

# הַאֲרֵ תִסְפֶּה צִדִיק עִם רָשָׁע?

וענישה קולקטיבית  
אתעו ביטחון

האמצעים ללחימה בטרור ולמאבק בו פוגעים לפעמים באנשים שאינם נושאים באחריות למעשי הטרור. ואכן, לעיתים קרובות עולה הטענה, בישראל ובעולם, שאמצעים אלו הם למעשה ענישה קולקטיבית פסולה מבחינה חוקית ומוסרית.

מחקר  
מדיניות  
125



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

לירון אי ליבמן



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

## הָאֵר תְּסֻפָּה צְדִיקָה עִם רִשְׁעָה?

אמצעי ביטחון וענישה קולקטיבית

לירון אי ליבמן

מחקר מדיניות 125

אפריל 2019

Will You Sweep Away the Righteous with the Wicked? (*Genesis 18:23*)

Security Measures and Collective Punishment

Liron A. Libman

עריכת הטקסט: יונה לוי, תמר שקד  
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר־דיין  
ביצוע גרפי: אירית נחום  
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסות"ב: 978-965-519-246-9

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר)

נדפס בישראל, 2019

**המכון הישראלי לדמוקרטיה**

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

**להזמנת ספרים:**

החנות המקוונת: [www.idi.org.il/books](http://www.idi.org.il/books)

דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

טל': 02-5300800 ; פקס: 02-5300867

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנים, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

## המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים במחקר מדיניות זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.



# תוכן העניינים

7	תקציר
11	מבוא
15	פרק 1. רקע היסטורי
15	ענישה קולקטיבית בעולם העתיק
18	ענישה קולקטיבית ודיני מלחמה
23	ענישה קולקטיבית ודיני זכויות אדם במשפט הבינלאומי
24	ענישה קולקטיבית במשפט האנגלי ובתקופת המנדט הבריטי
27	פרק 2. ענישה קולקטיבית: הגדרה ופרמטרים להערכתה
27	הגדרה
38	"אחריות אישית": ענישה קולקטיבית וגבולות האחריות הפלילית האישית
41	הטיעונים נגד ענישה או פגיעה קולקטיבית
43	הטיעון בעד ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית (בנסיבות מסוימות): הקולקטיב כמונע הפרת חוק או כאוכף חוק יעיל יותר מהמדינה
46	שיקולים להערכת פגיעה קולקטיבית
61	סיכום ביניים: מהותן של ענישה קולקטיבית ופגיעה קולקטיבית והשיקולים להערכתן
63	פרק 3. ענישה קולקטיבית שלא במסגרת המאבק בטרור: מקרי מבחן
63	פרשת בן עטייה: ענישה קולקטיבית במסגרת חינוכית
68	ניתוק מים לרשות מקומית בשל אי-תשלום לספק
76	תיקונים מס' 19 ו-21 לחוק שירות ביטחון: שלילת דחיית שירות של תלמידי ישיבות חרדים בשל אי-עמידת הציבור החרדי במכסות הגיוס
85	מה למדנו על ההגדרה של ענישה קולקטיבית ועל הפרמטרים שהוצעו לבחינת פגיעה קולקטיבית מהמקרים שנותחו?

87	<b>פרק 4. ענישה קולקטיבית ומאבק בטרור</b>
87	אמצעים המשפיעים על בני משפחת המחבל
125	אמצעים המשפיעים על תושבי יישוב או אזור מסוים
131	אמצעי המשפיע על חברי ארגון טרור
141	אמצעים שיש להם השפעה כללית על האוכלוסייה הפלסטינית
147	<b>פרק 5. סיכום, מסקנות והמלצות</b>
147	סיכום: מיפוי אמצעי הביטחון שנסקרו
153	המלצות
iii	<b>Abstract</b>

## ת ק צ י ר

לעיתים קרובות ננקטים בישראל אמצעים שמטרתם המוצהרת היא מניעת טרור ושמירה על ביטחון הציבור, שיש הטוענים, בישראל ובעולם, כי הם משום ענישה קולקטיבית פסולה, חוקית ומוסרית. אלא שהשימוש במונח "ענישה קולקטיבית" בשיח הציבורי והמשפטי מאופיין בהיעדר בהירות ועקביות.

האמצעים ללחימה בטרור ולמאבק בו פוגעים לעיתים בבני אדם שאינם נושאים באחריות למעשי טרור. מתי פגיעה זו היא בלתי נמנעת או ניתנת להצדקה ומתי מדובר בענישה קולקטיבית?

מחקר מדיניות זה מבחין בין שלושה מונחים: ענישה קולקטיבית, פגיעה קולקטיבית ונזק נלווה.

• **ענישה קולקטיבית** היא נקיטת פעולה שיש בה כדי לפגוע במישרין בזכותו של אדם בגין מעשה שלא ניתן לייחס לו אחריות לעשייתו, והפגיעה בו היא רק בשל השתייכותו לקולקטיב – כגון משפחה, יישוב, מיעוט אתני – שלאדם אחר מתוכו מיוחסת אחריות למעשה.

• **פגיעה קולקטיבית** נעשית כשכל יסודות ההגדרה לענישה קולקטיבית מתקיימים, מלבד הפגיעה בזכות. במקום זכות נפגעת פריוילגיה או טובת הנאה.



• **נזק נלווה.** כאשר בעקבות נקיטת אמצעים מוחשיים למניעת טרור נפגעים, שלא במישרין ושלא במכוון, בני אדם שאינם מעורבים בטרור, מדובר בנזק נלווה שאינו משום ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית.

ענישה קולקטיבית עשויה להסתמך על תפיסה שגורסת כי הפרט אינו ישות אוטונומית האחראית למעשיה, אלא רק חלק מקולקטיב – היחידה הבסיסית הנושאת בזכויות ובחובות. תפיסה זו אינה רואה בפרט תכלית כשלעצמה. לחלופין, ענישה קולקטיבית יכולה להסתמך על תפיסה פונקציונלית (תועלתנית) הטוענת שבמצבים מסוימים הקולקטיב בעמדה טובה יותר מזו של השלטון המרכזי לשלוט בהתנהגותו של היחיד, והאיום בפגיעה בקולקטיב יתמרץ אותו למנוע מראש מעשה פסול של חבר מחבריו, לאתר בדיעבד את האחראי, להסגירו או להענישו במסגרת הקולקטיב. תפיסה זו משתמשת בפרט כבאמצעי להשגת תכליות אחרות – מניעת התנהגות בלתי רצויה.

הטיעון העיקרי נגד ענישה קולקטיבית מתבסס על ערך כבוד האדם, שממנו נגזרת הדרישה להתייחס לכל פרט כאל תכלית כשלעצמה ולא כבאמצעי להשגת תכליות אחרות. לכן ענישה קולקטיבית אסורה לחלוטין. עוצמת הטיעון נגד ענישה קולקטיבית מחייבת גם נזק נלווה נגד פגיעה קולקטיבית. עם זאת, ניתן להצדיק פגיעה קולקטיבית לאחר בחינה זהירה של שיקולים רלוונטיים.

לנוכח ההגדרה המוצעת כאן לענישה קולקטיבית והשיקולים להצדקת פגיעה קולקטיבית, המחקר בוחן פרקטיקות נהוגות, תחילה שלא מתחום המאבק בטרור – תחום החינוך, הספקות המים והגיוס לצבא; אחר כך מנותחים אמצעים למאבק בטרור: הריסת בתי מחבלים, שלילת היתרי עבודה בישראל מבני משפחותיהם של מחבלים, אי-החזרת גופות מחבלים לקבורה על ידי משפחותיהם, הטלת סגר או כתר על אזור שממנו יצא מפגע, הרעת תנאי מאסרם של אסירים ביטחוניים, שלילת קצבאות ביטוח לאומי בגין מעורבות בן משפחה בעבירות ביטחון, הטלת קנס או ערובה על הורים בגין מעשי ילדיהם, תיחום מקום מגורים של בני משפחות מחבלים, שלילת תושבות מבני משפחותיהם של מחבלים, הגבלת האפשרות לאיחוד משפחות וקבלת מעמד בישראל והקמת גדר הביטחון בין ישראל לשטחי יהודה ושומרון.

## סיכום של אמצעי הביטחון שנבחנים במחקר מופיע בלוח שלהלן:

הטלת קנס או ערובה על הורים בגין מעשי ילדיהם; תיחום מקום מגורים; הגבלת האפשרות לאיחוד משפחות בישראל; גדר הביטחון בין ישראל ליהודה והשומרון	לא ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית
הטלת כתר; אי-החזרת גופות מחבלים	ענישה קולקטיבית בנסיבות מסוימות
הריסת בתים; שלילת קצבאות ביטוח לאומי בגין אסיר ביטחוני בן משפחה; ההצעה לשלילת תושבותם של קרובי מחבלים	ענישה קולקטיבית מובהקת, שיש לאסור באופן מוחלט
שלילת היתרי עבודה בישראל מבני משפחתו של מחבל; שלילת לימודים אקדמיים מאסירים חברי ארגוני טרור המחזיקים בשבויים ישראלים	פגיעה קולקטיבית שמידת ההצדקה שלה משתנה

המחקר מציע את המבחן שלהלן לשקילת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית. על הפגיעה הקולקטיבית לעמוד בתנאים המצטברים האלה:

(1) על הפגיעה הקולקטיבית להיות מוצא אחרון, בהיעדר אפשרות אחרת או בהינתן קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר.

(2) נדרש להראות את האפקטיביות הפוטנציאלית של הפגיעה הקולקטיבית המוצעת על יסוד מאפייני הקולקטיב שבו מדובר. כלומר, האם לחברי הקולקטיב הרלוונטי יש גישה למידע והשפעה שתאפשר להם למנוע את העבירה או לאתר את העבריין ולהסגירו? אם התשובה על שאלה זו שלילית, אין הצדקה לפגיעה קולקטיבית, ואין היא משרתת אלא יצרים של נקמה בקרוביו של המחבל.

(3) יש להגביל את הפגיעה הקולקטיבית למקרים שבהם היא נדרשת לשם הגנה על אינטרס ציבורי כבד משקל. הדוגמה המובהקת היא הגנה על החיים במניעת פיגועי טרור קטלניים, בעיקר בתקופה שבה פיגועים אלו שכיחים. עם פגיעות חמורות פחות בסדר הציבורי, כגון, יידוי אבנים, יש להתמודד בכלים הרגילים של אחריות פלילית אישית.

(4) יש להגביל את הפגיעה הקולקטיבית לשלילת פריווילגיות קלות משקל יחסית, כגון שלילת הגישה של אסירים ללימודים אקדמיים.

נוסף על כך, יש לתת את הדעת לסוג הקולקטיב שעליו מושתת הפגיעה. ככל שמדובר בקולקטיב שמטרתו פלילית או אנטי-חברתית (חברי ארגון טרור למשל) וככל שהחברות בו וולונטריות, כך קל יותר להצדיק את הפגיעה הקולקטיבית בחבריו. לעומת זאת, פגיעה קולקטיבית במיעוט אתני או לאומי היא פרקטיקה החשודה כנובעת ממניעים שאינם ענייניים. במילים פשוטות, אמצעי שלא עולה על הדעת להטילו על מחבלים יהודים, בני משפחותיהם ושכניהם, יש להימנע מלהטילו גם על מחבלים פלסטינים, בני משפחותיהם ושכניהם.

לעומת פגיעה קולקטיבית, שניתן להצדיקה בנסיבות מסוימות, על ענישה קולקטיבית להיות אסורה לחלוטין – אסור שזכויות יילקחו כבנות ערובה על מנת להשפיע על התנהגותם של אחרים.

מומלץ למקבלי ההחלטות, בכל הרשויות הרלוונטיות, לאמץ את ההגדרה המוצעת לענישה קולקטיבית כאיסור מוחלט וכן את המבחן הקונקרטי המוצע לשקילת ההצדקה לחרוג מהחזקה נגד פגיעה קולקטיבית. הדברים נכונים לגופי ביטחון השוקלים לאמץ אמצעי מסוים למאבק בטרור; לדרג המדיני הממונה עליהם; לכנסת, ככל שנשקל עיגון בחקיקה של אמצעי ביטחון המעורר שאלות; ולרשות השופטת, ככל שהיא נדרשת לביקורת שיפוטית בעניין אמצעי ביטחון שאומץ.

לעיתים קרובות ננקטים בישראל אמצעים שמטרתם המוצהרת היא מניעת טרור ושמידה על ביטחון הציבור, שיש הטוענים, בישראל ובעולם, כי הם משום "ענישה קולקטיבית" פסולה מבחינה חוקית ומוסרית. אלא שהשימוש במונח "ענישה קולקטיבית" בשיח הציבורי והמשפטי מאופיין בהיעדר בהירות ובהיעדר עקביות.

האמצעים ללחימה בטרור ולמאבק בו פוגעים לא פעם בבני אדם שאינם נושאים באחריות למעשי הטרור. מתי פגיעה קולקטיבית זו היא בלתי נמנעת או ניתנת להצדקה, ומתי מדובר בענישה קולקטיבית שאסורה לגמרי?

מטרתו של מחקר מדיניות זה היא להציע הגדרה ברורה לענישה קולקטיבית פסולה וכן להציב שיקולים לבחינת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית הנגרמת מחמת האמצעים למאבק בטרור. תוצרי המחקר עשויים לסייע לדרג המדיני ולראשי מערכת הביטחון בהערכת פרקטיקות נהוגות וכן בקבלת החלטות בעניין אימוץ אמצעים ושיטות חדשות למאבק בטרור.

**הפרק הראשון** יתאר את המקור ההיסטורי של האיסור על ענישה קולקטיבית. **הפרק השני** יציג את ההגדרה המוצעת ל"ענישה קולקטיבית": נקיטת פעולה שיש בה כדי לפגוע במישרין בזכות של אדם בגין מעשה שלא ניתן לייחס לו אחריות אישית לעשייתו. הפגיעה נעשית רק בשל השתייכותו לקולקטיב – דוגמת משפחה, יישוב או מיעוט אתני – שלאדם אחר מתוכו מיוחסת אחריות למעשה, ואחר כך יערוך דיון ביסודות המרכיבים אותה. המחקר יבחין בין ענישה קולקטיבית, שהיא פסולה מעיקרה, ובין פגיעה קולקטיבית, שאף ממנה יש להימנע בדרך כלל, אבל היא ניתנת להצדקה בנסיבות מסוימות. פגיעה קולקטיבית קורית כאשר מתקיימים כל יסודות ההגדרה לענישה קולקטיבית, מלבד הפגיעה בזכות. במקום זכות נפגעת פרווילגיה או טובת הנאה. עוד יוצגו הטיעונים נגד ענישה קולקטיבית ופגיעה קולקטיבית, ומנגד, טיעון המצדיק פגיעה קולקטיבית בנסיבות מסוימות. לבסוף, יוצעו פרמטרים להערכת ההצדקה לחרוג מן הכלל להימנע מפגיעה קולקטיבית. ההגדרה והפרמטרים **שבפרק השני** ישמשו לבחינת הפרקטיקות שיערך בהן דיון בפרקים שלאחר מכן.

**בפרק השלישי** ייבחנו פרקטיקות שאינן מתחום המאבק בטרור. המטרה היא לבדוק את המסגרת המושגית המוצעת ב**פרק השני** ולהמחישה בתחומים שאינם

נתונים להטיה הנובעת מעמדות מוקדמות בקשר לסכסוך הישראלי-פלסטיני. ייבחנו שלושה מקרי מבחן מתחום החינוך, אספקת המים והגיוס לצבא.

**הפרק הרביעי,** והעיקרי, יעסוק בהערכה של אמצעי ביטחון הנהוגים היום או המוצעים במסגרת המאבק בטרור, שעשויים להיות משום ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית. האמצעים שייבחנו הם הריסת בתי מחבלים, שלילת היתרי עבודה בישראל מבני משפחותיהם של מחבלים, אי-החזרת גופות מחבלים לקבורה על ידי משפחותיהם, הטלת סגר או כתר על אזור שממנו יצא מפגע, הרעת תנאי מאסרם של אסירים ביטחוניים, שלילת קצבאות ביטוח לאומי בגין מעורבות בן משפחה בעבירות ביטחון, הטלת קנס או ערובה על הורים בגין מעשי ילדיהם, תיחום מקום המגורים של בני משפחות מחבלים, שלילת תושבות מבני משפחותיהם של מחבלים, הגבלת האפשרות לאיחוד משפחות וקבלת מעמד בישראל והקמת גדר הביטחון בין ישראל לשטחי יהודה והשומרון.

בכל הנוגע לאמצעים שייבחנו מיקודה של העבודה יהיה בשאלה הנורמטיבית של היקף האיסור הראוי על ענישה קולקטיבית והקריטריונים לבחינת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית. אומנם לא תיערך בדיקה אמפירית של האפקטיביות של האמצעים שייבחנו; עם זאת, הצבעה על פוטנציאל של אפקטיביות הוא משום תנאי סף לשקילת הצדקה של פגיעה קולקטיבית, כפי שיוסבר בפרק השני.

המחקר יעסוק באמצעים שמפעילה מדינה כלפי בני אדם שנמצאים בשטחה, בשטח שבשליטתה או כלפי בני אדם שבשליטת המדינה באופן אחר (למשל בהיותם במשמורת). מישור זה יכונה במחקר "המישור האנכי". המחקר לא יעסוק באמצעים הננקטים כלפי מדינות אחרות או אזורים שמחוץ לשליטת המדינה (כגון סנקציות כלכליות או הסגר על עזה), מישור שיכונה בהמשך "המישור האופקי".

מתבקש להעיר בהקשר זה על הקשר בין ענישה קולקטיבית ופגיעה קולקטיבית למלחמה. עימות מזוין, מעבר לבעיות שהוא מעורר בשטחים שבהם הוא מתנהל בכל הנוגע לשליטה, הוא מטבעו התנגשות בין קולקטיבים, בין שמדובר במדינות, בארגונים מזוינים שאינם מדינתיים או בצדדים לוחמים משני הסוגים. נגזר מכך שגם דיני הלחימה מחילים לעיתים קרובות כללים המתייחסים לקולקטיבים. כך למשל, מי שמשתייכים לכוחות המזוינים של מדינה או ארגון שאינו מדינתי הם יעד לתקיפה מעצם השתייכותם, ללא צורך להראות סיכון אינדיווידואלי

הנובע מהם או מתפקידם הצבאי.<sup>1</sup> גם הטלת סנקציות כלכליות בזמן עימות מזוין על מדינת אויב או על שטח שבשליטת ארגון עוין היא אמצעי לגיטימי, במגבלות מסוימות, במסגרת ההתנגשות בין הקולקטיבים.<sup>2</sup> בגלל הסנקציות האלה עלולים להיפגע יחידים השוהים במדינת האויב גם אם, למשל, התנגדו פוליטית למלחמה. התייחסות לפרקטיקות מסוג זה כאל ענישה קולקטיבית מנותקת לחלוטין מן ההקשר ואינה נכונה. עם זאת, אין משמעות הדבר שמלחמה מעניקה פטור מוחלט מן האיסור על ענישה קולקטיבית. בראש ובראשונה, איסור זה חל על אמצעים הננקטים כלפי אוכלוסייה אזרחית בשטח כבוש.<sup>3</sup> גם מצבי חירום בתוך המדינה, למשל, בעקבות מהומות נרחבות שאינן מגיעות לכדי עימות מזוין, אינם מעניקים היתר להטלת ענישה קולקטיבית, אך ששיקולים של חומרת הנזק לאינטרס הציבורי הנובעים משכיחות המעשים עשויים להיות שיקול בזכות פגיעה קולקטיבית, שישקל בין יתר השיקולים הרלוונטיים, כפי שיוסבר בהמשך.

אחדים מהאמצעים שייבחנו מעוררים קשיים משפטיים שנובעים מסיבות אחרות מלבד שאלת הענישה הקולקטיבית. קשיים אלה לא ייבחנו, שכן מוקד המחקר הוא ענישה קולקטיבית ופגיעה קולקטיבית ולא בחינה כוללת של אמצעי ביטחון מסוימים כשלעצמם.

המסקנה העיקרית של המחקר היא שההגדרה המוצעת לענישה קולקטיבית, וכן רוב הפרמטרים המוצעים כאן לשקילת ההצדקה שבפגיעה קולקטיבית, משמשים מסגרת מועילה לבחינת הסוגיה, המאפשרת לראות תמונה מלאה

1 בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.12.2006) (להלן: פרשת הסיכול הממוקד); NILS MELZER, INTERPRETIVE GUIDANCE ON THE NOTION OF DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 31, 34 (ICRC, 2009): "Members of regularly constituted forces are not civilians, regardless of their individual conduct or of the function they assume within the armed forces"

2 Amichai Cohen, *Economic Sanctions in IHL: Suggested Principles*, 42 2 (להלן: Cohen) Isr. L. Rev. 117, 128–132 (2009).

3 ס' 33 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 30, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (אושררה ונכנסה לחוקף ב-1951) (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית).

של גוונים ודקויות – חלק מאמצעי הביטחון שייבחנו בהמשך מהווים ענישה קולקטיבית ויש להימנע מהם לחלוטין מטעם זה; חלק מאמצעי הביטחון הם משום פגיעה קולקטיבית, והם ניצבים בנקודות שונות על הרצף מבחינת ההצדקה להתיר אותם; יתר האמצעים מהווים ענישה קולקטיבית רק בנסיבות מסוימות או שאינם מהווים לא ענישה קולקטיבית ולא פגיעה קולקטיבית. בסיכום העבודה מוצע מבחן קונקרטי לבחינת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית, על יסוד הפרמטרים שנבחנו לאורך העבודה. מומלץ למקבלי החלטות בגופי הביטחון, בדרג המדיני, בכנסת וברשות השופטת להשתמש בהגדרה ובמבחן המוצע כהנחיית מדיניות וכמסגרת לבחינת אמצעים העלולים להיות משום ענישה קולקטיבית.

# פרק 1 רקע היסטורי

## ענישה קולקטיבית בעולם העתיק

דוגמאות לענישה קולקטיבית אפשר לאתר משחר ההיסטוריה. כך למשל, בסין העתיקה הוצאו להורג כל קרוביו הזכרים של אדם שהורשע בבגידה – אב, סבים, בנים, נכדים, דודים ובניהם. ברומא העתיקה אם אדון הבית נמצא מת, הוצאו להורג כל עבדיו המתגוררים בביתו.<sup>4</sup>

במקרא אפשר למצוא גישות סותרות לכאורה לשאלת ההצדקה של ענישה קולקטיבית: מצד אחד נקבע הכלל: "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש בִּנְהוּטָאָו יומתו" (דברים כד, טז), לכאורה, שלילה מפורשת של ענישה קולקטיבית. ואולם גישה אחרת נרמזת במתן עשרת הדיברות: "כי אֲנֹכִי יְהוָה אֱלֹהֶיךָ, אֵל קַנָּא פֶקֶד עֹן אָבֹת עַל-בָּנִים עַל-שְׁלֵשִׁים וְעַל-רִבְעִים לְשֹׁנָיו" (שמות כ, ד; דברים ה, ח).<sup>5</sup> עוד מורה התורה כי במקרה שנמצא חלל בשדה ולא ידוע מי הרגו, על זקני העיר הסמוכה לערוך טקס מיוחד על מנת לכפר על כך (עגלה ערופה).<sup>6</sup> מכך משתמעת אחריות קולקטיבית כלשהי של אנשי העיר הסמוכה או ראשיה לרצח שבוצע בקרבתה.

4 FALCÓN Y TELLA AND MARÍA JOSÉ, JUSTICE AND LAW 57-58 (2014)

5 יש פירושים היוצאים מן הפשט ומגיעים למסקנה שאין כאן כוונה להעניש את הבנים בגין מעשי האבות, אלא רק דחייה של ענישת האבות כדי לאפשר לבנים לחזור בתשובה. לא זה המקום להרחיב את היריעה.

6 דברים כא, א-ח.



זאת ועוד, אפשר לפרש את סיפור המשא ומתן בין אברהם לאלוהים בנוגע לגורלה של סדום כדיון בהצדקה של ענישה קולקטיבית וגבולותיה.<sup>7</sup> אלוהים שוקל לכלות את סדום בשל חטאי אנשיה, ואברהם פונה אליו ואומר (בראשית יח, כג-כו):

האף תִּסְפָּה צְדִיק עִם רָשָׁע. אוֹלֵי יֵשׁ חֲמִשִּׁים צְדִיקִים בְּתוֹךְ הָעִיר;  
האף תִּסְפָּה וְלֹא תִשָּׂא לְמַקּוֹם לְמַעַן חֲמִשִּׁים הַצְּדִיקִים אֲשֶׁר  
בְּקִרְבָּהּ. חֲלֵלָה לָךְ מַעֲשֵׂת כְּדָבָר הַזֶּה, לְהַמִּית צְדִיק עִם רָשָׁע,  
וְהָיָה כְּצְדִיק, כְּרָשָׁע; חֲלֵלָה לָךְ הַשְּׁפֹט כָּל הָאָרֶץ, לֹא יַעֲשֶׂה מִשְׁפָּט.  
וַיֹּאמֶר יְהוָה, אִם אֶמְצָא בְּסֹדֶם חֲמִשִּׁים צְדִיקִים בְּתוֹךְ הָעִיר וְנִשְׂאתִי  
לְכָל הַמָּקוֹם בְּעִבּוּרָם.

הטיעון של אברהם יכול להתפרש כטיעון נגד ענישה קולקטיבית: לא ראוי שצדיק ייענש בשל מעשי הרשע רק משום שהם משתייכים לאותו קולקטיב – העיר סדום. האל מקבל את בקשת אברהם, ובהמשך אברהם גם מצליח להפחית ממכסת הצדיקים הנדרשים על מנת להציל את העיר לעשרה. עם זאת, תשומת הלב לכך שאף אברהם אינו טוען שהימצאותם של פחות מעשרה צדיקים בעיר תצדיק הימנעות מענישת העיר כולה.<sup>8</sup>

קיומו של מאבק בין שתי גישות במקרא מתבטא גם בנובואת ירמיהו: "בְּיָמַי הָיָה לֹא יֵאמְרוּ עוֹד אָבוֹת אֲכָלוּ בֶּסֶר וְשָׁנִי בָּנִים תִּקְהֶינָה. כִּי אִם אִישׁ בְּעֹנֹו יָמוֹת כָּל הָאָדָם הָאֵלֶּל הַבֶּסֶר תִּקְהֶינָה שְׁנִיו" (ירמיהו לא, כח-כט). "בימים ההם" משמע בעתיד האידאלי, ואילו בימיו של הנביא רווחת הגישה שהבנים נושאים בעוון האבות.

7 בראשית יח, כ-לב.

8 כמו בנוגע לרבים מסיפורי המקרא, ניתן לפרש את הדברים אחרת: לא מדובר בשאלה של ענישה קולקטיבית, אלא בשאלה של מחילה קולקטיבית – האם בזכות מספר מסוים של צדיקים ימחל האל לתושבי העיר כולם? סיוע לדברים אפשר לראות במלאכי האלוהים שממלטים את לוט ומשפחתו (כנראה הצדיק היחידי בסדום) מהעיר לפני חורבנה. כלומר, אף שלא נמצאו עשרה צדיקים, אין הצדקה להטלת עונש קולקטיבי גם על מעט הצדיקים שישנם. עם זאת, הטיעון של אברהם מתייחס במפורש לעונש ("האף תספה צדיק עם רשע").

חז"ל עסקו בנושא הענישה הקולקטיבית גם בכל הקשור לסיפור המבול, פרשת שכם ודינה, פרשת קורח ופרשת עיר הנידחת.<sup>9</sup> ואולם העיסוק בשאלת ההצדקה של ענישה קולקטיבית נעשה גם מחוץ לדיון בסיפורי המקרא. למשל, על מנת לכפות על בעל סרבן לתת גט, היו חכמים שהתירו לא ללמד את בנו ולא לקבור לו את המת. היו שהתנגדו לכך, והיו שהבחינו – בתו שנזקקת לחליצה, למשל, כבר יצאה מרשותו ולכן אין להענישה.<sup>10</sup>

גם הברית החדשה מטילה לכאורה אשמה קולקטיבית. בבשורה על פי מתי מתואר כי פילטוס, הנציב הרומי, ניסה לשכנע את העם לשחרר את ישו. משלא הצליח, "וַיִּקַּח מִיָּמָיו וַיִּרְחֹץ אֶת יָדָיו לְעֵינֵי הָעָם וַיֹּאמֶר נְקִי אֲנִי מַדְם הַצְּדִיק הַזֶּה אַתֶּם רְאוּ. וַיַּעֲנוּ כָּל הָעָם וַיֹּאמְרוּ דְמוֹ עָלֵינוּ וְעַל בְּנֵינוּ" (מתי כז, 24-25). במרוצת ההיסטוריה פסוק זה שימש בסיס לרדיפת היהודים, בטענה שבכל הדורות הם נושאים באשמה על מותו של ישו. רק בשנת 1965 הבהירה הצהרה של האפיפיור כי אין להטיל על כל היהודים, ללא הבחנה, את האשמה על ייסורי הצלב.<sup>11</sup> בשנת 2011 הציע האפיפיור בנדיקטוס ה־16 פרשנות אחרת לפסוק, שלפיה אין משמעות קבלת אשמה קולקטיבית ובין־דורית אלא להפך – קבלת ברכה.<sup>12</sup>

9 אביעד הכהן "האיש אחד יחטא ועל כל העדה תקצוף?" **פרשת השבוע 5** (פרשת וישלח, התשס"א); יעקב שפירא "וימח את כל היקום": עוד על ענישה קולקטיבית" **פרשת השבוע 396** (פרשת נח, התשע"ב).

10 אביעד הכהן "אם תרצו אין זו עגונה: הטלת סנקציות על סרבן גט ועל משפחתו" **פרשת השבוע 358** (פרשת ניצבים, התשס"ט).

11 DECLARATION ON THE RELATION OF THE CHURCH TO NON-CHRISTIAN RELIGIONS 11 (NOSTRA AETATE) (October 28, 1965)

12 מורדי מילר "דמו עלינו ועל בנינו": מאלימות לברכה" **הארץ שוליים** (14.3.2016) (מקוון).

## ענישה קולקטיבית ודיני מלחמה

כבר בסוף המאה ה־18 הודיע נפוליאון בונפרטה בעת כיבוש לומברדיה בצפון איטליה כי מחוז שיימצא בו נשק חם ישלם קנס בשיעור שליש מהכנסתו השנתית. עונש דומה הוכרז כלפי כל כפר שבו ייהרג חייל צרפתי, אלא אם העברייין יוסגר.<sup>13</sup> במלחמת פרוסיה־צרפת, בשנים 1870-1871, נעשה שימוש שיטתי ונרחב בקנסות מסוג זה;<sup>14</sup> ובמלחמת הבורים בדרום אפריקה, בשנת 1900, הטילו הבריטים ענישה קולקטיבית מחמירה. זו כללה לא רק קנסות אלא גם העלאה באש של חוות, הריסת בתים ומעצר של מנהיגי ציבור מקומיים, במקרים שבהם חובלו מסילות רכבת או קווי טלגרף סמוכים.<sup>15</sup>

בתקנה 50 בתקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה מ־1907 נקבע איסור על ענישה קולקטיבית בזו הלשון: "אין להטיל על האוכלוסייה עונש קיבוצי, כספי או אחר, בשל מעשיהם של בודדים, כשאינן לראותה כנושאת באחריות משותפת למעשים אלה."<sup>16</sup> כפי שעולה מן הנוסח, האיסור שהוטל אינו מוחלט אלא שולל רק ענישה בגין מעשי יחידים כשלא ניתן לראות באוכלוסייה כולה אחראית ושותפה להם.

כך פורשו הדברים גם במאמר אמריקאי מפורט משנת 1917, שסקר באופן ביקורתי את הפרקטיקה הגרמנית של הטלת קנסות קולקטיביים בזמן מלחמת

James W. Garner, *Community Fines and Collective Responsibility*, 13  
11 Am. J. Int'l L. 511, 511-512 (1917). (להלן: Garner).

14 שם, בעמ' 512-514.

15 שם, בעמ' 514, וכן בה"ש 19.

Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, Being  
Annex to the Convention on Laws and Customs of War on Land (Hague,  
IV), Oct. 18, 1907, 1 U.S.T. 631 (התרגום מתוך "אמנה בדבר הדינים והמנהגים של  
מלחמה ביבשה לרבות תקנות בקשר לדיני ומנהגי המלחמה ביבשה [האג 1907]" אתר  
האגודה לזכויות האזרח בישראל).

העולם הראשונה.<sup>17</sup> הביקורת נמתחה על אותם מקרים שבהם הוטלו קנסות מופרזים בשל הפרות קלות ערך, כאשר המעשה נעשה על ידי יחיד שגם נתפס ונענש, ולכן לא היה אפשר לייחס אחריות לכלל האוכלוסייה. לתפיסת כותב המאמר, לא הוגן להטיל קנס כאשר המעשה נעשה ללא ידיעת הנקנסים, והם לא היו יכולים לדעת עליו מלכתחילה כדי לפעול למניעתו, או לאתר בדיעבד את העברייין, להסגירו או להענישו.<sup>18</sup> המאמר מזכיר הבחנה בין שחיטת חיל מצב בעיר מסוימת בלילה בעת שהחיילים ישנים, וקשר של שתיקה בין התושבים לאחריו, שניתן בגינו לייחס אחריות לאוכלוסייה, לבין חבלה בקו רכבת רחוק ממקום יישוב, שאין לייחס לכל האוכלוסייה אחריות לו.<sup>19</sup> עוד מתאר המחבר מקרה שהגרמנים הטילו בו קנס בבלגיה הכבושה בגין תהלוכות ביום הלאומי הבלגי. לדבריו, במקרה שתהלוכות כאלה כרוכות באלימות ובסיכון של התנגדות לכובש, ניתן להצדיק קנס, אך לא במקרה שהן שלוות. מכאן ברור שעמדתו היא שניתן להטיל קנסות קולקטיביים בגין התפרעויות והפרות סדר.<sup>20</sup>

במלחמת העולם השנייה נקטה גרמניה הנאצית ענישה קולקטיבית באופן הדרקוני והמזוויע ביותר שאפשר להעלות על הדעת. כך למשל, בכפר הצרפתי אורדור-סור-גלאן (Oradour-sur-Glane) נשרפו או נורו למוות כל תושבי הכפר, למעט יחידים שחמקו (642 גברים, נשים וילדים), ונשרפו כל בתי הכפר (328 בתים), כפעולת תגמול על מציאת מאגר נשק חבוי בכפר. באופן דומה, כפעולת תגמול על התנקשות בבכיר הנאצי היידיך, כל הגברים בכפר הצ'כי לידיצה (Lidice) נורו למוות, כל הנשים נשלחו למחנות ריכוז, והכפר נהרס כליל.<sup>21</sup>

אחרי מלחמת העולם השנייה, במשפטי נירנברג ובמשפטים שנערכו בגין פשעי מלחמה, אומנם יש אזכור של ענישה קולקטיבית, אבל איש לא הועמד לדין או

17 Garner, לעיל ה"ש 13.

18 שם, בעמ' 531.

19 שם, בה"ש 74.

20 שם, בעמ' 516, 532.

21 Daryl J. Levinson, *Collective Sanctions*, 56 *Stan. L. Rev.* 345, 21 (2003) (להלן: Levinson).

הורשע בגין ענישה קולקטיבית עצמה כפשע מלחמה.<sup>22</sup> ואולם במעשים שתוארו לעיל (פגיעה מכוונת באזרחים) ניתן לראות פשעי מלחמה גם לולא היו נעשים בדרך של ענישה קולקטיבית.

אמנות ג'נבה להגנה על קורבנות מלחמה מ־1949 נוסחו על רקע היסטוריה מרה זו. סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כך:

שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או אימתנות אסורים. הביזה אסורה. מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורים.<sup>23</sup>

השוואה בין הוראה זו ובין תקנה 50 לתקנות האג מצביעה בבירור על חיזוק האיסור על ענישה קולקטיבית: תקנות האג משאירות פתח מסוים לענישה על יסוד אחריות משותפת ופסיבית של הקהילה, ואילו סעיף 33 מעגן בפסקה הראשונה שלו את העיקרון שענישה בגין עבירה חייבת להתבסס על אחריות אישית.<sup>24</sup> עונשים קולקטיביים נאסרים בלשון קטגורית וללא סייגים. איסור זה מפורש כנתקף לא רק על עונשים פורמליים שמוטלים על ידי בתי משפט,<sup>25</sup> ובנשימה אחת נאסרים גם מעשי טרור והפחדה של האוכלוסייה, דבר המצביע על זיקה בין השניים. ככלל, שתי הפרקטיקות נועדו לשמש אמצעי הרתעה, ומפרשי האמנה מציינים כי בדרך כלל אמצעים אלו אינם משיגים את מטרתם; שכן ענישת החף מפשע עם האשם ונקיטת אמצעים אכזריים ודרקוניים דווקא מחזקות את ההתנגדות, מאחר שהן סותרות עקרונות יסוד של אנושיות וצדק.<sup>26</sup>

Shane Darcy, *Prosecuting the War Crime of Collective Punishment*, 22  
J. INT'L CRIM. JUST. 29, 38 (להלן: Darcy).

23 לעיל ה"ש 3.

24 ראו את פרשנות הצלב האדום הבינלאומי לאמנה: OSCAR UHLER, HENRI COURSIER, COMMENTARY ON THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, VOLUME IV (GENEVA CONVENTION RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR: COMMENTARY) 225 (1958) (להלן: הפרשנות לאמנה הרביעית).

25 ש.ם.

26 ש.ם, בעמ' 225-226.

גם האיסור על מעשי גמול (reprisals) כלפי אזרחים מוגנים ורכושם באותה הפסקה מלמד על זיקה בין הדברים: מעשי גמול הם פעולות של הפרת המשפט הבינלאומי העשויות להיכנס לגדרי החוק בנסיבות מסוימות: כשהן ננקטות בתגובה להפרות של הצד שכנגד וכאמצעי אכיפה שמטרתו לגרום לו להפסיק את הפרותיו. ואולם ככל שנוקטים מעשי גמול נגד אזרחים מוגנים או שבויי מלחמה, מדובר במקרה מיוחד של ענישה קולקטיבית. שכן אין הסובלים ממעשי הגמול אחראים באופן אישי להפרה שנגדה ננקטת הענישה.<sup>27</sup> הוראת סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית חלה על אזרחי אויב בשטח המדינה או בשטח כבוש בלבד.<sup>28</sup>

גם אמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה (האמנה השלישית) אוסרת על עונשים קולקטיביים בגין מעשים של יחידים. כן נאסרו בה עונשים גופניים, כליאה בתאים ללא אור יום וכל צורה של עינויים או אכזריות כלפי שבויים.<sup>29</sup>

אמנות ג'נבה חלות על סכסוך מזוין בינלאומי, כלומר בין מדינות.<sup>30</sup> על סכסוכים מזוינים בשטחה של מדינה שאינם בעלי אופי בינלאומי חל רק מינימום בסיסי ביותר שאינו כולל איסור מפורש וכללי על ענישה קולקטיבית.<sup>31</sup> על יסוד הבחנה

27 שם, בעמ' 227-228.

28 ההוראה כתובה בפסקה הראשונה בחלק השלישי לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 3 (Part III, Section I), המכיל הוראות משותפות של הצדדים לסכסוך ולשטח כבוש: כן ראו הגדרת "מוגנים" (protected persons) בס' 4 לאמנה.

29 ס' 87 לאמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 30, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949) (אושררה ונכנסה לחוקף ב-1951) (להלן: אמנת ג'נבה השלישית).

30 ס' 2 לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 3, הוא סעיף משותף לכל ארבע אמנות ג'נבה. בעיית הסיווג של הסכסוך קיימת במקרים של סכסוך בין מדינה לארגון חמוש לא מדינתי, שאינו כולו בשטח המדינה. למשל, העימות בין ישראל לארגון החיזבאללה הפועל מלבנון, או העימות בין ישראל לארגוני הטרור הפלסטיניים הפועלים ביהודה ושומרון ובעזה. ראו למשל פרשת הסיכול הממוקד, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

31 שם, בס' 3. גם סעיף זה משותף לכל ארבע האמנות. אציין כי סעיף זה אוסר על לקיחת בני ערובה וכן על הטלת גזרי דין והוצאה להורג ללא הליך משפטי תקין. בכך נאסרו צורות מסוימות של ענישה קולקטיבית.

זו הצדיקו הבריטים עוד בשנת 1955 נקיטת עונשים קולקטיביים בקפריסין, כאשר זו הייתה בשליטתם.<sup>32</sup>

חסר זה הושלם בשנת 1977, עם אימוץ הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ג'נבה.<sup>33</sup> מלבד החזרה על האיסור בפרוטוקול הנוסף הראשון, החל על עימותים מזוינים בינלאומיים,<sup>34</sup> נכלל האיסור גם בפרוטוקול הנוסף השני, החל על עימותים מזוינים שאינם בינלאומיים.<sup>35</sup> הוראה זו אוסרת לנקוט ענישה קולקטיבית כלפי אזרחים שאינם משתתפים בלחימה וכלפי לוחמים שהניחו את נשקם.

מחקר של הצלב האדום הבינלאומי בנוגע למשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי הגיע למסקנה שהאיסור על ענישה קולקטיבית הוא איסור מנהגי, הן בסכסוך מזוין בינלאומי והן בסכסוך מזוין שאינו בינלאומי, ועל כן הוא חל גם על מדינות שאינן צדדים לפרוטוקולים הנוספים.<sup>36</sup>

שאלה נפרדת שראוי לדון בה היא האם מעבר להיותה הפרה של המשפט הבינלאומי, ענישה קולקטיבית היא גם פשע מלחמה. הפרה "רגילה" של המשפט הבינלאומי גוררת אחריות של המדינה במישור הבינלאומי. לעומת זאת, פשע בינלאומי, בכלל זה פשע מלחמה, גורר אחריות פלילית אישית של יחידים המעורבים בו. חוקותיהם של חלק מהטריבונלים הבינלאומיים לשיפוט בגין

32 Darcy, לעיל ה"ש 22, בהערה 16 במאמר.

33 ישראל אינה צד לפרוטוקולים אלה, אולם חלק מהוראותיהם הוכרו כמשקפות משפט בינלאומי מנהגי. ראו פרשת הסיכול הממוקד, לעיל ה"ש 1, פסי' 20, 43 לפסק דינו של הנשיא ברק.

34 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977, art. 75(2)(d) (להלן: הפרוטוקול הנוסף הראשון).

35 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 1977, art. 4(2)(b) (להלן: הפרוטוקול הנוסף השני).

36 Customary International Humanitarian Law, Rule 103 (Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck eds., 2005) (להלן: מחקר המשפט המנהגי).

פשעי מלחמה רואים בענישה קולקטיבית פשע מלחמה;<sup>37</sup> לעומת זאת חוקתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי הקבוע אינה כוללת פשע כזה.<sup>38</sup> כך, לפני כעשור בית הדין המיוחד בסיירה לאון הרשיע כמה נאשמים בפשע מלחמה בשל ענישה קולקטיבית.<sup>39</sup>

## ענישה קולקטיבית ודיני זכויות אדם במשפט הבינלאומי

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות אינה עוסקת במפורש בענישה קולקטיבית.<sup>40</sup> עם זאת, ענישה קולקטיבית עשויה לעמוד בסתירה לזכות לחירות<sup>41</sup> ולזכות למשפט הוגן.<sup>42</sup> כמו כן ביטויים מסוימים של ענישה קולקטיבית עלולים להיחשב עונש בלתי אנושי, אכזרי או משפיל, שנאסר באמנה<sup>43</sup> וכן באמנה נגד עינויים.<sup>44</sup> למעט האיסור על עינויים ויחס אכזרי, בלתי

Statute of the International Tribunal for Rwanda, art. 4(b); 37  
Statute of the Special Court for Sierra Leone, art. 3(b)

Rome Statute of the International Criminal Court, art. 8 38

Darcy, לעיל ה"ש 22. 39

40 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1992) (להלן: אמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות).

41 שם, בס' 9.

42 שם, בס' 14.

43 שם, בס' 7. וראו, Human Rights Comm. Commc'n 1958/2010, Jum'a v. Lybia, U.N. Doc. CCPR/C/111/D/1958/2010 (Aug. 25, 2014). בהליך זה נקבע שאיומים, מעקב והטרדה, ניתוק חשמל ואמצעים נוספים שננקטו בלוב נגד משפחתו של רופא פלסטיני שנאשם בהפצת איידס, מגיעים לכדי הפרה של האיסור על ענישה אכזרית, בלתי אנושית או משפילה.

44 ס' 16 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה נגד עינויים).



אנושי או משפיל, הזכויות האחרות (הזכות לחירות והזכות למשפט הוגן) אינן מנויות עם הזכויות שלא ניתן לגרוע מהן בשעת חירום לפי סעיף 4 לאמנה. ואולם ועדת זכויות האדם של האו"ם, בהערה פרשנית לסעיף 4, עמדה על כך שגרעיה מהזכויות לפי סעיף זה אינה יכולה לשמש הצדקה להפרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי או הוראות קוגנטיות אחרות של המשפט הבינלאומי, ובכלל זה צוינה במפורש כדוגמה גם ענישה קולקטיבית.<sup>45</sup>

## ענישה קולקטיבית במשפט האנגלי ובתקופת המנדט הבריטי

בשל ההשפעה של המנדט הבריטי על המשפט בישראל ובשטחי יהודה ושומרון שבשליטתה,<sup>46</sup> ראוי לסקור בקצרה גם את היחס לענישה קולקטיבית בהיסטוריה של המשפט האנגלי.

באנגליה של ימי הביניים, גברים בוגרים אוגדו בקבוצות שבאחריותן היה להסגיר כל עבריין מתוכן לרשויות החוק, ולא – הוטל עליהן קנס.<sup>47</sup> אחר כך, בשנת 1714 חוקק "חוק המהומות" (Riot Act), שהטיל על התת־מחוז קנט קולקטיבי שנגבה כמס בגין התפרעויות בשטחו והקנה זכות למי שרכושו ניזוק לתבוע את

45 Human Rights Comm., CCPR General Comment No. 29: Derogations During a State of Emergency (Article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (Aug. 31, 2001) ("States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by [...] imposing collective punishments")

46 כך למשל, הבריטים התקינו את תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בכללן תקנה 119, שמכוחה מוחרמים ונהרסים בתיהם של מחבלים. לעיתים קרובות נטען בעניין תקנה זו שמדובר בענישה קולקטיבית של בני משפחת המחבל, טענה שנחזור אליה בהמשך.

47 Levinson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 357–358. השיטה כוננה "frankpledge" והקבוצות של עשרה גברים שחויבו להחגד – "tithings".

התת-מחוז. המטרה המוצהרת הייתה לעודד התנגדות למי שמבקשים לחולל מהומות. האחריות הקיבוצית הוטלה ללא תלות בשאלה אם הפורעים עצמם נתפסו ונענשו.<sup>48</sup>

מעניין שהמנדט הבריטי הוריש למדינת ישראל את פקודת העונשין הקיבוציים.<sup>49</sup> במקרה שאזור מסוים נמצא "במצב מסוכן ופרוע", פקודה זו הסמיכה את הנציב העליון להורות על הגדלת כוח המשטרה במקום, והוצאות על תוספת הכוח הוטלו על כל זכר מגיל 18 המתגורר באזור.<sup>50</sup> על פי הפקודה, במקרה שנעברה עבירה או נגרם נזק לרכוש, ולמושל המחוז היה יסוד להאמין כי תושבי אזור מסוים עברו את העבירה, גרמו נזק, היו שותפים לדבר העבירה, סייעו לה, נמנעו מלהושיט עזרה כדי לגלות את העבריין או לעוצרו, סייעו לבריחתו של עבריין, נתנו לו מקלט או עשו קנוניה כדי להעלים עדות בעלת חשיבות על מעשה העבירה, ניתן היה לאחר חקירה להטיל קנס קולקטיבי על כל הזכרים הבוגרים באותו אזור ומתוך סכום זה לשלם למי שניזוק מהמעשה.<sup>51</sup> אם אחר כך נתפס העבריין, היה אפשר לגבות ממנו את הקנס ולהשיב לתושבים את ששילמו.<sup>52</sup> הפקודה בוטלה רק בשנת 1964.<sup>53</sup> הצעת החוק לביטול הפקודה הסבירה כך: "מאז קום המדינה לא הופעלו הסמכויות האלה. רצוי למחוק את פקודת העונשין הקיבוציים מספר החוקים, שכן עצם האפשרות הניתנת בה להטיל סנקציות קיבוציות באורח כולל על תושבי אזור מסויים, יש בה כדי לפגוע ברגשי הצדק ובמושכלות ראשוניים של התרבות המשפטית של ימינו".<sup>54</sup>

48 שם, בעמ' 360.

49 פקודת העונשין הקיבוציים, 1926 חא"י א 139 (להלן: פקודת העונשין הקיבוציים).

50 שם, בסי' 4.

51 שם, בסי' 5-6.

52 שם, בסי' 1.

53 חוק לביטול עונשין קיבוציים, התשכ"ה-1964, ס"ח 4.

54 הצעת חוק לביטול עונשין קיבוציים, התשכ"ד-1964, ה"ח 165. ההצעה הועלתה על ידי חבר הכנסת קלינגהופר.

ועדיין – האם בישראל אין פרקטיקות של ענישה קולקטיבית מכוח הדין גם ללא שימוש בשפה המפורשת של פקודת העונשין הקיבוציים? כדי לרדת לשורשם של דברים ולתת מענה על שאלה זו, הפרק הבא יעסוק בהגדרות של ענישה קולקטיבית ופגיעה קולקטיבית אחרת ובפרמטרים להערכת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית.

## ענישה קולקטיבית: הגדרה ופרמטרים להערנתה

### הגדרה

קשה לאתר בספרות הגדרה מקיפה ומדויקת של ענישה קולקטיבית. בפרק הקודם הזכרו הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי – תקנה 50 לתקנות האג וסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית. ואולם גם הוראות אלה אינן טומנות בחובן הגדרה מדויקת לענישה כזאת, והן מוגבלות בתחולתן לאוכלוסיית אויב שבשליטת מדינה בעת עימות מזוין.

לצורך מחקר זה בחרתי בהגדרה הזאת:

**ענישה קולקטיבית היא נקיטת פעולה שיש בה כדי לפגוע במישרין בזכות של אדם בגין מעשה שלא ניתן לייחס לו אחריות אישית לעשייתו. הפגיעה נעשית רק בשל השתייכותו לקולקטיב – דוגמת משפחה, יישוב או מיעוט אתני – שלאדם אחר מתוכו מיוחסת אחריות למעשה. מקרים שיש בהם פגיעה ישירה במי שאינו נושא באחריות אישית למעשה רק בשל השתייכותו לקולקטיב, אבל הפגיעה בהם אינה בזכות – יוגדרו במחקר "פגיעה קולקטיבית".**

מקרה שנפגעים בו מי שאינם אחראים למעשה אבל הפגיעה אינה ישירה נמצא מחוץ להגדרות של ענישה קולקטיבית ופגיעה קולקטיבית גם יחד.

כבר בשלב זה נדרשות כמה הבהרות למושגים שנעשה בהם שימוש בהגדרה.

### "פעולה"

דריל לווינסון (Levinson) במאמר שמבקש לבחון את ההצדקה של ענישה קולקטיבית בהקשר רחב יותר, מחוץ לגדרו של עימות מזוין ואף במישור של אחריות אזרחית ולא פלילית, מעדיף לדון בסנקציות ולא בעונשים, על מנת

לנתק את המושג מהמטען המוסרי המתלווה לעונש. הסנקציות יכולות להיות מוטלות על ידי מגוון של ישויות – ציבוריות ופרטיות.<sup>55</sup>

בכוונה תחילה לא השתמשתי במושג "ענישה", על מנת שלא לצמצם את ההגדרה להטלת עונש על ידי בית המשפט בדרכי הענישה המוגדרות בדיני העונשין לאחר הרשעה במשפט פלילי. ה"פעולה" שתיבחן כאן רחבה יותר הן בכל הנוגע לזהות הגורם המטיל אותה והן בכל הנוגע לאופי הסנקציות שמדובר בהן: לא רק הרשות השופטת יכולה להיות הגורם שמטיל אותן, אלא גם רשויות המינהל. הסנקציות אינן רק מאסר, קנס ועונשים דומים, אלא גם, למשל, הגבלת חופש התנועה.<sup>56</sup> גם במשפט הבינלאומי ההומניטרי, כפי שפורט בפרק הקודם, האיסור על ענישה קולקטיבית פורש לרוב ככולל לא רק עונשים פליליים אלא גם סנקציות מינהליות.<sup>57</sup>

## "במישרין"

מושג זה נועד להוציא מגדר ענישה קולקטיבית פעולה שמכוונת לענישתו של האחראי למעשה, או פעולה שיש לה תכלית מוחשית של מניעת פגיעה בציבור, גם אם פעולות אלה גורמות נזק נלווה למי שאינם אחראים למעשה. כלומר, במקרה שסובייקטיבית הפגיעה במי שאינו אחראי למעשה נעשתה שלא במתכוון, אלא היא תוצא לוואי לא רצוי, ואובייקטיבית ניתן להצביע על תוצא אחר מוחשי של ענישת האחראי או מניעת פגיעה בציבור, אין מדובר בענישה קולקטיבית.

למשל, אדם שעבר עבירה, עמד למשפט פלילי, הורשע ונידון לעונש מאסר. עונש המאסר מכוון במישרין להענשתו כאחראי לעבירה שהורשע בה. עם זאת, אם לאותו נידון יש משפחה התלויה בו, למשל ילדים קטינים, סביר להניח שילדיו ייפגעו מעונש המאסר. במישור הנפשי הם ייפגעו בשל התמעטות הקשר שלהם

55 Levinson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 376-377.

56 בהמשך הפרק אדון בנפרד בשאלה אם בגדרי ענישה קולקטיבית נכללה רק שלילת זכויות מוקנות או גם מניעת פריווילגיות.

57 Cohen, לעיל ה"ש 2.

עם אביהם, ובמישור החומרי המאסר עלול, למשל, למנוע מאביהם לעמוד בתשלומי המשכנתה על ביתם, וייתכן שייאלצו בעקבות זאת למכור את דירתם. עם זאת, מדובר בנזק נלווה להטלת עונש ישיר על האחראי ולא בנזק ישיר.<sup>58</sup> לכן אין מדובר בענישה קולקטיבית או בפגיעה קולקטיבית.<sup>59</sup> ובכל זאת, הגם שאין מדובר בענישה קולקטיבית או בפגיעה קולקטיבית, בעת גזירת העונש יש להביא בחשבון את הנזק העקיף למי שלא חטאו. ואכן, מדובר בנימוק, גם אם משני, בהבניית שיקול הדעת בענישה: בתוך מתחם העונש ההולם רשאי בית המשפט להביא בחשבון את ה"פגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם".<sup>60</sup>

דוגמה נוספת: בעקבות פיגוע ירי שנעשה מרכב ביישוב כלשהו הוקמו בו מייד נקודות בידוק בכל הכניסות והיציאות. בעקבות זאת אזרחים רבים התעכבו בדרכם. אף שהקמת נקודות הבידוק נועדה לתכלית מוחשית של לכידת מחבלים ומניעה של פעולת טרור נוספת, ואין מטרתה לעכב את האזרחים ולפגוע בהם, נגרם לאזרחים נזק. ואולם אין מדובר בענישה קולקטיבית או בפגיעה קולקטיבית. כלומר, נזק עקיף לרבים אינו הופך את הפרקטיקה לענישה קולקטיבית או לפגיעה קולקטיבית; לשם כך נדרש שהפגיעה ברבים תהיה ישירה. גם כאן, אף על פי שאין מדובר בענישה קולקטיבית או בפגיעה קולקטיבית, יש לשקול שיקולי מידתיות בנקיטת הפעולה. כך למשל, ייתכן שיהיה נכון לחסום לחלוטין את הכניסה והיציאה מהיישוב שבו בוצע הפיגוע למשך שעות ספורות על מנת לאפשר איתור של המחבלים. אבל המשך הצבת המחסומים לכמה חודשים, זמן העולה על הנדרש באופן סביר כדי לפעול לאיתור המחבלים, יהיה לא מידתי ופסול.

58 הביטוי "נזק נלווה" (collateral damage) שאול מן התיאור של נזק לאזרחים הכרוך בתקיפת מטרה צבאית לגיטימית בלחימה.

59 בכך אני סוטה מגישתו של לוינסון (Levinson, לעיל ה"ש 21), הטוען שסנקציות המוטלות באופן פורמלי על יחידים בגין מעשה שהם אחראים לו, יכולות דהפקטו להיות סנקציות קולקטיביות, אם יש להן השלכות על אחרים שאינם אחראים, דוגמת פגיעה במשפחה כתוצאה ממאסרו של בן משפחתם.

60 ס' 40(א2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

## ”בזכות”

לדעתי, יש להבחין בין שלילת זכויות מוקנות ובין מניעת פריווילגיות. הבחנה זו היא קו פרשת המים המבדיל בין ענישה קולקטיבית לפגיעה קולקטיבית. כך למשל, הזכות לחופש תנועה מוקנית לכאורה לתושבים בשטח כבוש,<sup>61</sup> כך שהטלת עוצר פוגעת בחופש התנועה שלהם. אם מוטל עוצר שלא לתכלית ביטחונית ספציפית – כמו למשל על מנת לאפשר את איתורו של מחבל נמלט סמוך לפיגוע – אלא כעונש קולקטיבי על תושבי הכפר שממנו יצא המחבל, מדובר בענישה קולקטיבית הפוגעת בזכויות. לעומת זאת, ניתן לטעון כי אין לתושבי השטחים זכות מוקנית לקבל היתרי כניסה לישראל לצורכי עבודה, מאחר שלמדינה ריבונית יש שיקול דעת מוחלט בנוגע לכניסה של זרים אליה.<sup>62</sup>

61 ס' 12 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 40. הספק בדבר חחולתה בשטח כבוש נובע מלשון ס' 2(1) לאמנה, המחיל אותה לכאורה על יחידים בשטח המדינה הכפופים לשיפוט, כחנאים מצטברים (within its territory and subject to its jurisdiction). עם זאת, בחוות דעתו המייעצת בעניין גדר הביטחון קבע בית הדין הבינלאומי לצדק כי האמנה חלה גם בשטח כבוש. בית המשפט העליון נמנע מנקיטת עמדה בשאלת חחולת האמנה, מתוך סברה שאין מחלוקת על קיומה של הזכות לחופש התנועה (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 24-27 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם באר"ש, 15.9.2005)).

62 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 50 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם באר"ש, 14.5.2006) (להלן: פרשת איחוד משפחות):

הנחת המוצא היא – נדרשנו לנושא זה בדברינו לעיל – כי מדינה, כל מדינה, אינה חייבת להתיר לזרים להיכנס אל תחומה, לא-כל-שכן שאין היא חייבת להתיר לזרים להתיישב בה דרך קבע או אף דרך ארעי. כך מורה אותנו עקרון-העל של ריבונות המדינה, עיקרון שממנו נגזרת זכותה של המדינה לקבוע מי רשאים להיכנס אליה ומי יזכו באזרחותה או בזכות להתגורר בה.

אציין כי עניין זה אף היה מקובל על דעת המיעוט בפסק דין זה, ראו פס' 100 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק:

אכן, מקובל עלי כי כל מדינה, לרבות מדינת ישראל, רשאית לקבוע לעצמה מדיניות הגירה. במסגרתה של זו, רשאית היא להגביל כניסתם של זרים (כלומר מי שאינם אזרחים או עולים לפי חוק השבות) לשטחה. אין המדינה חייבת לחת לזרים להיכנס לתוכה, להתיישב בה ולהפוך לאזרחיה. מפתח הכניסה למדינה נתון בידי המדינה. לזרים אין זכות לפתיחתה של הדלת.

לפיכך שלילה של היתרי כניסה לישראל לשם עבודה מתושבי הכפר שממנו יצא מחבל היא פגיעה קולקטיבית. פגיעה זו שוללת פריווילגיות ולא זכויות, ולכן אינה יכולה להיחשב לענישה קולקטיבית. גישה מרחיבה לאיסור של ענישה קולקטיבית שמה את הדגש על העובדה שהמדינה גורמת רעה לאדם שלא בשל אחריותו האישית, אלא בשל השתייכותו לקבוצה שיחידים מתוכה ביצעו עבירה. בכך יש פגיעה בכבוד האדם ושימוש בו כבאמצעי, בין שהפגיעה מוגדרת פגיעה בזכות ובין שהיא מוגדרת שלילת פריווילגיה. גישה מצמצמת להגדרה של ענישה קולקטיבית שמה את הדגש על חופש הפעולה של המדינה, כל עוד אינה פוגעת בזכויות מוקנות.

ייתכן שאפשר ליישב בין הגישות האלה בעזרת ההבחנה בין חובות המדינה כלפי אזרחיה ובני אדם שבשליטתה לבין חובותיה כלפי זרים. בכל הנוגע לסוג הראשון, המשפט החוקתי והמינהלי הוא שקובע את חובות המדינה ומסדיר אותן. ברוב המדינות קיימת זכות חוקתית לשוויון וחובה של רשויות המינהל לנהוג בשוויון.<sup>63</sup> לכן ממילא ההבדל בין הגישות מיטשטש: כל יחס שונה שלא על יסוד שיקול רלוונטי, בכלל זה אי-הענקת פריווילגיה המוענקת לאחר, הוא למעשה פגיעה בזכות מוקנית לשוויון. בכל הנוגע לזרים, המשפט הבינלאומי הוא שמסדיר את חובות המדינה כלפיהם; למדינה יש חופש פעולה כל עוד אין כלל של המשפט הבינלאומי האוסר עליה לפעול בדרך זו.<sup>64</sup> כשמדובר בענישה

63 בישראל הזכות לשוויון נגזרת מהזכות לכבוד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב. ראו למשל בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת, פס' 26, 34 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 21.4.2016). העתירה עסקה בחיוב פרישה כפויה בגיל 67.

64 כך נפסק לפני 90 שנה על ידי בית הדין הקבוע לצדק בינלאומי בפרשת לוטוס, *The Case of the S.S. Lotus Series A, 10, 18 (1927)*:

International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. *Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.* (ההדגשה שלי.)



קולקטיבית כלפי מי שאינם אזרחי המדינה ומי שנמצאים מחוץ לשטחה, ייתכן שהאיסור מוגבל למקרים שבהם קבוע כלל של המשפט הבינלאומי האוסר זאת. למשל, כלפי אוכלוסייה אזרחית בשטח כבוש, במקרה שהעונש שולל הגנות המוקנות לה לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.<sup>65</sup> כך גם במקרים שחל עליהם משפט זכויות האדם הבינלאומי, אך העונש מפר נורמות דוגמת הזכות לחירות, הזכות למשפט הוגן או האיסור על עונש בלתי אנושי, אכזרי או משפיל.

בהקשר זה מעניין שהפרשנות הרשמית (commentary) לאמנת ג'נבה הרביעית מבחינה בין "מעשי גמול" (reprisals), השוללים זכויות המוקנות באמנה, ואלו אסורים, לבין פעולות נגד אחרות (retortions), השוללות מעצורים אזרחיים את זכויות היתר שניתנו להם ואינן מתחייבות מהאמנה, שנוקטות בגלל הרעה דומה שנקט הצד שכנגד. במקרה השני, סבורים מחברי הפרשנות כי הפרקטיקה חוקית. מוסבר שם שדווקא השאיפה לשפר את תנאיהם של עצורים מעבר לסטנדרט המינימלי הקבוע באמנה, מחייבת שלא להרתיע את המדינות מלהגיע להסכמים מיוחדים בעניין על ידי שלילת אפשרותן לסגת מההסכם על בסיס היעדר הדדיות.<sup>66</sup>

במחקר זה שלילת זכויות נכללת בהגדרת ענישה קולקטיבית, ולכן היא אסורה באופן מוחלט. שלילת פריווילגיות תוגדר פגיעה קולקטיבית שיש לבחון את ההצדקה לה לפי פרמטרים שיפורטו בהמשך.

## "ישל אדם"

ענישה קולקטיבית עלולה להתבצע באמצעות העונשת כל המשתייכים לקולקטיב הרלוונטי, או באמצעות בחירה ביחיד, או ביחידים ספורים, מתוך אותו קולקטיב

65 כהן (Cohen, לעיל ה"ש 2, בעמ' 131-132) טוען כי עיון בהיגיון שברקע איסור זה מלמד שאין מדובר באיסור עצמאי אלא באמצעי לחיזוק האיסורים הקיימים במשפט הבינלאומי ההומניטרי. כלומר, כל אימת שיש איסור קונקרטי - לפגוע במוגנים, חיהם, רכושם - אין פטור מתחולת איסור זה, רק משום שיחידים המשתייכים לאותה אוכלוסייה ביצעו מעשים שליליים או אפילו הפרו את דיני הלחימה בראיית המדינה המפעילה את הענישה.

66 הפרשנות לאמנה הרביעית, לעיל ה"ש 24, בעמ' 227-229.

והטלת העונש עליהם. הבחירה יכולה להיות אקראית או מכוונת. למשל, בחירת דמויות בולטות או מנהיגים בקהילה שבה מדובר. אם הבחירה באדם או ביחידים אינה נעשית על סמך אחריות אישית למעשה שבגינו מוטל העונש, יהיה מדובר בענישה קולקטיבית.<sup>67</sup>

## ”הרמת מסך”: האם לראות בתאגיד קולקטיב או “אדם”?

שאלה מורכבת יותר היא כיצד ראוי להתייחס להטלת עונש על קולקטיב שהוא אישיות משפטית, כגון תאגיד, רשות מקומית, מדינה. מצד אחד, עונש המוטל על תאגיד לכאורה אינו עונש קולקטיבי. שכן העונש מוטל על אישיות נפרדת מאישיותם של הפרטים המעורבים בתאגיד. מן הצד האחר, יש הטוענים כי נדרש “להרים את המסך” על מנת להראות שבאופן מהותי, להבדיל מן הפורמלי, גם ענישת תאגיד היא סוג של ענישה קולקטיבית. כך למשל, כאשר מוטל קנס על תאגיד, משמעות הדבר בפועל היא נזק לכיסם של בעלי המניות, אף שייתכן שלא היו אחראים להתנהגות שבגינה הוטל הקנס.<sup>68</sup>

ככלל, בחרתי במחקר זה להוציא את העונש המוטל על תאגיד מגדרי הענישה הקולקטיבית שתיבחן כאן. ההנחה ביסוד בחירה זו היא שיצירת ישויות בעלות אישיות משפטית נפרדת היא אמצעי חברתי שיש לו הצדקות שונות, שלא כאן המקום להרחיב בנייתו. תאגיד הוא “עסקת חבילה”: מחד גיסא, הוא מקנה יתרונות שונים לפועלים באמצעותו ולמתקשרים עמו; מאידך גיסא, הוא גוזר חובות לבעלי התפקידים ולמעורבים בפעילותו. לא אחת החובות האלה נובעות מבעיות שנוצרות מפעולות התאגיד ומן הרצון שלא לאפשר לו להחציף עלויות על החברה כולה.<sup>69</sup> בעלי מניות ומנהלים בוחרים להיכנס לתאגיד, וברור שבחירה זו

67 Levinson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 376-377.

68 שם, בעמ' 370-371.

69 אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל 77-81 (1989). המחבר מנתח את הבעיות שבאכיפת הדין בחברה ומתייחס גם לטענת הענישה הקולקטיבית. הוא דוחה אותה בשלושה נימוקים שונים: הנזק לבעלי המניות הוא נזק עקיף ולא ישיר, בדומה לנזקם של בני משפחתו של עבריין הנשלח למאסר; היעדר סטיגמה ליחידים הכרוכה בענישת התאגיד, גם משום שהפגיעה היא חומרית (קנס) בלבד; קברניטי החברה נמצאים בעמדה אופטימלית למניעת עבירות בחברה, במילים אחרות, אין הם “חפים מפשע”.

מבוססת על הבנת הזכויות והחובות, היתרונות והחסרונות של פעולות במסגרת זו.<sup>70</sup> לאור ייחודיות זו, ההנחה היא שהאפשרות לגזור גזירה שווה מענישה של תאגיד לנקיטת אמצעי ביטחון העשויים להיחשב ענישה קולקטיבית היא מועטה.

עם זאת, יש חריג חשוב לבחירה זו – עונש המוטל על תאגיד לא בשל מעשה הקשור בניהולו ובקידום מטרותיו, אלא כאמצעי נוח לגביית קנסות מהאוכלוסייה. דוגמה לכך היא הקנסות הקולקטיביים שהטילה גרמניה בבלגיה הכבושה בזמן מלחמת העולם הראשונה, שנדונו בפרק הראשון. כך למשל, שלטונות צבא גרמניה הטילו קנס על בריסל ועל פרוור שלה בגין רצח של צעיר בלגי על ידי אדם לא ידוע, משום שהרצח בוצע באקדח, והממשל הצבאי אסר על החזקת נשק.<sup>71</sup> קשה לקשור את הקנס לתפקידיה של רשות מקומית, ונראה שהטלת הקנס באמצעותה נעשתה רק בגלל מנגנוני הגבייה הקיימים בה. כך, הכובש חסך לעצמו את הצורך לגבות ישירות את הקנס מכל תושב ותושב. מקרה מסוג זה צריך להיבחן כענישה קולקטיבית, אף על פי שהעונש מוטל לכאורה על תאגיד, משום שהרשות המקומית היא רק אמצעי להטלת עונש על האוכלוסייה המתגוררת בה. לעומת זאת, כאשר על תאגיד מוטל קנס בשל פעולה שביצע לשם קידום מטרותיו, למשל בשל זיהום הסביבה שגרם, יוצא הדבר מגדר הבחינה כאן.

## סנקציות כלפי רכוש (in rem)

האם נכון להגדיר ענישה קולקטיבית גם אירועים שבהם הסנקציה ננקטת כלפי רכוש המעורב בעבירה?

השאלה אינה מתעוררת במקרה שהרכוש בבעלותו הבלעדית של מבצע העבירה או של ארגון פשיעה או של ארגון טרור שבו מבקשים לפגוע. במקרה כזה, חילוט הרכוש אינו אלא אמצעי ענישה המבוסס על אחריות אישית. החילוט עשוי להתבצע נוסף לאמצעי ענישה אחרים (למשל מאסר), או במקומם (למשל אם העבריין נמלט).

<sup>70</sup> על המשמעות של יכולת הבחירה בכלל לעניין הענישה הקולקטיבית ירחב בהמשך הפרק.

<sup>71</sup> Garner, לעיל ה"ש 13, בעמ' 516-517.

כמו כן, לא מתעורר קושי במצב שבו החזקתו של הרכוש עצמו אסורה, למשל כשמדובר בסמים מסוכנים או בהחזקת כלי נשק ללא רישיון. במקרה זה אין מי שיכול לטעון כי נפגעה זכות מוכרת שלו.

ואולם מה בעניין רכוש שאינו בבעלות העבריין אבל שימש בביצוע העבירה? למשל, דירה ששימשה לסחר בסמים על ידי השוכר,<sup>72</sup> או כלי רכב ששימש בביצוע פיגוע, והוא בבעלות קרובו של המפגע? גם במצבים כאלה יש לדייק ולצמצם את תיאור הבעיה: אם הבעלים ברכוש ידע על השימוש המתוכנן ברכושו וחפץ בכך או נתן את ידו לכך, ייתכן שאפשר לראות בו שותף לעבירה, ועל כן יש לו אחריות אישית. ליבת השאלה עוסקת במקרים אחרים: כאשר הבעלים של הרכוש לא ידע על השימוש הפלילי המתוכנן ברכושו, ואין הוא נושא באחריות אישית לעבירה – האם חילוט רכושו ייחשב לענישה קולקטיבית?

ניתן לטעון כי חילוט הרכוש בנסיבות אלו אינו ענישה קולקטיבית, שכן תכלית החילוט אינה להעניש את הבעלים של הרכוש והיא מכוונת לרכוש עצמו. לדעתי, אין לקבל טענה זו. לרכוש אין לייחס "אשמה", ואין הוא סובל מנזק בשל חילוטו. הניזוקים מחילוט הרכוש הם רק בעלי הזכויות בו, שזכותם נשללת. במקום שבו הבעלים נושא באחריות אישית לעבירה שבה השתמשו ברכושו, החילוט עשוי להיות חלק מהעונש המוטל עליו בשל אחריותו האישית. לעומת זאת, במקום שבו אין אפשרות לייחס לבעלים אחריות כלשהי לשימוש הפסול שנעשה ברכושו, החילוט ייחשב לענישה קולקטיבית לכל דבר ועניין.

## **"בגין מעשה": ענישה קולקטיבית, אפליה ותיוג (profiling)**

ענישה קולקטיבית אמורה להתבצע בתגובה למעשה מסוים. היא עשויה להיות גם צופה פני עתיד, במובן זה שמטרתה תהיה הרתעת הרבים מביצוע המעשה בעתיד. אבל רגליה נטועות בעבר, במעשה שבוצע ובתגובה עליו. נדרש קשר

72 בית המשפט העליון בארצות הברית אישר פינוי מדיר ציבורי בשל עבירת סמים שבוצעה בדירה, אף כי השוכרת לא ידעה על העבירה והייתה באותו זמן בטיפול רפואי. ראו *Dep't of Hous. & Urban Dev. v. Rucker*, 535 U.S. 125, 134 (2002), וכן הדיון כאן: Laura Peterson, *Collective Sanctions: Learning from the NFL's Justifiable Use of Group Punishment*, 14 *TEX. REV. ENT. & SPORTS L.* 165, 165, 178 (2013). (להלן: Peterson).

סיבתי ישיר בין התנהגות בלתי רצויה של חבר בקולקטיב ובין הטלת עונש על חברים אחרים בקולקטיב זה וכוונה לקשור בין המעשה לבין העונש.

המדינה עלולה לפגוע במתכוון בזכותו של אדם בשל השתייכותו לקולקטיב כלשהו מסיבה שאינה עניינית. פרקטיקה כזו עלולה להיחשב לאפליה פסולה, אבל לא בהכרח תיחשב לענישה קולקטיבית. פרקטיקה מפלה יכולה להינקט כלפי אדם בשל השתייכותו לקבוצה אתנית עקב דעה קדומה הגורסת שבני הקבוצה מוכשרים פחות ללימודים אקדמיים, למשל. אם הפגיעה אינה מתבצעת כתגובה עונשית להתנהגות בלתי רצויה ומוגדרת של חלק מבני הקבוצה, מן הסתם אין מדובר בענישה קולקטיבית אלא באפליה.

בעיה מורכבת יותר מעוררת תופעת התיגו (profiling). מדובר בפרקטיקה של ניהול סיכונים. על פיה, רמת הסיכון הנובעת מאדם מסוים נקבעת לפי מידת התאמתו לפרופיל, שהורכב ממקבץ של מאפיינים שנמצאו קשורים סטטיסטית לרמת הסיכון. כך למשל, חברות ביטוח גובות פרמיה גבוהה באופן ניכר תמורת ביטוח תאונות לכלי רכב שנוהג בו נהג צעיר (עד גיל 24).<sup>73</sup> ההבחנה בין נהג צעיר לבין נהגים בוגרים מבוססת על סטטיסטיקה בעניין מעורבותם הגדולה יותר של נהגים צעירים בתאונות. אין היא מבוססת על הערכה אישית לגבי הנהג הצעיר כמועד יותר לתאונות. ייתכן שצעיר מסוים הוא נהג זהיר יותר מנהגים מבוגרים ממנו, ולמרות זאת הוא ישלם פרמיה גבוהה יותר בשל השתייכותו לקבוצת הנהגים הצעירים. באופן דומה, מגורים באזור מסוים המועד לפריצות לדירות או לגניבות רכב עלולים להעלות את הפרמיה של ביטוח הדירה או הרכב של הגרים באזור. קרוב יותר לענייננו, בדיקה סטטיסטית עשויה להעלות כי הסבירות שגבר מוסלמי צעיר יהיה מעורב בטרור נגד תעבורה אווירית גבוהה יותר מן הסבירות שנוסע אקראי יהיה מעורב בפעילות כזו. בעקבות זאת הרשויות המאבטחות את התעבורה האווירית עשויות להחליט כי נוסע העונה לפרופיל זה ייבדק בדיקות יסודיות יותר מנוסעים אחרים. גם אם ההבחנה מבוססת על סטטיסטיקה אובייקטיבית, תיוג עלול לעורר תחושות של אי־צדק ואפליה, בעיקר כשסיווג כזה מבוסס על מאפיינים אתניים. על אחת כמה וכמה שקבוצת הטרוריסטים

73 מיכל רז־חיימוביץ' "בדיקה 'גלובס': ביטוח רכב לנהג צעיר יקר פי שניים" גלובס 20.11.2012.

כולה היא קבוצה זעירה בקרב כלל הנוסעים, וכמעט כל הנוסעים השותפים לפרופיל ה"בעייתי" אינם טרוריסטים, ובכל זאת הם יהיו חשופים ליחס שונה ומכביד.

תיוג עשוי להתבסס גם על מידע סטטיסטי בנוגע למעורבות בעבירות קודמות של מי שמשתייכים לאותה קבוצה של האדם שלגביו מוערך הסיכון. אם יינקטו כלפי אדם אמצעים מכבידים עקב מעורבות גבוהה של בני קבוצתו בעבירות קודמות, יחסית לאוכלוסייה כולה, דוגמת בדיקות יסודיות יותר בנמל התעופה, ניתן לכאורה לטעון כי מדובר בענישה קולקטיבית בשל מעשים שעשו בני קבוצתו. עם זאת, לטעמי הדמיון מטעה. אומנם העבירות הקודמות משפיעות על קביעת הפרופיל, והפרופיל שנקבע עלול להכביד על מי שמאפייניו נכללים בו. ואולם אין בתיוג כוונה להעניש בגין מעשים קודמים, אלא שהוא מביא לידי ביטוי אפשרויות של מניעת אירועים וסיכולם, והזיקה בין המעשים הקודמים ובין ה"עונש" היא סטטיסטית בלבד.

תיוג הוא פרקטיקה מורכבת המצדיקה ניתוח נפרד.<sup>74</sup> אולם לצורך עבודה זו תיוג אינו ענישה קולקטיבית ולא פגיעה קולקטיבית.

74 ראו למשל FREDERICK SCHAUER, PROFILES, PROBABILITIES, AND STEREOTYPES (2006). כן ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, יתיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47 (2009).

## **"אחריות אישית": ענישה קולקטיבית וגבולות האחריות הפלילית האישית**

המשפט הפלילי מאפשר להטיל אחריות אישית על אדם גם בגין מעשה שלא היה המבצע הישיר והיחיד שלו. אם חבורה של בני אדם מבצעת במשותף עבירה, כל אחד מהם יהיה אחראי לביצועה, גם אם באופן אישי ביצע רק חלק מהמעשים הנדרשים לביצועה.<sup>75</sup> גם מי שלא ביצע מעשה הנדרש לביצוע עבירה, אך שידל אחר לבצעה<sup>76</sup> או סייע לעשייתה בתרומה ליצירת התנאים לביצועה, למשל על ידי מעשה שמסייע למניעת תפיסת המבצע או למניעת גילוי העבירה, נושא באחריות אישית בגינה.<sup>77</sup>

זאת ועוד, על מי שנמצא במעגל הרחב יותר של מבצע העבירה מוטלת לעיתים אחריות פלילית שאינה נגזרת מהעבירה אלא מתבטאת בעבירה עצמאית. כך למשל, עבירה של אי-מניעת פשע מטילה אחריות על מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא פעל בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע את עשייתו או את השלמתו.<sup>78</sup> כך גם מי שנותן מקלט או מסייע להחביא אדם שיש לו יסוד להניח שהוא עריק משירות הביטחון, עובר גם הוא עבירה עצמאית ונפרדת מן העריקות.<sup>79</sup> אך לאחר ביצוע העבירה, מי שמפרסם דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה או הזדהות עימו, יימצא אשם בעבירה, אם על פי תוכנו

75 ס' 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

76 שם, ס' 30.

77 שם, ס' 31.

78 שם, ס' 262. ראו גם העבירה של חיפוי על עבירה מעבירות ביטחון המדינה, שם, בס' 95: כן ראו העבירה של אי-מניעת מעשה טרור לפי ס' 26 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור).

79 ס' 109(ג) לחוק העונשין.

של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור.<sup>80</sup>

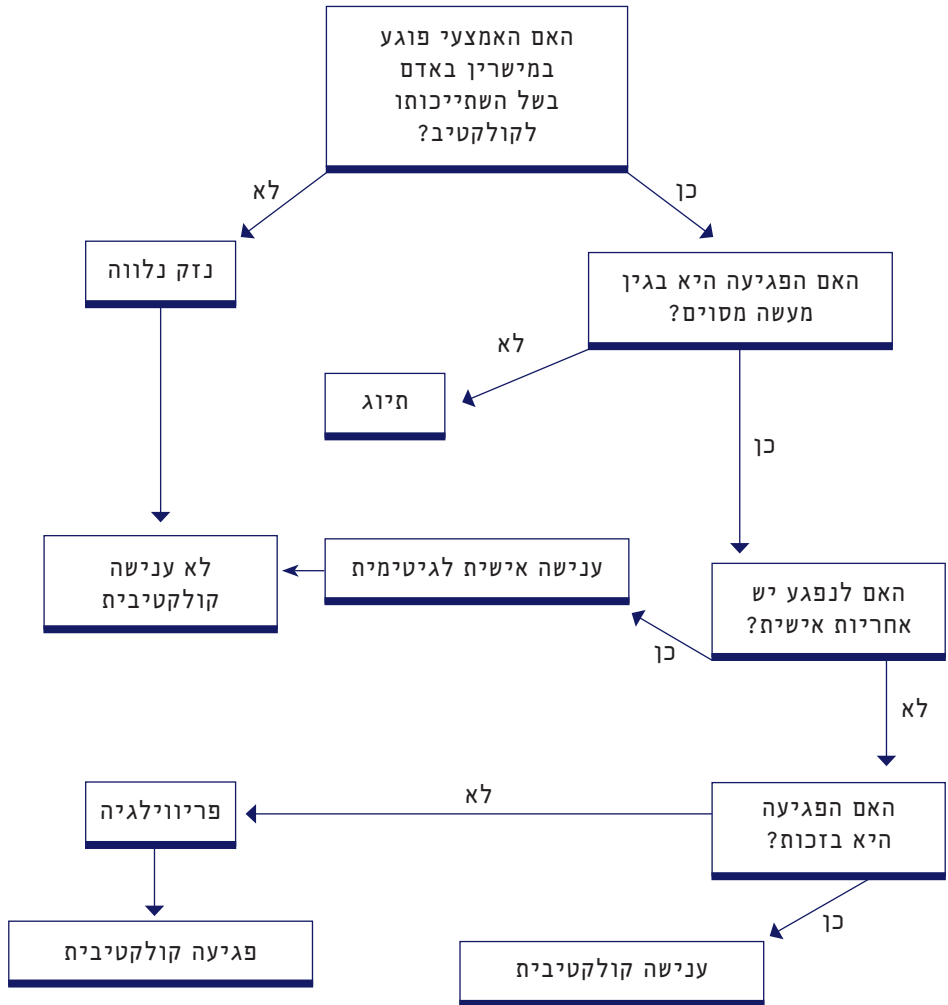
כל מי שמוטלת עליו אחריות פלילית לפי הוראות אלו או הוראות דומות להן, אינו נענש ענישה קולקטיבית. הענישה הקולקטיבית מתחילה במקום שבו האחריות הפלילית האישית מסתיימת. על כן, בחינתנו את המושג "ענישה קולקטיבית" לא כוללת דיון בעבירות נגזרות או בעבירות עצמאיות, שניתן לייחס לבני האדם שסובבים את מבצע העבירה העיקרי.

עם זאת, חשוב לתת את הדעת לכך שקו הגבול בין ענישה קולקטיבית לאחריות אישית איננו אחיד בשיטות משפט שונות, ואינו קבוע בשיטת המשפט בישראל. הרחבת האחריות הפלילית האישית בחוק עשויה לתת מענה פורמלי שיוציא את הענישה מתחום הענישה הקולקטיבית, אך לא בהכרח מענה מהותי לחששות שביסוד ההתנגדות לענישה קולקטיבית.

לסיכום, תרשים 1 מתאר את תהליך הבדיקה אם אמצעי מסוים הוא משום ענישה קולקטיבית, פגיעה קולקטיבית או פגיעה נלווית אחרת.



**תרשים 1**



## הטיעונים נגד ענישה או פגיעה קולקטיבית

שני טיעונים מועלים לרוב נגד ענישה קולקטיבית:

### 1. ענישה קולקטיבית כשלילת האוטונומיה האינדיווידואלית ותפיסת הפרט כחלק בלתי נפרד מהכלל

לפי הטיעון הראשון, ענישה קולקטיבית נובעת מתפיסה ארכאית שאינה רואה בפרט ישות אוטונומית האחראית למעשיה, אלא רק חלק מקולקטיב, שהוא היחידה הבסיסית הנושאת בזכויות ובחובות. דוגמה לגישה כזאת ניתן למצוא בחוקי חמורבי, שלפיהם עונשו של בנאי שהתרשל, ולכן הבית שבנה התמוטט והרג את בנו של בעל הבית, הוא המתת בנו של הבנאי.<sup>81</sup> המתת הבן לא נועדה להעניש אותו בגין מעשי אביו, שעליהם אינו אחראי, אלא קשורה לתפיסה שהבן אינו ישות עצמאית ואוטונומית אלא שלוחה של אביו, כאיבר מאיבריו. המתתו נועדה לגמול לאביו באותו מטבע של כאב ונזק שגרם הבנאי לבעל הבית שהתמוטט, והיא נעשית מכוח העיקרון "עין תחת עין, שן תחת שן".

### 2. ענישה קולקטיבית כפגיעה בכבוד האדם בשל השימוש בו כבאמצעי

הטיעון השני מתמודד עם גישה תועלתנית שאינה שוללת אחריות אישית בדרך כלל. גישה זו גורסת כי ענישת הפרט שלא על יסוד אחריותו האישית עשויה להיות אמצעי יעיל על מנת לקדם התנהגות רצויה בקרב הקולקטיב כולו. הטיעון נגד גישה זו מתבסס על ההשקפה הקאנטיאנית הגורסת כי יש לראות בכל פרט תכלית כשלעצמה, ולא להשתמש בו בתור אמצעי להשגת תכליות אחרות.

<sup>81</sup> The Code of Hammurabi, King of Babylon, art. 229-230 (Robert Francis Harper trans., 1904). חוקים אלה מקורם לפני כ-3,800 שנה.

עמדה זו נגד השימוש ביחיד בתור אמצעי הובעה במפורש בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **קלפי המיקוח**.<sup>82</sup> בפרשה זו נשאלה השאלה אם ניתן להחזיק במעצר מיוהלי אדם שממנו עצמו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה, רק כדי שישמש "קלף מיקוח" במשא ומתן לשחרורם של שבויים או נעדרים מקרב כוחות הביטחון. שאלה זו התעוררה בנוגע לפעילי חיזבאללה שנעצרו בישראל לשם קידום משא ומתן לשחרורו של הנווט השבוי רון ארד. בית המשפט העליון בדיון הנוסף השיב על שאלה זו בשלילה. הנשיא ברק מצטט מפסק דינו, נשוא הדיון הנוסף, את הדברים הללו:

כאשר המעצר נעשה בניסיונות בהן העצור מהווה "קלף מיקוח", הרי יש בכך פגיעה חמורה בכבוד האדם, שכן העצור נתפס כאמצעי להשגת מטרה ולא כמטרה בפני עצמה. המעצר פוגע, בניסיונות אלה, באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו. מעצרו של המערער אינו אלא מצב בו המפתח לכלאם של בני אדם מצוי בידי אחרים ולא בידיהם. זה מצב קשה.<sup>83</sup>

אציין כי לא הייתה תמימות דעים בבית המשפט העליון בסוגיה זו. דעת המיעוט בדיון הנוסף סברה כי די בכך שהעצורים קשרו את גורלם בארגוני הטרור; אף אם במעצרו משתמשים בהם כבאמצעי, יש בכך הצדקה מאחר שתכלית המעצר היא פדיון שבויים המוחזקים בידי ארגונם.<sup>84</sup>

כך או כך, לפי ההגדרה שהצעתי, מעצרו של "קלפי המיקוח" היה בגדר ענישה קולקטיבית, שכן זכותם לחירות נפגעה במישרין בגין מעשה (החזקת שבויים ישראליים) שלא ניתן לייחס להם אחריות אישית להתמשכותו למרות השתייכותם לארגון המחזיק בשבויים.

אין ספק כי הטיעון המוסרי שלפיו יש להכיר בפרט כתכלית כשלעצמה, ואין לנהוג בו בתור אמצעי להשגת תכלית אחרת, הוא טיעון חזק ובר תוקף. השאלה

82 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 12.4.2000) (להלן: פרשת קלפי המיקוח).

83 שם, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

84 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט חשין.

היא אם מדובר בטיעון שתוקפו מוחלט או שהוא עשוי לסגת בפני שיקולים אחרים בנסיבות מסוימות.

בהקשר זה ראוי להזכיר את פסק הדין שנתן בית המשפט העליון בהרכב מורחב של תשעה שופטים, ועניינו היה החוקתיות של תיקון לחוק שהתיר להחזיק מסתננים במשמורת במשך שלוש שנים.<sup>85</sup> אחת מתכליותיו של התיקון הייתה בלימת תופעת ההסתננות באמצעות הרתעתם של השוקלים להסתנן. השופטת ארבל עמדה על הבעייתיות של תכלית כזאת הכרוכה בהתייחסות לפרט כאל אמצעי ולא כמטרה, והזכירה בדבריה את פרשת **קלפי המיקוח**. עם זאת קבעה כי "במצב קיצוני בו הופכת התכלית לחיונית ביותר עבור קיומה של המדינה ושמירתה על האינטרסים הבסיסיים ביותר שלה, ניתן יהיה להצדיק תכלית זו, וזאת על אף הפגיעה הקשה והעוצמתית בחירותו של המסתנן". השופט הנדל, בדעת מיעוט באותו פסק דין, היה מוכן לתת להרתעה מקום רחב יותר. אשוב לשאלה זו בהמשך הדין.

## **הטיעון בעד ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית (בנסיבות מסוימות): הקולקטיב כמנוע הפרת חוק או כאוכף חוק יעיל יותר מהמדינה**

לעיתים קשה או בלתי אפשרי לגורם אכיפה חיצוני לאתר את האחראי הישיר למעשה. לעומת זאת, לקולקטיב לעיתים קל יותר למנוע מראש מעשה של חבר מחבריו, לאתר בדיעבד את האחראי ולהסגירו או להענישו במסגרת הקולקטיב. הדעת נותנת כי האיום בפגיעה קולקטיבית יתמרץ את הקולקטיב לפעול, וכך לא תידרש פגיעה קולקטיבית בפועל. למעשה, מדובר בהפרטה או באצילה של

85 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס' 85-93 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 2-5 לפסק דינו של השופט הנדל ופס' 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם באר"ש, 16.9.2013). כל השופטים הסכימו שהתיקון לחוק אינו מידתי.

אכיפת החוק מהמדינה לקולקטיב, על יסוד התפיסה שעלויות אכיפת החוק יהיו נמוכות יותר ויעילות האכיפה גבוהה יותר.<sup>86</sup>

פגיעה קולקטיבית, לפי תפיסה זו, אינה מבוססת על תפיסה מוסרית של אחריות ואשמה של הקולקטיב אלא על תפיסה פונקציונלית (תועלתנית) – הקולקטיב בעמדה טובה יותר לשלוט על התנהגותו של היחיד מהשלטון הכללי.

דוגמה מקובלת ליישום מודרני של תפיסה זו קשורה להתמודדות עם דיג מופרז.<sup>87</sup> הסברה היא שדיג מופרז פוגע באפשרות של הדגה להתחדש ועל כן מניעתו היא אינטרס של הכלל. סברה נוספת היא שקשה לאתר ולהעניש דיג יחיד שאחראי לדיג יתר, אבל בסוף עונת הדיג אפשר לעמוד על מצבו של אזור הדיג בכללותו. מבחינתו של כל דיג יחיד, עדיף לדוג בכמות המרבית, שכן הסיכון שייתפס נמוך והתרומה של כל יחיד לפגיעה באזור הדיג קטנה. בעיה זו מכונה לעיתים "בעיית הטרמפיסט" (free rider), כלומר מי שמעוניין ליהנות מהמוצר הציבורי בלי לשאת בעלות השגתו או שימורו. אם הדיג יבחר שלא לדוג דיג יתר אך חבריו ידונו יתר על המידה, הוא עלול לצאת קירח מכאן ומכאן – גם ירוויח פחות מחבריו בעונה זו וגם יישא בנזק של התמעטות הדגה בעונה הבאה. לעומת זאת, אם ידוג דיג מופרז וחבריו יקפידו שלא לעשות כן, ירוויח פעמיים – גם בעונה זו וגם בעונה הבאה, שכן השפעתו של דיג יתר של דיג יחיד על אזור הדיג כולו שולית. התוצאה של מבנה תמריצים כזה הוא דיג יתר של כולם בטווח הקצר, והכחדת מקור מחייתם בטווח הארוך.

מצב זה עשוי להימנע אם יוטל קנס קולקטיבי על כל דיג במקרה שבתום העונה יימצא שנעשה דיג יתר. הקנס יהיה גבוה מן התועלת שהיחיד עשוי להפיק מדיג יתר, ועל כן כל הדייגים יימנעו מדיג כזה לטובת האינטרס שלהם בטווח הארוך. בפועל, מן הסתם לא יהיה צורך להטיל את הקנס הקולקטיבי.<sup>88</sup> יתר על כן,

86 את הטיעון המפורט והמנומק ביותר בזכות גישה זו מצאתי אצל לוינסון (Levinson, לעיל ה"ש 21).

87 Irwin Lipnowski, *A Partial Rehabilitation of the Principle of Collective Punishment*, 8 CAN. J.L. & Soc. 121 (1993). (להלן: Lipnowski).

88 היה מי שטען שיתכן שאיום בענישה קולקטיבית שסביר שלא יידרש לממשו בעיית פחות מהבחינה המוסרית מהטלת העונש הקולקטיבי הלכה למעשה, ראו Lipnowski,

אם העלויות של הגברת האכיפה לשם האיתור וההענשה של דייגים החורגים ממכסתם יוטלו על כל הדייגים,<sup>89</sup> והעלויות האלה גבוהות מן הקנס הקולקטיבי הכולל, גם במנותק מן השיקולים לטווח ארוך בשימור הדגה מוטב לדייגים להסתכן בקנס קולקטיבי קטן מן העלות הווודאית של אמצעי אכיפה מוגברים.

דוגמה אחרת היא הטלת אחריות מורחבת על קושרים לעבירות של שותפיהם לקשר הפלילי. קשר פלילי הוא צורה של פעילות פלילית מאורגנת, שסכנתה לסדר החברתי עולה על הסכנה מפשיעה של יחידים. יש שיטות משפט שבהן על קושר מוטלת אחריות סולידרית. כלומר, כל אחד מהקושרים אחראי לכל עבירה שנעברה בידי כל אחד משותפיו לקשר לשם קידום מטרת הקשר, אפילו נעברה בלא השתתפותו וללא ידיעתו מראש.<sup>90</sup> באופן דומה, מבצעים בצוותא של עבירה יישאו באחריות לעבירה שעבר אחד מהם, גם היא שונה או נוספת על העבירה המתוכננת, אם סביר שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות עשייתה.<sup>91</sup> כלומר, האחריות מורחבת ליסוד נפשי אובייקטיבי של רשלנות, הגם שמדובר בעבירות של מחשבה פלילית.<sup>92</sup>

הטענה היא שהרחבות האחריות הללו של קושרים או שותפים לעבירה הן צורה של ענישה קולקטיבית שנועדה להשפיע בכמה דרכים אפשריות: ראשית, ליצור תמריץ בתוך קבוצת העבריינים לפקח על מעשי האחרים מחשש לענישה בגינם; שנית, הרחבת אחריותם של חברים זוטרים יחסית בקבוצה מאפשרת לרשויות האכיפה, אם ייתפסו, להפעיל עליהם לחץ להסגיר את המשתתפים האחרים

שם, בעמ' 125. ברור שהאיום לא ישיג את מטרתו אם לא ייתפס כאמין, אולם בהחלט ייתכן שאיום גרום למצב שבו רק לעיתים רחוקות יידרש לממש.

89 למשל, באמצעות אגרת דיג המממנת הוצאות שיטור ימי לתפיסת דייגים חורגים.

90 בישראל, זה היה המצב המשפטי עד תיקון מס' 39 לחוק העונשין. ראו דברי הסבר לס' 60 לחוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 115 (להלן: תיקון לחוק העונשין).

91 ס' 34 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 60.

92 אם העבירה היא עבירה של כוונה, יישאו המבצעים בצוותא באחריות לפי יסוד נפשי של אדישות בלבד. ראו שם.

בקשר, כתנאי להקלת דינם; שלישית, הרחבה זו עשויה להרתיע עבריינים מלהצטרף לקשר, בעיקר כזה שבראשו עומדים עבריינים מסוכנים.<sup>93</sup>

## **שיקולים להערכת פגיעה קולקטיבית**

לצורך עבודה זו בחרתי, כאמור, להרחיב מעבר להגדרת גבולותיה של הענישה הקולקטיבית כאיסור מוחלט ולנסות ולעמוד על פרמטרים או שיקולים רלוונטיים להחלטה אם פגיעה קולקטיבית, שאינה ענישה קולקטיבית, מוצדקת. במחקר המכוון לגיבוש מדיניות יש יתרון לגישה המאפשרת להציג ולבחון את מרב האינטרסים ולצייר תמונה רחבה יותר של הנושא. איסור מוחלט נוטה להתפרש בצמצום ובשל כך הוא עלול להותיר מחוץ לו פרקטיקות בעייתיות. מובן שגם לגישה יחסית יש חסרונות, בעיקר של עמימות ואי־בהירות. השילוב המיטבי הוא אפוא הגדרת תחום מצומצם של איסור מוחלט (ענישה קולקטיבית) ובציודו תחום רחב יותר (פגיעה קולקטיבית אחרת), שבו נדרש לשקול את השיקולים הרלוונטיים קודם להכרעה אם ראוי לפסול את הפרקטיקה.

### **1. מטרת הפגיעה: גמול או הרתעה**

לצורך הערכת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית – האם אפשר לתת משקל לתכלית העומדת ביסודה? בעיה מקדמית עלולה להיות הערכת התכלית האמיתית שביסוד הפגיעה, להבדיל מהתכלית המוצהרת, במקרה שהרשויות הצהירו על תכלית כזאת. לעיתים התכלית המוצהרת עלולה להיות מסווה לתכלית האמיתית.

כאשר המטרה, האמיתית או המוצהרת, העומדת ביסוד הפגיעה הקולקטיבית היא גמול או נקמה, כלומר התפיסה ש"מגיע" לקבוצה שהעונש מוטל עליה להיענש בגין מעשה שעשה יחיד המשתייך אליה, נראה ברור יותר שהפגיעה

פסולה, בהיותה מנוגדת לתפיסה הליברלית המודרנית של אחריות אישית. תפיסה גורפת הקובעת שכל המשתייכים לקולקטיב ראויים להיענש בשל מעשה של יחיד או יחידים בקרב, גם ללא אחריות אישית לאותו מעשה, תיפסל לפי הטיעון הראשון נגד ענישה קולקטיבית, כפי שהוצג לעיל.

עם זאת, נדמה כי נדירים המקרים שבהם גמול או נקמה הם התכליות המוצהרות של פגיעה קולקטיבית. ייתכן שהדבר משקף קונסנזוס רחב בדבר פסלותה של פגיעה קולקטיבית מטעמים אלה. לפיכך לעיתים תכופות יותר תוצג הפגיעה הקולקטיבית כאמצעי יעיל למניעת הישנות המעשה שבגינו היא מוטלת באמצעות הרתעת המשתייכים לקולקטיב מפני חזרה עליו בעתיד.

לא אחת נעשה שימוש בהרתעה ובמניעה כמילים נרדפות, אלא שיש להבחין ביניהן: מניעה עניינה שלילת היכולת לחזור על עבירה; הרתעה עניינה שלילת הרצון לחזור על עבירה. למשל, חילוט רכבו של עבריין תנועה עשוי למנוע ממנו לחזור ולעבור עבירות תעבורה חמורות; לעומת זאת, הטלת עונש מאסר המותנה בעבירה נוספת מאותו סוג עשויה להרתיע את העבריין מלשוב ולבצע עבירה דומה. ואולם פגיעה קולקטיבית עשויה לסייע בהרתעה לא במניעה – אם היא פועלת, היא משפיעה על רצונו של היחיד המשתייך לקולקטיב לעבור את העבירה ועל רצונו של חברי הקולקטיב האחרים למנוע ביצוע עבירה שעלולה לגרום לפגיעה בהם.

כאמור לעיל, גישה תועלתנית המצדיקה פגיעה קולקטיבית משיקולי הרתעת הרבים איננה נשענת על אי־הבחנה בין אחריות אישית לאחריות קולקטיבית. עם זאת, על גישה זו להתמודד עם הטיעון נגד ענישה קולקטיבית – דהיינו, פעולה המשתמשת ביחיד בתור אמצעי להשגת מטרה שמחוץ לו ובכך פוגעת בכבוד האדם ובזכותו שיראו בו תכלית כשלעצמו.

להבדיל משיקולי גמול שפניהם מופנים לעבר, קרי ביצוע עבירה שצריך לגמול עליה ועל חומרתה בנסיבות שבהן בוצעה, שיקולי הרתעה מופנים לעתיד, קרי למנוע את הישנותה של התנהגות בלתי רצויה. פסיקת בית המשפט העליון שדנה בשאלה אם אמצעי מסוים הוא משום ענישה קולקטיבית הבחינה לעיתים בין ענישה לבין הרתעה וקבעה שאם מטרת האמצעי היא הרתעה, אין לראות



בכך ענישה קולקטיבית.<sup>94</sup> לעניות דעתי, הנגדה זו שגויה – יש חפיפה מסוימת בין הרתעה וענישה מאחר שהרתעה היא אחת ממטרות הענישה. על כן תכלית של הרתעה אינה שוללת את סיווג האמצעי כענישה קולקטיבית. ניתן להנגיד בין מטרה של גמול או נקמה לבין מטרה של מניעה או הרתעה, אבל כל המטרות הללו עשויות לדור בכפיפה אחת בענישה, עם היררכיה ביניהן או בלעדיה.

כך למשל, בתיקון לחוק העונשין הנוגע להבניית שיקול הדעת בענישה נקבע כי העיקרון המנחה הוא עקרון ההלימה.<sup>95</sup> כלומר, קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה ונסיבותיו ומידת אשמתו של הנאשם ובין סוג העונש המוטל עליו ומידתו.<sup>96</sup> עיקרון זה הוא הלכה למעשה שיקול הגמול,<sup>97</sup> והוא השיקול המרכזי הקובע את מתחם העונש ההולם שבתוכו נגזר העונש. המחוקק מאפשר לחרוג לחומרה ממתחם העונש ההולם מטעמי הגנה על שלום הציבור, כלומר אם "יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור".<sup>98</sup> טעם זה, הלכה למעשה, הוא שיקול של מניעה. בכל הקשור להרתעת הרבים, המחוקק הכיר בהרתעה כשיקול בענישה, אך זהו השיקול הנמוך ביותר במדרג ההיררכי. אם בית המשפט מוצא שצריך להרתיע את הרבים מפני עבירה מסוג זו שעבר הנאשם, ויש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, הוא רשאי להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שלא יחרוג ממתחם העונש ההולם.<sup>99</sup> דעת הרוב בוועדת גולדברג, שהדוח שלה הניח את התשתית לחקיקה בעניין, אף שזו עברה שינויים לא מעטים, התייחסה במפורש לנימוק

94 כך נפסק שוב ושוב בעניין הריסת בתי מפגעים לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ראו לאחרונה גם בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון, פס"כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 4.7.2017). (להלן: עניין אבו חדיר).

95 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102.

96 ס' 40 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 60.

97 דברי ההסבר לס' 40 בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ס"ח 446.

98 ס' 40 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 60.

99 ס' 40 לחוק העונשין, שם.

השני שהוזכר לעיל נגד ענישה קולקטיבית בהסבר שלה למעמד המוגבל שניתן להרתעת הרבים:

ספק הוא אם החמרה בעונש לשם הרתעה כללית מתיישבת עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משמעות ההרתעה הכללית (במובן המקובל) הוא גרימת סבל עודף לנאשם כדי להשפיע בכך על הזולת שלא יעבור עבירה, כשהנאשם הינו אמצעי להגשמת מטרה עונשית ז.<sup>100</sup>

מדברים אלו אפשר להסיק שלוש מסקנות החשובות לעניינו: ראשית, ענישה והרתעה אינן קטגוריות נפרדות לחלוטין. הרתעה היא גם יעד מיעדי הענישה. התכלית של הרתעה אינה שוללת את סיווגה של פעולה מסוימת כפעולת ענישה; שנית, אפילו אם ישנה אחריות אישית פלילית, המחוקק הישראלי הסתייג מהחמרת העונש מעבר לעונש ההולם רק בשל טעמים של הרתעת הרבים. מקל וחומר, גישה זו צריכה להשליך על הקושי להצדיק פגיעה קולקטיבית שאינה מבוססת על אחריות אישית מטעמים של הרתעה; שלישית, מעניין שבהקשר של ענישה פלילית, המחוקק הישראלי הביא בחשבון את הנימוק השני נגד ענישה קולקטיבית, דהיינו השימוש בפרט כאמצעי להשגת תכלית אחרת, ואולם אין בקיומו של נימוק זה כדי לסכל לחלוטין את האפשרות לשקול שיקולים של הרתעה.

## 2. חומרת הנזק לאינטרס הציבורי של המעשה שבגיננו נעשית הפגיעה הקולקטיבית והסיכון לחזרתו

מן הטעמים שפורטו לעיל, מאחר שנקודת המוצא היא שגם פגיעה קולקטיבית שאינה ענישה קולקטיבית בעייתית מאוד מבחינה מוסרית, על מנת שהשיקול המוסרי ייסוג מפני צורך השעה – הרתעה מפני מעשים דומים – יש לדרוש לכל הפחות כי המעשה שמפניו מנסים להרתיע באמצעות ענישה קולקטיבית יהיה מעשה חמור הפוגע בפגיעה ניכרת באינטרס הציבורי. מעשי רצח, הפוגעים בזכות

100 הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין דין וחשבון פס' 13 לדעת הרוב (1997). ראו גם את העמדה השונה של דעת המיעוט, בעמ' 49-50 לדוח.

הבטיסית ביותר, הזכות לחיים, הם המקרה המובהק של חומרה. עבירות של פגיעה בגוף אף הן חמורות יותר בדרך כלל מעבירות של פגיעה ברכוש.

חומרת הפגיעה באינטרס הציבורי צריכה להתבטא לא רק בטיבו של המעשה היחיד, אלא גם בסבירות שיחזור על עצמו. מעשה חמור, אבל חד-פעמי, ללא יסוד להעריך כי יחזור על עצמו בקרב הקבוצה הרלוונטית, כלומר שאינו "מכת מדינה", אין בכוחו להצדיק פגיעה קולקטיבית. לעומת זאת, אם מעשה טרור מסוים נעשה בקרבת זמן לפיגועים קודמים, ונוסף לכך ניתן להצביע על גורמים בעלי משקל ציבורי המשבחים את ביצוע הפיגוע ומעודדים חזרה עליו, פגיעה קולקטיבית המיועדת להפחית את הסבירות לחזרת המעשה עשויה להיות מוצדקת.

### **3. פגיעה קולקטיבית כמוצא אחרון: היעדר אפשרות או קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר**

במקרה שניתן לאתר את האחראי לעבירה ולהענישו בגינה, ענישה אינדיווידואלית יכולה לענות לכאורה גם על צרכי ההרתעה. ניתן כמובן לטעון כי פגיעה קולקטיבית יכולה לתמוך בהרתעה ולחזקה, גם אם היא מוטלת נוסף לענישה אישית. אולם בשל הבעייתיות המוסרית של פגיעה קולקטיבית והקושי למדוד את מידת ההרתעה הדרושה, איזון נכון בין השיקולים המוסריים והתועלתניים מחייב, לכל הפחות, חֲזָקָה נגד פגיעה קולקטיבית, במקום שבו ניתן להטיל ענישה אישית.

להיעדר האפשרות להטיל עונש אישי יכולות להיות סיבות אחדות: ראשית, ייתכן שקשה לאתר את מבצע העבירה. הדבר יכול לנבוע מאי-שיתוף פעולה של הקבוצה שבקרבה הוא פועל עם הרשויות, בין מחמת פחד מפני נקמה במקרה של הלשנה ובין מתוך הזדהות עם העבריין או עם מעשיו. הדבר עלול לנבוע גם מהיעדר שליטה או משליטה רופפת בשטח שבו בוצעה העבירה או במקום שבו נמצא העבריין. כך למשל, אם מתנהל בשטח עימות מזוין ושולט בו ארגון חמוש הנלחם בכוחות הממשלה, לרשויות אכיפת החוק קשה לבצע פעולות חקירה לאיתור העבריין.

שנית, ייתכן שקשה או בלתי אפשרי להגיע אל מבצע העבירה על מנת להעמידו לדין ולהענישו אף שזהותו ידועה. קושי זה יכול לנבוע גם הוא מחוסר שליטה

בשטח שבו העברייני נמצא או מתמיכה של האוכלוסייה המעניקה לו מחסה. כמו כן, ייתכן שהעברייני אינו בין החיים, כמו במקרה של מחבל מתאבד, המתפוצץ עם חגורת נפץ בקרב אזרחים. גם לאחר שזהותו מתבררת, אין את מי להעניש. יתר על כן, במקרה זה גם הרתעה אינה יכולה להתבסס על איום בענישה אישית; שהרי מי שנכונים להתאבד לא יירתעו מפני איום בעונשי מאסר ואפילו ממושכים. מקרה אחר של היעדר אפשרות להעניש את מבצע העבירה אף שידועה זהותו הוא כשמדובר בעברייני קטין שגילו צעיר מגיל האחריות הפלילית.<sup>101</sup>

שלוש הערות נוספות מתבקשות לעניין זה: ראשית, באשר להבדל בין היעדר האפשרות להעניש את האחראי לבין הקושי להענישו. בדרך כלל פגיעה קולקטיבית היא אמצעי שהמאמץ הכרוך בו מועט מן המאמץ הכרוך באיתור האינדיווידואל האחראי וענישתו. אולם אין די בכך כדי להצדיק פגיעה קולקטיבית, וראוי להעדיף ענישה אישית גם כאשר המשאבים הכרוכים בכך עולים באופן ניכר על הנדרש לשם פגיעה קולקטיבית. הקושי בהטלת ענישה אישית צריך להיות גבוה מאוד על מנת להצדיק שקילה של פגיעה קולקטיבית.

שנית, באמצעים שיש למצות בטרם נשקלת פגיעה קולקטיבית נכללת גם האחריות הפלילית הנגזרת והאחריות המוטלת באמצעות עבירות עצמאיות על המעגל הרחב יותר סביב מבצע העבירה – העונש משדלים, מסייעים לאחר מעשה, מי שידעו על העבירה ולא מנעו אותה ובעלי אחריות דומה עדיפה מפגיעה קולקטיבית ועשויה לתרום להרתעה בעתיד מפני שיתוף פעולה עם מעשים דומים או עצימת עיניים ויצירת קשר של שתיקה סביבם.

שלישית, אין להניח כנקודת מוצא את החובה להעניש בגין מעשה, ולכן אם לא יהיה אפשר להעניש את הפרט האחראי, מן ההכרח לנקוט פגיעה קולקטיבית. יש לשאול אם אפשר להתמודד עם התופעה, למנוע אותה או להרתיע מפניה, ללא שימוש בפגיעה קולקטיבית.

101 בישראל – 12 שנים. ראו ס' 134 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 60. אציין כי באירוע שבו משמש הקטין בחור כלי לביצוע העבירה בידי אדם אחר, החוק מטיל את האחריות על האדם האחר, למרות היעדר אחריותו הפלילית של הקטין (ראו ס' 29(ג)(1), שם). הבעיה המתוארת כאן עולה במקום שבו הקטין לא משמש כלי בידי אחר.

#### 4. חומרת הפגיעה הקולקטיבית

השם הרע שיצא לענישה הקולקטיבית מבוסס במידה רבה על ההיסטוריה של מעשי זוועה שבוצעו בעיקר בזמן מלחמה וכלפי אוכלוסייה בשטח כבוש, כפי שפורט בפרק הראשון. העלאה באש של כפרים שלמים על תושביהם בעקבות פגיעה של לוחמים לא־סדירים בכוחות הצבא הכובש היא דוגמה מובהקת לפרקטיקה שעליה יש וצריך להיות איסור מוחלט. על בסיס הרקע ההיסטורי הזה, יש שהאיסור על ענישה קולקטיבית פורש במשפט הבינלאומי ההומניטרי כאיסור שאינו עצמאי, אלא כאיסור שנועד לחזק את האיסורים וההגנות הקיימים על אזרחים מוגנים, כלומר מי ששוהים בשטח כבוש או בידי של הצד שכנגד.<sup>102</sup> כך למשל, איסור זה נועד למנוע אפשרות לעקוף את האיסור להרוג אזרחים מוגנים בנימוק של ענישה על מעשי יחידים מקרב האוכלוסייה, אם לא ניתן לייחס להם אחריות אישית.

נשאלת השאלה מה דינם של אמצעי ענישה שאינם אסורים כשלעצמם. כך למשל, קנסות קולקטיביים שימשו פרקטיקה רווחת בזמן מלחמת העולם הראשונה, גם לאחר שהאיסור על ענישה קולקטיבית נקבע בתקנות האג, והם לא נתפסו כפסולים כשלעצמם אלא רק בנסיבות מסוימות.<sup>103</sup> היום, בהתחשב בהוראת סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית, קנסות קולקטיביים כלפי אוכלוסייה בשטח כבוש אסורים, אבל, כפי שפורט לעיל, יש יסוד להניח כי שלילת טובות הנאה או זכויות יתר מבני אדם מוגנים, גם אם שלילתן מופעלת בתגובה למעשה של האויב, אך הם עצמם אינם אחראים לו – איננה אסורה.<sup>104</sup>

שלילת טובות הנאה או זכויות יתר פוגעת פגיעה משתנה בחומרתה. הואיל וכך, מן הראוי שעוצמתה של פגיעה זו תישקל בבחינת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית.

102 Cohen, לעיל ה"ש 2, בעמ' 131-132.

103 Garner, לעיל ה"ש 13, בעמ' 511-512. וראו את הפירוט בפרק הראשון.

104 הפרשנות לאמנה הרביעית, לעיל ה"ש 24, פס' 227-229.

## 5. סוג הקולקטיב הנפגע

סוג הקולקטיב שבו מדובר צריך להיכלל גם הוא בשיקולים להערכת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית. הסוג הבעייתי ביותר הוא קבוצה אתנית, גזעית, משפחה או שבט, בייחוד קבוצות מיעוט. טעם אחד לכך הוא היעדר הבחירה בהשתייכות לקבוצה. נוסף על כך, ככל שהקבוצה שמדובר בה נתונה לאפליה וסובלת מדעות קדומות, הקריטריון הזה "חשוד" ויש חשש כי פגיעה קולקטיבית בה אינה אלא אמתלה לנקיטת אמצעי נוסף להתעמרות בה.

הבעייתיות הזאת פוחתת כשמדובר בפגיעה בחברי קולקטיב המבוסס על חברות וולונטריות, כגון אגודה מקצועית או שותפות עסקית. אפשרות הבחירה – להשתייך לקולקטיב או שלא להשתייך אליו – מקטינה את הפגיעה באוטונומיה של הפרט, אם הפגיעה בו נגרמת בעקבות מעשיו של חבר אחר בקולקטיב. הפרט יכול להעריך מראש את מידת הסיכון של הפגיעה בו בשל השתייכות לקולקטיב ולבחור שלא להצטרף אליו או לפרוש ממנו, אם להרגשתו אין בכוחו למנוע התנהגות בלתי רצויה של חברים אחרים.

מתקבל על הדעת כי הבחירה להשתייך לקולקטיב נובעת מן היתרונות שמציע הקולקטיב לחבריו. הנאה מן היתרונות של חברות בקולקטיב עשויה להצדיק נשיאה באחריות בגין נזקים שהקולקטיב גורם. בפרטנות יתר, אם חברי הקולקטיב כולם נהנים ממעשה פסול של אחד מהם, אפשר לומר שההגינות מחייבת שיישאו גם בעלות של מעשה זה.<sup>105</sup>

הבעייתיות פוחתת עוד יותר כאשר מדובר בחברי קולקטיב שמלכתחילה מטרתו היא פלילית – ארגון פשע, קושרים או שותפים לעבירה. במקרה זה לאפשרות הבחירה מצטרפת העובדה שמטרת הקולקטיב היא אנטי-חברתית. ככל שחבריו מודעים לכך ובוחרים בכך, אי-אפשר לומר עליהם שהם נקיי כפיים מבחינה מוסרית, אפילו אם מבחינת החוק קשה לייחס להם אחריות פלילית למעשה מסוים שביצע חבר אחר בקולקטיב. באופן יחסי, יש הצדקה גדולה יותר לפגיעה

105 יש שכינו את העיקרון הזה "העיקרון המר-מתוק" (bittersweet benefits). בעבריה יתכן שאפשר לומר: "אם מדובר – אזי גם מעוקצו". ראו Peterson, לעיל הר"ש 72, בעמ' 172.

קולקטיבית בהם כאמצעי להרתיע מביצוע עבירות או מעצם ההתארגנות הפלילית.

נשאלת השאלה אם ניתן להצדיק פגיעה קולקטיבית במשתייכים לקולקטיבים מסוימים שמטרתם לאו דווקא אנטי-חברתית. הדוגמה המיידית העולה על הדעת בהקשר זה היא היחידה הצבאית. גם במדינה דמוקרטית המחויבות לערכים ליברליים, הצבא הוא אמצעי שנועד להגן על המדינה ועל אזרחיה. כפועל יוצא, החיילים מוגבלים בחירותם יותר מהאזרחים, בין שהגבלה זו וולונטרית, כשמדובר בצבא מקצועי המבוסס על מתנדבים, ובין שיש חובת שירות צבאי.<sup>106</sup> על מנת שצבא יהיה אפקטיבי במימוש יעדיו, עליו לפעול ברמות תיאום ושיתוף פעולה גבוהות מאוד בין יחידותיו ובתוך היחידות עצמן. זאת ועוד, לערבות ההדדית בין החיילים ולנכונותם לסכן את עצמם על מנת לסייע לחבריהם בלחימה יש חשיבות רבה מאוד. על רקע צרכים מיוחדים אלה של הארגון הצבאי, אפשר לטעון כי יש הצדקה מיוחדת לפגיעה קולקטיבית בכל אנשי היחידה הצבאית כדי להגביר את רמת הסולידריות בקרב החיילים ולהטמיע את תפיסת הערבות ההדדית ואת הצורך בפעולה מתואמת בתוכה.<sup>107</sup>

דוגמה נוספת הנשאבת מהספרות עוסקת בקבוצות ספורט. קבוצות אלה נדרשות לפעול בתיאום כדי להשיג מטרות משותפות, ולעיתים קרובות מקובל לפגוע בהן פגיעה קולקטיבית בגין התנהגות של שחקן אחד. למשל, פגיעה

106 ס' 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע כך: "אין מגבילים זכויות שלפי חוק יסוד זה של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות". קיומה של פסקה זו בנפרד מפסקת ההגבלה הכללית, המאפשרת לפגוע בזכויות אזרחים, מצביע לכאורה על האפשרות להגביל באופן מיוחד את זכויותיהם. ראו עוד אצל אליקים רובינשטיין "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון" עיוני משפט כא 21, 31-32 (1997).

107 Levinson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 388.

באמצעות הפחתת נקודות, משחק בהרכב חסר עקב הרחקתו של שחקן שביצע עבירה<sup>108</sup> או הרחקה ממגרש ביתי עקב התנהגות פרועה של אוהדיהן.<sup>109</sup>

## 6. האפקטיביות הצפויה של פגיעה קולקטיבית

כאמור לעיל, הנכונות לתת לגיטימציה כלשהי לפגיעה קולקטיבית, למרות הקושי המוסרי שהיא מעוררת, מבוססת על איזון בין המחיר המוסרי לבין התועלת שבפגיעה לצורך מניעת התנהגות פסולה. מתבקש אפוא שיעילותה של הפגיעה הקולקטיבית בנסיבות הרלוונטיות צריכה להיות תנאי מוקדם לשקילת ההצדקה של הפעלתה.

לשם הערכת היעילות של הפגיעה הקולקטיבית אתייחס לשני מאפיינים רלוונטיים של הקולקטיב שכלפיו מופנית הסנקציה, לתוצרים אפשריים בעייתיים של פגיעה זו ולאפשרות להעריך הרתעה.

**מידת הסולידריות והומוגניות של הקולקטיב**  
 בני אדם מתארגנים בקולקטיבים על מנת לקדם מטרות משותפות – כלכליות, חברתיות או רוחניות – שקשה או בלתי אפשרי להשיג לבד. ככל שיכולתם של חברי הקבוצה לשתף פעולה זה עם זה בקידום מטרות משותפות גדולה יותר, כך האיום בפגיעה קולקטיבית בקבוצה יהיה יעיל יותר. כל קולקטיב חייב לקיים מערכת של תמריצים או סנקציות על מנת להבטיח שכל חברי הקבוצה יתרמו להשגת המטרה המשותפת, ולא יהיו "טרמפיסטים" (free riders). יש קולקטיבים שמשיגים מטרה זו באמצעות חוזים הניתנים לאכיפה בבתי המשפט. כך למשל, היחסים בחברה עסקית בין בעלי המניות לבין עצמם, בינם לבין ההנהלה ובין ההנהלה לבין העובדים מבוססים על חוזים. ככל שקולקטיב קטן יותר והומוגני יותר, כך עומדים לרשותו כלי השפעה רבים יותר על חבריו.

<sup>108</sup> Peterson, לעיל ה"ש 72, בעמ' 177-178. המחברת מציגה את האפשרות להצדיק ענישה קולקטיבית בגלל אופיין הייחודי של קבוצות ספורט. ואולם בסופו של דבר עמדתה היא כי ניתן להצדיק זאת באופן רחב יותר.

<sup>109</sup> דור בלך "בשל קריאות גזעניות: משחק רדיוס לבני יהודה" ערוץ הספורט 7.2.2018.



כלים אלה אינם פורמליים ואינם מותנים בסיועה של המדינה להפעלתם. לדוגמה, אובדן הערכה של החברים בתוך אגודה מקצועית עלול להרתיע אחרים מפני הפרת הנורמות המקובלות באגודה. בקהילה דתית האיום בחרם, בְּיוֹש (shaming) והרחקה מהקהילה עלולים אף הם להיות אפקטיביים מאוד. ככל שהקולקטיב גדול יותר, חבריו שונים מהותית זה מזה, היחסים ביניהם הדוקים פחות וערכיהם המשותפים ברורים ומוסכמים פחות, כך ייטה הקולקטיב ליצור מוסדות פורמליים פנימיים לשם אכיפת הנורמות שבתוכו.<sup>110</sup>

פגיעה קולקטיבית מנצלת את יכולת האכיפה הפנימית של הקולקטיב, ועל כן תהיה יעילה יותר ככל שיכולתו של הקולקטיב למשטר את התנהגות חבריו גדולה יותר. עם זאת, הסיבתיות פועלת גם בכיוון ההפוך: לפגיעה קולקטיבית יש השפעה מגבשת על הקולקטיב, הנאלץ לפתח מנגנונים כדי להתמודד עמה.<sup>111</sup> למשל, יש הטוענים כי מטרה חשובה של הטלת עונשים קולקטיביים על יחידות של טירונים בצבא היא לפתח ערבות הדדית ולתרום לגיבוש היחידה.<sup>112</sup>

### האם החברות בקולקטיב וולונטריות, ועד כמה קשה להצטרף לקבוצה או לעזוב אותה?

לגורם זה השפעה מורכבת על יעילותה האפשרית של פגיעה קולקטיבית. מצד אחד, יכולתה של הקבוצה להרחיק חבר כסנקציה על עשיית מעשה שגרם לפגיעה קולקטיבית, או לסרב לקבל חבר בגלל הסיכון שמעשיו יובילו לפגיעה קולקטיבית, הם אמצעי אכיפה שעשויים להרתיע מפני התנהגות בלתי רצויה. אמצעים אלה אינם עומדים לרשות קבוצה שההשתייכות אליה אינה נתונה לשינוי, כמו במקרה של קבוצה אתנית או משפחה. מן הצד האחר, אם החברות וולונטריות, האפשרות לפגיעה קולקטיבית בקבוצה עלולה לא רק לגרום לחברים לעזוב אותה, אלא גם לאחרים שלא להצטרף אליה, אם מתגבשת אצלם ההערכה

110 Levinson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 373-376.

111 שם, בעמ' 386.

112 שם, בעמ' 388.

שהסיכון שיתנהגו התנהגות הגוררת את הפגיעה נמוך.<sup>113</sup> תופעה זו עלולה לגרום להקטנת הקבוצה ולהעלאת רמת הסיכון של התנהגות בלתי רצויה בקרבה.<sup>114</sup>

### תוצרי לוואי בעייתיים של ענישה או פגיעה קולקטיבית

כאמור לעיל, לפגיעה קולקטיבית יש השפעה מגבשת על הקבוצה. השפעה זו עשויה לסייע לקבוצה להשיג מטרות אחרות שאינן קשורות לפגיעה הקולקטיבית. אם מטרות אלה רצויות חברתית, אין הדבר מעורר קושי; ואולם אם מדובר בארגון פשע, לשיפור יעילותו יהיו השלכות חברתיות שליליות.<sup>115</sup>

השלכות שליליות אחרות עשויות לנבוע מן האמצעים שינקטו הקולקטיבים על מנת להתמודד עם הפגיעה הקולקטיבית. לדוגמה, כדי לאתר את היחיד שאחראי לעבירה שבגינה הוטלה הפגיעה הקולקטיבית במטרה להענישו או להסגירו לשלטונות, עלולה הקבוצה לעקוב באופן חודרני אחרי חבריה ולפגוע פגיעה ניכרת בפרטיותם – כלים שאינם מקובלים נורמטיבית ביחסים שבין המדינה לאזרחיה.

נוסף לכך, הקולקטיב עלול להטיל ענישה דרקונית בתוך הקבוצה על יחיד האחראי לעבירה, שאף היא נוגדת נורמות מקובלות במדינה. כך למשל, בדוגמה

113 עם זאת, יחידים שונאי סיכון עשויים להעדיף להצטרף לקבוצה בכל זאת, בשל העדפת סיכון גדול יותר לסנקציה קולקטיבית קטנה יחסית (בשל התפזרות הסנקציה על חברי הקבוצה) על פני סיכון נמוך יותר לסנקציה אישית גבוהה, אם לא יהיו חברים בקבוצה. כמו כן, לחברים יכולים להיות תמריצים אחרים להישאר בקולקטיב למרות האיום בענישה קולקטיבית. למשל, השקעה בקולקטיב שלא תוחזר להם אם יעזבו.

114 הסיכון הזה אופייני בהקשר של ביטוח, ועל מנת למנוע אותו חברות הביטוח מציעות לעיתים קרובות פרמיות משתנות על פי רמת הסיכון. כך יוצרים למעשה קבוצות נפרדות והומוגניות יחסית מבחינת רמת הסיכון. ראו Levinson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 391-392. על הברירה של חבר בקבוצה ששביעות רצונו מתפקודה פוחתת לעזוב את הקבוצה (exit) או לנסות לשנות "מבפנים" ולהשמיע את קולו (voice) ראו גם ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE, AND LOYALTY (1970).

115 Levinson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 388.

של קבוצת הטירונים, החיילים עלולים לנקוט אלימות קשה והשפלה כלפי חבר בקבוצה שבגללו פעם אחר פעם נושאים כולם בעונשים.<sup>116</sup>

בעיות שונות במהותן עלולות להיווצר אם הקולקטיב בוחר באסטרטגיה אחרת להתמודד עם איום הפגיעה הקולקטיבית: במקום לפעול לאיתור העבריין, להענשתו או להסגרתו לשלטונות, הקולקטיב עלול להחליט לפעול להסתרת העבירה. מטבע הדברים הקבוצה תהיה יעילה יותר ביכולתה לפעול כך בהשוואה ליחיד.<sup>117</sup>

במקרה קיצוני יותר הקולקטיב עלול להתגייס למרד גלוי ברשות החיצונית האוכפת. ענישה קולקטיבית עלולה לעורר רגשות של עוול וחוסר צדק בקרב חברי הקולקטיב, ואלו יהוו זרז להתקוממות. ככל שהמדינה חלשה יותר והקולקטיב הנפגע חזק יותר, כך גדל הסיכון לפעולות כאלה.<sup>118</sup>

## האם פגיעה קולקטיבית עשויה ליצור הרתעה יעילה?

מדידת היעילות של הרתעה אינה פשוטה כלל ועיקר. לכאורה, די למדוד את רמת הפשיעה הרלוונטית לפני הטלת הפגיעה הקולקטיבית ולאחריה – אם רמת הפשיעה יורדת ירידה ניכרת, אפשר לומר שהפגיעה הקולקטיבית משיגה הרתעה יעילה.

אלא שמבט נוסף מעלה כמה בעיות: ראשית, לא ניתן לבדוק את היעילות לפני שמפעילים את האמצעי, ולו באופן ניסיוני; שנית, גם אם רמת הפשיעה יורדת, ייתכן שהדבר נבע מטעמים אחרים ולא בשל הפגיעה הקולקטיבית. שהרי במציאות החברתית גורמים רבים משפיעים במקביל, וקשה לבודד אחד מהם ולהוכיח כי הוא הסיבה להתפתחות מסוימת; שלישית, ההפך נכון גם הוא: גם אם רמת הפשיעה הרלוונטית עולה או נשארת ללא שינוי לאחר הפעלת הפגיעה

116 שם, בעמ' 386-388.

117 שם, בעמ' 389-390.

118 שם, בעמ' 390-391. המחבר נותן דוגמה להטלת ענישה קולקטיבית במעשי צרפת באלג'יריה, ויש הטוענים שענישה זו הגבירה את התמיכה במאבק לעצמאות מצרפת.

הקולקטיבית, אין הדבר מוכיח את אי־יעילותה של הפגיעה הקולקטיבית. שכן ייתכן שרמת הפגיעה הייתה עולה עוד יותר לולא בלמה זאת הפגיעה הקולקטיבית. ואכן, מחקרים מלמדים שכאשר בסיס הנתונים רחב דיו, אפשר לזהות את כלל הגורמים המשפיעים ולבודד בכלים סטטיסטיים מתקדמים את השפעתו של אמצעי המיועד להרתיע.<sup>119</sup>

יש הסבורים שבהיעדר הוכחה אמפירית ליעילותה של ההרתעה בכלל והפגיעה הקולקטיבית בפרט, נשמטת הקרקע מפני הצדקתה גם לפי עמדה תועלתנית.<sup>120</sup> מנגד, בית המשפט העליון עמד על הקשיים המתודולוגיים שבמדידת הרתעה. לפיכך הוא הסתפק, בקשר לשאלה אם הריסת בתים של משפחות מחבלים מרתיעה, בממצאי מחקר אמפירי שהעלה כי ההריסה גורמת בטווח הקצר להפחתה מיידית במספר פיגועי ההתאבדות היוצאים מאותו תא שטח וכן במידע נקודתי שנמצא בידי אנשי מודיעין הפועלים בשטח בדבר הלכי רוח ובעקבות זאת מאמצים של קרובים לשכנע בן משפחה להימנע ממעורבות בטרור שתסכן את בתייהם. עוד הסתמך בית המשפט על ממצאי מחקרים חדשים מתחומי הפסיכולוגיה של הטרור והתיאוריה של ההרתעה, שלפיהם ניתן להרתיע גם טרוריסטים.<sup>121</sup>

אשר להיבט האמפירי של הרתעה, ראוי להזכיר גם את הממצאים בכל הנוגע להשפעה המרתיעה של ענישה "רגילה" שמוטלת על ידי בתי המשפט. ועדת דורנר עסקה בעניין ומצאה כי אין בסיס מחקרי לתפיסה שהחמרה בענישה מגבירה את ההרתעה הכללית. עם זאת, ישנן עדויות מחקריות לא מעטות כי הגדלת הסיכוי להיתפס והמיידיות של העונש עשויים במקרים רבים

119 ראו למשל מחקר המראה כי הריסת בתי מחבלים גורמת בטווח הקצר להפחתה מיידית במספר פיגועי ההתאבדות היוצאים מאותו תא שטח: Efraim Benmelech, Claude Berrebi, & Esteban F. Klor, *Counter-Suicide-Terrorism: Evidence from House Demolitions*, 77 U. CHI. J. POL. 27 (2015)

120 עמיחי כהן וטל מימרן עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים: חשיבה מחדש 46 (מחקר מדיני 112, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

121 בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פס' 7-14 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם באר"ש, 31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט).

להרתיע.<sup>122</sup> ממצאים אלה מעידים לכאורה על הפוטנציאל המרתיע שיש בפגיעה הקולקטיבית, שכן היא מבטיחה ודאות שמישהו ייפגע בשל העבירה ולעיתים שכל חברי הקולקטיב הרלוונטי ישלמו על כך מחיר. ייתכן גם שהיעדר הליכים פלייליים רגילים להוכחת האשמה תורם ליכולת לנקוט סנקציה מיידית. ואולם חוסר ההוגנות המתפרשת של פגיעה קולקטיבית והתפיסה שממילא ייפגע מי שאינו אחראי אישית, דווקא עלולים לעורר התנגדות לגורם שהטיל אותה ולתחושה של הפרט ש"אין לו מה להפסיד".

כך או כך, נדמה שיש לחייב בתור דרישה מינימלית את זיהוי הנסיבות ומאפייני הקולקטיב כדי שיצביעו, לכל הפחות, על האפשרות שמנגנון ההרתעה יעבוד. כפי שתיארתי לעיל, סולידריות והומוגניות יחסית של הקבוצה הם תנאים מוקדמים ליעילות האפשרית של פגיעה קולקטיבית. על החברים בקולקטיב להיות בקשרים קרובים זה לזה, כך שתהיה להם גישה פוטנציאלית למידע על עבירה מתוכננת. עליהם גם להיות בעלי יכולת השפעה על הזומם לעשות עבירה כדי להניאו מכך, או בעלי יכולת מעשית לדווח לרשויות במועד שיאפשר את מניעתה. כך למשל, בשכונה עירונית מנוכרת, שבה השכנים כמעט שאינם מכירים זה את זה, סביר להניח שאיום בפגיעה קולקטיבית על תושבי השכונה לא יהיה יעיל.<sup>123</sup> לעומת זאת, במשפחה מתקיים התנאי של קשרים קרובים ומידע רב יחסית על בני משפחה אחרים. עם זאת, היכולת להשפיע על בני משפחה אחרים מותנית בדרך כלל בתרבות הייחודית ובזהות בן המשפחה. לדוגמה, ייתכן שאב המשפחה בחברה פטריארכלית יוכל למנוע מבנו לבצע מעשה טרור, אם יתמרץ לכך באמצעות איום של פגיעה קולקטיבית; אבל ייתכן שלבני משפחה כזאת אין יכולת למנוע מהאב לעשות מעשה טרור.

122 הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון הוועדה 18-20 (2015).

123 בכפוף למה שנאמר על יכולתה של ענישה קולקטיבית לחזק את הסולידריות בקבוצה הרלוונטית.

## סיכום ביניים: מהותן של ענישה קולקטיבית ופגיעה קולקטיבית והשיקולים להערכתן

כאמור, הגדרתי ענישה קולקטיבית כך: נקיטת פעולה שיש בה כדי לפגוע במישרין בזכות של אדם בגין מעשה שלא ניתן לייחס לו אחריות אישית לעשייתו. הפגיעה נעשית רק בשל השתייכותו לקולקטיב – דוגמת משפחה, יישוב או מיעוט אתני – שלאדם אחר מתוכו מיוחסת אחריות למעשה.

### מה נכלל בהגדרה:

- אמצעים שנוקטות רשויות מינהליות ולא רק עונשים פורמליים שמטיל בית המשפט לאחר הרשעה במשפט פלילי.
- העונש כל היחידים המשתייכים לקולקטיב או חלק מהם, בין שנבחרו באקראי ובין שנבחרו בשל מעמדם בקולקטיב, ובלבד שיחידים אלו אינם נענשים בשל אחריותם האישית.
- נקיטת צעדים נגד רכוש המעורב בעבירה, אף שבעלי הזכויות בו אינם אחראים אישית לעבירה.

### מה לא נכלל בהגדרה זו:

- אחריות פלילית אישית נגזרת או אחריות לעבירות אישיות של אנשים במעגל שמסביב למבצע הישיר של העבירה.
- נזקים נלווים לענישתם של האחראים הישירים לעבירה או נקיטת אמצעי שמטרתו מניעה מוחשית.
- עונשים המוטלים על ישויות בעלות אישיות משפטית (תאגידים, רשויות מקומיות, מדינות), ובלבד שישויות אלו אינן משמשות רק אמצעי לגביית העונש מיחידים הקשורים בהן.
- פרקטיקות דוגמת תיוג (profiling), שעשויות להתבסס על מידע סטטיסטי בדבר עבירות קודמות של מי שמשתייכים לקבוצה מסוימת, אבל אין הן מכוונות להטיל עונש בגין מעשה מסוים.
- שלילת פריווילגיות או טובות הנאה, גם על יסוד קולקטיבי.

**הגדרתי מהי פגיעה קולקטיבית** – פעולה שכוללת את כל הרכיבים של ענישה קולקטיבית, זולת פגיעה בזכות. אם האמצעי המדובר שולל פריבילגיות או טובות הנאה אך לא זכויות, הוא יוגדר פגיעה קולקטיבית ולא ענישה קולקטיבית.

עמדתני על הנימוקים המוסריים נגד ענישה קולקטיבית ופגיעה קולקטיבית, בראש ובראשונה הפגיעה בזכותו של אדם להיחשב כתכלית כשלעצמו ולא לשמש מכשיר להשגת תכליות אחרות.

כנגדם, הוצגו שיקולים תועלתניים בזכות נקיטת פגיעה קולקטיבית בנסיבות מסוימות, שבהן לרשויות אכיפה חיצוניות יש קושי לאתר ולהעניש את האחראי לעבירה. הקולקטיב, לעומתן, נמצא בעמדה טובה יותר לאתר, להסגיר או להעניש את האחראי לעבירה או למנוע ממנו לעשותה, אם איום בפגיעה קולקטיבית יתמרץ את הקבוצה לעשות כן.

ענישה קולקטיבית אסורה באופן מוחלט, ובשל הבעייתיות המוסרית שבפגיעה קולקטיבית צריכה להיות חזקה גם נגדה. ניתן לשקול סטייה מחזקה זו בהתחשב בשיקולים הללו: מטרת הפגיעה – הרתעה ולא נקמה או גמול; חומרת הנזק לאינטרס הציבורי של המעשה שבגיניו מתבצעת הפגיעה והסיכון לחזרתו; שימוש בפגיעה כזאת כמוצא אחרון בהיעדר אפשרות אחרת, או כשיש קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר; חומרת הפגיעה הקולקטיבית – ככל שהיא חמורה פחות, כך הדבר תורם לסתירת החזקה; סוג הקולקטיב שבו מדובר – במקרה של קבוצת מיעוט, אתנית או אחרת, יוטל ספק במניעי הפגיעה הקולקטיבית ובשל כך היא תיחשב פסולה, להבדיל מקבוצה שהחברות בה וולונטרית, או קבוצה שמטרותיה אנטי־חברתיות, או קבוצה שטעמים מיוחדים עשויים להצדיק פגיעה קולקטיבית במסגרתה, למשל חיילים; לבסוף, האפקטיביות של הפגיעה הקולקטיבית המוצעת על יסוד מאפייני הקולקטיב שבו מדובר – מידת הסולידריות וההומוגניות שלו.

הגדרות ושיקולים אלה ישמשו לניתוח הפרקטיקות שיוצגו בפרקים שלהלן.

## ענישה קולקטיבית שלא במסגרת המאבק בטרור: מקרי מבחן

בפרק זה אדון בשלושה מקרי מבחן שאינם מתחום המאבק בטרור אלא מתחום החינוך, אספקת המים והגיוס לצבא. מטרת הדיון היא לבדוק את ההגדרה של ענישה קולקטיבית שנוסחה בפרק הקודם ואת הפרמטרים לבחינת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית, למרות החזקה נגדה. השאיפה היא להרחיב את נקודת המבט השגורה בדיון הציבורי בנושא ולנטרל הטיות אפשריות האופייניות לדיון הציבורי בנוגע לסכסוך הישראלי-פלסטיני.

### פרשת בן עטייה: ענישה קולקטיבית במסגרת חינוכית

בפרשה זו החליט משרד החינוך לשלול מתלמידי אחד מבתי הספר את ההשתתפות בתוכנית המאפשרת לתלמידים שלא להיבחן בבחינת הבגרות במתמטיקה, כך שהציון הפנימי במקצוע המתמטיקה יהיה ציון הבגרות שלהם, משום שבשלוש השנים הקודמות שיעור ההעתקות בבחינת הבגרות בבית ספר זה היה גבוה.<sup>124</sup> בין היתר טענו העותרים כי מדובר בענישה קולקטיבית משום שהיא נגזרת מעוון ההעתקה בבחינות הבגרות על ידי אחרים (בוגרי בית הספר בשלוש השנים האחרונות) ומוטלת על תלמידי אותה השנה. עוד הדגישו העותרים כי השמירה על טוהר המידות בבחינות הבגרות מופקדת בידי גורמים חיצוניים הפועלים מטעם משרד החינוך, ולמשרד החינוך אין השגות על טוהר

124 בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5), 1, 6-7, 16 (1996) (להלן: עניין בן עטייה). בית הספר נמנה עם 15 בחי הספר (מתוך 800) שלגביהם הגיע משרד החינוך למסקנה שהפגיעה ב"טוהר הבחינות" הגיעה לרמה השוללת מהם השתתפותם בתוכנית.



בחינות המתכונת ועל הציון השנתי שמעניקים מורי בית הספר הנוגע בדבר לתלמידיהם.

משרד החינוך השיב כי ההגבלה שהוטלה במקרה דנן אינה מכוונת נגד התלמידים ואף לא נגד בית הספר, ותכליתה היא אך להמריץ את בית הספר לנקוט צעדים חינוכיים המתחייבים מן העובדה שבבחינות הבגרות שהתקיימו במסגרתו התגלתה "תופעה" חמורה של פגיעה בטוהר המידות.

בג"ץ קיבל את טענת העותרים ופסק כי ההחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני ובלתי מידתית. הודגש כי ריבוי העתקות בבחינות הבגרות מלמד על ליקוי בפיקוח החיצוני על הבחינות שבאחריות משרד החינוך, ולא ניתן להסיק מכך מסקנות בנוגע לאי-אמינותו של הציון הפנימי ("מתכונת" או "מגן") שניתן על ידי בית הספר. למעשה, הנתונים מראים שבשליש מן המקרים הציון הפנימי היה נמוך מן הציון בבחינת הבגרות. על כן אין ההחלטה עומדת במבחן הראשון של המידתיות: אין קשר רציונלי בין האמצעי שננקט – שלילת האפשרות שהציון הפנימי יהיה ציון הבגרות – לבין התכלית הראויה כשלעצמה לשמור על טוהר בחינות הבגרות. ההחלטה גם אינה עומדת במבחן השני של המידתיות: לא נבחן אמצעי שפגיעתו בעותרים פחותה לשם השגת התכלית – הגברת הפיקוח על הבחינות, הגברת החינוך והגברת ההסברה, ולא דווקא פגיעה בתלמידי השנה הנוכחית. לבסוף, ההחלטה נכשלת גם במבחן השלישי של המידתיות, הדורש יחס ראוי בין התועלת הצומחת מההחלטה לבין הנזק – "עונש קולקטיבי" לתלמידי אותה השנה על לא עוול בכפם, פגיעה בכלל המורים של בית הספר, שמודבקת להם תווית של כישלון חינוכי ללא ראייה, ונזק לשמו הטוב של בית הספר.

נבחן את המקרה לפי ההגדרה של ענישה קולקטיבית והשיקולים להערכה של פגיעה קולקטיבית, כפי שפורטו בפרק הקודם.

במקרה הנבחן ננקטה פעולה שהיה בה כדי לפגוע בתלמידי אותה השנה בבית הספר הנדון. כאמור לעיל, גם סנקציות מינהליות נכללות בהגדרת ענישה קולקטיבית. הגם שקשה להצביע על זכות יסוד או זכות ספציפית שנפגעה, מאחר שהמקרה נמצא במישור האנכי, שבין המדינה לפרט, יש כאן פגיעה בזכות לשוויון בין התלמידים הניגשים לבחינות הבגרות. האם מדובר בענישה המכוונת נגד התלמידים? אומנם משרד החינוך טען כי ההגבלה שהוטלה במקרה דנן אינה

מכוונת נגד התלמידים ואף לא נגד בית הספר, ותכליתה היא אך להמריץ את בית הספר לנקוט צעדים חינוכיים למניעת העתקות בבחינות הבגרות; ואולם יש להבין הצהרה זו כמכוונת למניע של ההחלטה, כלומר להיותה מכוונת להרתעה ולמניעת התנהגות פסולה בעתיד ולא לענישה על התנהגות בעבר. אין חולק על כך שהאמצעי שנבחר פוגע במישרין בתלמידי השנה הנוכחית, שנשללת מהם האפשרות להסתפק בציון הפנימי ולא לגשת לבחינות הבגרות במתמטיקה; אין הם נפגעים באופן עקיף בגין ענישה מוצדקת של מי שאשם בהעתקות בשנים שעברו.

אין גם ספק שתלמידי בית הספר באותה השנה נענשו בגין מעשה שלא היה אפשר לייחס להם אחריות לעשייתו, קרי העתקות בבחינות הבגרות בשלוש השנים הקודמות, והענישה נעשית בשל השתייכותם לקולקטיב (בית הספר) שתלמידים אחרים מתוכו ביצעו את המעשה (העתקות).

לנוכח הניתוח המוצג, במקרה זה מדובר ככל הנראה בענישה קולקטיבית. גם אם נניח שאין כאן פגיעה בזכות, עדיין מדובר בפגיעה קולקטיבית, שיש להניח נגדה חזקה. כאמור, ניתן לשקול סטייה מהחזקה נגד פגיעה קולקטיבית בהתחשב ברשימת שיקולים. אבחן אותם להלן:

### **מטרת הפגיעה**

הרתעה ומניעה ולא ענישה או גמול. אפשר להניח כי מטרת הצעד שנקט כאן לא הייתה לנקום או להעניש את תלמידי אותה השנה.

### **חומרת הנזק לאינטרס הציבורי של המעשה שבגיניו נגרמת הפגיעה והסיכון לחזרתו**

בלי להמעיט בחשיבות של טוהר הבחינות בכלל ובבחינות הבגרות בפרט, שאמורות להיות מפתח שוויוני לכניסה לשערי ההשכלה הגבוהה, אין להשוות את חומרת הפגיעה הכרוכה במעשה לפיגועי התאבדות, למשל. אומנם ניתן לתארו כעבירה פלילית (קבלת דבר במרמה), אבל לעיתים קרובות הוא איננו נאכף בכלי החוק הפלילי אלא באמצעים מינהליים – פסילת הבחינות של המעתיקים. מבחינת הסיכון לחזרת המעשה, יש להניח כי הוא קיים.

## האם הפגיעה הקולקטיבית היא המוצא האחרון בהיעדר אפשרות אחרת, או שיש קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר?

הדעת נותנת שהכישלון במעבר משוכה זו היה הסיבה העיקרית לפסילת הפגיעה הקולקטיבית על ידי בית המשפט העליון במקרה הזה. כפי שציין בית המשפט, אפשר להקטין את הסיכון לחזרת התופעה באמצעות הידוק הפיקוח על בחינות הבגרות בבית הספר, אמצעי הנתון לאחריות משרד החינוך ולשליטתו. פיקוח הדוק יותר ירתיע את השוקלים להעתיק ויגביר את הסיכוי שהמעתיק ייתפס ויענש באופן אישי.

## חומרת הפגיעה הקולקטיבית

שלילת האפשרות להסתפק בציון הפנימי במתמטיקה כציון בגרות ולא לגשת לבחינת הבגרות היא פגיעה שלא ניתן להשוות את חומרתה להריסת בית, למשל. ואולם אם משווים את חומרת הפגיעה לחומרת הנזק לאינטרס הציבורי, באופן יחסי אין המדובר בפגיעה מבוטלת.

## סוג הקולקטיב שמדובר בו

כאמור, פגיעה קולקטיבית בקבוצת מיעוט אתנית או אחרת תגרום לחשש בנוגע למניעי הפעלתה ואף "תיחשד" כפסולה. לעומת זאת, אפשר להצדיק פגיעה קולקטיבית בקבוצה שהחברות בה וולונטרית, בקבוצה שמטרותיה אנטי-חברתיות או בקבוצה שטעמים מיוחדים עשויים להצדיק פגיעה קולקטיבית במסגרתה (למשל יחידת חיילים). ואולם קבוצה של תלמידי בית ספר מסוים אינה יכולה להיחשב לקולקטיב שהפגיעה בו "נחשדת" כפסולה ונובעת מדעות קדומות או מאפליה.<sup>125</sup> מצד אחד, לימודים בבית ספר תיכון מסוים הם לרוב וולונטריים, ואף על פי שהלימוד בבית ספר כשלעצמו מתחייב מחוק חינוך חובה,<sup>126</sup> בדרך כלל ניתן לבחור את המוסד שבו יתקיימו. מהצד האחר, מכיוון

125 במקרה הזה מדובר בבית ספר ברמלה. אולי ניתן לטעון כי הוא נמצא בפריפריה החברתית-כלכלית בישראל ולשאל אם אמצעים דומים ננקטו נגד בתי ספר המשרתים אוכלוסייה מבוטסת. בהיעדר מידע בפסק הדין, שאלה זו תישאר בגדר אמירה בלבד.

126 ס' 2 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949.

שמדובר בקטינים לא תמיד הבחירה בידיהם. נוסף על כך, בשלב שבו ניגשים לבחינות הבגרות, לרוב בסמוך לסיום לימודי התיכון, ייתכן שמעבר לבית ספר אחר אינו קל. שיקול זה מקל במידת מה את חומרתה של הפגיעה הקולקטיבית.

### **ה א פ ק ט י ב י ו ת ש ל הפגיעה הקולקטיבית המוצעת על יסוד מאפייני הקולקטיב שמדובר בו (מידת הסולידריות וההומוגניות שלו)**

נראה שהכישלון במעבר משוכה זו היה הסיבה המרכזית השנייה (במשולב עם העובדה שאין המדובר במוצא אחרון) שבית המשפט פסל את הפגיעה הקולקטיבית. האם ניתן להעריך כי החשש שעל תלמידי השנים הבאות תוטל סנקציה דומה, של חיוב להיבחן בבחינה חיצונית, יגרום לתלמידי אותה השנה שלא להעתיק בבחינה, אף שהם עצמם נשאו בעונש זה בשל מעשי תלמידים משנים קודמות? גם משרד החינוך לא נימק כך את האמצעי שנקט. בתגובתו לעתירה הדגיש את כוונתו להמריץ את בית הספר לנקוט צעדים חינוכיים למניעת העתקות בעתיד. סביר להניח שהסנקציה כוונה להנהלה ולמורים. אומנם מתקבל על הדעת שיש להם השפעה מסוימת על התלמידים, ואולם בית המשפט העליון הטיל ספק ביכולתם למנוע העתקות בבחינות הבגרות והדגיש כי האחריות לפיקוח על התלמידים בעת הבחינה נתונה בידי גורמים חיצוניים שכפופים למשרד החינוך. במילים אחרות, בית הספר אינו בעמדת שליטה שמאפשרת לו להכחיד התנהגות לא־רצויה כדי להימנע מן הפגיעה הקולקטיבית בתלמידיו, ועל כן הפגיעה הקולקטיבית אינה אפקטיבית. יטען הטוען כי אף על פי שבית הספר אינו יכול למנוע באופן ישיר העתקה בבחינות הבגרות, ביכולתו להשקיע מאמצי חינוך מתמשכים שיקטינו את נטיית תלמידיו להעתיק בכלל ובבחינות הבגרות בפרט. יש יסוד להניח שלכך כיוון משרד החינוך. ואולם כנגד ההנחה שלא ננקטו מאמצים חינוכיים, עמדה העובדה שהציונים הפנימיים שנתנו מורי בית הספר היו בשליש מן המקרים נמוכים מציוני הבגרות בשנים שעברו. במילים אחרות, לא היה יסוד אובייקטיבי להשתית עליו את ההנחה שההעתקות המרובות יחסית בבחינות הבגרות משקפות תרבות של העתקה שפשתה בבית הספר ונדרש לשרשה.

לסיכום, הפגיעה הקולקטיבית במקרה זה לא הייתה המוצא האחרון, שכן היה אפשר להשית ענישה אישית על האחראים להעתקות. יתרה מזו, הפגיעה

הקולקטיבית לא הייתה אפקטיבית משום שבית הספר אינו המפקח על ביצוע בחינת הבגרות לתלמידיו, ועל כן אינו בעמדת שליטה מספקת על מנת שפגיעה קולקטיבית בתלמידיו תמריץ אותו לפעול נגד העתקות. ואם לא די בכך, היעדר ראייה שתופעת ההעתקות מתקיימת גם בבחינות הפנימיות של בית הספר, הביא, ובצדק, לפסילת האמצעי. כלומר, החזקה נגד פגיעה קולקטיבית עומדת כאן בעינה.

## ניתוק מים לרשות מקומית בשל אי-תשלום לספק

הכללים הנוגעים לבעלות, הפקה, הובלה ואספקה של מים בישראל מורכבים מאוד ומוסדרים בחוק המים, התשי"ט-1959. לצורך הדיון כאן די לציין שלעיתים קרובות הרשות המקומית (או תאגיד מים אזורי) עומדת בתווך שבין ספק המים, המספק מים לתושביה, ובין התושבים עצמם. בעלת דברו של הספק היא הרשות המקומית וממנה הוא גובה את התשלום עבור המים. באופן נפרד, הרשות המקומית גובה את התשלום עבור המים מתושביה.

נשאלת השאלה מהו הדין כאשר הרשות המקומית אינה עומדת במלוא התשלום המגיע לספק? החוק מאפשר לספק המים לנתק רשות מקומית ממים, אם לא שילמה לפחות 80% מחשבון שהגיש לה, או אם חובה המצטבר מגיע ל-60% לפחות מן הממוצע של שלושת החשבונות האחרונים.<sup>127</sup> התוצאה של ניתוק מים לרשות מקומית היא ניתוקם מאספקת המים גם של תושבי הרשות ששילמו את התשלומים שנדרשו מהם בגין הצריכה. האם מדובר בענישה קולקטיבית?

טענה זו נטענה על ידי המועצה המקומית ראמה בעתירה שהגישה נגד חברת מקורות בגין הפחתת אספקת המים ליישוב לכמה שעות ביום בשל חובות

127 ס' 144 לחוק המים, התשי"ט-1959.

כבדים.<sup>128</sup> העתירה נדחתה מן הטעם הפרוצדורלי שבעת הדיון בעניינה הגיעו הצדדים להסדר ביניים שביטל את ההפחתה באספקת המים. לא נערך דיון מפורט ומפורש בטענת הענישה הקולקטיבית, אולי משום שהעותרת הייתה רשות מקומית ולא תושבים במועצה ששילמו את חשבונות המים שלהם. עם זאת, מתקבל על הדעת שבית המשפט העליון לא התרשם מן הטענה, בקובעו

כי –

אין צורך להדגיש, כי כל תושבי ישראל חייבים בנטל תשלומים עבור שירותים חיוניים המסופקים להם, ובהם חשמל, מים וגז. חובת תשלום התמורה עבור מים כמצרך חיוני משותפת לכל תושבי המדינה, וכאשר תושב אינדיבידואלי אינו עומד בחובה זו, הוא צפוי לניתוק זרם המים בביתו; כך מקובל גם ביחס למוצרים חיוניים אחרים כמו חשמל, גז וטלפון. רציונל זה אינו שונה ביחס למועצה המקומית ראמה, ואין לה לצפות כי תוכל לאורך ימים לזכות באספקה סדירה ובלתי מופרעת של מצרך חיוני זה בלא לשלם את תמורתו, כדרך שהדבר מתקיים בכל הרשויות וכלפי כלל תושבי המדינה.<sup>129</sup>

בהמשך הדברים הדגישה השופטת פרוקצ'יה כי האחריות למצבה הכלכלי הקשה של המועצה מוטלת על כתפיה, וכי מצב זה נובע, בין היתר, מהיעדר גבייה מספקת של מיסים מהתושבים. במילים אחרות, בית המשפט התמקד ברשות המקומית כישות אחת ולא הרחיק מבטו לצדקת התוצאה: אספקת המים לתושבים ששילמו את חובם הופחתה בגלל מחדל תשלום של תושבים אחרים או בגלל מחדלה של המועצה מול ספק המים.

128 בג"ץ 490/10 מועצה מקומית ראמה נ' מקורות חברת מים בע"מ, פס' 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 6.3.2011). (להלן: עניין מועצה מקומית ראמה): "לטענת המועצה, צמצום האספקה או הפסקתה מהווים ענישה קולקטיבית כלפי התושבים בלא אבחנה. יש בכך כדי לעמוד בניגוד לעקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולעקרונות הבסיסיים המחייבים לכבד את זכות האדם למים, כמצרך חיוני לחיים".

129 שם, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

נבחן אפוא את השאלה אם יש כאן ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית, ואם מדובר בפגיעה קולקטיבית – אם ניתן למצוא לה הצדקה לפי ההגדרה והפרמטרים שנקבעו בפרק הקודם. האם ניתוק או הפחתה של אספקת המים לצרכנים ששילמו את חשבון המים שלהם לרשות המקומית שבה הם מתגוררים, בשל חוב בגין מים של הרשות המקומית לספק המים, הוא משום ענישה קולקטיבית על פי הגדרתה במחקר זה?

ראשית, האם יש בפעולה כדי לפגוע במישרין באדם? אין ספק שבניתוק או הפחתה באספקת המים יש פגיעה, אבל האם מדובר בפעולה מכוונת כלפי הצרכנים הנפגעים? לכאורה, ניתן לטעון כי הפעולה מכוונת לרשות המקומית שלא שילמה את חובה לספק המים. הנזק לתושבי הרשות ("משתמשי הקצה") הוא נזק עקיף הנובע מניתוק המים לרשות. הדבר דומה לבני משפחתו של אסיר שנפגעים באופן עקיף בגלל עונש מאסר המוטל עליו במישרין. לפיכך נראה שאין מדובר בענישה קולקטיבית. במבט נוסף, ייתכן שההשוואה אינה מדויקת. רשות מקומית, בהיותה ישות משפטית מופשטת, אינה נזקקת למים ואינה נפגעת בעקבות ניתוק המים או הפחתה באספקתם. גם המים הנצרכים על ידה באופן ישיר, למשל לשם גינון ציבורי או במוסדות העירוניים, נועדו לספק שירותים לתושבים. אומנם המניע של ספק המים אינו פגיעה בתושבי הרשות אלא הנעת הרשות לשלם את חובה. ואולם האמצעי הננקט לתכלית זו כרוך בפגיעה מכוונת בתושבי הרשות מתוך מחשבה שלחצם של התושבים יביא את הרשות לשלם את חובה. האם יש להוציא פרקטיקה זו מגדר ענישה קולקטיבית, משום שענישה ישירה של תאגיד הוצאה בדרך כלל מגדר ענישה קולקטיבית? אצביע על הבדלים משמעותיים בין הדוגמה הפרדיגמטית של ענישת תאגיד שניתנה בפרק השני לבין המקרה הנדון: כאשר מוטל קנס כספי על תאגיד בגין זיהום הסביבה, בעלי המניות נפגעים בגלל הפיחות בנכסיה של החברה עקב תשלום הקנס. זהו נזק עקיף מובהק. לעומת זאת, כאשר ספק המים מנתק רשות מקומית מזרם המים בשל חובה, נפגעים תושבי הרשות באופן ישיר ומוחשי. אומנם לתושבי הרשות שמורה מידה של שליטה על הרשות באמצעות הליך הבחירות לרשויות המקומיות, אך נראה ששליטה זו הדוקה פחות משליטתם של בעלי מניות בניהולו של תאגיד. יש דמיון מסוים בין המקרה הנדון לבין הסייג שתיארתי לעיל להוצאת ענישה של תאגיד מגדר האיסור על ענישה קולקטיבית: הדוגמה ההיסטורית של שימוש ברשות מקומית כאמצעי לגביית קנסות מתושבי

הרשות בגין פעילות עוינת לביטחוננו של הכובש. ניתן לומר כי הרשות המקומית משמשת אמצעי נוח לספק המים, משום שהיא מספקת לו "כתובת" אחת לדרישת התשלום, חלף התנהלות פרטנית מול כל אחד ואחת מתושבי הרשות. על כן, ראוי "להרים את המסך" לגבי תפקידה המתווך של הרשות המקומית בין ספק המים ובין התושבים הצורכים אותם. עם זאת, גם השוואה זו אינה מדויקת, שכן כאן אספקת מים לתושבים אינה פעולה זרה לתפקידיה הרגילים של הרשות המקומית. מחמת הספק אם מדובר בענישת תאגיד, שאינה ענישה קולקטיבית, או בענישה קולקטיבית של תושבים, והתאגיד (הרשות המקומית) אינו אלא מתווך בין המעניש לנענשים, נניח כי מתקיים התנאי של פגיעה ישירה הנדרש לקיומה של ענישה קולקטיבית.

שנית, האם מדובר בענישתו של אדם בגין מעשה שלא ניתן לייחס לו אחריות אישית לעשייתו, בגין השתייכותו לקולקטיב (מגוריו ביישוב) שלאדם אחר מתוכו מיוחסת אחריות למעשה? לכאורה, תנאי זה מתקיים בנוגע לפרט המשלם את חשבון המים שלו. ניתוק המים הופעל מאחר שרבים משכניו לא שילמו את חובם, או מאחר שהרשות גבתה את חשבונות המים אך לא העבירה את הכספים לספק המים. כך או כך, לא ניתן לייחס לו אחריות אישית למעשה שבגינו נעש.

שלישית, האם מדובר בפגיעה בזכות? בכל הקשור למישור ההבחנה בין זכויות מוקנות לפריווילגיות, בית המשפט העליון הדגיש כי הזכות למים היא זכות המותנית בתשלום, ולכן ניתוק בגין אי-תשלום אינו פגיעה בזכות מוקנית.<sup>130</sup> עם זאת, ניתוק במקרה הנדון התבצע גם כלפי תושבים ששילמו, ולכן נבחן אם אין כאן פגיעה בזכות מוקנית שלהם לקבל מים. כאן ראוי להוסיף שבהערה כללית לפרשנות על הזכות לבריאות לפי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות,

130 ע"א 788/87 לוי נ' כפר פינס מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מד(2) 52, 58-59 (1990) (להלן: עניין לוי); ע"א 7262/00 פוריה כפר עבודה נ' לוי, פ"ד נו(3) 899, 905 (2002) (להלן: עניין פוריה); עניין מועצה מקומית ראמה, לעיל ה"ש 128, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.



חברתיות ותרבותיות,<sup>131</sup> צוין כי החובה לספק גישה לכמות נאותה של מים בטוחים לשימוש זמניים היא בליבת החובה של המדינות החברות.<sup>132</sup>

לטעמי, ניתוק מלא מאספקת המים לא בשל אי-תשלום על ידי הפרט הוא פגיעה בזכות, ועל כן מדובר בענישה קולקטיבית שיש לשלול באופן מוחלט. עם זאת, ככל שאין המדובר בניתוק מלא אלא בהפחתת האספקה לזמן מוגבל ביום ולכמות מסוימת,<sup>133</sup> אפשר לטעון כי לא נפגעת זכות מוקנית. בהנחה שמדובר בפגיעה קולקטיבית שאינה ענישה קולקטיבית, האם ניתן למצוא לה הצדקה לנוכח הפרמטרים שהוצעו בפרק השני?

### מטרות הפגיעה

נראה שאין לייחס כאן מטרה של נקמה או גמול בתושבי הרשות. מדובר באמצעי שתכליתו לגבות חוב על ידי ספק המים. נוכל לשאוב המִשְׁגָה מקובלת מתחום האסטרטגיה והיחסים הבינלאומיים, שלפיה מדובר בכפייה (coercion), שהיא מטרה קרובה להרתעה: הרתעה היא שימוש באיום שנועד לשמור על הסטטוס קוו, ואילו כפייה מטרתה להניע לפעולה, כלומר לשנות את המציאות.<sup>134</sup> במקרה הזה – להניע לפעולה של תשלום החוב. ניתן לראות בכך גם אמצעי שמטרתו מניעתית: הפסקה או הפחתה של אספקת מוצר שהתמורה לו לא שולמה בעבר, על מנת לצמצם הפסד עתידי בגלל צבירת חוב. כך או כך, נראה שמדובר במטרה לגיטימית.

131 ס' 12 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות).

132 Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (Aug. 11, 2000)

133 כך ננקט גם כלפי מי שלא שילמו את חובם. ראו עניין פוריה, לעיל ה"ש 130, בעמ' 907; עניין מועצה מקומית ראמה, לעיל ה"ש 128, פסי' 3-4 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

134 יוסי ביידץ ודימה אדמסקי "התפתחות הגישה הישראלית להרתעה: דיון ביקורתי בהיבטיה התאורטיים והפרקטיים" עשונות 8, 7, ה"ש 1 (2014).

### **חומרת הנזק לאינטרס הציבורי של המעשה שבגינו נעשית הפגיעה והסיכון לחזרתו**

אי־תשלום חוב כספי מנוגד לאינטרס הציבורי, אך אין המדובר בפגיעה חמורה הניתנת להשוואה למעשי טרור. עם זאת, בהחלט יש סיכוי להמשך אי־עמידה בתשלום החוב ואף לצבירת חוב נוסף, בהיעדר אמצעי אכיפה יעילים לגבייתו.

### **האם הפגיעה הקולקטיבית היא המוצא האחרון בהיעדר אפשרות אחרת, או שיש קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר?**

לכאורה, אם הבעיה היא שחלק מתושבי הרשות המקומית אינם משלמים את חשבונות המים, אין קושי לזהות את בעלי החוב. מדוע אפוא אין מנתקים או מצמצמים את אספקת המים להם בלבד? עם זאת, ייתכן שמבחינת ספק המים לרשות המקומית, אין אפשרות מעשית וטכנית לצעד כזה. אפשר שהספק מוביל את המים לנקודה מרכזית ביישוב, וממנה הרשות המקומית אחראית לחלוקה לצרכנים, למדידת הצריכה ולגבייה. במקרה כזה אין לספק יכולת להבחין בין משתמשי הקצה, שכן הרשות המקומית לבדה היא הלקוחה שלו. ייתכן גם מצב שהחוב נוצר מאי־העברת כספים על ידי המועצה ולא עקב אי־תשלום חשבון המים על ידי התושבים. גם במקרה זה אי־אפשר למקד את ניתוק המים בצרכנים שאינם משלמים. עם זאת, גם בהיעדר יכולת טכנית להבחין בין משתמשי קצה בנוגע להפחתה של אספקת המים, נותרת השאלה אם ניתוק או הפחתה של אספקת המים הם המוצא האחרון, או שמא ניתן לנקוט צעדים יעילים אחרים לגביית החוב, שאינם פוגעים באדם על לא עוול בכפו, למשל, הגשת תביעה לבית המשפט. אף אם מוצו האמצעים האחרים, הדרישה שפגיעה קולקטיבית תהיה המוצא האחרון מחייבת גם מתן התראה בטרם ניתוק,<sup>135</sup> כי אפשר שהחייב יתעשת וישלם את חובו.

### **חומרת הפגיעה הקולקטיבית**

ניתוק מים, בפרט במקום שבו הם נדרשים לשימוש ביתי, הוא אמצעי חמור, ודאי חמור יותר מסנקציה כספית.

### סוג הקולקטיב שמדובר בו

כפי שפורט בפרק השני, פגיעה קולקטיבית במיעוט אתני או בקבוצה מקופחת אחרת, בפרט קבוצה שההשתייכות אליה אינה וולונטרית, מעוררת חשד שטעמים לא ענייניים, דעות קדומות וכוונה להפלות עומדים מאחורי האמצעי. במקרה הנדון, הקולקטיב הוא תושבי רשות מקומית שתושביה ערבים ודירוגה החברתי-כלכלי נמוך מהמוצע.<sup>136</sup> לפיכך נשאלת השאלה אם חברת מקורות (הספק) יכולה להצביע על נקיטת אמצעים דומים כלפי רשויות מקומיות שרוב תושביהן יהודים על מנת לסתור את החשד שמדובר באפליה. עקרונית, רשות מקומית אינה קולקטיב שההשתייכות אליו בלתי נמנעת. תושב הסבור שהיישוב שהוא מתגורר בו אינו מנוהל כראוי ואינו מעניק לו שירותים כפי שהוא מצפה, יכול להעתיק את מגוריו ליישוב אחר. עם זאת, העתקת מקום מגורים עלולה להיות כרוכה בהוצאה כספית ניכרת, ואדם עשוי להיות קשור ליישוב מסוים מטעמי פרנסה, חינוך ילדיו ומגורי קרובי משפחתו. לכן משוכות משמעותיות עומדות לפני אדם בבחירה לעזוב את היישוב שהוא גר בו. אציין כי תיקון שנעשה לאחרונה בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים הוסיף גם איסור על אפליה בגין מקום מגורים, בסייגים מסוימים.<sup>137</sup>

### האפקטיביות של הפגיעה הקולקטיבית

כאמור לעיל, על מנת שניתן יהיה להפוך על פיה את החזקה נגד פגיעה קולקטיבית, יש להצביע, לכל הפחות, על קיומו של פוטנציאל שהפגיעה תשיג את מטרותיה, בהתחשב במאפייני הקולקטיב שבו מדובר. במקרה הנדון, סביר להניח כי הכוונה היא שהתושבים, בגלל הפגיעה הישירה בהם, יפעילו לחץ על הרשות המקומית לשלם את חובה כדי שאספקת המים תחודש במלואה. מכיוון שמנהיגות הרשות המקומית נבחרת על ידי התושבים, לכאורה נראה שאפשר

136 רובם נוצרים ודרוזים, והיא מדורגת 4 מתוך 10 בדירוג החברתי-כלכלי (1 הוא הנמוך ביותר ו-10 הגבוה ביותר). הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה הרשויות המקומיות בישראל (2014).

137 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון מס' 4), התשע"ז-2017, ס"ח 442.

שלחץ כזה יהיה אפקטיבי. ייתכן שמכך נובע שבמקום שבו, למשל, מינה משרד הפנים ועדה קרואה לניהול הרשות בשל תפקוד לקוי, לא צפויה אפקטיביות למהלך, ויש להימנע ממנו. דרך נוספת שבעזרתה הפגיעה הקולקטיבית במקרה זה עשויה להיות אפקטיבית היא בהמרצת הרשות המקומית לגבות חובות מים מתושבים שאינם משלמים, אגב הגברת הלגיטימציה הפנימית ביישוב לצעד זה.

לסיכום, במקרה זה מתעוררת שאלה מקדמית אם מדובר בכלל בענישה קולקטיבית, מאחר שהאמצעי מופנה כלפי תאגיד (הרשות המקומית) ומאחר שלא ברור אם מדובר בפגיעה בזכות. לדעתי, הנסיבות מלמדות בכל זאת על פגיעה ישירה ולא עקיפה בתושבים, וכן על פגיעה בזכות לגישה למים, לכל הפחות מהתושבים ששילמו את חשבונות המים, ובייחוד במקרה שמדובר בניתוק מלא. על כן יש להגדיר את הפרקטיקה כענישה קולקטיבית שאסורה בכל הנסיבות. עם זאת, בהנחה שמדובר בפגיעה קולקטיבית שאינה ענישה קולקטיבית, למשל כשמדובר בהפחתת האספקה בזמן ובכמות – נבחנו הפרמטרים שהוצעו בפרק השני על מנת להעריך אם יש הצדקה במקרה זה להפוך על פיה את החזקה נגד פגיעה קולקטיבית. אף שמטרת הפגיעה היא לגיטימית, חומרת הפגיעה (הפחתה באספקת מים) בהשוואה לפגיעה באינטרס הציבורי (חוב כספי) פועלת נגד הצדקת הפגיעה. רשות מקומית אינה בהכרח קולקטיב שפגיעה בתושביו "חשודה" כנובעת מדעות קדומות ואפליה. ואולם כאשר מדובר ברשות מקומית שתושביה ערבים, כמו במקרה הזה, החשד שריר וקיים. אומנם צמצום אספקת המים לתושבים עשוי להיות אמצעי אפקטיבי לגביית חוב, לפחות ברשות נבחרת, אבל יש לתת את הדעת על השאלה אם מדובר במוצא אחרון. זאת ועוד, מן הראוי להביא בחשבון שמבחינה טכנית ומעשית ספק המים אינו יכול להבחין בין תושבים ששילמו לבין אחרים שלא שילמו. עם זאת, שאלת המוצא האחרון צריכה להיבחן בראייה רחבה יותר – האם יש אמצעים אפקטיביים אחרים לגביית החוב, כמו הגשת תביעה לבית המשפט? גם אם ניווכח שהפחתת באספקת המים היא בלתי נמנעת, יש להקדים לה התראה על מנת לעמוד בדרישה שהפגיעה הקולקטיבית תהיה אכן מוצא אחרון.

## תיקונים מס' 19 ו-21' לחוק שירות ביטחון: שלילת דחיית שירות של תלמידי ישיבות חרדים בשל אי-עמידת הציבור החרדי במכסות הגיוס

---

פרשת אי-גיוסם של תלמידי ישיבות חרדים לשירות צבאי היא פרשה חברתית ומשפטית סבוכה שימיה כימי המדינה. לצורך הדיון כאן אין צורך לעמוד על כל ציוני הדרך בה.<sup>138</sup> די לציין כי בית המשפט העליון קבע בפברואר 2012 כי מה שכונה "חוק טל" ונועד להסדיר את הסוגיה אינו חוקתי, וכי לא יהיה אפשר להאריך חוק זה לאחר פקיעתו באוגוסט 2012. לאחר כינון ממשלה חדשה ללא הסיעות החרדיות במרץ 2013 וליבון הנושא בוועדות שרים ובוועדות בכנסת, התקבל במרץ 2014 תיקון מס' 19 לחוק שירות ביטחון.<sup>139</sup>

קצרה היריעה מלעמוד על פרטיו המדוקדקים של פרק גו שנוסף לחוק שירות ביטחון, שעניינו שילוב בוגרי ישיבות ומוסדות חינוך חרדיים. לצורך הדיון כאן די לציין כי הוטל על הממשלה לקבוע יעדי גיוס הולכים וגדלים משנה לשנה לבוגרי מוסדות חינוך חרדיים. לאחר תקופת הסתגלות מיום תחילת החוק ועד יוני 2017 תחול "תקופת קבע", שבמהלכה הותנתה האפשרות לתת דחיית שירות לתלמיד ישיבה שהגיע לגיל 21 בעמידה ביעדי הגיוס שנקבעו לאותה שנה.<sup>140</sup>

138 טסיכום תמציתי של הדברים ראו בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 1-9 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם באר"ש, 12.9.2017) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון).

139 חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד-2014, ס"ח 350 (להלן: תיקון מס' 19).

140 ס' 26כא לתיקון מס' 19. היעדים נקבעו בנפרד לגיוס לצבא ולגיוס לשירות לאומי-אזרחי. לשם הפשטות והקיצור נתייחס כאן לגיוס.

עוד בטרם עמדו הוראותיו של תיקון מס' 19 לבחינה משפטית, נערכו שוב בחירות במרץ 2015 וכוונה ממשלה חדשה, הפעם בהשתתפות הסיעות החרדיות. בעקבות זאת, בנובמבר 2015 תוקן החוק שוב בתיקון מס' 21.<sup>141</sup> "תקופת ההסתגלות" הפכה ל"תקופת ההסתגלות הראשונה", והיא הוארכה עד יוני 2020. נוספה לה "תקופת הסתגלות שנייה" עד יוני 2023, ללא הסדר קבוע אחר כך. נוסף לכך, בתקופת ההסתגלות השנייה רוככה ההוראה שהתקיימה בתקופת הקבע לפי תיקון מס' 19, זו שקשרה בין האפשרות לתת דחיית שירות ובין עמידה ביעדי הגיוס; ולשר הביטחון הוענקה הסמכות לדחות את השירות גם בהיעדר עמידה ביעדים, אם "ראה לנכון לעשות כן בהתחשב בצורכי הביטחון ובהיקף הכוחות הסדירים".<sup>142</sup>

בית המשפט העליון, משנזקק לאחרונה לחוקתיות של תיקון מס' 21, הכריע כי אין הוא חוקתי מאחר שאינו עומד בדרישת המידתיות הראשונה. כלומר, אין קשר רציונלי בין האמצעי לבין התכלית המרכזית – הגברת השוויון בנשיאה בנטל השירות הצבאי. הפגמים העיקריים שנמצאו היו היעדר "שיניים" לאי-עמידה ביעדי הגיוס, בעיקר היעדר הסדר לתקופת הקבע. עניין זה מצביע הן על חוסר נחישות בחתירה ליעד של שוויון בנטל והן על אי-ודאות שמשפיעה על השגת היעדים. ניתוח הנתונים על שיעורי הגיוס של חרדים חיזק מסקנה זו. בשולי פסק הדין הוזכרו קשיים אחרים בהסדר החוקי שבית המשפט לא נדרש לדון בהם לעומקם, בכלל זה ההסתייגות שמביעים הנשיאה נאור והשופט מלצר מהקישור בין דחיית גיוסו של פלוני לבין עמידה ביעדי הגיוס של בוגרי המוסדות החרדיים בכלל. וכך קבעה הנשיאה נאור:

מנגנון "מכסות" הגיוס מעורר אף הוא שאלות תיאורטיות ומעשיות כבדות משקל שעשויות להצדיק חשיבה מחודשת על מודל זה. על פני הדברים, המנגנון שלפיו אדם אחד מתגייס "במקום" אדם אחר כרוך בפגיעה משמעותית בזכויות אדם

141 חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015, ס"ח 262 (להלן: תיקון מס' 21).

142 ס' 26 לכב לתיקון מס' 21. לפירוט נוסף על ההבדלים בין תיקון מס' 19 לתיקון מס' 21, ראו לירון ליבמן "הצעת החוק החדשה לעניין גיוס חרדים" *Lironslaw* (17.11.2015).

חוקתיות וחותר תחת רעיון הערבות ההדדית שמונח בבסיס חובת הגיוס. יתרה מכך, עצם השימוש ב"מכסות" בהקשרים כגון אלה צורם ומעורר אי־נוחות רבה, והדברים ברורים.<sup>143</sup>

והוסיף דברים נחרצים עוד יותר השופט מלצר:

התניית פטור פרטני, או שלילה שלו בעמידה ביעדי גיוס קולקטיביים של מי שהוגדרו כמשתייכים לאוכלוסייה החרדית – אין לה קשר רציונלי לתכלית הנטענת. התנייה כזאת הופכת את הפרט כ"שבוי" של הכלל וגם בכך היא נכשלת בדרישת המידתיות.<sup>144</sup>

האם ניתן לראות בשלילה של דחיית השירות מתלמיד ישיבה חרדי שהגיע לגיל 21 בשל כך שבאותה שנה לא עמד הציבור החרדי כולו ביעדי הגיוס, ענישה קולקטיבית? ואם לא מדובר בענישה קולקטיבית אלא בפגיעה קולקטיבית, הייתכן שישנם שיקולים בזכות סתירת החזקה שלפיה פגיעה קולקטיבית פסולה? נבחן את הדברים על פי ההגדרה והפרמטרים שהוצגו בפרק השני. האם שלילת המשך דחיית השירות היא ענישה קולקטיבית?

אין ספק שמדובר בפעולה שיש בה כדי לפגוע במישרין בתלמיד ישיבה חרדי. כאמור, עצם הדבר שהפגיעה נועדה לתכלית שמחוץ לפרט הנפגע – הרתעת הרבים מפני אי־עמידה ביעדי הגיוס, או המרצת המנהיגות החרדית לפעול לעמידה ביעדים (כפייה) – אינה שוללת את העובדה שמדובר בפגיעה ישירה בתלמיד שבקשתו לדחיית שירות נשללת. גם אם הסנקציה נקטת על פי חוק וגם אם היא אינה שיפוטית אלא מינהלית, היא ענישה לכל דבר ועניין.

עם זאת, האם מדובר בפגיעה בזכות או בשלילת פריווילגיה? לדעתי, מדובר במקרה מובהק של שלילת פריווילגיה. נקודת המוצא היא החובה לשרת שירות סדיר בצבא המוטלת על כל מי שמלאו לו 18 שנים והוא כשיר רפואית לשירות.

143 עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 138, פס' 99 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

144 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט מלצר. השופט מלצר מפנה גם לעניין בן עטייה שנדון לעיל בה"ש 124.

החוק העניק לציבור החרדי פריווילגיה בדמות הצבת מכסה לגיוס, שמשמעה ויתור למעשה על שירותם של צעירים חרדים בשיעור העולה על המכסה. הסנקציה הנדונה כאן שוללת את הפריווילגיה ומשיבה על כנה את החובה הכללית המוטלת על כל צעיר שמלאו לו 18.

האם לתלמיד ישיבה, המגיע לגיל 21 בשנה מסוימת שבה הציבור החרדי כולו לא עמד ביעדי הגיוס, יש אחריות אישית לאי־עמידה ביעדי הגיוס? כאן התשובה מעט מורכבת: ברור שאין לו אחריות כוללת לכך שהציבור לא עמד ביעד הגיוס. ואולם מכיוון שמדובר ביעד המוטל על ציבור שלם, הדורש שמספר מוגדר של יחידים מתוכו יתגייסו, אפשר לומר שיש לו תרומה מסוימת לאי־עמידה ביעד מעצם העובדה שלא התגייס והוא מבקש דחיית שירות לשנה נוספת.

במילים אחרות, אם המעשה שמדובר בו הוא עבירה, כלומר איסור על כל אדם לעשות מעשה מסוים, התשובה על השאלה אם פלוני אחראי אחריות אישית לעבירה יכולה להיות רק זאת: כן או לא – אחראי או שאינו אחראי. לעומת זאת, כשהמעשה שמדובר בו הוא דרישה מציבור לעמוד ביעד מסוים, ניתן לייחס לכל יחיד מאותו ציבור שלא תרם להשגת היעד אחריות לאי־השגתו, הגם שמדובר באחריות חלקית ולא מלאה.<sup>145</sup> האם הדבר שולל את הגדרת הפרקטיקה הנדונה כענישה קולקטיבית? התשובה לכך אינה חד־משמעית. ניתן לטעון כי לא רק שקיים גגם בעצם הפניית דרישה בחוק לציבור מסוים לעמוד ביעדים משותפים,<sup>146</sup> אלא שהדבר נוגד את זכותו של כל אינדיווידואל ליחס אישי המכבד את היותו תכלית כשלעצמו. כנגד הטענה הזאת ניתן להשיב שהמדינה אכן מטילה חובת שירות צבאי על כל אינדיווידואל הכשיר לכך וכי היעדים המשותפים המוטלים על בוגרי מוסדות החינוך החרדיים אינם בגדר נטל נוסף, אלא להפך – מדובר ביעדים המקילים עם המשתייכים לציבור זה בהשוואה לאחרים. במילים אחרות, יעדי הגיוס הם בבחינת פריווילגיה המוקנית לקבוצה זו. יש לפרש אותם לא כחובה – שמתוך שנתון מוגדר יתגייס מספר מסוים של יחידים – אלא דווקא

145 למעשה, אף אם היחיד תרם להשגת היעד, אפשר לטעון כי לא תרם די ולייחס לו אחריות מסוימת לאי־השגתו.

146 יעדים משותפים, להבדיל מהחלת חובה בחוק על כל אחת ואחד מהמשתייכים לקבוצה מסוימת. למשל, הטלת מס על כל מי שהוא בעלים של יוהר מדידת מגורים אחת.



כפריווילגיה ליתר בני אותו השנתון שלא להתגייס. פריווילגיה זו מותנית במכסה מוגדרת של גיוס מקרב בני השנתון המדובר.

מכלל הדברים עולה כי אין מדובר בענישה קולקטיבית אלא בפגיעה קולקטיבית. האם בחינת הפרמטרים שהוצעו בפרק הקודם תורה על הצדקה לפגיעה זו?

### מטרות הפגיעה

ניתן לומר כי המטרה של ההסדר בחוק בעניין זה אינה נקמה או גמול כלפי היחיד שאינו מקבל דחיית שירות, או כלפי ציבור בוגרי מוסדות החינוך החרדיים בכלל. המטרה היא הרתעה: האיום בשלילת האפשרות לקבל דחיית שירות מכל בוגרי המוסדות שיגיעו לגיל 21 בשנה מסוימת, אם לא יעמדו ביעד הגיוס של אותה שנה. איום זה נועד להמריץ את המנהיגות של הציבור החרדי לוודא שהמכסה תתמלא.

### חומרת הנזק לאינטרס הציבורי של המעשה שבגינו נעשית הפגיעה והסיכון לחזרתו

מצד אחד, אין מדובר בעבירה על החוק אלא בפרקטיקה שמתקיימת שנים רבות מכוח הסדרים פוליטיים ומשפטיים שנוקבעו על ידי הממשלה – ולכן, לכאורה, על ידי נציגי רוב הציבור.<sup>147</sup> מן הצד האחר, מדובר בפרקטיקה שנפסק בעניינה כי היא פוגעת בשוויון עד כדי פגיעה בכבוד האדם. הפגיעה בשוויון אינה בעניין פעוט ערך: רוב הציבור נדרש להקדיש שנתיים עד שלוש שנים מחייו לשירות צבאי סדיר, וחלקו אף נדרש אחר כך שנים רבות לפרקים של שירות מילואים. השירות הצבאי כרוך בסיכון חיים ובריאות, בהגבלת חירות ובעיכוב בפיתוח הקריירה והחיים האישיים. ייתכן כי אילו כל הכשירים לכך התגייסו לשירות, היה אפשר להקל את הנטל המוטל על כלל המשרתים. יתר על כן, הגידול הדמוגרפי של הציבור החרדי משמעו ששיעור הבלתי מתגייסים מקרבו הולך וגדל, והדבר

147 בעמדת המיעוט שלו בפסק הדין בעתירות נגד חוק טל הדגיש השופט (כתוארו דאז) גרוניס עובדה זו ופירט את תפיסתו שלפיה מטרת הביקורת השיפוטית על חוקים היא להגן על המיעוט מפני הרוב ולא להתערב בהכרעות אחרות של הרוב. ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 1-7 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם באר"ש, 11.5.2006).

עלול להכביד עוד יותר את העול המוטל על המשרתים בצבא.<sup>148</sup> הסדרים וולונטריים שנועדו לעודד גיוס, כמו חוק טל, כשלו במבחן התוצאה, לכן קרוב לוודאי שהתופעה תימשך, אם לא יינקטו צעדים לצמצומה או לעצירתה.

### האם הפגיעה הקולקטיבית היא המוצא האחרון בהיעדר אפשרות אחרת, או שיש קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר?

כאמור לעיל, אין מדובר בעבירה שביצע יחיד לא ידוע המשתייך לקולקטיב הנדון, אלא בפרקטיקה מוסדרת על דעת הממשלה המיטיבה עם כל המשתייכים לקולקטיב זה ואשר נדרש לשנותה.

עם זאת, היעדר הרלוונטיות שבאיתור "עברייני" יחיד והענשתו אינו פוטר ממבחן האפשרות להשיג את התוצאה המבוקשת – הגברת השוויון בנשיאה בנטל השירות הצבאי – ללא נקיטת אמצעים הפוקדים את "עוון" תרבות האי-שירות של הציבור החרדי כולו על פרטים שאיתרע מזלם, באקראי, להגיע לגיל 21 בשנה שבה הציבור החרדי אינו עומד ביעדי הגיוס.

כך למשל, אפשר לשקול מתן תמריצים כלכליים בגין גיוס מעבר ליעדים או הטלת סנקציות כלכליות בגין אי-עמידה ברף זה על מוסדות החינוך החרדיים ולא על אנשים פרטיים. סביר להניח שהאווירה והמסרים החינוכיים במוסד חינוכי משפיעים על הנכונות לשרת שירות צבאי בכלל, ואולי במיוחד בציבור החרדי, שבו הישמעות להוראות המנהיגות הרבנית היא ערך.<sup>149</sup> לפיכך יצירת קשר בין מימון המוסד לבין עמידתם של בוגריו ביעדי הגיוס עשויה לעודד את הנהלת המוסד לפעול להנחלת השינוי הנדרש. במילים אחרות, נראה שמדובר באמצעי שיש לו קשר רציונלי לתכלית המבוקשת. נוסף על כך, כפי שנימקתי

148 עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 138, פס' 86 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

149 על הדוקטרינה של דעת תורה: "מרעיון המדגיש את מעלת התורה היא הפכה לרעיון המדגיש את מעלת גדולי התורה, ומשם נעשתה לחביעה לציינת להם 'ככל אשר יורו' ", גם בשאלות ציבוריות ופרטיות שאינן הלכתיות. ראו בנימין בראון לקראת דמוקרטיזציה במנהיגות החרדית? דוקטרינת דעת תורה במפנה המאות העשרים והעשרים ואחת 9 (2011). המחבר מצביע על כך שאפשר שהדברים מצויים במגמת שינוי.

בפרק הקודם, אין לראות בעונשים המוטלים על ישויות בעלות אישיות משפטית, דוגמת העמותות המנהלות לעיתים קרובות מוסדות חינוך חרדיים, ענישה קולקטיבית של יחידים הקשורים לתאגיד, גם אם יש להם השפעה עקיפה על יחידים.<sup>150</sup> אם ניתן לייחס למוסד חינוכי השפעה על נכונותם של בוגריו להתגייס, ענישה כלכלית הקשורה לאי-עמידה של בוגרי המוסד ביעדי הגיוס היא ענישה של המוסד בשל אחריותו האישית, ולא ענישה קולקטיבית.

אמצעי נוסף שניתן לשקול כתחליף לשלילת מתן דחיית שירות למי שהגיעו לגיל 21 בשנה שבה לא הושגו יעדי הגיוס, נוגע לקצבאות המשלמות ללומדים בישיבות גבוהות או בכוללים. אפשר לקבוע תקציב כולל לקצבאות אלה בהתאמה למכסת ה"מתמידים" שהחברה הישראלית מוכנה לממן את מחייתם.<sup>151</sup> ככל שמספר התלמידים בפועל יעלה, כן תקטן הקצבה המוענקת לכל אחד מהם. אומנם מדובר בפגיעה אישית בתלמידים, אבל קשה יותר לתאר מצב שבו הקצבה נקבעת עבור כל פרט באופן הנגזר מהסכום הכולל שהחברה הישראלית מוכנה להקצות למטרה זו כעונש קולקטיבי.<sup>152</sup> מבחינת יעילותו האפשרית של אמצעי זה, כבר הוכח שגובה הקצבאות משפיע על מספר התלמידים בישיבות.<sup>153</sup>

הלכה למעשה, החלטת הממשלה הקודמת, שאימצה את המתווה להשגת שוויון בנטל (המתווה שתיקון מס' 19 היה מרכיב ממרכיביו), כללה גם מתווה מפורט

150 ובלבד שהתאגיד אינו משמש רק אמצעי גבייה מהיחידים הקשורים בו.

151 בחיקון מס' 19, בהסדר הקבע נקבעה מכסה של 1,800 מתמידים. אז מדובר היה בכרבע מהשחון - היום בכ-18%.

152 התגמול המיוחד והתגמול הנוסף לחיילי מילואים, שהם תמריצים המשולמים מעבר לתגמולי המילואים הרגילים המחליפים הכנסה, גם הם נקבעים בשיעור שונה מדי שנה בתיאום עם היועץ הכספי לרמטכ"ל. כלומר, כנראה בהתאם לסך התקציב המוקצה לעניין זה. ראו ס' 18-19 לחוק שירות מילואים, התשס"ח-2008; והפ"ע 3.0110 "חיילי מילואים - תגמול נוסף".

153 יוחנן פלסנר וגלעד מלאך "חוק גיוס חרדים: פסק דין מתבקש" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (13.9.2017).

ליצירת תמריצים כלכליים למוסדות הלימוד החרדיים.<sup>154</sup> עם זאת, דוח מעקב של המרכז הישראלי להעצמת האזרח טוען כי מתווה זה לא יושם.<sup>155</sup>

### חומרתה של הפגיעה הקולקטיבית

ככל שהפגיעה חמורה יותר, כך היא מוצדקת פחות. גיוס לצבא וחויב של הפרט בשירות של כשלוש שנים אינו עניין קל ערך. אין ספק שהחלפת הסנקציה של שלילת דחיית השירות בסנקציה כלכלית, בדרך של הפחתת הקצבאות ככל שמספר הלומדים (ואינם משרתים) גדל, היא עונש חמור פחות.

### סוג הקולקטיב שמדובר בו

כפי שהוסבר לעיל, פגיעה קולקטיבית בקבוצת מיעוט אתנית תיחשד כפגיעה פסולה. לעומת זאת, פגיעה קולקטיבית נחשבת חמורה פחות כשמדובר בקבוצה שהחברות בה וולונטרית, ועל כן חבריה יכולים לשקול אם התועלת של החברות בה עולה על המחיר הכרוך בכך. חמורה פחות היא גם הפגיעה בקבוצה שמטרותיה אנטי־חברתיות, למשל ארגון פשע. כיצד אפוא ראוי לסווג את בוגרי מוסדות החינוך החרדיים? אין המדובר בקבוצת מיעוט אתנית; החרדים משתייכים לרוב היהודי בישראל, ומבחינה עדתית רבים מהם אשכנזים. השתייכותם לקבוצה אינה גזירת גורל בלתי ניתנת לשינוי, דוגמת צבע עור. מדובר במיעוט דתי־תרבותי, אבל לא מיעוט המודר ממוקדי הכוח הפוליטיים. יש שיאמרו שההפך נכון ומדובר במיעוט שכוחו כלשונו מאזניים בין ימין לשמאל הופך אותו לבעל השפעה פוליטית החורגת ממשקלו היחסי באוכלוסייה. יתרה מזו, החברה החרדית איננה סגורה לחלוטין – חוזרים בתשובה עשויים להצטרף אליה, ויוצאים בשאלה עוזבים אותה. עם זאת, הנטייה של המגזר החרדי לגור באזורים נפרדים, ללמוד במוסדות חינוך נפרדים, ולפי תוכנית שאינה מכשירה את התלמידים להתפרנס מחוץ לקהילה, לצרוך רק תקשורת מגזרית

154 ס' 13, 15–30 להחלטה 638 של הממשלה ה־33 "שילוב חרדים ובני מיעוטים בשירות צבאי ואזרחי לצורך שילובם בשוק העבודה וליצירת שוויון בנטל הביטחוני והכלכלי" (28.7.2013).

155 המרכז הישראלי להעצמת האזרח "דו"ח מעקב: יישום החלטת הממשלה לאימוץ המחווה לשותפות ונשיאה בנטל הצבאי והכלכלי (שוויון בנטל) על בסיס החלטת ממשלה 638 מיום 28.7.2013" 5 (ינואר 2016).

ובעיקר – להתפרנס מקצבאות ומשרות המותנות בהשתייכות לקהילה, תורמת לקושי של מי שמשתייך לקהילה זו לבחור בעזיבה.<sup>156</sup> ואולם אין לומר שמדובר בקבוצה שמטרותיה הכוללות הן אנטי-חברתיות. עם זאת, ההתנגדות לנשיאה בנטל השירות הצבאי עשויה להיתפס כגישה אנטי-חברתית ובלנית. לסיכום שיקול זה, אף שקיימים לפעמים גילויי איבה מכוערים בציבור הכללי כלפי הציבור החרדי, אין מדובר במקרה מובהק של קבוצת מיעוט נטולת כוח פוליטי, שהשתייכות אליה היא גזירת גורל, ומניעי פגיעה קולקטיבית בחברה צריכים להיות חשודים כפסולים מטעמים של אפליה.

### ה א פ ק ט י ב י ו ת ש ל ה פ ג י ע ה ה ק ו ל ק ט י ב י ת

שיקול חשוב, אולי אף תנאי סף לשקילת פגיעה קולקטיבית, הוא האפקטיביות הצפויה בהשגת המטרה מעצם הפגיעה. כפי שהוסבר בפרק הקודם, אפקטיביות זו מותנית במאפייני הקולקטיב שבו מדובר, כלומר במידת הסולידריות וההומוגניות שלו ובעוצמת מנגנוני האכיפה הפנימית הקיימים בו. נראה כי במקרה זה יש בהחלט פוטנציאל של אפקטיביות לפגיעה קולקטיבית, מאחר שמדובר בציבור המתאפיין בקשרים קרובים ותכופים בתוך הקהילה, באכיפה חברתית של קודים פנימיים, במנהיגות רבנית שהציות לה נתפס כערך ואף בבתי דין פנימיים.<sup>157</sup>

ניתן לסכם ולקבוע כי שלילה של דחיית השירות מבוגר מוסד חרדי בן 21 בשנה שבה לא עמד הציבור החרדי כולו ביעדי הגיוס היא פגיעה קולקטיבית ולא ענישה קולקטיבית. רבים מהפרמטרים שעשויים להצדיק פגיעה קולקטיבית כחריגה – מתקיימים. עם זאת, בשל הדרישה שפגיעה קולקטיבית תהיה המוצא האחרון, נראה כי אמצעי זה אינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ולכן

156 אינדיקציה לקשיים להשתלב בתעסוקה מחוץ למגזר ניתן למצוא בנתונים על שיעור נמוך של שימוש במחשב ובאינטרנט ושיעור נמוך של בעלי רישיון נהיגה בקרב החרדים, ראו גלעד מלאך, מאיה חושן ולי כהנר שנתון החברה החרדית בישראל 2016 173 (2016).

157 זאב סגל "צדק מחריד בבית דין צדק של העדה החרדית בבני ברק" הארץ 11.11.2010.

מוטב לשקול סנקציות כלכליות במתכונת שהוצעה לעיל ואף אומצה בעבר בהחלטת ממשלה 638.

## **מה למדנו על ההגדרה של ענישה קולקטיבית ועל הפרמטרים שהוצעו לבחינת פגיעה קולקטיבית מהמקרים שנותרו?**

מבט בשלושת המקרים שנותרו כאן מלמד כי ההבחנה בין פגיעה בזכות לבין שלילת פריווילגיה, שהוצעה כהבחנה בין ענישה קולקטיבית לפגיעה קולקטיבית, לא תמיד קלה ונטולת ספקות. שלילת דחיית השירות בשל אי-עמידה במכסות הגיוס בציבור החרדי היא מקרה מובהק יחסית של שלילת פריווילגיה. לעומתה, ניתוק צרכן משלם מאספקת המים הוא שלילת זכות. ואולם אם מדובר בהפחתה של אספקת המים ולא בשלילתה, המסקנה יכולה להיות שונה. במקרה של ביטול האפשרות להכיר בציון פנימי כציון בבחינת הבגרות קשה להצביע על פגיעה בזכות, מלבד הזכות הכללית לשוויון. לפיכך בניתוח אמצעי הביטחון בפרק הבא, ככל שיתקיים ספק אם מדובר בזכות או בפריווילגיה – תיערך בדיקה גם של הפרמטרים להצדקה של פגיעה קולקטיבית. נוסף לכך, הדוגמאות שנותרו מלמדות על אפשרות למורכבות גם במתן תשובות ברורות על השאלה אם הפגיעה ישירה או עקיפה (ניתוק או הפחתת אספקת המים), ועל השאלה אם לנפגעים יש אחריות אישית (שלילת דחיית השירות).

אשר לפרמטרים לבחינת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית, נראה שמדובר בפרמטרים היוצרים הבחנה בתוך כל מקרה ובין המקרים הנסקרים, והם מסייעים בחידוד המאפיינים של הנסיבות הקונקרטיות בכל אחד מהם (ראו לוח 1). משכך, נדמה כי יש בהם תועלת בהערכת ההצדקה של הפגיעה הקולקטיבית.

**לוח 1**

**בחינת ההצדקה של פגיעה קולקטיבית על פי הפרמטרים שנבחנו**

שלילת דחיית השירות בשל אי־עמידה ביעדי הגיוס	הפחתה של אספקת המים בשל חוב	שלילת ציון פנימי לבגרות	
+	+	+	המטרה
+	-	-	חומרת התופעה
-	+/-	-	האם מדובר במוצא אחרון?
+	-	+/-	חומרת הפגיעה הקולקטיבית
+	*+	*+	סוג הקולקטיב
+	+/-	-	האפקטיביות של הפגיעה

מקרא: (+) - נוטה להצדיק, (-) - נוטה שלא להצדיק, (-/+)- אינו נוטה לכיוון ברור

\* פורמלית אין מדובר בקולקטיב "חשוד" (בית ספר מסוים או רשות מקומית מסוימת), אבל החוצאה הייתה שונה אם היו נתונים אמפיריים שמלמדים על נקיטת האמצעי רק, ובעיקר, כלפי בתי ספר או יישובים של בני מיעוטים.

## ענישה קולקטיבית ומאבק בטרור

בפרק זה אבחן פרקטיקות הננקטות כחלק מהמאבק בטרור. כל אמצעי והשלכותיו יתוארו תיאור קצר; יפורטו בתמצית הבסיס המשפטי לנקיטת האמצעי והפסיקה בעניין חוקיותו, ככל שהאמצעי עמד לביקורת לפני בתי המשפט. כשהפסיקה התייחסה גם לסוגיית הענישה הקולקטיבית, יתואר הדבר בפירוט רב יותר. לבסוף תיבחן השאלה אם לאור ההגדרה המוצעת כאן מדובר בענישה קולקטיבית או בפגיעה קולקטיבית, ובמקרה שמדובר בפגיעה קולקטיבית, אם לאור הפרמטרים המפורטים בפרק השני יש הצדקה להפוך על פיה את החזקה כנגדה.

האמצעים ייבחנו לפי היקף מעגל ההשפעה שלהם. תחילה ייבחנו אמצעים המשפיעים על בני משפחת המחבל, אחר כך אמצעים המשפיעים על יישוב או אזור מסוים וכן אמצעים המשפיעים על חברי ארגון טרור מסוים. לבסוף ייבחנו אמצעים שתחולתם נפרשת על האוכלוסייה הפלסטינית הכללית.

## אמצעים המשפיעים על בני משפחת המחבל

### הריסת בתים של מבצעי פיגועים

מאז 1967 נוקטת המדינה פרקטיקה של הריסת בתים של מבצעי פיגועים נגד אזרחים או חיילים ישראלים. היקף השימוש באמצעי זה ידע עליות ומורדות – עלייה בתקופת האינתיפאדה (1988–1992) וירידה בעקבות הסכמי אוסלו (1993); עלייה בעקבות הסלמת העימות הישראלי-פלסטיני בשנים 2001–2004,<sup>158</sup>

158 מה שהפלסטינים מכנים "אינתיפאדת אל-אקצה".



ההפסקה מוחלטת בשנים 2005-2008 בשל החלטת מדיניות; לבסוף, חידוש השימוש באמצעי זה, קודם כול במזרח ירושלים ואחר כך גם ביהודה ושומרון.<sup>159</sup>

בקטגוריה זו לא נכללות הריסות בתים שנבנו באופן לא חוקי<sup>160</sup> וגם לא הריסות בתים בשל צורך צבאי.<sup>161</sup> מדובר במקרים שבהם המחבל שביצע פיגוע, לרוב פיגוע חמור,<sup>162</sup> גר בבית שבו מדובר. המחבל עצמו לא נפגע ישירות מנקיטת האמצעי, לעיתים משום שנהרג במהלך הפיגוע (במיוחד כשמדובר בפיגועי התאבדות), או משום שנתפס והוא כלוא בידי הרשויות לתקופת מאסר ממושכת. אם לא נהרג ולא נתפס, סביר להניח שהמחבל מסתתר ואינו חוזר לבית שהתגורר בו לפני הפיגוע.<sup>163</sup>

היעדר ראייה בנוגע למודעות או למעורבות בפיגוע של בני משפחה המתגוררים בבית אינה מונעת כשלעצמה את הפעלת הסמכות, אך יכולה להישקל לעניין היקף ההריסה – האם ייהרס המבנה כולו או רק החלק שהמחבל התגורר בו.<sup>164</sup> התפיסה שביסוד נקיטת האמצעי היא שיש בכוחו להרתיע את הרבים מפני ביצוע פיגועים. החשש שמשפחת המפגע תהפוך לחסרת בית עשוי להרתיע

159 לנתונים על הריסת בתים ואטימתם מאז 2001 ראו נתונים על הריסת בתים כאמצעי ענישה בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים (עודכן לאחרונה ב-8.10.2017).

160 בתים שנבנו באופן לא חוקי נהרסים מכוח דיני התכנון והבנייה החלים בשטחים, ראו מבקר המדינה "אזור יהודה והשומרון: פעילות יחידת הפיקוח והאכיפה והיבטים בהסדרת מקרקעין" דוח שנתי 166 ב 74 (2016).

161 דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי מחירים תפיסת רכוש פרטי או פגיעה בו ככל שהיא נדרשת בשל צורך צבאי, למשל, לשם הקמת גדר ביטחון שתמנע מעבר מחבלים מחאבדים. ראו בג"ץ 2056/04 מועצה הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 831-832 (2004) (להלן: עניין כפר בית סוריק).

162 בתקופות קודמות יותר ניתן למצוא מקרים של הריסה מסוג זה, אף בהיעדר פגיעות בנפש כתוצאה ממעשי החבלה. למשל, ראו בג"ץ 610/89 בחרי נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד מד(1) 92 (1989) (להלן: עניין בחרי).

163 Dan Simon, *The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories*, 19 YALE J. INT'L L. 1, 61 (1994) (להלן: Simon).

164 בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 18 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם באר"ש 1.7.2014).

גם מחבל המוכן להקריב את חייו שלו בפיגוע. חשש זה עשוי גם לעודד את בני משפחתו של מחבל פוטנציאלי להניאו מלבצע את הפיגוע.<sup>165</sup>

מבחינה ראייתית, לא נדרשת הרשעה במשפט פלילי על מנת להרוס את ביתו של חשוד כמפגע, ודי בראיות מינהליות.<sup>166</sup> במרוצת השנים חודדו דרישות המידתיות בנקיטת אמצעי זה. לעיתים מדובר בהריסת חלק מן המבנה בלבד – החלק שבו התגורר המחבל. במקרים אחרים מסתפקים באטימת המבנה חלף הריסתו כדי שלא לגרום נזק לחלקים אחרים של המבנה או למבנים סמוכים.<sup>167</sup> מבחינה פרוצדורלית, נמסרת הודעה מראש על הכוונה להרוס את הבית זמן קצר לפני נקיטת הפעולה. לנפגעים הפוטנציאליים מתאפשר לרוב להעלות את השגותיהם לפני המפקד הצבאי ולעתור לבית המשפט הגבוה לצדק.<sup>168</sup>

אמצעי זה לא ננקט כלפי מחבלים יהודים שפגעו בערבים ואף לא כלפי מחבלים ערבים אזרחי ישראל (להבדיל מתושבי מזרח ירושלים).<sup>169</sup>

## הבסיס המשפטי לנקיטת האמצעי

מקור הסמכות להריסת בתי מחבלים הוא תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945,<sup>170</sup> הקובעת כך:

165 בג"ץ 698/85 דגילס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 42, 44 (1986) (להלן: עניין דגילס), ובאופן מפורט יותר: עניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 121, פס' 4-14 לפסק דינו של השופט סולברג.

166 בג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה והשומרון (פורסם באר"ש, 28.2.2016); לירון ליבמן "מה נטל הראיה הנדרש להריסת בתי מחבלים?" (1.3.2016) [lironslaw](http://lironslaw.com).

167 עניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 121, פס' כד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

168 בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 542 (1989).

169 עניין אבו חדיר, לעיל ה"ש 94.

170 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, באופן כללי, לרבות הדיון בתקנה 119, ראו מיכל צור תקנות ההגנה [שעת חירום] 1945 (1999).

מפקד צבאי רשאי להורות בצו שישמטו לטובת ממשלת פלשתינה (א"י) כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה נשק־אש כל־פצצה, רימון־יד או חפץ נפיץ או מבעיר כל־שהם שלא כחוק, או כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה, כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית־משפט צבאי; ומשמטו בית או מבנה או קרקע כלשהם כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הגדל על־פני הקרקע.

התקנות המנדטוריות חלות עד היום בישראל. הוראות מסוימות מתוכן בוטלו לאחר קביעתם של הסדרים רלוונטיים בחקיקה הישראלית, אך לא תקנה זו.<sup>171</sup> חוקיותו של אמצעי זה הועמדה לראשונה למבחן לפני בית המשפט העליון בעניין **סחוויל**, שבו נקבע כי התקנות היו בתוקף גם בתקופת השלטון הירדני ונותרו בתוקפן כחלק משמירת הדין המקומי במסגרת הממשל הצבאי הישראלי.<sup>172</sup> עוד נקבע כי ללא צורך להכריע בשאלת תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית ביהודה ושומרון, השימוש בסמכות על פי הדין המקומי אינו סותר את האמנה.<sup>173</sup> ב־40 השנים שחלפו מאז פסק דין זה חזרה פסיקת בית המשפט העליון ודנה בעתירות נגד נקיטת האמצעי; לעיתים צומצם או בוטל השימוש בו בגין פגמים בשיקול הדעת המינהלי ובשל שיקולי מידתיות. ואולם למרות דעות המיעוט של

171 כך למשל הוסדר המעצר המינהלי בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, שבמסגרתו בוטלו תקנות 85(1) (י) ו־111 עד 112 בתקנות ההגנה. גם חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, שהתקבל לאחרונה ביטל תקנות מסוימות מתקנות ההגנה (ס' 76 לחוק).

172 בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 464, פס' 3-4 לפסק הדין (1976).

173 שם, פס' 4 לפסק הדין; להוראות אמנת ג'נבה הרביעית הרלוונטיות ראו בפרק הראשון.

השופטים והתהיות שהועלו בעניין,<sup>174</sup> כל הטענות נגד חוקיותו של האמצעי נדחו. בכלל זה נדחתה הטענה שמדובר בענישה קולקטיבית ובפרקטיקה הסותרת את האיסור על החרמה והשמדה של רכוש של אוכלוסייה מוגנת לפי דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי ההומניטרי. כמו כן נדחו הטענות שהאמצעי נוגד את אמנות זכויות האדם במשפט הבינלאומי (בעיקר האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות),<sup>175</sup> ושהוא סותר את המשפט החוקתי הישראלי, בכלל זה את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כיצד נימק בית המשפט את דחיית הטענה בדבר ענישה קולקטיבית? ראשית, נטען כי הנזק שנגרם לבני משפחתו של המחבל בגלל הריסת הבית שבו התגוררו יחד אינו שונה באופיו מהנזק הנגרם למשפחה כאשר אב המשפחה נידון לעונש מאסר ונשללת מבני ביתו תמיכתו כמפרנס ותומך.<sup>176</sup> שנית, נטען כי מטרתו של האמצעי היא הרתעה ולא עונש, ולכן אין הוא בגדר ענישה קולקטיבית.<sup>177</sup> טענה שלישית שניתן להסיק מהפסיקה היא שהריסת בתים תיחשב ענישה קולקטיבית רק אם היא רחבת היקף, ולפיכך הריסה של בית אחד או חלק ממנו אינה ענישה קולקטיבית.<sup>178</sup>

174 בג"ץ 7220/15 עליה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדרה המערבית, פסק דינו של השופט מזוז (פורסם באר"ש, 1.12.2015); דעת המיעוט של השופט חשין בבג"ץ 4772/91 חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150, 155-161 (1992); בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל, פסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 23.3.16) (וראו פס' 2 לפסק דינו של השופט פוגלמן: הפניה לפקפוקים שונים בהלכה הקיימת של השופטים זילברטל, ברק־ארז וחיות).

175 נגד הטענות בדבר הסחירה שבין נקיטת אמצעי זה לבין המשפט הבינלאומי נטען כי מאחר שהאמצעי מעוגן בדין המקומי, הדבר מעניק לו חוקף הגובר על כוחו של המשפט הבינלאומי.

176 עניין דגילס, לעיל ה"ש 165, בעמ' 44; עניין בחרי, לעיל ה"ש 162, בעמ' 95; בג"ץ 658/89 סנואר נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מג(2) 821, 814 (1989).

177 בג"ץ 126/83 אבו עלאן נ' שר הביטחון, פ"ד לז(2) 169, 173-172 (1983); בג"ץ 798/89 שוקרי נ' שר הביטחון, פס' 4 לפסק דינו של השופט ברק (פורסם בנבו, 10.1.1990); בג"ץ 754/91 אבו קביטה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 20.5.1991).

178 עניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 121, פס' כג לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "אין להלום את טענת המבקשים כי כל הריסה שהיא, קטנה כגדולה וללא תלות בנסיבות הקונקרטיות, עולה בהכרח כדי עונש קולקטיבי". בהמשך מפנה השופט

## האם לנוכח ההגדרה המוצעת, הריסת בית המחבל היא ענישה קולקטיבית?

ראשית, מתבקש להתייחס ליסוד הענישה הזאת לאור פסיקת בית המשפט העליון, כפי שהובאה לעיל. פסיקה זו הדגישה את מטרתו ההרתעתית של האמצעי והנגידה בין הרתעה לענישה. אלא שהביקורת על הפסיקה בספרות המשפטית כבר ציינה שאין ניגוד בין ענישה לבין הרתעה, וכי הרתעה היא ממטרות הענישה.<sup>179</sup> התכלית של הרתעה אינה שוללת אפוא את טיבו הענישתי של המעשה, כשם שהטלתו על ידי רשות מינהלית ולא שיפוטית אינה שוללת את טיבו העונשי.<sup>180</sup>

האם הריסת בית מחבל הוא מעשה שיש בו כדי לפגוע במישרין בזכותו של אדם בגין מעשה שלא ניתן לייחס לו אחריות אישית לעשייתו? במצב (התאורטי למדי) שבו מחבל מתגורר לבדו בבית שבבעלותו הבלעדית, והוא נותר בחיים לאחר ביצוע הפיגוע – התשובה שלילית, שכן ההריסה פוגעת במי שאחראי לפיגוע ובו לבדו.<sup>181</sup> עם זאת, המצב השכיח הוא שנהרסת או נאטמת יחידת מגורים שבה גר המחבל עם בני משפחתו – הורים, בת זוג, ילדים, אחים. האם ניתן לראות בנזק שנגרם לבני המשפחה נזק נלווה להטלת עונש על האחראי הישיר, בדומה לנזק שנגרם לבני משפחתו של עבריין בגלל ריצוי עונשו במאסר, כפי שקבע לעיתים קרובות בית המשפט העליון? במילים אחרות, האם אפשר לראות בהריסת ביתו של מחבל עונש המכוון ישירות כלפיו כמו עונש מאסר? לדעתי, התשובה שלילית. אם המחבל נהרג בזמן ביצוע הפיגוע, ברור שאין מדובר בענישתו באופן

רובינשטיין לצווים ששימשו את הבריטים במהלך מלחמת הבורים בדרום אפריקה בתחילת המאה ה-20, בהם צו שהחיר הרס בתים המצויים בטווח של עד 10 מיילים ממקום ההתקפה. ראו Simon, לעיל ה"ש 163, בעמ' 8.

179 ראו ס' 140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, כפי שתוקן בחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102. תיקון זה עניינו הבניית שיקול דעת בענישה. הוראה זו מאפשרת להתחשב בשיקולי הרתעה הרבים בגזירת העונש בתוך מחסם העונש ההולם.

180 דוד קרצ'מר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר 305, 320-324 (התשנ"ג).

181 ניתן עדיין לטעון נגד ביצוע ההריסה בהחלטה מינהלית ולא כעונש המוטל לאחר הרשעה בהליך שיפוטי, אבל בכל מקרה אין מדובר בענישה קולקטיבית.

אישי. גם אם נלכד והועמד לדין, בשל חומרת העבירה צפויות לו שנות מאסר ארוכות. אפילו אם הבית בבעלותו הפגיעה הישירה בו מופשטת, ואילו הפגיעה בבני משפחתו, המאבדים את מקום מגוריהם לאלתר, ברורה ומיידית.<sup>182</sup> מובן שכאשר מדובר בדירה שכורה שהיא בבעלות אחר, האפשרות לתאר את ההריסה כעונש אישי המוטל על המחבל רחוקה עוד יותר. נראה כי הריסת הבית מכוונת ישירות לפגיעה בבני המשפחה, אך אם המניע אינו גרימת סבל לבני המשפחה אלא השגת תכלית של הרתעה, כפי שפורט לעיל.

במצב שבו בני משפחה המתגוררים עם המחבל היו שותפים לביצוע הפיגוע, עודדו אותו לפני מעשה, סייעו לו באמצעים לביצוע הפיגוע, העלימו עין או סייעו אחרי מעשה במילוטו או במתן מקלט, ייתכן שהריסת הבית לא תיחשב ענישה קולקטיבית כלפיהם. במקרה כזה, העובדה שבני משפחה אחרים, שלא ניתן לייחס להם אחריות אישית, ייפגעו גם הם בגלל ההריסה, עשויה להיחשב "נזק נלווה" לענישת האחרים. אפשרי לערער על מסקנה זו אם ניתן להראות שהריסת הבית אינה ננקטת כלפי מסייעים אחרים לפיגועים, שמעורבותם היא באותה דרגת חומרה, אבל לא התגוררו עם המחבל באותו בית. פער כזה, ככל שהוא קיים, יחשוף כי לאמיתו של דבר ההריסה נבעה מביצוע הפיגוע ולא מן הסיוע לו, ועל כן הבעיה שבני הבית אינם אחרים לפיגוע עצמו נותרה על כנה. כך או כך, כפי שפורט לעיל, הידיעה על כוונה לבצע פיגוע והאחריות של בני הבית אינן תנאי הכרחי להחלטה על הריסת הבית. מדובר רק באחד מן השיקולים העשויים להשפיע על עצם ההריסה או על היקפה. נוסף לכך, רשויות הביטחון אינן מחויבות לברר את מידת אחריותם של בני הבית בטרם קבלת החלטה על הריסה. לפיכך בכל מקרה שאין מתגורר בבית אדם שניתן לייחס לו אחריות אישית לפיגוע, או לכל הפחות אחריות לעבירות המעטפת, כגון אי-מניעת פשע או מתן מקלט, אין מנוס מן המסקנה שהריסת הבית היא בגדר ענישה קולקטיבית – היא מוטלת על מי שאין לו אחריות אישית למעשה, בשל

182 דן סיימון מציין שמחוקר 145 מקרים שהובאו לביקורת שיפוטית (כנראה עד מועד כתיבת מאמרו), רק ב-7 היו הבתים בבעלות המחבל. ראו Simon, לעיל ה"ש 163, בעמ' 53. לרוב הבעלות היא של הורי המחבל, של משכיר שאינו בן משפחה או של בני משפחה אחרים.

השתייכותו לקולקטיב (בני משפחה המתגוררים יחדיו) שאליו שייך גם האחראי למעשה.<sup>183</sup>

עוד ברור כי הריסת בית מגורים היא פגיעה בשורה של זכויות מוקנות, אפילו זכויות יסוד, כמו הזכות לקניין,<sup>184</sup> הזכות לדיור נאות,<sup>185</sup> הזכות לפרטיות<sup>186</sup> והזכות לחיי משפחה.<sup>187</sup>

אכן, ענישה קולקטיבית עלולה להיות נרחבת, כגון החרבת כפר שלם, או מצומצמת, כגון אטימת חלק מבית מגורים ששימש את המחבל ומשפחתו הגרעינית. אולם אף שברור כי יש הבדל של חומרה בין השתיים, אין יסוד להניח כי האיסור עצמו מוגבל לענישה קולקטיבית נרחבת.<sup>188</sup> כפי שפורט בפרק הראשון, סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית אוסר עקרונית ענישה שאינה מבוססת על אחריות אישית, יהא אשר יהא היקפה.

המסקנה העולה מן הדברים היא אפוא שהריסת בתי מחבלים היא ענישה קולקטיבית, וחל עליה איסור מוחלט. לכן לא אפנה כאן לבחינת הפרמטרים להצדקה של פגיעה קולקטיבית, בכללם האפקטיביות הפוטנציאלית של העונש. ההגדרה במחקר זה היא כללית ועקרונית, ואין היא מוגבלת לתחולת אמנת ג'נבה הרביעית העוסקת בבני אדם מוגנים בלבד ובסכסוך מזוין.<sup>189</sup>

183 וראו ניתוח מדוע אי־אפשר להחיל את דוקטרינת "האפקט הכפול" (double effect) בתורת המוסר, אצל Simon, לעיל ה"ש 163, בעמ' 60-61.

184 ס' 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

185 ס' 11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 131.

186 ס' 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 40.

187 ס' 23, שם; וס' 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 131.

188 כפי שעולה מדברי השופט רובינשטיין בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 121, פס' כג.

189 ס' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 3.

## שלילת היתרי עבודה בישראל מבני משפחה או מתושבי אזור שממנו יצא מפגע

בבוקר 26 בספטמבר 2017 עמד פועל פלסטיני בעל היתר עבודה בישראל מבית סוריק בתור על מנת להיכנס ליישוב הר אדר. לפתע שלף אקדח וירה, ושوتر ממשמר הגבול ושני מאבטחים נהרגו מן הירי. עוד באותו בוקר הודיע ראש הממשלה בפתח ישיבת הממשלה: "אנחנו עדיין חוקרים את האירוע, וגם את ההשלכות שלו, אבל כמה דברים אנחנו יכולים להגיד עכשיו בוודאות. אחד – בית המחבל ייהרס. שניים – צה"ל כבר הטיל כתר על הכפר. שלוש – שוללים עכשיו את כל היתרי העבודה של המשפחה המורחבת של אותו מחבל".<sup>190</sup>

במקרה מבחן זה אדרש לשאלה אם שלילת היתרי העבודה של בני משפחתו המורחבת של מחבל היא בגדר ענישה קולקטיבית או שמא פגיעה קולקטיבית.<sup>191</sup> במקרה שמדובר בפגיעה קולקטיבית, אבחן אם לאור הפרמטרים המוצעים ניתן להצדיק חריגה מן ההצדקה נגד פגיעה קולקטיבית.

הצהרת ראש הממשלה אינה משקפת יישום חד־פעמי של אמצעי ייחודי. כך, ב־16 ביוני 2017 תקפו שלושה מחבלים מהכפר דיר משעל הסמוך לרמאללה שוטרי מג"ב ליד שער שכם. הם הרגו שוטר ופצעו שוטר נוסף. בעקבות זאת, מתאם פעולות הממשלה בשטחים הודיע בחשבון הפייסבוק הרשמי שלו כי "עקב הפעולה הנפשעת והמגונה הזו וההסתה הרשמית הכוזבת מצד גורמי פתח רשמיים כדי להשיג פופולריות, החליטה ישראל על נקיטת צעדים, שהראשון שבהם הוא ביטול 250 אלף היתרי ביקור ושלילת חמולות המחבלים מהיתרי העבודה שלהם".<sup>192</sup> בעקבות פיגוע אחר שאירע במרץ 2016 פורסם כי הקבינט המדיני־ביטחוני קיבל דיווח "על המשך יישום צעדים נוספים להגברת

190 משרד ראש הממשלה "דברי ראש הממשלה בפתח ישיבת הממשלה" (הודעות דוברות, 26.9.2017) (להלן: משרד ראש הממשלה).

191 לנושא של הריסת בתים כבר נדרשתי ולנושא הכתרת אטייחס בהמשך.

192 אמיר בוחבוט "מבצע נרחב בכפר שממנו יצאו המחבלים; היתרי המשפחות הוחרמו" וואלה! News 17.6.2017.



המאבק בטרור, בהם [...] שלילת היתרי עבודה ומסחר ממשפחות מחבלים".<sup>193</sup> נשאלת, אם כן, השאלה אם שלילת היתרי עבודה ומסחר בישראל היא בגדר ענישה קולקטיבית.

## הבסיס המשפטי לנקיטת האמצעי

מאחר ששטחי יהודה ושומרון ורצועת עזה לא סופחו לישראל, הכלל הוא שכניסת תושביהם הפלסטינים לישראל היא בגדר כניסת זרים למדינה, וזו מחייבת אשרה מטעם שר הפנים על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. בעבר היו פטורים תושבי אזורים אלו מהחובה לקבל אשרת כניסה כל עוד יצאו מהם לפי היתר של מפקד כוחות צה"ל באזור, בכלל זה היתר כללי.<sup>194</sup> ההיתר הכללי שניתן בעבר בוטל בשנת 1991, ומאז כל תושב המבקש להיכנס לישראל נזקק להיתר פרטי.<sup>195</sup> בעקבות הסלמת הסכסוך הישראלי-פלסטיני מאוקטובר 2000 חוקק חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. הוראתו העיקרית של חוק זה שוללת מתן אשרת ישיבה לתושבי יהודה, שומרון ועזה בישראל. ואולם במסגרת החריגים המנויים בחוק מפקד האזור רשאי לתת לתושב היתר שהייה בישראל למטרת עבודה.<sup>196</sup> עוד קובע החוק כי לא יינתנו היתרים שונים, בהם היתר למטרת עבודה:

אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם. לעניין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון

193 משרד ראש הממשלה "החלטות הקבינט המדיני-ביטחוני בראשות ראש הממשלה נתניהו" (הודעת דוברות, 10.3.2016).

194 צו הכניסה לישראל (פטור תושבי יהודה ושומרון, רצועת עזה וצפון סיני, מרכז סיני, מרחב שלמה ורמת הגולן), התשכ"ח-1968, ק"ת 910.

195 "כניסה פלסטינים לישראל", אתר הפרקליטות הצבאית.

196 ס' 33(2) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.

המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.<sup>197</sup>

בית המשפט העליון פסק כי אין לתושבים הפלסטינים זכות שבדין לעבוד בישראל.<sup>198</sup> עוד קבע בית המשפט המחוזי כי טיבה של המניעה הביטחונית אינו מוגבל לסיכון הנובע מהמבקש עצמו:

הסיכון לביטחון הציבור שעלול להביא לדחיית בקשה לקבלת היתר כניסה לישראל, יכול לנובע ממידע שקיים אודות זיקתו של המבקש עצמו לפעילות טרוריסטית או חתרנית נגד המדינה. הסיכון לביטחון הציבור שעשוי להקים מניעה ביטחונית, עלול להיות גם סיכון עקיף הנובע מבני משפחתו הקרובים של מבקש ההיתר. הסיכון בסיטואציה שכזו לביטחון הציבור נובע מהחשש לסיוע, מדעת ושלא מדעת, שעלול לתת המבקש לבן משפחתו מדרגה ראשונה, הזומם לבצע פעילות עוינת או חתרנית נגד המדינה.<sup>199</sup>

## **האם לנוכח ההגדרה המוצעת, שלילת היתרי עבודה בישראל מבני משפחתו של מחבל היא ענישה קולקטיבית?**

אין ספק שמדובר בפעולה הפוגעת באדם בשל השתייכותו לקולקטיב (משפחה, משפחה מורחבת או יישוב) שמתוכו יצא האחראי לפיגוע. השאלות המחייבות ליבון בסוגיה זו הן אם הפגיעה במשפחה היא פגיעה ישירה, אם נפגעת מכך זכות או פריווילגיה, ואם הפגיעה ננקטת כעונש בגין אותו מעשה.

197 שם, בס' 13.

198 בג"ץ 6662/00 חדאד נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 4.4.2001); בג"ץ 7475/05 כעבנה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 25.8.2005); בג"ץ 2805/06 כואזבה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 27.6.2006); ולאחרונה ממש ראו עת"מ (מחוזי י-ם) 17-08-23355-08 עלקים נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 5.11.2017).

199 עת"מ (מחוזי י-ם) 13-11-7639 עדאם נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון פס' 2 (פורסם בנבו, 13.4.2014).

כאמור, במקרה שבני משפחה נפגעים כתוצאה נלווית של הטלת עונש על האחראי הישיר, למשל אובדן פרנסה בשל כליאתו של המחבל, אין מדובר בפגיעה ישירה. כך גם בכל הנוגע לפעולה שנוקטת בעקבות פיגוע שיש לה תכלית מוחשית של לכידת המחבל או מניעת פיגוע נוסף. פעולה זו גורמת לפגיעה נלווית באנשים שבסביבת הפיגוע או בסביבת המחבל, אך אין מדובר בענישה קולקטיבית. לקטגוריה זו שייכת, למשל, פעולה של הקמת מחסומים באזור הפיגוע על מנת לאתר את המחבל בטרם יימלט מהאזור. לפיכך ניתן להצדיק השעיה של אישורי עבודה לבני משפחתו של המחבל לפרק זמן הנדרש לחקירת העבירה ולבירור בעניין מעורבותם בביצועה, כאמצעי מניעתי להקטנת סיכונים ומניעת פיגוע נוסף.

שאלות מורכבות יותר הן כיצד ראוי לסווג שלילה של היתרי עבודה בקביעות בשל סיכון פוטנציאלי שהמחבל יעזר בן משפחתו בעל היתר העבודה, מדעת או שלא מדעת, לשם ביצוע פיגוע? או אירוע שבו המחבל נהרג ועולה החשש לניצול הגישה לישראל לשם ביצוע פיגוע נקמה בשל מותו של בן משפחה?

ככל שאמצעי זה ננקט שלא על סמך מידע ממשי אלא על יסוד השערות בנוגע לפוטנציאל החבלה או מידע סטטיסטי באשר לסיכון הטמון בבני משפחתם של מחבלים, נראה שמדובר בפרקטיקה של תיוג שהזכרה בפרק השני. פרקטיקה זו מעוררת בעיות המצדיקות דיון נפרד, אבל אין לראות בה ענישה קולקטיבית. אומנם העבירה שביצע המחבל משפיעה על קביעת הפרופיל של בני משפחתו, והפרופיל שנוקבע עלול להכביד על אדם שאלו מאפייניו, אלא שאין בתיוג כוונה להעניש בגין מעשים קודמים, והקשר בין המעשים הקודמים לבין ה"עונש" הוא סטטיסטי בלבד. במילים אחרות, היסוד של "בגין אותו מעשה" בהגדרה של ענישה קולקטיבית המשמשת בעבודה זו אינו מתקיים.

ואם התכלית שביסוד שלילת היתרי העבודה אינה מניעת סיכון או הקטנתו אלא הרתעה? כפי שכבר הובהר, הרתעה אינה תכלית מוחשית. הפגיעה בבני משפחה באמצעות שלילת היתרי העבודה שלהם היא ישירה ואינה תוצאה נלווית של ענישת המחבל; השלילה אמורה ליצור את ההרתעה. עם זאת, גם במקרה זה לא מדובר בענישה קולקטיבית, שכן אין מדובר בפגיעה בזכות אלא בשלילת פריווילגיה. לפיכך שלילת היתרי עבודה בישראל מבני משפחתו של מחבל לשם הרתעה מביצוע פיגועים היא פגיעה קולקטיבית.

## האם לנוכח הפרמטרים המוצעים, יש הצדקה לפגיעה קולקטיבית?

### מטרות הפגיעה

מן ההודעות הרשמיות על השימוש באמצעי זה לא ניתן ללמוד על תכליתו, מלבד מאזכרו לעיתים כחלק מהמאבק בטרור. גם פסיקת בתי המשפט, אולי לנוכח הקביעה העקרונית שאין לפלסטינים זכות מוקנית לעבוד בישראל, אינה מרחיבה בדבר התכלית של שלילת היתרי העבודה. כפי שהוזכר לעיל, מפסק דין מחוזי שנ ניתן ב־2014 אפשר להבין כי התכלית היא מניעת סיכון, בכלל זה סיכון עקיף, שהמחבל ינצל את בן משפחתו העובד בישראל, אפילו שלא מדעת, לקידום מעשי טרור.<sup>200</sup> כאמור לעיל, תכלית כזאת מוציאה את המעשה מגדר ענישה קולקטיבית אל גדרי הפגיעה הקולקטיבית. ואולם לא ברור אם זו אכן התכלית שביסוד השימוש באמצעי זה. לכל הפחות, במקרים שהמחבל נהרג בפיגוע, ספק אם היא מתקיימת. בנסיבות שבהן המחבל נהרג, ייתכן שמתגבר החשש שבן המשפחה ישתמש בהיתר הכניסה לישראל על מנת לנקום את מותו של קרובו בדרך של מעשה טרור. אפשרות נוספת היא שהאמצעי נועד להרתיע מראש מחבלים פוטנציאליים מביצוע פיגועים שיביאו לשלילת פרנסתם של בני משפחתם המורחבת. כך או כך, קשה לעמוד על תכליתו הכללית של אמצעי זה ועל העובדות המבססות תכלית זו.

### חומרת הנזק לאינטרס הציבורי של המעשה

#### שבגינו נעשית הפגיעה והסיכון לחזרתו

במקרים שהוזכרו לעיל מדובר בפיגועי טרור שגבו חיי אדם, ואין צורך להרחיב בנוגע לחומרתם. אשר לסיכון לחזרתם, המציאות מוכיחה כי בשל הרקע הלאומני־אידאולוגי שבבסיסם, ישנם גלים של פיגועים, ונראה כי "הצלחתו" של פיגוע מעודדת ביצוע פיגועים נוספים.

## האם הפגיעה הקולקטיבית היא המוצא האחרון בהיעדר אפשרות נוספת, או שיש קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר?

לרוב אין קושי לזהות את האחראי לפיגוע. כשהאחראי לפיגוע נלכד בחיים, אפשר להעמידו לדין ולהענישו בכפוף להרשעתו, וספק אם ניתן להצדיק פגיעה קולקטיבית כאמצעי נוסף. לעומת זאת, פיגועי התאבדות מציגים בעיה מיוחדת של הרתעה – כיצד להרתיע מחבלים היוצאים לבצע פיגוע שברור כי לא יצאו ממנו בחיים, למשל, באמצעות פיצוץ חגורת נפץ הצמודה לגופם? במקרה המיוחד הזה ניתן לטעון כי האיום בפגיעה בבני משפחתו באמצעות שלילת היתרי עבודה, למשל, הוא המוצא האחרון להרתעתו. גם מחבל המוכן להקריב את חייו עשוי להירתע מן האפשרות שפרנסת משפחתו תיפגע בגין מעשיו. יתר על כן, איום זה יוצר מניע נוסף לבני המשפחה לפעול למניעת הפיגוע, אך אם מטעמים אידאולוגיים הם אינם מתנגדים להחלטת בן משפחתם להקריב את חייו. אפשר שבמקרים של פיגועי התאבדות איום בפגיעה קולקטיבית עשוי להיות המוצא האחרון לשם הרתעה.

## חומרת הפגיעה הקולקטיבית

שלילת היתרי עבודה בישראל היא במהותה פגיעה כלכלית. בלי להמעיט בקשיי הפרנסה ובשיעורי האבטלה בשטחים, אין ספק שמדובר בפגיעה קלה לאין שיעור מהריסת בית מגורים. מדובר גם בפגיעה הפיכה: אפשר לשוב ולשקול את חידוש ההיתר לאחר תקופה מתאימה.

## סוג הקולקטיב שמדובר בו

שלילת היתרי עבודה בישראל נקטת כלפי בני משפחה של מחבלים פלסטינים בלבד. כאמור, כאשר הקולקטיב הנועש שייך לקבוצה אתנית מסוימת, מדובר במדיניות ה"חשודה" כמפלה ונגועה בדעה קדומה. עם זאת, להבדיל מהריסת בתים, בנושא של שלילת היתרי עבודה בישראל, מלכתחילה מדובר באמצעי שניתן לנקוט רק כלפי מי שאינם אזרחי ישראל או תושביה. לכל הפחות באופן פורמלי, מדובר בהבחנה בין מי שאינם תושבי ישראל ואזרחיה לבין אזרחים ותושבים, והבחנה כזאת לעניין היתרי עבודה היא לגיטימית. על כן הדבר מפחית מן הבעייתיות.

### האפקטיביות של הפגיעה הקולקטיבית

בפרק השני עמדתי על כך שהואיל ופגיעה קולקטיבית מעוררת קושי מוסרי בלתי נמנע, על מנת להצדיקה, ולו באופן חריג, נדרש להצביע לפחות על תועלת אפשרית שתנבע מיישומה. כפי שהוזכר בפרק השני, הוכחה אמפירית בסטנדרטים מדעיים שבנסיבות מסוימות הרתעה עובדת היא אינה משימה פשוטה.<sup>201</sup> עם זאת, המינימום הנדרש על מנת לשקול הצדקה של פגיעה קולקטיבית כחריג הוא להצביע על פוטנציאל לאפקטיביות של האמצעי הננקט, בהתחשב במידת הסולידריות של הקולקטיב שבו מדובר ובמידת ההומוגניות שלו. כאמור, על החברים בקולקטיב להיות בקשר קרוב עם חברים אחרים, שיקנה להם גישה פוטנציאלית למידע על העבירה המתוכננת. יותר מכך, עליהם להיות בעלי יכולת השפעה על הזומם על מנת להניאו מכוונתו, או יכולת מעשית לדווח לרשויות במועד שיאפשר את מניעת העבירה. כאשר מדובר בבני משפחה המתגוררים תחת אותה קורת גג, התנאי הראשון יתקיים בדרך כלל. כלומר, מדובר בקשר קרוב ובגישה למידע על כוונה לבצע פיגוע או הכנות לביצועו. בכל הנוגע ליכולת ההשפעה על המחבל, התשובה ברורה פחות ומותנית, ככל הנראה, גם במקומו של המחבל במארג המשפחתי. ניתן להניח כי החברה הפלסטינית, כחברה מסורתית, מתאפיינת במבנה פטריארכלי ומדגישה את הכבוד לאב כערך,<sup>202</sup> וייתכן שלאבי המשפחה יכולת משמעותית למנוע מבנו לבצע פיגוע. אך ספק אם יכולת דומה מוקנית לאישה כלפי בן זוגה או לילדים כלפי הוריהם. ככל ששלילת היתרי העבודה ננקטת כלפי מעגל משפחתי רחב יותר (בני משפחתו המורחבת של המחבל), כך נראה שקשה יותר להצביע על תרומת האפקטיביות להצדקת הפגיעה, במובן של יכולתם של אותם קרובים רחוקים לדעת על כוונותיו של המחבל ולמנוע את מימושו.

201 ראו לעיל ה"ש 119-122 והטקסט המלווה אותן. הדוגמה הניתנת שם היא סוגיה של הריסת בתי מחבלים.

202 מוחמד חאג' יחיא "על האופי הפטריארכלי של החברה, אי-שוויון בין נשים לגברים ואלימות נגד נשים במשפחה: המקרה של החברה הפלסטינית" גיליון עדאלה האלקטרוני 20 (נובמבר 2005).

לסיכום, התכלית של האמצעי אינה ברורה לגמרי. אם נשווה אמצעי זה להריסת בתים, לפי רוב הפרמטרים, נראה שמדובר באמצעי שקל יותר להצדיקו. בראש ובראשונה משום שמדובר בשלילת פריווילגיה ולא בפגיעה בזכות. הפגיעה הכרוכה בו גם קלה יותר והפיכה, ואי-מימוש כלפי בני משפחה של מחבלים יהודים "חשודה" פחות כמפלה. בפרמטר אחד – האפקטיביות הפוטנציאלית של האמצעי – ככל שהאמצעי מופעל כלפי מעגל משפחתי רחב יותר, ההצדקה שלו פוחתת. גם את האמצעי הזה ניתן אפוא להצדיק רק כאמצעי אחרון, בהיעדר אפשרות לאתר את האחראי הישיר למעשה ולהענישו, ועל כן נכון יהיה לשקול את השימוש בו רק במקרים של פיגועי התאבדות.

### **אי-החזרה של גופות מחבלים למשפחותיהם לשם קבורה**

סוגיית ההצדקה המשפטית של החזקת גופות מחבלים על ידי מדינת ישראל עשויה להתעורר במצבים של עימות מזוין עם ארגון טרור הפועל מחוץ לשטח המדינה, לעיתים אף שולט בשטח שמחוץ לשליטת ישראל. עימותים כאלה מתקיימים עם חיזבאללה בלבנון ומול החמאס בעזה. התכלית לנקיטת אמצעי זה עשויה להיות התניה של החזרת הגופות בהסדר שבמסגרתו יוחזרו לישראל גם גופות של חללי צה"ל שבידי האויב. במקרה זה מדובר בתכלית של כפייה, הדומה להרתעה.<sup>203</sup> מצבים אלה מוסדרים על ידי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, והם מחוץ לגדרה של עבודה זו, משום שעיומותים מזוינים הם במהותם התנגשויות בין קולקטיבים, והכללים החלים על הצדדים הלוחמים עניינם במישור ה"אופקי", כלומר שמסדיר את היחסים בין קולקטיבים.<sup>204</sup>

ואולם ענייננו כאן במישור ה"אנכי" המסדיר את היחסים בין המדינה לבין הפרט ובפרקטיקה שבה המשטרה מתנה החזרת גופות של מחבלים לידי בני משפחותיהם בהתחייבויות שלהם בנוגע לתנאים שבהם ייערכו הלוויות –

<sup>203</sup> כפי שהוסבר לעיל, הרחעה מטרחה לשכנע את היריב לשמור על הסטטוס קוו, ואילו כפייה מטרחה להניע אותו לבצע מעשה.

<sup>204</sup> להרחבה בסוגיה זו, ראו בג"ץ 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 14.12.2017); לירון ליבמן "החזר לי ואחזיר לך" בלוג סיווג ביטחוני: המכון הישראלי לדמוקרטיה (13.11.2017).

מיקומן ומספר המשתתפים בהן. עוד אבחן כאן את האפשרות לסרב להחזרת גופות של מחבלים באופן קבוע ובלתי מותנה מטעמי הרתעה.

זה לא כבר פסל בית המשפט העליון את הפרקטיקה של המשטרה – להתנות החזרת גופות של מחבלים – בנימוק החוקתי-פרוצדורלי שאין החוק מקנה למשטרה סמכות מפורשת לנקוט צעד זה, ובהיותו פוגע בכבוד האדם, הדבר מחייב הסמכה מפורשת בחוק.<sup>205</sup> עם זאת, השר לביטחון פנים גלעד ארדן הודיע כי בכוונתו לקדם הצעת חוק שתאפשר נקיטת צעד זה,<sup>206</sup> ואכן משרד המשפטים פרסם תזכיר חוק בעניין.<sup>207</sup> תיקון לחוק המאבק בטרור המעגן את סמכות המשטרה לעכב מסירת גופת מפגע בעמידה בתנאים באשר להתנהלות הלוויה התקבל לאחרונה באופן סופי.<sup>208</sup> אשר על כן, נדמה שנכון וראוי לבחון את הפרקטיקה הזאת ולעיין בה מנקודת הראות שבמוקד עבודה זו: האם מדובר בפרקטיקה שהיא בגדר ענישה קולקטיבית?

המוקד להגנת הפרט טוען בדוח שפרסם בשנת 1999 שבשנת 1994 חל שינוי במדיניות, וכי עקב פיגועי ההתאבדות ננקטה מדיניות של אי-החזרת גופות, הן כענישה קולקטיבית כלפי משפחות המחבלים והן בשל חוסר היכולת להעניש את המחבלים עצמם.<sup>209</sup> עם זאת, המוקד עצמו מציין כי מדיניות זו בוטלה ב-2004, והוצהר כי למעט מקרים חריגים (שלא פורטו) הושבו הגופות לידי המשפחות, בכפוף לזיהוי מדעי (בדיקת דנ"א), אף שישנן טענות על ליקויים וסחבת במימוש ההחלטה.<sup>210</sup>

205 בג"ץ 5887/17 ג'בארין נ' משטרת ישראל (פורסם באר"ש, 25.7.2017).

206 יהונתן ליס "בניגוד לעמדת היועמ"ש, ארדן מקדם הצעת חוק שתאפשר החזקת גופות מחבלים" הארץ 12.11.2017; אלון חכמון "הצעת החוק של ארדן: החזקת גופות מחבלים ככלי מיקוח" מעריב 12.11.2017.

207 תזכיר חוק המאבק בטרור (סמכות להורות על תנאים ללוויית מפגע), התשע"ח-2018.

208 חוק המאבק בטרור (תיקון מס' 3), התשע"ח-2018, ס"ח 292.

209 יחזקאל ליינ גופות אסורות 10-15 (בצלם והמוקד להגנת הפרט, 1999).

210 "כבוד המת" אתר המוקד להגנת הפרט. על הליקויים בזיהוי חללי אויב וקבורתם ראו גם שרה ליבוביץ-דר "בית הקברות של גופות המחבלים" מעריב 9.12.2014.



בהצעת החוק פורט כי מטרתה לעגן את סמכות המשטרה לעיכוב של השבת גופות מפגעים בנסיבות שבהן בשל אירוע הלוויה יש חשש ממשי לביצוע מעשה טרור או פגיעה בחיי אדם.<sup>211</sup> לפיכך אין לראות במדיניות עיכוב השבת הגופות לידי המשפחות לשם קבורתן ענישה קולקטיבית, כל עוד התנאים למסירת הגופות לקבורה יהיו סבירים ובעלי קשר רציונלי ליעדי המדינה. בכלל הסייגים למסירת הגופות אפשר למנות גם את התנאים הנוגעים למקום הלוויה, מספר המשתתפים בה, מועד הלוויה, נשיאת נאומים במהלכה וכיוצא באלה תנאים ענייניים, שכן ההגדרה שגובשה כאן מוציאה מכלל ענישה קולקטיבית פעולות שנעשות לתכלית מוחשית של מניעת טרור, אף אם מי שאינם נושאים באחריות אישית לעבירה נפגעים כפועל יוצא נלווה או עקיף מיישומן. במצב שבו התנאים למסירת הגופות הם סבירים ולא בגדר "גזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה", גם הפגיעה במשפחות בשל עיכוב הלוויה עשויה להיות מזערית.

לעומת זאת, אם סירובן של הרשויות למסור את הגופות לקבורה על ידי משפחות ההרוגים הוא סירוב מוחלט, שתכליתו הרתעת המחבל מביצוע הפיגוע – מחשש שיגרורם בכך סבל למשפחתו שלא תוכל להביאו לקבורה או לשם הרתעת הרבים מפני ביצוע פיגועים באמצעות הסבל הנגרם למשפחות המפגעים – ההחלטה אם מדובר בענישה קולקטיבית תהיה תלויה במענה לשאלה אם אמצעי זה פוגע בזכותן של המשפחות או רק בפריווילגיה. פסיקה של משפט זכויות האדם הבינלאומי מדגישה כי שלילת האפשרות לקבל את גופת קרובם ולקבור אותה היא משום פגיעה בזכותם ליחס אנושי; האי־ודאות גורמת להם סבל ומכבידה על ההשלמה עם האובדן וההחלמה ממנו.<sup>212</sup> אם כן, מדובר לכאורה בפגיעה בזכות ולא בשלילת פריווילגיה. ואולם הדברים נאמרו בהקשר של בני אדם שהועלמו במשטרים דיקטטוריים בדרום אמריקה וגורלם לא נודע. האם יש פגיעה בזכות גם כאשר גורלו של קרובם ידוע? בשל הספק, אנתח את ההצדקות האפשריות לפרקטיקה זו בהנחה שמדובר בפגיעה קולקטיבית ולא בענישה קולקטיבית.

211 הצעת חוק המאבק בטרור (תיקון מס' 3), התשע"ח-2018, ה"ח הממשלה 672.

212 ראו למשל בפסיקה בית הדין הבינ־אמריקני לזכויות אדם: *Gomes Lund v. Brazil*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 219 (Nov. 24, 2010)

כאמור, מאחר שמדובר בסוגיה תאורטית, קשה לעמוד על טיבה של המטרה – גמול ונקמה או הרתעה. מבחינת חומרת הנזק של המעשה והסיכון לחזרתו, נכונים כאן הדברים שנכתבו בנוגע לפיגועים שבגינם ננקט האמצעי של שלילת היתרי עבודה בישראל. בכל הנוגע לשאלה אם הפגיעה הקולקטיבית במקרה זה היא המוצא האחרון, אומנם מדובר מלכתחילה במקרים שהמחבלים נהרגו ועל כן לא ניתן להענישם, אבל אי־אפשר להגיע למסקנה ברורה שמדובר במוצא אחרון בלי לזהות את המטרה ולהעריך דרכים אלטרנטיביות להשגתה.

אשר לחומרתה של הפגיעה הקולקטיבית – הגבלה הכרוכה בחוסר אפשרות של המשפחה להביא לקבורה את קרובה אינה פגיעה בחיים או בגוף ואף לא פגיעה ברכוש. עם זאת, מדובר בפגיעה נפשית ורגשית משמעותית ביותר. מבחינת סוג הקולקטיב הנענש, גם כאן מתעוררת השאלה מדוע מופעל אמצעי זה רק בכל הנוגע לגופות של מחבלים פלסטינים ולא על גופות של מחבלים יהודים, אם התכלית היא אכן הרתעה. בכל הנוגע לאפקטיביות הפוטנציאלית של האמצעי, רלוונטיים הדברים שנכתבו לעיל בנוגע לענישת משפחה בהקשר של שלילת היתרי עבודה.

לסיכום, התניית מסירה של גופות מחבלים לידי משפחותיהם בעמידה בתנאים סבירים הנוגעים לאופן ביצוע הלוויה ומניעה של הפרת הסדר הציבורי והסתה לטרור, אינה ענישה קולקטיבית. ואף אם נראה בהתניה זו פגיעה קולקטיבית, היא מזערית ואפשר להצדיקה. לעומת זאת, ייתכן שסירוב מוחלט למסור את הגופות מטעמי הרתעה הוא משום ענישה קולקטיבית, ואם נראה בסירוב כזה פגיעה קולקטיבית, קשה יותר להצדיקה.

## שלילת קצבאות הביטוח הלאומי בגין מעורבות בעבירות ביטחון

סמוך לראש השנה תשע"ו עבר גל של אלימות על ירושלים – מהומות בהר הבית ויידוי אבנים ובקבוקי תבערה ברחבי העיר. אלו גבו את חייו של אלכסנדר בלוביץ', תושב העיר, שאבנים הושלכו על מכוניתו בדרכו חזרה מסעודת החג.

אזרחים נוספים וכן שוטרים נפצעו בהפרות הסדר.<sup>213</sup> ראש הממשלה כינס דיון בנושא המצב הביטחוני בירושלים ובסביבתה ובפתחו הודיע כך:

אנו נילחם בכל האמצעים הנדרשים נגד מידי האבנים, זורקי בקבוקי התבערה ומטעני צינור ומי שיורה זיקוקים כדי לפגוע באזרחים ושוטרים. בערב החג הוכח שוב שזריקות אבנים יכולות להרוג. פעולות כאלה יתקלו בתגובה חריפה מאוד של ענישה ומניעה. נוביל שינוי מערכתי ונקבע סטנדרט חדש של הרתעה ומניעה.<sup>214</sup>

על רקע זה חוקק חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015.<sup>215</sup> החוק, שמקורו בהצעת חוק של הממשלה, נועד לפי דברי ההסבר להתמודד עם "התפשטותה של תופעת יידיי האבנים בתקופה האחרונה, והסיכונים הרבים הכרוכים בה לגוף ולרכוש",<sup>216</sup> במיוחד "על רקע תופעת יידיי האבנים בידי ילדים קטינים".<sup>217</sup> לשם כך נקבעו בחוק עונשי מינימום על עבירות הקשורות לעניין כהוראת שעה לשלוש שנים. נוסף לזה נקבע כי ילד שהורשע בעבירת ביטחון או בעבירה של יידיי אבנים לעבר כלי תחבורה בנסיעה, עבירה שבוצעה מתוך מניע לאומני או יש בה זיקה לפעילות טרור, ונגזר עליו עונש מאסר – לא ישולמו להוריו בתקופת מאסרו קצבת ילדים ומענק לימודים עבורו מן הביטוח הלאומי. כמו כן, הילד העבריין לא ייחשב במניין ילדיו של אדם לעניין חישוב תוספות לקצבאות אחרות, כגון קצבת נכות, קצבת שארים וגמלת הבטחת הכנסה.<sup>218</sup>

213 רועי ינובסקי, חסן שעלאן, עומרי אפרים, רועי קייס, אליאור לוי וזהבית שאשא "ירושלים בוערת: רבים מנסים להתסיס" *ynet* 15.9.2015.

214 משרד ראש הממשלה "ראש הממשלה נתניהו כינס דיון בנושא המצב הביטחוני בירושלים וסביבותיה" (הודעת דוברות, 15.9.2015).

215 ס"ח 12.

216 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 122 והוראת שעה), התשע"ו-2015, ה"ח הממשלה 84.

217 שם, בדברי ההסבר לס' 3-4.

218 שם. וראו ס' 325 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, כפי שתוקן בחוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015, ס"ח 12.

נשאלת השאלה אם שלילת הקצבאות המשולמות להורי ילדים שנמצאים במאסר היא בגדר ענישה קולקטיבית כלפי ההורים או בני משפחתם של הילדים.

בעתירה שהוגשה נגד החוק לא נטענה במפורש הטענה של ענישה קולקטיבית.<sup>219</sup> אומנם בית המשפט העליון לא הכריע בעניין, אבל פסיקה של בית הדין הארצי לעבודה קבעה כי הזכאות לקצבת הילדים היא של ההורה, לא של הילד, ואף אין לומר שהכסף מוחזק בנאמנות על ידי ההורים.<sup>220</sup> במצב עניינים שבו הקצבה שייכת להורה, אפשר לומר כי שלילת הקצבה ומענק הלימודים בשל אי-הכללתו של הילד שבמאסר בחישובי המוסד לביטוח לאומי, ועל אחת כמה וכמה הפחתת קצבאות נכות, שארים וגמלת הבטחת הכנסה – הן ענישה קולקטיבית. הנעשה, לפי הטענה, הוא ההורה או המשפחה שהכנסתה קטנה, אף שאינם נושאים באחריות לעבירה שבגינה נידון הקטין למאסר.

## האם לנוכח ההגדרה המוצעת מדובר בענישה קולקטיבית?

אשר ליסוד "של אדם", כבר הובהר בפרק השני כי ענישה קולקטיבית אינה חייבת להיות המונית; די בענישתו של אדם אחד כדי להיחשב בגדר ענישה קולקטיבית, אם היסוד לענישתו הוא השתייכותו לקולקטיב מסוים ולא עקב אחריותו האישית למעשה.<sup>221</sup> לפיכך גם אם רק ההורה הזכאי לקצבה נענש, ניתן לראות בפעולה זו ענישה קולקטיבית. קל וחומר אם רואים בכל בני המשפחה המתגוררים באותו בית ותלויים באותו הורה כמי שנענשים. השקפה זו אפשרית שכן קצבת הילד הנשללת אינה מסומנת כמקור שיכול לשמש רק לפרנסתו של אותו ילד, ושליילתה מפחיתה את המקורות הכספיים העומדים לרשות המשפחה כולה.

219 עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת (פסק הדין בעתירה טרם ניתן, נבדק ב־25.3.2019) (להלן: עתירה למתן צו על תנאי).

220 בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם באר"ש, 4.6.2013) (להלן: עניין עדאלה).

221 ראו פירוט ליסוד "של אדם" שבהגדרה בפרק השני.

עניין המחייב ליבון הוא אם בשלילת הקצבה יש כדי לפגוע בהורה או במשפחה. שאלה זו מתעוררת לנוכח ההנמקה בהצעת החוק שבזמן שילד שוהה במאסר, צרכיו מסופקים על ידי שירות בתי הסוהר.<sup>222</sup> אם כך, ניתן לטעון כי המדינה מחליפה תמיכה כספית בתמיכה בעין בצורכי קיומו של הילד, ולכן אין הרעה של המצב. בעתירה נטענה טענה עובדתית שאין הדבר נכון ושגם ילד שנמצא בבית הסוהר נזקק לתמיכה כספית של משפחתו, ואפשרי גם להעביר לזכותו כספים לשם רכישת מוצרים בקנטינה.<sup>223</sup> היפותטית, ניתן לתאר גם טענה הפוכה, שקצבת הילדים אינה מכסה את כל הוצאות קיומו של הילד, ולכן משפחתו "חוסכת" כסף למרות שלילת הקצבה כיוון שכלכלתו ויתר צרכיו מסופקים בבית הסוהר. עם זאת, גם ללא הכרעה עובדתית בשאלת ההשפעה הכלכלית של מאסר ילד על משפחתו, ההנמקה לשלילת הקצבה כהתאמה עניינית וניטרלית של מדיניות הרווחה למציאות של כליאת הילד בבית הסוהר מעוררת קשיים. ראשית, אם אכן הנימוק הוא חוסר הרצון לספק תמיכה כפולה לילד, הן על ידי הקצבה והן על ידי סיפוק צרכיו בעין בבית הסוהר, מדיניות זו צריכה לחול על כל הילדים הכלואים בבית הסוהר, ללא קשר לעבירה שבגינה נאסרו. החוק הנדון

222 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 122 והוראת שעה), לעיל ה"ש 216, דברי הסבר לס' 3-4 ("על רקע תופעת יידוי האבנים בידי ילדים קטינים ומשום שצורכי הקיום של ילד הנמצא במאסר מסופקים בבית הסוהר"). ובפירוט, השפעת הצעת החוק על זכויותיהם של ילדים:

התיקון המוצע לסעיף 325 יפגע בהכנסתה של משפחתו של ילד שהורשע בעבירת ביטחון או בעבירה לפי סעיף 332א לחוק העונשין בגובה הקצבאות או התוספות לקצבאות שישללו כמפורט בסעיף 3 לעיל ומובן כי הפחתה בהכנסה המשפחתית יכולה להשפיע גם על סיפוק צורכי הילדים במשפחה. עם זאת, יצוין כי ההפחתה תהיה בתקופת המאסר שבה הילד ממילא מקבל את צורכי הקיום הבסיסיים בבית הסוהר ואינו גר בביטחון.

223 עתירה למתן צו על תנאי, לעיל ה"ש 219, פס' 28 לעתירה. כחיזוק לדברים ראו לאחרונה צח בן יהודה מרכזי מכר (קנטינות) בבתי-הסוהר 3 (הכנסת), מרכז המחקר והמידע, (2017):

מסקירה אקראית של המוצרים שנרכשו בקנטינות של אסירים בין אוקטובר 2016 ועד אפריל 2017, נראה כי אסירים רבים רוכשים ביגוד חם ושמיכות לחימום, וכן מוצרי מזון רבים. ייתכן ויש מקום לבחון אם הדבר מעיד על כך שבתי הכלא אינם מחוממים באופן ראוי, וכן האם התפריט התזונתי ששירות בתי הסוהר מספק לאסירים אינו מספק והם נאלצים להשלימו בעצמם בקניות בקנטינות.

מגביל את שלילת הקצבה לילדים שהורשעו בעבירת ביטחון או בעבירה של יידוי אבנים לעבר כלי תחבורה בנסיעה, שבוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, ולהם בלבד.<sup>224</sup> שנית, קשה להתעלם מההקשר החקיקתי של שלילת הקצבה כחלק מתיקון לחוק העונשין. תיקון זה כולל גם החמרה של הענישה על עבירות של יידוי אבנים שמטרתו להתמודד עם תופעה מתרחבת של יידוי אבנים לעבר כלי רכב שיש בה סיכון לחיים ולרכוש ושיבוש החיים התקינים, במיוחד לתושבי ירושלים וסביבתה. מתבקש להניח כי גם המטרה שביסוד שלילת הקצבה היא ענישה שתכליתה הרתעה וצמצום התופעה. ואלם אם אכן שלילת הקצבה אינה משנה את מצבה הכלכלי של המשפחה, בהתחשב בסיפוק צרכיו של הילד בבית הסוהר, מה ערכו המרתייע של האמצעי, ומדוע הוא נכלל בחוק שתכליתו לצמצם עבריינות מסוימת? המסקנה המתבקשת היא שביסוד החוק עמדה ההנחה ששלילת הקצבה אכן תגרום להרעה בתנאי החיים של ההורה או המשפחה.

אי־אפשר לטעון כי אין מדובר בפגיעה המכוונת להורה או למשפחה אלא תוצאה נלווית של ענישת הילד; מכיוון שהילד אינו זכאי לכספי הקצבה באופן רגיל – לא נשלל ממנו דבר באופן ישיר, ואין זה אלא אמצעי המכוון ישירות כלפי ההורים או המשפחה.

האם הפגיעה האמורה היא פגיעה בזכות? בעתירה נגד הפחתה בקצבת הילדים בגין אי־חיסונם נטען שמדובר בפגיעה בזכות לחיים בכבוד, שהיא ביטוי של כבוד האדם, בזכות לביטחון סוציאלי<sup>225</sup> ובזכות לקניין. הטענות נדחו בשל אלה:

224 במסמך רקע של הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט לחברי הוועדה, עמדו המחברים על קושי זה בכוחם:

ההנמקה שמציגת בדברי ההסבר לשלילת הגמלה (שהמדינה דואגת לצרכי הקיום הבסיסיים של כל ילד השווה במאסר) מתאימה לכל ילד השווה במאסר ולא דווקא לילד שהורשע בעבירה של יידוי אבנים או בעבירת ביטחון. הנמקה זו יכלה לפגוע בקשר הרצינונאלי שבין הבעיה לבין הפתרון.

ראו הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט "מסמך רקע לקראת דיון הוועדה בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 122 והוראת שעה); ובהצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 20) (דרכי טיפול לאחר הרשעה), התשע"ו–2015" (15.10.2015).

225 לעניין זה ראו גם ס' 9 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 131.

ראשית, עצם ההפחתה בקצבה אינה מוכיחה פגיעה בזכות לחיים בכבוד.<sup>226</sup> שנית, טרם הובהר אם הזכות לביטחון סוציאלי היא זכות חוקתית, ואם כן – מה היקפה.<sup>227</sup> שלישית, עדיין לא הוכרעה השאלה אם הזכות לקניין נפגעת בעקבות הפגיעה בקצבאות.<sup>228</sup> לצורך הדיון כאן, בשל הספק אתיחס לשתי האפשרויות: האחת שמדובר בפגיעה בזכות, והשנייה שמדובר בשלילת פריוולגיה.

לבסוף, נקיטת האמצעי אינה מותנית בתנאי כלשהו הנוגע לאחריות של ההורה לביצוע העבירה על ידי הילד, ולו אחריות עקיפה, כגון א־השגחה או הזנחה של הילד. לפיכך יש לשער כי האמצעי ננקט לאו דווקא בגין אחריות אישית של ההורים או המשפחה.

מן הדברים הללו עולה כי בהנחה שקצבת הילדים שייכת להורים ולא לילד שבגינו היא משולמת, בדומה לתוספות לקצבאות וגמלאות אחרות המשולמות בגין ילדים, ובהנחה שמדובר בפגיעה בזכות, שלילתה בגין כליאתו של ילד שעבר עבירה ביטחונית עונה להגדרה של ענישה קולקטיבית, ולכן היא אסורה.

אפשרות אחרת היא להתייחס לקצבה לא כפגיעה בזכות אלא כפגיעה בפריוולגיה, ואם כך, מדובר בפגיעה קולקטיבית שבהצדקה שלה אדון להלן.

## האם ניתן להצדיק שלילת קצבאות ולראות בהפחתתן פגיעה קולקטיבית?

### מטרת הפגיעה

הנימוק המוצהר לתיקון, שלפיו צרכיו של הילד מסופקים בבית הסוהר, ומשתמע מכך שמדובר בהתאמה ניטרלית של מדיניות הרווחה ובתמיכה בילד בהתאם לנסיבות, מכביד על הבנת מטרתו האמיתית של החוק. כאמור לעיל, יש קושי של ממש לקבל נימוק זה. הצמדתו לתיקון המחמיר את העושים בגין עבירות אלו עשוי להצביע על תכלית של הרתעה. כלומר, יצירת תמריץ אצל ההורים

226 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 220, פסי' 39–42 לפסק דינה של השופטת ארבל.

227 שם, פסי' 43.

228 שם.

למנוע מילדיהם לעבור עבירות ביטחון על מנת להימנע משלילת הקצבאות או הפחתתן. עיון בפרוטוקול הדיון בהצעת החוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת פותח פתח גם לאפשרות של גמול, לאור ההשוואה של החוק לסעיף 326 לחוק הביטוח הלאומי, שעניינו שלילה והפחתה של גמלה בגין פשע, בעיקר פשע על רקע לאומני או טרור.<sup>229</sup>

### **חומרת הנזק לאינטרס הציבורי של המעשה שבגינו נעשית הפגיעה והסיכון לחזרתו**

שלא כמו אחדים מהאמצעים שנדונו קודם לכן בפרק זה, הפחתה בקצבאות או שלילתן חלה גם על עבירות ממניע לאומני שלא גרמו בפועל לפגיעה בחיים או ברכוש, אף שברור שביידי אבנים לעבר רכב נוסע יש כדי לסכן חיים, והצעת החוק עוסקת בהתפשטותה של התופעה,<sup>230</sup> כלומר בסיכון הקיים בחזרתה. ואולם חומרת הנזק פחותה מזו שבפיגועי התאבדות.

### **האם הפגיעה הקולקטיבית היא המוצא האחרון בהיעדר אפשרות אחרת, או שיש קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר?**

האמצעי הנדון כאן אינו עומד בבירור בקריטריון זה. הוא ננקט רק במקרה שהעבריינין אותר, הורשע ומרצה עונש מאסר. לפיכך אין הוא אלא אמצעי נוסף על ענישת האחראי הישיר. אילו היה האמצעי מכונן למקרים שבהם נעברו עבירות על ידי ילדים למטה מגיל האחריות הפלילית, ייתכן שהיה אפשר לטעון כי מדובר במוצא אחרון, בהיעדר אפשרות להעניש את הילד ישירות.

229 פרוטוקול ישיבה מס' 51 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 15 (20.10.2015) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 51).

230 ראו בטקסט שליד ה"ש 216 לעיל.



### חומרת הפגיעה הקולקטיבית

מדובר בסנקציה כספית שהיקפה משתנה בהתאם לנסיבות ההורה והמשפחה שבה מדובר. לרוב מדובר בכ־200 ש"ח בחודש.<sup>231</sup> בהשוואה להריסת בית מגורים או שלילת היתרי עבודה, נראה כי מדובר בסנקציה קלה.

### סוג הקולקטיב שמדובר בו

מדובר בתיקון חוק המנוסח בצורה ניטרלית, כך שלכאורה הוא יחול גם על קטינים יהודים שיישלחו למאסר בגין יידוי אבנים ממניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור או בגין עבירות ביטחון. הלכה למעשה, רוב הקטינים שמשפחותיהם ייכללו בקבוצה שסנקציה זו תוטל עליה הם פלסטינים תושבי מזרח ירושלים, שכן הם מקבלים קצבת ביטוח לאומי מהמדינה.<sup>232</sup> לפיכך יש מקום לזהירות הנובעת מן העובדה שבפועל נפגעים בני קבוצה אתנית מסוימת.

### האפקטיביות של הפגיעה הקולקטיבית

עקרונית, ניתן להניח כי להורים יש מידה ניכרת של שליטה והשפעה על מעשי ילדיהם. לכן מתן תמריץ כספי להורים על מנת שימנעו מילדיהם להיות מעורבים ביידוי אבנים או בעבירות ביטחון עשוי להיות אפקטיבי. עם זאת, החוק אינו כולל דרישה לראיה כלשהי לכך שההורים יכלו למנוע את המעשה, ולו בדרך של הטלת נטל הראיה עליהם, כך שיידרשו להוכיח שעשו כל שניתן למניעת מעורבות ילדם במעשה. העובדה שהסנקציה הכספית תוטל על ההורים ללא קשר לשאלה אם עודדו את המעשה שבגיניו ילדם נידון למאסר, היו אדישים אליו או אפילו נקטו כל אמצעי סביר למנוע אותו, פוגעת בערכה של הסנקציה כתמריץ להתנהגות רצויה של ההורים.

לסיכום, קשה לעמוד על תכליתו האמיתית של האמצעי לאור ההצהרה בהצעת החוק שהפחתת הקצבאות משקפת את העובדה שצרכיו של הקטין מסופקים בבית הסוהר בזמן מאסרו. הצהרה זו אינה משכנעת בהתחשב בהחלת ההפחתה

<sup>231</sup> פרוטוקול ישיבה מס' 51, לעיל ה"ש 229, בעמ' 12-13.

<sup>232</sup> אבי אשכנזי "טרור הילדים: מספר הקטינים בקרב האסירים הביטחוניים זינק מ־190 ל־420" וואלה! News 6.12.2015.

בקצבאות רק על עבירות ביטחון ויידוי אבנים ממניע לאומני והצמדתו של התיקון להוראת שעה המחמירה בענישה בגין עבירות אלה.

למרות חומרתן של עבירות יידוי האבנים, אין הן קשות כפיגועי התאבדות, אף שגם להן עלולות להיות השלכות קטלניות. לעומת זאת, הפגיעה שמדובר בה היא סנקציה כספית מתונה יחסית. מידה של חשד נדרשת בכל הנוגע לתיקון להוראה מאחר שבפועל הוא מכוון לאוכלוסייה של פלסטינים תושבי מזרח ירושלים. לשני הפרמטרים האלה משקל מכריע נגד הצדקת אמצעי זה: הראשון, אין לראות בהוצאתו אל הפועל מוצא אחרון בהיעדר אפשרות להעניש את האחראי הישיר, שכן האמצעי ננקט נוסף לענישה של הקטין; השני, עולה שאלה בנוגע לאפקטיביות של האמצעי, מאחר שהחוק אינו קושר בין עידוד העבירה, או לכל הפחות אי-השגחה נאותה של ההורים, ובין נקיטת הסנקציה. השורה התחתונה מעלה שגם בהנחה שאין מדובר בפגיעה בזכות ולכן בענישה קולקטיבית, קשה להצדיק את הפגיעה הקולקטיבית הכרוכה באמצעי זה.

## הטלת קנס או ערובה על הורים בגין מעשי ילדיהם

אותו גל של מהומות בהר הבית ושל יידוי אבנים ובקבוקי תבערה בירושלים בסמוך לראש השנה תשע"ו, הוביל לא רק לחקיקה ששללה קצבאות ילדים והפחיתה קצבאות אחרות אלא גם לנקיטת אמצעי נוסף – הרחבת האפשרות להטיל קנס או התחייבות על הורים בגין עבירות של ילדיהם. בהודעת הדובר שהוזכרה לעיל הוצהר גם על כוונה לאפשר "הטלת קנסות גבוהים על קטינים והוריהם שמבצעים עבירות אלה".<sup>233</sup>

לשם יישום אפשרות זו הפיץ משרד המשפטים תזכיר חוק<sup>234</sup> ואחר כך הצעת חוק מטעם הממשלה.<sup>235</sup> בטרם תיקונו, החוק אפשר "קבלת התחייבות, בערובה

233 משרד ראש הממשלה, לעיל ה"ש 190.

234 תזכיר חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון) (דרכי טיפול לאחר הרשעה), התשע"ו-2015.

235 הצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 20) (דרכי טיפול לאחר הרשעה), התשע"ו-2015, ה"ח הממשלה 88.

או בלי ערובה, מאת הקטין או הורה בדבר התנהגותו של הקטין בעתיד",<sup>236</sup> וכן חיוב הקטין או הורה בתשלום קנס או הוצאות משפט או בתשלום פיצוי לאדם שניזוק באותה עבירה.<sup>237</sup> ואולם החיובים הללו יושמו רק אם בית המשפט בחר שלא להרשיע את הקטין ובמקום זאת לצוות על אחד מאמצעי הטיפול המנויים בסעיף 26 לחוק.<sup>238</sup> הצעת החוק ביקשה לאפשר הטלת אמצעים אלה על ההורה גם במקרים שבהם הורשע הקטין. הצורך נומק בדברי ההסבר כך:

במקרים שבהם ההורה אינו מגלה כל מעורבות בחיי ילדו או במעשיו, או במקרים שבהם ההורה מעודד את ילדו לביצוע העבירות. הדבר יכול לבוא לידי ביטוי למשל, בהעלמת עין של ההורים שיודעים כי בנם נוהג בטרקטורון בלא רישיון ומסכן בכך חיי אדם, או בתופעה של ידוי אבנים על ידי קטינים, על רקע אידיאולוגי [...]. האפשרות לנקוט אמצעי טיפול ובכללם להטיל על הורה קנס או פיצוי או לקבל ממנו התחייבות בדבר התנהגותו של הקטין בעתיד, גם במקרה שבו הורשע הקטין, עשויה, לפחות בחלק מהמקרים, להעביר לקטין ולבני משפחתו את המסר שלפיו לקטין ולבני משפחתו אחריות כלפי החברה בשל העבירה שנגרמה. בדומה, הטלת קנס או פיצוי על הורה של קטין כאמור, במהלך הליך משפטי שלו היה ההורה שותף, עשויה להחזיר אחריות להורה, ואף לחזק את סמכותו מול הקטין.

הצעת החוק הבהירה כי להורה זכות טיעון לפני שמוטלת עליו התחייבות או קנס כאמור:

עוד יובהר כי לפי סעיף 29(א) לחוק, צו שיש בו כדי לחייב את ההורה, לא יינתן אלא לאחר שניתנה לו הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו. במסגרת זו רשאי ההורה להראות כי הקטין ביצע

236 ס' 26(3) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער).

237 ש, ס' 26(7), (8) לחוק הנוער.

238 ש, ס' 24(2) לחוק הנוער.

את העבירה לא בשל הזנחה או חוסר אכפתיות מצד ההורה וכי הוא מצדו נקט את כל הצעדים והאמצעים האפשריים כדי להבטיח את התנהגותו החיובית של בנו ולמנוע ממנו להסתבך בביצוע עבירות, אך זאת בלא הצלחה, מסיבות שאינן תלויות בו.

חוק הנוער אימץ את ההצעה, בתוספת הגבלה כי חיוב ההורה לא יעלה על סכום של 10,000 ש"ח.

## האם לנוכח ההגדרה המוצעת מדובר בענישה קולקטיבית?

נשאלת השאלה אם הטלת התחייבות על הורה, בערובה או בלעדית, או הטלת קנס על הורה בשל עבירה של ילדו הן ענישה קולקטיבית כהגדרתה כאן.

נראה בעליל כי מדובר בפעולה שיש בה כדי להרע במישרין עם אדם בגין בשל הקשר המשפחתי שלו לעובר העבירה. נוסף על כך, הטלת הקנס היא ככל הנראה פגיעה בזכות לקניין.<sup>239</sup> אם כן, השאלה המחייבת ליבון כאן היא אם הענישה מוטלת על ההורה בלי שניתן להצביע על אחריותו האישית.

סוגיה זו זכתה לדיון בבית המשפט העליון לפני כ־30 שנה, בזמן האינתיפאדה, בפרשת טאהה.<sup>240</sup> באותה תקופה התמודד הממשל הצבאי עם תופעה נרחבת של מעורבות קטינים למטה מגיל האחריות הפלילית באירועי ההתקוממות, בעיקר יידוי אבנים והבערת צמיגים. לשם מתן מענה לתופעה התקין המפקד הצבאי את הצו בדבר השגחה על התנהגות קטינים.<sup>241</sup> צו זה הסמיך מפקד צבאי, על סמך ראיות לכאורה שעל פיהן קטין למטה מגיל האחריות הפלילית היה מעורב בעבירה נגד הסדר הציבורי, לחייב את הורהו של הקטין בערובה כספית על מנת להבטיח כי ההורה ימנע מהקטין לעבור עבירה נוספת בתקופת הערובה. במצב שבו שוכנע בית משפט כי קטין היה מעורב בעבירה נוספת

239 בג"ץ 93/06 ד.נ. כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 33 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנוב, 2.8.2011).

240 בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מח(2) 45 (1991)(להלן: פרשת טאהה).

241 צו בדבר השגחה על התנהגות קטינים (הטלת ערובה) (הוראת שעה) (יהודה ושומרון) (מס' 1235), התשמ"ח-1988.

בתקופת הערובה, רשאי בית המשפט להורות על מימוש הערובה, "אלא אם כן הראה ההורה, להנחת דעתו של בית המשפט, כי עשה את כל הדרוש כדי למנוע מהקטין לעשות מעשה נוסף".<sup>242</sup>

העותרים בתיק טענו, בין היתר, כי הצו מפר את האיסור על ענישה קולקטיבית ואת העיקרון "איש בשל עבירתו יענש" במשפט הבינלאומי.<sup>243</sup> טענה זו נדחתה בפסק דינו של השופט דב לוין, שאליו הצטרפו השופטים ברק ובייסקי, שקבע כי –

אין ההורה נענש על עבירת ילדו, ואין הצו מטיל על ההורה "אחריות שילוחית" למעשי בנו, שכן אין מעשי הילד מיוחסים להורה. על ההורה מוטלת, כאמור, חובה עצמאית של השגחה, ואם מתממשת הערבות שהפקיד, אין זה בשל מעשה העבירה שביצע הילד, אלא בשל כך שההורה הפר את חובתו שלו. מכאן שאין הצו סותר את העיקרון ש"איש בשל עבירתו יענש".<sup>244</sup>

פסק הדין לא רק מדגיש את חובת ההשגחה של הורים על ילדיהם המתקיימת גם בשיטות משפט נוספות, אלא גם מציין את הוראת סעיף 26(3) לחוק הנוער, שהובאה לעיל, כדוגמה לאפשרות להטיל על הורה מתן התחייבות גם בישראל.<sup>245</sup>

במילים אחרות, האחריות המוטלת על הורים היא אחריות נפרדת – למחל עצמאי שלהם ולא לעבירה של ילדם. בכך דומה אחריות זו לאחריות בגין עבירות של אי־מניעת פשע, מתן מקלט או פרסום דברי עידוד למעשי טרור, המוטלת על אדם בגין מעשים או מחדלים אישיים שלו שלא מנעו את העבירה, או שסייעו לעבריין להימלט או עודדו עבירות אחרות.<sup>246</sup> אפשר, כמובן, לדון בהצדקה לקיומה של עבירה מסוג זה לאור עקרונות אחרים. למשל, עקרונות של חופש

242 פרשת טאהה, לעיל ה"ש 240, בעמ' 50.

243 שם, בעמ' 54.

244 שם, בעמ' 55.

245 שם, בעמ' 56–58.

246 ראו בפרק השני, בסעיף: "אחריות אישית": ענישה קולקטיבית וגבולות האחריות הפלילית האישית".

הביטוי או הזהירות הנדרשת בהטלת חובות "עשה" במשפט הפלילי. ואולם, כך או כך, אין מדובר בענישה קולקטיבית.

לדעתי, הנמקה זו משכנעת, ואין לראות בהטלת התחייבות על ההורים לפי חוק הנוער משום ענישה קולקטיבית. ההבדל המהותי בין ההסדר בחוק הנוער לבין ההסדר שנדון בעניין טאהה הוא שהתחייבות לפי חוק הנוער ניתן להטיל רק על הורה שילדו בגיל האחריות הפלילית. משמעות הדבר היא שניתן להעניש את הקטין עצמו, והטלת ההתחייבות על ההורה אינה "המוצא האחרון", להבדיל ממצב שבו לא ניתן להעניש קטין משום שעדיין לא הגיע לגיל האחריות הפלילית. עם זאת, פרמטר זה שמציע לבחון אם הפגיעה היא "מוצא אחרון" כאשר יש קושי להעניש את האחראי הישיר, הוצע כאחד הפרמטרים שבאמצעותם יש לשקול הצדקה של פגיעה קולקטיבית כחריג. כאן אין מדובר בפגיעה קולקטיבית כלל.

## תיחום מקום מגורים של בני משפחות מחבלים

בעקבות התלקחות הסכסוך הישראלי-פלסטיני בספטמבר 2000 וריבוי פיגועי ההתאבדות החליט הקבינט הביטחוני על "העברתם של בני משפחה של מתאבדים או מפגעים קשים ושולחיהם מאזור יהודה ושומרון לאזור חבל עזה, ובלבד שבני משפחה אלה היו הם עצמם מעורבים בפעילות החבלנית".<sup>247</sup> על פרקטיקה זו נמתחה ביקורת בעתירה לבית המשפט העליון.<sup>248</sup> סוגיית הענישה הקולקטיבית לא נדונה במפורש, אבל פסק הדין הבהיר כי נקיטת האמצעי אפשרית רק במקרה שבו הסיכון נובע מבן המשפחה עצמו.<sup>249</sup> הנשיא ברק קבע באופן חד-משמעי כך:

לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של בן משפחה תמים שלא שיתף פעולה עם פלוני, או של בן משפחה לא תמים אשר אין נשקפת ממנו סכנה לאזור. זאת, גם אם יוכח כי תיחום מקום

247 בג"ץ 02/7015 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 359 (2002) (להלן: עניין עג'ורי).

248 ש.ם.

249 ש.ם, בעמ' 370.

המגורים של בן המשפחה עשוי להרתיע מחבלים אחרים מביצוע

פעולות טרור.<sup>250</sup>

מאופן היישום של עיקרון זה על פי פסק הדין עולה כי אפשרי תיחום מקום המגורים רק של בני משפחה שהיו מעורבים באופן עמוק ופעיל במעשיו של בן משפחתם המחבל, למשל, תפירת חגורת נפץ עבור המחבל, או שימוש כתצפיתן בעת שהוא וחבריו העבירו מטעני חבלה.<sup>251</sup> בנסיבות אלה, לכאורה לא עולה כלל סוגיה של ענישה קולקטיבית של בני המשפחה בשל מעשיו של קרובם, שכן ניתן לייחס לנענשים אחריות אישית. עם זאת, אילו תיחום המגורים היה ננקט רק כלפי קרוביהם של מחבלים והיה אפשר להוכיח כי האמצעי לא ננקט כלפי אנשים אחרים שסייעו באופן דומה לפיגועים, אך אינם קרובים של המחבל – ניתן לטעון כי מדובר בכל זאת בענישה קולקטיבית. משמע, האמצעי לא ננקט בשל אחריותו האישית של קרוב המשפחה אלא בשל קרבתו למחבל. מכיוון שלאחר פסיקת בית המשפט העליון חדלו מלהשתמש בכלי תיחום מקום המגורים, מדובר בניתוח היפותטי, אולם בהבהרה חשובה, כפי שאראה להלן, בניתוח ההצעה לשלילת תושבות מבני משפחתם של מחבלים.

## ההצעה לשלילת תושבות מבני משפחתם של מחבלים

החוק בישראל מאפשר משנת 2008 שלילת אזרחותו של מחבל בתנאים מסוימים, כלומר של מי שהפר אמונים למדינת ישראל, בין השאר באמצעות ביצוע מעשה טרור.<sup>252</sup> אשר למעמד של תושב קבע, החוק מקנה לשר הפנים סמכות לפי שיקול דעתו לבטל רישיון לישיבת קבע, בלי לפרט את העילות לכך.<sup>253</sup> לאחרונה ביטל בית הדין לעררים החלטה של משרד הפנים שלא להאריך היתר ישיבה בישראל, שניתן מדי שנה במשך שנים רבות, במסגרת בקשה לאיחוד משפחות,

250 שם, בעמ' 370-371.

251 שם, בעמ' 377-381.

252 ס' 11(ב)(2) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952. לביקורת על יישום ראשון של הוראה זו בבית המשפט, ראו ברק מדינה "שלילת אזרחותו של מחבל: ענישה מנהלית?" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (13.8.2017).

253 ס' 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

מאימו של מחבל בן 17, על יסוד סמכותו הכללית של שר הפנים. משרד הפנים נימק את ההחלטה באחריות ההורית של האם למעשי בנה, שדקר ופצע שוטר מג"ב, אך שלא היו ראיות שהאם סייעה או הסכימה בשתיקה למעשה זה, מראש או בדיעבד. בית הדין פסק כי הפגיעה הכרוכה בהחלטה זו מחייבת הסדר ראשוני ומפורש בחוק ואינה יכולה להישען על סמכותו הכללית של שר הפנים. יתרה מזו, נפסק כי גם אם יש "אחריות הורית", אין ראייה שהאם הפרה אותה, וכי משרד הפנים אינו רשאי לשקול שיקולים בדבר "מוסריותו" של מבקש המעמד – אם הוא אדיש או חש סיפוק בנוגע למעשי טרור, או מה עמדתו בנוגע לסכסוך הישראלי-פלסטיני. השקפה, להבדיל ממעשה המהווה עבירה, כמו הסתה לטרור, למשל, אינה בסיס לשלילת מעמד.<sup>254</sup>

למן הכנסת ה-17 הוגשו כמה הצעות חוק פרטיות שתכליתן להקנות לשר הפנים סמכות לשלול את מעמד תושב הקבע מבני משפחתם של מחבלים. כך למשל, הצעת החוק של חבר הכנסת ניסן סלומינסקי,<sup>255</sup> שביקשה להקנות לשר הפנים סמכות "לבטל אשרה או רישיון לישיבת קבע לאדם שהשתתף בפעילות חבלנית נגד מדינת ישראל ואזרחיה או היה חבר בארגון טרוריסטי [...] או לקרובו של אדם כאמור". "קרוב" הוגדר כבן זוג, הורה או ילד קטין. הצעת החוק עצמה לא הגבילה את האפשרות לשלול את התושבות מקרוב המשפחה רק למעורבים במעורבות כלשהי במעשיו של המחבל, אם כי בדברי ההסבר נכתב כי "לפני נקיטת אמצעי שלילת רישיון ישיבת הקבע בישראל, יאפשר שר הפנים לבעל הרישיון, או לבן משפחתו, להוכיח כי לא הייתה לו מעורבות במישרין או בעקיפין בדבר הפשע ובכך למנוע את גזירת השלילה". הצעה זו אושרה במליאת הכנסת והועברה לדיון מוקדם בוועדה,<sup>256</sup> אבל הליכי החקיקה לא הושלמו.

הצעה דומה הוגשה גם לכנסת ה-20 על ידי חבר הכנסת אורן חזן,<sup>257</sup> אך ההצעה הזאת אינה מחייבת שימוע מראש לקרובי המחבל, אלא רק מאפשרת להם לבקש

254 ערר (י"ם) 16-1806 חטיב נ' משרד הפנים (23.5.2018).

255 הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון - שלילת תושבות קבע למשפחות מחבלים), התשס"ח-2008, פ/3589/17.

256 פרוטוקול ישיבה מס' 253 של הכנסת ה-17, 60-61 (2.7.2008).

257 הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון - שלילת תושבות לאדם שהפר אמונים למדינת ישראל או לקרובו), התשע"ו-2016, פ/2463/20.



בדיעבד לבטל את ההחלטה. יותר מכך, לא מפורט בה, אפילו בדברי ההסבר, באילו נסיבות יהיה על שר הפנים לבטל את ההחלטה. כלומר, אם במקרה שבו הקרוב אינו מעורב במעשי המחבל יחויב שר הפנים לבטל את שלילת תושבותו. אומנם דברי ההסבר להצעות החוק מדגישים דווקא את שלילת הזכויות לפי חוק הביטוח הלאומי, המוקנות לתושבי המדינה, וכן את שלילת התנועה החופשית בישראל הנדרשת, כך נטען, מבחינה ביטחונית. ואולם אין להתעלם מכך שבהיעדר רישיון לישיבה בישראל קמה לשר הפנים גם הסמכות לגרש את הנוגע בדבר מישראל.<sup>258</sup> הצעת חוק נוספת הוגשה לכנסת ה-20 על ידי חבר הכנסת יאיר לפיד ואחרים, ואף היא עדיין תלויה ועומדת.<sup>259</sup> הצעה זו נבדלת מן ההצעות האחרות בדרישה מפורשת לזיקה אישית של קרוב המשפחה למעשה הטרור כתנאי לשלילת התושבות ממנו: "שר הפנים רשאי לבטל אשרה או רישיון לישיבת קבע לקרובו של אדם שביצע מעשה טרור ואשר היה שותף למעשה הטרור, במעשה או בידיעה, לפני ביצוע המעשה, במהלכו או לאחריו". עם זאת, מן הראוי לברר אם ידיעה בלבד על מעשה הטרור, ובדיעבד, די בה על מנת להצדיק שלילת תושבות; ואם גישה זו מתיישבת עם מתן פטור לקרובי משפחה מאחריות לעבירה שמהותה חיפוי על עבירה חמורה נגד ביטחון המדינה, במקרה שידעו על מזימתו של קרובם ולא פעלו למניעתה לפי חוק העונשין.<sup>260</sup>

האם הצעות חוק אלה מאפשרות ענישה קולקטיבית של קרובי משפחה של מחבלים? סבורני כי על פי ההגדרה שאומצה כאן, בכל הנוגע להצעות של חבר הכנסת סלומינסקי וחבר הכנסת חזן – התשובה חיובית. ההצעה של חבר הכנסת לפיד מתנה את שלילת התושבות במעורבותו האישית של הקרוב במעשי הטרור, בדומה לדרישה שיושמה בעניין עג'ורי בנוגע לתיחום מקום מגורים של בני משפחות מחבלים בשטחים.<sup>261</sup> התניה זו לכאורה מפחיתה מאחריותו של הקרוב ומחדדת אותה, ועל כן יישום הצעת החוק זו לא ייחשב ענישה קולקטיבית. עם

258 בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424, 434 (1988).

259 הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון) – ביטול אשרה ורישיון לישיבת קבע למחבלים ולמשפחותיהם עקב השתתפות בפעילות טרור), התשע"ז-2017, פ/ 3994/20.

260 ס' 95 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

261 עניין עג'ורי, לעיל ה"ש 247.

זאת, מתעוררת השאלה אם ענישה דומה תינקט כלפי מעורבים אחרים במעשה הטרור שאינם קרוביו של המחבל, שאם לא כן, כמו שהוסבר בעניין תיחום מקום המגורים, תתחייב המסקנה שהאמצעי אינו ננקט בשל האחריות האישית של קרוב המשפחה, אלא בשל קרבתו למחבל.

אני סבור שכל התייחסות מיוחדת להיותו של אדם קרוב משפחה של מחבל בהקשר זה מחשידה את האמצעי כענישה קולקטיבית, שכן אם אכן הכוונה היא להעניש אדם על מעשיו שלו, אין כל צורך בהתייחסות לקרבתו למחבל. בכל הקשור לחומרת הענישה בגין סיוע למחבל או אי-מניעת מעשה טרור, קרבת משפחתו של אדם למחבל אינה יכולה להיות נסיבה מחמירה. להפך, מדובר בנסיבה מקילה בשל הקושי של אדם להסגיר את קרוב משפחתו, כפי שעולה ממתן פטור לקרובי המשפחה מאחריות לעבירה של חיפוי על עבירה חמורה כנגד ביטחון המדינה, שכבר הוזכרה.<sup>262</sup>

האם שלילת רישיון לשיבת קבע היא שלילת זכות או שלילת פריווילגיה? כאשר מדובר בזרים או בתיירים שזיקתם לארץ רופפת, אפשר שמדובר בשלילת פריווילגיה. אך לא כן כשמדובר בשלילת תושבות הקבע של אדם שנולד בישראל, וייתכן שגם הוריו והורי הוריו נולדו בשטח שהיום החוק הישראלי חל עליו. בית המשפט העליון קבע באופן חד-משמעי כי שלילת תושבות של תושבי מזרח ירושלים, למשל, היא פגיעה חמורה בזכויות יסוד – כבוד, חירות, הזכות לחיי משפחה – ובזכויות רבות אחרות המוקנות לתושבים, בכלל זה זכויות סוציאליות (ביטוח לאומי, שירותי בריאות), זכות להצביע בבחירות לרשויות המקומיות ועוד.<sup>263</sup>

לאור הדברים הללו, נראה שמדובר בענישה קולקטיבית. ואולם אילו הנחנו כי מדובר רק בפגיעה קולקטיבית, האם אפשר היה להצדיקה באופן חריג על פי הפרמטרים שהוצגו לעיל?

262 לעיל ה"ש 260.

263 בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פס' 47-50 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 13.9.2017) (להלן: עניין אבו ערפה).

### מטרות הפגיעה

הצעת החוק של חבר הכנסת סלומינסקי מביאה, זה לצד זה, שיקול מניעת ("הדבר דרוש גם מבחינה ביטחונית כדי להגביל את השהייה שלהם בארץ ואת אפשרות התנועה שלהם בישראל") ושיקול של גמול ("שלילת רישיון כאמור תביא בהכרח גם לשלילת זכויות על פי חוק הביטוח הלאומי כגון קצבאות שארים, דמי קבורה וכו' שכן אין כל הגיון שהמדינה תתמוך בהם"). בהצעה של חבר הכנסת חזן נראה ששיקולי הגמול מכריעים ("אין כל היגיון במתן זכויות שוות לתושבים הפועלים נגד המדינה ובמתן האפשרות ליהנות מההטבות הסוציאליות הנלוות לעצם היותך תושב קבע במדינת ישראל"). הצעתו של חבר הכנסת לפיד מדגישה את ערכה ההרתעתי כלפי מחבלים פוטנציאליים. אילו השיקול המניעתי היה משכנע, האמצעי אכן היה עשוי לצאת מגדר ענישה קולקטיבית, שכן אז הפגיעה אינה ישירה אלא תוצאה נלווית לאמצעי המניעה. נקיטת אמצעים למניעת טרור עשויה להצדיק אפילו פגיעה בזכויות. עם זאת, ניתן להטיל ספק בתקפותו של השיקול המניעתי. שכן במקרה שנדרשת הגבלת חופש תנועה של מחבלים וקרוביהם המעורבים בטרור, אפשר לעשות זאת באופן ממוקד ומידתי יותר באמצעות צווי צמצום והגבלה לפי תקנות ההגנה.<sup>264</sup>

### חומרת הנזק לאינטרס הציבורי של המעשה שבגינו נעשית הפגיעה והסיכון לחזרתו

הצעת החוק של חבר הכנסת סלומינסקי אינה מגדירה מהי "פעילות חבלנית", ומכל מקום – די בחברות בארגון טרור על מנת לאפשר את שלילת התושבות. אין ההצעה מגבילה את עצמה למעשי הטרור החמורים ביותר, הכרוכים בשלילת חיים. בהצעת החוק של חבר הכנסת חזן ההפניה היא ל"הפרת אמונים" לפי חוק האזרחות, המגדיר "מעשה טרור" לפי ההגדרה הרחבה מאוד בחוק המאבק בטרור, בכלל זה סיוע או שידול למעשה טרור והשתתפות פעילה בארגון טרור.<sup>265</sup> דברי ההסבר להצעה מתייחסים במפורש ליידוי אבנים ממניעים לאומניים, וכן להכרח לראות במבצעים מחבלים לכל דבר ועניין. גם ההצעה של חבר הכנסת לפיד חלה על "מעשה טרור" לפי הגדרה רחבה.

264 ס' 109-110 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

265 ס' 11(ב)(2)(א) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952.

## האם הפגיעה הקולקטיבית היא המוצא האחרון בהיעדר אפשרות אחרת, או שיש קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר?

הפגיעה בקרוב המשפחה, לפי הצעות החוק הנדונות, אינה מוגבלת למקרה שבו המחבל עצמו לא נתפס ולא נענש כדין. לפיכך אי-אפשר לומר כי מדובר במוצא אחרון בהיעדר אפשרות להעניש את האחראי הישיר.

## חומרת הפגיעה הקולקטיבית

שלילת תושבות היא פגיעה חמורה, שכן נוסף לשלילת זכויות סוציאליות, כפי שהדגישו מציעי ההצעות, בהיעדר מעמד חוקי בישראל מוקנית לשר הפנים הסמכות לגרש אדם מן המדינה.<sup>266</sup>

## סוג הקולקטיב שמדובר בו

בהצעת החוק של חבר הכנסת סלומינסקי אין כל ניסיון להסוות, ולו למראית עין, שהיא מכוונת כלפי ערבים, במיוחד כלפי תושבי מזרח ירושלים. וכך נכתב בה:

לאחרונה רבו המקרים בהם ערבים, כולל תושבי מזרח ירושלים, מעורבים בעבירות חמורות נגד ביטחון המדינה כולל במעורבות ברצח. במקרים רבים אותם ערבים קיבלו רישיון ישיבה בישראל לאחר מלחמת ששת הימים ומחזיקים למעשה בתעודות זיהוי כחולות, דבר אשר מאפשר להם שהייה ותנועה בכל אזורי הארץ.

הצעת החוק של חבר הכנסת לפיד אינה בוטה כל כך. עם זאת, היא מגבילה את נקיטת האמצעי למעשה טרור "נגד מדינת ישראל או אזרחיה" ובכך מוציאה מן הכלל מעשי טרור נגד תושבים פלסטינים בשטחים ותושבי מזרח ירושלים

266 בהצעת החוק של חבר הכנסת לפיד הדבר אף מצוין במפורש בדברי ההסבר: "יובהר, כי עם שלילת האשרה או הרישיון, יהפוך האדם שזכאותו נשללה לשוהה שלא כדין ויחול סעיף 13 לחוק המחייב את הרחקה מ ישראל בהקדם האפשרי". וראו עניין אבו ערפה, לעיל ה"ש 263, פס' 47 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

שאינם אזרחים. כאמור, הפניית פגיעה קולקטיבית נגד מיעוט אתני או לאומי היא מאפיין "מחשיד" הפועל נגד הצדקת האמצעי.

### האפקטיביות של הפגיעה הקולקטיבית

כפי שכבר נאמר, לבני משפחה עשויה להיות נגישות למידע והשפעה שניתן לנצל למניעת פיגועים על ידי קרובים. עם זאת, ההצעות אינן מבחינות בין בני זוג, הורים וילדים קטינים, שלא לכולם השפעה דומה. כמו כן, היעדר הגדרה שמבהירה כי התושבות לא תישלל אם ישכנע הקרוב שעשה כל שאלל ידו על מנת למנוע את המעשה, חותרת תחת ערכו של האמצעי כתמריץ למניעת טרור.

לסיכום, גם בהנחה מקילה שאין מדובר בענישה קולקטיבית האסורה באופן מוחלט, מסתמן שכל הפרמטרים פועלים נגד הצדקת פגיעה קולקטיבית כאמצעי חריג בנסיבות הללו. הנימוק המניעתי אינו משכנע, ודומה שהמוטיבציה העיקרית היא גמול או נקמה; האמצעי אינו מוגבל למעשי הטרור החמורים ביותר, ואין הוא מוצא אחרון במקרה שבו לא ניתן לאתר ולהעניש את האחראי הישיר; הפגיעה עצמה חמורה ביותר וניתן להשוות אותה להריסת בית מגורים; ייעודו המוצהר של האמצעי למחבלים ערבים פוגע אך הוא באפשרות להצדיקו. ולא רק זאת אלא שגם האפקטיביות שלו מוטלת בספק בשל היעדר קריטריון ברור להטלת האחריות על קרובי המחבל, או הסתפקות בידיעה של הקרובים לו, אפילו בדיעבד; כן מוטלת בספק היעילות של האמצעי לנוכח ההגדרה הרחבה של הקרובים הכלולים בו, בכלל זה מי שקשה להניח שיוכלו להשפיע על המחבל (כגון ילדו הקטין).

## אמצעים המשפיעים על תושבי יישוב או אזור מסוים

### הטלת סגר או כתר על אזור שיצא ממנו מפגע

כפי שכבר הזכר, בעקבות הפיגוע בהר אדר הודיע ראש הממשלה שצה"ל הטיל כתר על הכפר שממנו יצא המחבל.<sup>267</sup> כך קרה גם בעקבות פיגוע אחר, ביולי 2017, שבו חדר מחבל ליישוב חלמיש ורצח סב ושניים מילדיו – כתר הוטל על קובאר, כפרו של המחבל.<sup>268</sup> בדוח שפרסם ארגון בצלם בשנת 2001 נטען כי לראשונה הוטל כתר בשטחים בשנת 1996 לאחר פיגוע התאבדות בתל אביב, וכי לרוב הוא מוטל סלקטיבית על יישובים בתגובה לפעילות אלימה של תושביהם. הכתר נאכף באמצעות מחסומים שבהם נוכחים חיילים, ובאמצעים הנדסיים, כגון קוביות בטון או סוללות עפר, המונעים תנועת רכב על צירי התנועה.<sup>269</sup>

בשנת 2001 נדחתה עתירה כללית נגד הקמת מחסומים שהגיש ארגון רופאים לזכויות אדם. העתירה נדחתה בהסתמך על תגובה מטעם גורמי הביטחון שלפיה אף שיש צירים שנחסמים במחסומים פיזיים, אין תא שטח שאין אליו דרך גישה אחת לפחות, שבה המחסום מאויש בחיילים באופן המאפשר מעבר במקרה של צורך רפואי.<sup>270</sup> בעתירה נוספת שנדחתה שנתיים אחר כך, הודגש כי עם כל האמפתיה כלפי התושבים, "והרי כולם או, למיצער, רובם בוודאי לא חטאו",

267 הודעות דוברות, לעיל ה"ש 193.

268 יואב זיתון, רועי קייס ורענן בן צור "כתר ועימותים בכפר המחבל. תיעוד: תצפית על ביתו" *ynet* 22.7.2017.

269 יחזקאל ליין "אזרחים במצור: הגבלות על חופש התנועה כענישה קולקטיבית" 8-5 *בצלם* (2001).

270 בג"ץ 9242/00 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש 23.3.2001).

הכתר נדרש כדי להגן על החיים מפני פיגועי טרור ולא נמצאה עילה סבירה לומר כי הוא חורג מן הסבירות או המידתיות הראויה.<sup>271</sup>

בשנת 2006 הגישה האגודה לזכויות האזרח עתירה נגד כתר מתמשך שהוטל על העיר שכם וסביבותיה, שאסר את הכניסה והיציאה על אנשים הנמנים עם קבוצות גיל מסוימות. בתגובה מטעם מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון תוארו מהותו של אמצעי זה ואת הרקע להטלתו – התגברות של מעשי הטרור בכלל וטרור המתאבדים בפרט באותה תקופה. וכך נכתב:

במסגרת המאבק בטרור נאלץ המפקד הצבאי לעשות שימוש בהטלת מגבלות שונות על האוכלוסיה האזרחית שבתוכה ובתמיכתה פועלים ארגוני הטרור והמחבלים. אחת המגבלות שבה עושה המפקד הצבאי שימוש היא הטלת מגבלה על חופש התנועה. אחד האמצעים הבטחוניים בהם נקט המפקד הצבאי לשם התמודדותה של מדינת ישראל בטרור, הינו כיתור של תאי שטח מסוימים בתוך האזור. במסגרת זו מותנית התנועה אל ומתוך השטח המכותר בבידוק בטחוני. לעניין זה יודגש כבר עתה, כי המונח "כתר", ככלל, אין משמעו, איסור גורף על יציאה וכניסה משטח מסוים, אלא מדובר בהתניית התנועה אל ומחוץ לאותו אזור בבידוק בטחוני. דהיינו, כתר על העיר שכם, משמעה, הצבת מחסומים וחסימות המונעים מעבר חופשי אל ומחוץ לעיר שכם, אך מאפשרת את המעבר אל ומחוץ לעיר בכפוף לבדיקה בטחונית, ומאפשרת ככלל תנועה חופשית בתוך האזור המכותר.<sup>272</sup> יובהר כי במסגרת החלטה אם להטיל על אזור מסויים כתר, נלקחים בחשבון גם שיקולים הומניטאריים

271 בג"ץ 2847/03 עלאונה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם באר"ש, 14.7.2003); וראו גם בג"ץ 2410/03 אל ערג'א נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם באר"ש, 8.7.2003), שעניינו בכתר על בית לחם ובית ג'אלה ומודגש בו אופיו המניעתי של הכתר.

272 בכך שונה הכתר מעוצר, שבו נדרשים החושבים להישאר בבתיהם.

באופן שבמרחב המכותר מצויים כלל השירותים הנדרשים  
לאוכלוסייה.<sup>273</sup>

על אופן התרומה של אמצעי זה למניעת טרור נכתב בתשובה:

להטלת המגבלה נשוא העתירה תרומה ביטחונית ממשית  
בשיבוש ומניעת יציאת מפגעים משטח העיר שכם; הטלת מגבלה  
על יציאה ממרחב העיר שכם על גברים בקבוצת גיל מסויימת  
המהווה פרופיל "סיכון", וזאת על-יסוד דעת חוות מקצועית  
בדבר מעורבותם של בני קבוצה זו בפיגועי טרור, מקשה בצורה  
משמעותית על גיוס מתאבדים ומקטין את הסיכויים של  
גיוס שכזה; הטלת המגבלה מאלצת את ארגוני הטרור לתור  
ולהשתמש בדרכים עוקפות, באמצעותן יוכלו לצאת ממרחב  
הכתר ללא מעבר במחסומים, דבר שמקשה על הוצאת פיגועים  
אל הפועל; לבסוף, הקשיים והדילמות שמוצבים בפני גורמי  
הטרור בעת שמוטלת המגבלה על קבוצת הגיל המהווה "פרופיל  
סיכון", מעניקים לכוחות ביטחון מרחב פעולה וזמן גדולים יותר  
במטרה לסכל פיגועים.<sup>274</sup>

באותה הודעה לבג"ץ הוצהר על שינוי במדיניות. לפי המדיניות החדשה, הגבלות  
תנועה יוטלו רק במקרים חריגים על בסיס התרעה קונקרטיה על מפגע אשר  
עומד לצאת ממרחב העיר שכם, וכאשר אין דרך אחרת לאפשר את תפיסתו.  
אף שנותרה מחלוקת עקרונית בין הצדדים בנוגע לשאלת סמכותו של המפקד  
הצבאי להטיל מגבלות תנועה קולקטיביות על יסוד מאפייני סיכון, בעקבות  
הצמצום בשימוש באמצעי זה בפועל הסכימה העותרת למחיקת העתירה, וזו  
אכן נמחקה.<sup>275</sup>

273 ס' 15 להודעת המשיב בבג"ץ 7577/06 האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות  
צה"ל באזור יהודה והשומרון (7.1.2007).

274 שם, בפס' 2.

275 תגובת העותרת להודעת המשיב ובקשה למחיקת העתירה בבג"ץ 7577/06 האגודה  
לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (11.2.2008). לפסק הדין:  
בג"ץ 7577/06 האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון  
(פורסם באר"ש, 28.2.2008).



## הבסיס המשפטי לנקיטת האמצעי

המקור המשפטי לסמכות להטיל כתר הוא תחיקת הביטחון, שעל פיה המפקד הצבאי מוסמך לחוקק צווים בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית. בפירוט יתר, צו בדבר הוראות ביטחון מאפשר למפקד צבאי להכריז על סגירת שטח, ואם עשה כן, לאסור על אדם להיכנס או לצאת מהשטח ללא היתר מטעמו, אישי או כללי. הצו גם מאפשר למפקד הצבאי לאסור או להגביל את השימוש בדרכים.<sup>276</sup>

מנגד עומדת הזכות לחופש התנועה של תושבי האזור. מדובר בזכות מוכרת במשפט זכויות האדם הבינלאומי, בפרט סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. אף שישאל צד לאמנה, יש מחלוקת על תחולתה בשטחים שבשליטתה. מחד גיסא, בית הדין הבינלאומי לצדק, בחוות דעתו המייעצת בעניין גדר הביטחון, קבע שהאמנה אכן חלה בשטחים.<sup>277</sup> מאידך גיסא, בית המשפט העליון בישראל השאיר את השאלה בבחינת צריך עיון, הן מכיוון שגם האמנה מאפשרת הגבלה של חופש התנועה מכל מיני טעמים, ובהם צרכי הביטחון הלאומי, והן מכיוון שלא הייתה מחלוקת ש"במסגרת חובתו של המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו בסבירות, עליו להביא בגדר שיקוליו גם את האינטרסים והזכויות של האוכלוסייה המקומית, לרבות את הצורך למזער את מידת הפגיעה בחופש התנועה שלה".<sup>278</sup>

276 ס' 316, 318 לצו בדבר הוראת ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009, קמצ"מ 5902. בנוסח הקודם של הצו, צו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970, מדובר היה בס' 88 ו-90. ראו פס' 73-75 להודעת המשיב, לעיל ה"ש 273; לדוגמה של יישום של סמכות זאת בסגירת מרחב התפר והגבלת הכניסה והיציאה ממנו, ראו הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 01/11/11 (מרחב התפר), התשע"ב-2011, קמצ"מ 6503; הוראות בדבר היתרי כניסה למרחב התפר ושהייה בו (יהודה והשומרון), התשע"א-2011, קמצ"מ 6507.

277 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, 2004 I.C.J. Rep. 136, para. 102-111 (July 9)

278 בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון, פס' 15 לפסק דינה של השופטת בינייש (פורסם באר"ש, 3.2.2005).

בית המשפט העליון לא דן במפורש בשאלה אם הטלת כתר יכולה להיות משום ענישה קולקטיבית, אולם כבר בתקופת האינתיפאדה<sup>279</sup> נידונה שאלה דומה בנוגע להטלת עוצר לילי על רצועת עזה. מחד גיסא, עוצר הוא הגבלה חמורה יותר על חופש התנועה משום שהוא מחייב את התושבים להישאר בבתיהם. מאידך גיסא, ייתכן שעוצר לילי חמור פחות מכתר המתמשך כל שעות היממה. כך או כך, העותרים טענו כי הטלת עוצר לילי במשך שנתיים על 600 אלף נפשות מעוררת את הרושם שמדובר בסנקציה עונשית, שלא לשמה נתונה הסמכות להטיל עוצר. בית המשפט הסכים בהיבט העקרוני ש"חובתו של שלטון צבאי בשטח מוחזק לדאוג, במידת האפשר, לקיום חיים נורמאליים בשטחים הנוגעים בדבר ולא להשתמש באמצעי מניעה והרתעה זמניים, המסורים בידי המפקד, לצורכי הענשה"<sup>280</sup> במילים אחרות, העוצר מוצדק למרות הפגיעה באוכלוסייה כולה, כל עוד מיישמים אותו לצורכי מניעה והרתעה זמניים. בנסיבות העניין, בית המשפט לא סבר כי יש לו עילה לקבוע שהעוצר אינו נדרש לביטחון האזור והסתפק בדרישה מן המפקד הצבאי שישקול, מפעם לפעם, את המשך נחיצותו.

## האם לנוכח ההגדרה המוצעת, הטלת כתר על יישוב שמתוכו יצא מחבל יכולה להיחשב לענישה קולקטיבית?

דומה שקשה להטיל ספק בכך שמדובר בפעולה שיש בה כדי להרע עם כל תושביו של אותו יישוב, ולא ניתן לייחס לכולם אחריות אישית לביצוע המעשה שבעקבותיו הוטל הכתר. בפועל, מוטל עליהם כתר רק בשל השתייכותם לקולקטיב מסוים – תושבי אותו יישוב – שלתושב אחר מתוכו מיוחסת אחריות לפיגוע. אין גם ספק שהכתר פוגע בזכות – חופש התנועה של התושבים – גם אם הפגיעה חלקית וזמנית. הסוגיה המחייבת ליבון היא אם מדובר בפגיעה ישירה – האם הפגיעה בחופש התנועה של התושבים בעקבות הכתר היא תוצאה נלווית לא מכוונת של אמצעי שיש לו תכלית מוחשית למנוע טרור? אם התשובה על שאלה זו היא חיובית, אין מדובר בענישה קולקטיבית; לחלופין, אם כוונת האמצעי לפגוע בתושבים על מנת להרתיע מחבלים פוטנציאליים מביצוע

279 שיש המכנים אותה האינתיפאדה "הראשונה", בסוף שנות ה-80 ותחילת שנות ה-90.

280 בג"ץ 1113/90 שוא ני מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פיקוד דרום, פ"ד (מד) 590 (1990).

פיגועים בעתיד או על מנת לדרבן את תושבי אותו יישוב לנקוט פעולות למניעת יציאתם של מפגעים מיישובם – האמצעי ייחשב לענישה קולקטיבית.

ההנמקה המפורטת ביותר לתכליתו של הכתר ותועלתו ניתנה בהודעת התשובה לבג"ץ בעניין הטלת הכתר על שכם.<sup>281</sup> נראה כי ההסבר על התועלת המניעתית שבאמצעי משכנע. עם זאת, האם ניתן להצדיק באופן דומה כל כתר המוטל על יישוב אחר, גם בתקופה אחרת ובנסיבות אחרות, ובגין פיגוע שמאפייניו אחרים? ספק בכך. אם תכלית הכתר היא למנוע את יציאתם של מחבלים אחרים מאותו יישוב, יש להוכיח כי ההסתברות לכך גבוהה מן ההסתברות שמחבלים יצאו מכל יישוב אחר. למשל, האם יש תופעה של חיקוי מעשי מחבלים שעוצמתה גבוהה יותר בקרבה גאוגרפית למקום מגוריו של המחבל, ואם כן, מה משכה של ההשפעה הצפויה על ביצוע פיגוע? האם התופעה מותנית בהאדרת מעשיו של המחבל ביישוב שהוא מתגורר בו, ואם כן, האם הימנעות של הנהגת היישוב מכך עשויה לייתר את ביצוע הכתר? אלו הן שאלות שהתשובות עליהן צריכות להיות מבוססות על עובדות ולהתייחס לנסיבות הזמן והמקום. נסיבה נוספת הנוגעת לעניין היא אם הפיגוע בוצע על ידי תשתית של ארגון טרור שעודה פעילה, או שמא מדובר במעשיו של יחיד שפעל ללא מסגרת ארגונית כלשהי. במקרה הראשון, ניתן להצדיק כתר זמני עד לאיתור וניטרול ההתארגנות הרלוונטית; במקרה האחר, קשה יותר להצדיק זאת.

עוד אציין כי על מנת לברר את נסיבות ביצוע הפיגוע והרקע שלו, ייתכן שאפשר להצדיק כתר זמני לצורך מניעה של הברחת אמצעי לחימה מן היישוב או לשם מניעת הימלטות סיעתו של המפגע. אף זו תכלית מניעתית שמוציאה את הטלת הכתר מגדר ענישה קולקטיבית, למרות הפגיעה הנלווית בציבור רחב.

ככל שהנסיבות ילמדו על מפגע יחיד שפעל ללא סיוע ומסגרת ארגונית, ושגם בדיעבד מעשיו אינם זוכים להזדהות רחבה והעלאה על נס, יהיה קשה לשלול את המסקנה שהכתר הוא למעשה ענישה קולקטיבית; בין שמטרתו ענישה או גמול לאוכלוסייה ובין שמטרתו להרתיע מחבלים פוטנציאליים מביצוע פיגוע

בגין הסבל שייגרם לתושבי אזור מגוריהם, או לתמרץ את תושבי היישוב למנוע יציאה לפיגועים נוספים מיישובם.

## אמצעי המשפיע על חברי ארגון טרור

### הרעת תנאי מאסרם של אסירים ביטחוניים

ב־26 ביוני 2006 נחטף לוחם השריון גלעד שליט על ידי אנשי החמאס שחדרו לישראל דרך מנהרה בסמוך לרצועת עזה. במשך למעלה מחמש שנים הוא הוחזק בעזה בתנאי בידוד קשים,<sup>282</sup> בדרישה לשחרור אסירים פלסטינים שבידי ישראל כתנאי למסירת מידע על מצבו<sup>283</sup> וללא מתן גישה לנציגי הצלב האדום.<sup>284</sup>

לאחר חמש שנים בשבי ובעקבות סירוב נוסף לאפשר ביקור של נציגי הצלב האדום אצל שליט, הודיע ראש הממשלה נתניהו כי החליט לשנות את יחסה של ישראל למחבלים כלואים:

אתמול מלאו חמש שנים לחטיפתו של חיילנו גלעד שליט. הוא מוחזק עלי ידי אויב אכזר, החמא"ס, שמסרב לקיים את הדרישות המינימאליות של האמנות הבינלאומיות וגם של תנאים אנושיים. הוא מסרב לאפשר לו, בכל הזמן הזה, אפילו ביקור אחד של ה"צלב האדום". הוא מחזיק אותנו בתנאי סבל קשים, ואנחנו יודעים גם איזה סבל עוברת משפחתו, איזה סבל נגרם למשפחתו, ואני חושב שכל העם וכל אדם הוגן והגון בעולם מתקומם נגד הדברים הללו של החמא"ס. אנחנו הפעלנו לחץ

282 אבי יששכרוף ויוסי מלמן "חמאס: שליט פצוע, תנאי השבי אינם מחמימים לו" הארץ 25.6.2007.

283 עלי וקד "החמאס דורש לשחרר כל האסירות תמורת מידע" ynet 26.6.2006.

284 News Release, Int'l Comm. of the Red Cross, Gaza: ICRC Demands Proof That Gilad Shalit is Alive (June 23, 2011)

בינלאומי כבד, שהתבטא באמירות של המדינות המובילות, כמובן כולל של ארה"ב והמדינות המובילות באירופה, ואתמול התבטאותו של מזכ"ל האו"ם, שכולם דורשים את שחרור המיידים של גלעד, וקודם כל את הביקור של "הצלב האדום" בשביו. בנוסף לכך, קיבלנו החלטה לשנות את תנאי האסירים הביטחוניים, החגיגה הזאת נגמרת.<sup>285</sup>

במקום אחר פורסם כי ראש הממשלה התייחס במיוחד ללימודים האקדמיים של האסירים:

ניתן להם את כל מה שמגיע לפי החוק הבינלאומי, אבל שום דבר יותר מכך. זה הזמן להפסיק את התנאים המפליגים. נעצור את הנוהל לפיו נרשמים טרוריסטים ללימודים אקדמיים. לא יהיו יותר מאסטרנטים לרצח, לא יהיו דוקטורנטים לטרור. החגיגה הזאת נגמרת.<sup>286</sup>

יומיים לאחר מכן הבהיר נציב שירות בתי הסוהר בריאיון שמתקיים תהליך בדיקה, ושהאסירים הביטחוניים יקבלו את מה שנדרש על פי האמנות והחוקים אבל לא יותר מכך. הנציב מסר כי "אנחנו בודקים את נושא הקטניה, אנחנו בודקים את נושא הספרים, העיתונים, הטלוויזיה, הביקורים ואפילו את תנאי החדרים", וכי הופסק רישום האסירים ללימודים אקדמיים. בגוף הכתבה (אם כי לא מפי הנציב) נקשרו שינויים אלה בהערכה שהרעת תנאיהם של אסירי החמאס תגרום למשפחותיהם להפעיל לחץ על הנהגת החמאס, וזו תזרז את המשא ומתן על שחרורו של גלעד שליט.<sup>287</sup>

285 משרד ראש הממשלה "הודעת מזכיר הממשלה בתום ישיבת הממשלה" (הודעת דוברות, 26.6.2011).

286 אבי יששכרוף ועמוס הראל "ראש הממשלה: נגמרה החגיגה של הטרוריסטים בבתי הכלא בישראל" הארץ 24.6.2011.

287 אבי אשכנזי "נציב ש"ס על תנאי האסירים: בוחנים מחדש את ההטבות" nrg 26.6.2011.

בהמשך להודעות אלה הופסקו לימודיהם של אסירים ביטחוניים באוניברסיטה הפתוחה. בעתירה שהוגשה לבג"ץ מטעמם של כמה אסירים נטען כי מדובר בענישה קולקטיבית. עוד נטען כי השתייכותו של מבצע העבירה לקבוצה מסוימת לעולם אין בה כדי להצדיק הטלת סנקציות קיבוציות, וכי השימוש בתנאי כליאתם של האסירים הפלסטינים כאמצעי לחץ הופך אותם למעשה לבני ערובה שמימוש זכויותיהם מותנה במצב המדיני. זוהי ענישה נוספת על עונשם, שהיא ענישה קולקטיבית ופסולה ומשום ענישה אכזרית ולא אנושית.<sup>288</sup>

העתירה נמחקה מן הטעם הפרוצדורלי שהנושא בסמכותו של בית המשפט המחוזי במסגרת עתירת אסיר.<sup>289</sup> לאחר שעתירות לבתי המשפט המחוזיים נדחו, חזר הדבר ונדון לגופו בבית המשפט העליון במסגרת בקשות רשות ערעור, ואף הגיע לדיון נוסף לפני הרכב של שבעה שופטים.<sup>290</sup>

בית המשפט העליון היה ער לכך שהאפשרות ללמוד באוניברסיטה הפתוחה נשללה מן האסירים הביטחוניים בעקבות עבודתו של צוות מקצועי. צוות זה הוקם כדי לבחון את תנאיהם של האסירים ולהפחית את זכויות היתר שלהם בכפוף להחלטות ממשלה שעניינן מאמצים להביא לשחרורו של החייל החטוף גלעד שליט.<sup>291</sup> ואולם זמן לא רב לפני ההחלטה בעתירה הראשונה שוחרר גלעד שליט בעסקת חילופי אסירים עם החמאס וגם העותר שוחרר באותה עסקה.<sup>292</sup> בסופו של דבר, הטיעון של הרשויות בזכות שלילת האפשרות ללמוד באוניברסיטה הפתוחה נגע לעובדה שארגוני הטרור מממנים את לימודי האסירים.<sup>293</sup> על כן,

288 ס' 30-33 לעתירה למחן צו על תנאי בבג"ץ 5488/11 אסמאעיל נ' שירות בתי הסוהר.

289 בג"ץ 5488/11 אסמאעיל נ' שירות בתי הסוהר (פורסם באר"ש, 2.11.2011) (עניין אסמאעיל).

290 דנג"ץ 204/13 צלאח נ' שירות בתי הסוהר (פורסם באר"ש, 14.4.2015) (להלן: עניין צאלח).

291 שם, פס' 1-2 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

292 "גלעד שליט שוחרר מהשבי אחרי 1,941 ימים" ynet 18.10.2011; עניין אסמאעיל, לעיל ה"ש 289, פס' 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

293 עניין צלאח, לעיל ה"ש 290, פס' 9, 22-23 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

בית המשפט לא דן בשאלה אם שלילת טובת הנאה או זכות יתר, דוגמת לימודים אקדמיים, כאמצעי לחץ על ארגוני הטרור שאליהם משתייכים האסירים כדי לדרבן אותם לשחרר את השבויים הישראלים שבידם או למסור עליהם מידע, יכולה להיחשב לענישה קולקטיבית. זו השאלה שאבקש לדון בה כאן.

## הבסיס המשפטי לנקיטת האמצעי

החוק הישראלי מעגן את האפשרות של אסירים ללמוד בפקודת בתי הסוהר [נוסח משולב], התשל"ב-1971, ובפקודה של נציבות שב"ס שהותקנה מכוחה בעניין לימודי אסירים ביטחוניים באוניברסיטה הפתוחה. מכך עולה כי לימודים אקדמיים אינם זכות מוקנית של האסיר אלא טובת הנאה המותנית בהתנהגותו הטובה של האסיר ובגורמים אחרים. ככל הנראה, אלו הם התנאים גם במדינות אחרות, ועל כן מרכז הכובד של העתירה היה בהצדקת ההבחנה שנעשתה בין אסירים ביטחוניים לפליליים ולא בטענה שמדובר בזכות מוקנית של האסירים.<sup>294</sup>

המשפט הבינלאומי ההומניטרי קובע באמנת ג'נבה הרביעית חובות הקשורות לאסירים בשטח כבוש, ובהן החובה לספק להם מזון ותנאי היגיינה הנדרשים כדי להבטיח בריאות טובה, החובה לספק טיפול רפואי, הזכות לקבל סיוע רוחני (דתי), הזכות לביקורים של נציגי הצלב האדום ולקבלת חבילות סיוע. הזכות ללימודים או לימודים אקדמיים אינה נכללת בזכויות לאסירים.<sup>295</sup> אשר לעצורים מינהליים, באמנה מופיעות הוראות מפורטות יותר, ובהן גם החובה לאפשר לעצורים ללמוד.<sup>296</sup> ואולם גם זכות זו כפופה להוראה הכללית המאפשרת הפקעת זכות מאדם המעורב בפעילות נגד ביטחון המדינה כשמימוש הזכות עלול לפגוע בביטחון.<sup>297</sup> גם מבחינת דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי – הזכות כללית מאוד. בעקרונות הבסיסיים לטיפול באסירים שאומצו על ידי העצרת הכללית של האו"ם נקבע כי לכל האסירים זכות להשתתף בפעילות תרבות

294 שם, פס' 11-13 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

295 ס' 76 לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 3.

296 שם, בס' 94.

297 שם, בס' 5.

והינוך המכוונת לפיתוח האישיות.<sup>298</sup> באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות נקבע כי מערכת בתי הכלא תכלול טיפול באסירים שעיקר מטרתו היא תיקונם ושיקומם החברתי.<sup>299</sup> גם בעקרונות שאימץ האו"ם וגם באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות אין התייחסות ספציפית ללימודים אקדמיים.

כפי שפורט בפרק הראשון, אמנת ג'נבה הרביעית אוסרת על ענישה קולקטיבית של מוגנים (לרבות אסירים) ועל מעשי גמול (reprisals) כלפיהם.<sup>300</sup> מעשי גמול נבדלים מפעולות נגד (retortions), שהן פעולות חוקיות שמדינה נוקטת כסנקציה על הפרה.<sup>301</sup> עם זאת, אומנם כשלעצמם מעשי גמול מוגדרים כלא חוקיים, אבל בנסיבות מוגדרות ומצומצמות הם עשויים להיות חוקיים כאמצעי אכיפה שיגרום לאויב לחדול מהפרות מצדו של דיני הלחימה.<sup>302</sup> האם מדינה רשאית לשלול טובות הנאה או זכויות יתר שהעניקה לפצועים של האויב בתגובה לתנאים שבהם מוחזקים אנשיה שלה שבידי האויב? גם הפרשנות הרשמית המעודכנת של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום לפרוטוקול הנוסף הראשון של אמנות ג'נבה משיבה על שאלה זו בחיוב, כל עוד לא נשללות הזכויות המובטחות בדין הבינלאומי. הטעם לכך הוא שלא להרתיע מדינות מלשפר את התנאים שהן מעניקות לאנשי האויב שבידיהן יותר מן הסטנדרטים המחויבים בדין הבינלאומי, מחשש שכל שיפור יחייב אותן באופן שאינו הפיך. לא נכון "להעניש" מדינות שמעניקות יותר מהמינימום המתחייב, כך שרק לגביהן יכולה להתעורר השאלה של שלילת זכויות היתר.<sup>303</sup>

U.N. HIGH COMM'R FOR HUMAN RIGHTS, BASIC PRINCIPLES FOR THE TREATMENT OF PRISONERS, ADOPTED AND PROCLAIMED BY GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 45/111 (Dec. 14, 1990) art.6. אציין כי החלטות העצרת הן בגדר המלצות ולכן מדובר ב"חוק רך" (soft law).

299 ס' 10(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 40.

300 ס' 33 לאמנה ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 3.

Eve La Haye, *Article 46: Prohibition of Reprisals*, in *Int'l Comm. of the Red Cross, Commentary on the First Geneva Convention* 973, ¶ 2730 (Knut Dörmann et al. eds., 2016)

302 מחקר המשפט המנהגי, לעיל ה"ש 36, כלל 145.

Yves Sandoz et al., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, at 241, para. 815 (1987)



## האם שלילת האפשרות מאסירים ללמוד לימודים אקדמיים יכולה להיחשב לענישה קולקטיבית?

אין ספק שמדובר בפעולה המכוונת לפגוע במישרין באסירים, והפגיעה הנגרמת להם בעקבותיה אינה תוצאה נלווית של ענישת האחראי הישיר או תוצאה נלווית של פעולה שתוצאתה המוחשית והישירה היא מניעת טרור. גם אם מטרת היוזמה להרעת תנאיהם של האסירים לא הייתה נקמה בהם אלא יצירת לחץ של משפחותיהם על הנהגת החמאס כדי לקדם מסירת מידע על גלעד שליט ושחרורו, אין הדבר שולל את העובדה שהאמצעי להשגת מטרה זו הוא פגיעה ישירה באסירים. נוסף לכך, לא ניתן לייחס לאסירים אחריות אישית ליחס של ארגונם לשבויים ישראלים. שלילת הלימודים ננקטה כלפיהם בשל השתייכותם לקולקטיב (ארגון הטרור) שמחזיק בשבויים ישראלים ושולל מהם תנאים בסיסיים. עם זאת, האמצעי אינו פוגע בזכות אלא בפריווילגיה, ולכן אין מדובר בענישה קולקטיבית אלא בפגיעה קולקטיבית. מכאן נפנה לשאלה אם ניתן להצדיק פגיעה קולקטיבית לפי הפרמטרים שהוצעו להערכתה.

## האם לנוכח הפרמטרים המוצעים יש הצדקה לשלילת לימודים אקדמיים כפגיעה קולקטיבית?

### מטרת הפגיעה

בהצהרות שהובאו לעיל מפי ראש הממשלה ונציב שירות בתי הסוהר, נקשרה ההרעה בתנאי האסירים הביטחוניים בכלל וסוגיית הלימודים האקדמיים בפרט לתנאי החזקתו של גלעד שליט בידי החמאס. עם זאת, לא הוברר בהן בפירוט מהי הציפייה מנקיטת האמצעים. האם אפשר לראות בהם "מידה כנגד מידה" ותו לא, או שמא, כפי שהוסבר בריאיון עם נציב שירות בתי הסוהר, אך לא מפיו, המטרה היא יצירת לחץ של משפחות האסירים על הנהגת החמאס כדי שזו תזרז את המשא ומתן על שחרורו של גלעד שליט. אם אכן זו הייתה התכלית (לפני שחרורו של גלעד שליט), אין מדובר בגמול ונקמה וגם לא בהרתעה. הרתעה היא איום שמטרתו לגרום לצד שכנגד שלא להפר את הסטטוס קוו. כאן מדובר בפעולה שמטרתה להניע את הצד שכנגד לפעולה, כלומר לשינוי הסטטוס קוו,

ועל כן מדובר בכפייה (compellance)<sup>304</sup> ככל שמדובר בפעולה שהצד השני מחויב לעשות על פי הדין אך הוא נמנע מלעשותה, כגון מתן מידע על מצבו של גלעד שליט ומתן אפשרות לתקשורת שלו עם משפחתו, נראה שהתכלית ראויה.

### **חומרת הנזק לאינטרס הציבורי של המעשה שבגיננו נעשית הפגיעה והסיכון לחזרתו**

הקושי שחווים בני משפחה קרובים בעקבות האי־ודאות באשר למצבו הגופני והנפשי של יקירם שבשבי, הוא ללא ספק חריף ויומיומי. נוסף לכך, עצם החזקתו של שבוי ישראלי בתנאים קשים וללא קשר עם החוץ עלולה להשפיע לרעה על ההנעה (מוטיבציה) של חיילים אחרים, שנדרשים לסכן את עצמם ועלולים להיחטף. אין מדובר גם במקרה חריג, שכן בעבר הוחזקו שבויים ישראלים ללא מידע על מצבם ומקום שביים ואף הועלמו. כך למשל, עד היום לא ידוע גורלו של הנווט רון ארד, שנשבה בלבנון בשנת 1986 על ידי מיליציה שיעית.<sup>305</sup> לפיכך יש גם אפשרות סבירה לחזרת הפגיעה באינטרס. זהו אינטרס כבד משקל, הקרוב בעוצמתו להצלת חיים, בעיקר אם משווים את הסכנה העכשווית לחייו של השבוי לסיכון הפוטנציאלי לחייהם של מי שעלולים להיהרג בפיגוע עתידי, אינטרס שנדון בכל הקשור לאמצעים קודמים.

### **האם הפגיעה הקולקטיבית היא המוצא האחרון בהיעדר אפשרות אחרת, או שיש קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר?**

האחראים להחזקת גלעד שליט שלא בהלימה לתנאים המתחייבים מן המשפט הבינלאומי נמצאו מחוץ לשטח שבשליטת מדינת ישראל. מכך נובע קושי ניכר להעניש אותם באופן אישי או להפעיל עליהם לחץ ישיר לעמוד בסטנדרטים הבינלאומיים המחייבים. עם זאת, עדיין נדרש לבחון אם ייתכנו אמצעים יעילים אחרים כדי להפעיל לחץ על הנהגת החמאס, שלא באמצעות פגיעה קולקטיבית באסירים. למשל, בנסיבות מדיניות מסוימות ייתכן שמצרים תהיה מעוניינת

304 ביידיץ ואדמסקי, לעיל ה"ש 134.

305 רונן ברגמן "לפתור את תעלומת רון ארד" ידיעות אחרונות 4.9.2016.

לסייע, ואילו הנהגת החמאס תחשוש מאי־היענות לדרישותיה – במקרה כזה לחץ מצרי עשוי להועיל.

### חומרת הפגיעה הקולקטיבית

הפגיעה הקולקטיבית מתוארת עקרונית כשלילת פריוילגיה, ואולם חומרתה משתנה בין אסירים שאושר להם בעבר ללמוד ונמצאים כבר במהלך הלימודים ואולי אף בסמוך לסיומם, לאחר שהשקיעו זמן, כסף ומאמץ, לעומת אסירים המבקשים להתחיל ללמוד. הפגיעה בראשונים חמורה יותר, ועל כן עמד גם בית המשפט העליון.<sup>306</sup> כך או כך, נדמה שאין להשוות את חומרת הפגיעה הזאת לפגיעה הכרוכה בהריסת בית מגורים; הפגיעה כאן קרובה יותר בחומרתה לפגיעה הנגרמת משלילת היתרי עבודה בישראל.

### סוג הקולקטיב שמדובר בו

בהצהרות שהובאו לעיל, ההתייחסות הייתה לאסירים ביטחוניים, בלי לפרט אם מדובר באסירים ביטחוניים בכלל, באסירים הביטחוניים הפלסטינים כולם או באסירים הביטחוניים הפלסטינים המשתייכים לחמאס, המחזיק בגלעד שליט בעזה. כאמור, עד שהגיע העניין לדיון נוסף בבג"ץ שוחרר גלעד שליט והנימוק לשלילת הלימודים היה מימונם על ידי ארגוני הטרור. הנשיא גרוניס הדגיש כי "אין מדובר בהבחנה בין אסירים על בסיס לאום או דת. גם אסירים יהודים עשויים להיות מוגדרים כאסירים ביטחוניים".<sup>307</sup> ההגדרה של אסירים ביטחוניים על פי פקודת נציבות בתי הסוהר היא זו: "אסירים שנדונו למאסר בגין עבירה שעל־פי טיבה או נסיבותיה היא עבירה ביטחונית, או שהמניע לביצועה היה לאומני, או שניתנה לגביהם חוות־דעת של שירות הביטחון הכללי המעידה על מסוכנות ביטחונית, או כאשר קיים לאסיר קשר לארגון טרור או לאדם שביקש לפגוע בביטחון המדינה".<sup>308</sup>

306 רע"ב 2459/12 צ'לאח נ' שרות בתי הסוהר, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם באר"ש, 24.12.2012).

307 שם, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס.

308 שם, פס' 3.

למראית עין, אין מדובר בקבוצה שהפגיעה הקולקטיבית בה תיחשב למפלה ולנגועה בדעה קדומה, דוגמת קבוצה אתנית. גם אילו היו נפגעים רק אסירים המשתייכים לחמאס, ולא כלל האסירים הביטחוניים, עדיין לא היה מדובר בקבוצה "חשודה", והגבלת העונש כך שלא יחול על אסירים ביטחוניים פלסטינים אחרים עשויה לחזק מסקנה זו. ניתן להקשות ולשאול אם אמצעי דומה היה נשקל כלפי אסירים יהודים חברי ארגון טרור יהודי על מנת להשפיע על התנהגות הארגון מחוץ לכותלי הכלא. קשה להעמיד שאלה זו במבחן המעשה, הן בשל ההבדלים בין הטרור הפלסטיני לבין הטרור היהודי בגודל הארגון ובמיסודו, והן בשל היעדר התנהגות דומה – החזקת שבויים או גופות בידי טרוריסטים יהודים.<sup>309</sup> עוד מאפיין חשוב הוא זה שמבדיל בין הקולקטיב "אסירים ביטחוניים חברי ארגון החמאס" לבין הקולקטיבים משפחה, מגורים ביישוב או השתייכות לקבוצה אתנית; כאן מדובר בקולקטיב שההשתייכות אליו וולונטרית. אפילו אסיר שנכלא עקב ביצוע מעשי טרור בשירות החמאס, יכול לבחור לנתק את קשריו עם הארגון.<sup>310</sup> האפשרות לפרוש מהקולקטיב הנפגע מפחיתה את חומרתה של הפגיעה הקולקטיבית. כאשר תכליתו של הקולקטיב היא מלכתחילה לבצע מעשים בלתי חוקיים, כמו ארגון טרור או ארגון פשע, פגיעה קולקטיבית בחבריו בעייתית עוד פחות. לפיכך גם פרמטר זה פועל בזכות הסטייה מהחֶזקה נגד פגיעה קולקטיבית.

### ה א פ ק ט י ב י ו ת ש ל ה פ ג י ע ה ה ק ו ל ק ט י ב י ת

לאסירים הביטחוניים הפלסטינים מעמד חשוב בחברה הפלסטינית. לא רק שהם אינם נתפסים כעבריינים או כטרוריסטים, אלא שגם רואים בהם "מגזר לוחם

309 שלי לוי ויונתן ארליך מסמך רקע בנושא: אלימות פוליטית מצד יהודים בישראל 7-10 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2005). ניתן להחרשם שהארגונים היהודיים היו בדרך כלל קטנים (מחחרת בת עין, למשל, מנתה ארבעה חברים) והתקיימו רק זמן קצר.

310 רע"ב 5754/15 חטיב נ' שירות בתי הסוהר (פורסם באר"ש, 2.7.2017). מפסק הדין עולה כי ניתן להוציא אסיר מכלל הגדרת "אסיר ביטחוני" או לשנות את "שירות הארגוני" של אסיר שהיה חבר בארגון טרור או סייע לו, אולם הוא ניתק כל מגע ישיר או עקיף עם הארגון ואינו מקבל כל טובת הנאה ממנו. פסק הדין אף מרחיב את הפתח ומורה כי מלבד בחינה של גורמי הביטחון יתאפשר לאסיר להיפגש עם גורם מקצועי-טיפולי מטעם שב"ס לשם בחינת בקשה כזו.

וחלק בלתי נפרד מהמרקם של החברה הערבית הפלסטינית".<sup>311</sup> אסיר, המוגדר כ"כל מי שכלוא בבתי הסוהר של הכיבוש בגין השתתפותו במאבק נגד הכיבוש", זכאי לפי החקיקה ברשות הפלסטינית למשכורת ולתמיכה בו ובמשפחתו על ידי הרשות. החוק אף מבהיר כי על הרשות לנקוט כל אמצעי אפשרי על מנת "לשחרר את האסירים מבתי הכלא של הכיבוש",<sup>312</sup> ואפילו זאת: "הרשות הלאומית מנועה מלחתום על הסכם שלום, או להשתתף בחתימתו כדי לפתור את הבעיה הפלסטינית, ללא שחרור כל האסירים".<sup>313</sup> יש בסיס להנחה כי זו אינה עמדת הרשות הפלסטינית לבדה אלא גם עמדת החמאס. רמז לכך אפשר לראות בהתייחסות של הארגון בשנת 2017 להחלטה של שירות בתי הסוהר למנוע ממשפחות אסירי חמאס מרצועת עזה לבקר את האסירים בבתי הכלא בישראל – בהודעת החמאס ההחלטה תוארה כלא פחות מהכרזת מלחמה.<sup>314</sup> לנוכח מרכזיותה של סוגיית האסירים בציבוריות הפלסטינית, יש להניח כי בהרעת תנאי האסירים טמון פוטנציאל ליצירת מנוף אפקטיבי ללחץ על הנהגת החמאס בכל הנוגע למסירת מידע על שבויים או חללים ישראלים שבידיה.

לסיכום, כל הפרמטרים נוטים להצדיק את ההיתר לפגיעה קולקטיבית בעניין זה כחריג להזקקה נגד פגיעה קולקטיבית. התכלית אינה נקמה אלא הנעת האויב לנהוג בשבויים ובחללים ישראלים על פי הדין הבינלאומי, מאחר שיש קושי להשיג השפעה מעין זו על ידי לחץ ישיר על הנהגת החמאס. שלילת האפשרות ללמוד לימודים אקדמיים היא שלילת פרווילגיה, לא שלילת זכות מוקנית. הפגיעה נעשית במי שבחרו להשתייך לארגון טרור ויכולים גם לבחור להתנער ממנו. ולבסוף, בתשומת הלב הרבה של דעת הקהל הפלסטינית לסוגיית האסירים טמון פוטנציאל לבניית מנוף לחץ יעיל על הנהגת החמאס באמצעות הרעה בתנאי האסירים.

311 ס' 2 לחוק האסירים הפלסטינים (תיקון מס' 19), 2004, כפי שהוא מובא אצל יוסי קופרוסר "פרס לטרור: תשלומי הרשות הפלסטינית למחבלים ומשפחותיהם" המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה 26 (2017).

312 שם, בס' 13(1).

313 שם, בס' 4.

314 אריק בנדר, יאסר עוקבי "חמאס: ישראל הפסיקה ביקורי משפחות אצל האסירים" מעריב on-line 29.6.2017.

מאפיין נוסף של ענישה כזאת הוא מקומה בתפר שבין המישור האנכי למישור האופקי. מצד אחד, אסירי החמאס נתונים לשליטה מלאה של ישראל, והם זכאים כפרטים להגנות ולזכויות המוקנות להם במישור האנכי, הן לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי והן לפי דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי. מן הצד האחר, לא ניתן להתעלם מכך שמאסרם אינו מנתק את הקשר בינם ובין החמאס. הם מוסיפים להשתייך לארגון המנהל עימות מזוין עם מדינת ישראל, כלומר מתקיימת כאן התמודדות גם במישור האופקי. בכך שונה המקרה הנדון מענישה של אסירים יהודים המשתייכים לארגון פשע, שההתמודדות עמה היא אנכית ופנימית וצריכה להיעשות בכלים של אכיפת חוק בלבד.<sup>315</sup> במבוא למחקר כבר הוסבר כי אתמקד כאן במישור האנכי, וכי במישור האופקי מטבע הדברים מדובר בהתנגשות בין קולקטיבים, ועל כן החלת המושג "ענישה קולקטיבית" או "פגיעה קולקטיבית" עליו עלולה להיות מנותקת מן ההקשר הזה. המקרה הזה מלמד שהבחנה בין המישור האופקי לאנכי, כמו רוב ההבחנות האנליטיות, איננה יכולה להיות חד-משמעית לחלוטין במציאות, וייתכנו מקרים שבהם שני המישורים יהיו מעורבים.

## **אמצעים שיש להם השפעה כללית על האוכלוסייה הפלסטינית**

### **הגבלת האפשרות לאיחוד משפחות וקבלת מעמד בישראל**

עוד תוצר של התלקחות העימות הישראלי-פלסטיני בספטמבר 2000 הוא חקיקתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. חוק זה קובע כי שר הפנים לא יעניק לתושב של יהודה, שומרון או חבל עזה אזרחות או רישיון לישיבה בישראל. עוד קובע החוק כי מפקד האזור לא ייתן

315 לביקורת על ההצעה לאמץ אמצעים המשמשים ללחימה בטרור – מעצרים מינהליים – גם כלפי ארגוני פשיעה, ראו אביעד בן-יהודה "כשמצב החירום הופך לשגרה: השימוש במעצרים מינהליים במאבק בפשע המאורגן" המכון הישראלי לדמוקרטיה (2013).

לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל, בסייגים מסוימים. מכוחה של הוראה זו נשללה, בין השאר, האפשרות לאיחוד משפחות בין ערביי אזורי ישראל לבין בן או בת זוגו הפלסטיני מהשטחים. כמו כן הוטלו מגבלות על הקשר בין הורה שהוא תושב ישראל לבין ילדו הרשום במרשם האוכלוסין בשטחים.

המטרה המוצהרת העומדת ביסוד החוק היא ביטחונית. היא נועדה למנוע התממשות של הסכנה שאדם מהשטחים, שניתנה לו האפשרות לחיות בישראל עם בן או בת זוגו הישראלי או הורהו הישראלי, יסייע למעורבים בפעילות חבלנית עוינת, כפי שכבר קרה בעבר.<sup>316</sup> נטען כי לחוק אין מטרה "דמוגרפית", שעניינה הגבלת גידול האוכלוסייה הערבית בישראל.

לבג"ץ הוגשה עתירה בטענה שהוראות החוק פוגעות שלא כדין בזכותם של בני הזוג הישראליים וילדיהם.<sup>317</sup> הרכב מורחב של 11 שופטים דחה את העתירה ברוב דעות דחוק של שישה נגד חמישה. בהקשר הנדון כאן, נתמקד בשאלה אם באמצעים שנוקט החוק יש משום ענישה קולקטיבית של תושבי השטחים או של בני זוגם והוריהם הישראליים.

שאלה זו זכתה להתייחסות בפסק הדין. בפסק דין הרוב של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין נקבע:

יש טוענים כי האיסור הגורף שבחוק האזרחות והכניסה לישראל מהווה פגיעה קולקטיבית בכלל האוכלוסייה הערבית בישראל בשל פשעיהם של מעטים שמקום מושבם היה בעבר בתחומי האזור וכיום מתגוררים הם בישראל. נסכים, כמובן, כי פגיעה קולקטיבית תוצאתה היא קשה ופוגענית, וראוי לה למדינה דמוקרטית כי תימנע מאחוז בה. סבורני, עם זאת, כי יש ולא נוכל להימנע ממנה. לעיתים, פגיעתם של מעטים היא כה רעה

316 לפני בג"ץ נטען כי "עשרים וששה מבין תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל מכוח נישואין היו מעורבים בפעילות חבלנית. חלקם היו מעורבים בביצוע הפיגועים עצמם. חלקם סייעו בהחדרת מפגעים לתחומי ישראל. חלקם סייעו באיסוף מודיעין על יעדי פיגועים". וראו פרשת איחוד משפחות, לעיל ה"ש 62, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא ברק.

317 פרשת איחוד משפחות, שם.

וקשה עד שעשויה היא להצדיק הגבלות קולקטיביות; בייחוד כך, במקום שלא ניתן לזהות ולאתר את אותם מעטים המבקשים להרע, ואילו הפגיעה הצפויה מצדם קשה וחמורה היא ביותר. אכן, כעוצמתה של הפגיעה המשוערת כן צעדי המנע הנדרשים. לענייננו שלנו נאמר, כי הפגיעה המצטברת הצפויה מפיגועי טרור הינה קשה והרסנית עד-למאוד: אנשים נרצחים, רבים אחרים נפצעים ונפגעים ומתערערת תחושת היציבות ההכרחית לקיומה של חברה בכלל ושל חברה דמוקרטית בפרט. נסיבות אלו עשויות לחייב, לצערנו – בימי מלחמה כימינו אלה – הטלת מגבלות שיש בהן כדי לפגוע במיקצתו של קולקטיב אזרחי ישראל הערבים.<sup>318</sup>

במילים אחרות, השופט חשין מקבל את הטענה שמדובר בפגיעה קולקטיבית, אך הוא מוכן להצדיקה בנסיבות חריגות, מתוך שימוש בכמה מן הפרמטרים שהצעתי בפרק השני – חומרת הפגיעה באינטרס הציבורי שעומה נועד האמצעי להתמודד, הקושי לזהות ולאתר את היחידים המבקשים להרע והצורך בצעדי מנע.

ואולם האם מדובר בענישה קולקטיבית או בפגיעה קולקטיבית כהגדרתן כאן? אני סבור שלא. כפי שהובהר בפרק השני,<sup>319</sup> ענישה קולקטיבית נדרשת להיות תגובה למעשה מסוים. היא עשויה להיות גם צופה פני עתיד, במובן זה שמטרתה תהיה מניעת חזרתו של המעשה או הרתעת הרבים מביצועו בעתיד; אלא שרגליה נטועות בעבר – במעשה שבוצע ובתגובה עליו. כלומר, נדרש קשר סיבתי ישיר בין התנהגות לא רצויה של חבר בקולקטיב ובין הטלת עונש על חברים אחרים בקולקטיב וכוונה ליצור זיקה בין המעשה ובין העונש.

לדעתי, האמצעים שנקטים בחוק המגביל איחוד משפחות משתייכים לקטגוריה של תיוג (profiling). מדובר בהערכת הסיכון הנובע מאדם לביצוע מעשה טרור לא על יסוד בחינה אינדיווידואלית, אלא על יסוד התאמה לפרופיל, שלכאורה

318 שם, פס' 115 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין.

319 ראו את הסעיף "בגין מעשה": ענישה קולקטיבית, אפליה וחיוג (profiling) בפרק השני.



קשור סטטיסטית לפיגועים, ובמקרה הנדון – בני זוג וילדים של ישראלים שמוצאם בשטחים. כפי שהובהר בפרק השני, הפרקטיקה של תיוג מעוררת בעייתיות כשלעצמה. גם אם ההבחנה מבוססת על סטטיסטיקה אובייקטיבית, תיוג עלול לעורר תחושות של אי-צדק ואפליה, בעיקר כאשר הוא מבוסס על מאפיינים אתניים או לאומיים ובהתחשב בכך שקבוצת הטרוריסטים כולה היא קבוצה זעירה בקרב כלל תושבי השטחים בכלל ובקרב קבוצת בני הזוג מן השטחים בפרט. מעשי טרור שאירעו בעבר הם שהובילו להנחה שבני משפחה שמוצאם בשטחים מועדים למעורבות בפיגועים. עם זאת, האמצעי הנוקט אינו מכוון להעניש את בני המשפחה של הישראלים בגין מעשה מסוים שאירע, אלא כדי למנוע סיכון מוגבר שנטען כי נובע מהם. אין כאן ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית כהגדרתן כאן. המונח "פגיעה קולקטיבית" שהשופט חשין השתמש בו מקביל למונח "נזק נלווה", כפי שהוא הוגדר במחקר זה.

## הקמת גדר הביטחון בין ישראל לשטחים

בשנת 2002 החליטה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי על הקמת גדר ביטחון שתקשה על מפגעים להסתנן מיהודה ושומרון לישראל. גדר הביטחון נחשבה לאמצעי נוסף בהתמודדות עם פיגועי ההתאבדות בערי ישראל על ידי מחבלים שהגיעו מן השטחים בתקופה שבה הסלים הסכסוך הישראלי-פלסטיני. הקמת הגדר הייתה כרוכה בהפקעת אדמות פרטיות של פלסטינים ובניתוקם של רבים מהאדמות שנמצאו ממערב לתוואי המתוכנן של הגדר. נגד החלטה זו ואופן יישומה הוגשו עתירות רבות לבג"ץ, ופסק הדין העקרוני ניתן בעניין בית סוריק.<sup>320</sup>

בין היתר, נטען כי הקמת הגדר היא משום ענישה קולקטיבית של התושבים הפלסטינים באזורים שבהם היא הוקמה. כך מתאר הנשיא ברק את הטיעון הזה שבעתירה:

גדר ההפרדה פוגעת בזכויות יסוד רבות של תושבי המקום בלא מקור הסמכה לכך ושלא כדין. זכות הקניין שלהם נפגעת בעצם

320 עניין כפר בית סוריק, לעיל ה"ש 161.

תפיסת האדמות ובמניעת הגישה לאדמותיהם. כן נפגעת זכותם לחופש התנועה. נפגעים פרנסתם וחופש העיסוק שלהם. מלבד הקשיים לעבד את האדמות יקשה עליהם לסחור בתוצרתם. הגדר פוגעת בהזדמנויות החינוך של ילדי הכפרים ומשבשת את חיי המשפחה והקהילה במקום. חופש הדת נפגע בכך שנמנעת גישה למקומות קדושים. ערכי טבע ונוף נפגעים. לטענתם, כל מערך הפגיעות האמורות אינו מידתי ואינו מוצדק בנסיבות העניין. תואי גדר ההפרדה משקף **ענישה קולקטיבית**, האסורה על-פי המשפט הבינלאומי.<sup>321</sup>

פסק הדין עוסק בהרחבה בשאלת הסמכות להקים את גדר הביטחון וכן בדרישת המידתיות, המחייבת לקבוע את תואי הגדר מתוך איזון בין צרכי הביטחון לבין זכויות התושבים והצרכים ההומניטריים. טענת הענישה הקולקטיבית אינה זוכה לתשובה מפורשת.

לטעמי, אין לראות בהקמת גדר הביטחון ענישה קולקטיבית. תכלית הקמת הגדר תוארה בתשובה לעתירה, כפי שהיא מובאת בפסק הדין:

מטרת הגדר היא מניעת מעבר בלתי מבוקר של תושבי האזור לתחומי ישראל וליישובים הישראליים המצויים באזור יהודה ושומרון. כן באה גדר ההפרדה למנוע הברחת כלי נשק ואמצעי לחימה ולמנוע הסתננות פלסטינים, שעלולה להוליך להקמת תאי טרור בישראל ולהצטרפות לתאים קיימים.<sup>322</sup>

אין ספק שהקמת גדר הביטחון היא פעולה שפגעה פגיעה ניכרת בזכויותיהם של פלסטינים רבים המתגוררים בסמוך לה. ואולם, כפי שהוסבר בפרק השני, ההגדרה של ענישה קולקטיבית טומנת בחובה דרישה שהפגיעה במי שאינם אחראים למעשה תהיה "במישרין". תכליתה של דרישה זו היא להוציא מגדרי ענישה קולקטיבית פעולה שיש לה תכלית מוחשית של מניעת טרור, ואילו הפגיעה בציבור רחב היא אינה אלא תוצאה נלווית שלה. לשם המחשה, הובאה

321 שם, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשה שלי).

322 שם, בפס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

הדוגמה הזאת: בעקבות פיגוע ירי שבוצע מרכב ביישוב מסוים, מוקמות מייד נקודות בידוק בכל הכניסות והיציאות אליו. בעקבות זאת, אזרחים רבים מתעכבים בדרכם מעבודתם לביתם. הקמת נקודות הבידוק נועדה לתכלית מוחשית של לכידת המחבלים ולמניעת פעולת טרור נוספת. אין לפעולה זו מטרה לעכב את האזרחים ולפיגוע בהם ואין מדובר בענישה קולקטיבית, למרות הנזק הנלווה לאזרחים. ניתן להקיש מכך גזירה שווה: הקמת גדר הביטחון דומה במובן זה להקמת נקודות בידוק בעקבות פיגוע. להקמת הגדר יש תכלית מוחשית של מניעת מעבר בלתי מבוקר ליישובים ישראליים וביצוע מעשי טרור. הפגיעה בתושבים באזורים הסמוכים לגדר היא פגיעה שנלווית לכך ולא פגיעה מכוונת. מובן שאין בכך כדי לייתר את בחינת ההצדקה של תוואי הגדר לנוכח שיקולים ועקרונות נוספים, במיוחד לאור שיקולי מידתיות. ואולם כך או כך, לא נכון יהיה לומר כי מדובר בענישה קולקטיבית ואף לא בפגיעה קולקטיבית, כהגדרתן לצורכי מחקר זה.

## סיכום, מסקנות והמלצות

במחקר מדיניות זה הוצעה הגדרה רחבה לענישה קולקטיבית: נקיטת פעולה שיש בה כדי לפגוע במישרין בזכות של אדם בגין מעשה שלא ניתן לייחס לו אחריות אישית לעשייתו. הפגיעה נעשית רק בשל השתייכותו לקולקטיב – דוגמת משפחה, יישוב או מיעוט אתני – שלאדם אחר מתוכו מיוחסת אחריות למעשה. בשל עוצמתם של הטיעונים נגד ענישה קולקטיבית, בעיקר הטיעון שיש להתייחס לכל פרט כאל תכלית כשלעצמה ולא להשתמש בו כבאמצעי להשגת תכליות אחרות, ענישה קולקטיבית היא פסולה ויש להימנע ממנה. פגיעה קולקטיבית הוגדרה כאן כפעולה העונה להגדרת ענישה קולקטיבית, אלא שהפגיעה הקולקטיבית פוגעת בטובת הנאה או בפריבילגיה שאינה בגדר זכות. גם כשמדובר בפגיעה קולקטיבית, אותם טיעוני נגד רלוונטיים, אולם נמצא טעם גם בטיעון שמצדיק פגיעה קולקטיבית בנסיבות חריגות. על כן הוצעו פרמטרים לבחינת ההצדקה לחרוג מן החִזָּקה נגד פגיעה קולקטיבית.

נראה שהמסגרת המושגית שהוצעה כאן הוכיחה את עצמה בשל יכולתה להביא לידי ביטוי תמונה רחבה של שיקולים ונסיבות המתקיימים במציאות.

## סיכום: מיפוי אמצעי הביטחון שנסקרו

אחדים מאמצעי הביטחון שנדונו לעיל אינם משום ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית. אמצעים אחרים הם ענישה קולקטיבית בנסיבות מסוימות ואינם ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית בנסיבות אחרות. יש אמצעים שהם משום ענישה קולקטיבית באופן מובהק ויש לאסור אותם לחלוטין. יתרת האמצעים הם משום פגיעה קולקטיבית שמידת ההצדקה שלה משתנה. להלן אפרט את הדברים.

## 1. אמצעים שאינם משום ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית

אף שאין לראות באמצעים מסוימים ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית, הם עדיין מעוררים בעייתיות מסיבות אחרות, כגון בהקשר של מידתיות.

בקטגוריה זו נכללים הטלת קנס על הורים בגין מעשי ילדיהם או חיובם בערובה למעשי ילדיהם. עונשים אלו מוטלים בגין אחריות אישית של הנוגעים בדבר, ולא רק משום שהם חלק מקולקטיב (משפחה) שממנו יצא עברייני ביטחוני. לכאורה, הדברים נכונים גם בעניין תיחום מקום מגורים של בני משפחות של מחבלים. אולם במקרה זה מתעורר חשד כי האחריות האישית אינה אלא תירוץ לענישת קרוביו של מחבל.

גם הגבלת האפשרות לאיחוד משפחות וקבלת מעמד בישראל אינה ענישה קולקטיבית. אין מדובר בענישה בגין מעשה אלא בפרקטיקה של תיוג. להקמת גדר הביטחון בין ישראל לבין יהודה ושומרון יש תכלית מוחשית של מניעת טרור, והפגיעה בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים המתגוררים בסמוך לה אינה ישירה אלא נלווית. על כן גם היא אינה בגדר ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית.

## 2. אמצעים שהם משום ענישה קולקטיבית רק בנסיבות מסוימות

הטלת כתר על אזור שממנו יצא מפגע לזמן קצר ולתכלית מוחשית של מניעת טרור, כגון איתור ותפיסת סייעניו של המחבל או נשק שהוסתר, אינה יכולה להיחשב ענישה קולקטיבית. אולם ככל שהכתר מתמשך יותר מן הנדרש לצרכים ביטחוניים מוגדרים, יש לראות בכך ענישה קולקטיבית.

כך גם בנוגע לאי־החזרת גופות של מחבלים – כאשר החזרת הגופות מותנית בערובות שתכליתן לסכל הפרת הסדר הציבורי ולטרפד הסתה לטרור בזמן לוויה – אין מדובר בענישה קולקטיבית, אלא באמצעי מניעה זמני. לעומת זאת, אם המטרה היא להרתיע מחבלים פוטנציאליים מן הסבל שייגרם למשפחתם אם ייהרגו בפיוג, מדובר כנראה בענישה קולקטיבית.

### 3. ענישה קולקטיבית

אחדים מהאמצעים שנדונו הם ענישה קולקטיבית, שיש לאסור באופן מוחלט. בקטגוריה זו נכללות הריסת בתי מחבלים ושליחת קצבאות הביטוח הלאומי בעקבות הטלת עונש מאסר על בן משפחה בגין עבירות ביטחון, וכנראה גם ההצעות לשליחת תושבותם של קרובי מחבלים.

### 4. פגיעה קולקטיבית

שאר האמצעים הם משום פגיעה קולקטיבית שמידת ההצדקה שלה משתנה מאמצעי לאמצעי.

בכל הנוגע לשלילת היתרי עבודה בישראל מבני משפחתו של מחבל – אם אין רואים בה אמצעי מניעתי זמני עד לבירור מידת מעורבותם של בני המשפחה בפיוג, מדובר בפגיעה קולקטיבית ולא בענישה קולקטיבית, משום שמדובר בשלילת פריווילגיה. ואולם גם אם תכלית שלילת ההיתרים היא הרתעתית, לפי רוב הפרמטרים נראה שמדובר באמצעי שניתן להצדיקו.

קל עוד יותר להצדיק שלילת האפשרות מאסירים המשתייכים לארגוני טרור ללמוד לימודים אקדמיים, כאמצעי לקידום משא ומתן עם ארגונים אלו המחזיקים בשבויים ישראלים. גם כאן מדובר בשלילת פריווילגיה ולא זכות, ועל כן בפגיעה קולקטיבית ולא בענישה קולקטיבית. הערך של מסירת מידע על שבויים וחללים ישראלים ושל החזרתם לישראל קרוב בחשיבותו להצלת חיים על ידי מניעת פיוגים, וגם על פי שאר הפרמטרים נראה שהפגיעה הקולקטיבית במקרה זה מותרת. התכלית אינה נקמה, אלא הנעת האויב לנהוג בשבויים ובחללים ישראלים על פי הדין הבינלאומי; יש קושי להשיג השפעה מעין זו על ידי לחץ ישיר על הנהגת ארגון הטרור שנמצאת מחוץ לישראל; הפגיעה נעשית במי שבחרו להשתייך לארגון טרור ויכולים גם לבחור להתנער ממנו; ולבסוף, מתשומת הלב הרבה של דעת הקהל הפלסטינית לסוגיית האסירים ניתן ללמוד על הפוטנציאל של הרעה בתנאיהם כמנוף לחץ אפקטיבי על ההנהגה.

---

## לוח 2

### סיכום של מיפוי אמצעי הביטחון

---

הטלת קנס או ערובה על הורים בגין מעשי ילדיהם; תיחום מקום מגורים; הגבלת האפשרות לאיחוד משפחות בישראל; גדר הביטחון בין ישראל ליהודה ושומרון	לא ענישה קולקטיבית ולא פגיעה קולקטיבית
הטלת כתר, אי־החזרת גופות מחבלים	ענישה קולקטיבית בנסיבות מסוימות
הריסת בתים; שלילת קצבאות ביטוח לאומי בגין אסיר ביטחוני בן משפחה; ההצעה לשלילת תושבותם של קרובי מחבלים	ענישה קולקטיבית
שלילת היתרי עבודה בישראל מבני משפחתו של מחבל; שלילת לימודים אקדמיים מאסירים חברי ארגוני טרור המחזיקים בשבויים ישראלים	פגיעה קולקטיבית

## מבחן קונקרטי להצדקה של פגיעה קולקטיבית כחריג

משמיפנינו את אמצעי הביטחון והשבנו על השאלה אם הם מוגדרים ענישה קולקטיבית או פגיעה קולקטיבית אחרת, ובמקרה של פגיעה קולקטיבית, כיצד ניתן להעריך את ההצדקה לה לאור הפרמטרים שהוצעו, בשלה העת לבסס על הפרמטרים מבחן קונקרטי יותר לבחינת ההצדקה לחרוג מן ההצדקה נגד פגיעה קולקטיבית. בשל עוצמתם של השיקולים המוסריים נגד שימוש באדם כבאמצעי ונגד העונשתו בהיעדר אחריות אישית, המבחן צריך להיות, לטעמי, מצמצם ביותר.

ראשית, הפרמטר של הפגיעה הקולקטיבית כמוצא אחרון, בהיעדר אפשרות אחרת או כאשר יש קושי ניכר להעניש אישית את האחראי הישיר, צריך להיות תנאי סף ולא אחד מן השיקולים. דוגמה מובהקת להתקיימות תנאי סף זה היא המקרה של פיגועי התאבדות. לא ניתן להרתיע מחבל היוצא לפיגוע ומוכן להקריב את חייו באמצעות ענישה אישית קונבנציונלית. לעומת זאת, שלילת קצבת הביטוח הלאומי מהורה לילד שנמצא במאסר בשל עבירת ביטחון היא

דוגמה מובהקת למקרה שבו תנאי זה אינו מתקיים, שכן האחראי נתפס, הורשע ונענש. ענישת הוריו ומשפחתו איננה אפוא המוצא האחרון בהשגת יעדי הענישה וההרתעה, ולכן יש להימנע ממנה.

עוד תנאי סף הכרחי הוא האפקטיביות הפוטנציאלית של הפגיעה הקולקטיבית המוצעת, על יסוד מאפייני הקולקטיב שמדובר בו. במקרה זה נשאלת השאלה: האם לחברי הקולקטיב הרלוונטי יש גישה למידע ויכולת השפעה, שתאפשר להם למנוע את העבירה או לאתר אותו ולהסגירו? אם התשובה שלילית, אין הצדקה לפגיעה קולקטיבית, ואין היא משרתת אלא יצרים של נקמה בקרובים למחבל.

במקרה שהאמצעי הנשקל עומד בשני תנאי הסף האלה, מוצע להגבילו רק למקרים שבהם הוא נדרש לצורך הגנה על אינטרס ציבורי כבד משקל. הדוגמה המובהקת היא הגנה על החיים במניעת פיגועי טרור קטלניים, בייחוד בתקופה שבה פיגועים אלה שכיחים. עם פגיעות חמורות פחות בסדר הציבורי, כגון ידוי אבנים, יש להתמודד במסגרת הכלים הרגילים של אחריות פלילית אישית.

באותם מקרים חריגים שבהם נשקלת פגיעה קולקטיבית, יש לצמצמה לאמצעים קלים יחסית, כגון שלילת זכותם של אסירים ללימודים אקדמיים.

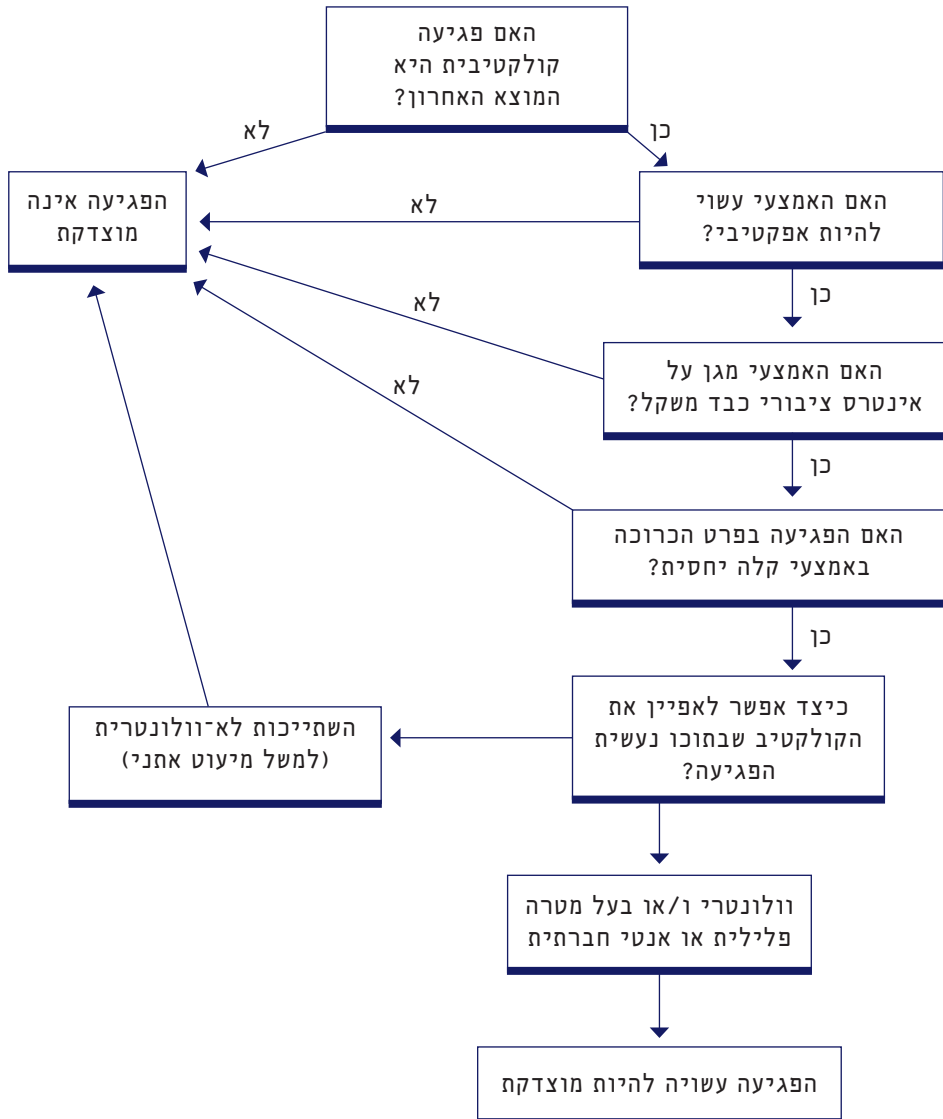
ולבסוף, יש לתת את הדעת לסוג הקולקטיב שעליו מושתת הפגיעה. ככל שמדובר בקולקטיב שמטרתו פלילית או אנטי-חברתית (חברי ארגון טרור למשל), וככל שהחברות בו וולונטריות, קל יותר להצדיק את הפגיעה הקולקטיבית בחבריו. לעומת זאת, הפרקטיקה של פגיעה קולקטיבית במיעוט אתני או לאומי צריכה להיות "חשודה" כנובעת ממניעים שאינם ענייניים. במילים פשוטות, אמצעי שלא עולה על הדעת להטיל על מחבלים יהודים, בני משפחתם ושכניהם, יש להימנע מלהטילו גם על מחבלים פלסטינים, בני משפחתם ושכניהם.

הפרמטר של מטרת הפגיעה הקולקטיבית (גמול ונקמה או הרתעה) לא שולב במבחן המוצע. אף שמטרה של נקמה, או כל מטרה שאינה רציונלית וצופה פני עתיד, שוללת את ההצדקה של פגיעה קולקטיבית, יישום פרמטר זה על האמצעים שנבחנו העלה לעיתים קרובות קושי בהגעה למסקנות חד-משמעיות לאור הסובייקטיביות שלו ולאור פער אפשרי בין המוצהר לבין המניעים האמיתיים. המסקנה המעשית היא אפוא ששילוב פרמטר זה במבחן אינו מועיל.



**תרשים 2**

**האם יש הצדקה לפגיעה קולקטיבית כלשהי? - תהליך בדיקה**



## האם יש מקום לעגן את האיסור על ענישה קולקטיבית וחריגי בחקיקה?

חוק העונשין, התשל"ז-1977 – גם לאחר אימוץ החלק הכללי והמקדמי,<sup>323</sup> שנשען על עבודה שיטתית שעניינה עקרונות דיני העונשין –<sup>324</sup> אינו כולל במפורש את העיקרון הגורס ש"איש בשל עבירתו ייענש".<sup>325</sup> זאת ועוד, הענישה הקולקטיבית שנדונה כאן אינה רק ענישה פלילית. על כן, נדמה שהאכסניה המתאימה יותר לעיגונה היא בחוק יסוד, למשל חוק-יסוד: זכויות במשפט.<sup>326</sup> ואולם לא רק שבמצב הפוליטי הנוכחי ההיתכנות של חקיקת חוקי יסוד נמוכה, החריגים המצומצמים לחזקה נגד פגיעה קולקטיבית שהוצעו כאן עשויים לעורר קושי לעגן את העיקרון בחקיקה. עיגון העיקרון ללא החריגים עלול לפסול פרקטיקות שיש הצדקה לנקוט אותן, ואילו עיגון מפורט של התנאים לחריגה מן העיקרון עלול להיות נוקשה מדי ולהתיר למעלה מן הרצוי או למטה מכך. עיגון של האפשרות לחרוג מן העיקרון בהוראת שעה, ללא פירוט התנאים, אף הוא פותח פתח רחב, שאינו רצוי. לפיכך המסקנה היא שלפי שעה ראוי שלא לעגן את הדברים בחקיקה.

## המלצות

(1) מומלץ למקבלי ההחלטות בכל הרשויות הרלוונטיות לאמץ את ההגדרה המוצעת כאן לענישה קולקטיבית כאיסור מוחלט.

(2) מומלץ לאמץ גם את המבחן הקונקרטי המוצע כאן בכל מקרה שיש צורך לשקול הצדקה לחרוג מהחזקה נגד פגיעה קולקטיבית.

(3) הדברים נכונים לגופי הביטחון השוקלים לאמץ אמצעי מסוים למאבק בטרור, לדרג המדיני הממונה עליהם, לכנסת, במקרה שמשקל עיגון בחקיקה של אמצעי ביטחון המעורר שאלות, ולרשות השופטת, בכל מקרה שהיא נדרשת בו לביקורת שיפוטית בעניין אמצעי ביטחון שאומץ.

323 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348.

324 ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר מצמיתיים" משפטים יד 127 (התשמ"ד).

325 ש"ז פלר דיני עונשין כרך א 100 (1984).

326 הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט, ס"ח התשנ"ד 324.



**Policy Paper 125**

**WILL YOU SWEEP AWAY  
THE RIGHTEOUS WITH  
THE WICKED?** (*Genesis 18:23*)

---

**Security Measures  
and Collective Punishment**

Liron A. Libman

April 2019

Editors [Hebrew]: Yona Levi, Tamar Shaked  
Series and Cover Design: Studio Tamar Bar-Dayan  
Typesetting: Irit Nachum  
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-246-9

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

**Copyright © 2019 by the Israel Democracy Institute (RA)**  
Printed in Israel

**The Israel Democracy Institute**  
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602  
Tel: (972)-2-5300-888  
Website: [en.idi.org.il](http://en.idi.org.il)

**To order books:**

Online Book Store: [en.idi.org.il/publications](http://en.idi.org.il/publications)  
E-mail: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
Tel: (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

## ABSTRACT

In Israel, use is regularly made of measures whose declared purpose is to prevent terror and protect public security, but which some (in Israel and elsewhere) claim are a form of collective punishment that is both legally and morally invalid. However, it is evident that the term “collective punishment” as used broadly in public and legal discourse suffers from a lack of clarity and a lack of consistency.

The measures for combatting terror can sometimes harm people who bear no responsibility for acts of terror. When is such harm unavoidable or justifiable, and when does it become collective punishment?

This policy study differentiates between three terms: collective punishment, collective harm, and collateral damage.

- **Collective punishment** is any step that may directly harm the rights of an individual due to an act for which they cannot be held responsible, and which is carried out solely because of the individual's belonging to a particular group—such as a family, village, or ethnic minority—of which another member is held to be responsible for the act in question.

- **Collective harm** occurs when all the requirements for the above definition of collective punishment exist, apart from harm to the individual's rights; instead, the individual suffers a curtailment of privileges or benefits.
- **Collateral damage.** When concrete steps to prevent terror result in indirect and unintended harm to individuals not involved in acts of terror, this is considered collateral damage, which is neither collective punishment nor collective harm.

Collective punishment may be based on an approach according to which individuals are not held to be autonomous beings who bear sole responsibility for their actions, but rather are considered part of a collective, which is the basic unit to which rights and obligations apply. This view does not see individuals as being an end in and of themselves. Alternatively, collective punishment may be based on a functionalist/ utilitarian approach that claims that in certain cases, the collective is better placed than the state to control the behavior of individuals. Thus, the threat of harm to the collective will incentivize it to prevent unacceptable behavior by any of its members in advance; and if such behavior is perpetrated, to identify those responsible and either hand them over to the authorities or punish them within the collective. This approach views the individual as a means for achieving other ends—the prevention of undesirable behavior.

The main argument against collective punishment is based on the value of human dignity, which requires that every individual be treated as an end in and of themselves, rather than a means for achieving other ends. Thus, through this prism, collective punishment is entirely forbidden. This argument against collective punishment is also applicable to collective harm, creating a presumption against it. However, collective harm may be justified after a careful examination of relevant considerations.

Based on the definition proposed here for collective punishment, and the considerations to be used for justifying collective harm, the study

examines current practices in this area, beginning with those not taken from the struggle against terror—in education, water stoppages, and conscription to the IDF. Subsequently, a range of anti-terror practices are analyzed: demolishing the homes of terrorists; canceling work permits in Israel of terrorists' family members who are not residents; not returning terrorists' bodies for burial by their families; imposing a closure of the area from which a terror attack was launched; denying privileges to security prisoners; withholding National Insurance benefit payments due to involvement of family members in security crimes; imposing fines or financial guarantees on parents due to the actions of their children; confining family members of terrorists to assigned places of residence; revoking the residency status of terrorists' families; placing limitations on family unification and on the award of formal residency status in Israel; and constructing a security fence between Israel and the West Bank.

The table below contains a summary of the security measures that are examined in this study:

---

Neither collective  
punishment nor  
collective harm

---

Imposing fines or financial  
guarantees on parents due to  
the actions of their children;  
confining family members  
of terrorists to assigned  
places of residence; placing  
limitations on family  
unification; constructing a  
security fence between Israel  
and the West Bank

---

Collective  
punishment in certain  
circumstances

---



---

Imposing closures; not  
returning terrorists' bodies  
for burial

---

---

Indisputable collective punishment, which should be completely outlawed

---

Collective harm, for which the level of justification may change

---

---

Demolishing homes; withholding National Insurance benefit payments from families of security prisoners; the proposal to revoke the residency status of terrorists' relatives

---

Canceling the work permits of terrorists' family members; denying access to academic studies for prisoners who are members of terror organizations that are holding Israelis captive

---

The study proposes the following test for justifying collective harm. To be allowed, collective harm must meet *all* the following conditions:

- (1) Collective harm may be inflicted only as a last resort, when there are no other options for punishing individually those directly responsible, or when it would be extremely difficult to do so.
- (2) The potential effectiveness of the proposed collective harm on the collective in question must be made evident, considering the fundamental characteristics of the collective. That is, do the members of the relevant collective have access to information and influence that will allow them to prevent the crime or to find and hand over the criminal? If the answer to this question is negative, there is no justification for collective harm, and it serves no purpose other than the desire for revenge on those close to a terrorist.
- (3) Collective harm should be limited to cases in which its use is required in order to defend important public interests. The most prominent example of this is protecting life by preventing deadly terror attacks,



especially during a period when such attacks are common. For less serious cases of public order infractions, such as stone throwing, regular tools of individual criminal responsibility should be deployed.

(4) Collective harm should be limited to the revocation of relatively light privileges, such as prisoners' access to academic studies.

Furthermore, consideration should be given to the type of collective to which the harm is to be applied. The greater the extent to which the collective has criminal or anti-social goals (such as a terrorist organization) and membership of it is voluntary, the easier it is to justify collective harm against its members. By contrast, collective harm against an ethnic or national minority is a practice suspected of being driven by inappropriate motivations. Put simply, any means whose use would not be considered against Jewish terrorists or their families or neighbors should also not be applied against Palestinian terrorists, their families, or their neighbors.

Unlike collective harm, which can be justified in certain circumstances, collective punishment should be completely outlawed. The rights of individuals must never be taken hostage in order to influence the behavior of others.

It is recommended that decision-makers in all relevant authorities adopt the proposed definition of collective punishment as being absolutely forbidden, as well as the proposed concrete test for weighing exceptions to the rule against collective harm. The decision-makers in question include security agencies considering adopting a particular means for the struggle against terror; the political echelons who oversee these agencies; the Knesset, as regards proposals to provide a legislative basis for the use of questionable security measures; and the courts, which are required to provide judicial oversight of any security measure adopted.

האמצעים ללחימה בטרור ולמאבק בו פוגעים לפעמים באנשים שאינם נושאים באחריות למעשי הטרור. ואכן, לעיתים קרובות עולה הטענה, בישראל ובעולם, שאמצעים אלו הם למעשה ענישה קולקטיבית פסולה מבחינה חוקית ומוסרית.

האם הריסת בתי משפחות של מחבלים היא בבחינת ענישה קולקטיבית? מה דבר שלילת היתרי עבודה בישראל מבני משפחה של מחבלים תושבי השטחים? והאם שלילת האפשרות ללימודים אקדמיים מאסירים ביטחוניים אנשי חמאס כדי ללחוץ על החמאס לשחרר חטופים ישראלים גם היא ענישה קולקטיבית?

מחקר מדיניות זה מציע מסגרת לבחינת הסוגיה באמצעות הבחנה בין שלושה מושגים: ענישה קולקטיבית, פגיעה קולקטיבית ונזק נלווה. ענישה קולקטיבית יש לאסור באופן מוחלט. גם מפגיעה קולקטיבית יש להימנע בדרך כלל, אם כי אפשר להצדיקה במקרים מיוחדים. נזק נלווה שונה מענישה קולקטיבית ומפגיעה קולקטיבית בכך שהוא תוצאה של פגיעה לא ישירה במי שאינם מעורבים בטרור. לפיכך הצדקת אמצעי ביטחון הגורם נזק נלווה היא מחוץ לתחומו של מחקר זה.

מחקר המדיניות מיישם תחילה את המסגרת המושגית המוצעת על מקרים שאינם בתחום הלחימה בטרור, ולאחר מכן מנתח פרקטיקות שונות בתחום המאבק בטרור. היישום הקונקרטי משמש לחידוד המבחנים לבדיקת ההצדקות לפגיעה קולקטיבית.

מקבלי החלטות, בכל הרשויות הרלוונטיות, נקראים כאן לאמץ את ההגדרה המוצעת לענישה קולקטיבית כאיסור מוחלט וכן את המבחן הקונקרטי המוצע בשעה שהם שוקלים הצדקה לחריגה מהחוק נגד פגיעה קולקטיבית. הדברים נכונים לגופי ביטחון (השוקלים לאמץ אמצעי מסוים למאבק בטרור), לדרג המדיני הממונה עליהם, לכנסת (כאשר נשקל עיגון בחקיקה של אמצעי ביטחון המעורר שאלות) ולרשות השופטת (כאשר היא נדרשת לביקורת שיפוטית על אמצעי ביטחון שאומץ).

**אל"ם (מיל') עו"ד לירון א' ליבמן** שימש התובע הצבאי הראשי וראש מחלקת הדין הבין לאומי בצה"ל. כיום הוא חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה, בצד עיסוקיו הנוספים כמרצה, מגשר ועורך דין פרטי.



[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)



0 4500001192 2  
דאנאקוד 450-1192

מסת"ב:

978-965-519-246-9

מחיר מומלץ: ₪45

אפריל 2019