלוונטית בשטחים, אי אפשר להפעיל עיקרון מלא של שוויון לגבי התושבים המקומיים. התושבים המקומיים מצויים תחת משטר של כיבוש צבאי, אשר מעצם הגדרתו הוא זמני, ואינו כולל מערכת מלאה של זכויות.⁹¹ דווקא מתוך כבוד לריבון הקודם של השטח, ולזכותם של התושבים להגדרה עצמית, אין המדינה הכובשת מפעילה מערכת שלמה של זכויות אדם, הכוללת החלה שוויונית של הזכויות. התוצאה של משטר "שוויוני" זה היא, בפועל, משמעות של סיפוח התושבים למדינה הכובשת.⁹²

אף על פי כן, בשנים האחרונות הולך בית המשפט העליון ומאמץ עמדה חיובית יותר כלפי ההחלה של עקרון השוויון כלפי הפלסטינים בשטחים, בייחוד בהשוואה להתייחסות למתיישבים הישראלים בשטחים. הסימן הראשון לכך היה דעת היחיד (בנושא זה) של השופט ג'ובראן בפסק הדין בעניין קו לעובד, שבו פסק כי יש תחולה של עקרון השוויון גם ביחס לפלסטינים, אל מול זכויות הישראלים.⁹³ דיון נרחב יותר של השופט ג'ובראן בנושא אפשר למצוא בפסק דינו בעניין זיאדה, שבו פסל בית המשפט את מתווה המדינה להקמת יישוב חלופי למפוני עמונה.⁹⁴

review by the court". YORAM DINSTEIN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 30 (2009).

Noam Lubell, *Human Rights Obligations in Military Occupation*, 97 INT'L REV. RED CROSS 317, 334 (2012). בהקשר זה ראוי לציין כי קיימת עמדה שלפיה בשלב זה, למעשה, כבר סיפחה ישראל את יהודה ושומרון. ראו, למשל, העמדות שהוצגו בפני בית הדין הבין-לאומי על ידי הרשות הפלסטינית ושורה של מדינות בבקשה לחוות דעת של בית הדין בעניין חוקיות השליטה הישראלית בשטחים. ראו, למשל, Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, written comments submitted by the State of Palestine (25 October, 2023). אריאל צמח סבור כי סיפוח דה-פקטו זה מחיל באופן מיידי את האיסור על הפליה של התושבים הפלסטינים, ולכן הוא סבור כי לתושבים הפלסטינים בשטחים כבר קיימת זכות לאזרחות ישראלית. ראו Ariel Zemach, *The Emerging Right of West Bank Palestinians to Israeli Citizenship*, 42 U. PA. J. INT'L L. 271, 291 (2020). מובן כי אם עמדה זו תתקבל, הרי שאין ספק כי עקרון השוויון בכללותו חל כלפי פלסטינים ביהודה ושומרון, והעמדה המוצגת במחקר זה תתחזק.

EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 6-7 (2012). 91

יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" *שערי משפט ז* 149, 186 (התשע"ד). 92

בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב(3) 264 (2007). 93

ראו עמיחי כהן "סופו של נשף המסכות? בעקבות בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות 94

כפי שיפורט להלן, סוגיית השוויון עלתה במפורש בפסק הדין שבו פסל בית המשפט העליון את חוק ההסדרה, בין השאר בשל פגיעתו בזכות לשוויון המוגנת כחלק מהזכות לכבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוק ההסדרה ועקרון השוויון

בשל התופעה הנרחבת יחסית של בנייה ישראלית על קרקעות פרטיות פלסטיניות בשטחים, בכמה מקרים הורה בית המשפט לפנות יישובים שנבנו על קרקעות פרטיות.⁹⁵ בעקבות פסיקות אלו החליטה הכנסת להתערב ולמנוע באמצעות חקיקה פינויים עתידיים של התיישבות ישראלית בשטחים. היא עשתה זאת באמצעות החוק להסדרת ההתיישבות בשטחים, התשע"ז-2017 (להלן – חוק ההסדרה). חוק ההסדרה הורה לרשויות הישראליות בשטחים "ליטול את זכות השימוש והחזקה". או, במילים אחרות, להפקיע כל קרקע שעליה בנויה התיישבות שנבנתה בתום לב או בהסכמה, ולו משתמעת, של ממשלת ישראל, של רשות מקומית או של מוסד מיישב. החוק לא קבע כל תנאי בדבר חוקיות הבנייה, וגם לא הגביל את תחולתו רק לבנייני מגורים.⁹⁶ ההגנה שניתנה לתושבים הפלסטינים נגד ההפקעה כללה רק פיצוי מוגדל.⁹⁷ שום חריג לא הוכר בחוק להוראה הקטגורית בדבר הסדרת בנייה ישראלית על קרקע פרטית פלסטינית.

ביום 9.6.2020, בפסק דין שניתן על ידי שמונה שופטים נגד דעתו החולקת של השופט סולברג, ביטל בית המשפט העליון את חוק ההסדרה.⁹⁸ ההנמקה המשפטית לפסילת החוק התבססה בעיקרה על פגיעתו הבלתי מידתית של החוק בזכויות המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בית המשפט קבע כי אם הכנסת מחוקקת לגבי השטחים, הרי שחקיקה זו כפופה לחוקי היסוד,⁹⁹ שכן לא ייתכן שרשות שלטונית בישראל תפעל בלא

זה"ל בגדה המערבית" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 73 5-29 (2018).

95 בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (נבו 25.12.2014) (להלן: עניין חאמד נ' שר הביטחון); עמיחי כהן "דין עמונה כדין תל אביב? התפרקותה של פרדיגמת הכיבוש בשטחים: בעקבות בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון והחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 6 61 (2017).

96 סע' 3 לחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017 (להלן: "חוק ההסדרה"). את המונח "תום לב" המופיע בסעיף יש לקרוא לאור ההגדרה הרחבה של המונח המופיעה בסע' 1 לחוק.

97 שם, בסע' 8.

98 עניין סלואד, לעיל ה"ש 16.

99 שם, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

מגבלות מכוח דיני זכויות האדם על פעולתה.¹⁰⁰ הגם שנימוקו זה של בית המשפט לוקה בהנחת המבוקש, הצדדים עצמם הסכימו להתדיין על בסיס הנחה נורמטיבית זו. בשל כך, למעשה, פסק הדין מבוסס על דיני זכויות האדם כפי שהם מעוגנים בחוק-סוד: כבוד האדם וחירותו.

בהקשר זה, בית המשפט קבע כי חוק ההסדרה פוגע בשתי זכויות משמעותיות בחוק היסוד. ראשית נקבע כי החוק פוגע בזכות הקניין, מכיוון שהוא נוטל את זכויות הפלסטינים לבעלות ושימוש בקרקע ומעביר את זכויות הקניין שלהם לידי המתנחלים, נגד רצונם. יתר על כן, הפגיעה המרכזית בזכויות שבית המשפט מצא היא הפגיעה בזכות לשוויון.¹⁰¹ מפסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים עולה כי כדי לקבוע שהזכות החוקתית לשוויון נפגעה יש להראות פער בלתי מוצדק בהתייחסות של החוק הכפוף לביקורת חוקתית כלפי קבוצות מובחנות שונות.¹⁰² בית המשפט מצא כי הפגיעה בשוויון, הגם שנעשתה לתכלית ראויה, היא בלתי מידתית.¹⁰³

100 ש.ם.

101 כידוע, אין הזכות לשוויון מוגנת במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו: הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כ"ח 257, 274-275 (התשנ"ז). אך בית המשפט העליון קבע כבר לפני שנים כי הזכות לשוויון מוגנת מכוח הזכות לכבוד, כל עוד היא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם. חרף מרכזיותה של הזכות לשוויון אין הסכמה על הגדרתה, ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 27 לפסק הדין של הנשיא ברק (2006). עם זאת, הזכות לשוויון הוגדרה כזכות חוקתית בהקשרים שבהם יש לה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם: "זכות לשוויון כזו אינה מנויה כזכות עצמאית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מהווה זכות חוקתית מוגנת מכח חוק היסוד רק באותם הקשרים שבהם היא כרוכה ואחווה באופן הדוק בזכות החוקתית לכבוד, הזוכה להגנה חוקתית בחוק היסוד. [...] פגיעה בשוויון מוחזקת כפגיעה בזכות חוקתית ככל שהיא קשורה ואחווה בכבוד האדם בקשר ענייני הדוק. פגיעה כזו אינה מוגבלת לפגיעות נפשיות, השפלה או השמצה, המצויות בגרעין הקשה של כבוד האדם, אלא עשויה להשתרע גם על מצבים של הפליה שאין עימה בהכרח השפלה, וכן מצבים אחרים של פגיעה בשוויון, ובלבד שיהיה להם קשר ממשי לפגיעה בכבודו של האדם". בג"ץ 6784/06 רס"ן שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות פס' 48 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 12.1.2011).

102 מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 58, בעמ' 64-67.

103 חשוב להדגיש כי בית המשפט העליון הכיר בכך שלחוק ההסדרה יש תכלית ראויה: פתרון הבעיה האנושית של המתנחלים הישראליים אשר בנו את בתיהם בתום לב, ובהסכמת הרשויות, על קרקעות שלמפרע התברר כי הן אינן קרקעות מדינה כי אם קרקעות פרטיות פלסטיניות. עם זאת, בית המשפט העליון הדגיש כי האמצעי שנבחר כדי להגשים את התכלית הזו הוא בלתי מידתי – אין הוא מבחין בין מקרים שבהם המתנחלים אכן פעלו בתום לב "אמיתי" לבין מקרים שבהם אי-החוקיות הייתה גלויה וברורה. החוק גם לא יצר מנגנון לבדיקה בכל מקרה ומקרה של היחס שבין עוצמת

הדיון בפסק הדין בבג"ץ חוק ההסדרה הוא לא פחות מפורץ דרך בהתייחסות לפלסטינים כקבוצה מובחנת הזכאית להגנה מכוח הזכות החוקתית לשוויון. בפעם הראשונה בהיסטוריה של השליטה הארוכה של ישראל בשטחים בית המשפט אחז את השור בקרניו והציב זו מול זו את קבוצת המתיישבים הישראליים ואת הפלסטינים. בית המשפט ציין את העובדה כי המוסדות המיישבים בשטחים פועלים כמעט אך ורק לטובת התושבים הישראליים;¹⁰⁴ כי יותר מ-99% של הקרקעות שהוקצו ביהודה ושומרון הוקצו לישראלים;¹⁰⁵ וכי הפרת החוק על ידי המתישבים הישראליים זוכה למעשה לאישור בדיעבד בחוק ההסדרה, וזאת בניגוד להפרות החוק של הפלסטינים. לדבריה של הנשיאה חיות חשיבות מיוחדת לענייננו:

”בהקשרים אחרים כבר נפסק כי ‘טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול “חשוד” והוא לכאורה טיפול מפלה’ [...]. פגיעה כזו בתושבי האזור הפלסטינים ‘אינה אך פגיעה בשוויון, אלא היא גם פגיעה בכבודם. היא פגיעה בזכותם לקדם את חייהם באורח אוטונומי; היא פגיעה בפרנסתם; [...] ובעיקר, היא פגיעה בזכותם הבסיסית שלא לסבול יחס מקפח מהשלטון’ [...]. ההבחנה הנטענת גוררת באופן מובנה פגיעה בכבוד, שכן היא מעמידה את התושבים הפלסטינים ‘בעמדה נחותה, לכאורה, ביחס לשכניהם היהודים’ [...]. וביתר שאת בהינתן העובדה כי מדובר ב’תושבים

הפגיעה במתיישבים הישראליים בשל אכיפת הדין לבין עוצמת הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הקרקע הפלסטינים. יתר על כן, החוק קבע תנאים והסדרים בלתי סבירים לצורך הוכחת הבעלות הפלסטינית בקרקע במקרים שבהם יש ספק לגבי זהות הבעלים האמיתיים. במילים אחרות, מרבית העלות של פתרון הבעיות המעשיות וההומניטריות הנובעות מבנייה בלתי חוקית בשטחים בשל פעילותם של גורמים שונים, ממשלת ישראל, הגופים המיישבים, הרשויות המקומיות הישראליות ביהודה ושומרון ואף המתנחלים עצמם – הוטלה על בעלי הקרקע הפלסטינים. לבסוף, אפשר לציין כי בית המשפט גם קבע שהיועץ המשפטי לממשלה הציג, בלי קשר לחוק ההסדרה, פתרונות חלופיים סבירים שהיה בהם כדי לפתור את עיקר הבעיות במקרים שבהם פעלו המתנחלים בתום לב גמור. גם דבר קיומם של פתרונות חלופיים אלו, שפגיעתם בזכויות פחותה, את בית המשפט למסקנה כי ההסדר שנקבע בחוק אינו מידתי.

עניין סלואד, לעיל ה"ש 16, פס' 47-51 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

לפי פסק הדין מאז שנת 1967 יותר מ-450,000 דונם של אדמות מדינה הוקצו ליישובים ישראליים, ורק כ-1,500 דונם לפלסטינים. כמו כן, ראו בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הבטחון (נבו 27.8.2020) (להלן: עניין מצפה כרמים). בעניין מצפה כרמים בפס' 35 לפסק הדין של הנשיאה חיות הובהר כי מדובר רק בנתונים לגבי שטח C. בפסק הדין מופיעים נתונים שלפיהם סך ההקצאות של אדמות מדינה ליישובים ישראליים בכל יהודה ושומרון היה יותר מ-670,000 דונם (ולפלסטינים רק כ-1,600 דונם).

104

105

מוגנים' על פי הדין הבינלאומי הנתונים 'בעמדת כוח נחותה באופן אינהרנטי מזו של המתיישבים הישראלים באזור, שהם אזרחים מלאים ושווי זכויות של מדינת ישראל' [...] (ההדגשות במקור).¹⁰⁶

נראה אפוא שפסק הדין בעניין ביטול חוק ההסדרה משנה את נקודת ההתייחסות של הדין החל בשטחים. בית המשפט העליון הסיט את המבט מהמשפט הבין-לאומי שממילא כוחו מוגבל מול נכונות הכנסת לפגוע בהוראותיו בחקיקה ראשית. במקום זאת התמקד הפסק בהפרה של הזכות לשוויון, שהיא חלק מהזכות לכבוד האדם במשפט הישראלי, על ידי חוק ההסדרה. מסגרת זו מעניקה הגנה משפטית, גם אם מוגבלת, לזכויות הפלסטינים בתנאים הפוליטיים השוררים בשטחים, והאפקטיביות של ההגנה תלויה בכך שבית המשפט יכיר בפערי הכוח המובנים בין התושבים הפלסטינים לבין המתנחלים הישראליים, ובמבנה המשפטי והפוליטי הייחודי השורר בשטחים. חשיבותו של פסק הדין היא בנכונות בית המשפט לפסוע כמה צעדים חשובים אל עבר הכרה שכזו.¹⁰⁷

3. התחולה של עקרון השוויון לגבי הנושא של הריסת בתים

ברור לנו שההחלה של עקרון השוויון בצורה מלאה ביחס לכל פעילות מדינת ישראל בכלל, וצה"ל בפרט, בשטחים, היא שאלה שתידון בהרחבה בעתיד. אך נדמה שיש כמה סיבות להניח כי דווקא ביחס להריסת הבתים, יש מקום לדיון נרחב בנושא. ראשית, כפי שאמרנו, הזכות לשוויון מצויה בצורה החזקה ביותר כאשר היא מבוססת על כבוד האדם.¹⁰⁸ כפי שהראינו במקום אחר, הבעיה המרכזית של הריסת בתים היא שהסנקציה פוגעת פגיעה חמורה בעיקרון כבוד האדם.¹⁰⁹ פגיעה מפלה כזו בכבוד האדם היא בדיוק מסוג הפגיעות שאינן קשורות ישירות לדיני הכיבוש, וראוי להחיל לגביהן את עקרונות זכויות אדם בצורה מלאה ושוויונית.

¹⁰⁶ עניין סלואד, לעיל ה"ש 1816, פס' 56 55 לפסק הדין של הנשיאה חיות. מעניין לציין כי פסקי הדין המצוטטים בפסקה זו עוסקים כולם בערבים אזרחי ישראל, וזאת למעט פסק דין אחד: פסק הדין של השופט ג'ובראן בבג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (אר"ש 31.10.2017).

¹⁰⁷ בניתוח זה התייחסנו לעמדתו של בית המשפט העליון ביחס לעקרון השוויון. בפסק הדין עצמו הובאו נימוקים נוספים מתחום דיני הכיבוש והקניין, שהם רלוונטיים פחות לדינונו כאן.

¹⁰⁸ ראו דיון לעיל ליד ה"ש 60.

¹⁰⁹ כהן והרפז "על קיבעון ודינמיות", לעיל ה"ש 14, בעמ' 1023-1028.

יתר על כן, הדיון בעקרון השוויון מוצדק אף בשל כך שמדיניות הריסת הבתים נוהגת אף בתוך תחומי מדינת ישראל, ולעיתים אף כלפי תושבי מדינת ישראל. לגבי אלו – בוודאי עקרונות השוויון רלוונטיים. ולבסוף, ראוי לציין שבסופו של יום סמכותו של המפקד הצבאי בשטחים להרוס בתים היא בדיוק אותה הסמכות הנתונה לממשלה בתוך תחומי מדינת ישראל על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום).¹¹⁰ הן לשונית והן היסטורית – מדובר בדיוק באותו החיקוק. הפעלתו של חיקוק זה בצורה שונה מחריפה את טענת ההפליה. הנחנו אפוא כי עקרון השוויון רלוונטי לעניין הריסת הבתים, הן לגבי הריסת הבתים במזרח ירושלים, והן לגבי תושבי השטחים. אכן, הטיעון עלה בפסיקת בית המשפט העליון בכמה הזדמנויות. נפרט כעת את המקרים שבהם עלה הטיעון. בראשית הדברים נפרט את הטיעון כפי שעלה בבית המשפט העליון במקרים המועטים שבהם עלתה הטענה. במסגרת זו ננתח את פסיקתו של בית המשפט בצורה ביקורתית "רכה" – כלומר נקבל את הנחות היסוד של בית המשפט. נציין כי אפשר להעלות שאלה רחבה יותר הנוגעות לשאלת השוויון בפרקטיקת הריסת הבתים והיא, האם יש הצדקה להפלות בין עבירות ביטחוניות כלל לבין עבירות רצח? עם זאת, מקוצר היריעה נבחר למקד את דיונונו בשאלת הריסת הבתים כפרקטיקה מפלה בישומה.

ד. הטיעון בדבר ההפליה כפי שהועלה בפני בית המשפט העליון בהקשר של הריסת בתים

בחלקים הקודמים הגענו למסקנה כי הזכות לשוויון רלוונטית לעניין הריסת הבתים התגובתית, בין שזו מתקיימת במזרח ירושלים, ובין בשטחים. בחלק הבא של המאמר נבחן כיצד עלתה טענה זו בפני בית המשפט העליון.

1. הגישה המסורתית – פסילת ההשוואה על רקע עקרוני

סוגיית ההפליה באכיפת הסנקציה עלתה בפני בית המשפט העליון כמה פעמים. למעט בעתירה בעניין אבו חדיר הנושא עלה רק כדרך אגב – בצירוף טענות אחרות של העותר המבקש שלא להרוס את ביתו. בניסוח זה, העתירה היא למעשה עתירה מתחום אי-השוויון המבקשת להסיר את ההפליה, במעין דיון "מינהלי", או המובן הראשון של השוויון שהובא לעיל. העותר טען כי הכללים נאכפים לגביו ולא לגבי אחרים המצויים במצב דומה לו. זהו כמובן יישום ראוי של הזכות לשוויון, אלא שעוצמתו של טיעון זה היא "במדרג הנמוך" של זכות זו.

110 לעיל ה"ש 30

הרשות יכולה לטעון למגוון סיבות שבשלן היא בוחרת לאכוף כללים מסוימים נגד נפגעים מסוימים. במקרים שבהם קיימת אכיפה, אך אין האכיפה מתקיימת בכל המקרים, יקשה מאוד על הטוען לאכיפה בררנית להוכיח את טענתו.¹¹¹ במבנה שלנו שתואר לעיל, נראה כי טענה זו היא מתחום "הסרת אי-השוויון". עד לעתירה בעניין אבו חדיר, התייחסות המאפיינת את הפסיקה בהקשר זה היא של השופט סולברג, בפסק הדין המוקד להגנת הפרט.¹¹²

"15. מכאן לטענת ההפליה שטענו העותרים, הפליה בין פלסטינים לבין יהודים, בשימוש בתקנה 119. אין יסוד לטענה. הטעם לכך שלא נעשה שימוש בתקנה 119 כלפי יהודים נעוץ בכך שאין צורך באותה הרתעה סביבתית במגזר היהודי. אין לכחד: יש ויש מעשים של תקיפה מצד יהודים כלפי ערבים. לבטח יש צורך במיצוי הדין הפלילי ובענישה הולמת. להוותנו אף לכדי הרצח הנורא של מוחמד אבו-ח'דיר הגענו. אך השוני עולה על כל דמיון. הפער הוא עצום – באיכות הפיגועים, בכמות, ובעיקר לצורך ענייננו, ביחס הסביבה: גינוי תקיף והחלטי מקיר לקיר במגזר היהודי, מה שאין כן בצד שכנגד, ואכמ"ל" (ההדגשה במקור).

נראה כי עמדתו של השופט סולברג בעניין זה מורכבת. מחד גיסא, הוא מקבל את ההנחה כי הדין ביחס לאזרחי ישראל ולפלסטינים אמור להיות זהה, ואינו מעלה כלל את האפשרות כי יש להחיל דין שונה בעניין זה. אכן, בשל העובדה שהריסת בתים מתקיימת גם במזרח ירושלים יהא זה מוזר לנסות לבצע הפרדה מסוג זה. מאידך גיסא, השופט סולברג מציע הבחנה "עקרונית" בין הציבור היהודי לציבור הפלסטיני – מספר מועט של פיגועי טרור בצד היהודי, ביחס למספרי הפיגועים והניסיונות לפיגוע בצד הפלסטיני, וגם גינוי סביבתי תקיף כלפי מעשי טרור בציבוריות היהודית, לעומת תמיכה ציבורית בצד הפלסטיני. למעשה, דווקא מתוך כך שהשופט סולברג הדגיש את השונות הרלוונטיות בין האוכלוסיות, עולה כי דעתו היא כי יש מקום להחלה עקרונית של השוויון בהקשר זה. לעמדה עקרונית זו (אם כי לא ליישומה, כפי שיפורט להלן) אנו

¹¹¹ לעניין המבחנים הפסיקטיים לאכיפה בררנית ציין השופט זמיר כי "הנטל לקיומה של אכיפה בררנית הוא גבוה במיוחד", עניין זקין, לעיל ה"ש 59, בפס' 30 לפסק הדין של השופט זמיר; מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 397-399 (2008); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, פס' 23-28 לפסק הדין (2015).

¹¹² עניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 40, בפס' 15 לפסק הדין של השופט סולברג.

מסכימים. דברים דומים בעניין אף נאמרו על ידי השופט דנציגר בפסק דינו בעניין קואסמה:¹¹³

"אכן, לא ניתן לכחד כי התרבו מעשי ההסתה והאלימות בחברה היהודית כנגד ערבים, ועל כך יש להצר ולפעול ביד חזקה כנגד תופעות אלה. אך ההשוואה אינה במקומה, באשר האמצעי של הריסת בתים בשטחים אינו ננקט במקרים של מעשי הסתה ואלימות, אלא במקרים קשים במיוחד של מעשי רצח. לא נעלם מעיני המקרה מעורר החלחלה של רצח הנער מוחמד אבו ח'דיר, מקרה שזעזע את אמות הסיפים בארצנו וזכה לגינוי מקיר-אל-קיר, אך מדובר במקרה חריג שבחריגים. לכן, דומני כי אין מקום לסימטריה המלאכותית הנטענת על ידי העותרים בתמיכה לטענתם לאכיפה מפלה.

זאת ועוד, אינני סבור כי ניתן לקבל את טענת האפליה שהעלו העותרים. על הטוען לקיומה של אכיפה מפלה או 'בררנית' מוטל הנטל להציג תשתית עובדתית מספקת שיהיה בה כדי להתגבר על החזקה בדבר התקינות המנהלית. אף אם עבר הטוען משוכה זו, עדיין יכולה הרשות להראות כי אותה אכיפה הנחזית להיות בררנית, למעשה נעוצה בשיקולים ענייניים".

כאמור, השופטים סולברג ודנציגר מסכימים להחלה העקרונית של השוויון בנושא הריסת בתים. אך נימוקיהם של השופטים סולברג ודנציגר משקפים תפיסה השוללת את טענתנו לגבי הפגיעה בשוויון במדיניות הריסת הבתים, מטעם כך שהבחנה בין הקבוצות יהודים ופלסטינים היא רלוונטית ולכן ההבחנה מוצדקת ואין המדיניות אינה. בחלק הבא נתמודד עם סוגיה זו.¹¹⁴

¹¹³ עניין קואסמה, לעיל ה"ש 36, בפס' 30 לפסק הדין של השופט דנציגר.

¹¹⁴ עמדה דומה הובעה על ידי השופטת כנפי-שטייניץ בבג"ץ 7287/23 גידאן נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (נבו 11.10.2023) בסע' 10 לפסק הדין: "גם בטענת ההפליה שהעלו העותרים אין ממש. ההקבלה שעושים העותרים בין מעשי אלימות של יהודים כלפי פלסטינים, לבין מעשי אלימות המבוצעים על-ידי פלסטינים כלפי יהודים, ובמקרה שלפנינו תחת חסותו של ארגון טרור, חסרת כל יסוד, הן מבחינת שכיחות המעשים, הן מבחינת חומרתם ולבטח מבחינת יחס הציבור הרלוונטי ומידת תמיכתו במעשים אלה". כן ראו דברי השופט מינץ בבג"ץ 788/24 מצרי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (נבו 11.2.2024) בסע' 11 לפסק הדין "גם אין ממש בטענת ההפליה שהעלו העותרים. קביעתו של בית משפט זה בעבר [...], על פיה השוני הקיים בצורך ההרתעתי בין בני הלאום השונים הוא שוני רלוונטי בנסיבות העניין, שרירה וקיימת גם בעת הזו. [...] אין מקום להשוואה בין מעשי הקבוצות, לא מבחינת החומרה, לא מבחינת

1.1 הטיעון בדבר מיעוט הטרור היהודי

כפי שתיארנו בראשית המאמר,¹¹⁵ הטענה כי אין כלל אירועי טרור יהודים לא נכונה. קיימת כמובן מחלוקת פוליטית אם להגדיר אלימות אידאולוגית של יהודים, המכוונת כלפי דמויות פוליטיות, פלשתינים, חיילי צה"ל ורכושו כטרור. אך אם נתעלם מהטעמים הפוליטיים, נראה כי מעשים שונים של קיצונים יהודים נופלים בגדר "מעשה טרור" לפחות כפי שהוא מוגדר בחוק הישראלי.¹¹⁶ כמובן, ברור לגמרי שטיעון המדינה בדבר מיעוט הטרור היהודי הוא בעייתי. על בעייתיות זו הצביע בית המשפט. אם אכן יש רק מעט טרור יהודי, ואם אכן הריסת בתים של מחבלים אפקטיבית כאמצעי הרתעה, אין היגיון מדוע לא להרוס בתים של מחבלים יהודים. מכיוון שהטרור היהודי מועט, ממילא יהרסו רק בתים מעטים, שיצרו את רמת ההרתעה האפקטיבית המתאימה לאותה קבוצה יהודית קטנה שיכולה לעסוק בטרור. במילים אחרות: אם יש מעט מפגעים, כמות הנפגעים מההריסה "החפים מפשע" יהיה אף הוא קטן מאוד. למעשה, אף סביר להניח שבולטות הריסת בתי יהודים, על כלל ההתנגדויות והרעש הציבורי שהיא תייצר, תביא להשפעה משמעותית של הרתעה על המפגעים הפוטנציאליים.¹¹⁷

שכיחות המעשים ובוודאי לא מבחינת היחס הציבורי ומידת התמיכה הציבורית במעשים (אלו).

115 לעיל הטקסט המלווה ה"ש 43-55.

116 ס' 2 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 מגדיר מעשה טרור כך: "מעשה טרור" מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה: (1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי; (2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה; (3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה: (א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו; (ב) פגיעה חמורה בבטיחות הציבור או בבריאותו; (ג) פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשית שתגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) או (ב) ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור; (ד) פגיעה חמורה בקודשי דת; לעניין זה, "קודשי דת" – מקום פולחן או קבורה ותשמישי קדושה; (ה) פגיעה חמורה בתשתיות, במערכות או בשירותים חיוניים, או שיבוש חמור שלהם, או פגיעה חמורה בכלכלת המדינה או בסביבה; [...]."

117 זו היא הטית הבולטות שזוהתה על ידי טברסקי וכהנמן. ראו עמוס טברסקי ודניאל כהנמן "שיפוט בתנאי אי-ודאות: יוריסטיקות והטיות" רציונליות, הוגנות, אושר: מבחר מאמרים 45, 53 (מיה בר-הלל עורכת 2005).

1.2 הטיעון בדבר חוסר התמיכה הסביבתית לטרור היהודי

השופט סולברג הזכיר בפסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט טיעון נוסף, שלפיו בחברה היהודית יש גינוי מלא מקיר לקיר של הטרוריסטים.¹¹⁸ אפשר לחשוב על הרחבה לעמדתו של סולברג, ולטעון כי ההבחנה רלוונטית שכן החברה היהודית תגנה את הטרוריסט ותוקיע אותו, ויש בכך משום "החמרה" נוספת לסנקציה ושכך אפשר "להסתפק" בסנקציה פלילית. מנגד, עקב התמיכה של החברה הפלסטינית בטרוריסטים, סנקציה פלילית לא תספיק שכן התמיכה הציבורית תנמיך את מידת חומרת הסנקציה הפלילית, שעוגן מרכזי בהיותה חמורה זה בהשמת "אות קין" על מצח העברייין. לכן, יש צורך לפנות לסנקציה מחמירה יותר כהריסת בתים. עם זאת, ייתכן כי ההיגיון של בית המשפט העליון דווקא אמור להוביל את השופט סולברג לתמיכה בהפעלת הסנקציה של הריסת בתים דווקא בחברה היהודית. אם אכן בחברה היהודית אין תמיכה כלל לטרור, הרי שהסנקציה של הריסת בתים יכולה להיות אפקטיבית עוד יותר מאשר בחברה הפלסטינית, אשר נוטה לקדש את שמם של אלו המשתתפים במאבק. משפחתו של מבצע פעולה יהודי לא תזכה לכל תמיכה כספית או מוראלית מסביבתה, שאינה תומכת בטרור, וממילא הפגיעה בה תהיה רבה הרבה יותר. אם אכן ההרתעה אפקטיבית, ייתכן שכלפי הטרוריסט היהודי היא תהיה אפקטיבית הרבה יותר.

למעשה השאלה חמורה יותר. בפסיקתו של בית המשפט העליון באשר למידת ההרתעה שנוצרת בעקבות השימוש בהריסת הבתים קבע בית המשפט בשורה של פסקי דין כי הוא מסתמך על מקצועיות חוות הדעת של השב"כ בנושא.¹¹⁹ כלומר, בית המשפט הכריז כי אין הוא מתערב בשיקולי הביטחון ואינו בר סמכא בהם. לעומת זאת, בשאלת ההרתעה כלפי הציבור היהודי לא ביקש בית המשפט, וממילא לא קיבל, כל הערכה מקצועית של מידת ההרתעה ההשוואתית כלפי הציבור היהודי. השאלה עלתה כמה פעמים, גם בדברי השופטים, אלא שהדיון בנושא הוא "אינטואיטיבי" ולא מסתמך על עובדות. כלומר: כלפי הציבור היהודי שופטי בית המשפט סבורים כי הידע הביטחוני שלהם מספיק.

למען האמת, נראה לנו כי הנימוק של השופט סולברג שלפיו בציבור הערבי-פלסטיני יש תמיכה במבצעי הטרור, ואילו בציבור היהודי יש התנגדות

¹¹⁸ ראו הטקסט בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 40.

¹¹⁹ ראו, למשל, בעניין מוגרבי, לעיל ה"ש 36, בפס' 13 לפסק הדין של השופט מלצר, המפנה לבג"ץ 7473/02 בחר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 488 (2002) וכן לבג"ץ 1125/16 חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פס' 11 לפסק הדין של הנשיאה נאור (נבו) 31.3.2016.

גורפת לכך, אינה משכנעת לחלוטין. ראשית, הטענה כי חלקים גדולים מהציבור הפלסטיני תומכים בביצוע מעשי הטרור בעייתית. אומנם סקרים מראים כי יש בציבור הפלסטיני קבוצה לא קטנה (יותר משליש) הסבורים כי יש לפעול נגד ישראל במסגרת מאבק אלים.¹²⁰ אולם, הטיעון הוא מעגלי. הטענה התועלתנית המרכזית נגד הסנקציות העונשיות הננקטות נגד הטרור הפלסטיני הוא כי הן גוררות חלקים ניכרים מהציבור לתמיכה במבצעי הטרור.¹²¹ אם כן, התמיכה בפיגועים יכולה באותה מידה להיות מיוחסת לעובדה שישראל נוקטת סנקציות שהן ענישה קולקטיבית, ומביאה את הציבור לתמיכה במבצעי הטרור. ודוק, איננו טוענים כי פיגועי הטרור עצמם הם תוצאה של מדיניות ישראלית, ובשל כך יש להפחית באחריות של מבצעייהם. ברור כי פיגועי הטרור הם באחריות מי שמבצע אותם. אבל אם ישראל נוקטת סנקציות קולקטיביות, קיימת טענה חזקה כי היא מפרה בכך את הקרקע שעליה יגדלו הגידולים הסרטניים של פיגועי הטרור.

אך נימוקו של השופט סולברג בעייתי מעוד כיוון, והוא ההנחה האקסיומטית שלו שבציבור היהודי יש התנגדות גורפת לביצוע מעשי טרור. ברור לחלוטין שהציבור היהודי בכללו מתנגד התנגדות נחרצת לביצוע מעשי טרור. אך אם אכן מדובר בסנקציה אפקטיבית היא לא צריכה להיות מכוונת כלפי הציבור כולו. השאלה היא אם קיימים "איים" של תמיכה במדיניות של ביצוע טרור כלפי פלסטינים, איי תמיכה אשר מהם יוצאים מבצעי טרור כלפי פלסטינים, ואשר מדיניות הריסת הבתים יכולה להרתיע אותם? נראה כי בשנים האחרונות הולכים ומתפתחים איי תמיכה לא גדולים כאלו. למשל, בכמה יישובים ספציפיים בשטחים מצויים קבוצות של נערים ובוגרים התומכים בפעולות כגון "תג מחיר" ואשר באופן פעיל ביצעו מעשי טרור נגד פלסטינים.¹²²

דוגמה נוספת רלוונטית לעניין זה היא אי-הריסת ביתו של יגאל עמיר, רוצח ראש הממשלה רבין. ברור לחלוטין שמדובר במעשה שאפשר להגדירו מעשה טרור, שכן נעשה כדי לקדם מטרה אידאולוגית ולשנות את מדיניותה של מדינת ישראל. סביר להניח כי יגאל עמיר לא היה היחיד בעל עמדה כזו.¹²³ ובכל זאת לא עלה על הדעת להרוס את בית משפחת עמיר, הבית שבו התגורר הרוצח.

¹²⁰ כך לפי הסקרים של Palestinian Center for Policy and Survey Research למשל
Palestinian Center for Policy and Survey, Public Opinion Poll Number (62)
(13.12.2016).

¹²¹ ראו אצל כהן ומימרון, לעיל ה"ש 7.

¹²² ראו למשל התיאור של רועי שרון לעיל בה"ש 52, עמ' 149–188. כן ראו ע"פ 7482/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 36–38 לפסק הדין של השופט ארון (15.7.2021).

¹²³ ראו ועדת החקירה הממלכתית לעניין רצח ראש הממשלה מר יצחק רבין דו"ח הוועדה (1996) (ועדת שמגר).

דוגמה זו רלוונטית במיוחד, שכן אחד הלקחים מרצח ראש הממשלה רבין היה שיש להגן על ראש הממשלה מפני התנקשויות של גורמי ימין. כלומר, האיום לא הסתיים עם כליאתו של יגאל עמיר. ממילא עולה השאלה מדוע לא נשקל אפקט ההרתעה בהקשר זה? ברור לחלוטין כי המדינה מכירה בכך שקיימים איומים ביטחוניים, לרבות סיכון חיים, גם מצד יהודים. בהקשר זה פועלת המדינה בהעמדה לדין של רבנים ומחברי ספרים המסיתים לביצוע פעולות נגד ערבים,¹²⁴ למעצרים ולהגבלת תנועתם של פעילי ימין קיצוניים,¹²⁵ ועוד. כלומר, המדינה עצמה סבורה כי קיים חשש לביצוע פעולות טרור מצד יהודים, וכי כחלק מחשש זה יש לטפל בסביבת מבצעי המעשה כדי למנוע אותו. מדוע אם כן לא נשקלת כלל הסנקציה של הריסת בתים במסגרת זו?

1.3 הטיעון כי מעשי טרור יהודים אינם מובילים לרצח, ולכן הריסת בתים חמורה מדי

בפסק הדין בעניין קואסמה, בפסיקה שצוטטה לעיל, טען השופט דנציגר כי הריסת בתים לא ננקטת אלא כלפי מבצעי רצח, וכי טרור יהודי כמעט אף פעם לא מוביל לרצח. על טיעון זה אפשר להקשות משלושה פנים:

ראשית, ההנחה אינה נכונה. במקרים חמורים במיוחד הופעלה סנקציית הריסת הבתים התגובתית גם כאשר מעשה הטרור לא הסתיים ברצח. כך, למשל, בעניין מוגרבי שבו דרס המפגע קבוצת חיילים ואזרחים ופצע חמישה-עשר מהם.¹²⁶

שנית, וכפי שכתבתנו לעיל, אם מקרה הרצח הוא חד-פעמי, מדוע לא תופעל הסנקציה באותו מקרה חד-פעמי? אם ההרתעה אכן אפקטיבית כי אז הרתעה חד-פעמית תוכל להועיל מאוד.

שלישית, התיאור "האופטימי" שלפיו אין מעשי טרור יהודים מסתיימים ברצח הוא תיאור חלקי בלבד. ברור כי מקרי הרצח מתוך טרור היהודים מועטים מאוד יחסית למקרים שבהם מעשי הטרור נעשים על ידי פלסטינים. אך לעיל הבאנו שורה של מקרים שבהם הסתיימו מעשי טרור יהודים ברצח, החל בטבח שביצע ברוך גולדשטיין במערת המכפלה, וכלה ברצח משפחת דוואבשה.

¹²⁴ ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל פ"ד (5) 221 (1996), החקירה בעניין הספר תורת המלך נסגרה ובג"ץ דחה עתירה כנגד סגירת החקירה; בג"ץ 2684/12 י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 9.12.2015.

¹²⁵ יותם ברגר "בית המשפט הורה לשחרר פעיל ימין – אז שב"כ הוציא לו צו מעצר מנהלי" הארץ (20.6.2017); אפרת פורשר "10 צווים מנהליים חדשים נגד פעילי ימין קיצוניים" ישראל היום (23.8.2015).

¹²⁶ עניין מוגרבי, לעיל ה"ש 36.

1.4 הטיעון כי מרבית מעשי הטרור הפלסטיניים מסתיימים במות המחבל, ולכן נדרשת הרתעה נוספת

כיום, ישנה תפיסה כי מרבית הטרוריסטים הפלסטיניים יוצאים לפעולת טרור בצפייה למוות ממספר סיבות: כי מדובר בפעולת התאבדות; וכי יהרגו בעת נטרולם על ידי כוחות הביטחון או מגיבים אחרים בזירת האירוע.¹²⁷ זאת, בשונה ממחבלים יהודים שלרוב אינם מבצעים פיגועי התאבדות, ולא נהרגים על ידי הכוחות המנטרלים בזירה. משכך, בעוד סנקציות פליליות טיפוסיות יהיו אפקט מרתיע מספק למחבלים יהודים, אין כך הדבר באשר למחבלים פלסטינים שבכל מקרה מצפים למוותם. בשל כך עונש המעצר אינו גורם מרתיע דיו. לכן יש צורך בהריסת הבתים כגורם מרתיע גם אם המחבל צופה את מותו. אפשר אף לטעון שאם מחבל פלסטיני באמת צופה מותו, אך יודע כי משפחתו תקבל תגמול ותמיכה מהרשויות הפלסטיניות ובכך ייטב מצבם, הריסת בתים היא שיקול נגד, שיקול שירע את מצב משפחת המחבל. אם טענה זו תתקבל אכן אפשר לטעון לשוני רלוונטי בפרקטיקה.

לטעמנו, טענה זו מעגנת מספר קשיים קרדינלים, ואף מחזקת את עמדתנו בדבר היעדר שוני רלוונטי. ראשית, הנחת היסוד של טענה זו מעגנת חזקה שאינה מבוססת. ישנם לא מעט מקרים של מחבלים שנתפסו ונעצרו כמו גם מחבלים שברחו לאחר ביצוע הפיגוע, ועדיין ננקטה הסנקציה של הריסת הבית.¹²⁸

נוסף על כך, אם לוקחים ברצינות את עיקר הדגש על הציפייה הראשונית של המחבל למוות, הדבר ידרוש בדיקה פרטנית לכל מחבל, יהודי או פלסטיני. כפי שדנו מעלה, נראה דווקא שמפגע היוצא לפעולת טרור במטרה לרצוח את ראש הממשלה, או כזה הנכנס לאזור תפילה שסביבו אוכלוסייה מוסלמית בעיקרה, יצפה למוות יותר ממחבל שפועל בשטחים עם נתיב בריחה ישיר לביתו.¹²⁹ עולה,

127 ARIEL MERARI, DRIVEN TO DEATH: PSYCHOLOGICAL AND SOCIAL ASPECTS OF SUICIDE TERRORISM 9, 12 (2010).

128 כך, למשל, המחבל שרצח את סמ"ר רונן לוברסקי וברח מזירת הפיגוע ברמאללה. ראו, מערכת ישראל היום "מת מפצעיו לוחם דובדבן שנפצע אנושות במהלך פעילות מבצעית בפאתי רמאללה" ישראל היום (26.5.2018). <http://www.israelhayom.co.il/article/558867>. רוצחי שלושת הנערים גיל-עד שער, נפתלי פרנקל ואייל יפרח ז"ל אשר התחבאו בחברון, נתפסו וחוסלו לאחר שלושה וחצי חודשים. ראו ניר דבורי "חוסלו חוטפי ורוצחי שלושת הנערים" Mako (23.9.2015) https://www.mako.co.il/news-military/security-teens-kidnap/q3_2014/Article-4f6063d0f20a841004.htm.

129 למשל מתמלילי חקירתו של יגאל עמיר, רוצחו של ראש הממשלה יצחק רבין, עולה כי הביא בחשבון את האפשרות שמעשה הרצח שלו יסתיים בכך שהוא יירח וימות, והדבר

שהטענה תומכת בהיעדר השוויון הרלוונטי, שכן יישום שוויוני היה בחינת האפקטיביות של הריסת הבתים בכל מקרה פרטני מבחינת תפיסת המחבל לסופו הצפוי טרם יצא לפעולה. בחינה כזו לא רק שאינה ישימה, גם אינה מתבצעת בפועל על ידי בית המשפט, וכך אינה משפיעה על סוגיית השוויון ביחס להריסת הבתים.

2. בג"ץ אבו ח'דיר – האם שינוי עמדה של בית המשפט העליון

שינוי מסוים בעמדת בית המשפט אפשר לראות בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) השופט רובינשטיין בעניין אבו ח'דיר, שניתן בשנת 2017. במקרה זה, ביום 30.6.2014 נמצאו סמוך לחברון גופותיהם של שלושת הנערים החטופים – גלעד שאער, נפתלי פרנקל ואייל יפרח – שנרצחו על ידי מחבלים חברי חמאס שלושה שבועות קודם לכן. למוחרת היום החליטו יוסף דוד, ישראלי תושב ירושלים, ועוד שני קטינים לצאת ל"פעולת נקם". בליל 2.7.2014 הם חטפו את הנער מחמד אבו ח'דיר, היכו אותו עד אובדן הכרה, ושרפו אותו בעודו בחיים, מחוסר הכרה, ביער ירושלים. בית המשפט המחוזי הרשיע את כל הנאשמים ברצח, ודן אותם לעונשי מאסר ארוכים.¹³⁰

עוד בחודש מאי 2016, סמוך לאחר מתן גזר הדין בעניינו של דוד, פנו הוריו של מחמד אבו ח'דיר לשר הביטחון בדרישה שיורה להרוס את ביתו של דוד, כפי שנעשה במקרים רבים לבתיהם של מחבלים פלסטינים, תושבי מזרח ירושלים ואיו"ש. שר הביטחון דחה את הדרישה בטענה שאין מקום לנקוט סנקציית הריסת הבתים משום שיש רק מעשי טרור מועטים של יהודים. לפיכך אין צורך ב"הרתעת הרבים" המושגת באמצעות הריסת בתים. לאחר דחיית דרישתם עתרו ההורים לבג"ץ, בדרישה שזה ינחה את שר הביטחון להורות להרוס את ביתו של דוד.¹³¹

בית המשפט דחה את העתירה מהטעם העיקרי שחלף פרק הזמן ניכר בין מעשה הרצח לבין הדרישה שהוגשה על ידי משפחת אבו ח'דיר להרוס את הבית ("השיהוי"). לפי פסיקת בית המשפט העליון, כדי שתייצר הרתעה יעילה, הריסת בתים צריכה להתבצע קרוב ככל האפשר למועד ביצוע מעשה הטרור, ואף לפני הרשעה, ועל בסיס "ראיות מינהליות".¹³² בית המשפט כבר פסק בעבר

לא הרתיע אותו. ראו יאיר שלג "תמלילי עמיר: אחרי הכדור הראשון, עצרתי לראות מה קורה לו" מקור ראשון (23.10.2015) <https://bit.ly/4956buJ>.

¹³⁰ עניין אבו ח'דיר לעיל ה"ש 17, בפס' ב לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

¹³¹ שם, בפס' ד-ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

¹³² בג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פס' 4 לפסק הדין של השופט זילברטל (נבו) (28.2.2016).

שפער של אחד-עשר חודשים בין ביצוע מעשה הרצח לבין ההוראה להרוס את ביתו של המחבל הוא רב מדי.¹³³

באשר לעתירת הורי מחמד אבו ח'דיר, טיעון השיהוי הוא טיעון בעייתי מעט. להורים אין גישה למידע המלא המצוי בידי הרשויות. יתר על כן, במהלך משפטו, הנאשם דוד טען לאי-שפיות, טענה שסביר להניח שרלוונטית גם לגבי הפעלת הסנקציה של הריסת בתים. הטענה כאילו היה שיהוי של שנתיים מתעלמת ממצב זה. נקודה נוספת שראוי לשים לב אליה היא שעצם ההסתמכות על ראיות מינהליות בהריסות בתים היא, כשלעצמה, בעייתית מאוד מבחינה חוקתית. אכן המדינה מסתמכת על ראיות מינהליות בנקיטת הסנקציה החמורה הזו, אך זהו קושי משמעותי, שכן אפשר לטעון בנקיטת סנקציות לפני הרשעה בדין, כאשר ההליך מתנהל, יש משום עקיפה של ההליך הפלילי, שאחת ממטרותיו היא להוכיח את האשמה. גם אם יש הצדקות מסוימות לנקוט הליך מוקדם ככל האפשר, הרי שקשה לטעון "שיהוי" כלפי מי שקיבל על עצמו מגבלות חוקתיות ראיות.

הטענה המרכזית התומכת בשיהוי היא פסיקת בית המשפט העליון הקובעת שככל שעובר הזמן אלמנט ההרתעה נשחק. לכן אין לדחות את ביצוע ההריסה יתר על המידה. במקרה אחד אף פסל בית המשפט העליון ביצוע של הריסת בית מטעם זה.¹³⁴ אך במקרה של הריסת ביתו של יהודי, טענת שחיקת ההרתעה קשה מאוד. אם נקבל את ההנחה שלהריסת בית של יהודי יהיה אפקט הרתעתי, בשל חריגותו, האם בית המשפט סבור שאפקט זה לא יהיה משמעותי לאחר חלוף תקופת זמן?

אך נראה שהחשיבות העיקרית של פסק הדין אינה בדיון בנושא השיהוי – אלא בדיון הנלווה שנערך בפסק הדין בעניין השוויון. בפסק הדין עשה השופט רובינשטיין מאמץ ניכר להראות כי הבסיס לפסיקה של בית המשפט העליון בסוגיית הריסת הבתים הוא שוויוני ולא מפלה, וכי אי אפשר להצדיק הבדל באכיפה על בסיס אתני.

"חוששנו, על צד העיקרון, כי אין אנו מקבלים את 'הנחת העבודה' ולפיה, בנסיבות הזמן והמקום, תופעל תקנה 119 רק כלפי מחבלים פלסטינים או מחבלים ערבים תושבי מזרח ירושלים. הנתונים הסטטיסטיים המצביעים על הבדלים מובהקים בהיקף הטרור ובטיבו כבודם במקומם, ויש בהם טעם יישומי במקרים המתאימים, אך אין בהם כדי לאיין מעיקרא את השימוש בתקנה

133 עניין אבו האשיה, לעיל ה"ש 34.
134 שם.

כלפי מחבלים יהודים גם במצב הנוכחי. הטעם הוא פשוט: תכלית התקנה, כפי שהטעמנו וחזרנו והטעמנו, היא להרתיע מחבלים פוטנציאליים מפני ביצוע פיגועים בעתיד. עסקינן בניסיון לשמור על קדושת החיים. כוחה של ההרתעה המונחת ביסודה של תקנה 119 יפה כלפי כולי עלמא, מה לי יהודי ומה לי ערבי. הריסתו או אטימתו של בית מחבל יהודי, אשר תביא להצלת חיים, ולוא של אדם אחד, מצדיקה את השימוש בתקנה"¹³⁵.

יתר על כן, השופט רובינשטיין אף הדגיש כי כל הפסיקות הקודמות של בית המשפט שעסקו בהבדל בין יהודים לערבים ניתנו רק על בסיס של הרתעה קונקרטיה, ולא כקביעות עקרוניות. גורמי הביטחון פשוט לא מצאו עד כה צורך לנקוט אמצעי הדרסטי כלפי טרוריסט יהודי.

"[...] לטעמנו אין לראות את ההחלטות הללו [הדוחות את טענת ההפליה – המחברים] כמוציאות חלילה את ההיבט העקרוני, של אי הבחנה בין דם לדם, אלא כמבטאות קונקרטיזציה של מצב עובדתי. אנו מבטאים גישה עקרונית המשווה בין דם לדם, תוך הותרת מרחב יישומי"¹³⁶.

השופט רובינשטיין ציטט במפורש את דבריהם של השופטים סולברג ודנציגר,¹³⁷ אך פרש אותם כמסכימים עם עמדתו שלפיה אין בית המשפט תומך בכל הבדלה עקרונית בין הסנקציות שיש לנקוט כלפי יהודים וערבים.

נראה לנו שהניתוח של השופט רובינשטיין את דברי קודמיו הוא "נדיב"¹³⁸ נדמה שיש אמירות של שופטים שונים שאפשר להבינן כפסילה עקרונית של השימוש בסנקציה בציבור היהודי, משום שאין צורך "להרתיע" אותו. למעשה, קשה להבין את דבריהם שלא בצורה של פסילה עקרונית, שכן זהו ההקשר של דבריהם. השופטים סולברג ודנציגר, כזכור, לא דנו בעתירות שבהן התבקש בית המשפט להרוס את ביתו של יהודי, אלא בעתירות שבהן הועלתה טענת ההפליה

135 עניין אבו חדיר, לעיל ה"ש 17, בפס' כט לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

136 שם, בפס' לב לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

137 שם, בפס' לא לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

138 למעשה השופט רובינשטיין עצמו דחה בעבר טענה בדבר הפליה באכיפה בטענה שלפיה על העותרים להביא ראיות לטענת ה"הפליה באכיפה", ואילו הפלסטינים לא הביאו ראיות לטענה זו (עניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 40, בפס' כה לפסק הדין של השופט רובינשטיין). למען האמת, כלל לא ברור איזו טענה על העותרים להביא מעבר לעובדה שמעולם לא נהרס ביתו של יהודי. דומה שדי בעובדה זו כדי להטיל את הנטל על המדינה להראות כי היא אוכפת את הדין כיאות.

כטעם לאי-הריסת ביתו של פלסטיני. לו היו סבורים שהסיבות לאי-הריסת הבתים של יהודים הן קונקרטיות, היו יכולים לומר שאין מקום להשוואה על רקע המקרה הקונקרטי. העובדה שבחרו לנקוט לשון עקרונית מלמדת שהם סבורים שאין מקום להפעיל את הסנקציה כלפי מעשי טרור של יהודים, מהטעמים שפורטו לעיל.

יתר על כן, נדמה שבפסק הדין בעניין אבו חדיר עצמו אין הסכמה מלאה בין השופטים לגבי הניתוח של השופט רובינשטיין. השופט הנדל, שהצטרף לתוצאה הסופית הדוחה את העתירה, התייחס גם הוא לטענת ההפליה ופסק כך:

”ובסופו של שיקול, לנוכח הקשיים שמעוררת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 והיותה של ההרתעה הצידיק היחיד להפעלתה, נראה כי לא יהיה נכון להרחיבה לקבוצות ייחוס שאף המדינה סבורה בשלב זה כי היא אינה נחוצה לגביהן. החלופה של הפסקה מוחלטת של השימוש בסמכות איננה תואמת את פסיקת בית משפט זה. נותרה החלופה של אי התערבות במצב הקיים, המבוססת על טיעונים רציונאליים. זאת, כאשר התוצאה כי אז היה מקום לשיקול התערבות – איננה יוצרת הבחנה מוחלטת על פי דת או לאום במדיניות הפעלת הסמכות. כאמור, הפער בכמות וב'איכות' הטרור משמעותי וכולט בין הקבוצות נגדן מופעלת הסמכות ובין אלה שלא. המסקנה היא כי אין לקבל את העתירה”.¹³⁹

לשון אחר. הגם שהשופט הנדל פסל במפורש את השימוש בקריטריון האתני,¹⁴⁰ הרי שבסופו של יום הוא הצדיק את ההבחנה בין הקבוצות על בסיס שיקול רציונלי של הרתעה. ההבחנה בעיניו היא הבחנה עקרונית, ולא קונקרטי. אין המפקד הצבאי נדרש לבחון אותה בכל מקרה ומקרה, אלא יכול הוא להסתמך על עיקרון זה באופן כללי.¹⁴¹

¹³⁹ עניין אבו חדיר, לעיל ה"ש 17, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

¹⁴⁰ שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל.

¹⁴¹ ייתכן שפסק דינו הקצר של השופט הנדל מגלה טפח ומסתיר טפחיים. למשל: השופט הנדל השתמש במבחן "הטיעון הרציונלי" כטעם להבחנה. אין להניח שמונח זה מנותק מהקשר. כידוע, בארצות הברית השימוש בטעם רציונלי כמצדיק הפליה משמש רק כאשר אין מדובר בקבוצה "מוגנת". כאשר מדובר בהפליה חשודה, אין אפשרות להשתמש בטיעון "הטעם הרציונלי" להצדיק את ההפליה. נדמה שהשופט הנדל רומז לנו כי לדעתו מדובר בהפליה מינהלית בלבד, שאיננה עוסקת כלל בקבוצות "חשודות". לניתוח המצב במשפט האמריקאי ראו משה כהן-איליה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 164.

מצד שני, השופט הנדל בחר, במפורש, להשאיר את הסוגיה עמומה, וציין בסיכום פסק דינו שבמקרה המתאים ייתכן שהשאלה כלפי מי מפעילים את הסנקציה תהיה שיקול רלוונטי בהחלטתו.¹⁴² אך על כל פנים, הפסיקה של רובינשטיין ברורה בדרישתה מגורמי הביטחון להפעיל את סנקציית הריסת הבתים על פי אמות מידה שוויוניות. נראה כי השופטים כולם יוצאים מנקודת מוצא דומה לגבי נושא השוויון, הגם שייתכן שאין עמדתם זהה לגופו של עניין.¹⁴³ נראה כי כולם סבורים שטענת אי-השוויון המושמעת כלפי הריסת בתים של תושבים פלסטינים מול תושבים יהודים היא טענה בדבר עקביות המדיניות של הרשות. בשל כך, הם מבססים את נימוקיהם על השוני בין המקרים, שוני שלדעתם מצדיק את הטיפול השונה. נראה כי כל השופטים פועלים תחת הפרדיגמה של השוויון כאי-הפליה שתואר לעיל.

על כל פנים, לדעת בית המשפט, אי-שוויון שבו הורסים בית של משפחה ערבית של מחבל, ולעומתו אין הורסים ביתו של אזרח יהודי המואשם בעבירה דומה, היא "הפליה בין שווים". אם אין סיבה רלוונטית להפלות בין טרור ערבי לטרור יהודי אזי ההפליה אסורה. לצורך הדיון הנוכחי נכנה תפיסה זו של השוויון "התפיסה הנאיבית של ההפליה" – תפיסה המניחה כי הפליה בקבלת ההחלטות היא פעולה רציונלית, הנעשית על ידי מקבל ההחלטות בצורה מודעת, ועל פי שיקולים שאפשר לזהותם.

כך, למשל, בניתוח של מצבים זהים לחלוטין, שבהם אין כל סיבה להניח שמקבל ההחלטות המפלה מחזיק בעמדה א-אפריורית בעייתית כלפי המופלה. במקרים אלו, בהיעדר כל הצדקה אחרת לאי-שוויון, יש לפסול את ההחלטה המפלה בשל כך שפשוט אין לה שום הסבר סביר מבחינה משפטית.¹⁴⁴ הפליה כזו

¹⁴² עניין אבו חדיר לעיל ה"ש 17, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

¹⁴³ התייחסות נוספת היא של השופט מלצר בבג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית פס' 7 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 12.11.2015) (להלן: עניין חמאד נ' המפקד הצבאי). וכך כתב השופט מלצר: "באשר לטענות ההפליה ביחס לשימוש בתקנה 119 בהקשר ליהודים, בהשוואה לפלסטינים אעיר כי מעבר להעלאת הטענה – לא הובאו בפנינו נתונים המבססים הפליה שכזו, ואולם רואה אני לציין כי אם חס וחלילה נגיע למצב שיחייב הרתעה שכזו גם כלפי משפחות של מפגעים יהודים, או של בני מיעוטים תושבי ישראל – דין דומה אמור לחול בעיקרון אף עליהם". במאמר מוסגר נעיר כי אף אם צודקים השופטים במסגור טענת השוויון כ"אי-הפליה" – הרי שלכל הפחות השופט מלצר השתמש בכמה ביטויים המעוררים את החשש שמא הוא נוטה ליישם עיקרון זה בקירוב בלבד. המונחים "דין דומה" (להבדיל מזהה) ו"בעיקרון" רומזים למידה מסוימת של גמישות בהחלת העיקרון.

¹⁴⁴ ראו, למשל, דבריו של השופט חשין בעניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 101, בפס' 31 לפסק הדין, וכן דבריו של השופט לוי, שם, בפס' 8 לפסק הדין. השופט חשין

יכולה להעיד על שיקולים זרים כגון: קרבה משפחתית או תשלום שוחד, או הסברים אחרים שלפיהם אי-השוויון בין שני אנשים שבעיני מקבל ההחלטות היו אמורים להיות שווים לחלוטין לא יכול להיות מוסבר אלא בהסבר בלתי לגיטימי מבחינה משפטית.¹⁴⁵

אכן, התייחסות בית המשפט העליון לאי-השוויון בעתירת אבו חדיר, והעתירות הקודמות שבהן נטען להפליה בעניין הריסת הבתים, מבוססות כולן על היגיון זה של ההפליה. בית המשפט מודע לכך, כמובן, שהבתים שנהרסו הם של פלסטינים תושבי מזרח ירושלים והשטחים בלבד, וכי בתים של יהודים שעסקו בטרור מעולם לא נהרסו. לפי ההיגיון הרגיל של ההפליה, מחפש כאן בית המשפט הסבר קביל מבחינה משפטית להפליה זו. השופט סולברג סבר כי אין תמיכה סביבתית בטרוריסט, ולכן אין צורך להרתיעו. השופט מלצר סבר כי אין המקרים זהים לחלוטין למקרים שבהם נהרסו בתים, וכי אילו המקרים היו זהים, היה צורך להרוס גם את הבתים של היהודים. השופט דנציגר סבר כי מספר אירועי הטרור החמורים שאותם מבצעים יהודים נמוך מאוד, ולכן אין כלל צורך בהרתעה.

עמדתו של השופט רובינשטיין היא אכן שינוי בעמדה זו. השופט רובינשטיין קיבל את העמדה שלפיה אין הבדל בהרתעה בין יהודים לפלסטינים. ההבדל באכיפה נובע, לדעתו, מטעמים מקצועיים בלבד, הנוגעים למקרה הקונקרטי. גם לשיטת השופט רובינשטיין טיעון ההפליה כאן עוסק בזכותו של היחיד לשוויון, ולקריטריונים אחידים. יתר על כן, בניגוד לשופט סולברג, השופט רובינשטיין סרב להכיר כלל בעובדה ששיקול אתני כלשהו מצוי בתחום שיקול דעתם של גורמי הביטחון.

לדעתנו, בפסיקות של בית המשפט, לרבות בפסק הדין בעניין אבו חדיר, ניתח בית המשפט בצורה חסרה את הזכות לשוויון בהקשר להריסת בתים. הניתוח הנכון הוא בתחום "ההגנה הקבוצתית". לפי ניתוח זה בהבדל בין הקבוצה היהודית לפלסטינית, או בהסבר כי יש הבדל בשיקולים של גורמי הביטחון, אין די. להיפך – קיומו של ההבדל הוא הסיבה לעתירה, המניחה כי יש בפנינו שתי קבוצות נבדלות. בית המשפט הורה למדינה להראות מדוע ההבדל "מחייב" את המדינה לנקוט התייחסות שונה כלפי שתי הקבוצות, התייחסות הבעייתית אם הקבוצה הנפגעת היא "קבוצה חשודה".

הבעיה היא בעיה של התייחסות כלפי קבוצה מופלה. לניתוח זה ניגש בפרק הבא של המאמר.

מכנה מונח זה של שוויון כ"צדק והגיונות". ראו שגב מסווג את עמדת השופט לוי כעמדה של עקביות בהחלט הדין. ראו שגב "שוויון ודברים אחרים", לעיל ה"ש 59, בעמ' 213.

שגב, שם, בעמ' 210.

ה. שוויון והגנה על קבוצות מוגנות – לקראת תפיסה חלופית של השוויון בהקשר של הריסת הבתים

עד כה התמקדנו בביקורת "רכה" על פסקי הדין של בית המשפט. ביקורת אשר קיבלה את נקודת המוצא של בית המשפט בהתבוננות על שאלת השוויון כסוגיה מתחום מניעת ההפליה. בפרק זה נראה כי הבנה זו של בית המשפט העליון אינה מטפלת באי-השוויון "העמוק" שבו נגועה מדיניות הריסת הבתים.

1. מובנים שונים של עקרון השוויון

ברק מדינה, במאמר שבו הוא מסכם את הגישה הישראלית לשאלת השוויון, מבדיל בין שלושה סוגים של טיעוני שוויון.¹⁴⁶ שניים מתוך מובנים אלו של הזכות לשוויון רלוונטיים לדיון שלנו. המובן האחד של שוויון מכונה על ידי מדינה "שוויון ואינטרס ציבורי: הפליה היא העדפת אנשים ללא הצדקה".¹⁴⁷ עיקרון זה מבוסס על ההנחה שקבוצות חברתיות שונות אמורות לקבל מהשלטון יחס דומה ללא התחשבות בכוחן הפוליטי, אלא בהתאם לקריטריונים אובייקטיביים. נכנה עיקרון זה "עיקרון אי-ההפליה". המובן השני של השוויון הרלוונטי לדיון שלנו הוא זה שמדינה מכנה "שוויון וכבוד האדם: הפליה היא התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובחנת".¹⁴⁸ עיקרון זה מבקש להגן על קבוצות מפני התייחסות פוגענית על רקע קבוצתי.¹⁴⁹

במילים אחרות: המובן הראשון של השוויון מבוסס על היותו מטשטש הבחנות, ולפיו יחידים צריכים לזכות ליחס שווה, בהיעדר שונות רלוונטית. המובן השני של השוויון מכיר בהבדלים בין קבוצות זהותיות שונות, ומחייב דווקא התמודדות עם השוני והתייחסות אליו ולא מחיקתו. טענתנו במאמר זה היא כי למעשה בית המשפט מפעיל כלפי הריסת בתים של יהודים מול ערבים את ניתוח השוויון במובן הראשון, בעוד למעשה הוא היה אמור להפעיל את

146 מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 58, בעמ' 68. מדינה מאמץ את עמדתו של Owen Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. AND PUB. AFF. 107 (1976).

147 מדינה, שם, בעמ' 100.

148 שם, בעמ' 81.

149 מדינה מתאר שם, בעמ' 61–84, מובן שלישי של שוויון שהוא מכנה "שוויון וצדק חלוקתי" העוסק בחוסר השוויון בגישה למשאבים וחלוקה כלכלית חברתית בלתי צודקת. סוג טיעון זה לא רלוונטי לדיון שאנו עורכים כאן.

השוויון במובן השני, כפי שנבהיר להלן. אך ראשית נפרט מעט יותר לגבי שני המובנים של שוויון שפרטנו לעיל.¹⁵⁰

1.1 העדפה ללא הצדקה – עיקרון אי-ההפליה

כאמור, התפיסה הבסיסית של הזכות לשוויון מעוגנת בעיקרון שלפיו בעת קבלת החלטות ציבוריות יש למנוע הבחנות והבדלים בין יחידים שונים, כאשר אלה אינם ממין העניין. אפשר לדמות את הטענה לטענת ה"אכיפה הבררנית" – קרי, הטענה היא כי המדינה בחרה להפעיל סמכות שביכולתה להפעיל לגבי כולם אך רק במקרים מסוימים. אותם אלו שלגביהם הופעלה הסמכות יכולים לטעון נגד הפעלתה לגביהם במקרים מסוימים. במבנה זה, לעיתים, מוצגת הטענה במישור "עקרון השוויון" מן המשפט המינהלי.¹⁵¹ הרשות המינהלית בחרה להפעיל את סמכותה בצורה שאינה שוויונית. הטוען לאי-שוויון טוען כי בעצם הפעלת האכיפה כלפיו מפרה הרשות את חובתה לנהוג בעקביות באכיפת החוק.¹⁵² הטוען טענה לאי-שוויון כזה צריך להראות כי אכן הרשות נהגה עימו שלא כפי שנהגה במקרים אחרים. בהיבטים מסוימים של הטענה, כמו למשל בנושא "האכיפה הבררנית", העובדה שהאזרח מראה שהרשות נהגה שלא כדין מטילה את נטל הראיה על הרשות להראות כי אכן נהגה כדין, וכי העובדה שנהגה בצורה שונה במקרים אחרים מוצדקת.¹⁵³ על כן גם הפתרון לטענה מסוג זה הוא מתחום הסמכות המינהלית – הבניית שיקול הדעת ויצירת הנחיות מתאימות.¹⁵⁴ במקרים רבים מתברר כי ביסוד הטיפול המפלה בין האזרחים עומדת העדפת האינטרסים של קבוצה מסוימת, אשר לה כוח פוליטי רב יותר. במקרים שבהם

¹⁵⁰ בפסק הדין בעניין עדאלה נ' הכנסת, לעיל ה"ש 60, התגלעה מחלוקת בין השופטים סולברג וברק-ארוז בדבר היקף ההגנה החוקתית על זכות השוויון. השופט סולברג סבר כי השוויון האריסטוטלי, המתורגם לעיתים לרעיון ה"העדפה ללא הצדקה" – לא מוגן במשפט החוקתי הישראלי מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתו, רק הפגיעה בשוויון כהתחשבות פוגענית בקבוצות מסוימות מוגנת מכוח הרעיון של הגנה על כבוד האדם (פס' 118–126 לפסק הדין של השופט סולברג). לעומתו, השופטת ברק-ארוז סברה כי לשני המובנים של השוויון יש מעמד חוקתי במשפט הישראלי (פס' 7–12 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז).

¹⁵¹ לדיון במובנים השונים של השוויון בהקשר זה ראו, למשל, שם, בעמ' 65–66.

¹⁵² לגבי טיעון העקביות כבסיס לטיעון אי השוויון ראו שגב "שוויון ודברים אחרים", לעיל ה"ש 59, בעמ' 24–30.

¹⁵³ ראו דפנה ברק-ארוז "אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד" הסיניגור 200, 14–19 (2013). ברק-ארוז סבורה כי ההתערבות של בית המשפט באכיפה בררנית מבוססת על עקרון השוויון החוקתי.

¹⁵⁴ טמיר, לעיל ה"ש 111, בעמ' 423–424.

קבוצה כזו מצליחה לעגן את העדפתה בחוק, בית המשפט בוחן את ההעדפה במישור החוקתי.¹⁵⁵

כך או כך, הצגת הזכות לשוויון במובן זה מניחה כי מקבל ההחלטות צריך להיות "ניטראלי" או "עיוור צבעים". הדיון צריך להתמקד בשאלת ההבדל הרלוונטי בין יחידים. לעיתים ברור כי היחידים המדוברים הם חלק מקבוצה גדולה יותר, אך גם אז מטרת הדיון היא "למחוק" את ההבדלים בין הקבוצות. כמובן, כחלק מהדיון בדבר עצם הפגיעה בשוויון יכולה הרשות גם "להצדיק" את ההפליה במגוון הצדקות. במונחים של מדינה, כבר בשלב הדיון בעצם הפגיעה בשוויון מועלה הטיעון בדבר ההצדקות לפגיעה.¹⁵⁶

אם כן עיקרון אי-ההפליה הוא עיקרון שבסיסו ברעיון ה"שוויון בפני החוק". על החוק, וכל פעולות הרשות המינהלית עימו, להתעלם ממאפייניו האישיים של הפרט שאינן רלוונטיות לקבלת ההחלטה הקונקרטית. לאחר הסרת מגבלה זו, מוסרים התנאים הבלתי שוויוניים של קבלת ההחלטות.

ראוי לשים לב לנקודה נוספת באשר לשוויון כאי-הפליה – מושג השוויון כאי-הפליה מניח את העקביות כעיקרון המנחה. אולם הקושי העיקרי בטענה לאי-שוויון, המבוססת על הסרת ההפליה, הוא שבמהותה זוהי טענה חסרת תוכן ממשי – הטענה אינה שהסמכות שניתנה ביד הרשות לא ראויה, אלא שהיא

155 ראו, למשל, בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל פ"ד סה(3) 1 (2012) (ההסדר שנקבע ב"חוק טל" בעניין גיוס בחורי הישיבות לשירות פוגע בזכות לשוויון של הרוב בצורה בלתי מידתית); בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010) (ההסדר שנקבע בעניין תשלום גמלת הבטחת הכנסה לאברכים הלומדים בכולל פוגע בזכות לשוויון בצורה בלתי מידתית); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (נבו) 22.5.2012 (קביעה של רשימת יישובים הזוכים למעמד "אזורי עדיפות לאומית" ללא קריטריונים פוגעת בזכות החוקתית לשוויון); במקרים אחרים קבע בג"ץ כי אכן קיימת פגיעה בזכות לשוויון, אלא שזו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. למשל: בג"ץ 1213/10 ניר נ' יושב ראש הכנסת (נבו) 23.2.2012 (חוק המעניק חנינה אך ורק למתנגדי ההתנתקות פוגע בשוויון, אך הפגיעה היא לתכלית ראויה ומידתית); בג"ץ 6304/09 לה"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 2.9.2010 (קביעת תקרת הכנסה לחיוב בביטוח לאומי לבעלי הכנסת גבוהות היא פגיעה בשוויון למי שאינו מגיע להכנסה זו, אך הפגיעה היא מידתית). במקרים אחרים התבסס בית המשפט על זכויות אחרות, אך נראה שלאמיתו של דבר בבסיס ההחלטה עומדת הזכות לשוויון למשל בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת פ"ד נו(3) 640 (2002) (הענקת זכות לשידור רדיו לקבוצות בעלות כוח פוליטי ללא מכרז היא פגיעה בזכות לחופש העיסוק).

156 בדיון של מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 58, ובמידה רבה גם של Fiss, לעיל ה"ש 146, זוהי נקודה מרכזית: טיעון אי-ההפליה מבוסס על הנחות היסוד האריסטוטליות של טיפול שווה בשוויון ושונה בשונים. בשל כך עצם העובדה שהקבוצות רלוונטיות במרכיב רלוונטי כלשהו גורם לכך שבעצם טענת ההפליה אינה קיימת עוד.

משתמשת בה בצורה לא עקבית.¹⁵⁷ פעולה שלטונית תספק את דרישות השוויון כאי-הפליה בין שתפעל לטובת אלו שהופלו לרעה, ובין שתשלול את ההטבה מאלו שזכו לה עד כה.

בית המשפט העליון אימץ את עיקרון אי-ההפליה בשתי צורות: ראשית, חלק ניכר מפסקי הדין שבהם עקרון השוויון מופעל כעיקרון מן המשפט המינהלי עוסק במקרים שבהם ניתן יחס שונה לאנשים שונים.¹⁵⁸ שנית, בית המשפט הפעיל עיקרון זה בכמה מקרים גם כעיקרון חוקתי, כאשר פסל חוקים שבהם ניתנה עדיפות לקבוצה אחת על פני קבוצה אחרת.¹⁵⁹

1.2 הגנה על קבוצות מופלות

טיעון אחר במישור אי-השוויון ממקד את המבט בקבוצה המופלה, תוך הבנה שהשלטון והחברה מתייחסים אליה כקבוצה מובחנת, וניסיון להתאים את הכלים המשפטיים למציאות זו.

תפיסת השוויון כהגנה על קבוצות מובחנות עומדת במידה רבה בניגוד לתפיסת אי-ההפליה. תפיסה זו ממוקדת בקבוצות ולא ביחידים,¹⁶⁰ ומתייחסת במיוחד לקבוצות אשר לגביהן גישה אי-ההבחנה לא לוכדת את עוצמת ההפליה החברתית הקיימת. בעוד עיקרון אי-ההפליה מניח כי הסרת קריטריונים מפלים די בה כדי להסיר את בעיית ההפליה, תפיסת הקבוצות המוגנות מכירה בכך שבעצם ההסרה של הקריטריונים המפלים אין די. כאשר ההפליה מופנית כלפי קבוצה מוחלשת מסוימת, או שתוצאתה היא פגיעה ממוקדת בקבוצה כזו,¹⁶¹ הרי שהפגיעה הנעשית על ידי הממשלה משתלבת בתפיסות חברתיות עמוקות.¹⁶²

157 שגב "שוויון ודברים אחרים", לעיל ה"ש 59, בעמ' 24-30. ראו גם JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986).

158 בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705 (1989); בג"ץ 6634/94 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד מט(5) 45 (1995); עניין פורז, לעיל ה"ש 58; עניין מילר, לעיל ה"ש 64.

159 עניין יקותיאלי, שם, עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 101; עניין רסלר, לעיל ה"ש 155.

160 אורית קמיר "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסוד" המשפט יג 263 (2007).

161 במשפט הישראלי דומה שהתקבלה העמדה שבמקרים מסוימים די בכך שהתוצאה היא מפלה. לניתוח מלא של העמדות בעניין זה ראו כהן-אליה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 22-27.

162 ראו אצל מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 58, בעמ' 89, וכן Fiss, לעיל ה"ש 146. לעומת זאת - אורית קמיר הציעה ניתוח מעט שונה, המבדיל בין הזכות לשוויון האריסטוטלית לבין הזכות לשוויון המבוססת על "כבוד האדם

הפליה שלטונית כזו מבססת הפליה חברתית ותרבותית, ואחד מהתפקידים המובהקים של בית המשפט הוא להגן על קבוצת המיעוט מפני הפליה כזו. על כן, ההגנה מפני הפליה חמורה במיוחד כאשר מדובר בקבוצות מוחלשות ומודרות על רקע גזעי, אתני, דתי או מגדרי.¹⁶³ במקרים אלו חובת המדינה, ואף חובתו של בית המשפט, היא לא למחוק את זהותה הנפרדת של הקבוצה, אלא דווקא לזהות את הקבוצה הנפרדת ולהגן על קבוצות אלו.¹⁶⁴ אכן, בפסק הדין המרכזי בנושא זה, בעניין מילר, קבע בית המשפט בפירוש כי אי-שוויון חוקתי כזה מחייב את המדינה להשקיע משאבים כדי למנוע את אי-השוויון.¹⁶⁵ עיקרון זה, על פי צריך לגלות רגישות מיוחדת לפגיעה בקבוצות מוחלשות, הוא עיקרון מוכר גם במשפט הבין-לאומי של זכויות האדם.¹⁶⁶

כחלק מכך הפגיעה ביחיד המופלה נובעת מהיותו חלק מקבוצה מובחנת ומופלה. אם כן עקרון ההגנה על קבוצות מוגנות הוא נגזרת ישירה של הזכות לכבוד האדם. במובן זה, עקרון השוויון מייצג חלק מההגנה שעל המדינה להעניק ליחידים שהם חלק בקבוצות חברתיות מופלות במיוחד. בשל כך, כאשר עקרון השוויון מיושם כעיקרון המגן על קבוצות מופלות, אין די בכך שההבחנה תוסר

הסגולי". ראו: קמיר, לעיל ה"ש 160. לשיטתה של קמיר, כבוד האדם הסגולי הוא ערך אינדיבידואלי החותר לשנות את המבנה החברתי הקיים, אך על בסיס אישי, ולא דווקא קבוצתי. את השיוך הקבוצתי היא רואה כפיתוח של ערך האדם הסגולי (שם, בעמ' 283 – 284). אף אנו מניחים כי תפיסת שוויון המבוססת על כבוד האדם מיועדת לשנות מבנים חברתיים קיימים (שם, בעמ' 265) אך אנו סבורים כי הניתוח המבוסס על הזהות הקבוצתית הוא המיקוד הנכון של השוויון בהקשר זה, או לכל הפחות זה שקודם על ידי בית המשפט העליון בישראל.

163 השופטת ברק-ארז בפסק הדין בעניין עדאלה נ' הכנסת, לעיל ה"ש 60, הביעה עמדה שלפיה בכל "תיוג והכפפה חברתית" יש משום פגיעה חוקתית בשוויון (פס' 25 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז). לא ברור אם לעמדה זו יש רוב בבית המשפט העליון.

164 ראו, למשל, ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010).

165 עניין מילר, לעיל ה"ש 64.

166 Oršuš and others v. Croatia (GC), App. No. 15766/03, 52 Eur. H.R. Rep. 7 (2010); Christine Goodwin v. United Kingdom (GC), App. No. 28957/95, 16 Eur. H.R. Rep (2002); Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. United Kingdom A 94 (1985); 7 Eur. H.R. Rep. נדמה שזו גם עמדתה של השופטת ברק-ארז בפסק דינה בעניין בר"ם 5040/18 פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה משרד הפנים, בפס' 61–62 (נבו 9.2.2020) (דיני הפליטים במשפט הבין-לאומי מגינים במיוחד על ילדים ונשים שהן אוכלוסיות פגיעות). ראו גם Lourdes Peroni & Alexandra Timmer, *Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, 11 INT'L J. CONTS. .L. 1056 (2013).

על ידי נטילת ההטבה מכולם. כדי להגן על הקבוצה המופלה יש להעניק גם לה את ההטבה.¹⁶⁷

על רקע זה פסל בית המשפט העליון פסל כמה חוקים. כפי שמתאר ברק מדינה, כאשר בית המשפט העליון מגיע למסקנה כי מדובר בקבוצה הזקוקה להגנה מסוימת, הוא נוטה להניח כי מתקיימת פגיעה בשוויון. שיקולים של יעילות יצדיקו את פעולת הרשות רק במסגרת ה"תכלית הראויה" ואיזון המידתיות, וגם אז בצורה מוגבלת בלבד.¹⁶⁸ ההגנה הניתנת על ידי המדינה חזקה במיוחד כאשר הקבוצה שהאדם חבר בה היא מסוג הקבוצות "הבלתי נבחרות" – קרי, אלו שאדם שייך אליהן מכוח תכונה אשר נתפסת כתכונה "חיצונית" ובלתי משתנית של האדם, כגון גזעו, מוצאו האתני וכדומה.

כפי שנפרט להלן, נראה לנו כי הדיון בהריסת הבתים צריך להתבצע מתוך תפיסת ההגנה על קבוצות, ולא מתוך נקודת המוצא של הסרת אי-ההפליה. להרחבה בעניין זה ניגש בתת-הפרק הבא.

2. הטיעון בדבר אי-השוויון – התפיסה הביקורתית של השוויון

טענתו בחלק זה היא כי מעבר לטענת ההפליה, ולמדיניות הסרת ההפליה, יש להבין כי הריסת הבתים היא משום אי-שוויון במובנו העמוק.¹⁶⁹ אף המשפט הבין-לאומי מכיר בכך כי כאשר הפרות נעשות כלפי קבוצות מוגדרות, הרי שהן נחשבות להפרות חמורות יותר. כך, למשל, בחוק רומא להקמת בית הדין הפלילי

¹⁶⁷ מובן זה של הזכות לשוויון קבוצתי דומה במאפיינים מסוימים ל"תורת ההכרה" כפי שפרטו מיכל טמיר וגרשון גונטובניק "אתגר המציאות של הקהילה הבדואית בנגב: ההכרה בתורת ההכרה" משפט חברה ותרבות: משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 429 (2017). לשיטתם: "תורת ההכרה מציינת כי זהותו של כל אדם מעוצבת לא באופן אוטונומי אלא באמצעות תהליכי חברות (אינטראקציה) במישורים שונים – משפחה, קבוצות תרבותיות, החברה הרחבה והמדינה. המסרים שאנו כבני-אנוש מקבלים במישורים אלה משפיעים על עיצוב זהותנו, ולכן מסרים של אי-הכרה עלולים להיות הרסניים במיוחד הן במישור האישי הן במישור הקבוצתי" (שם, בעמ' 431). טמיר וגונטובניק מיישמים שם את תורת ההכרה כלפי מעמד של הבדואים בנגב. אפשר היה ליישם את תורת ההכרה לגבי חלק מהדיון המופיע במאמר זה, אך אנו מעדיפים להשתמש בפרדיגמה של אי-השוויון מכיוון שהיא נדונה בפסיקת בית המשפט העליון; היא מבטאת בצורה טובה יותר את עמדתנו; והיא תואמת במיוחד את המציאות שבה הריסת בתים ננקטת כלפי ערבים ולא יהודים.

¹⁶⁸ מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 58, בעמ' 105.

¹⁶⁹ ההבחנה הבסיסית שאנו עושים כאן מקובלת בספרות בשמות שונים, ורבים מניחים טיעונים נוספים רבים בעניין השוויון. מטעמי נוחות אנו משתמשים כאן בחלוקה הבסיסים שהוצעה על ידי Fiss, לעיל ה"ש 144.

הבין-לאומי הוגדר פשע מיוחד בשם "רדיפה" (persecution). פשע זה מוגדר כהפרה של זכויות יסוד בשל זהותה של הקבוצה.¹⁷⁰ יתר על כן, המשפט הבין-לאומי אף מכיר בזכותה של קבוצה שנגדה ננקטות הפרות מקיפות וקולקטיביות של זכויות אדם לפרוש ממדינה קיימת.¹⁷¹ תפקיד בית המשפט כאן הוא להגן על קבוצה מפני פרקטיקה הננקטת נגדה דווקא בשל זהותה הקבוצתית. העובדה שמאז שנת 1967 נהרסו ונאטמו אלפי בתים של פלסטינים, ואף לא בית של מפגע יהודי אחד,¹⁷² לא יכולה להיות מוסברת על בסיס הבחנות רלוונטיות העומדות בתנאי עקרון השוויון. ההסבר טמון במקום אחר לחלוטין: להריסת הבתים של הפלסטינים דווקא, ולא-ההריסה של בתי היהודים, יש שורשים עמוקים הרבה יותר מאלו המזוהים על ידי בית המשפט. קבלת ההחלטות בנושא הריסת בתים מושפעת, אולי בצורה לא מודעת, מתפיסות מפלות כלפי הציבור הפלסטיני. תפיסות אלו מעמידות את הפלסטיני כ"זר" אשר אפשר לשלול את זכויותיו ביתר קלות שכן הן במעמד נחות.

כפי שתארנו לעיל, הזכות לשוויון מקבלת פנים אחרות כאשר היא מתבססת על הגנה על קבוצות המופלות לרעה.¹⁷³ כאשר עקרון השוויון מיושם במקרים של הפליה נגד קבוצות, נועד להגן על אלה מפני פעולה של קבוצת הרוב המפלה את קבוצות המיעוט. הציבור הפלסטיני בכלל, ותושבי מזרח ירושלים בפרט, משתייכים לקבוצה שיש יותר מחשד בדבר הפלייתם לרעה. למשל, קיפוח ערביי מזרח ירושלים מתועד על ידי ארגוני זכויות אדם ובמחקר.¹⁷⁴ מובן כי העובדה שקיימת הפליה כלפי קבוצה מסוימת בנושא אחד, אינה מעידה בהכרח על כך שקיימת הפליה כלפיה בנושא אחר. אך, לדעתנו, היקף ההפליה כלפי הערבים בישראל בכלל, וכלפי ערביי מזרח ירושלים בפרט, מעיד על כך שטיפול שונה בהם הוא חשוד.

העובדה היא כי בתיהם של פלסטינים שמישהו מבני משפחתם מעורב בטורח נהרסים, ואילו בתיהם של יהודים מעורבים בטורח לא נהרסו מעולם. איננו טוענים כי קיים חוק או דבר נוהל שלפיו הריסת בתים תגובתית תונהג רק כלפי

170 Rome Statute of the International Criminal Court Article 7.2(g).

171 גיא הרפז "הגדרה עצמית" משפט בינלאומי 93, 105 (יעל רונן עורכת, מהדורה רביעית (2023)).

172 לעניין הנתונים להריסות בתים ראו בצלם, לעיל ה"ש 27; קואסמה, לעיל ה"ש 36, בפס' 11 לפסק הדין של השופט דנציגר; ראו גם בעניין אבו חדיר, לעיל ה"ש 17, בפס' לב לפסק הדין של המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין, כיצד מוצגת הפעלת התקנה נגד מפגעים יהודים כחריג אפשרי שטרם עלה הצורך להשתמש בו.

173 כהן-איליה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 162-166.

174 ראו, למשל, האגודה לזכויות האזרח בישראל עובדות ונתונים – ירושלים המזרחית 2015 (2015). ראו גם רמון ורונן, לעיל ה"ש 70.

פלסטינים ולא כלפי יהודים. אך התוצאה המפלה ברורה ועולה מהעובדות – מעולם לא נהרס אף לא ביתו של יהודי חשוד בטרור אחד.

3. מהות ההגנה על הקבוצות

כאמור, ניתוח מדיניות הריסת הבתים מוביל למסקנה כי העיקרון הראוי ליישום במקרה זה אינו שוויון במובן של "הסרת הפליה", אלא עקרון השוויון במובן של "הגנה על קבוצות מופלות". עיקר הטענה הוא כי הפליית הפלסטינים על ידי החברה הישראלית היא תופעה חברתית מורשת, אשר מקבלי ההחלטות חשופים אליה, ולא סתם פעולה "לא עקבית" או חסרת צידוק מהותי. את עמדתנו זו נסביר מכמה כיוונים משלימים. טענתנו היא כי בהריסת בתים יש משום פגיעה משמעותית בכבוד האדם ובוהותו. לטענתנו, פגיעה משמעותית כזו לא יכולה לדור בכפיפה אחת עם הטיעונים הבעייתיים המובאים להצדקת השימוש בפרקטיקה של הריסת בתים. פגיעות אלו הן משום טעמים עצמאיים לדיון בחוקיות המדיניות, דיון אותו ערכנו במקום אחר.¹⁷⁵ טענתנו כאן שונה – הפגיעות שנתאר בכבוד האדם הן פגיעות שכבר קרו בישראל כאשר המדינה פועלת מול קבוצה "זרה", שכבוד האדם שלה נתפס כאינטרס פחות מלכתחילה. פגיעות אלו בכבוד האדם מבססות את הטענה שלפיה שורשיה של מדיניות הריסת הבתים היא התייחסות מפלה לרעה כלפי קבוצה מיוחדת ומובחנת. בדיוק בגלל התפיסה של קולקטיב זר אחר ונחות אפשר להפעיל נגד חברי הקבוצה ענישה קולקטיבית – משום שהקולקטיב נתפס כנחות ולכן הוא "זכאי" לענישה שלא הייתה מופעלת באופן קולקטיבי כלפי כל קבוצה אחרת. מאותו הטעם בדיוק אפשר להעניש באופן קולקטיבי גם את "המסתננים" – קבוצה נוספת הנתפסת כנחותה – ולהפעיל סנקציות כלפיהם לשם העברת מסר מרתיע לבני קבוצתם שטרם הגיעו לישראל.

הפגיעה בכבוד האדם ובזכותו לשוויון במקרי הריסת בתים חורגת מהיבטי הפגיעה שנדונו לעיל, שכן בהריסת ביתו של אדם יש משום פגיעה ייחודית בזהותו האישית.

נקדיש כמה מילים להבהרת ההבדל בין הדיון בין עקרון השוויון הקבוצתי, לבין הדיון ב"כבוד האדם", נושא שעמד במרכז דיון שערכנו בנושא במחקר אחר.¹⁷⁶ הפגיעה בכבוד האדם הפרטי של מי שנהרס ביתו מבוססת על מהותה של סנקציית הריסת הבתים. מדיניות הריסת הבתים התגובתית מיועדת להרתיע את המחבל הבא (ולא הנוכחי) וזאת בגלל הפגיעה במשפחת המחבל וברכוש.

¹⁷⁵ כהן והרפז "על קיבעון ודינמיות", לעיל ה"ש 14, בעמ' 1020.

¹⁷⁶ הרפז וכהן "הריסת בתים לצרכי הרתעה", לעיל ה"ש 15.

העובדה שסביבתו של המחבל היא הנפגעת – זקנים וילדים שלא עשו דבר, ובכל מקרה לא עשו דבר המצדיק את הריסת ביתם – היא העומדת בבסיס ההיגיון שבהריסת הבית. אותם נשים, ילדים וזקנים מוענשים כדי להרתיע את המחבל הבא מפני ביצוע מעשיו. המיוחד בסנקציה זו, לעומת סנקציות אחרות שגם בהן יש פגיעה בחפים מפשע – למשל, מאסר של אבי המשפחה – היא שכאן הפגיעה במשפחה היא מטרת הסנקציה, ולא תוצאה נלוות שלה.¹⁷⁷

במחקרנו טענו כי שימוש בחפים מפשע ככלי להרתיע את המחבל הבא מפני ביצוע זממו, יש פגיעה בגרעין הזכות לכבוד האדם שלהם. בשורה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון כי בבסיס הזכות לכבוד האדם, שהיא הזכות הבסיסית ביותר, עומדת עליונות האוטונומיה של הרצון הפרטי.¹⁷⁸ עמדה זו היא גם עקרון יסוד בתורת הענישה. הריסת הבתים התגובתית כוללת הטלת סנקציה כלפי אלה אשר לא ביצעו כל עבירה. ברור לגמרי כי אסור להפעיל אמצעי של ענישה כלפי מי שלא ביצעו כל עבירה.¹⁷⁹ השאלה היחידה היא אם יש הצדקה להטלת סנקציות מטעמי הרתעה כללית גם כלפי מי שלא ביצע כל מעשה עבירה. כלומר, הרתעת ציבור שהאדם כלפיו ננקטת הסנקציה לא כלול בו.

פגיעה זו בכבוד האדם ממוקדת בפגיעה באדם הבודד, הנובעת מההתייחסות אליו כאל מכשיר. כל עוד טענה זו עומדת בפני עצמה – מבקשים התומכים במדיניות הריסת בתים לטעון כי בבסיסה הדוקטרינה צודקת כעניין של "צדק תועלתני" – לעיתים אין ברירה לדמוקרטיה אלא להילחם נגד הבאים עליה, גם במחיר של פגיעה מסוימת באוטונומיה של הרצון הפרטי. במונחים חוקתיים, לעיתים, מתוארת פגיעה זו כמוצדקת מטעמים של "תכלית ראויה".

הפגיעה בכבוד האדם במקרים אלה היא רחבה אף יותר מכפי שתואר לעיל. מלוא היקפה של פגיעה זו מתבהר רק כאשר בוחנים את מכלול הפגיעות הדומות בכבוד האדם זו לצד זו. מבחינה זו עולה דפוס שיטתי של התייחסות לאדם הזר כאמצעי להרתעת הרבים. בשל היקף הפגיעה וממוקדה באוכלוסיית ה"זרים",

¹⁷⁷ לדין ראו כהן והרפז "על קיבעון ודינמיות", לעיל ה"ש 14, בעמ' 1012.

¹⁷⁸ בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ה' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסק הדין של הנשיא ברק (2004); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פס' 34 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2006); בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 59 (1997); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, פסק הדין של השופטת ארבל (2012). בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 561–562 (2005).

¹⁷⁹ כך, למשל, קובע סע' 33 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית): "שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או השלטת טרור אסורין[...]."

הכלי המשפטי המתאים לניתוח תופעה זו הוא עקרון השוויון. פגיעה קבוצתית מסוג זה, המלווה בהפליה כה חמורה, לא יכולה למצוא הצדקה בשיקולים תועלתניים כלשהם.

כאשר היא מכוונת כלפי קבוצה מופלית, הפגיעה הניכרת בזכות מבססת את האיסור על השימוש בשניים: ראשית, היא מציפה את ההקשר הכולל של הפגיעה בזכות, המבהיר כי הפגיעה בזכויות האדם היא רבת פנים ומישורים, ואינה ממוקדת רק בהריסתו של הבית הבודד. "כל בית קובע פרק לעצמו" כמאמרו של השופט סולברג בפסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט,¹⁸⁰ אך כל הריסת בית, על פי ניתוח זה, הוא גם חלק ממכלול של הריסות בתים המבטא הפליה עמוקה.

שנית, ההקשר הכולל מבהיר גם את חוסר התוחלת בשימוש בטיעון התועלת הנובעת מהריסת בתים. הבעיה היא זו: בניתוח הקלאסי מוצבת אל מול הריסת בתים הטענה לפיה הריסת בתים מונעת פיגועים. מסגור זה של השאלה – הריסת בית אחד אל מול מניעה המונית של פיגועים, חייבת להוביל לניתוח תועלתני המוביל להריסת בית. אך הניתוח הנכון אינו זה – אין מדובר בהריסתו של בית אחד שפוגע במשפחה אחת. מדובר בהכפפתה של אוכלוסייה שלמה לסנקציה של הריסת בתים, סנקציה שאינה ננקטת כלפי אוכלוסיות אחרות, וממילא הניתוח של הפגיעה מול התועלת חייב להשתנות.

4. כבוד האדם והזר בחברה הישראלית – כמה דוגמאות

מדיניות הריסת הבתים איננה, כמובן, הפעם הראשונה שבה נדונה פגיעה בזר שמטרתה האמיתית להשיג מטרה שאינה קשורה בזר עצמו, אלא שימוש בו כמכשיר בגלל הקבוצה אליה הוא שייך. ודוק, כאמור לעיל אנו מצביעים כאן על בעיה כפולה – ראשית, מדובר בשימוש באדם, שנית, מדובר בשימוש בזר כמכשיר בשל היותו חלק מקבוצת הזרים, דוגמה מובהקת לפגיעה כזו, שהגיעה אל ספו של בית המשפט העליון, היא שאלת העצורים הלבנונים שהוחזקו בידי מדינת ישראל (פרשת קלפי המיקוח).¹⁸¹ במקרה זה מדינת ישראל החזיקה במעצר מינהלי כמה עשרות לבנונים כקלפי מיקוח לשם שחרורו של רון ארד, בהם גם כאלו שהיו מעורבים בפעילות נגד ישראל, נשפטו בגין כך וסיימו לרצות את עונשם. בית המשפט קבע כי יש לשחרר את העצורים תוך שהוא קובע שבהחזקתם במעצר כקלפי מיקוח יש פגיעה כה חמורה בחירות ובכבוד עד "שאינ

¹⁸⁰ עניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 40, פס' 5 לפסק הדין של השופט סולברג.

¹⁸¹ עניין פלוניס נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 21.

לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה".¹⁸²

עמדה דומה נקט בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.¹⁸³ זהו מקרה נוסף שבו השתמשה ישראל באדם כמכשיר לשם הרתעת אחר. כזכור, בגרסתו הראשונה, החוק למניעת הסתננות קבע כי מהגרים לא חוקיים ייעצרו במתקן בנגב למשך שלוש שנים.¹⁸⁴ מטרתו המוצהרת והעיקרית של המעצר הייתה להרתיע את המהגרים הבלתי חוקיים הבאים מלהגיע. כלומר, אף כאן מטרתה של המדיניות הייתה להשתמש באדם כבמכשיר. אף כאן סברה שופטת בית המשפט העליון ארבל כי טעם זה פגום, תוך שהיא מביאה כדוגמה את הדיון בנושא קלפי המיקוח, לוחמים בלתי חוקיים, תיחום מקום מגורים ועוד. מסקנתה של השופטת ארבל הייתה כי שימוש כזה באדם הוא פסול, למעט, אולי "במצב קיצוני בו הופכת התכלית לחיונית ביותר עבור קיומה של המדינה ושמירתה על האינטרסים הבסיסיים ביותר שלה".¹⁸⁵ על קביעה זו, בלשון חד-משמעית אף יותר, חזרה השופטת ארבל בפרשת איתן.¹⁸⁶ עמדה דומה הביעו הנשיאה נאור,¹⁸⁷ וכן השופט פוגלמן.¹⁸⁸ דומה שבפרשת דסטה קבעה הנשיאה נאור את ההלכה שלפיה: "הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית" [...]. אף-על-פי-כן, אין פסול בתכלית של הרתעה כאשר היא נלווית לתכלית לגיטימית אחרת" (ההדגשה במקור).¹⁸⁹ עולה אפוא שהריסת בתים תגובתית שמטרה העיקרית, שלא לומר הבלבדית, היא הרתעת הרבים, פסולה כשלעצמה.¹⁹⁰

182 שם, בפס' 19 לפסק הדין של הנשיא ברק.

183 ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008) (להלן: עניין פלוני).

184 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (נבו 16.9.2013).

185 שם, בפס' 93 לפסק הדין של השופטת ארבל.

186 בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות ההגירה של ישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 5 לפסק הדין של השופטת ארבל (2014): "לא ניתן לעשות שימוש בטעם זה [יצירת חסם נורמטיבי בפני מסתננים – המחברים] לצורך הטלת אמצעי מנהלי שכל מטרתו היא הרתעת הרבים ולא ענישה".

187 שם, בפס' 2 לפסק הדין של הנשיאה נאור: "הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית – אף אם תחולתה היא פרוספקטיבית" (ההדגשה במקור).

188 שם, בפס' 51 לפסק הדין של השופט פוגלמן. למעשה השופט היחיד שנראה שחלק על עמדה ברורה זו היה השופט עמית [שם, בפס' 10] אולם נראה כי בנושא זה הוא מצוי במיעוט.

189 עניין דסטה, לעיל ה"ש 21, בפס' 34 לפסק הדין של הנשיאה נאור.

190 ראו כהן והרפז "על קיבעון ודינמיות", לעיל ה"ש 14, עמ' 1023–1026. כפי שטענו שם פסיקה זו הייתה אמורה להביא את בית המשפט למסקנה שלפיה הריסת בתים אינה חוקית, או לכל הפחות לתמוך בקיום דיון נוסף בהקשר זה. וראו גם Guy Harpaz, *Being Unfaithful to One's Own Principles: the Israeli Supreme Court and House*

כל הפסיקה האמורה של בית המשפט העליון מקובלת עלינו. הבעיה בפסיקה זו, לדעתנו, היא שההתייחסות לכל אחד מהעצורים ככל אחד מהמקרים היה כדמות נפרדת. מעין אטום שאינו מחובר לכל אטום אחר, בעולם קנטיאני אידאלי. מעולם לא הוצבה במפורש בפי בית המשפט הטענה שאין מדובר במקרים המנותקים זה מזה, אלא דווקא בכאלה שיש להם מכנה משותף. מדובר בתפיסה כללית של הזר במדינת ישראל, שלפיה כבוד האדם שלו פחות, ונסוג מפני אינטרסים חברתיים אמיתיים או מדומים בקלות יתרה. תפיסה מפלה זו, המאפשרת שלילת כבוד האדם של מי שאינו ישראלי (או אולי אינו יהודי?) בקלות יתרה, היא המכנה המשותף לכל המקרים האמורים, והיא העומדת מאחורי שורת המקרים שבהם התימרה המדינה להשתמש באדם כמכשיר.¹⁹¹

כך הטענה באופן כללי, וכך הדברים גם באשר להריסת הבתים. גם בסוגיה זו, הבעיה אינה רק בעניין השימוש באדם כמכשיר, אלא בעיה של פגיעה בשוויון, הפליה כלפי הזר עקב שיוכו לקבוצת זרים. כפי שהסברנו לעיל, לדעתנו אין הבדל אמיתי בין השפעת הסנקציה של הריסת בתים על יהודים ופלסטינים. מה שעומד מאחורי ההבדל הוא העובדה הפשוטה, שהיא העומדת בבסיס טיעון ההפליה: מקבלי החלטות, אנשי כוחות הביטחון, הם בעלי נקודת מבט מסוימת. באופן טבעי הם מתבוננים על העולם מנקודת המבט של הציבור הישראלי-יהודי בתוכו הם יושבים. הם לא יעלו בדעתם להרוס רכוש של יהודים חפים מפשע, לפגוע במגוריהם של ילדים, זקנים ונשים בשל העובדה שאחד מבני המשפחה ביצע עבירה, חמורה ככל שתהיה. אך כלפי זרים, במיוחד כאלו השייכים לציבור אויב, מוכנים כוחות הביטחון לקבוע ערך נמוך יותר לכבוד האדם שלהם. כלפי הציבור הערבי, בייחוד הפלסטיני, הם מוכנים להניח כי פעולה כזו אפשרית. בלא תשתית ראייתית מספקת, הם מוכנים להניח כי היא אפקטיבית, וייחוד הם מוכנים להניח הנחות "כלליות" לגבי הציבור הערבי – שקישורו לקרקע, שמבנה המשפחה המסורתית שלו ושאר התפיסות הקולקטיביות הרלוונטיות לגבי ציבור זה.

חשוב להדגיש, איננו סבורים כי מקבלי החלטות הם "גזענים" מתוך החלטה מודעת. כפי שנבחר להלן, החלטותיהם מתקבלות מתוך הטיות מובנות. אין מטרתנו להאשים את כוחות הביטחון, אלא להציב מראה החושפת את ההטיה

¹⁹¹ *Demolitions in the Occupied Palestinian Territories*, 47 ISR. L. REV. 401 (2014) מכאן לדעתנו גם המחלוקת שהתגלעה בבית המשפט העליון בפסקי הדין בנושא המסתננים ביחס לשאלת ההרתעה כהצדקה. השופט עמית בפסק הדין בעניין איתן לעיל בה"ש 186, בפס' 10 לפסק דינו, טוען כי נימוק הרתעת הרבים הוא נימוק לגיטימי, וזאת בניגוד לעמדתה של השופטת ארבל. אולם, נראה כי ההתייחסות של השופט עמית שם הוא לשימוש באדם הבודד כמכשיר, ולא להפלייתו של קבוצה שלמה של אנשים, שכל חבריה הם מכשירים.

הזו. כפי שראינו לעיל, ההתייחסות אל "הזר" בחברה הישראלית מאפשרת להשתמש בו כמכשיר לשם השגת מטרה, שימוש שאינו מתבצע כלפי הציבור הישראלי-יהודי.

טענה זו דורשת הבהרה: מה בין הפגיעה בכבוד האדם של האדם הבודד, לבין הפגיעה בו כחלק מקבוצה? האם הפגיעה באדם בודד היא כה חמורה עד שהיא פגיעה בכבוד האדם שלו, מה מוסיף השימוש בעקרון השוויון לפגיעה? כפי שנפרט להלן, אנו סבורים כי יש שלוש סיבות עקרוניות להתייחס אחרת לפגיעה בכבוד האדם הנובעת כתוצאה מאי-שוויון קבוצתי.

ראשית, הפגיעה בכבוד האדם בנושא הריסת בתים נסבה סביב הפגיעה בביתו של האדם. ביתו של האדם הוא חלק מזהותו. אם כן, הפגיעה באדם הבודד היא ניסיון פגיעה בזהות הפלסטינית. למעשה בן משפחתו של המחבל הופך לחלק מהמאבק הישראלי-פלסטיני: ביתה של המשפחה הפלסטינית מייצג חלק מזהותה, וזהות זו נמצאת במאבק מול הזהות הישראלית. זהו הטעם להפריד בין הפגיעה, כל פגיעה, הנובעת מהריסת בית, לבין הריסת בית תגובתית.

שנית, נקודה מהותית נוספת נוגעת לעמדתו של מקבל ההחלטה. המרחק התרבותי בינו לבין מושא הסנקציה, הנובע מהשתייכותם לקבוצות אתניות שונות, מאפשר למקבל ההחלטה את הניתוק הרגשי הדרוש לקבלת החלטה הפוגעת בכבוד האדם. יתרה מכך, ריחוק זה מאפשר לו להצדיק את החלטתו באופן שנחזה כניטרלי, תוך התעלמות לכאורה משיקולים אתניים. לטענתנו, ההתייחסות לזר בחברה הישראלית היא המאפשרת ריחוק זה.

לבסוף, אי-השימוש בפרקטיקה כלפי התושבים היהודים (בשטחים ומחוצה להם) מעיד על כך שהפרקטיקה עצמה אינה ראויה. כמפורט לעיל, אין ראיות כי יש יעילות לפרקטיקה זו וכי אכן היא מרתיעה מפני ביצוע מעשי טרור. בכל מקרה, אין ראיות כי הפרקטיקה מרתיעה את הערבים יותר מאשר היא מרתיעה את היהודים. לפיכך השימוש בפרקטיקה כלפי הפלסטינים מעיד על מניע פסול בשימוש בה: השימוש בה כלפי הפלסטינים נובע מהרקע האתני השונה שלהם. התפיסה העומדת מאחורי התייחסות אתנית שונה זו הובהר לעיל: העמדה שלפיה הציבור הפלסטיני תומך "כולו" באלימות, לעומת הציבור היהודי המתנגד מקיר לקיר לאלימות זו, והתפיסה שלפיה החברה הפלסטינית היא חברה "שבטית" שבה אין לכל אדם את הזכות להתייחסות אינדיבידואלית לאוטונומיה שלו, בעוד הציבור היהודי הוא תבוני ואוטונומי. תפיסה זו שוללת את יכולתו של האדם הפלסטיני לבצע בחירות עצמיות, והיא כוללת ממילא חתירה תחת העיקרון האוניברסלי של האחריות האישית והזכות להתייחסות אישית.

5. ביתו של האדם כחלק מזהותו

פגיעה בכבוד האדם שהיא פגיעה בבית המגורים דווקא, מהותית באשר לשאלת השוויון. זאת מכיוון שלטעמנו ההתעלמות מכך במדיניות ישראל היא עצמה מבוססת על ההתייחסות המפלה כלפי הזר הפלסטיני.

בעבודתה החשובה של Margaret Radin,¹⁹² כאשר היא דנה באיסור להיכנס לביתו של אדם, היא מסבירה מדוע יש להתייחס לזכויותו הקנייניות של האדם בביתו:

“There is [...] the feeling that it would be an insult for the state to invade one's home because it is the scene of one's history and future, one's life and growth. In other words, one embodies or constitutes oneself there. The home is affirmatively part of oneself-property for personhood-and not just the agreed-on locale for protection from outside interference”.

חנוך דגן כתב דברים דומים לגבי מה שהוא קרא “הערך האישייתי של הקניין”: “דירתו של אדם אינה משאב שהחזקה בו הינה, מכשירנית או תועלתית גרידא. נהפוך הוא, באופן טיפוס, אנשים קרובים אצל ביתם, קשורים לדירת מגוריהם [...] ,שכן, חלק מזהותם העצמית משתקפת בה: 'ביתי הוא מבצרי', או לפחות 'משכני', שחלק מחיי משוקע בו.”¹⁹³

עקרון זה אינו עיקרון תיאורטי גרידא. הוא מיושם על ידי בתי המשפט הישראליים בשורה של נסיבות. כך, למשל, חנוך דגן טוען כי בתי המשפט נוטים להעניק עדיפות לזכויות הפרטיות של דייר בדירתו על פני זכויות שכניו בבית המשותף. ההסבר לכך הוא העדיפות של בית המגורים של האדם – עדיפות שחנוך דגן מייחס לביטויו של הקניין בבית המגורים כחלק מאישיות האדם. Radin סברה כי זכויות הדייר בדירה השכורה, וכללי הגנת הדייר, נובעים מהקישור המיוחד שיש לאדם בדירת המגורים שלו, אפילו דירה זו אינה בבעלותו הפורמלית.¹⁹⁴

¹⁹² Margaret Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 992 (1982)
¹⁹³ חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 371 (נתן פרמינגר עריכת לשון 2005); ראו גם שם, בעמ' 99.

¹⁹⁴ Margaret Radin, *Residential Rent Control*, 15 PHIL. & PUB. AFF. 350 (1986)

אם כן, המשפט המשווה והמשפט ישראלי כאחד, מכירים בקשר המיוחד שבין אדם לבית מגוריו – קשר המתבטא בהגנה המיוחדת הניתנת לבית המגורים כחלק מהשמירה על כבוד האדם. זאת שכן בית המגורים של האדם, כמו גם חפצים אישיים מאוד, אינם קניין בלבד, אלא מבטאים את אישיותו של האדם, והם חלק מזהותו.

ממש כשם שכבוד אל דירת המגורים מבטא שמירה על כבוד האדם, כך גם הריסת בית המגורים, מבטאת פגיעה בכבוד זה. ממש כשם שכבוד האדם המקושר לדירת המגורים אינו בהכרח קשור לשאלת הבעלות הפורמלית, כך גם הריסה היא פגיעה בכבוד האדם, גם אם אין לאדם בעלות פורמלית ברכוש. נקודה זו זכתה לחיזוק משמעותי מבית המשפט העליון בדיון בדבר חוק ההתנתקות.¹⁹⁵ בהקשר זה קבע בית המשפט העליון כי ניתוק אדם מביתו הוא פגיעה בכבוד האדם שלו. כלומר: ההגנה על הרכוש האישי ועל מקום המגורים היא חלק מזכות האדם ומהקניין, וזאת אף בהיעדר זכות פורמלית לקניין. תפיסות אלו מסבירות מדוע הריסת בתים, כשלעצמה, היא פגיעה חמורה בכבוד האדם. ביתו של האדם הוא חלק מאישיותו, וככזה פגיעה בו היא פגיעה בכבודו של האדם.

אנו סבורים כי התמודדות עם הריסת הבתים במישור של פגיעה "בודדת" בכבוד האדם אינה מגלה את היקף הפגיעה. היקף הפגיעה מתגלה רק כאשר מתברר כי הפגיעה נעשית כלפי קבוצות מסוימות, אשר ביתן לא זוכה להגנה ולכבוד,¹⁹⁶ לעומת קבוצות אחרות שביתן מוגן.

אי־השוויון שבהפעלת טיעון זה כלפי יהודים, אינו אלא חשיפה כי מבחינה משפטית אין להעלות את הטיעון כלל. הסיבה שהוא עולה יכולה לעלות על הדעת רק מכיוון שהוא מתייחס אל ציבור פלסטיני ולא אל ציבור יהודי. בפסיקת בית המשפט העליון התמונה ברורה עוד יותר: הדיון בהריסת הבתים נעשה בחסות הדיון ביעילות ההריסה. הבית נחשב רכוש ונמדד בעלותו וביתרונות ההריסה מול חסרונותיה.¹⁹⁷ נושא כבוד האדם של הבעלים של הבית, שפעמים רבות אינו המחבל כלל, לא נדון כלל. נדגיש. אף אם הבעלים הפורמלי של הבית הוא המחבל עצמו, הרי שהמחבל נהרג, או שהוא שנכלא לשנים ארוכות. המתגוררים בבית הם בני משפחה אחרים. כפי שהזכרנו לעיל, בדיון של Radin

195 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל פ"ד נט(2) 481, פס' 82 לפסק הדין של הרוב (2005).

196 ראו להלן, טקסט ליד ה"ש 240 ואילך לגבי התייחסותו של בית המשפט העליון להריסת בית כ"פגיעה רכושית".

197 לעניין בחינת הבית כ"רכוש" בלבד ראו להלן יוגב תובל "הריסת בתים – אמצעי לגיטימי למלחמה בטרור או ענישה קולקטיבית" אמצעים חריגים למאבק בטרור 189, לעיל ה"ש 1, בעמ' 199 (המאמר להלן: "הריסת בתים").

מובהר בצדק כי התייחסות למגורי האדם כחלק מזהותו אינה מוגבלת דווקא לבעלים הפורמלי של הבית, אלא מורחבת לכל המתגוררים בבית המגורים.¹⁹⁸ למען האמת, הטענה בדבר חשיבות הבית מופיעה בנימוקי התומכים בהריסת הבתים, כפי שהם משתקפים בפסיקת בית המשפט העליון, אך דווקא בכיוון הפוך: טענת תומכי המדיניות היא כי בחברה הערבית יש לבית ולקרקע חשיבות רבה ביותר;¹⁹⁹ כי החברה הערבית היא חברה המופעלת על פי קודים חמולתיים ולכן יש למשפחה השפעה רבה יותר;²⁰⁰ וכי החברה הערבית-פלסטינית תומכת באופן עקרוני ברצחים ובטרוריסטים ועל כן יש צורך להרתיעה.²⁰¹ כל אלו, לכאורה, לא קיימים לגבי החברה היהודית, וממילא אין להשתמש בכלי זה. טיעונים אלו, כמוכן, רלוונטיים בעיקר בהקשר לדיון ביעילות המדיניות, ונדון בהם שם. הבאנו אותם כאן רק כדי להדגיש שקובעי המדיניות ובית המשפט מודעים לגמרי לחשיבות המיוחדת של הבית בתרבות הפלסטינית דווקא, והם משתמשים בטיעון זה כחבר פיפיות כנגד הפלסטינים, במקום לראות בו כמעצים את הפגיעה בכבוד האדם שלהם.

6. הפליה מוסווית – האם המערכת הישראלית גזענית?

טיעון חשוב ומרכזי נגד עמדתנו הוא כי אנו מבססים את עמדתנו על תופעה שאינה קיימת. גזענות מודעת ומפורשת, כזו שתתיר פגיעה בכבוד האדם של הפלסטיני ביחס לנושאי ביטחון יותר מאשר זו שכלפי הישראלי איננה קיימת. לכל היותר, כך הטענה, מדובר בשיקולים ביטחוניים לגיטימיים המביאים בחשבון את הסיכונים הביטחוניים הרבים, ולפיכך גוררת יחס שונה לאוכלוסייה אשר מתוכה עולים סיכונים אלו.

198 בפסקי הדין העוסקים בהריסת בתים של פלסטינים הריסת בית נחשבת פגיעה רכושית. למשל דברי השופט סולברג בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 40, בפס' 4 לפסק הדין. לעומת זאת, בעניין אבו חדיר, לעיל ה"ש 17, כאשר במרכז הדין הועמדה סנקציית הריסת הבתים של יהודים, הפכה הסנקציה להיות "סנקציה של אובדן קורת-גגו של אדם מעליו (בפס' לג לפסק הדין של השופט רובינשטיין). אומנם השופט רובינשטיין התייחס שם לסנקציה באופן כללי, ולא כלפי יהודים בלבד, אך מעניין שביטוי זה מופיע דווקא כאשר הדין ממוקד בביתו של מחבל יהודי.

199 תובל "הריסת בתים", לעיל ה"ש 197, בעמ' 199.

200 Simon, לעיל ה"ש 29, בעמ' 11.

201 למשל ראו בעניין חמאד נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 95, בפס' 1 (ז) לפסק הדין של השופט סולברג; George P. Fletcher, *Collective Guilt and Collective Punishment*, 5 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 163, 166 (2004).

טיעון זה מבוסס על מודל רציונלי של אי-השוויון. ההנחה היא שהפליה היא פעולה מודעת של המפלה כלפי המופלה, ולפיכך נובעת ממערכת שיקולים רציונליים. מודל זה מתעלם משורה ארוכה של מחקרים פסיכולוגיים שהראו כי הפליה מבוססת על תפיסות שאינן רציונליות, ופעמים רבות המפלה כלל לא מודע להן.²⁰²

איננו סבורים כי מקבלי ההחלטות בגופי הביטחון ובדרג המדיני נוקטים הפליה באופן מודע, אך המחקר הפסיכולוגי מראה כי פעמים רבות אנו מקבלים את ההחלטות שלנו בהסתמך על הנחות נסתרות מעצמנו.²⁰³

במחקר הפסיכולוגיה-החברתית תפיסות מובלעות אלו מבוססות לאורך שנים רבות. מחקרים רבים הראו כי גם כאשר אנשים מודעים לכך שהם נבדקים, וגם כאשר עמדתם המפורשת היא כי הם מתנגדים לכל צורה של הפליה, הטיה או סטראוטיפ, הם לא יכולים להשתחרר מההטיות המובלעות, שהן במידה רבה בתת-המודע שלהם.

בארצות הברית בעשור האחרון נחקרו הנחות אלו בדבר הטיות ביחס לשורה של עניינים שיש להם השלכות משפטיות.²⁰⁴ נבדקו נושאים מגוונים כגון הפליה בקבלה לעבודה, הפליה בדיוור, וכמובן גם לגבי מערכת אכיפת החוק.²⁰⁵ תופעות

²⁰² לדיון מקיף ראו Linda Hamilton Krieger & Susan Fiske, *Behavioral Realism and Employment Discrimination Law*, 94 CAL. L. REV. 997 (2006); Anthony Greenwald & Linda Hamilton Krieger, *Implicit Bias*, Scientific Foundation, 94 CAL. L. REV. 945 (2006); Audrey J. Lee, *Unconscious Bias Theory in Employment Discrimination*, 40 HARV. C.R.-C.L. L. REV 481 (2005).

²⁰³ Implicit cognitions ראו, למשל, Greenwald & Krieger, שם, בעמ' 946. ההנחות הנסתרות הנפוצות ביותר הן: (א) גישה מובלעת (implicit attitude): גישה נסתרת משמעה כי אנו מקבלים החלטות על בסיס היחס שלנו לא אל האדם עצמו, לגביו אין לנו נתונים, כי אם אל האדם הקרוב אליו, או שדרכו אנו מכירים אותו, שאותו אנו מכירים. כך, למשל, אנו נוטים להעריך בני זוג ומשפחה של אנשים הקרובים לנו גם ללא כל מידע, על בסיס הערכתנו את בן המשפחה המוכר. (ב) סטראוטיפ מובלע (Implicit stereotype): אנו נוטים לייחס לאנשים מסוימים תכונות אופי על פי השתייכותם לקבוצה מסוימת. לעיתים קרובות יש התאמה סטטיסטית מסוימת בין התכונה המדוברת לבין אותה הקבוצה. כמובן, ככל שההתאמה קטנה יותר, הסיכוי לטעות בייחוס הסטראוטיפ לפרט גדול יותר. (ג) הטיות מובלעות (implicit bias): הטיה היא כל התייחסות שונה של שני בני אדם לאותה סיטואציה עובדתית. הטיה יכולה להיות מעשה חיובי (התייחסות תומכת לבעלי מוגבלויות) ניטראלית (שני מרצים מקבילים אשר במבחנים של אחד מהם יש ממוצע ציונים גבוה יותר משל רעהו. אין לדעת מי מהם הוא הממוצע "הנכון") ושילית (כאשר ממוצע הציונים נמוך יותר על בסיס מוצא אתני, דת, מגדר וכדומה). הטיה נסתרת היא כאשר המתייחס בצורה שונה אינו מודע כלל להתייחסות שונה זו.

²⁰⁴ Krieger & Fiske, לעיל ה"ש 202.

²⁰⁵ ראו, למשל, Devon W. Carbado, *Blue on Black Violence*, 104 GEO. L. J. 1479 (2016).

כגון racial profiling (פרופיל גזעי),²⁰⁶ אחוזי הרשעות גבוהים יותר של שחורים,²⁰⁷ במיוחד בעבירות מסוגים מסוימים,²⁰⁸ גזרי דין גבוהים יותר,²⁰⁹ נטייה לעצור ולהחרים רכוש בטענה כי הוא קשור בעבירה,²¹⁰ כל אלו הוסברו לאו דווקא על ידי גזענות מפורשת, ואפילו לא מודעת, אלא על ידי הטיות מובלעות הקיימות בקרב מקבלי החלטות.²¹¹

ייתכן כי הנחות מובלעות אלו יכולות להסביר את קבלת ההחלטות באשר להריסת בתי מחבלים: ראשית יש לזכור כי מקבלי החלטות – בשב"כ, בצה"ל, ואפילו בפרקליטות המדינה הם, כמעט תמיד, יהודים. כבני אדם, הם חשופים להטיות נסתרות או מובלעות. אין הכוונה כאן כי הם גזענים מתוך מודעות. הכוונה היא כי הטיות נסתרות משפיעות על שיקול דעתם בצורה המעמידה את התושבים הפלסטינים בעמדה נחותה כלפי יהודים.²¹² להטיות אלו ניתן אולי גם לייחס את העובדה שגורמי הביטחון מעולם לא פנו לבית המשפט בבקשה להריסת בתם של מבצעי פיגועים יהודים.

שנית, הגופים הרלוונטיים הם גופי ביטחון. ככאלה הם מוכוונים להשגת מטרות ביטחוניות של שמירה על הביטחון. מטבע הדברים המבנה הארגוני שלהם מעניק העדפה לשקילת שיקולי ביטחון, ולקבלת החלטות המבוססת על הנחה שלפיה שיקולי הביטחון יזכו ליתר ייצוג.²¹³

נראה לנו כי ההטיות בקבלת החלטות מובנות יותר אם נביא בחשבון גורמים נוספים: משפחתו של המחבל "זרה" לחלוטין למקבלי החלטות. הם לא מחוברים אליה בשום צורה מלבד היותה משפחתו של המחבל. הגישה המובלעת (implicit attitude) כלפי המשפחה מעוגנת אם כן בזהותו של המחבל כמעט בלבד. לעומת זאת, משפחתו של המחבל היהודי "זוכה" לחיבורים ניכרים יותר

SAMUEL WALKER, CASSIA SPOHN & MIRIAN DELONE, THE COLOR OF JUSTICE: RACE, ETHNICITY, AND CRIME IN AMERICA 156–158 (5th ed. 2012) 206

EDUARDO BONILLA-SILVA, RACISM WITHOUT RACISTS: COLOR-BLIND RACISM AND THE PERSISTENCE OF RACIAL INEQUALITY IN AMERICA 34 (3rd ed. 2014) 207

שם. 208

שם, בעמ' 37. 209

WALKER, SPOHN & DELONE, לעיל ה"ש 206, בעמ' 160. 210

עוצמתה של הטענה עולה בשנים האחרונות בגלל פיתוח של מבחנים פסיכולוגיים מוסכמים, המבססים את העמדה האמורה (Implicit Association tests). 211

מחקר שנעשה בארצות הברית, והמבוסס על תיאוריה של New Institutionalism מראה כי נטיות של מוסדות, לרבות מוסדות שיפוטיים, לקבל החלטות המפלגות בתוצאתן אינן תלויות בעמדות מוצהרות או אפילו מודעות של השופטים. ראו Ian F. Haney-Lopez, *Institutional Racism: Judicial Conduct and a New Theory of Racial Discrimination*, 109 YALE L.J. 1717 (1999). 212

כהן ומימון, לעיל ה"ש 7. 213

למקבל ההחלטות. הוא מתחבר אל השפה, אל התרבות, אל הדת של משפחת המחבל היהודי, וממילא גישתו כלפיהם דומה.

7. על שופטים, הטיות וראיות מינהליות

שופטים הם לא מקבלי ההחלטות בנושא הריסת בתים. הריסת בתים היא פעולה מינהלית, אשר לגביה מחליטה הרשות המבצעת. אם יש הטיות בנושא יעילות הסנקציה, או באשר לייחוס העוולה למשפחה, הרי שההטיות המרכזיות מצויות במגרשה של הרשות המבצעת.

אלא שתמיד הרשות המבצעת פועלת כפוף להטיות שונות. תפקידה של הרשות השופטת היא לדאוג לכך שהשפעת ההטיות תהיה המינימאלית ביותר. אכן ההליך המשפטי מקטין את ההטיות המובנות אל תוך ההליך המינהלי. אלא שהשפעת ההטיות אינה מוקטנת אך בשל כך שהשופטים הם אנשי מקצוע שיפוטניים. למקצועיות השופטים יש חלק חשוב בהקטנת השפעה זו, אך גם שופטים הם בני אדם, וגם הם חשופים להטיות. כלי מרכזי, אולי המרכזי, שבאמצעותו מתמודדת מערכת המשפט עם הטיות היא באמצעות כללי ההליך. לסדרי הדין, ובייחוד לכללי הראיות, יש תרומה ניכרת להקטנת השפעת ההטיות על קבלת ההחלטה.

יש הטוענים כי דיני הראיות במשפט הפלילי מעוצבים בצורה שתאפשר להם להתמודד עם הטיות שונות.²¹⁴ כך, למשל, טוען אהוד גוטל כי הכלל בדבר חוסר קבילות ראיות מסוימות מתמודד עם בעיית ה־*overcorrection* (תיקון יתר) – ראייה שקל מאוד להפריך אותה יכולה ליצור אצל השופט רושם של תיק חלש.²¹⁵ וכך אף מתאר Rachlinski חלק מהכללים הנוגעים לנטלי הראיה במשפט המקובל כמתמודדים עם הטית ה"חוכמה לאחר מעשה" (*hindsight bias*).²¹⁶ הריסת בתים היא סנקציה הנקטת בלא משפט פלילי, אלא על בסיס ראיות מינהליות.²¹⁷ המשמעות והתוצאה של מבנה זה היא שבית המשפט, מבקר את

²¹⁴ הגישה המקובלת היא שהכללים לא "תוכננו" להתמודד עם בעיות אלו, אלא שלאורך שנים שרדו הכללים אשר נתנו את המענה הטוב ביותר לטבע האנושי, גם ללא תכנון מראש. ראו, למשל, RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 24–26 (6th ed. 2003).

²¹⁵ Ehud Guttel, *Overcorrection*, 93 GEO. L.J. 241–283 (2004).

²¹⁶ Jeffrey J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, 65 U. CHIC. L. REV. 571 (1998).

²¹⁷ לעיתים, כאשר מדובר במחבל שלא נהרג במהלך ביצוע הפיגוע, מתנהלים הליכים פליליים במקביל להריסת הבתים, אך בכל מקרה הריסת הבתים מתבצעת לפני תום ההליך הפלילי.

ההחלטות ביקורת מינהלית בלבד. ביקורת זו נמוכה ברמתה מהביקורת הפלילית. במקום אחר טענו כי התוצאה היא שבית המשפט מקבל את עמדת הרשויות בלא ביקורת, למשל לעניין יעילות הסנקציות.²¹⁸ הבעיה אפוא היא כפולה: בשלב הראשון מערכת הביטחון מקבלת החלטות בהסתמך על הטיות מפלות. בשלב השני, מערכת המשפט, שבידיה יש כלים לבקר את החלטת הרשויות, להתמודד עם ההטיות, ולהפחית את השפעתן, מתייחסת להחלטות כהחלטות מינהליות אשר רמת הביקורת עליהן נמוכה יחסית.²¹⁹ סדרי הדין, דיני הראיות, ההליך השיפוטי האדברסרי, כל אלו זוכים לתפקיד מופחת בביקורת מינהלית. ולכן, ממילא, יכולתו של ההליך השיפוטי לתקן את ההטיות מופחתת.

כאמור לעיל, המחקר בתחום ההטיות מעלה את החשד שבאשר להריסת בתים קיימות הטיות מובלעות המובילות את גורמי הביטחון לקבלת החלטות מפלה. לא הוכחנו, וגם אי אפשר להוכיח הטיות אלו ללא גישה חופשית ומלאה לדרכי קבלת ההחלטות. אך נדמה לנו שהראיות הנסיבתיות, המחקר הבין-לאומי, וגם התוצאה המפלה מובילים למסקנה שלפחות חלק מהפעור בין יהודים לפלסטינים בתחום זה מושפע מהטיות בתהליכי קבלת ההחלטות.²²⁰ בסיכום

218 כהן והרפז "על קיבעון ודינמיות", לעיל ה"ש 14.

219 בעיה דומה קיימת גם בנושא המעצרים המינהליים – שגם הם כוללים הטלת סנקציות מינהליות דרסטיות באמצעות החלטה מינהלית. ראוי לציין כי בנושא מעצרים מינהליים התמודדו בתי המשפט עם בעיית המעצר המינהלי באמצעות החלטה כי למרות השם "מעצרים מינהליים" והבעיות הראייתיות הנלוות, בתי המשפט רואים עצמם שותפים לגורמי הביטחון בקבלת ההחלטה ולא רק כמבקרים שלה. ראו, למשל, יצחק זמיר "ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי" משפט וצבא (א) 1, 6-7 (2005). אכן, דומה שבתחום המעצרים המינהליים מופעלת המערכת המינהלית באופן שאינו מכוון אך כנגד הפלסטינים דווקא. אף כאשר מופעלים מעצרים מינהליים כלפי זרים (לדוגמה לבנונים או לוחמי חמאס) מערכת המשפט מקפידה כי המעצרים יופעלו רק כנגד אנשים שהם סכנה בפני עצמם, ולא כאמצעי הרתעה או לשימוש באדם ככלי. ראו עניין פלוני נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 23 [אין לשר הביטחון סמכות לעצור מעצר מינהלי על פי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, כלפי מי שאין חשד נגדו כי הוא עצמו מסכן את ביטחון המדינה]; עניין פלוני, לעיל ה"ש 183 [חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים לא פוגע בחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו היות שבכל מקרה נבדקת מסוכנותו של הלוחם הבלתי חוקי עצמו, ואין שימוש בחזקת המסוכנות].

220 מעניין לשוב מפרספקטיבה זו לפסק הדין בעניין אבו חדיר, לעיל ה"ש 17. כזכור, הנימוק המרכזי של המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין לדחות את העתירה בעניין זה היה טיעון ה"שיהוי". הדבר התבטא בכך שהעותרים חיכו עד להרשעה בתיק הפלילי לפני שביקשו הריסת בתים. כלומר, העותרים דווקא ביקשו שבית המשפט יקבל את ההחלטה רק לאחר שהוכח באופן ודאי שאכן הנאשם הוא הרוצח. בהמתנה זו ראה המשנה לנשיאה רובינשטיין שיהוי שהוא טעם לדחות את העתירה כולה. לפי הניתוח המוצע כאן, עמדה זו בעייתית ביותר. דווקא ההליך המשפטי המלא הוא אשר יכול להפחית את הסיכוי

המאמר נחזור לדיון זה ונבקש להציע פתרונות אפשריים. כעת, אנו מבקשים לחזור אל הניתוח הפורמלי של עקרון השוויון.

כאמור, מסקנתנו היא כי במדיניות הריסת הבתים יש משום פגיעה בשוויון ובכבוד האדם. כמובן, פגיעה בכבודו של האדם בהריסת ביתו אינה חזות הכול. ייתכן כי הפגיעה בכבודו של האדם תוצדק באמצעות אינטרס חזק מאוד של המדינה, או באמצעות הגנה על אחר מפני פגיעה חמורה ביותר בחייו או בכבודו. במשפט הישראלי אין כמעט זכויות מוחלטות.

במאמרים אחרים הסברנו מדוע אנו סבורים כי מבחינה משפטית הפגיעה הנטענת בכבוד על ידי הריסת בתים פסולה, ולא יכולה להיות מוצדקת על ידי אינטרסים אחרים. במאמר זה אנו מבקשים רק להראות שמבחינה "מהותית" ההצדקה הניתנת להריסת הבתים היא חלשה יחסית. לטענתנו, המערכת הפוליטית מצליחה להצדיק את השימוש בכלי של הריסת הבתים באמצעות הצדקה חלשה כזו, רק כיוון שהשימוש בכלי נעשה כלפי קבוצה מופלה ומוחלשת. בלתי נתפס שפגיעה כה חמורה בזכות לשוויון ובכבוד האדם, על בסיס הצדקה כה קלושה, הייתה נעשית כלפי כל קבוצה אחרת בחברה הישראלית.

1. הניתוח הפורמלי – אי-השוויון ופסקת ההגבלה

1.1 כלי הבחינה: מדוע בבחינה חוקתית?

נשוב עתה לניתוח האפשרות לתקוף את מדיניות הריסת הבתים התגובתית בבית המשפט מכוח עקרון השוויון. כאמור, אנו עוסקים כאן הן בהריסת הבתים במזרח ירושלים, והן בהריסות בתים בשטחים.

כפי שכתבנו בראשית המאמר, אי אפשר לתקוף את החוקתיות של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) בהוראות מכוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן התקנה מוגנת מכוח סעיף שמירת הדינים שבחוק זה. בשל כך, לכאורה, דרך המלך לבחינת סוגיית השוויון באשר לשימוש בתקנה זו היה צריך להיות באמצעות השימוש בכלים של סבירות ומידתיות השימוש, כמקובל לגבי בחינה מינהלית של שוויון. משלושה טעמים שונים אנו סבורים כי בסוגיית הריסת הבתים יש לבחון את הסוגיה על פי מבחנים חוקתיים, או מעין-חוקתיים, וזאת אף על פי שאין מדובר בפסילה של חוק.

שהסנקציה תינקט בשל הטיה. דווקא בית המשפט מתעקש שהסנקציה תינקט לפני ברור מלא של העובדות.

ראשית, עמדתנו היא כי אף על פי שאין בידי בית המשפט את הסמכות לפסול את תקנה 119, הרי שבפועל עליו לקבוע כי השימוש בה פסול. בשל כך, במקרה זה ראוי להשתמש במבחנים החוקתיים המחמירים, המטילים על הטוען לעבור את "הסף החוקתי".

שנית, הניתוח שלנו לעיל מראה כי למעשה הבעיה האמיתית של השימוש בכלי הריסת הבתים לא מתאים לניתוח על פי עקרונות השוויון המינהליים. הדבר משקף בעיה חוקתית עמוקה, שהכלים המשפטיים המתאימים להתמודדות עימה הם העקרונות החוקתיים, ובכללם פסקת ההגבלה החוקתית. אכן, אף במקרים שבהם לא דובר בהפרה של זכות המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אימצה הפסיקה בשנים האחרונות את מבחני ההגבלה הפסיקתיים, הדומים במהותם למבחן המצוי בפסקת ההגבלה בחוקי היסוד.²²¹

ולבסוף, השימוש בכלי הסבירות והמידתיות מן המשפט המינהלי כוללים מנגנונים המגינים על הרשות מפני הביקורת השיפוטית, דוגמת "חזקת התקינות המינהלית" ושיקול הדעת הרחב הניתן לרשות המבצעת.²²² אנו סבורים כי דוקטרינות אלו אפשרו לבית המשפט העליון "להתחמק" מהדיון המהותי בעניין אי-השוויון בהריסת הבתים.

מהטעמים האמורים, אנו סבורים כי מאמר זה מחייב כי ניתוח השימוש בהריסת בתים כפוגעת בשוויון ייעשה בהתאם למבחנים החוקתיים המקובלים – את השאלה אם הפגיעה בשוויון אפשרית יש לבחון לאור תכליות הפגיעה בשוויון, ולאור שאלת מידתיות בשימוש בה.

2. הניתוח החוקתי

2.1 הערות מקדימות

שתי הערות מקדימות נחוצות לפני שנדון בפסקת ההגבלה באשר לפגיעה הנטענת בזכות. שתי הערות הללו נוגעות להבדל הבסיסי שמאמר זה מצביע עליו

²²¹ ע"ב 92/03 מופז נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(3), פס' 17 לפסק הדין של השופט מצא (2003); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 057, פס' 12-13 לפסק הדין של השופט זמיר (1996). לפסקי דין מהשנים האחרונות אשר יישמו את הלכת מופז ראו, לדוגמה: בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (נבו 12.11.2015) ובג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (נבו 12.3.2015)

²²² ראו, למשל, את השימוש בטיעון שיקול הדעת הרחב כדי לדחות את העתירות בעניין הריסת בתים בעניין אבו חדיר, לעיל ה"ש 17, וכן בבג"ץ 231/21 לבל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (נבו 6.6.2021).

– ההבדל שבין זכות השוויון כזכות ל"אי-הפליה" לבין זכות השוויון כזכות ל"הגנה על קבוצות".

ההערה הראשונה היא שבעוד במסגרת הזכות ל"אי-הפליה" מנותחת יעילות השימוש בזכות כחלק מההבדל הרלוונטי שיכול להצדיק יחס שונה, אין הדבר כך באשר לזכות לשוויון כאשר זו מובנת כהגנה על קבוצות. במבנה זה של הזכות לשוויון על פניה הפגיעה בשוויון פסולה מבחינה מוסרית. בשל כך שיקולי היעילות, וההצדקות הרציונליות להבדלים בין הקבוצות לא רלוונטיים כלל לשאלת הפגיעה בשוויון.²²³ מקומם של שיקולים אלו הם כחלק מהדיון בתכלית הראויה ובמידתיות. מובן שאז מעמדם חלש יותר שכן כבר קובעה "החזקה" כי קיימת פגיעה בשוויון.²²⁴

ההערה השנייה עניינה סוגיית התרופה. כפי שכבר אמרנו לעיל, כאשר אנו עוסקים בזכות לשוויון המבוססת על עיקרון אי-ההפליה, הרי שתרופה אפשרית לבעיה יכולה להיות שלילת הזכות מהצד החזק, כמו גם מתן הזכות לצד החלש. הזכות לשוויון המבוססת על עיקרון העקביות לא מקפידה בשאלה איזו עקביות תהיה.

לעומת זאת, כאשר אנו בוחנים את הזכות לשוויון כמבוססת על ההגנה על קבוצות, הרי שבהשוואת התנאים בצורה "שלילית" אין די. כפי שהראנו בדיון לעיל, עקרון ההגנה על הקבוצות חושף כי שלילת הזכות מהקבוצה החלשה נעשתה בצורה מפלה ופוגענית. הפתרון כמובן לא יכול להיות (ובאופן מעשי לא יהיה) פגיעה גם בקבוצות האחרות. עקרון ההגנה על הקבוצות מחייב את המדינה לזהות את הקבוצה הנפגעת ולהגן עליה מפני הפגיעה הכללית שיש בהשפלתה ובשלילת זכויותיה.

2.2 התכלית הראויה

תכליתה של הריסת הבתים היא הרתעתית – הגנה על שלום הציבור וביטחוננו מפני פעולות טרור.²²⁵ כשלעצמה זוהי בוודאי תכלית ראויה. אך כפי שציינו

²²³ הסבר ולדוגמאות מהפסיקה ראו מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 58, בעמ' 105.

²²⁴ כך, למשל, בפסק הדין מילר קבע בית המשפט כי ככל שקיים צורך להשקיע משאבים נוספים כדי לאפשר לנשים להשתתף בקורס טיס, יש לעשות זאת. ראו עניין מילר, לעיל ה"ש 64.

²²⁵ לעיון בשאלה אם את הפגיעה בשלום הציבור וביטחוננו ראוי לסווג כ"הגנה על החיים" ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47, 81–87 (2010).

לעיל, בהגדרת תכלית הריסת הבתים כמניעה של פעולות טרור אין די. אין אנו דנים בסנקציית הריסת הבתים כשלעצמה.²²⁶ הדיון שלנו הוא בהפרת הזכות לשוויון, וממילא השאלה הראויה להישאל היא אם תכלית הריסת בתים של פלסטינים תוך אי-הריסת בתים של יהודים היא תכלית ראויה.

ממילא, תכלית ראויה בהקשר זה צריכה להתבסס על רלוונטיות ההבחנה בין הקבוצות בהקשר זה: ההנחה שלפיה בהריסת הבתים של יהודים אין כל תכלית ביטחונית, ואילו הריסת הבתים של הפלסטיני משרתת תכלית כזו. בדיונו לעיל כבר הבענו דעתנו כי לכל הפחות בצורה שבית המשפט העליון הציג את הסוגיה, אין היגיון בהבחנה זו.²²⁷ אף אם נניח שהריסת הבתים מרתיעה בצורה יעילה, ואף אם נניח שתכלית ההרתעה הכללית היא תכלית ראויה, הרי שלדעתנו אין ביסוס לייחוד התכלית ההרתעתית דווקא כלפי הפלסטינים. לעיל הצענו לראות את ייחוד ההרתעה לפלסטינים לא כחלק מהבחנה רלוונטית בין הקבוצות, אלא כהפליה קבוצתית, ייתכן שברמה לא מודעת. לעניין זה נבקש להעיר כמה הערות.

ראשית, גם אם אכן קיימת טענה לפיה אפשר להצדיק את ההתייחסות השונה אל הזר, הרי שקיימת דעה שלפיה התכלית נפסלת מניה וביה אם יש בה אלמנט של "תיוג אתני", ללא קשר ליכולת להשיג את המטרה הנטענת.²²⁸ לדעה זו, עצם השימוש בתיוג אתני פוסל את התכלית ככזו שאינה "ראויה", וזאת בלא קשר לקיומו של אינטרס ציבורי מוגן.²²⁹

ההערה השנייה עניינה נטל ההוכחה המוטל על הרשות. אף אם נאפשר לרשות לטעון כי ההרתעה נחוצה כלפי פלסטינים ולא כלפי יהודים, הרי שהנטל להוכיח טענה זו מוטל על הרשות, ולא על הטוען כנגד הרשות.²³⁰ בהינתן הבעיות

226 במקום אחר אנו טוענים כי סנקציית הריסת הבתים פסולה כשלעצמה, וכי התכלית הפוגעת בכבוד האדם באמצעות שימוש באדם ככלי אינה תכלית ראויה. ראו כהן והרפז "על קיבוען ודינמיות", לעיל ה"ש 14, בעמ' 1021. אך, כאמור, נושא הדיון כאן הוא הפגיעה בזכות לשוויון.

227 לעיל, טקסט ליד ה"ש 111–112.

228 מדינה וסבן, לעיל ה"ש 225.

229 שם, בעמ' 93 [הם מציעים את מבחן "התכלית האובייקטיבית הראויה" המסנן תכליות הכוללת תיוג אתני או פגם מוסרי אחר].

230 מדינה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 65 "בהתאם לכך יש הבדל בנטל השכנוע: במסגרת הזכות החוקתית לשוויון, אם ההסדר הנדון כולל התחשבות פוגענית בהשתייכות קבוצתית, די בכך לשלול את תוקפה של חוקת החוקיות (או החוקתיות, אם מדובר בחוק) ולהעביר את נטל השכנוע אל הצד שטוען לתקפותו של המעשה השלטוני. הדבר מוביל לצמצום "מרחב התמרון (או מרחב הסבירות) של הרשות המנהלית ולהחלת ביקורת שיפוטית קפדנית. לעומת זאת, אם מוחלת הזכות המנהלית לשוויון, אזי נטל השכנוע מוטל, מכה חזקה החוקיות, על הצד הטוען כי מדובר במדיניות מפלה, ובכלל זה הנטל לשכנע כי אין שונות רלוונטית".

בהוכחת היעילות של אמצעי הריסת הבתים בכלל, הרי שנטל זה כבד ביותר, אולי בלתי אפשרי.²³¹

2.3 המידתיות

גם אם השימוש בהריסת בתים חוצה את מבחן התכלית הראויה, יש לבחון אותו במסגרת מבחני המידתיות:

- הקשר הרציונלי: האם אכן התכלית מושגת על ידי המעשה?
- הנחיצות: האם אין דרך הפוגעת פחות בזכות?
- האיזונים: האם הפגיעה בזכות מופרזת מול התכלית הציבורית שתושג? (מידתיות במובן הצר)

כחלק ממבחן המידתיות הראשון יש לבחון אם אכן האמצעי משיג את המטרה. כחלק מהדיון של מאמר זה, על הטוען טענה זו להוכיח את שני צידי המשוואה – עליו להראות כי אכן הריסת הבתים משיגה את התכלית ההרתעתית ביחס לפלסטינים, אך אין היא משיגה את התכלית ההרתעתית ביחס לישראלים-יהודים.

באשר לסוגיית ההרתעה כלפי הפלסטינים כבר הארכנו במקום אחר, והראנו כי קיימים ספקות ממשיים ומהותיים באשר לאפקט ההרתעתי העומד בבסיס הריסת הבתים.²³²

מחוץ לחוגים ביטחוניים מסוימים בישראל, וכנראה שאף בתוכם, קיימת דעה נרחבת שלפיה אין מדיניות הריסת הבתים יעילה במניעת פיגועים, כלומר היא לא מקיימת את הרציונל הבסיסי שלה – הרתעת מפגעים עתידיים. המחקר המשפטי בתחום יוצר קורפוס משפטי משכנע ביותר המציג ניתוח איכותני וכמותני אשר מפריך את רציונל ההרתעה.²³³ גם שופטים רבים הטילו ספק לאורך השנים ביעילות ההרתעה.

גישה ביקורתית זו צריכה להיבחן בהקשרה האקדמי הרחב יותר. דהיינו, במחקרים שהצביעו על כך שנקיטת אמצעים חריפים רחבים ולא ממוקדים נגד

²³¹ כהן ומימרן, לעיל ה"ש 7.

²³² כהן והרפז "על קיבעון ודינמיות", לעיל ה"ש 14.

²³³ DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL Usamar Halabi, ;29, לעיל ה"ש 29; Simon ;AND THE OCCUPIED TERRITORIES 392 (2002) *Demolition and Sealing of Houses in the Israeli Occupied Territories: A Critical Legal Analysis*, 5 TEMPLE INT'L & COMP. L.J. 251 (1991); Cheryl Reicin, *Preventive Detention, Curfews, Demolition of Houses, and Deportations: An Analysis of Measures Employed by Israel in the Administered Territories*, 8 CARDOZO L. REV. 515, 547 (1987).

טרור באופן הפוגע במי שאינו מעורב בו, עלולה ליצור, בטווח הרחוק "אפקט בומרנג", משום שאמצעים אלה מלבים שנאה ומעודדים ניסיונות לפעולות פעולות נקם.²³⁴ נמצא אפוא כי הריסת בתים המבוססת על אי-הבחנה בין המעורבים בפעילות נגד ישראל לבין אלו שלא מעורבים, עלולה לגרום למשקעים חדשים, להוביל לעלייה בתמיכה בפעילות חבלנית, להרחבת מעגל המשתתפים בה ולעלייה כללית באלימות.²³⁵

ההשלכות החמורות של מדיניות זו על זכויות האדם, בשילוב עם הממצאים האקדמיים שהוצגו לעיל, הובילו גם את המלומדים שלא שללו את חוקיות המדיניות באופן גורף, לדרוש כי בית המשפט יחייב את רשויות הצבא להוכיח ברף ראייתי גבוה במיוחד את האפקטיביות של צווי ההריסה.²³⁶

קיים יסוד סביר להניח כי הריסת הבתים כאמצעי ענישה נובעת משיקולים שונים לחלוטין. עמדה זו מתחזקת לאור העובדה כי אף בקרב גורמי הביטחון עצמם קיימת מחלוקת באשר ליעילותו של אמצעי זה כגורם מרתיע. ההסבר האמיתי, כך יש הטוענים, העומד בבסיס הריסת הבתים הוא הסבר "פוליטי יותר".²³⁷ לפי הסבר זה השימוש בהריסות בתים לא נעשה מכיוון שמקבלי ההחלטות סבורים שזוהי פרקטיקה יעילה למניעת טרור, אלא כדי להיענות ללחץ ציבורי, הדורש פעולה מהירה כנגד פעולות טרור.²³⁸ ההמתנה לפסק דין מרשיע כלפי מחבל היא ארוכה. כמובן, במקרים שבהם המחבל התאבד או נהרג במהלך הפעולה, אין כל עונש מוחשי שאפשר לזהותו. אם כן הריסת הבתים היא הכלי הפוליטי הזמין ביותר כדי להראות לציבור כי הממשלה נוקטת צעדים נגד הטרור. לכן הריסת בתים אינה כלי "מרתיע" כמו שהיא כלי "מרגיע".²³⁹

Kevin Siqueira & Todd Sandler, *Terrorists Versus the Government: Strategic Interaction, Support and Sponsorship*, 50 J. CONFLICT RESOL. 878–898 (2006); as analyzed by Efraim Benmelech, Esteban F. Klor & Claude Berrebi, *Counter-Suicide-Terrorism: Evidence from House Demolitions*, NBER Working Paper 164–93 2010

Peter Rosendorff & Todd Sandler, *בהתייחסות ל: שם*, Benmelech, Klor & Berrebi *Too Much of a Good Thing? The Proactive Response Dilemma*, 48 J. CONFLICT RESOL. 657 (2004)

Baruch Bracha, *Judicial Review of Security Powers in Israel: a New Policy of the Courts*, 28 STAN. J. INT'L L. 39, 91–101 (1991); Barak Medina & Eyal Zamir, *Law, Morality and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law*, 96 CALIF. L. REV. 323 (2008)

תובל "הריסת בתים", לעיל ה"ש 197.

Ariel Merari, *Israel Facing Terrorism*, 11 ISR. AFF. 231–235 (2005)

תמיכה לטענה זו אפשר למצוא בכך שההוראות להריסת בתי המחבלים מגיעות לעיתים מהדרג המדיני. ראו: יניר קוזין "נתניהו הנחה: להרוס את בתי המחבלים תוך 48 שעות ולהגביר מעצרים" מעריב (13.12.2018) <https://bit.ly/3CKFOOP>

מובן שאם זה אכן הטעם האמיתי בבסיס הריסת הבתים, הרי שהוא לא יכול בשום פנים להצדיק מבחינה משפטית או מוסרית את הפגיעה הנגרמת עקב הריסת הבתים התגובתית. בהגדרה זהו כלי מפלה, שכן הממשלה לא צריכה להרגיע את הציבור היהודי בישראל בפעולתה נגד טרור יהודי. היא צריכה לעשות זאת רק כלפי הפלסטינים. ממילא ברור כי השימוש בכלי זה מובנה נגד הציבור הפלסטיני. אך כאמור לעיל, גם אם נניח שמקבלי ההחלטות לא פועלים מטעם זה, אנו סבורים כי יש לפסול את הריסת הבתים כסנקציה תגובתית.

שיקול מהותי נוסף הוא כי קיים יחס הפוך בין ההפליה לבין אפקטיביות ההרתעה, כאשר דווקא ההפליה מחלישה את כוח ההרתעה. הריסת בתים נתפסת בעיני האוכלוסייה הפלסטינית כפעולה המכוונת נגדה באופן קולקטיבי, ולא כאמצעי ביטחוני מוצדק. תפיסה זו מעוררת התנגדות עזה לשלטון הישראלי, ובכך מספקת קרקע פורייה להתחזקותם של ארגוני הטרור.

לא נדון כאן בהרחבה במבחן המידתיות השני. לפי מבחן זה על הרשות לבחון אם קיימות אלטרנטיבות פוגעות פחות להשגת המטרה. נראה לו כי אפשר לתרגם חלק מהדין השיפוטי שנדון לעיל, ובייחוד את זה שבפסק הדין בעניין אבו חדיר, כמנסה להתמודד עם שאלה זו. אם אפשר להתגבר על הטרור היהודי ללא הריסת בתים, ואילו אי אפשר להתגבר על הטרור הפלסטיני אלא באמצעות מדיניות הריסת הבתים, כי אז נראה שהרשות עמדה במבחן זה.

כאמור, לדעתנו שני היבטי הטיעון אינם מבוססים. אין הוכחות ברורות כי אכן הריסת הבתים מרתיעה, מעבר לתקופת זמן קצרה ביותר ולהיקף גאוגרפי קטן. אין גם כל ודאות או הוכחה כי יהודים לא היו מורתעים על ידי אמצעי זה. עמדות הרשות, וגם העמדה השיפוטית בשני עניינים אלו נקבעו ללא דיון מעמיק מבוסס אמפירית בשאלת אפקטיביות ההרתעה, ובייחוד לגבי הצורך והאפשרות להרתיע יהודים.

מבחן המידתיות השלישי הוא מבחן של איזון. יש לבחון אם האמצעי לא פוגע בצורה העולה על הנדרש בזכויות. אנו סבורים כי גם במבחן המידתיות השלישי נכשלת הסנקציה של הריסת בתים תגובתית. מעבר לשאלה של אם האמצעי של הריסת בתים אכן יעיל, וממילא אם אכן הוא משיג את המטרה (מבחן המידתיות הראשון) אנו סבורים כי הסנקציה צריכה להיפסל במבחן המידתיות השלישי. הפגיעה בעקרון השוויון הנעשית תוך הריסת ביתו של אדם, בייחוד אם מדובר בהריסת ביתה של משפחת המחבל, הוא כה רב, עד אשר אין אפשרות אמיתית להניח כי הפגיעה בזכות לא עולה על התועלת שתושג. גם אם יש תועלת הרתעתית מסוימת, הרי שזו מושגת במחיר של פגיעה בזכויות יסודיות ביותר – תוך הפליה נגד קבוצות מודרות, הפליה שאי אפשר להצדיקה במדינת ישראל.

בהקשר זה של תת-המבחן השלישי ראוי להתייחס לדבריהם של השופטים סולברג ורובינשטיין בפסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט. לשיטתם, יש לאזן בין הערך של ביטחון – הצלת חיים לבין הנזק "הרכושי" הכרוך בהריסת בית.²⁴⁰ מובן כי באיוון זה, בייחוד כאשר הצלת החיים מובאת כתוצאה ודאית, גובר עקרון הצלת החיים. אף אם נקבל את ההנחה, שכאמור היא שנויה במחלוקת, שלפיה אכן הריסת הבתים מצילה חיים, האיזון הנעשה כאן לא מציב כראוי את הערכים.

ראשית, מסגור הנזק הרכושי מול הצלת החיים לא מביא בחשבון את תוחלת הנזק. הנזק לבית הוא ודאי ומוחלט – הבית ייהרס. הצלת החיים המתאפשרת היא לכל היותר ספקולטיבית ורחוקה. המסגור הנכון של המשוואה אפוא תלוי לא רק בהצבת הזכויות, אלא גם בסיכוי כי הפגיעה בזכות אכן תארע. טענה שלפיה בכל פעם שעולה טיעון ביטחוני מיד יופרט אותו טיעון ל"הגנה על חיי אדם", בלי קשר לסיכוי להתממשות הפגיעה בחיי אדם, תביא לכך שאף זכות לא תוכל לעמוד בפני טיעון שכזה. חופש הביטוי,²⁴¹ זכויות עצירים ביטחוניים,²⁴² מגבלות על מעצר מינהלי,²⁴³ מגבלות על תוואי גדר ההפרדה,²⁴⁴ ושורה ארוכה נוספת של מגבלות היו נופלות כולן שדודות בפני טיעון על הצלת חיי אדם.

שנית, מסגור הפגיעה בבית כפגיעה ב"רכוש" ודאי שלא מבטא את מלוא הפגיעה כפי שפורטה במאמר זה, וכאמור לעיל, כלפי פגיעה בביתו של יהודי ציין בית המשפט בפירושו כי אינה מתמצית בפגיעה כזו. הפגיעה בבית היא פגיעה בכבודו של האדם ובזהותו. אך יותר מכך – העובדה שהפגיעה נעשית אך ורק בפלסטינים, ולא נשקלת כלל ביחס ליהודים היא עצמה פגיעה חמורה וחד-משמעית בזכות לשוויון, ובכבוד האדם. ברור כי גם פגיעה חמורה זו נסוגה לעיתים בפני טיעונים ביטחוניים, כאשר אלו הם חד-משמעיים, ודאיים ומגלים סיכוי קרוב לוודאי להתממשות הפגיעה בחיי אדם. אך לא זה המצב בענייני הריסת הבתים.

לסיכום, עמדתנו היא כי לפי המבחנים המקובלים במשפט הישראלי מדיניות הריסת הבתים התגובתית אמורה להיפסל מתוך בחינה מעמיקה של חוקיות המדיניות והצדקותיה.²⁴⁵

240 עניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 40, בפס' כד לפסק הדין של השופט רובינשטיין וכן, בפס' 4 לפסק הדין של השופט סולברג.

241 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד (מב) 4 (1989) 617.

242 עניין פלוניס נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 21.

243 שם; עניין פלוני, לעיל ה"ש 182.

244 בג"ץ מראעבה, לעיל ה"ש 83.

245 מאמר זה עוסק בהרחבה בניתוח הזכות לשוויון על פי המשפט הישראלי. אך, כמובן, יש מקום גם לטעון כי ההפליה שבה או עוסקים היא גם הפרה של עקרון השוויון במשפט

ז. במקום סיכום: חשיבה אחרת על בעיית הריסת הבתים

במאמר זה הצגנו את סוגיית הריסת הבתים כסוגיה של אי-שוויון. הפעלת הסנקציה כלפי פלסטינים – תושבי מזרח ירושלים והשטחים – בלבד מעלה את החשש על פיו ביסוד הסנקציה מצויה נכונות גדולה יותר של מקבלי ההחלטות בישראל לאפשר פגיעה בזכויותיהם של פלסטינים.

בית המשפט העליון דן כמה פעמים בטיעון זה ודחה אותו בטענה שיש

הבין-לאומי. הזכות לשוויון מעוגנת באמנות בין-לאומיות דוגמת ס' 2(1) לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966). ס' 1 לאמנה בינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית כ"א 861, 547 (נפתחה לחתימה ב-1977) (הפליה גזעית מוגדרת כ"כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדים על נימוקי גזע, צבע, יחוס משפחתי, מוצא לאומי או אתני, שמגמתם או תוצאתם יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה והשימוש, או לפגום בהכרה, בהנאה או בשימוש, על בסיס שווה, של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים, או בכל תחום אחר בחיי הציבור"). יתר על כן, אנו סבורים כי ייתכן שהפליה על בסיס קבוצתי מהסוג הנדון כאן עלול בהחלט לעלות גם כדי הפרה של הדין הפלילי הבין-לאומי. ס' 7(1)(h) לאמנת רומא, לעיל ה"ש 172, מגדיר את פשע הרדיפה (persecution) כך: "Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court". פשע הרדיפה קובע כי רדיפה של קבוצה מסוימת המובחנת על בסיס אתני בכל הקשר לפשע האסור על פי אמנת בית הדין, הוא פשע נגד האנושות. אומנם הפרשנות המקובלת של אמנת בית הדין הפלילי הבינלאומי היא שממילא הריסת בתים מהווה פשע שבסמכות בית הדין. ס' 8(2)(xiii)(b) לאמנת רומא קובע כי: "Destroying or seizing the enemy's property unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war", הוא פשע שבסמכות בית הדין. כפי שתארנו ביתר הרחבה במאמר אחר לדעת רוב הדעות במשפט הבין-לאומי, הצורך הצבאי המדובר בו הוא צורך צבאי מבצעי, ולא הצדקה הרתעתית, כמקובל בפרשנות בית המשפט העליון. יתר על כן, הבהרנו לעיל כי הפרשנות שלפיה הצורך ההרתעתי יש משום היתר לפעולה כזו נשללת על ידי האיסור המוחלט על כל פעולת תגמול הקבוע במשפט הבינלאומי (כהן והרפז "על קיבעון ודינמיות", לעיל ה"ש 14, בעמ' 1007-1010). עם זאת, יש הסוברים כי מדיניות הריסת הבתים לא עומדת במבחן ה"חומרה" שהציב בית הדין. ראו, למשל, Zemach, לעיל ה"ש 9. אפילו נקבל גישה זו, נראה לנו כי כאשר אל הריסת הבתים מתלווה הפליה קבוצתית, הרי שהמעשה עלול לחצות את מבחן החומרה, ובכך עלולה מדיניות הריסת הבתים להגיע לפתחו של בית הדין הפלילי הבין-לאומי. באופן כללי לגבי סמכות בית הדין הפלילי הבין-לאומי ראו עמיחי כהן "המשפט הפלילי הבינלאומי" משפט בינלאומי 445 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים 2016).

הבדלים רלוונטיים בין יהודים לפלסטינים המצדיקים שימוש בכלי הריסת הבתים התגובתית כלפי הפלסטינים. במאמר זה אנו טוענים כלפי פסיקות אלו טענה כפולה. ראשית, אנו טוענים כי אין ממש בהבדלים הרלוונטיים הנתענים בין הפלסטינים ליהודים, וכי ההיגיון של בית המשפט היה יכול להובילו באותה מידה למסקנה הפוכה. שנית, וחשוב מכך, אנו טוענים כי אין לנתח את ההפליה במדיניות הריסת הבתים של אי-שוויון הנובע מזכותו של היחיד לשוויון ולעקביות שלטונית. לדעתנו הפליה זו משקפת הפליה מובנית כלפי האוכלוסייה הפלסטינית שהיא חלק מנכונות רחבה יותר לפגיעה בזכויותיו של הזור על ידי מדינת ישראל. פגיעה כזו מחייבת הגנה הדוקה מצד בית המשפט, הגנה שכעת אינה ניתנת.

לטענתנו, אין תפיסה זו מבוססת על "גזענות" מובהקת – אלא על מערכת סמויה של ערכים המסיטה את מקבלי ההחלטות, לנקוט מדיניות זו למרות הבעייתיות הרבה הטמונה בה. יתר על כן, בידי מערכת המשפט אין את הכלים ההולמים להתמודדות עם הטיות אלו בשל כך שהליך הריסת הבתים התגובתית היא הליך מינהלי, שלגביו ביקורתו של בית המשפט העליון גמישה יחסית.

השאלה היא כיצד יש להתמודד עם הפליה זו?

תשובה אחת הוצעה על ידי בית המשפט העליון בעניין **אבו חדיר**.²⁴⁶ המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין הציע שם לאמץ מבחן של "ניטרליות" – יש להרוס בתים של יהודים ושל ערבים על פי אותם קריטריונים. כפי שכתבנו לעיל, עמדה זו לא מקובלת עלינו. ראשית, לדעתנו המערכת הקיימת לא מסוגלת לקבל החלטות רציונאליות בהקשר זה. שנית, אנו סבורים כי הסנקציה של הריסת הבתים פסולה, הן כלפי ישראלים והן כלפי פלסטינים.

תשובה אחרת היא לקבוע שאסור בשום מקרה לנקוט סנקציה של הריסת בתים תגובתית. כפי שהסברנו לעיל, ובמקומות אחרים, אנו סבורים כי סנקציה זו נוגדת את המשפט הישראלי ואת המשפט הבינ-לאומי כאחד. היא גם מפלה ונוגדת את הזכות לשוויון.²⁴⁷

אלא שאנו מודעים לכך, כמובן, שיש סיכוי שבית המשפט ידחה את הטענות המובאים כאן ובמקומות אחרים, וימשיך במדיניות בה נקט משך שנים רבות ולפיה יש מקום לאשר הריסות בתים באופן עקרוני. בשל אפשרות זו, אנו סבורים כי **לכל הפחות** על בית המשפט העליון להורות על שינוי מדיניות קבלת ההחלטות בנוגע להריסת בתים.

בין אם נסכים לניתוח של בית המשפט העליון בעניין ההפליה, ובין אם לאו, ברור לגמרי שהמערכת הקיימת היא מערכת שיש בה הטיה "לטובת" מדיניות

²⁴⁶ עניין **אבו חדיר**, לעיל ה"ש 17.

²⁴⁷ כהן והרפז "על קיבעון ודינמיות", לעיל ה"ש 14.

הריסת בתים לפלסטינים, ואשר לא שוקלת ברצינות את האפשרות להריסת בתים של אזרחים ישראלים-יהודים. אנו סבורים כי גם אלו הסבורים (בניגוד לדעתנו) שהריסת בתים מותרת בעיקרון, חייבים להכיר בכך שהמערכת הנוכחית איננה שוויונית ולא יכולה להיות כזו.

מישור ראשון שאפשר לחשוב עליו הוא מישור הביקורת השיפוטית. כפי שצינו לעיל, חלק מהמגבלות השיפוטיות על הפעלת מדיניות הריסת בתים נראות בעינינו דווקא כפוגעות בתפקידו של בית המשפט להפחית את ההטיות הטמונות בקבלת ההחלטות ברשות המבצעת. על כן, למשל, אנו סבורים כי ההמתנה לפסק דין מרשיע לא יכולה להוות "שיהוי" כלפי הרשות המבצעת בהריסת הבית, כל עוד זה הטעם האמיתי להימנעות מהריסה.

אלא שביסודו של דבר הליך הריסת הבתים הוא הליך מינהלי, וככזה הוא חשוף לבעיית ההפליה הקבוצתית. לכן, לכל הפחות, יש לאמץ כמה כלי מדיניות היכולים להסיר את ההטיות ממערכת קבלת ההחלטות במקרים אלו:

(1) בחינה עתית של המדיניות באמצעות גופים המשוחררים ממחויבות למדיניות הקודמת.

כאמור, בשנת 2005 הוקמה ועדה צבאית בראשות האלוף אודי שני שתפקידה היה לבחון את התועלת שבמדיניות. ברור כי הגופים הקיימים מחויבים למדיניות הקיימת.²⁴⁸ רק גוף שאינו מחויב למדיניות כזו יכול לבדוק אותה בצורה אובייקטיבית. ראוי אף להתייעץ ולהיעזר במומחים בעלי ניסיון בקבלת החלטות ובהשפעות של הטיות קוגניטיביות על קבלת החלטות.²⁴⁹ הבחינה המוצעת צריכה להתמודד גם עם שאלת ההרתעה של הציבור היהודי.

(2) הפרדה בין איסוף מידע לבין קבלת ההחלטות.

אחת ההטיות הידועות בקבלת ההחלטות היא בכך שמקבלי ההחלטות הם האוספים את המידע. נטייתם היא לאסוף את המידע המתאים לקבלת ההחלטות המקובלת עליהם. לפיכך, יש להפריד בין איסוף המידע לבין קבלת ההחלטות, ולוודא שמקבל ההחלטות לא משפיע בכל צורה על איסוף המידע. על אוספי המידע להשתמש בנתונים הניתנים לבדיקה אמפירית, והבוחנים את יעילותה של המדיניות בפועל, וללא ניסיון לקדם מדיניות כזו או אחרת.²⁵⁰

248 ראו כהן ומימרן, לעיל ה"ש 7.

249 Jeffrey Rachlinsky, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, 97 NW. U. L. Rev. 1165, 1214 (2004).

250 Lee E. Tetelbaum, *An Overview of Law and Social Research*. 35 J. LEGAL EDUC. 465 (1985).

(3) הקמת גוף ביקורתי עצמאי.

ראוי להקים גוף ביקורתי עצמאי שיוכל לבקר את איסוף המידע ואת קביעת המדיניות. גוף כזה לא יכול להיות בית המשפט, שסמכות הביקורת שלו מוגבלת למקרים המובאים בפניו, והוא לא בוחן את המדיניות בכללותה. בית המשפט גם לא מבקר את שיטות איסוף המידע, בין השאר משום שאין לו את הידע המקצועי לעשות כן.

אנו סבורים כי נקיטת בהליכים כאלו תראה כי הריסת הבתים כולה לא יעילה, וכי בכל מקרה ההבדלים בין פלסטינים לישראלים במקרים כאלו אינם משמעותיים. אך אף אם אנו טועים, הרי שמהלכים אלו לפחות ישפרו את תהליכי קבלת ההחלטות בנוגע להריסת בתים, ויסירו מעט מההטיות הכרוכות בהן. בפסק דינו בעניין עליוה סיכם השופט מזוז את הטענות נגד תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) כך:

”בין היתר נטען כי תקנה 119 עומדת בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לרבות אלה האוסרים ענישה קולקטיבית, פגיעה ברכוש, וכן בסתירה לדיני זכויות אדם בינלאומיים. כן העלו טענות הנוגעות לעקרונות המידתיות של המשפט החוקתי הישראלי, לרבות טענות אפליה, וטענות באשר ליעילות הסנקציה וסבירותה”.²⁵¹

בפסקי דין אחרים, ובספרות המשפטית, פותחו ונדונו בהרחבה כמעט כל הטענות שהעלה השופט מזוז. במאמר זה ביקשנו לפתח ולהרחיב את הדיון בסוגיית ה”הפליה” שהזכיר השופט מזוז, ואשר טרם נדונה בהרחבה בספרות. תהא זו תרומתנו הצנועה לפיתוח מורשתו של שופט בית המשפט העליון מני מזוז.

²⁵¹ עניין עליוה לעיל ה”ש 10, בפס’ 2 לפסק הדין של השופט מזוז.