



עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים

בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי

לאזור הגדה המערבית

עמיחי כהן* וטל מימרן**

1. מבוא.
2. מדיניות הריסת הבתים – סקירה. 3. מה בין תאוריה למעשה? 4. מה בין שיקולים תועלתניים לנתונים? 5. סיכום.

1. מבוא

זיארד חסאן חליל עואד הוא פעיל חמאס שריצה עונש מאסר ממושך אך השתחרר במסגרת העסקה לשחרור גלעד שליט. בימים אלה, הוא נאשם ברציחתו של נצ"מ ברוך מזרחי ז"ל ובפציעת אשתו וילדו במהלך פיגוע ירי, אשר בוצע ביום 14.4.2014.¹ פיגוע הירי בוצע בעת שנצ"מ מזרחי ז"ל נסע עם אשתו וילדיו ברכבו על כביש 35 (תרקומיא-חברון). זיארד עירב את בנו בהליך ההכנה לפיגוע וכתוצאה מכך הוגש כתב אישום גם נגד הבן בגין סיוע לפיגוע. כנגד זיארד ישנן ראיות מוצקות למדי, דוגמת בדיקת ד.נ.א. על מחסנית הנשק שבה בוצע הרצח, אך ההליך המשפטי נגדו טרם הסתיים. הדבר נכון גם בנוגע לבנו של זיארד. עוד לפני תום ההליך הפלילי נתקבלה ההחלטה להרוס את בית המשפחה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

* פרופסור למשפטים. דיקן בית הספר למשפטים בקריה האקדמית אונו וחוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.
** חוקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה.
1 בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנוב, 30.6.2014).



תקנה 119 היא חלק ממארג חקיקות החירום שחוקקו הבריטים בתגובה לפעולות טרור על ידי ארגונים ערביים ויהודיים, הכוללת סמכויות נרחבות מלבד הריסת בתים כגון מעצר, גירוש והחרמה של רכוש ללא הליך הוגן.² תקנה 119 מאפשרת להורות על הריסת בתים בישראל ובשטחי הגדה המערבית, או על צעד מחמיר פחות כגון אטימה חלקית או מלאה של הבית.³ כאשר מדובר במבנים בגדה המערבית, המפקד הצבאי הוא מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; במקרה שמדובר בשטח הריבוני של ישראל (לרבות מזרח ירושלים) המפקד הצבאי הינו אלוף פיקוד העורף.⁴ חרף חומרת הסנקציה המדוברת, בתי המשפט בישראל הכירו בכך שהמפקד הצבאי יכול להורות על הריסה או אטימה של בית מבלי שתהיה הרשעה בדין, אלא רק בהתבסס על חשדות מבוססים לביצוע עברה ביטחונית.⁵

מדיניות הריסת הבתים, אשר נחשבה לאמצעי הקיצוני ביותר מבין אלו שמופעלים על ידי מדינת ישראל ככוח כובש,⁶ זכתה לביקורות רבות בגין פגיעתה הבלתי-מידתית בקניין, בשל היותה ענישה קולקטיבית, בגין היעדר שיקולי תועלת ראויים המצדיקים אותה ועוד.⁷ הביקורת נגד המדיניות נעה בין השדה המשפטי לשדה המוסרי, כאשר

² ענבר לוי, אלעד גיל ויוגב תורבל **אמצעים חריגים למאבק בטרור – מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים** 192 (בהנחיית יובל שני ומרדכי קרמניצר) (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010) (להלן: **אמצעים חריגים למאבק בטרור**); תקנה זו נשארה בתוקף מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

³ DAVID KRETZMER, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES* 145–146 (2002).

⁴ ראו **אמצעים חריגים למאבק בטרור**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 204.

⁵ בג"ץ 22/81 **חאמד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לה(3) 223, פס' 3 לפסק הדין (1981); בג"ץ 274/82 **חאמרה נ' שר הביטחון** פ"ד לו(2) 755 (1982).

⁶ KRETZMER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 145.

⁷ 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); Ralph Ruebner, *Democracy, Judicial Review and the Rule of Law in the Age of Terrorism: The Experience of Israel – A Comparative Perspective*, 31 *GA. J. INT'L & COMP. L.* 493 (2003); Jonathan Grebinar, *Responding To*



עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים

לאורך השנים התבצרו מקבלי ההחלטות מטעם מדינת ישראל בעמדתם שלפיה שיקול ההרתעה מצדיק את הפגיעות שנוצרות כתוצאה מהמדיניות.⁸ בתי המשפט, במרבית המקרים, גיבּו את עמדת המדינה.⁹

במסגרת העתירה נשוא רשימה זו, אשר ביקשה למנוע את הריסת בית משפחתו של זיאד חסאן חליל עואד, אישר מחדש בית המשפט העליון את הסמכות לנְקוּט בדרך פעולה זו. על כן, החלטה זו חוזרת על עיקרי עמדת הפסיקה בישראל לגבי מדיניות הריסת הבתים.¹⁰ במסגרת ההחלטה מוכרת מחדש סמכותו של המפקד הצבאי לפעול רק בהסתמך על חשדות מבוססים, כמו גם התכלית ההרתעתית העומדת בבסיס המדיניות.¹¹ בנוסף, מבהיר שוב בית המשפט כי מותר לרשות לשנות מדיניות במקרה של שינוי נסיבות, שינוי המתקיים לתחושתו בתקופה הנוכחית. לבסוף, חזר בית המשפט על ההלכה החשובה ביותר לענייננו – כי אין ביכולתו של בית המשפט להתערב בשאלת היעילות של השימוש באמצעי זה.¹²

ברשימה זו נבקש לעמוד על אחת השאלות המרכזיות לגבי מדיניות הריסת הבתים, ולמעשה לשורש ההצדקה מאחוריה, והיא האם אכן מדובר במדיניות יעילה לשם הרתעה מפנייה לטרור. בפרט, ננסה להבין על מה מבוסס הביטחון של מקבלי ההחלטות בישראל לגבי יעילות המדיניות. אגב כך ננסה לראות אם היו נתונים נוספים שיכלו לסייע בבסיס עמדת המדינה ונבחן על מי צריך להיות נטל ההוכחה במקרה זה.

Terrorism: How Must A Democracy Do It? A Comparison of Israeli and American Law, 31 FORDHAM URB. L.J. 261 (2003), לעיל ה"ש 3, בעמ' 147.

Ariel Zemach, *The Limits Of International Criminal Law: House Demolitions In An Occupied Territory*, 20 CONN. J. INT'L L. 65, 68 (2004)

ראו לדוגמה 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** (לא פורסם, 10.1.1990); בג"ץ 8262/03 **אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 569 (2003).

ראו לדוגמה בג"ץ 2418/97 **אבו-פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נא(1) 226 (1997); בג"ץ 8575/03 **עואדין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(1) 210 (2003); בג"ץ 6288/03 **סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף**, פ"ד נח(2) 289 (2003).

פרשת **עואודה**, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק הדין. שם, פס' 24 לפסק הדין.



נתחיל את רשימתנו עם רקע קצר למדיניות הריסת הבתים. משם, ננסה להסתכל על מדיניות הריסת הבתים מזווית תאורטית-מוסרית. להבנתנו נקודת המבט התאורטית מזמינה דיון בנוגע ליכולת להוכיח את יעילות מדיניות הריסת הבתים. לבסוף, נדון בשאלה העיקרית ברשימתנו – יעילותה של מדיניות הריסת הבתים.

2. מדיניות הריסת הבתים – סקירה

הריסת בתים היא אחד מהאמצעים באמצעותם מבקשת מדינת ישראל להיאבק בטרור במסגרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני.¹³ אמצעי זה יושם לאורך שנים רבות בכתי מגורים בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה (בכל הנוגע לרצועת עזה עד לנסיגה החד צדדית של ישראל בשנת 2005).¹⁴ בנוסף, נעשה שימוש במדיניות הריסת הבתים גם במזרח ירושלים שם הוחל הדין הישראלי בשנת 1967.¹⁵

¹³ Cohen, לעיל ה"ש 7; Menachem Hofnung & Keren Weinshall Margel, *Judicial Setbacks, Material Gains: Terror Litigation at the Israeli High Court of Justice*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 664 (2010)

¹⁴ לדיון לגבי המעמד המשפטי של רצועת עזה היום, ראו לדוגמה Solon Solomon, *Occupied or Not: The Question of Gaza's Legal Status after the Israeli Disengagement*, 19 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 59 (2011); Yuval Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. Prime Minister of Israel*, 42 ISR. L. REV. 101 (2009); Yuval Shany, *Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate*, 41 ISR. L. REV. 68 (2008); Yuval Shany, *Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement*, 8 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 369 (2005)

¹⁵ KRETZMER, לעיל ה"ש 3; ארנה בן-נפתלי ויובל שני **משפט בינלאומי בין מלחמה לשלום** 139 (2006); יש לציין כי על פי המשפט הבין-לאומי סיפוח שטח כבוש הוא אסור, וזו גם גישת ועדות זכויות האדם שהוקמו מכוח אמנות זכויות האדם אליהן הצטרפה ישראל, קרי, חרף החלת הדין הישראלי, מזווית הראיה של המשפט הבין-לאומי, מזרח ירושלים עורונה שטח כבוש אשר חלים עליו דיני המשפט הבין-לאומי ההומניטארי; ראו לדוגמה ס' 5 להערות מסכמות של הוועדה לזכויות אדם בנושא הדו"ח שהציגה בפניה ישראל מחודש ספטמבר 2010: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/31019E28-518E-4161-B91B-F2402D2CC663/23086/G1044806.pdf



עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים

שורשיה של מדיניות הריסת הבתים נטועים בניסיונות עבר של מדינות כגון טורקיה, רוסיה וארצות-הברית, שביקשו להתמודד עם כוחות גרילה ועם ארגוני טרור.¹⁶ במדינת ישראל, מדיניות הריסת הבתים מתבססת, בין היתר, על הפרקטיקה אשר הייתה נהוגה על ידי בריטניה בתקופת המנדט הבריטי על פלשתינה.¹⁷ לאורך השנים, מדיניות הריסת הבתים ננקטה רק כנגד אוכלוסייה פלסטינית ומעולם לא נעשה בה שימוש כנגד אוכלוסייה יהודית, אף לא בגין ביצוע פעולות טרור דוגמת הרצח שביצע ברוך גולדשטיין במערת המכפלה.¹⁸

ההצדקה העיקרית למדיניות הריסת הבתים היא הטענה כי היא מרתיעה במיוחד.¹⁹ הצדקה זו מבוססת מחד גיסא על עצמתה של הסנקציה כלפי הטרוריסט ובני משפחתו, ומאידך גיסא על מהירות הפעלת הסנקציה.²⁰ בית המשפט העליון הכיר בשיקול ההרתעה פעמים רבות כשיקול מכריע לטובת המשך הפעלת המדיניות חרף הסבל הנגרם

¹⁶ **אמצעים חריגים למאבק בטרור**, לעיל ה"ש, 2, בעמ' 191–193.

¹⁷ Brigadier General Uri Shoham, *The Principle of Legality and The Israeli Military Government in The Territories*, 153 MIL. L. REV. 245, 259 (1996)

¹⁸ לאחרונה, במסגרת עתירה נגד החלטה לאטום ולהרוס את ביתם של משפחות החוטפים והרוצחים של הנערים גיל-עד שאער, אייל יפרח ונפתלי פרנקל, הועלתה ונדחתה טענת הפליה על בסיס העובדה שלא נעשה שימוש באמצעי הריסת הבתים כנגד יהודים – לדוגמה כנגד רוצחיו של הנער מוחמד אבו-חדיר. טענה זו נדחתה מאחר שלא הוצגה, לידו של בית המשפט העליון, תשתית עובדתית מספקת שיהיה בה כדי להתגבר על החזקה בדבר התקינות המנהלית. בפרט, קבע בית המשפט העליון כי לא ניתן להוכיח, בעת הזו, כי קיימת הפליה או ישנם שיקולים זרים בבסיס החלטה להרוס את בתי משפחות החוטפים והרוצחים של הנערים גיל-עד שאער, אייל יפרח ונפתלי פרנקל. עוד נקבע כי הואיל ותכליתה של תקנה 119 היא הרעתית ואינה עונשית, אין די בעצם ביצועם של מעשי טרור נתעבים על ידי יהודים, דוגמת חטיפת ורצח הנער מוחמד אבו חדיר, כדי להצדיק לבדם את הפעלתה של התקנה כלפי יהודים, ואין בהחלטת המשיב שלא להפעיל את התקנה בנוגע לחשודים ברצח זה כדי להצביע לבדה על קיומה של אכיפה בררנית. לדיון, ראו בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיוור הגדה המערבית, פס' 30 לפסק דינו של השופט יורם דנציגר (פורסם בנבו, 11.8.2014).

¹⁹ Martin B. Carroll, *The Israeli Demolition of Palestinian Houses in the Occupied Territories: An Analysis of the Legality in International Law*, 11 MICH. J. INT'L L. 1195 (1990)

²⁰ Zemach, לעיל ה"ש 8, בעמ' 68; Grebinar, לעיל ה"ש 7, בעמ' 275.



לבני האדם הדריים בבית והפגיעה בזכות הקניין שלהם, גם כאשר אין ראייה כי בני המשפחה היו מודעים לפעולות פעיל הטרור.²¹

בשנת 2005 הוחלט על הפסקה במדיניות הריסת הבתים. ההחלטה לחדול ממדיניות הריסת הבתים נתקבלה בהתבסס על המלצות ועדה מקצועית בראשות האלוף אודי שני אשר מונתה על ידי הרמטכ"ל דאז משה (בוגי) יעלון.²² ממסקנות הוועדה עלה כי עולה ספק באשר לחוקיות המדיניות ויעילותה.²³ באופן פרטני, בנוגע לשאלת חוקיות המדיניות, נקבע כי פעולת ההריסה היא "על סף החוק" וכי צה"ל, במדינה יהודית דמוקרטית, איננו יכול להלך על סף החוקיות, ועל אחת כמה וכמה על סף הלגיטימיות.²⁴ בנוגע להרתעה, הוסק כי נזקן של ההריסות עולה על תועלתן, מכיוון שההרתעה (המוגבלת) אינה שקולה לשנאה ולאיבה שמעורר הצעד הקשה בקרב הפלסטינים. בעקבות מסקנות הוועדה בראשות האלוף שני החליט שר הביטחון דאז שאול מופז כי יש להפסיק עם המדיניות עד לשינוי דרסטי של הנסיבות.²⁵

לתחושת השב"כ (שירות הביטחון הכללי) חל שינוי דרסטי בשנת 2008 בשל העובדה שמספר הולך וגובר של פיגועי טרור יצאו ממזרח ירושלים.²⁶ השינוי האמור, שיצר החמרה במצב, העיד לכאורה על הצורך לשקול לשוב ולהשתמש מחדש במדיניות זו בכלל, ובמזרח ירושלים בפרט.²⁷ כאשר הוגשה עתירה כנגד ההחלטה הזו קבע בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ כי מותר לרשות לשנות את מדיניותה לאור שינוי

21 פרשת אבו-פארה, לעיל ה"ש 10; פרשת זערוב, לעיל ה"ש 9; פרשת עזאדין, לעיל ה"ש 10; פרשת סעאדה, לעיל ה"ש 10.
22 אמצעים חריגים למאבק בטרור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 200.
23 בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2009 (1) 85, פס' 9-10 לפסק הדין (2009); נעמי הימייך-רייש "דמוקרטיה מתגוננת בישראל" פרלמנט 59 (2008).
24 פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 23, פס' 9 לפסק הדין.
25 הימייך-רייש, לעיל ה"ש 25.
26 פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 23, פס' 10 לפסק הדין.
27 אמצעים חריגים למאבק בטרור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 200; אחד מן הסממנים לשינוי היה כי תושבי מזרח ירושלים החלו לבצע פיגועים בעצמם ולא רק שימשו כסייענים כמו בעבר. כמו כן היו כמה פיגועים בולטים בשנת 2008 כגון הפיגוע בשיבת מרכז הרב, פיגוע הדריסה בכיכר צה"ל שבו נפגעו 18 אזרחים ישראלים ועוד.



עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים

הנסיבות.²⁸ בנוסף, חזר בית המשפט על עמדתו כי אין הוא נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר היעילות של השימוש באמצעי של הריסת בתים כגורם המרתיע אחרים.²⁹ כאמור לעיל, גם ההחלטה נשוא רשימה זו חוזרת על העמדה הזו, ובפרט על האמירה כי אין ביכולתו של בית המשפט להתערב בשאלת היעילות של השימוש באמצעי זה.³⁰

גישתו של בית המשפט העליון לגבי מדיניות הריסת הבתים מזמינה דיון בנוגע לבסיס המוסרי העומד מאחורי עמדת מדינת ישראל. עמדה זו, בתורה, מעלה שאלות לגבי היכולת לעגנה בנתונים מתאימים. להלן התייחסותנו לסוגיות אלו, כל אחת בתורה.

3. מה בין תאוריה למעשה?

מקובל לטעון כי השימוש במדיניות הריסת הבתים מביא לידי ביטוי מאבק בין שתי אידאולוגיות מוסר אשר יש הרואים בהן כמנוגדות – תועלתנות מן הצד האחד אל מול הגבלות לא תוצאתניות (דאונטולוגיות) מן הצד האחר.³¹ הסיבה לכך היא כי מדינת ישראל הציגה לאורך השנים עמדה תועלתנית בנוגע למדיניות הריסת הבתים, שלפיה מוצדק לפגוע במשפחתו של פעיל טרור, שבמקרים רבים אינה מעורבת בפעילויות טרור, במטרה להרתיע אחרים מביצוע פעולות טרור בעתיד.³² כאמור לעיל, שיקול

²⁸ פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 23, פס' 11 לפסק הדין.

²⁹ שם.

³⁰ פרשת עואודה, לעיל ה"ש 1, פס' 24 לפסק הדין.

³¹ לקריאה בנושא, ראו JEREMY BENTHAM, AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION (1907); WILLIAM H. SHAW, CONTEMPORARY ETHICS: TAKING ACCOUNT OF UTILITARIANISM (1999); JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971); EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY (2010).

³² 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).



ההרתעה הוכר על ידי בית המשפט העליון פעמים רבות כשיקול מכריע לטובת המשך הפעלת המדיניות חרף הסבל הנגרם לדירים בבית והפגיעה בזכות הקניין שלהם.³³

הבסיס התאורטי לעמדת מדינת ישראל מבוסס על הגישה התועלתנית שלפיה צודק לפעול בצורה מסוימת במטרה להביא לאושר הרב ביותר למספר הגדול ביותר של אנשים.³⁴ גישה זו מצדיקה פגיעה בפרט או ברבים במטרה להביא לאושר של מספר גדול יותר של אנשים, וזאת תוך ביצוע חישוב עלות-תועלת בין הרווח לפגיעה.³⁵

הביקורת על גישת מדינת ישראל הובעה בעיקר על בסיס גישה לא תוצאתנית (דאונטולוגית) שעל פיה ישנם איסורים מוסריים מסוימים שצריכים למנוע כל פעילות בניגוד להם. לדוגמה, אם אסור לענות אדם אז האיסור הזה הוא איסור מוחלט שאין לחרוג ממנו.³⁶ האיסור הוא מוחלט גם אם יש לכך הצדקה מסוימת, כגון ניסיון לאתר ילד שנחטף על ידי אותו האדם.³⁷ עמדה זו מעניקה חשיבות רבה יותר לצדק או למוסריות הפעולה על חשבון שיקולים כגון עלות-תועלת.³⁸

ישנם מגוון איסורים מוסריים שהועלו במסגרת השיח על הגבלות מסוג זה על פעילות ביטחונית – כך לדוגמה, האיסור המוחלט לכוון על אזרחים בעת לחימה.³⁹ איסור אשר מתקשר לטעמנו למדיניות הריסת הבתים הוא זה האוסר לעשות באדם

³³ פרשת אבו-פארה, לעיל ה"ש 10; פרשת זערוב, לעיל ה"ש 9; פרשת שוקרי, לעיל ה"ש 9; פרשת צזאדין, לעיל ה"ש 10; 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 (2003).
³⁴ ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 31.
³⁵ SHAW, לעיל ה"ש 31, בעמ' 10.
³⁶ Nigel S. Rodley, *The Prohibition of Torture: Absolute Means Absolute*, 34 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 145 (2006).
³⁷ *Gafgen v. Germany*, App. No. 22978/05 (Eur. Ct. H.R. June 1, 2010).
³⁸ SHELLY KAGAN, *NORMATIVE ETHICS*, 73 (1998).
³⁹ DOSWALD-BECK AND JEAN-MARIE HENCKAERTS, *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Rule 7: The Principle of Distinction between Civilian Objects and Military Objectives*. (2005).



עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים

שימוש כאמצעי להשגת מטרה.⁴⁰ הסיבה היא שהריסת בתים, אשר מתייחסת לבני משפחתו של פעיל טרור כאמצעי, מוצדקת בשם המטרה להרתיע אחרים מפני ביצוע פעולות טרור.⁴¹

הטענה המקובלת היא, אם כן, כי אם ישנה הרתעה ובעקבותיה תוצאות חיוביות אחרות כגון פיחות בהיקף הטרור, ישנה הצדקה תועלתנית לפעול בהתאם למדיניות הריסת הבתים. מן הצד האחר, אם נקבל את הגישה הלא-תוצאתנית (דאוטולוגית) שלפיה אסור לעשות שימוש באדם כאמצעי, נראה שיש לפסול על הסף את מדיניות הריסת הבתים.

חשוב להכיר את הוויכוח בין שתי תורות מוסר אלו ובה בעת לעמוד על הבדל נוסף ביניהן: העמדה התועלתנית, בהבדל מהעמדה הלא-תוצאתנית (דאוטולוגית), נדרשת לבסס את הטענות התוצאתי בראיות. עמדה של מוסר תועלתני חייבת לספק ראיות לכך כי אכן התועלת המבוקשת תושג באמצעות אותו אמצעי, שכן, אם לא כך הדבר, אזי ברור כי אין כל הצדקה לנקיטת האמצעי הפוגע בזכויות אחרות. כלומר: גם אם נסכים, לצורך הדיון, כי יש מקום להתבסס על עמדת מוסרית תוצאתנית-תועלתנית, עמדה כזו חייבת להיתמך בראיות ברורות וחד-משמעיות. כל אמצעי פוגעני צריך להיבחן לגופו כדי לראות אם השימוש בו משיג את המטרה הראויה. כמובן, לא בכל מקרה ניתן לבצע "בדיקה מראש", ועל כן, על מנת לבסס את הטענות המוסרי, יש לבחון לעתים, לאורך זמן, את תוצאות השימוש באמצעי ובפרט אם הן מצדיקות מבחינה תועלתנית את השימוש בו. בהקשר של מדיניות הריסת הבתים, העובדה כי המדיניות הופעלה במשך שנים רבות למרות התנגדויות רבות אליה ברמה האקדמית⁴² ובאמצעות בתי המשפט,⁴³

⁴⁰ THOMAS NAGEL, THE VIEW FROM NOWHERE 176 (1986).

⁴¹ פרשת **אבו-פארה**, לעיל ה"ש 10; פרשת **זערוב**, לעיל ה"ש 9; בהקשר זה נאמר כי יש לפעול כך שהאנושות, הן שבאדם הפועל והן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד. לדיון בנושא, ראו עמנואל קאנט **הנחת יסוד למטפיזיקה של המידות של** (מ. שפי תרגם, 1984).

⁴² Cohen, לעיל ה"ש 7, בעמ' 46; KRETZMER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 147.



מלמדת כי שיקולי עלות-תועלת זכו לבכורה במשך זמן רב והצדיקו את המדיניות חרף התנגדות מוסרית ומשפטית אליה.

טענתנו המרכזית ברשימה קצרה זו היא כי בנוגע לנושא הריסת בתים מתברר כי ביסוס עובדתי זה, ההכרחי לצורך הצדקת האמצעי, כלל לא קיים, וייתכן כי דווקא קיים בסיס עובדתי להוכחת המצב ההפוך – כלומר כי השימוש באמצעי מזיק. לאור מסקנת ועדת שני – שלפיה נזקן של ההריסות עולה על תועלתן מכיוון שההרתעה (המוגבלת) בשל הריסת בתים אינה שקולה לשנאה ולאיבה שמעורר הצעד הקשה בקרב הפלסטינים – נראה כי היה מקום לבחון מחדש את עמדת בתי המשפט לאורך השנים לגבי יעילות המדיניות. עם זאת, בית המשפט העליון לא עשה זאת עם החזרת המדיניות לשימוש בשנת 2008 ואף לא בהחלטה נשוא רשימה זו. לדידנו, אם לא ניתן להוכיח את יעילות מדיניות הריסת הבתים, הבסיס המוסרי של עמדת מדינת ישראל ובתי המשפט שלה נשמט. המחלוקת סביב עמדת בתי המשפט מהדהדת בעצמה רבה לאור העובדה שלאורך השנים הוכח כי הבסיס המשפטי למדיניות הריסת הבתים רעוע גם כן.⁴⁴ מדיניות שאינה מעוגנת בבסיס מוסרי ובבסיס משפטי, דורשת עיון מחדש.

בשלב הבא של רשימתנו ננסה להתייחס ליכולת להוכיח את יעילות הריסת הבתים. בפרט, נבחן אם נתונים אמפיריים היו יכולים לסייע בכך.

4. מה בין שיקולים תועלתניים לנתונים

בעבר נעשו ניסיונות לתקוף בבתי המשפט את יעילותה של מדיניות הריסת הבתים, ובפרט נטען כי הפעלת אמצעי כה חריג מבלי להוכיח את יעילותו ביצירת הרתעה מפני

⁴³ ראו לדוגמה פרשת **חאמד**, לעיל ה"ש 5; פרשת **חמאמה**, לעיל ה"ש 5; בג"ץ 123/89 **דאוד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, תק-על 89 (2) 181 (1989); בג"ץ 610/89 **בחרי נ' מפקד כוחות צה"ל לאזור יהודה ושומרון**, פ"ד מד(1) 92 (1989); פרשת **שוקרי**, לעיל ה"ש 9; בג"ץ 175/86 **קעוס נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** 'תק-על 146 (2) 146 (1986).
⁴⁴ Cohen, לעיל ה"ש 7, בעמ' 46; Ruebner, לעיל ה"ש 7, בעמ' 506; Grebinar, לעיל ה"ש 7, בעמ' 275.



עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים

פנייה לטרור היא ניצול לרעה של סמכויות השלטון⁴⁵. כאמור לעיל, לאור העמדה התועלתנית הנמצאת בבסיס גישת מדינת ישראל, היכולת להוכיח את יעילות המדיניות חשובה גם בהיבט המוסרי.

דרך אפשרית לבחון את יעילות מדיניות הריסת הבתים היא פנייה לנתונים אמפיריים, קרי נתונים סטטיסטיים או טכניקות מחקר העושות שימוש בנתונים אלה כדי להסיק מסקנות עקרוניות.⁴⁶ הסיבה לכך היא שנתונים סטטיסטיים מאפשרים קבלת החלטת מושכלת בנושאי מדיניות.⁴⁷ עם זאת, עמדת בית המשפט העליון בישראל היא כי מחקרים מדעיים או נתונים סטטיסטיים לא יוכלו להוכיח את יעילותה של המדיניות.⁴⁸ גם בקרב גורמים בשב"כ הובעה ספקנות באשר ליכולת של נתונים מספריים להוכיח כי מדיניות הריסת הבתים היא יעילה או להפריך טענה זו.⁴⁹

הספקנות כלפי מחקרים אמפיריים אינה ייחודית לבית המשפט העליון בישראל. בעבר, שימוש מועט (אם בכלל) נעשה בנתונים אמפיריים במסגרת מחקרים משפטיים, ובפרט כאלו העוסקים בקבלת החלטות.⁵⁰ עם זאת, מאז תחילת המאה ה-21, ישנה מגמה המעידה על שימוש הולך וגובר בנתונים אמפיריים בספרות המשפטית העוסקת בקבלת

⁴⁵ KRETZMER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 161.

⁴⁶ 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).

⁴⁷ Susan D. Franck, *Essay: Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution*, 48 VA. J. INT'L L. 767, 770 (2008).

⁴⁸ בג"ץ 2006/97 גנימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997); בג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536, 539 (1990).

⁴⁹ כך עולה משיחות שקיימנו עם גורמים ביטחוניים.

⁵⁰ Peter H. Schuck, *Why Don't Law Professors Do More Empirical Research?*, 39 J. LEGAL EDUC. 323 (1989); Heise, לעיל ה"ש 46.



החלטות.⁵¹ חלק ניכר מהספרות ההולכת ומתגבשת בתחום האמפיריקה עוסקת בקבלת החלטות בהקשר של בתי משפט ושופטים,⁵² לאור תפקידם המרכזי במערכת השיפוטית.⁵³

אמנם, ישנם קשיים ברמה המעשית אשר פוגעים ביכולת לאסוף נתונים אמפיריים בנוגע למדיניות הריסת הבתים. הקו המחבר בין הקשיים הללו הוא שכולם מביאים למסקנה שקשה לעמוד על מהימנות הנתונים הסטטיסטיים הרלוונטיים. קושי ראשון נולד מהעובדה שנתונים מטעם ממשלת ישראל שונים לרוב מאלה שגובשו על ידי ארגוני זכויות אדם.⁵⁴ קושי שני נובע ממגבלות שונות על הגישה הפיזית לאזורים רלוונטיים (הגדה המערבית ורצועת עזה), עובדה שאינה מאפשרת לוודא בפועל את מהימנות הנתונים.⁵⁵ קושי שלישי הוא העובדה שנעשו פעולות הריסה רבות בשנים המוקדמות מאז תחילת המשטר הצבאי בגדה המערבית ועזה שהנתונים לגביהם אינם

Theodore Eisenberg, *Why Do Empirical Legal Scholarship?*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1741 (2004); Gregory C. Sisk & Michael Heise, *Judges and Ideology: Public and Academic Debates about Statistical Measures*, 99 NW. U.L. REV. 743, 744 (2005); David S. Goldman, *Legal Construct Validation: Expanding Empirical Legal Scholarship to Unobservable Concepts*, 36 CAP. U.L. REV. 79, 80 (2007); Robert C. Ellickson, *Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study*, 29 J. LEGAL STUD. 517 (2000); Tracey E. George, *An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools*, 81 IND. L.J. 141 (2006)

LEE EPSTEIN, WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES : A THEORETICAL AND EMPIRICAL STUDY OF RATIONAL CHOICE (2013) ; Lee Epstein, Jack Knight ; Sisk & Heise ; *CHOICE* (2013) ; 744 בעמ' 744 ; Lee Epstein, Jack Knight & Andrew D. Martin, *Respondent: The Political (Science) Context Of Judging*, 47 ST. LOUIS L.J. 783 (2003); Corey Rayburn Yung, *Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts*, 105 NW. U.L. REV. 1 (2011)

Alex Kozinski, *Who Gives a Hoot About Legal Scholarship?*, 37 HOUS. L. REV. 295 (2000)

KRETZMER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 145.

Farrel, לעיל ה"ש 32, בעמ' 897.



עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים

ידועים,⁵⁶ אי-ידיעה הפוגעת במהימנות הנתונים הקיימים שאינם מביאים את ההריסת המוקדמות בחשבון. קושי אחרון נובע מכך שלא ברור אם תמיד ניתן לעמוד על המטרה מאחורי כל פעולת הריסת הבתים (האם היא הייתה הרתעתית או שנבעה משיקולים ביטחוניים מבצעיים). בהקשר זה נכתב כי במקרים מסוימים נעשית הכללה בנוגע לנתונים מבלי לאבחן ביניהם ובכך נעשית פגיעה במהימנותם.⁵⁷ אתגרים אלו, אשר מקשים על היכולת לעשות שימוש בנתונים אמפיריים כדי לבחון את יעילות מדיניות הריסת הבתים, באים לידי ביטוי בעמדתו של בית המשפט העליון בישראל.⁵⁸

עם זאת, נראה כי אתגרים אלו לא צריכים להוות מכשול כאשר מדובר במקבלי ההחלטות מטעם השלטון. כך, לגורמים השלטוניים יש את הגישה הטובה ביותר לנתונים הנוגעים להיקף הריסות הבתים שבוצעו בשמם, כמו גם להנמקה שעמדה מאחורי ההחלטה להרוס או לאטום בית מסוים. בנוסף, המגבלות הפיזיות שמקשות על כניסה לאזורים רלוונטיים לרוב מקשות על תנועה של אזרחים פרטיים או של ארגוני זכויות אדם ולא של גורמים שלטוניים, אם אין המדובר במגבלות בשל שיקולים מבצעיים.

ברמה העקרונית, קשה לראות כיצד ניתן לדון בתוצאה של מדיניות הריסת הבתים מבלי להידרש לנתונים אמפיריים. הרי, במקרים רבים המספרים מציגים דברים שאין ביכולתן של מילים להראות.⁵⁹ עם זאת, גם במקרה זה נדמה שנתונים אמפיריים לא באו לידי ביטוי. מדינת ישראל בחרה ועודנה בוחרת לפגוע בזכויות בהסתמך על שיקולי עלות-תועלת, אך היא עושה זאת מבלי להוכיח את קיומה של תועלת אל מול הפגיעה הקשה בזכויות האדם של תושבי הבתים שנהרסים או נאטמים, כמו גם מזווית המטרה המוצהרת לשם השגתה ננקט האמצעי.

⁵⁶ Darcy, לעיל ה"ש 33, בעמ' 478.

⁵⁷ Farrel, לעיל ה"ש 32, בעמ' 898.

⁵⁸ בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם בנבו, 15.02.2012).

⁵⁹ Richard K. Neumann Jr., *Women in Legal Education: What the Statistics Show*, 50 J. LEGAL EDUC. 313 (2000).



כך, למשל, במהלך השנים 2003–2005 נתקיימה סדרת דיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא חוקיות, יעילות ולגיטימיות מדיניות הריסת הבתים. במהלך סדרת דיונים אלו נמנעו הגורמים הרלוונטיים להציג נתונים אמפיריים שיוכלו לסייע בדיון.⁶⁰ עם זאת, חלק מהאורחים בישיבות שנזכרו לעיל התייחסו לנתונים הקיימים לכאורה בידי צה"ל. כך, למשל, פרופ' מרדכי קרמניצר ציין כי אמנם צה"ל טוען כי יש בידיו נתונים שלפיהם למדיניות הריסת הבתים אפקט מרתיע, אך לדעתו המדובר בנתונים לא מלאים ומספקים. לדידו של קרמניצר "מן הראוי היה לבדוק עוד דבר, ובלי הנתון הזה אין לנו מאזן תועלת אמיתי, יש לנו בלוף. אני מציע לבדוק כמה אנשים הלכו אל דרך הטרור כתוצאה מזה שהם היו קורבנות של המעשים האלה או עדים למעשים האלה. כי תועלת אתה לא בודק רק לפי המבחן של מה זה עשה לאדם פלוני, שאולי החליט לא לעשות, אלא אתה גם צריך לראות איזו מוטיבציה זה זורע באנשים אחרים, אילו כוחות לטרור נגרמים מפעילות מהסוג הזה, שהיא לא צודקת ולא אנושית".⁶¹

מקור נוסף שבו ניתן היה לנסות ולאתר נתונים המעידים על יעילות מדיניות הריסת הבתים הוא הוועדה בראשות האלוף אודי שני. עם זאת, הדיונים שהיא קיימה ומסקנותיה אינם זמינים לציבור הרחב. לאור העניין הציבורי הרב בפעילות הוועדה, פנתה התנועה לחופש המידע לצה"ל בבקשה לקבל את הדו"ח המסכם שחיבר הצוות בראשות האלוף שני. בתגובה קיבלה התנועה לחופש המידע מצגת ממנה ניתן ללמוד על נקודות דיון בדיוניה של הוועדה ועל חלק מהמסקנות אליה היא הגיעה.⁶² למרבה הצער,

⁶⁰ לאור ספקנות השב"כ באשר ליכולת להוכיח כי מדיניות הריסת הבתים יעילה באמצעות נתונים אמפיריים סביר מאוד להניח שלא היו נתונים אותם ניתן היה להציג.

⁶¹ ראו פרוטוקול ישיבה מס' 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (6.12.2004). הישיבה עסקה בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור.

⁶² המצגת הועמדה לרשות הציבור באתר של התנועה לחופש המידע וראו "צהל מציג: חשיבה מחדש על הרס בתים" **התנועה לחופש המידע** 18.5.2009 www.meida.org.il/?p=287



עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים

במצגת זו אין כל התייחסות לקיומם של נתונים אמפיריים בנוגע להריסת בתים לצורכי הרתעה ואף לא מוצגים נתונים כאלו.

לטעמנו, אין כל אפשרות לבחון את יעילות מדיניות הריסת הבתים ללא הצגת נתונים אמפיריים או נתונים אחרים הרלוונטיים לדיון. למשל, כפי שהוצע על ידי קרמניצר, ניתן היה להתייחס למספר בני האדם המעורבים בטרור כתוצאה מהרתעה בשל אטימה או הריסה של בית. כמו כן, אפשר היה לנסות ולראות מהו היחס בין מספר האנשים שביצעו פעולות טרור וביתם לא נהרס, לבין מספר האנשים שאכן ביתם נהרס בעקבות פעולת טרור שהם ביצעו. הרי, אם היה מתגלה פער גדול בין מספר המפגעים לבין מספר הבתים שנהרסו לאחר פעולות טרור, ניתן היה לראות שמדיניות הריסת הבתים נוגעת באופן ישיר רק למספר נמוך של בני אדם המעורבים בטרור. נדמה כי מדיניות שנאכפת בעצימות נמוכה היא בעלת סיכויים נמוכים יותר לייצר הרתעה. על כן, לא ברור כיצד ניתן היה לבצע איזון עלות-תועלת מבלי לבחון את הנתונים עצמם.

עמדנו נסמכת, מעבר למפורט לעיל, גם על הטענה שישנן ראיות אמפיריות המעידות כי מדיניות הריסת הבתים לא ייצרה הרתעה אלא דווקא הגבירה את המוטיבציה לפעולות טרור. כך, לדוגמה, תא"ל במיל' אריה שלו מצא שההשפעה ההרתעית של מדיניות הריסת הבתים בתקופת האינתיפאדה הראשונה הלכה ופחתה עם הזמן.⁶³ תא"ל שלו הציג נתונים של מספר הריסות בתים אל מול מספר האירועים החבלניים במהלך התקופה המקבילה (ובהשוואה לחודש שקדם לכך) והגיע למסקנה שאמנם בתחילה הייתה הרתעה מסוימת לפעולות הריסות הבתים, אך ככל שהזמן התקדם, ובפרט לאחר שאש"ף החל להעניק פיצויים כספיים למשפחות הנפגעים, השפעה זו הלכה ופחתה.⁶⁴

63 אריה שלו האינתיפאדה: הסיבות, המאפיינים והשלכות 129 (1990).
64 שם. לדיון בנושא ראו בצלם הריסות ואטימות בתים כאמצעי ענישה בגדה המערבית וברצועת עזה – דו"ח מעקב 7 (1990).
www.btselem.org/sites/default/files/hrsvt_ntymvt_btym_kmtsy_nyshh.pdf



תא"ל שלו הודה בעצמו כי הבדיקה שלו נעשתה באופן חלקי בלבד מאחר שהיא הביאה בחשבון רק את היחס בין אירועים חבלניים לבין הריסת בתים, וזאת מבלי להתייחס להשפעה של אמצעים אחרים (מעצר מנהלי או שינוי הוראות פתיחה באש) ושיקולים נוספים (כמו כמות החיילים בשטח באותה נקודת זמן), אך מבחינתו די בנתונים אלה על מנת להציג את כיוון הדברים.⁶⁵ כך, לדידו של תא"ל שלו, לאחר שהתחילה הריסת הבתים, זו הביאה לתוצאה הפוכה מהכוונה שעמדה מאחוריהן – במקום לצמצם את היקף הפעילות האלימה היא רק הלכה והתגברה. 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-1186 אירועים.⁶⁶ טענה דומה הועלתה גם בהקשר האינתיפאדה השנייה.⁶⁷

לאור המסקנה הסופית של ועדת שני, שלפיה לא הוכחה יעילותה של מדיניות הריסת הבתים, נראה כי אם היו נתונים בידי צה"ל הם לא שכנעו את חברי הוועדה. אפשרות נוספת היא שחברי הוועדה השתכנעו מנתונים הסותרים את אלו הקיימים בידי צה"ל או ערערו על מהימנותם. למרבה הצער, קצת פחות מעשור מאז דיוניה של הוועדה, נדמה שחזרנו בדיוק לאותו המקום בו היינו בטרם היא כונסה.

במחקר נרחב שאנו עתידים לפרסם, אנו מציעים כי מקבלי ההחלטות הגיעו למסקנות שגויות בדבר יעילות השימוש באמצעי הריסת בתים לאו דווקא בשל העובדות, אלא מפאת השפעתן של ההטיות (Biases) הקוגניטיביות עליהם.⁶⁸ במחקר

⁶⁵ שלו, לעיל ה"ש 63, בעמ' 127.

⁶⁶ שם.

⁶⁷ עמוס הראל, אבי יששכרוף ושחר אלתרמן *המלחמה השביעית* (2004).

⁶⁸ Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Assumption from Law and Economics*, 88 CALIF. L. *Removing the Rationality* REV. 1051 (2000); Ronald L. Akers, *Rational Choice, Deterrence, and Social*



עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים

זה אנו טוענים כי בעוד הצדקות של עלות-תועלת מצטיירות פעמים רבות כהחלטות רציונליות, למעשה במקרים מסוימים, ובפרט בנוגע למדיניות הריסת הבתים, הן מושפעות במידה רבה מהטיות קוגניטיביות ואינן עומדות במבחן רציונלי.

שאלת יעילותה של מדיניות הריסת הבתים ובפרט קיומם של נתונים לגבי יעילותה ממשיכה להדהד במחוזותינו ולרחף מעל לסכסוך הישראלי-פלסטיני. עם זאת, נתונים המעידים על יעילות המדיניות עוד אין בנמצא. זאת למרות האינטרס הציבורי הרב בהצגתם. נטל ההוכחה במקרה הזה מוטל על מדינת ישראל שבוחרת לנקוט בסנקציה קשה מאוד כנגד אדם שטרם הורשע בפלילים, וזאת ללא תלות בעובדה שאותו האדם (ובמקרה הנוכחי זיאד חסאן חליל עואד) ייענש ככל הנראה גם בסנקציה פלילית.

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); Sara Sun Beale, *What's Law Got to Do With It? The Political, Social, Psychological and Other Non-Legal Factors Influencing the Development of (Federal) Criminal Law*, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 23 (1997); Colin F. Camerer, Comment on Noll & Krier, *Some Implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation* 19 J. LEGAL STUD. 791 (1990); Kevin M. Clermont, *Procedure's Magic Number Three: Psychological Bases for Standards of Decision*, 72 CORNELL L. REV. 1115 (1987); Jules L. Coleman, *Rational Choice and Rational Cognition*, 3 LEGAL THEORY 183 (1997); Larry T. Garvin, *Adequate Assurance of Performance: Of Risk, Duress, and Cognition*, 69 U. COLO. L. REV. 71 (1998); Christine Jolls et al., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471 (1998); Steven P. Croley, *Vicarious Liability in Tort: On the Sources and Limits of Employee Reasonableness*, 69 S. CAL. L. REV. 1705, 1733–1735 (1996); 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)



5. סיכום

במהלך התקופה הארוכה שבה נעשה שימוש במדיניות, שיקולי עלות-תועלת זכו לבכורה ושימשו להצדקת האמצעי חרף ההתנגדות המוסרית והמשפטית שהוא עורר. השיקולים הללו קודמו על ידי מדינת ישראל וזכו לגיבוי בתי המשפט. על מנת לעגן אותם יש צורך בנתונים. לא הצלחנו לאתר נתונים שביססו את העמדה שלפיה הריסת בתים מקדמת הרתעה, אך איתרנו כאלה המעידים על היעדר הרתעה ואף תוצאה הפוכה של עידוד פעולות טרור.⁶⁹ בכל מקרה, אין צורך להכריע בשאלה אם הריסת הבתים יעילה או לא אלא מספיק להסתפק בעובדה עליה אין ספק והיא שהרתעה היא שיקול עיקרי העומד מאחורי מדיניות הריסת הבתים.

בשנת 2005, לאחר הצגת מסקנותיה של ועדת שני, התבצע מהפך תפיסתי לגבי מדיניות הריסת הבתים. לאחר כמעט ארבעים שנים הגיעו צה"ל ושר הביטחון למסקנה כי הריסת בתים אינה יעילה, או לפחות אינה יעילה כמו שחשבו במהלך תקופה ארוכה זו. המשמעות של המהפך היא שבמשך תקופה ארוכה מאוד מקבלי ההחלטות נקטו במדיניות שאינה רציונלית. התנהלות זו התבססה על קיומם של נתונים לכאורה לגבי מדיניות הריסת הבתים, אך למיטב ידיעתנו עד לכינוסה של ועדת שני לא נעשתה אימות של הנתונים הללו אל מול הנתונים המנוגדים שלפיהם נטען כי הריסת בתים מעודדת טרור ומביאה לתוצאות שליליות רבות אחרות.

ככלל, ישנה סכנה בהתבססות על שיקולי עלות-תועלת מבלי שיהיו נתונים שיבססו אותם. אם אין נתונים שמבססים את היעילות של מדיניות מסוימת, קשה מאוד להסתמך על טענות תועלתניות. העובדה היא שאלה שדגלו בגישה התועלתנית בהקשר של הריסת הבתים לא הצליחו לשים "על השולחן" את הנתונים שמוכחים את צדקתם. בהיעדר נתונים אלו, נראה שהויכוח העקרוני לגבי הגישה הלא-תוצאתנית מול הגישה

⁶⁹ שלו, לעיל ה"ש 65; הראל, יששכרוף ואלתרמן, לעיל ה"ש 67.



עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים

התועלתנית מאבד מחשיבותו, שהרי הדוגלים בגישה האחרונה לא יכולים לבסס את עמדתם.

ולסיום, מילה אחרונה בנושא הרתעה. שיקול ההרתעה מעורר מחלוקת, לא רק בנוגע למדיניות הריסת הבתים. בתי המשפט בישראל הכירו בשיקול ההרתעה פעמים רבות כשיקול מכריע לטובת המשך הפעלת המדיניות חרף הסבל הנגרם לבני האדם הדרים בבית והפגיעה בזכות הקניין שלהם.⁷⁰ חרף גישתו היציבה של בית המשפט העליון באשר לשיקול ההרתעה בנוגע למדיניות הריסת הבתים, מעניין לראות כי במסגרת העתירה כנגד חוקתיותו של החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, אשר עסקה במעצר של מהגרים ומבקשי מקלט, הציגה השופטת עדנה ארבל גישה שונה לגבי שיקול זה.

לדירה של השופטת ארבל תכלית הרתעתית שקולה לענישה, ובאופן זה החוק מאפשר ייתור של המשפט הפלילי ושל ההגנות הנגזרות ממנו.⁷¹ על כן, בעוד שנטען כי ההרתעה של מהגרים ומבקשי מקלט היא אינטרס חברתי רצוי, הרי שהחקיקה שעמדה למבחן באותו המקרה אינה מגלה את הרגישות הנדרשת לזכויות אדם הנדרשת על מנת שהיא תצלח את מבחן התכלית הראויה. לעמדתה של השופטת ארבל, כאשר מושם אדם במעצר על מנת להרתיע אחרים ההתייחסות אליו אינה כאל מטרם אלא כאל אמצעי – הדבר פוגע פגיעה נוספת בכבודו כאדם.⁷²

⁷⁰ פרשת אבו-פארה, לעיל ה"ש 10; פרשת זערווב, לעיל ה"ש 9; פרשת שוקרי, לעיל ה"ש 11; פרשת אבו סלים, לעיל ה"ש 11; בג"ץ 8575/03 עזאדין, לעיל ה"ש 10; Darcy, לעיל ה"ש 33, בעמ' 493. ⁷¹ בג"ץ 7146/12 סרג' אדם נ' הכנסת, פס' 38 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.9.2013); לקריאה נוספת על פרשת סרג' אדם ראו "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 18 (2013). ⁷² פרשת סרג' אדם, לעיל ה"ש 71, פס' 85–86 לפסק דינה של השופטת ארבל.



מבזקי הארות פסיקה 31 | ספטמבר 2014
חורבן בית

עמדתה של השופטת ארבל היא עמדה ראויה. יש לקוות כי בתי המשפט ישכילו להציג עמדה דומה בעתיד גם לגבי מדיניות הריסת הבתים. למצער, תקוותנו היא כי אחרי שנים כה רבות של הפעלת אמצעי קיצוני זה יוצגו הנתונים שיכולים לגבות את השיקול התועלתני שעומד מאחוריו. בהיעדרם, מדיניות זו נעדרת עוגן מוסרי או משפטי, ועלולה לסכל את התכלית אותה היא מבקשת להשיג. מזווית זו האחרונה, היא עלולה גם ללקות בחוסר אחריות.