

פרידה מהמשנה לנשיאה השופט סלים ג'ובראן – בעקבות בג"ץ 2002/16 אבו-אלרוב נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית

מאת

טל מימרן*

א. מבוא

מדיניות הריסת בתים מופעלת כנגד פלסטינים ביהודה ושומרון ומזרח ירושלים בתגובה לפעולות טרור, במטרה להרתיע את בני המשפחה של מבצע הפעולה ומבצעים נוספים בעתיד.¹ ההצדקה העיקרית למדיניות זו מתמקדת במידת ההרתעה המיוחדת הטמונה בה,² וזאת בשל

* מנהל מחקר, מרכז פדרמן לחקר הסייבר, הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים; עמית מחקר, בית הספר למשפטים של המכללה האקדמית צפת; ראש תכנית, תכלית (מכון למדיניות ישראלית). זהו כבוד ועונג לתרום את פרק זה לספר הפרידה מהמשנה לנשיאה השופט ג'ובראן, מתוך הוקרת תודה על כהונתו ושירותו לציבור אשר מתאפיין לא רק בקידום יושרה מקצועית, הוגנות ועצמאות שיפוטית, אלא גם – כדבריו של השופט ג'ובראן בנאום פרידתו מבית המשפט העליון – בתור גשר לקירוב בין יהודים לבין ערבים בארץ ישראל. שירותו הציבורי של השופט ג'ובראן לא מוגבל לעשרות השנים בהן הוא כיהן בשלושת הערכאות השיפוטיות המרכזיות בישראל, אלא הוא משתרע גם על פני פעילותו המתמשכת והמגוונת למען הקהילה במספר מסגרות התנדבויות, לרבות אך לא רק בתנועת הרוטרי בישראל אשר הוא עמד בעבר בראשה. תודה לפרופ' מוחמד ותד על ההזמנה לכתוב את הפרק, על הליווי ועל הערותיו הבונות והמחכימות.

1 בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 9–10 (נבו 5.1.2009); מרדכי קרמניצר (אי-) הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים – הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאם אבו דהים נגד אלוף פיקוד העורף (2009). מעשית, הריסת בתים על ידי צה"ל נעשית לרוב באחת משתי דרכים; הריסה מלאה או חלקית של מבנה או לחלופין אטימה מלאה או חלקית שלו. במקרה שמדובר במבנים בגדה המערבית, המפקד הצבאי הוא מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, ובמקרה שמדובר בשטחה הריבוני של ישראל (בכלל זה מזרח ירושלים), המפקד הצבאי הוא אלוף פיקוד העורף. ראו ענבר לוי, אלעד גיל ויוגב תובל **אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים** 204 (בהנחיית יובל שני ומרדכי קרמניצר, 2010).

2 Martin B. Carroll, *The Israeli Demolition of Palestinian Houses in the Occupied Territories: An Analysis of Its Legality in International Law*, 11 MICH. J. INT'L L. 1195 (1990)

עוצמתה של הסנקציה וכן לאור מהירות הפעלתה.³ במהלך השנים, מדיניות זו זכתה לביקורות רבות במישור החוקי והמוסרי.⁴

כשנה עובר לפרישתו של המשנה לנשיאת בית המשפט העליון השופט סלים ג'ובראן, עמדתה של מדינת ישראל בנושא מדיניות הריסת בתים עמדה למבחן, הפעם במסגרת פרשת **אבו-אלרוב**.⁵ להבדיל מעתירות קודמות בנושא זה, אשר לרוב הזמינו דיון בעיקר בשאלות עובדתיות – אם ביחס לאירוע הביטחוני ואם ביחס לנסיבות החיים של בני משפחת פעיל הטרור – הרי שבעתירה זו עיקר טענות העותרים התמקדו בעצם השימוש במדיניות הריסת בתים. מכאן, שפרשה זו סיפקה הזדמנות לדון מחדש בשאלות עקרוניות העולות מהשימוש במדיניות האמורה. למעשה, פרשת **אבו-אלרוב** אף סיפקה הזדמנות ראשונה – ויחידה – לעמוד על עמדתו של המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן ביחס למדיניות הריסת בתים. שכן, למרבה ההפתעה, במהלך כמעט 15 שנות כהונתו בבית המשפט העליון, המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן שובץ רק בשלוש הזדמנויות בהרכבים אשר דנו בעתירות בנושא הריסת בתים; שתי החלטות בתחילת כהונתו (פרשת **סעאדה**)⁶ ופרשת **טייב**),⁷ והחלטה דגן שמגיעה בישורת האחרונה לכהונתו.⁸ בפרשיות **סעאדה וטייב**, שכאמור נדונו במהלך השנה הראשונה לכהונתו של השופט ג'ובראן בבית המשפט העליון, הוא בחר להסכים עם דעת הרוב ולא הביע עמדה מפורטת בנושא. להבדיל, בפרשת **אבו-אלרוב**, הוא הציג אמירות חשובות בנושא, הן בהיבט של חוקיות יישומה של המדיניות האמורה והן בהיבט של יעילותה ביצירת הרתעה. כפי שאראה, העמדות שהציג המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן בפרשת **אבו-אלרוב** מתיישבות עם הגישה שעולה מפסיקותיו ביחס להפעלת סמכות כופה על ידי המדינה בהקשר של התמודדות עם מבקשי מקלט, ובהקשר של גדר ההפרדה הביטחונית בין ישראל לשטחים הכבושים. לאור תרומתו של המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן לשיח בנושא מדיניות הריסת בתים בפרשת **אבו-אלרוב**, נשגב מבינתי להבין מדוע חלפו 12 שנים במהלכן לא זכינו לשמוע את

- 3 לדיון נוסף, ראו עמחי כהן וטל מימרן עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים, מחקר מדיניות (מחקר מדיניות 11, 2015).
- 4 לדיון בנושא הביקורת כנגד המדיניות, ראו לדוגמה Amichai Cohen, *Administering The Territories: An Inquiry Into The Application Of International Humanitarian Law By The IDF In The Occupied Territories*, 38 ISR. L. REV. 24 (2005).
- 5 בג"ץ 2002/16 **אבו-אלרוב נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית** (נבו 24.3.2016).
- 6 בג"ץ 6288/03 **סעאדה נ' אלון פיקוד העורף**, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003).
- 7 בג"ץ 894/04 **עלי פרג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (נבו 4.3.2004).
- 8 לשם השוואה – השופט מנחם (מני) מזוז היה חלק מההרכב במהלך עשרה תיקים של הריסת בתים בתקופת כהונה קצרה יותר מזו של המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן. בעבר נטען על ידי הנשיאה בדימוס נאור כי שיבוץ השופטים נעשה באופן אקראי על ידי תכנת מחשב. עם זאת, בשנים האחרונות נתגלה כי במקרה של שופט תורן – שופט שקיבל עתירה היה רשאי לבחור את מי שיצטרף אליו, ובכך להכווין את תוצאת ההחלטה. על מנת להתמודד עם בעיה זו, הנשיאה הנוכחית חיות הגדירה נוהל לפיו זהות השופטים שיצטרפו לשופט התורן תיקבע לפי סדר התורנות. ראו רויטל חובל "נשיאת העליון: שופטי בג"ץ לא יוכלו לבחור מי יישבו לצדם לדון בדחיית עתירות על הסף" **הארץ** (27.11.2018). לקריאה על הבעיות שנוצרו בשל המצב הקודם, ובמיוחד הבחירה האסטרטגית של שופטים, ראו יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג "כיצד בוחרים שופטי בית המשפט העליון את חבריהם להרכב" **משפטים** נא 807 (2022).

עמדתו בנושא זה.⁹ במבט לאחור, ובמיוחד עם פרישתו של המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן מבית המשפט העליון, אני נמלא צער ופליאה על כך שנשללה מאיתנו האפשרות להבין יותר לעומק את גישתו ביחס למדיניות שמשפיעה בצורה כה משמעותית על חייהם של בני אדם רבים, כמו גם על היחס של הקהילה הבינלאומית כלפי מדינת ישראל. ועדיין, אבקש לשאוב השראה ברשימה זו מעמדתו של המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן בפרשת **אבו-אלרוב**, על מנת לדון ביחס לדילמות מרכזיות הנוגעות למדיניות הריסת בתים.

כפי שיוסבר להלן, העתירה בפרשה דנן נדחתה על ידי המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין והשופטת דפנה ברק-ארז, כאשר השופט ג'ובראן נותר בדעת מיעוט תוך שהציג שאלות נוקבות ביחס לחוקיות וליעילות מדיניות הריסת בתים. ברשימה זו, אבקש לנסות ולהיענות להזמנה של השופט ג'ובראן לדון בשתי סוגיות מרכזיות ביחס למדיניות הריסת בתים. כצעד ראשון, אתמקד ביעילות מדיניות הריסת בתים, לאור העובדה שמדובר בבסיס עיקרי לעמדת המדינה,¹⁰ אשר זכתה לאורך עשרות שנים לאישור של בית המשפט העליון.¹¹ לאחר מכן, במבט רחב יותר, אנסה להסביר מדוע חשוב לבצע בבחינה מחודשת של חוקיות אמצעי חריג זה.¹²

א. מדיניות הריסת בתים – רקע

שורשיה של מדיניות הריסת בתים נטועים בניסיונות עבר של מדינות – כגון בריטניה, גרמניה, טורקיה ורוסיה – אשר ביקשו להתמודד עם כוחות גרילה ועם ארגוני טרור.¹³ בהקשר של מדינת ישראל, מדיניות הריסת בתים הייתה אחד מני אמצעים רבים שנקט צה"ל נגד הטרור הפלסטיני למן שנת 1967, עם תפיסת השטחים הפלסטיניים המוחזקים.¹⁴ המדיניות מתבססת מבחינה חוקית על הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אשר מהווה חלק מחקיקת חירום שחוקקו הבריטים בתגובה לפעולות טרור שביצעו ארגונים ערביים ויהודיים, והיא כוללת סמכויות נרחבות מלבד הריסת בתים, כגון מעצר, גירוש והחרמת רכוש ללא הליך הוגן.¹⁵

- 9 מאז פרשת טייב משנת 2004 ועד פרשת **אבו-אלרוב** משנת 2016.
- 10 Ariel Zemach, *The Limits of International Criminal Law: House Demolitions in an Occupied Territory*, 20 CONN. J. INT'L L. 65, 68 (2004).
- 11 לדוגמה, ראו בג"ץ 6996/02 **זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה**, פ"ד נו(6) 407 (2002); בג"ץ 798/89 **שוקרי נ' שר הביטחון** (נבו 10.1.1990); בג"ץ 8262/03 **אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 569 (2003).
- 12 לדיון בנושא התפתחות הפסיקה ביחס להטלת מגבלות על השימוש באמצעי הריסת בתים, ועל החשיבות של דיון עקרוני בנושא, ראו גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים" **משפט וממשל** יט 43 (2018).
- 13 לוי, גיל ותובל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 191–193.
- 14 בג"ץ **אבו דהים**, לעיל ה"ש 1, פס' 9–1.
- 15 תקנה זו נשארה בתוקף מכוח ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

תקנה 119 מסדירה את סמכותו של המפקד הצבאי להורות על הריסת בתים בישראל ובשטחי הגדה המערבית או על צעד מחמיר פחות כגון אטימה חלקית או מלאה של הבית.¹⁶ האמצעים המוסדרים בתקנה מדורגים על פי חומרתם; החל בהחרמה בלבד, עובר בהחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה, וכלה בהריסת המבנה.¹⁷ לפי לשון התקנה, המפקד הצבאי רשאי להורות על הריסת הבית או על אטימתו אם יש לו "טעם לחשוד" כי בוצעה עברה ביטחונית. בית המשפט העליון קבע, כי המפקד רשאי להורות על פעולות בהסתמך על חשד המבוסס על תשתית ראייתית מספקת לשם גיבוש החלטה מנהלית.¹⁸

על פי הנטען, למדיניות הריסת בתים של צה"ל שלוש הצדקות עיקריות: ראשית, מטרת המדיניות היא להרתיע מביצוע פעולות טרור, בעיקר את המעורבים בביצוע פעולות טרור, במישרין או בעקיפין, ממתן סיוע בעתיד לפעולות מסוגים אלו.¹⁹ שנית, הליכים פליליים נגד פעילי טרור מצריכים זמן רב, כאשר הדבר עלול לשדר חולשה הן לעם הישראלי הן לעם הפלסטיני.²⁰ שלישית, הרתעתה של הריסת בתים מוגברת בשל היחס המיוחד בתרבות הפלסטינית לשליטה בקרקע ובאדמה.²¹

במרוצת השנים הועלו טענות וביקורות רבות נגד מדיניות הריסת הבתים. טענה עיקרית שהושמעה היא שהנפגעים העיקריים מן המדיניות הם בני המשפחה של מבצע העברה – במקרים רבים לא עובר העברה נענש, מאחר שהוא במנוסה מכוחות הביטחון או שנהרג בפעולת הטרור או לאחריה. בהקשר זה נטען כי הענשת בני המשפחה של מבצע העברה היא הפרה של הדין הישראלי,²² של הדין ההומניטרי הבינלאומי (ובפרט, אמנת ז'נבה הרביעית)²³ ושל הדין הפלילי הבינלאומי.²⁴ טענה נוספת שהועלתה היא שאמצעי הריסת הבתים הוא עונש אכזרי ולא אנושי, הסותר את סעיף 16 לאמנה נגד עינויים²⁵ בשל הפגיעה הקשה בזכות היסודית למגורים, בשל הפגיעה ברמת החיים ובשל ההשפעות מרחיקות הלכת על מרקם חייהם של התושבים הפלסטינים.²⁶ טענה זו נתקבלה בוועדה נגד עינויים בסיכומיה לדוח שהגישה מדינת ישראל

- DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 145 (2002) 16
- בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (3) 442, 439 (1982). 17
- Zemach, לעיל ה"ש 10, בעמ' 68. 18
- שם. 19
- Dan Simon, *The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories*, 19 YALE J. INT'L L. 1, 22 (1994) 20
- לוי, גיל ותובל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 199. 21
- שם, בעמ' 206. 22
- Jonathan Grebinar, *Responding To Terrorism: How Must A Democracy Do It? A Comparison of Israeli and American Law*, 31 FORDHAM URB. L.J. 261, 275 (November, 2003), Cohen ; 23
- לעיל ה"ש 4, בעמ' 46. 24
- Zemach, לעיל ה"ש 10, בעמ' 68. 24
- "אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים" אתר בצלם (10.12.1984). 25
- בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 31.7.2014). 26

בשנת 2009.²⁷ לפי טענה אחרת הריסת הבתים סותרת עקרונות יסוד בדיני העונשין.²⁸ לדוגמה, הריסת הבית מתבצעת לעתים ללא הליך הוגן, רק בהתבסס על חשד ולא על בסיס הרשעה, ובמקרים רבים היא מתבצעת נוסף על עונש מאסר שהוטל על מבצע פעולת הטרור ולא כעונש חלופי, ואף מתוך שימוש בראיות חסויות אשר אינן נחשפות לפני בני המשפחה שאת ביתם הוחלט להרוס.²⁹ עוד נכתב על מדיניות הריסת הבתים כי היא סותרת ערכים דמוקרטיים ואף ערכי יסוד של היהדות.³⁰

עמדתה המשפטית של מדינת ישראל בדבר המדיניות, שכאמור ספגה ביקורת רבה במרוצת השנים,³¹ גובשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, בשנת 1971, מאיר שמגר, שלימים כיהן כשופט וכנשיא בית המשפט העליון,³² והיא הבסיס לתגובות המדינה בעתירות נגד השימוש במדיניות.³³ עמדה זו נחלקת לשלושה טיעונים עיקריים:³⁴ (1) סמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 119 גוברת על הוראות אמנת ז'נבה הרביעית, מאחר שמדובר בחקיקה מקומית גוברת, הנשארת בתוקף מכוח סעיף 64 לאמנת ז'נבה הרביעית; (2) הריסת בתים היא אמצעי חוקי מכוח סעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית, המאפשר הרס רכוש פרטי במקרים שבהם יש נחיצות צבאית מוחלטת; (3) הריסת בתים אינה ענישה קולקטיבית לפי סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית, מאחר שהיא אמצעי הרתעה הנובע מהקשר הישיר שבין העברה הביטחונית שנעברה לבין הבית המיועד להריסה.

בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, דן בפעם הראשונה במדיניות הריסת בתים בשנת 1979.³⁵ בהחלטתו, בית המשפט אימץ, במלואה, את עמדת המדינה כמפורט לעיל. מאז, הלכה זו שימשה בסיס לדחיית מאות של עתירות נוספות אשר הוגשו נגד מדיניות הריסת בתים ונגד ההחלטה להרוס או לאטום בית במקרה פרטני.³⁶

- 27 ראו פס' 33 להערות המסכמות של הוועדה נגד עינויים לרוח שהגישה לה מדינת ישראל בשנת 2009. *Committee Against Torture, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Concluding Observations of the Committee against Torture: Israel* (14 May 2009).
- 28 מיכל צור תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 71 (מחקר מדיניות 16, 1999).
- 29 לוי, גיל ותובל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 207.
- 30 Ralph Ruebner, *Democracy, Judicial Review and the Rule of Law in the Age of Terrorism: The Experience of Israel-A Comparative Perspective*, 31 GA. J. INT'L & COMP. L. 493, 509 (Spring 2003).
- 31 קרמיצר, לעיל ה"ש 1.
- 32 לוי, גיל ותובל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 208.
- 33 בג"ץ 22/81 חאמד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לה (3) 223 (1981); בג"ץ 274/82 חאמרה נ' שר הביטחון, פ"ד לו (2) 755 (1982); בג"ץ 123/89 דאוד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון (נבו) 11.5.1989; בג"ץ 610/89 בחרי נ' מפקד כוחות צה"ל לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מד (1) 92 (1989); בג"ץ 175/86 קעוס נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (נבו) 28.5.1986.
- 34 Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 Is. Y.H.R. 246-266 (1971).
- 35 בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לד (1) 464 (1979).
- 36 KRETZMER, *THE OCCUPATION OF JUSTICE*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 149.

במהלך השנים, הוספו הגבלות מסוימות על מימוש המדיניות. למשל, דרישת המידתיות שהתווספה לאחר חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992,³⁷ אשר במסגרתה יש להביא בחשבון גם את הפגיעה הנגרמת לשאר בני המשפחה, ולא רק לאזן בין חומרת האמצעי לבין חומרת העברה בלבד.³⁸ ועדיין, ככלל בית המשפט העליון מאפשר את קיום המדיניות ומגבה את עמדתה המשפטית של המדינה, כמו גם את שיקול דעתו של המפקד הצבאי.

לשם המחשה, במהלך שנת 2014 הוגשה על ידי המוקד להגנת הפרט וארגוני זכויות אדם נוספים עתירה עקרונית נגד מדיניות הריסת בתים, בגדרה התבקש בית המשפט להכריז כי המדיניות מנוגדת למשפט הבינלאומי, למשפט החוקתי הישראלי ולמשפט המנהלי הישראלי (להלן: **פרשת המוקד להגנת הפרט**).³⁹ בעיקר נטען, כי מדיניות הריסת בתים היא עונש קולקטיבי; היא מפרה את האיסור בגין הריסה שרירותית של רכוש מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי; היא מפרה את עיקרון המידתיות במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי; היא מהווה פשע מלחמה של הריסה מסיבית של רכוש שאינה עולה כדי צרכים צבאיים הכרחיים; והיא מנוגדת לעקרונות יסוד של המשפט העברי.⁴⁰ בית המשפט החליט לדחות עתירה זו בקבעו, כי כל הטענות המשפטיות שהועלו בעתירה כבר נענו במסגרת עתירות בעבר, וכי הוא אינו מוצא לנכון לפתוח מחדש שאלות משפטיות שכבר הוכרעו.⁴¹

ג. החלטת בית המשפט העליון בפרשת אבו-אלרוב

ההחלטה דנן עסקה בצווי הריסה ואטימה שהוצאו על ידי המפקד הצבאי ביחס לבתיהם של שלושה פעילי טרור – אחמד נג'אח אלרוב, אחמד נג'אח אסמעיל נצאר, ומוחמד אחמד מוחמד כמיל – אשר ביצעו ביחד פיוגוע משולב, בסמוך לשער שכם בירושלים העתיקה, במהלכו נרצחה שוטרת משמר הגבול, הדר כהן ז"ל, ונפצעו שני שוטרים נוספים.⁴² במסגרת הדיון, הועלו שני טיעונים מרכזיים. ראשית, אין בנימוק ההרתעה, אשר עומד בבסיס המדיניות, כדי להצדיק פגיעה בחפים מפשע, לאור העובדה שלא הוכח מעולם כי הריסת בתים אכן מייצרת הרתעה בפועל. בהקשר של המקרה דנן, נטען כי העובדה ששלושת פעילי הטרור נהרגו במהלך האירוע הביטחוני מהווה הרתעה מספקת בפני מפגעים עתידיים (מה שמייתר את הצורך בהריסת הבית ופגיעה בבני המשפחה). שנית, הועלתה טענה בדבר חוקיות המדיניות, אם ביחס לעמידתה

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

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

39 העתירה התבססה על חוות דעתם של מספר מומחים למשפט בינלאומי, הם פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופ' ארנה בן-נפתלי ופרופ' גיא הרפז.

40 בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פס' ד-1 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 3.12.2014). בשולי הדברים הועלתה מחדש, ונדחתה, הטענה בדבר קיומה של אפליה ביישום המדיניות, בהתבסס על גישתו הקודמת של בג"ץ בבוא טענה זו לפניו. לדיון בטענת האפליה ראו פסקאות יא ו-כה לפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין.

41 שם, פס' טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

42 שם, פס' א לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

באמות המידה של דיני המלחמה החלים על פעולות צה"ל בשטחים הכבושים, ואם ביחס לעקרונות של המשפט הישראלי, דוגמת עיקרון המידתיות.⁴³ בתגובה, המדינה הציגה שלושה מענים עיקריים: ראשית, הטענות העקרוניות בנושא הסמכות לבצע הריסת בתים נדונה בשורה ארוכה של עתירות, ואין טעם לדיון מחודש בסוגיה; שנית, האירוע הביטחוני דנן היה חמור, והעובדה שהוא התבצע על רקע הסלמה בפעילויות טרור מצדיקה ומצריכה לעשות שימוש באמצעי זה; שלישית, חוות דעת סודית, אשר הוגשה מטעם גורמי הביטחון, לעיון שופטי בית המשפט העליון בלבד, תומכת בקיומה של הרתעה כתוצאה מהשימוש במדיניות.⁴⁴

המשנה לנשיאה רובינשטיין כתב את דעת הרוב, בה תמכה כאמור השופטת ברק-ארז. לדיון של המשנה לנשיאה רובינשטיין, מדיניות זו היא בגדר הכרח בל יגונה אשר נדרש לשם הצלת נפשות, כאשר מטרתה העיקרית היא הרתעה שתייצר חשש מפניה לטרור בעתיד ולא ענישה בגין ביצוע פעולות טרור בעבר.⁴⁵ בעוד המשנה לנשיאה רובינשטיין הכיר בפגיעה ממשית בקניינם של יושבי בתים המיועדים להריסה, הוא סבר כי פגיעה זו נסוגה בפני האפשרות להגן על חיי אדם; היינו – קדושת החיים גוברת על פגיעה ברכוש.⁴⁶ בנוסף, המשנה לנשיאה רובינשטיין מכיר בצורך ליישם את מדיניות הריסת בתים באופן מידתי; לומר, בקיומו של הצורך בבחינת קיומן של שלושת מבחני המשנה של עיקרון המידתיות.⁴⁷ במקרה דנן, המשנה לנשיאה

43 באופן טבעי, ישנן סוגיות נוספות ביחס להריסת בתים שאינן עלולות מהעתירה, כגון שאלת היישום המפלה של המדיניות או הטענה כי מדובר בעונש אכזרי ולא אנושי המנוגד לאמנה נגד עינויים בה חברה ישראל. כאשר לטענת האפליה, מדיניות הריסת בתים ננקטה רק נגד אוכלוסייה פלסטינית, ומעולם לא ננקטה נגד אוכלוסייה יהודית, אף לא בגין ביצוע פעולות טרור דוגמת הרצח שביצע ברוך גולדשטיין במערת המכפלה. במסגרת עתירה נגד החלטה לאטום ולהרוס את בתים של משפחות החוטפים והרוצחים של הנערים גיל-עד שאער, אייל יפרח ונפתלי פרנקל, הועלתה ונדחתה טענת אפליה על בסיס העובדה שלא נעשה שימוש באמצעי הריסת בתים נגד יהודים – לדוגמה נגד רוצחיו של הנער מוחמד אבו-חדיר. בעיקר קבע בית המשפט העליון כי אי אפשר להוכיח, בעת הזו, כי קיימים אפליה או שיקולים זרים בבסיס ההחלטה להרוס את בתי משפחות החוטפים והרוצחים של הנערים גיל-עד שאער, אייל יפרח ונפתלי פרנקל. עוד נקבע, כי הואיל ותכליתה של תק' 119 היא הרתעתית ואינה עונשית, אין די בעצם ביצועם של מעשי טרור נתעבים בידי יהודים, דוגמת החטיפה והרצח של הנער מוחמד אבו-חדיר, כדי להצדיק לברם את הפעלתה של התקנה כלפי יהודים, ואין בהחלטת המשיב שלא להפעיל את התקנה בעניינם של החשודים ברצח זה כדי להצביע לבדה על קיומה של אכיפה בררנית. לדיון ראו בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 30 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 11.8.2014). הכרעתו של השופט דנציגר שימשה בסיס לדחייה של טענת האפליה במסגרת עתירות נוספות שנתקבלו לאחר מכן. ראו לדוגמה דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (נבו 12.11.2015); בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 40.

44 בג"ץ אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 5, פס' ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

45 שם, פס' ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

46 ראו גם בג"ץ סעאדה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 294 ("הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית").

47 בג"ץ אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 5, פס' ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. בהתבסס על דרישת המידתיות, נגזרת חובה להציג ראיות התומכות בטענה כי מדיניות הריסת בתים אכן מייצרת

רובינשטיין השתכנע בדבר עמידה בדרישת המידתיות, וזאת לאור העובדה כי מדובר בפיגוע חמור ומתוכנן, אשר מצטרף לשורה של פיגועים קשים נוספים מהתקופה שקדמה לעתירה; דבר המייצר צורך משמעותי בהרתעה באמצעות הריסת בתיים. כאשר לסוגיית ההרתעה כתוצאה מהפנייה למדיניות הריסת בתיים, המשנה לנשיאה רובינשטיין ציין, כי הוצגה בפני חברי ההרכב חוות דעת עדכנית של גורמי הביטחון, בה לא נמצא לדידו פגם המצדיק התערבות שיפוטית.⁴⁸ כאשר לשופטת ברק-ארז, היא אימצה בהסכמה את פסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, כיוון שלתחושתה אכן דובר באירוע טרור מכוון ורצחני.⁴⁹ ועדיין, באופן עקרוני, השופטת ברק-ארז ציינה, כי מדיניות הריסת בתיים מעוררת שאלות נכבדות, וכי יהיה זה נכון לחזור ולבחון מעת לעת את הנתונים בדבר יעילות המדיניות, על מנת שלא יצא שכרו של האמצעי בהפסדו (קרי, שיתגלה כי המדיניות מעודדת פניה לטרור באמצעות להרתיע מפני כך).⁵⁰

לעומת המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופטת ברק-ארז, השופט ג'ובראן בחר להציג עמדת מיעוט שהיא בבחינת דעת יחיד. בטרם אפליג לדיון עקרוני בשאלות אותן מעלה עמדתו של השופט ג'ובראן, אבקש תחילה להציג את עמדתו של השופט ג'ובראן.

1. דעת היחיד של המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן

כנקודת מוצא, דעתו של השופט ג'ובראן אינה נוחה כתוצאה מהשימוש במדיניות הריסת בתיים כאשר שאר הדיירים בבתיים אלו לא היו מעורבים בפעילות טרור.⁵¹ הוא ביקש להביע הזדהות ותמיכה בהסתייגויות לגבי השימוש במדיניות, כפי שאלה הובעו על ידי השופט מנחם (מני) מזוז בפרשת עליוה⁵² והשופט עוזי פוגלמן בפרשת סידר.⁵³ בהתאם, השופט ג'ובראן הבהיר, כי

הרתעה נגד מפגעים פוטנציאליים, כמו גם דרישה לביצוע פעולת מעקב מתמדת כאשר לקיומה של הרתעה.

48 שם, פס' י לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. בהמשך חלק זה אסביר מדוע יישום כלל המידתיות במקרה שבפנינו מהווה נקודת מחלוקת בין המשנה לנשיאה רובינשטיין לבין מי שיחליף אותו בתפקיד המשנה לנשיאה – השופט סלים ג'ובראן – ומדוע הצדק עם האחרון.

49 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

50 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

51 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

52 בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נבו 4.11.2015). בין היתר, ציין השופט מזוז כי ההלכות הקיימות הינן ישנות למדי, לאור העובדה שמדובר בפסקי דין משנות ה-80 ותחילת שנות ה-90. עוד ציין מזוז כי רובה המוחלט של הכתיבה האקדמית, בישראל ומחוצה לה, מעיד כי יישום תק' 119 עומד בסתירה לשורת הוראות במשפט הבינלאומי. זאת במיוחד בנוגע למזרח ירושלים, שתושביה ייחשבו ככל הנראה כאנשים "מוגנים" במובן של המשפט הבינלאומי. בנוסף, השופט מזוז הטיל ספק בטענה כי אמצעי הריסת בתיים מקדם מטרת הרתעתיות ולא עונשיות, וציין כי יש לבחון ברמה העובדתית-ראייתית האם הוכחה כראוי היעילות של אמצעי הריסת בתיים. הסיבה להכרה בתחולת דיני זכויות האדם במזרח ירושלים נובעת מהעובדה שישראל סיפחה את מזרח ירושלים ורואה בה שטח ריבוני שלה. מנגד, ישראל מתנגדת לתחולת אמנות זכויות אדם מחוץ לשטחה, ובפרט בשטח הגדה המערבית הנמצא תחת כיבוש. חרף התנגדותה של

השימוש בסמכות מעורר קשיים אשר לתחושתו טרם זכו לליבון מעמיק בפסיקה; זאת, בפרט נוכח השימוש ההולך וגובר בסמכות זו.⁵⁴

אמנם, השופט ג'ובראן הבהיר, כי הוא בחר לצעוד בדרך שכבר נסללה על ידי קודמיו, מתוך רצון למנוע מצב בו בית המשפט לא ייהפך לבית שופטים. ועדיין, הוא הבהיר כי נכונות זו נעצרת ביחס לפרשנות המוצעת על ידי המשנה לנשיאה רובינשטיין ביחס למידתיות הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119.⁵⁵ לגישתו של השופט ג'ובראן, דרישת המידתיות נובעת מהפגיעה הטמונה במדיניות הריסת בתים בכבוד האדם והקניין של מושאי הצו, במקרים רבים – ממש כמו במקרה דנן – מי שכלל אינם מעורבים בפעילות הטרור.

כזכור, המשנה לנשיאה רובינשטיין קבע, כי צווי ההריסה הם מידתיים לאור העובדה שמדובר בפגיעה חמורה ומתוכנן, אשר מצטרף לשורת פגיעים קשים נוספים מהתקופה שקדמה לעתירה המייצרים צורך בהרתעה.⁵⁶ להבדיל, השופט ג'ובראן הרחיב את נקודת המבט ומזכיר כי לצד העובדה שהיו התקפות טרור מרובות, הרי שלאחריהן היו גם כן מקרים הולכים וגוברים של הפעלת סמכות ההריסה מכוח תקנה 119.⁵⁷ לדידו של השופט ג'ובראן, דרישת המידתיות צריכה להיות מחמירה יותר כלפי המדינה ככל שהשימוש בסמכות הופך לנפוץ יותר. זאת, מכיוון שאין די באפשרות ערטילאית בדבר הצלת חיים כאשר מולה עומדת פגיעה ממשית ומוחשית בזכות לקניין ובכבוד האדם. עוד ציין השופט ג'ובראן כי ההרתעה אותה ניתן להשיג באמצעות המדיניות נשחקת עם הזמן ועם העלייה בשכיחות השימוש בכלי, כאשר למעשה לעיתים יצרה הריסת בתים תסיסה אשר תוצאתה הייתה הגברת המוטיבציה לביצוע פגיעים.⁵⁸

עוד הבהיר השופט ג'ובראן, כי הוא לא שוכנע שהחומר הסודי שהוצג בפניו משכנע לגבי קיומה של הרתעה ממשית מפני פנייה לטרור, וכי לדעתו היה מקום לדחות את העתירות דנן

ישראל בהקשר זה, בית המשפט העליון החיל בפועל את דיני זכויות האדם בשטחים הכבושים במספר הזדמנויות בעבר. לדיון, ראו Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 Isr. L. Rev. 17 (2003–2004). לדיון בעמדת בית הדין הבינלאומי לצדק אשר דחה את הגישה של ישראל, ראו Kyle K. Bradley, *A Mending Wall: A Critical Look at the International Court of Justice's Analysis in its Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 19 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 419 (2005); Yuval Shany, *Head Against the Wall? Israel's Rejection of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, 17 Y.B. INT'L HUMAN. L. 352 (2004); Ori Pomson, *Climbing the Walls: International Law, Settlements and the Construction of a Security Barrier Protecting Settlers* (2014) available at <http://ssrn.com/abstract=2364770>.

53 בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נבו 15.10.2015).

54 בג"ץ אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 5, פס' 1 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

55 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

56 שם, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

57 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

58 שם, שם.

ולהורות למדינה להתייחס ביתר פירוט לשאלת אופן הפעלת הסמכות בכלל, ולסוגיית ההרתעה בפרט.⁵⁹ מן הראוי לציין, כי השופט ג'ובראן עקבי בדרישתו מהמדינה לספק נתונים באשר לאפקטיביות של אמצעים בהם היא נוקטת, כפי שהוא עשה בעבר למשל בפרשת איתן במסגרתה הוא דרש הוכחות ליעילות של מתקן המסתננים "חולות" בקידום המטרות שמאחורי הקמתו.⁶⁰ בהקשר של מניעת גישה של חקלאים פלסטינים לאדמותיהם, השופט ג'ובראן הבהיר, כי אין להסכים עם ביצוע פעולות מניעה גורפות לפרקי זמן ממושכים ובלי בקרה.⁶¹ בחלק הבא של פרק זה, אסביר ביתר פירוט מדוע עמדתי היא, כי הצדק עם השופט ג'ובראן בפרשנותו המוצעת לעיקרון המידתיות.

2. ההצדקות לעמדת השופט ג'ובראן

כעיקרון, סיבה מרכזית היא כי חרף העובדה שהשימוש בכלי הריסת בתים הפך תכוף בתקופות בהן היו איומים ביטחוניים מרובים, מעולם לא הוצג הקשר הרציונאלי בדבר היכולת של הריסת בתים לפגוע באופן משמעותי במוטיבציה לפנות לפעולות טרור. מן הצד האחר, יש כאלו הסבורים – כמו השופט ג'ובראן והשופטת ברק-ארז במקרה דנן – שהמדיניות דווקא עלולה להביא לתוצאה ההפוכה.

סיבה חשובה נוספת נובעת מהמישור התאורטי: הבסיס המוסרי בו נוקטת מדינת ישראל הוא הגישה התועלתנית שלפיה צודק לפעול בדרך אשר תביא לאושר הרב ביותר למספר הגדול ביותר של אנשים.⁶² גישה זו מצדיקה פגיעה באדם אחד או יותר כדי להביא לאושר של מספר גדול יותר של אנשים, מתוך חישוב עלות-תועלת בין הרווח לבין הפגיעה. בהקשר של מדיניות הריסת בתים, מדינת ישראל מציגה עמדה תועלתנית לפיה מוצדק לפגוע במשפחתו של פעיל טרור, שבמקרים רבים אינה מעורבת בפעילויות טרור, כדי להרתיע אחרים מביצוע פעולות טרור בעתיד.⁶³ כזכור, שיקול ההרתעה הוכר על ידי בית המשפט העליון, פעמים רבות, כשיקול מכריע לטובת המשך הפעלת המדיניות חרף הסבל הנגרם לבני האדם הדירים בבית וחרף הפגיעה בזכות הקניין שלהם.⁶⁴

59 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. יש להבהיר כי למרות המחלוקת בנושא זה, החברות בין המשנים לנשיאה לשעבר השופט ג'ובראן ורובינשטיין הייתה קרובה ומשמעותית, כפי שעולה מדברי הפרישה של השופט ג'ובראן. ראו נאום פרידה של המשנה לנשיאה השופט סלים ג'ובראן עם פרישתו מבית המשפט העליון ביום 3.8.720, עמ' 10.

60 בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 9-10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו 22.9.2014).

61 בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פס' 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו 26.6.2006). באותו המקרה – פעולות המניעה היו סגירת שטח על רקע מתיחות ביטחונית.

62 WILLIAM H. SHAW, CONTEMPORARY ETHICS: TAKING ACCOUNT OF UTILITARIANISM 8 (1999).

63 Brian Farrel, *Israeli Demolitions of Palestinian Houses as a Punitive Measure: Application of International Law to Regulation 119*, 28 BROOK J. INT'L L. 871, 890, 891 (2003) לעיל ה"ש 10, בעמ' 68.

64 בג"ץ 2418/97 אבו-פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226 (1997); בג"ץ זעורב, לעיל ה"ש 11; בג"ץ שוקרי, לעיל ה"ש 11; בג"ץ אבו סלים, לעיל ה"ש 11; בג"ץ

מנגד לגישה התועלתנית דלעיל, במקרים רבים עומדים שיקולי מוסר דאונטולוגיים, האוסרים באופן מוחלט על פעולות מסוימות.⁶⁵ עמדה זו מעניקה חשיבות רבה לצדק או למוסריות הפעולה, או לתוצאתה, על חשבון שיקולים אובייקטיביים כגון עלות-תועלת.⁶⁶ האיסור הדאונטולוגי הרלוונטי במיוחד לענייננו הוא האיסור שלא להשתמש בבני אדם (משפחת פעיל הטרור) רק בתור אמצעי להשגת מטרה (הרתעה).⁶⁷

בלי להכריע במחלוקת שבין הגישה התועלתנית לבין הגישה הדאונטולוגית, גם תומכי הגישה התועלתנית יסכימו כי דרישת יסוד היא להוכיח שהתועלת בנקיטת צעד מסוים עולה על נזקו של צעד זה. הרי, אם אי אפשר להוכיח את יעילותה של מדיניות הריסת בתים, נשמט הבסיס המוסרי לעשות זאת. בנוסף, כפי שאבקש להראות, אי-הוכחת יעילות מערערת גם את הבסיס המשפטי למדיניות הריסת בתים. מכאן, ככל שמדיניות הריסת בתים מבוססת על גישה תועלתנית, מחובתה של מדינת ישראל להציג את ההצדקות לעמדתה ואת עמידתה בדרישת הקשר הרציונאלי. בהתאם, אבקש לדון כעת בסוגיית יעילות המדיניות.

ד. יעילות המדיניות

קשה להתייחס למדיניות הריסת בתים כאל גורם יחיד (או עיקרי) המשפיע על היקף פעולות הטרור. גורמים רבים נוספים – במישור הפוליטי, החברתי, התרבותי, הכלכלי ועוד – השפיעו על היקפן ועל חומרתן של פעולות הטרור נגד ישראל.⁶⁸ נראה כי קשה עד בלתי אפשרי להכריע מה קדם למה: האם מדיניות הריסת בתים הגבירה או צמצמה את היקף פעולות הטרור, או שמא דווקא פעולות הטרור המרובות הן שהולידו את השימוש הנרחב בה לצד אמצעים אחרים כגון מעצר מנהלי, גירוש ותיחום מגורים, צווי הגבלה והעמדה לדין פלילי.

דרך אפשרית לבחון את יעילות מדיניות הריסת בתים היא פנייה לנתונים אמפיריים; קרי נתונים סטטיסטיים או טכניקות מחקר העושות שימוש בנתונים אלה כדי להסיק מסקנות עקרוניות.⁶⁹ בהקשר של מדיניות הריסת בתים, אפשר היה לבחון את היחס בין מספר האנשים

8575/03 עוזאדין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(1) 210 (2003); Shane Darcy, *Punitive House Demolitions, the Prohibition of Collective Punishment, and the Supreme Court of Israel*, 21 PENN ST. INT'L L. REV. 477, 493 (Spring, 2003).

65 לדוגמה, איסור העינויים מוחלט ואי אפשר לחרוג ממנו, גם אם יש לכך הצדקה מסוימת (כגון, ניסיון לאתר ילד שנחטף בידי אותו אדם). ר' Gafgen v. Germany, App. No. 22978/05 (Eur. Ct. H.R. June 1, 2010).

66 SHELLY KAGAN, *NORMATIVE ETHICS* 73 (1998).

67 THOMAS NAGEL, *THE VIEW FROM NOWHERE* 176 (1986) ראו

68 לדיון עקרוני לגבי איסור זה, ראו
69 לדין באשר לשיקולים הרבים שיש להביא בחשבון, ראו, לדוגמה אריה שלו **האינתיפאדה: הסיבות, המאפיינים וההשלכות** (1990).

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

שביצעו פעולות טרור שביתם לא נהרס, לבין מספר האנשים שביתם אכן נהרס בעקבות פעולות טרור שביצעו. אם מתגלה פער גדול בין מספר המפגעים לבין מספר בתים שנהרסו לאחר פעולות טרור, ניתן היה לראות שמדיניות הריסת בתים נוגעת באופן ישיר רק למספר נמוך של בני אדם המעורבים בטרור.

בשנת 2005 החליט צה"ל לחדול ממדיניות הריסת בתים, על סמך המלצות ועדה מקצועית בראשות האלוף אודי שני.⁷⁰ ממסקנות הוועדה עלה, כי יש ספק באשר לחוקיות המדיניות וליעילותה.⁷¹ באשר ליעילותה של המדיניות, כלומר להרתעה שהיא מייצרת, נקבע כי הנזק הנגרם מההריסות עולה על התועלת שבהן, מכיוון שההרתעה (המוגבלת) אינה שקולה לשנאה ולאיבה שהצד הקשה מעורר בקרב הפלסטינים, כמו גם לפגיעה בתדמיתה של מדינת ישראל.⁷² כזכור, בפרשת **אבו-אלרוב**, השופט גיבוראן הדהד חשש זה בציינו כי הריסת בתים לעיתים יוצרת תסיסה אשר תוצאתה דווקא הגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים.⁷³

בשל מסקנות הוועדה בראשות האלוף שני, שר הביטחון דאז, שאול מופז, החליט, כי אין לנקוט עוד במדיניות הריסת בתים, וזאת עד לשינוי דרסטי של הנסיבות.⁷⁴ לתחושת השב"כ (שירות הביטחון הכללי) חל שינוי דרסטי כבר בחלוף שלוש שנים, בשנת 2008, בשל העובדה שמספר הולך וגובר של פיגועי טרור יצאו ממזרח ירושלים.⁷⁵ ההחלטה לחזור לעשות שימוש במדיניות האמורה, זמן קצר לאחר שוועדה מקצועית בחנה לעומק את חוקיות השימוש בה ואת יעילותה המליצה להפסיקה, אושרה על ידי בית המשפט העליון.⁷⁶

לפי הנתונים הקיימים מדיניות הריסת בתים מומשה ביתר שאת דווקא בתקופה שבה מספרם ואיכותם של הפיגועים היו מהגבוהים והקשים שידעה מדינת ישראל, כאשר השימוש בכלי זה לא הוביל לירידה ברורה בהיקף פעילות הטרור.⁷⁷ עובדה זו תרמה כנראה לקביעתו החשובה של

70 לוי, גיל ותובל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 192, 200.

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

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

73 בג"ץ **אבו-אלרוב**, לעיל ה"ש 5, פס' 4 לפסק דינו של השופט גיבוראן.

74 בג"ץ **אבו דהים**, לעיל ה"ש 1, פס' 9–10.

75 אחד מן הסממנים לשינוי היה כי תושבי מזרח ירושלים החלו בעצמם לבצע פיגועים, ולא שימשו רק כסייענים כבעבר. כמו כן, התרחשו מספר פיגועים בולטים בשנת 2008 כגון הפיגוע בשיבת מרכז הרב, פיגוע הדריסה בכיכר צה"ל שבו נפגעו 18 אזרחים ישראלים, ועוד. השינוי האמור העיד לכאורה על הצורך לשקול אם לשוב ולהשתמש מחדש במדיניות זו בכלל, ובמזרח ירושלים בפרט. בג"ץ **אבו דהים**, שם, פס' 10.

76 שם, פס' 11.

77 לדיון, ראו כהן ומימרן, לעיל ה"ש 3.

השופט ג'ובראן כי הוא לא שוכנע לגבי קיומה של הרתעה ממשית מפני פנייה לטרור, כתוצאה מהפעלת המדיניות.⁷⁸

כעיקרון, גם אם נניח שהריסת בתים יוצרת הרתעה מסוימת, ישנם שיקולים אחרים המעידים כי הריסת הבית עלול להביא לתוצאה הפוכה מזו שהתכוונו אליה: ראשית, הריסת הבית מעניקה "אות כבוד" למשפחתו של פעיל הטרור שביתו נהרס; שנית, בפועל, פעמים רבות מתבצעת בניית בית חדש במימון חיצוני אשר משפרת למעשה את תנאי הדיור של המשפחה; שלישית, מדיניות הריסת בתים יצרה לחצים מקומיים ובינלאומיים,⁷⁹ שהביאו להגבלות על יכולתה של המדינה לנקוט אמצעים אחרים נגד הטרור ולעידוד השנאה לישראל. ישנו קושי להכריע בין שיקולים מסוג אלו, כאשר כלי אשר יכול לסייע בכך הוא מחקר מבוסס על נתונים סטטיסטיים.⁸⁰ מקור שבו ניתן היה, אולי, לנסות ולאתר נתונים המעידים על יעילות מדיניות הריסת בתים, הוא הוועדה בראשות האלוף אודי שני. עם זאת, הדיונים שהוועדה קיימה ומסקנותיה אינם זמינים לציבור הרחב. למרבה הצער, גם המידע שמוצג בפני שופטי בית המשפט העליון כהוכחה ליעילות המדיניות אינו גלוי לציבור, וכל שידוע לנו עליו הוא כי מדובר ב"מחקר", אלא ב"ריכוז מידע", וכי החומר לא מעיד על כך שפגיעה בבית של אדם שאינו קרוב של הפעיל ואין לו ידיעה על כוונתו, יוצרת הרתעה.⁸¹ היעדר הגישה למידע זה, ממש כמו בפרשת אבו-אלרוב שבענייננו, עלול לפגוע באמון הציבור בבית המשפט וביכולת לקבל את הכרעתו בנושא הריסת בתים. כפי

- 78 בג"ץ אבו-אלרוב, לעיל ה"ש 5, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 79 *US Condemns Terrorist Home Demolition Directive*, THE TIMES OF ISRAEL (Nov. 13, 2014) <https://bit.ly/3ItmPqE>; Maya Shwayder, *UN Blasts West Bank House Demolitions*, THE JERUSALEM POST (Jul. 12, 2014) <https://bit.ly/3uHeVnV>
- 80 מתוך הבנה כי הפנייה לנתונים אמפיריים היא חשובה, אך לא יכולה לשמש ככלי בלעדי בקבלת החלטות, בחנו במחקר נרחב את השאלה אם מקבלי החלטות הגיעו למסקנות שגויות בדבר יעילות השימוש באמצעי הריסת בתים, לא רק בשל היעדר הסתמכות על נתונים מספקים, אלא גם לאור השפעתן של ההטיות (Biases) הקוגניטיביות עליהם. במחקר זה נטען כי הצדקות של עלות-תועלת מצטיירות פעמים רבות כהחלטות רציונליות, ואילו למעשה, במקרים מסוימים ובפרט בנוגע למדיניות הריסת בתים, הן מושפעות במידה רבה מהטיות קוגניטיביות ואינן עומדות במבחן רציונלי. ראו כהן ומימרן, לעיל ה"ש 3. לדיון בנושא הטיות קוגניטיביות, ראו, לדוגמה: Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CALIF. L. REV. 1051 (2000); Ronald L. Akers, *Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: The Path Not Taken*, 81 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 653 (1990); Linda Babcock et al., *Forming Beliefs about Adjudicated Outcomes: Perceptions of Risk and Reservation Values*, 15 INT'L REV. L. & ECON. 289 (1995); Steven Garber, *Punitive Damages and Deterrence of Efficiency-Promoting Analysis: A Problem Without a Solution?* 52 STAN. L. REV. 1809, 1812 (2000); Daniel W. Shuman, *The Psychology of Deterrence in Tort Law*, 42 U. KAN. L. REV. 115, 127–129 (1993).
- 81 בג"ץ 040/15, חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פס' 28–29 לפסק דינה של הנשיאה לשעבר נאור (נבו 12.11.2015).

שציין השופט ג'ובראן בנאום הפרידה שלו מבית המשפט העליון, "טול מבית המשפט את אמון הציבור ונטלת ממנו את נשמת אפו".⁸²

בעוד אין בפנינו מידע המעיד על יעילות המדיניות ביצירת הרתעה, יש הטוענים דווקא לקיומן של ראיות אמפיריות המעידות על ההיפך; לומר, כי מדיניות הריסת בתים לא ייצרה הרתעה, אלא דווקא הגבירה את המוטיבציה לפעולות טרור. כך, לדוגמה, תא"ל במיל' אריה שלו מצא שאמנם בתחילה הריסת בתים במהלך האינתיפאדה הראשונה יצרה הרתעה מסוימת, אך ככל שהזמן התקדם, ובפרט לאחר שאש"ף החל להעניק פיצויים כספיים למשפחות הנפגעים, השפעה זו הלכה ופחתה.⁸³ במילים אחרות, הריסת בתים הביאה לתוצאה הפוכה מהכוונה שעמדה מאחוריהן – במקום לצמצם את היקף הפעילות האלימה, זו רק הלכה והתגברה.⁸⁴ טענה דומה הועלתה גם בהקשר של האינתיפאדה השנייה.⁸⁵ למרות טיעונים אלו, העמדה המסורתית של בית המשפט העליון לאורך עשרות שנים הייתה כי מחקרים מדעיים או נתונים סטטיסטיים לא יוכלו להוכיח את יעילותה של המדיניות.⁸⁶ קולו של השופט ג'ובראן היה חסר במהלך שנים אלו. זאת, על רקע עמדתו המשכנעת כי יש מקום לבחון באופן מחמיר יותר את יישום המדיניות בתקופות בהן שכיחות הפנייה לכלי זה גוברת, מהחשש ששימוש מוגבר בהריסת בתים שוחק הרתעה אפשרית ועלול אף להביא להגברת שנאה ואלימות.

הזדמנות ייחודית לדון ביכולת להעריך את יעילות מדיניות הריסת בתים הגיעה ברמות פרשת המוקד להגנת הפרט משנת 2014, אשר כמצוין לעיל היוותה עתירה עקרונית נגד חוקיות ויעילות מדיניות הריסת בתים.⁸⁷ אגב דחיית העתירה, בשל הקביעה כי כל הטענות המשפטיות שהועלו בעתירה כבר נענו במסגרת עתירות פרטניות בעבר,⁸⁸ התייחסו שופטי בית המשפט העליון לצורך לבחון את יעילות המדיניות.

השופט (דאז, בטרם מינויו למשנה לנשיאה) רובינשטיין ציין כי אי אפשר להניח לעד כי מדיניות הריסת בתים משיגה הרתעה, בלי שיובאו נתונים המאמתים השערה זו.⁸⁹ לפיכך, השופט רובינשטיין הבהיר, כי יש לערוך בחינה עתית הכוללת עריכת מחקר ומעקב בנוגע למדיניות, כפי

82 נאום פרידה של המשנה לנשיאה השופט סלים ג'ובראן עם פרישתו מבית המשפט העליון ביום 3.8.2017, עמ' 2.

83 לדיון, שלו, לעיל ה"ש 68.

84 לדוגמה לאחר שנהרסו 23 בתים בחודש אפריל 1988, עלה היקף הפעילות האלימה בחודש לאחר מכן ב-244 אירועים. בנוסף, אחרי הריסת 24 בתים בנובמבר 1988, עלה מספר האירועים האלימים בחודש שאחריו ב-1,186 אירועים.

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

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

87 בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 40, פס' כז לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 6-8 לפסק דינו של השופט סולברג.

88 שם, פס' טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

89 לפירוט בנושא הטענה לגבי חוסר היעילות של המדיניות, וחשיבותה התאורטית של שאלה זו, ראו עמיחי כהן וטל מימרן "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים: בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 5, 31 (2014).

שעשתה ועדת שני. יתר על כן, השופט רובינשטיין ציין, כי יש להביא לפני בית המשפט נתונים המעידים על יעילות המדיניות במידה המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים במעורבות בפעולות טרור.⁹⁰ דרישה אחרונה זו מעידה כי ככל הנראה, ולפחות נכון לאותה נקודת הזמן, השופט רובינשטיין חש כי לא הוצגו בפני בית המשפט העליון נתונים המוכיחים את יעילות מדיניות הריסת בתים. למעשה, המידע הסודי אליו התייחס המשנה לנשיאה רובינשטיין בפרשת אבו-אלרוב שבענייננו, מהווה את התוצאה הישירה של דרישתו להציג נתונים בנושא במסגרת העתירה העקרונית נגד המדיניות. בניגוד לעמדתו של השופט רובינשטיין, השופט נעם סולברג סבר, כי מדיניות הריסת בתים יעילה בהרתעה מפני פנייה עתידית לטרור. השופט סולברג הפנה למחקר אקדמי של אפרים בנמלך, קלוד ברבי ואסטבן קלור (להלן: **המחקר**), לפיו הריסת בתים של פעילי טרור מתאבדים ושל מעורבים אחרים במעשי טרור מביאה לירידה מידית במספר פיגועי ההתאבדות שביצעו מפגעים המתגוררים באזור שבו בוצעה ההריסה.⁹¹

ישנה בעייתיות בקביעתו של השופט סולברג, וזאת לאור העובדה שמסקנות המחקר עליו הוא נסמך מוגבלות. למעשה, השופט סולברג הודה בעצמו כי יעילותה של מדיניות הריסת בתים, שהוכחה לכאורה במחקר, הייתה תקפה רק לתקופה קצרת טווח ובמרחב גאוגרפי מוגבל, וכי השפעתה נמוגה בחלוף חודש אחד בלבד, והייתה תחומה אך ורק לאזור הגאוגרפי שבו בוצעה ההריסה.⁹² מכאן, הנימוק בדבר יעילותה של מדיניות הריסת בתים למשך חודש בלבד ובאזור גאוגרפי מוגבל, אינו משכנע בהתייחס לניסיון הישראלי, הואיל והמדיניות יושמה במשך עשרות שנים בשלושה אזורים גאוגרפיים שונים. בנוסף, המחקר שאליו מפנה השופט סולברג מכיר ביעילותה של הריסת בתים לטווח קצר ובהיקף גאוגרפי מצומצם, ואילו עורכי המחקר מסייגים בעצמם אמירה זו במפורש ומבהירים כי אין הדבר אומר שיהיה מוצדק לנקוט בהריסת בתים כמדיניות ארוכת טווח.⁹³ המחקר מוסיף ומצביע על כך ששימוש בהריסת בתים כמדיניות אף עלול להגביר את היקף פעולות הטרור ואת הטינה כלפי ישראל בקרב הקהילה הבינלאומית.⁹⁴ מכאן, עולה, כי המחקר עליו נשען השופט סולברג מכיר באפשרות ששימוש במדיניות הריסת בתים למשך עשרות שנים, כפי שנעשה בישראל, עלול דווקא להגביר את היקף הטרור והשנאה כלפי ישראל, ולהשיג בכך את התוצאה ההפוכה מזו שהתכוונה להשיג מדינת ישראל. יש לציין כי גם השופטת, כתוארה אז, אסתר חיות, במסגרת החלטתה, הפנתה לאותו מחקר עליו הסתמך השופט סולברג, כאשר לגישתה יש במחקר כדי להמעיד על יעילותה של המדיניות ולו לתקופה קצרה ובהיקף גאוגרפי תחום. עם זאת, היא הביעה תמיכה בגישתו של השופט רובינשטיין לפיה יש לקיים בחינה, מעקב ומחקר מעת לעת כאשר ליעילותה של מדיניות הריסת בתים ושל

90 בג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט**, לעיל ה"ש 40, פס' כז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
91 Efraim Benmelech, Claude Berrebi, & Esteban Klor, *Counter-Suicide-Terrorism: Evidence from House Demolitions*, NBER WORKING PAPER SERIES (2010)

92 בג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט**, לעיל ה"ש 40, פס' 6–7 לפסק דינו של השופט סולברג.
93 Efraim Benmelech, Claude Berrebi, & Esteban Klor, *Counter-Suicide-Terrorism: Evidence from House Demolitions*, NBER WORKING PAPER SERIES 3 (2010)

94 שם.

תועלתה.⁹⁵ בדומה, השופט ג'ובראן ביסס את עמדתו בפרשת **אבר-אלרוב**, בין היתר, על הניסיון המלמד כי יישום מוגבר של המדיניות הביא לעיתים להסלמה באלמות במקום לצמצומה. מאז החלטה זו, כפי שאפרט להלן, חזינו בעלייה בתמיכה בעמדה לפיה יש מקום לבחון מעת לעת את יעילות המדיניות. כמפורט לעיל, השופט ג'ובראן קבע, כי במסגרת בחינת הקשר הרציונאלי בין האמצעי לבין המטרה (כחלק ממבחן המידתיות),⁹⁶ גם בית המשפט מחויב לבחון את מידתיות הכלי של הריסת בתים. לעומתו, השופטת ברק-ארז קבעה, כי יש לבחון את הנתונים בנושא ההרתעה מעת לעת כדי לראות שאין שכרו של האמצעי יוצא בהפסדו.⁹⁷ לאחר פרישתו של המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן מבית המשפט העליון, השופטים ג'ורג' קרא ורות ברון קראו לבחון את יעילות המדיניות,⁹⁸ כאשר השופט (דאז, בטרם מינויו למשנה לנשיאה) חנן מלצר דרש מכוחות הביטחון לבחון את יעילות המדיניות באופן מתמיד.⁹⁹ לרשימה זו חשוב להוסיף את השופט מזוז, אשר יצא בקריאה לפיה לא רק שצריך לבחון את יעילות המדיניות מעת לעת, אלא את כלל ההלכות הישנות בנושא, אשר נכתבו לפני עשרות שנים ולפני שחלו תמורות משמעותיות במשפט הבינלאומי, ובמשפט החוקתי-מנהלי בישראל.¹⁰⁰

למרבה הצער, שינוי גישה זה, במסגרתו שמונה שופטים בבית המשפט העליון הביעו עמדה המעידה על הצורך לבחון את יעילות המדיניות, לא השפיע על העמדה העקרונית של בית המשפט העליון. כך, במהלך 2015 נדחו בנחרצות על ידי הנשיאה דאז מרים נאור מספר בקשות לדיון מורחב ועקרוני בסוגיה של יעילות הריסת בתים.¹⁰¹ קשה לקבל מצב דברים בו נעשתה התעלמות ממספר רב כל כך של שופטים שקראו לבחון את יעילותה של מדיניות שמופעלת במשך עשרות שנים, ואשר מביאה לביקורת בינלאומית הפוגעת ביכולתו של צה"ל לפעול כנגד איום הטרור ולמגר פיגועים.¹⁰²

ניצוץ של תקווה עודנו קיים, והוא נובע בעיקר מכך שהנשיאה חיות הביעה בעצמה את הצורך לבחון מעת לעת את יעילות המדיניות. מכאן, ישנה אפשרות כי הנשיאה חיות תהיה מוכנה לדון בעתירה עקרונית שמתמקדת בסוגיה זו, הן לאור עמדתה המשפטית והן לאור

- 95 בג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט**, לעיל ה"ש 40, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.
 96 בג"ץ **אבר-אלרוב**, לעיל ה"ש 5, פס' 4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
 97 שם.
 98 בג"ץ 8886/18 **ג'ברין נ' מפקד כוחות צה"ל לאזור הגדה המערבית** (נבו 10.1.2019). זו לא הפעם הראשונה שהשופטת ברון מציגה עמדה זו, ראו בג"ץ 1125/16 **מרעי נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית**, פס' 3-5 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 31.6.2016).
 99 בג"ץ 1633/16 **פלונים נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית**, פס' 27 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 31.5.2016).
 100 בג"ץ **עליוה**, לעיל ה"ש 52.
 101 בג"ץ 8091/15 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** (נבו 31.12.2014); דנג"ץ 360/15 **המוקד להגנת הפרט**, לעיל ה"ש 43; בג"ץ **עליוה**, לעיל ה"ש 52.
 102 זאת במיוחד לאור החשש שהמדיניות מביאה לתוצאה הפוכה ממה שנתכוון, כפי שהוכר על ידי ועדת שני. לדיון בנושא הביקורת כנגד המדיניות, ראו לדוגמה: Ralph Ruebner, *Democracy, Judicial Review and the Rule of Law in the Age of Terrorism: The Experience of Israel – A Comparative Perspective*, 31 GA. J. INT'L & COMP. L. 493 (2003), לעיל ה"ש 23.

העלייה המשמעותית במספר שופטי בית המשפט העליון שביקשו לקיים דיון מעמיק ומורחב בנושא.

לסיכום, החשיבות של בחינת היעילות בהרתעה מפני פנייה לטרור נעוצה בשתי סיבות עקרוניות: ראשית, מדינת ישראל בחרה ועודנה בוחרת לפגוע בזכויות של חפים מפשע בהסתמך על שיקולי עלות-תועלת, אך היא עושה זאת בלי להוכיח את קיומה של תועלת אל מול הפגיעה הקשה או קשר רציונאלי מספק. למעשה, כאשר מתבצע איזון בין התועלת לפגיעה הנוצרים בשל השימוש במדיניות הריסת בתים – הוא מתמקד בפגיעה בתדמיתה של ישראל על פני הפגיעה בחפים מפשע. עובדה זו מעוררת תהיה, במיוחד האם מדובר בנייתוח הראוי בהתאם לדרישת הקשר הרציונאלי. במישור נוסף, אם לא ניתן להוכיח את יעילות מדיניות הריסת בתים הבסיס המוסרי של עמדת מדינת ישראל נשמט. שנית, כפי שאפרט בהמשך, הבסיס החוקי של מדיניות הריסת בתים רעוע,¹⁰³ ועל מקבלי ההחלטות בישראל להביא בחשבון את האפשרות שבית הדין הפלילי הבינלאומי ינסה להחיל את סמכותו ביחס למדיניות ולחותר להעמדה לדין של מבצעי.

ה. חשיבותה המוגברת של בחינת חוקיות המדיניות

גורם חשוב המצדיק בחינה מחודשת של חוקיות מדיניות הריסת בתים הוא עיקרון המשלימות (complementarity), החולש על הפעלת השיפוט הפלילי הבינלאומי. עיקרון זה עוגן בסעיף 17 לחוק אמנת רומא ולפיו לא יעמוד אדם לדין בבית הדין הבינלאומי הפלילי אם מתברר כי התיק הוא מושא הליך חקירה או העמדה לדין במדינה בעלת סמכות שיפוט בו, אלא אם כן אותה מדינה אינה רוצה או אינה מסוגלת לנהל באופן אמיתי את החקירה או את ההעמדה לדין.¹⁰⁴ באשר למהותו של עיקרון המשלימות, בסעיף 17(2) לחוק אמנת רומא פורטו מקרים שהתקיימותו של אחד מהם היא עדות לכך שלא התקיימה חקירה אמיתית: ההליכים ננקטו או ננקטים, או שההחלטה המדינית נתקבלה, מתוך כוונה לחסן את האדם הנוגע בדבר מאחריות פלילית בגין פשעים הנופלים בגדר סמכות השיפוט של בית הדין לפי סעיף 5; חל עיכוב בלתי מוצדק בהליכים בנסיבות שאינן מתיישבות עם כוונה להביא לדין את האדם הנוגע בדבר; ההליכים לא נוהלו או אינם מתנהלים בצורה עצמאית או חסרת פניות, והם נוהלו או מנוהלים באופן שבנסיבות העניין אינו מתיישב עם כוונה להביא לדין את האדם הנוגע בדבר. מהאמור לעיל עולה כי חקירה "אמתית" כוללת את שלושת העקרונות הבאים: ראשית, החקירה נערכת בתום לב, כלומר כדי למצות את הדין עם הנחקר ולא כדי לגונן עליו מפני העמדה לדין; שנית, החקירה נערכת ללא עיכובים בלתי מוצדקים בנסיבות העניין; שלישית, החקירה עצמאית

103 כפי שהוכר על ידי ועדת שני.

104 לקריאה בנושא העיקרון, ראו Kai Ambos, *The Colombian Peace Process (Law 975 of 2005) and the ICC's Principle of Complementarity*, in 2 THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COMPLEMENTARITY: FROM THEORY TO PRACTICE 1071 (Carsten Stahn & Mohamed El Zeidy eds., 2011).

ומנוהלת ללא משוא פנים.¹⁰⁵ עיקרון זה מהווה אדן מרכזי של המנגנון אותו מגבשת החוקה, והוא תוצר פשרה פוליטית שמטרתה יצירת איזון מקובל בין הערכאה האוניברסלית לבין רשויות השיפוט הלאומיות.¹⁰⁶ למעשה, הוא נועד לתמרץ את המדינה הרלוונטית לעשות מלאכתה נאמנה. בדומה, המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן, עמד בעבר על החשיבות של שמירה על בית משפט עליון עצמאי, אובייקטיבי, וכזה אשר מאופייין בהוגנות ויושרה מקצועית, מתוך רצון להגן על שלטון החוק ועל תפקידה החשוב של הרשות השופטת בהבטחתו.¹⁰⁷ בית המשפט העליון הוא הכתובת העיקרית וכנראה היחידה כיום לדיון בחוקיות מדיניות הריסת בתים.¹⁰⁸ כאמור, בית המשפט העליון מכיר בחוקיות מדיניות הריסת בתים, ומכאן לא מתקיימות בישראל חקירות אודות הפרות אפשריות של המשפט הבינלאומי כתוצאה מיישום המדיניות. בשל זאת, ככל שבית הדין הבינלאומי הפלילי יבקש להחיל את סמכותו בנוגע להריסת בתים, לא ניתן יהיה להעלות את עקרון המשלימות כגורם מונע בפני התערבות בינלאומית זו.¹⁰⁹

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

106 לדיון, ראו עמיחי כהן "משפט בינלאומי" **משפט בינלאומי** (רובי סיבל עורך, 2010); ארנה בן-נפתלי ויובל שני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** (2006).

107 נאום פרידה של המשנה לנשיאה השופט סלים ג'ובראן עם פרישתו מבית המשפט העליון ביום 3.8.2010, עמ' 2–3.

108 להבדיל מפעולות ביטחוניות אחרות של צה"ל אשר נבדקות במסגרת מערכת החקירות של הצבא, טענות לגבי אי-חוקיות הריסת בתים מועברות ישירות לבית המשפט העליון (לאחר הליך השגה שלעיתים מתקיים בפני המפקד הצבאי, אשר אינו מהווה הליך משפטי העומד בדרישת כללי ההליך ההוגן). מכאן, ללא קשר לשאלה האם מערכת החקירות הצה"לית עומדת בסטנדרטים בינלאומיים במובן של עיקרון המשלימות, ויכולה למנוע התערבות שיפוטית בינלאומית, במקרה של הריסת בתים ברור כי מערכת החקירות הצה"לית אינה בעלת משמעות ולא יכולה לעזור במניעת איום זה. לסקירה של מערכת החקירות בצה"ל, ראו הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, דוח שני: מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי, **ועדת טירקל** (2013) <https://bit.ly/3ax5wZl>. לדיון מעמיק במערכת החקירות של צה"ל, ראו עמיחי כהן ויובל שני **צה"ל חוקר את עצמו: חקירת חשדות להפרת דיני מלחמה** (2011).

109 החשיבות של עיקרון המשלימות מתחדדת לאור העובדה שתובעת בית הדין הבינלאומי הפלילי רמזה כי להבנתה אירועים הנוגעים לסכסוך המזוין בין ישראל לארגוני טרור פלסטיניים אכן יעמדו בדרישת החומרה העולה מחוקת רומא. לדיון בנושא, ראו עמיחי כהן וטל מימרן **הרשות הפלסטינית ובית המשפט הפלילי הבינלאומי** (2015); ICC: Office of the Prosecutor, Draft Policy Paper on Preliminary Examinations 13–14 (2010) <https://bit.ly/3yTrnna>.

ישראל אומנם אינה חתומה על חוק אמנת רומא, אך בית הדין הפלילי הבינלאומי קיבל את פלסטין כמדינה חברת בבית הדין, ונענה לבקשתה לחקור חשדות לביצוע פשעים בינלאומיים בהקשר של הסכסוך הישראלי-פלסטיני.¹¹⁰ אחד הנושאים העיקריים שמטרידים את תובעת בית הדין, בהקשר של ישראל, הוא הריסת בתים למטרות הרתעה. מכאן שמדובר בתמרוך אזהרה למקבלי ההחלטות בישראל בהקשר זה.

באשר לחוקיות הריסת בתים בהתאם לחוק אמנת רומא, סעיף 8(2)(a)(iv) קובע, כי הרס נרחב של רכוש פרטי, אשר אינו מוצדק מכוח נחיצות צבאית וכולל מימד של כוונה או שרירותיות, ואשר מבוצע בניגוד לחוק, עלול לעלות לכדי פשע מלחמה.¹¹¹ אם כן, עולה כי סעיף זה כולל שתי דרישות עיקריות – המתקיימות, כפי שיוסבר להלן, בהקשר של הריסת בתים – שהפעולה של תהיה מוצדקת מכורח נחיצות צבאית, ושהיא תהיה בניגוד לחוק.

לגבי הדרישה הראשונה, ההגדרה המקובלת של "צורך צבאי" דורשת שהפעולה תשרת את הצורך הצבאי של החלשת האויב, הכנעתו או הבאת הקרבות לכלל סיום,¹¹² ושהיה בה תרומה של ממש למאמץ המלחמתי.¹¹³ ההצדקה העיקרית לשימוש בכלי זה היא שההרתעה שהיא

110 לדין, ראו עמיחי כהן וטל מימרן ערכון בדבר קבלת בקשתה של הרשות הפלסטינית להצטרף לבית הדין הבינלאומי הפלילי (19.1.2015). לדין עקרוני בסמכות שיפוט בית הדין הבינלאומי הפלילי על ישראלים, ראו יובל שני "ישראלים על ספסל הנאשמים? השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל" המשפט ט 51, 83 (2004).

111 אף שהריסת בית יחיד לא תעמוד בסטנדרט המשפטי של פגיעה רחבת היקף, חשוב לזכור כי מדיניות הריסת בתים הופעלה לאורך עשרות שנים, ובתקופות מסוימות – כגון תקופת האינתיפאדה השנייה – נהרסו מאות בתים על פני מספר שנים בודדות. ראו, לדוגמה "נתונים על הריסת בתים כאמצעי ענישה בשנים 1987–2004" בצלם (1.1.2011) <https://bit.ly/3apSsVH>. חשוב לציין שהוראה דומה לסעיף זה נמצאת גם באמנת ג'נבה הרביעית; בנוסף, בית הדין הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY) קבע בעבר כי הריסה של בית בשטח כבוש אינה חוקית אם היא לא מבוצעת לצורך צבאי. לדין, ראו (19.1.2015) *Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Case no. IT-95-14-T 157 (Int'l Crim. Trib. For the Former Yugoslavia Mar. 3, 2000)*; *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez, Case no. IT-95-14/2, 335-341, 346 (Int'l Crim. Trib. For the Former Yugoslavia Feb. 26, 2001)*.

112 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 106, בעמ' 147. לקריאה בנושא צורך צבאי, ראו Lawrence Hill-*Cawthorne, The Role of Necessity in International Humanitarian and Human Rights Law*, 47 *ISR. L. REV.* 225 (2014); Nobuo Hayashi, *Military Necessity as Normative Indifference*, 44 *GEO. J. INT'L L.* 675 (2013); Jens David Ohlin, *The Duty to Capture*, 97 *MINN. L. REV.* 1268 (2013).

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

מייצרת מחלישה את האויב. מכאן, כל עוד לא מוצגת הוכחה בדבר הרתעה אמיתית כתוצאה מהריסת בתים, יהיה קשה לומר שהיא עומדת בדרישת הצורך הצבאי. באשר לדרישה השנייה של סעיף 8(2)(a)(iv) לחוק אמנת רומא, כי הפעולה תהיה לא חוקית, ישנן מספר הוראות של המשפט הבינלאומי שמדיניות הריסת בתים עלולה להפר, ובכללן איסור ענישה קולקטיבית¹¹⁴ ואיסור יחס בלתי אנושי.¹¹⁵ מן האמור עולה, כי הריסת בתים, המופעלת על ידי מדינת ישראל לאורך מספר עשורים, עלולה בהחלט להיחשב כפשע מלחמה לפי חוק אמנת רומא.¹¹⁶

בית המשפט העליון בישראל דן בעבר במגוון פעולות של כוחות הביטחון, אף בזמן לחימה בפועל,¹¹⁷ ובכך הוכיח כי קיים בישראל גורם שיפוטי שיכול לבחון את התאמת הצעדים שבפניו להוראות המשפט הבינלאומי. כך, לדוגמה, בית המשפט עסק בעבר בסוגיות רגישות כגון עינויים על ידי השב"כ,¹¹⁸ סיכולים ממוקדים,¹¹⁹ נוהל שכן¹²⁰ ועוד.¹²¹ אין סיבה לכך שביט

161 Rules of Customary International Humanitarian Law, 17 DUKE J. COMP. & INT'L L. 223 (2006).

Zemach, לעיל ה"ש 10, בעמ' 74. 114

Shane Darcy, *Punitive House Demolitions, the Prohibition of Collective Punishment, and the Supreme Court of Israel*, 21 PENN ST. INT'L L. REV. 477, 480, 485 (2003). 115

לקריאה על היחס בין המשפט הבינלאומי ההומניטרי למשפט הבינלאומי הפלילי, אשר באמצעות אוכפים ברמה המהותית וברמה המוסרית את כללי המשפט הבינלאומי החלים בעת סכסוכים מזוינים, ראו M. Cherif Bassiouni, *The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors*, 98 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 711 (2008). 116

ראו, לדוגמה בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5) 385 (2004); בג"ץ 9132/07 **אלבסינוני נ' ראש הממשלה** (נבו) 30.1.2008; בג"ץ 201/09 **רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה** (נבו) 19.1.2009; בג"ץ 3114/02 **ברכה נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 11 (2002). 117

בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (1998). לדיון לגבי ההחלטה, ראו Nicolò Nourafchan, *Judging Torture: Lessons from Israel*, 43 GEO. J. INT'L L. 1259 (2012); Yigal Mersel, *Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: The Israeli Model for the Role of the Judiciary during the Terror Era*, 38 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 67 (2006); Matthew G. St. Amand, *Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel et al: Landmark Human Rights Decision by the Israeli High Court of Justice or Status Quo Maintained?* 25 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 655 (2000). 118

בג"ץ 769/02 **הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל** (נבו) 14.12.2006. לדיון לגבי ההחלטה, ראו David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, 16 EUR. J. INT'L L. 171 (2005); Kristen E. Eichensehr, *On Target? The Israeli Supreme Court and the Expansion of Targeted Killings*, 116 YALE L.J. 1873 (2007); Eric Berlin, *The Israeli Supreme Court's Targeted Killings Judgment: A Reaffirmation of The Rule of Law During War*, 21 MICH. ST. J. INT'L L. 517 (2013). 119

בג"ץ 3799/02 **עדאלה נ' אלוף פיקוד המרכז** (נבו) 6.10.2005. לדיון בפסק הדין, ראו Roland Otto, *Neighbors as Human Shields? The Israel Defense Forces' "Early Warning Procedure" and International Humanitarian Law*, 86 INT'L REV. RED CROSS 771 (2004); Michael N. Schmitt, *Human Shields in International Humanitarian Law*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 292 (2009); Eitan Diamond, *Before The Abyss: Reshaping International Humanitarian Law To Suit The Ends Of Power*, 43 ISR. L. REV. 414 (2010). 120

המשפט העליון, הזוכה להערכה בזירה הבינלאומית,¹²² יעסוק בשאלות משפטיות כה מורכבות במקרים מסוימים, אך יעצום את עיניו בנוגע לחוקיות מדיניות הריסת בתים.¹²³ המשמעות של הכשרת הריסת בתים על ידי בית המשפט העליון, היא שלא תתבצע חקירה פלילית הנדרשת מכוח עיקרון המשלימות. מכאן, היעדר דיון רציני בחוקיות הריסת בתים על ידי בית המשפט עלול להזמין התערבות על ידי בית הדין הבינלאומי הפלילי.

1. סיכום

חרף האינטרס הציבורי הרב הגלום בהצגת נתונים המעידים על יעילות מדיניות הריסת בתים, בשלב זה לא ניתן למצוא כאלו. הסתמכות בית המשפט העליון על דוחות סודיים, אשר אינם מהווים מחקר מקיף אלא ריכוז מידע, ושאינם מעידים בבירור על כך שפגיעה בבית של אדם שאינו קרוב של פעיל הטרור ואינו מודע לכוונתו לבצע פעילות טרור יוצרת הרתעה, היא בעייתית ביותר. ככל שישנו מחקר שמוכיח את היעילות של הריסת בתים, צריך להציגו לציבור ולבחון את הרלוונטיות שלו מחדש מעת לעת.

מספר שופטים בבית המשפט העליון, לרבות המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן, הביעו נכונות להכיר בעמדה לפיה על יעילותה של מדיניות הריסת בתים להיבחן מעת לעת, ואף הגדילו וערערו על תוקף ההלכות הקיימות בנושא. סיבה עיקרית לכך היא שבהיעדר נתונים המוכיחים הרתעה, מדיניות זו נעדרת עוגן מוסרי או משפטי, ועלולה לסכל את התכלית אותה היא מבקשת להשיג. ועדיין, מרבית העתירות נגד הריסת בתים נדחות בהתבסס על הלכה משנות ה-80 המוקדמות, שנקבעה בטרם ישראל הצטרפה לאמנות זכויות אדם בינלאומיות, בטרם חוקקו חוקי היסוד והחלה המהפכה החוקתית, לפני שוועדת שני הגיעה למסקנה כי ישנו ספק באשר ליעילות

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

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

123 להרחבה בסוגיה זו, ראו: Guy Harpaz, *When Does a Court Systematically Deviate from its Own Principles? The Adjudication by the Israel Supreme Court of House Demolitions in the Occupied Palestinian Territories*, 28 LEI. J. INT. L. 31 (2015); Guy Harpaz, *Being Unfaithful to One's Own Principles: The Israeli Supreme Court and House Demolitions in the Occupied Palestinian Territories*, 47 ISR. L. REV. 401 (2014)

וחוקיות המדיניות, ועובר להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי אשר רואה את עצמו כבעל סמכות על ישראל ובפרט בהקשר של הריסת בתים. האם שופט בשנת 2022 יכול להסתמך על הלכות ישנות תוך התעלמות מכל ההתפתחויות הללו? מסופקני.

יש לקוות כי אחרי שנים כה רבות של הפעלת אמצעי הריסת בתים, דעתו של השופט ג'ובראן ומספר הולך וגובר של חבריו, וחברותיו, לכס השיפוט, תשפיע על המציאות – במובן שיוצגו הנתונים שיכולים לגבות את השיקול התועלתני שעומד מאחורי עמדת המדינה, ובאופן עקרוני יותר יתבצע דיון מחודש בחוקיות מדיניות הריסת בתים. לא ניתן לחזות מה תהיה תוצאתה של בחינה עקרונית של מדיניות הריסת בתים, ובפרט אם היא תהפוך את ההלכות הקיימות או שמא היא תעניק להן בסיס משפטי יציב יותר. אין גם שום סיבה לנסות ולעשות זאת. מה שחשוב הוא שתבצע בחינה מעמיקה שתביא בחשבון את ההתפתחויות הללו, ואשר תבחן לעומק את שאלת החוקיות והיעילות של המדיניות. ככל שבית המשפט העליון מעוניין להראות כי עדיין "יש שופטים בירושלים", מתוך רצון לחזק את שלטון החוק ואמון הציבור בבית המשפט ועל מנת למזער את האפשרות של דיון בנושא הריסת בתים בבית הדין הבינלאומי הפלילי, אין מנוס מבחינה מחודשת ומעמיקה של יעילות מדיניות הריסת בתים.