



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

בעקבות בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

טל מימרן*

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

1. מבוא. 2. דעת המיעוט של השופט מזוז. 3. יעילות הריסת בתים.
4. ביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון ועקרונות המשלימות.
5. סיכום.

1. מבוא

מדיניות הריסת הבתים, הננקטת כתגובה על פעולות טרור ועל עברות ביטחוניות אחרות ושנועדה להרתיע את בני המשפחה של מבצע הפעולה ומבצעים נוספים בעתיד, היא אמצעי קיצוני אותו מפעיל צה"ל.¹ ההצדקה העיקרית למדיניות – הטענה כי היא

* חוקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה. אבקש להודות מקרב לב לארנה בן-נפתלי ולטל מנדלסון על הסיוע הרב ועל העצות הנפלאות בכתיבת רשימה זו.
¹ בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2009 (1) 85, פס' 9–10 (2009): מרדכי קרמניצר “(אי-) הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים – הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאם אבו דהים נגד אלוף פיקוד העורף”, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2009). ראו כתבתו של עמוס הראל “צה"ל יפסיק הרס בתי מחבלים בשטחים”, הארץ



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

מרתיעה במיוחד² – מבוססת מחד גיסא על עוצמתה של הסנקציה כלפי הטרוריסט ובני משפחתו, ומאידך גיסא על מהירות הפעלתה.³ מדיניות זו זכתה לביקורות רבות המצביעות על אי-חוקיותה ממגוון טעמים וביניהם פגיעתה בקניין, היותה ענישה קולקטיבית ועוד.⁴ מנגד, התבצרו לאורך השנים מקבלי ההחלטות בישראל בעמדתם,

18.2.2005. חשוב להבהיר כי מדיניות הריסת הבתים 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 ביתם 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 הבתים נגד יהודים – לדוגמה נגד רוצחיו של הנער מוחמד אבו-חדיר. טענה זו נדחתה מאחר שלא הוצגה, לדידו של בית המשפט העליון, תשתית עובדתית מספקת שיהיה בה כדי להתגבר על החזקה בדבר התקינות המנהלית. 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 תקנה 119 היא הרחעתית 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 איפה בררנית. לדיון ראו בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 30 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 11.8.2014). הכרעתו של השופט דנציגר שימשה בסיס לדחייה של טענת האפליה במסגרת עתירות נוספות שנתקבלו לאחר מכן. ר' לדוגמה: דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 12.11.2015); בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 31.12.2014).

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).

לדיון נוסף, ראו עמיחי כהן וטל מימרן "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים, מחקר מדיניות" המכון הישראלי לדמוקרטיה (צפוי להתפרסם ב-2016).

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



לפיה שיקול ההרתעה מצדיק את הפגיעות שנוצרות כתוצאה מהמדיניות.⁵ עמדת המדינה זכתה לאורך עשרות שנים, ככלל, לאישור של בית המשפט העליון.⁶ בשנת 2005 החליט צה"ל לחדול ממדיניות הריסת הבתים, על סמך המלצות ועדה מקצועית בראשות האלוף אודי שני.⁷ ממסקנות הוועדה עלה כי יש ספק באשר לחוקיות המדיניות וליעילותה.⁸ אשר לשאלת חוקיות המדיניות, נקבע כי פעולת ההריסה היא "על סף החוק", וכי צה"ל איננו יכול להלך במדינה יהודית דמוקרטית על סף החוקיות, ועל אחת כמה וכמה על סף הלגיטימיות.⁹ באשר ליעילותה של המדיניות, כלומר להרתעה שהיא מייצרת, הוסק כי הנזק הנגרם מההריסות עולה על התועלת שבהן, מכיוון שההרתעה (המוגבלת) אינה שקולה לשנאה ולאיבה שהצעד הקשה מעורר בקרב הפלסטינים.¹⁰ בשל מסקנות הוועדה בראשות האלוף שני החליט שר הביטחון דאז,

⁵ Ariel Zemach, *The Limits of International Criminal Law: House Demolitions in an Occupied Territory*, 20 CONN. J. INT'L L. 65, 68 (2004).

⁶ 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 (פורסם בנבו, 10.1.1990); בג"ץ 8262/03 אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 569 (2003). יש לציין כי הליכים בנושא הריסת בתים מתקיימים בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית הדין הגבוה לצדק (בג"ץ).

⁷ אלעד גיל, יוגב תובל וענבר לוי אמצעים חריגים למאבק בטרור – מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים 192, 200 (מרדכי קרמניצר ויובל שני מנחים, 2010). לדיון כללי בנושא הרתעה בסכסוכים מזוינים וביום שאחרי הסכסוך ראו Phil Clark, *Hybridity, Holism, and "Traditional" Justice: The Case of the Gacaca Courts in Post-Genocide Rwanda*, 39 GEO. WASH. INT'L L. REV. 765 (2007); Mark A. Drumbl, *Sclerosis: Retributive Justice and the Rwandan Genocide*, 2 PUNISHMENT & SOC'Y 287 (2000); Miriam J. Aukerman, *Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice*, 15 HARV. HUM. RTS. J. 39 (2002); Janine Natalya Clark, *The Limits of Retributive Justice: Findings of an Empirical Study in Bosnia and Hercegovina*, 7 J. INT'L CRIM. JUST. 463 (2009); RUTI G. TEITEL, *TRANSITIONAL JUSTICE* (2000).

⁸ נעמי הימין-רייש "דמוקרטיה מתגוננת בישראל" פרלמנט 59 (2008).

⁹ פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 1, פס' 9.

¹⁰ 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.



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

שאל מופז, כי אין לנקוט עוד במדיניות הריסת הבתים עד לשינוי דרסטי של הנסיבות.¹¹ 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.¹² ההחלטה לחזור לעשות שימוש במדיניות, זמן קצר לאחר שוועדה מקצועית שבחנה לעומק את חוקיות השימוש בה ואת יעילותה המליצה להפסיקה, אושרה על ידי בית המשפט העליון.¹³

לאחרונה, ניצב בית המשפט העליון פעם נוספת בפני ערעור נגד צו להריסת ביתו של פעיל טרור. במקרה זה דובר בראג'ב אחמד מוחמד עליוה, אשר פיקד על החוליה שב-1.10.2015 רצחה ביריות את בני הזוג הנקין ז"ל.¹⁴ במסגרת העתירה הועלו מגוון טענות נגד חוקיות צו ההריסה: נטען כי מדובר בפגיעה בזכות לקניין של עליוה ושל בני משפחתו,¹⁵ כי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945,¹⁶ סותרת את המשפט הבינלאומי ההומניטארי המסדיר

¹¹ פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 1, פס' 9–10; הימין-רייש, לעיל ה"ש 8. 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. לדין ראו גיל, תובל ולוי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 192, 200; פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 1, פס' 10.

¹² שם, פס' 11.

¹³ בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 1 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנוב, 4.11.2015).

¹⁴ שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט שהם.

¹⁵ שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט שהם.

¹⁶ DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 145–146 (2002). תקנה 119 מאפשרת למפקד הצבאי להורות על הריסת בתים, והיא חלק ממארג חקיקות חירום שחוקקו הבריטים בתגובה לפעולות טרור על ידי ארגונים ערביים ויהודיים. מארג זה כולל סמכויות נרחבות מלבד הריסת בתים, כגון: מעצר, גירוש והחרמה של רכוש ללא הליך הוגן. תקנה 119 מאפשרת להורות על הריסת בתים בישראל ובשטחי הגדה המערבית, או על צעד מחמיר פחות כגון אטימה חלקית או מלאה של הבית. כאשר מדובר במבנים בגדה המערבית, המפקד הצבאי הוא מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; במקרה שמדובר בשטחה הריבוני של ישראל (לרבות מזרח ירושלים) המפקד הצבאי הינו אלוף פיקוד העורף. 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. לקריאה בנושא, ראו לדוגמה גיל, תובל ולוי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 192; בג"ץ 22/81 חאמד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לה(3) 223, פס' 3 (1981); בג"ץ 274/82 חמאמה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 755 (1982).



את הפעלת סמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח כבוש,¹⁷ כי מדובר בהפרה של עקרון המידתיות,¹⁸ וכי יישום המדיניות רק כנגד מי שאינם יהודים מהווה אפליה בין תושבים פלסטינים לבין מפגעים יהודים.¹⁹

חרף כובד המשקל של כל אחת מהטענות שהועלו בפני בית המשפט, וודאי של משקלן הסגולי המשותף, בית המשפט העליון נמנע מלדון לעומק בטענות שבפניו, והחליט, בדעת רוב ובהסתמכו על הלכות קודמות, לדחות את העתירה.²⁰ במילותיו של בית המשפט, אין צורך לדון ולהכריע מחדש בסוגיות העקרוניות, לבל יהפוך בית המשפט העליון מ"בית משפט" ל"בית שופטים".²¹ בניגוד להכרעת הרוב, השופט מזוז, בדעת מיעוט, העז לקרוא תיגר על נכונות ההלכות הקיימות בנושא חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים ועל הרלוונטיות שלהן לימינו אנו, עשרות שנים לאחר קבלתן. עמדתו של השופט מזוז, המעודדת בחינה מחודשת של אמצעי הריסת הבתים, ראויה לסקירה ולביקורת. זה הוא הרקע להארה זו.

מטרת הרשימה היא לשאוב השראה מעמדתו החשובה של השופט מזוז, ולהפליג משם לדיון בשתי סוגיות: יעילות אמצעי הריסת הבתים, והתפקיד שביקורת שיפוטית אמתית של בית המשפט העליון בנושא פעולות כוחות הביטחון עשויה למלא בהקטנת האפשרות של התערבות שיפוטית בינלאומית בסוגיות אלו. אני מקווה כי תהא בכך תרומה להכרה של שופטים נוספים בבית המשפט העליון בצורך לבצע בדיקה מחודשת של ההלכות בנושא הריסת בתים, מתוך אמונה כי הדבר לא רק ראוי מבחינה מוסרית אלא גם חשוב מבחינה חוקית ומעשית.

בחלק השני של ההארה, אסקור בקצרה את דעת המיעוט של השופט מזוז בפרשה דנן ואניח את המצע לדיון בהמשך הרשימה. החלק השלישי יעסוק ביעילות אמצעי הריסת הבתים, ובצורך להיענות להזמנתו של השופט מזוז

¹⁷ בעיקר, נטען כי תקנה 119 מפרה את ס' 33 לאמנת ג'נבה הרביעית וס' 50 לתקנות האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה, 1907, האוסרים על הטלת עונש קולקטיבי. טענות נוספות הועלו בנוגע לאמנות זכויות אדם, כגון האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. לדיון, ראו פרשת עליוה, לעיל ה"ש 14, פס' 5 לפסק דינו של השופט שהם.

¹⁸ שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט שהם.

¹⁹ שם.

²⁰ שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט שהם.

²¹ כדברי השופט זילברג בד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ריימונד ליטוינסקי, פ"ד טו(1) 71, 75 (1961).



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

לבחון טענה זו ברמה העובדתית. החלק הרביעי יתייחס לחשיבותה של ביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון בנושא פעולות של כוחות הביטחון בנוגע להריסת בתים, וזאת לאור עיקרון המשלימות במשפט הבינלאומי הפלילי. בחלק החמישי אציע מספר מחשבות מסכמות.

2. דעת המיעוט של השופט מזוז

כאמור, דעת הרוב בפרשת עליוה, שנכתבה על ידי השופט שהם, קבעה כי אין מקום לדון מחדש בהלכות קודמות שנקבעו בנוגע לחוקיות השימוש במדיניות הריסת הבתים. למרות שבית המשפט נמנע מלדון לגופו של עניין בטענות שהוצגו בפניו, דעת הרוב התייחסה בקצרה לשאלת האפקטיביות של הריסת בתים לצורך השגת הרתעה. הסיבה לכך היא שלתפיסת בית המשפט, זוהי התכלית היחידה של הפעלת המדיניות, ומכאן ככל שאכן ישנה הרתעה בהריסת בתים, היא עשויה להצדיק הפעלת סמכות קשה ופוגענית זו.²² בעניין זה, התבססה דעת הרוב על חומר חסוי שהוגש מטעם המדינה וקבעה כי המדינה

²² בשנת 1986 הודגש לראשונה ההיבט ההרתעתי של מדיניות הריסת הבתים בקביעה כי אין מדובר באמצעי עונשי באופיו. בית המשפט העליון קבע כי לא ניתן לראות במדיניות הריסת הבתים עונש קולקטיבי אסור מכוח אמנת ג'נבה הרביעית, מאחר שמטרת המדיניות היא להשיג אפקט הרתעתי אשר מעצם טבעו צריך לחול לא רק על פעיל הטרור אלא גם על הסובבים אותו. לאחר החלטה זו התייחסו בתי המשפט למדיניות כאל אמצעי הרתעתי ולא כאל אמצעי עונשי. ראו בג"ץ 698/85 דגילס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 42, פס' 3 (1986); בג"ץ 123/89 דאוד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, תק-על 89 (2) 181 (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, תק-על 86 (2) 146 (1986). חשוב לציין כי על אף שבית המשפט העליון רואה בהריסת בתים אמצעי הרתעתי ולא עונשי, בקרב הציבור הרחב ניתן לאתר אמירות המעידות כי הריסת בתים דווקא נתפסת כאקט עונשי. ניתן לראות לדוגמה את התבטאותו של אביו של החייל אלמוג שילוני ז"ל שנרצח על ידי פעיל טרור, לאחר שבית המשפט העליון אסר להרוס את בית הרוצח מכיוון שהמדינה השתתתה 11 חודשים לאחר אישור צו ההריסה ולא הוציאה אותו לפועל. בין התבטאויותיו של האב ניתן למצוא את האמירה הבאה: "ציפינו להריסת הבית של המחבל כחלק מהענישה של הרצח הכול כך אכזרי של הבן שלי". לפסק הדין, ראו בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 1.12.2015). לכתבה המציגה את האמירות של אביו של אלמוג שילוני ז"ל, ראו תלם יחב ואיתי בלומנטל "בג"ץ ביטל הריסת בית מחבל: נצא למאבק" Ynet (1.12.15).



עמדה בנטל הוכחת האפקט ההרתעתי שיש בהפעלת אמצעי הריסת הבתים.²³ חשיבות מיוחדת ניתנה בהקשר זה להתגברות גל הטרור הפוקד את המדינה ונמצא במגמת עלייה מאז ראש השנה התשע"ו.²⁴ השופט מזוז התנגד לדעת הרוב וצירף דעת מיעוט נפרדת להחלטה. לתפיסתו, הטענות שהועלו בפני בית המשפט הן כבדות משקל וראויות לבירור יסודי ומשמעותי.²⁵ השופט מזוז מצא שבית המשפט לא דן כראוי בסוגיות הללו, ובנוסף שגם המדינה בתשובתה הגיבה באופן תמציתי למדי – ששה עמודים בלבד, אשר חלק ניכר מהם הוא למעשה ציטוטים מפסקי דין קודמים בנושא הריסת בתים.²⁶ עוד ציין השופט מזוז כי ההלכות הקיימות הינן ישנות למדי, לאור העובדה שמדובר בפסקי דין משנות ה-80 ותחילת שנות ה-90, ולא מובן מאליו שהן עדכניות לאור התפתחויות חשובות הן במשפט הבינלאומי והן במשפט החוקתי-מנהלי הישראלי.²⁷

²³ החלטה זו התבססה על פסק דין שניתן בנושא בנובמבר האחרון, תוך אישור חמישה מקרים של הריסות בתים ופסילת מקרה אחד, שבו ציינה נשיאת בית המשפט העליון מרים נאור כי לבקשת בית המשפט העליון הוגש לו חומר חסוי שמלמד על מקרים לא מעטים שבהם נמנעו פעילי טרור מלבצע פיגועים, עקב חששם מהשלכות על ביתם ובית בני משפחתם. חשוב לציין כי בפרשה זו הובהר שלא דובר ב"מחקר", אלא ב"ריכוז מידע", וכי החומר לא מעיד על כך שפיגוע בבית של אדם שאינו קרוב של הפעיל ואין לו ידיעה על כוונתו, יוצרת הרתעה. לדיון, ראו פרשת **עליוזה**, לעיל ה"ש 14, פס' 22 לפסק דינו של השופט שהם.

²⁴ כדברי השופט שהם, בתקופה זו התרחשו עשרות פיגועים, רובם הגדול במתכונת המפגע הבודד, כאשר מאפייניה העיקריים הם פיגועי דקירה בסכין, דריסה או פיגועים משולבים. מאז ערב ראש השנה ועד ליום 25.10.2015, בוצעו, על פי הנתונים שמסרה המדינה, כ-778 פיגועים שבמסגרתם נרצחו אחד עשר ישראלים ונפצעו כמאה אחרים. לדיון ראו שם, פס' 20, 22 לפסק דינו של השופט שהם.

²⁵ שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט מזוז.

²⁶ שם.

²⁷ הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, דן במדיניות הריסת הבתים הייתה בשנת 1979. עתירות לא הוגשו בשלב מוקדם יותר מאחר שההחלטות על הריסת בתים או אטימתם נקבעו בלא התראה מוקדמת, ולכן לא הייתה יכולת פרקטית להגיש עתירה. ראו בג"ץ 434/79 סחוויל נ' **מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לד(1) 464 (1979); גיל, תובל ולוי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 192, 209. באשר להתפתחויות בנושא התחייבויות במישור הבינלאומי החלות על ישראל מאז הימים שבהם נתקבלו ההלכות בנושא חוקיות השימוש בהריסת בתים, חשוב לציין שמדינת ישראל הצטרפה לשש אמנות זכויות האדם המרכזיות בתחילת שנות ה-90 (האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, האמנה נגד עינויים, האמנה בדבר זכויות הילד, האמנה בדבר ביעור כל סוגי האפליה הגזעית והאמנה בדבר מניעת אפליית נשים לצורתה), והיא מדווחת מעת לעת בפני ועדות שהוקמו מכוח אמנות אלו במטרה לפקח על יישומן על ידי המדינות החברות. בהקשר של מדיניות הריסת הבתים, הוועדה נגד



נוכח החלטת דעת הרוב לדחות את העתירה מבלי לדון בטענות שהועלו בפני בית המשפט העליון, לא דן השופט מזוז לעומק בשאלות החוקיות של תקנה 119 והיעילות של הריסת בתים. עם זאת, ציין השופט מזוז כי רובה המוחלט של הכתיבה האקדמית, בישראל ומחוצה לה, מעיד כי יישום תקנה 119 עומד בסתירה לשורת הוראות במשפט הבינלאומי.²⁸ זאת במיוחד בנוגע למזרח ירושלים, שתושביה ייחשבו ככל הנראה כאנשים "מוגנים" במובן של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ולכל הפחות נמצאים תחת תחולת אמנות זכויות האדם הבינלאומיות אליהן הצטרפה ישראל.²⁹ בנוסף, השופט מזוז הטיל ספק בטענה,

עינויים קיבלה בשנת 2009 את העמדה לפיה אמצעי הריסת הבתים הוא עונש אכזרי ולא אנושי, הסותר את ס' 16 לאמנה נגד עינויים, וזאת בשל הפגיעה הקשה בזכות היסודית למגורים, בשל הפגיעה ברמת החיים ובשל ההשפעות מרחיקות הלכת על מרקם חייהם של התושבים הפלסטינים. לקריאה בנושא תהליך הדיווח של מדינות בפני ועדות זכויות אדם שהוקמו לפקח על יישום אמנות בינלאומיות, ראו שבתאי רוזן **בנכני המשפט הבינלאומי** 244-250 (2012); רובי סיבל **משפט בינלאומי** 216-217 (2010). לעמדת הוועדה נגד עינויים בנושא הריסת בתים, ראו Comm. Against Torture, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report Submitted by Israel, 33, U.N. Doc. CAT/C/ISR/CO/4 (June Hum. Rts. 23, 2009). עמדה דומה הוצגה על ידי הוועדה לזכויות אדם של האו"ם, ראו Comm., Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, 16, U.N. Doc. CCPR/CO/78/ISR (Aug. 21, 2003).

לדיון, ר' פרשת **עליזה**, לעיל ה"ש 14, פס' 7 לפסק דינו של השופט מזוז.²⁸
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 ישראל בהקשר זה, בית המשפט העליון החיל בפועל את דיני זכויות האדם בשטחים הכבושים במספר הזדמנויות בעבר. לדיון, ר' Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, "Living in Denial: Application of Human Rights in the Occupied Territories", 37 *Isr. L. Rev.* 17 (2003-2004). לעמדה ביקורתית באשר לתחולת אמנות זכויות אדם בשטחים, ר' Aeyal M. Gross, "Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?", 18 *EJIL* 1 (2007) Meir Shamgar, *The Observance of* ראו *International Law in the Administered Territories*, 1 *ISR. Y.B. HUM. RTS.* 262 (1971); Yehuda Z. Blum, *The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria*, 3 *ISR. L. REV.* 279 (1968); Meir Shamgar, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage*, in 1 *MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL 1967-1980* 13 (Meir Shamgar ed., 1982); Joseph H. H. Weiler, *Israel, the Territories and International Law: When Doves Are Hawks*, in *ISRAEL AMONG THE NATIONS* 381 (Alfred E. Kellermann et al. eds., 1998). לדיון בעמדת בית הדין הבינלאומי לצדק אשר דחה את הגישה של ישראל,



אשר אושרה פעמים רבות מספור על ידי בית המשפט העליון, כי אמצעי הריסת הבתים מקדם מטרת הרתעתיות ולא עונשיות,³⁰ וציין כי יש לבחון ברמה העובדתית-ראייתית האם הוכחה כראוי היעילות של אמצעי הריסת הבתים.³¹

ראו *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136 (July 9). לקריאה בנוגע לחוות הדעת, ראו, לדוגמה: 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>. לקריאה כללית בנושא תחולה של אמנות זכויות אדם מחוץ לשטחן של מדינות, ראו, לדוגמה: William Schabas, *Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus ad Bellum*, 40 ISR. L. REV. 592 (2007); *Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication [Comm.] 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/52/1979 (1981); *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, Comm. 56/1979, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/56/1979 (1981). מקורו במשפט הרומי וכיום נחשב לעקרון כללי של המשפט הבינלאומי, ראו Dirk Pulkowski, *Narratives of Fragmentation: International Law between Unity and Multiplicity*, 3 ESIL 12 (2005); Anja Lindroos, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, 1 Nordic J. Int'l L. 74 (2005); YORAM DINSTEIN, *THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION* 85 (2009); YUTAKA ARAI-TAKAHASHI, *THE LAW OF OCCUPATION: CONTINUITY AND CHANGES OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, AND ITS INTERACTION WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW* 414-415(2009); Martti Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 (Apr. 13, 2006).

השופט מזוז הציג שתי הנמקות לעמדתו: ראשית, תקנה 119 מצויה בחלק י"ב לתקנות ההגנה, שכותרתו "הוראות ענשים: שונות". שנית, היותה של סנקציה אמצעי הרתעתי אינה שוללת כשלעצמה את היותה בה בעת גם סנקציה עונשית. סיווגה של סנקציה נבחן לפי מהותה ולא דווקא לפי תכליתה, ומכל מקום הרתעה הינה מהתכליות המובהקות של הענישה הפלילית. לדיון, ר' פרשת עליזה, לעיל ה"ש 14, פס' 8 לפסק דינו של השופט מזוז. לדיון ביעילות מדיניות הריסת הבתים וחשיבותה התאורטית של שאלה זו, ראו עמיחי כהן וטל מימרן "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 31, 5 (2014).



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

השופט מזוז העניק חשיבות לעובדה שוועדת שני המליצה בשנת 2005 על הפסקת השימוש במדיניות הריסת הבתים – המלצה שכאמור לעיל אכן יושמה עד לשנת 2008, אז המדיניות חזרה לשימוש – והוסיף כי עם החזרה לשימוש במדיניות, מן הראוי שיינתן מענה מספק ועדכני לשאלות הקשות שהובאו בפני בית המשפט.³² לאור כל האמור לעיל, ציין השופט מזוז כי יש מקום לבחון מחדש את חוקיות אמצעי הריסת הבתים, ובפרט לדרוש ממדינת ישראל להגיב בצורה מפורטת יותר למגוון הטענות שהועלו על ידי העותרים.³³ עוד הציע השופט מזוז, לשקול הטלת הגבלות נוספות על יישום המדיניות.³⁴ על מנת להבין טוב יותר את דעת המיעוט של השופט מזוז, יש להביא בחשבון החלטה נוספת שקיבל בית המשפט העליון באותו היום שבו נתקבלה ההחלטה דנן. החלטה זו עוסקת בעתירה נגד הריסת בית שבו התגורר המחבל אשר דקר למוות את החייל אלמוג שילוני. בעניין זה, הפעם היה זה השופט מזוז שכתב את דעת הרוב של בית המשפט, אשר קבעה כי יש לבטל את הצו להריסת דירתו של פעיל הטרור, נוכח העובדה שהצו ניתן 11 חודשים לאחר הפיגוע, ומכאן הוא אינו מגשים את מטרתה ההרתעתית של מדיניות הריסת

³² פרשת **עליוה**, לעיל ה"ש 14, פס' 3 לפסק דינו של השופט מזוז.
³³ שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט מזוז. לדיון מעמיק באשר לאופן שבו הריסת בתים מפרה את דיני זכויות האדם, המשפט הבינלאומי ההומניטרי והמשפט הבינלאומי הפלילי, ראו "חוות דעת מומחים: חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי" **המוקד להגנת הפרט** www.hamoked.org.il/Document.aspx?dID=Documents2512 (להלן: "חוות דעת מומחים").

³⁴ הדוגמאות אותן הציג השופט מזוז הן: (א) הבחנה בין בית שהוא ביתו וקניינו של פעיל הטרור, לבין בית בו הוא בגדר "דייר נלווה" בלבד, כגון בית הוריו בו הוא מתגורר, לעתים אף באופן מוגבל, כגון סטודנט השוהה בבית רק בחופשות; (ב) הבחנה בין מקרים שבהם הבית שימש בפועל לפעילותו הטרוריסטית של פעיל הטרור, לבין מקרים שבהם הבית שימש לפעיל רק כבית מגורים; (ג) הבחנה בין מקרים שבהם בני המשפחה של פעיל הטרור, דיירי הבית המיועד להריסה או לאטימה, היו שותפים במידה זו או אחרת למעשי המפגע, לבין מקרים בהם בני המשפחה לא היו מודעים כלל לכוונותיו או אף הסתייגו מפעילותו; (ד) הגבלות על עיתוי הוצאת הצו ועל מועד ביצועו; (ה) נסיבות העשויות להצדיק להתנות את הוצאת צו לפי תקנה 119 בהרשעה בפלילים ולא להסתפק בראיות מנהליות, להבדיל ממקרים בהם הדבר אינו נדרש; (ו) הפעלת מבחן המידתיות כמוכן הצר בקביעת התאמה הולמת בין חומרת המעשים בגינם הופעלה התקנה ונסיבות רלבנטיות נוספות להפעלתה, לבין מדרג חומרת הסנקציה. לדיון, ראו פרשת **עליוה**, לעיל ה"ש 14, פס' 13 לפסק דינו של השופט מזוז.



בתים ככלי יעיל ומהיר.³⁵ מדובר בהחלטה אמיצה וחשובה, אשר נכתב לגביה כי היא מהווה נקודת ציון בדיון המשפטי על הריסת בתים ומהווה סדק, יחד עם דעת המיעוט של השופט מזוז בעתירה מושא רשימה זו, בעמדה המסורתית של בית המשפט העליון בנושא חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים ויעילותה.³⁶ מעניין לציין כי השופט מזוז, מכוח תפקידו כיועץ המשפטי לממשלה בשנת 2008, הביע אז את עמדתו לפיה אף שבמהלך שלוש שנים נמנעה מערכת הביטחון מהריסת בתים, אין כל מניעה משפטית להורות, כעבור אותן שנים, על נקיטת הליך להריסת בית או לאטימתו, אם לדעתו של המפקד הצבאי פעולה זו אכן נדרשת מטעמי ביטחון – בכפוף לדרישות של סבירות ומידתיות.³⁷ ההתפתחות בגישתו של השופט מזוז בנושא חוקיות הריסת בתים ויעילותה, או לכל הפחות באשר לצורך לבחון לעומק את הסוגיות הללו מחדש, מעוררת תקווה כי צורך זה יוכר גם על ידי שופטים נוספים של בית המשפט העליון, אף אם עד היום הם נמנעו מלעשות זאת.

³⁵ פרשת אבו חאשיה, לעיל ה"ש 22. השופט מזוז הביע ביקורת על הטענה כי הסלמה בפעילות טרור מצדיקה את הוצאת הצו עכשיו, שכן הדבר מעיד לתחושתו שההחלטה המאוחרת לפעול נגד בית המשפחה היא תוצאה של אירועים שאינם קשורים למקרה שבפניו. השופט זילברטל הצטרף לעמדתו של השופט מזוז באשר לצורך בביטול צו ההריסה, אולם בשונה ממנו כתב כי הבסיס לביטול הצו הוא היעדר הסבירות באופן הפעלת הסמכות, ולא היעדר הסמכות עצמה. השופט רובינשטיין, אשר הוסיף דעת מיעוט, הביע את עמדתו לפיה יש לקבל את העתירה באופן חלקי, קרי שתיהרס מחצית מקומת הקרקע של המבנה.

³⁶ אייל גרוס "פרשנות: פסיקות בג"ץ סודקות את השימוש באמצעי הדרקוני של הריסת בתי מחבלים" הארץ 2.12.2015. בפרשה נוספת שנתקבלה ב-22 בדצמבר, 2015, הפנה השופט מזוז, בדעת מיעוט נוספת, את הזרקור לדרישת המידתיות בהפעלת מדיניות הריסת הבתים. לתפיסת השופט מזוז, גם אם הפעלת תקנה 119 לא תישלל מבחינה עקרונית, קיימת סכנה להפעלה בלתי-מידתית שלה – במיוחד בכל הקשור לפגיעה בחפים מפשע. לגישת השופט מזוז, פרשנות תקנה 119 בראי עקרונות יסוד של מדינת ישראל צריכה להוביל להצדקת ההריסה רק לגבי החלק בבית שבו הוכח שהמחבל השתמש. השופט מזוז הציג לכך נימוק כפול: במישור הפרקטי, השופט מזוז ציין כי לעתים הפעלת הסמכות פוגעת רק בקרובים ובשכנים החפים מפשע ולא במחבל עצמו (שנהרג או נכלא), וכי מדיניות גורפת של הריסת חלקי הבית בהם השתמשו החפים מפשע תמנע תמריץ הרתעתי למניעת פיגועים עתידיים. במישור העקרוני קבע השופט מזוז שסנקציה המכוונת לפגיעה בחפים מפשע אינה ניתנת כלל להצדקה, ללא קשר לחומרת האירוע או לתכלית ההרתעית. לדיון ראו בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, (טרם פורסם, 22.12.2015), פס' 6-7, 11-14, 16-17, ו-27 לפסק דינו של השופט מזוז.

³⁷ לדיון ראו פרשת אבו דהים, לעיל ה"ש 1, פס' 3.



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

על רקע האמור, אקדיש את המשך הרשימה לדיון בשאלת יעילות הריסת הבתים, ואבהיר את החשיבות החוקית והמעשית של דיון מעמיק בחוקיות מדיניות הריסת הבתים וביעילותה, לאור עקרון המשלימות.

3. יעילות הריסת בתים

3.1. מבוא

קשה להתייחס למדיניות הריסת הבתים 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.³⁸ נראה כי קשה עד בלתי אפשרי להכריע מה קדם למה – האם מדיניות הריסת הבתים הגבירה או צמצמה את היקף פעולות הטרור, או שדווקא פעולות הטרור המרובות הן שהולידו את השימוש הנרחב בה כאמצעי משלים, או לעתים חלופי, לאמצעים אחרים כגון מעצר מנהלי, גירוש ותיחום מגורים, צווי הגבלה והעמדה לדין פלילי. בנוסף, קשה להתעלם מהעובדה שלפי הנתונים הקיימים מדיניות הריסת הבתים מומשה ביתר שאת דווקא בתקופה שבה מספרם ואיכותם של הפיגועים היו מהגבוהים והקשים שידעה מדינת ישראל, וכי השימוש במדיניות הריסת הבתים בתקופות אלו לא הוביל לירידה ברורה בהיקף פעילות הטרור.³⁹ העובדה שגל הטרור הנוכחי, אשר נתפס כעליית מדרגה בקרב מקבלי ההחלטות וגורמי ביטחון, עומד מאחורי הרצון המוגבר לבצע הריסות בתים לאחרונה, ואף עומד בבסיס דעת הרוב בהחלטה מושא רשימה זו לדחות את העתירה,⁴⁰ מעידה גם היא על חשיבות הדיון הספקני ביעילות הריסת בתים כאמצעי להרתעה נגד פנייה לטרור.

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,⁴¹ כיוון שאלו מאפשרים קבלת החלטת מושכלת בנושאי

³⁸ לדיון באשר לשיקולים הרבים שיש להביא בחשבון, ראו, לדוגמה: אריה שלו **האינתיפאדה: הסיבות, המאפיינים וההשלכות** (1990).

³⁹ לדיון, ראו כהן ומימרן " עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים ", לעיל ה"ש 3.

⁴⁰ לדיון, ראו פרשת **עליזה**, לעיל ה"ש 14, פס' 19 לפסק דינו של השופט שהם.

⁴¹ Michael Heise, *The Importance of Being Empirical*, 26 PEPP. L. REV. 807 (1999); לקריאה נוספת לגבי הגדרות של נתונים אמפיריים ושימוש בהם, ראו, לדוגמה: Lee Epstein & Gary King, *The Rules of Inference*, 69 U. CHI. L. REV. 1 (2002); Jack



מדיניות. ⁴² בהקשר של מדיניות הריסת הבתים, אפשר היה לבחון את היחס בין מספר האנשים שביצעו פעולות טרור שביתם לא נהרס, לבין מספר האנשים שביתם אכן נהרס בעקבות פעולת טרור שביצעו. 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.

בנוסף, גם אם נניח שהריסת בתים יוצרת הרתעה מסוימת, ישנם שיקולים אחרים, המעידים כי הרס הבית עלול להיתפס כמעשה בלעם: כך, יש לקחת בחשבון, בין היתר, את העובדה שהריסת הבית מעניקה "אות כבוד" למשפחתו של המחבל שביתו נהרס; שהריסת בית הביאה פעמים רבות לבניית בית חדש במימון חיצוני ושיפורה למעשה את תנאי הדיור של המשפחה; שהריסת הבתים יצרה לחצים מקומיים ובינלאומיים, ⁴³ שהביאו להגבלות על יכולתה של המדינה לנקוט אמצעים אחרים נגד הטרור ולעידוד השנאה לישראל, ועוד. אין דרך טובה להכריע בין השיקולים האמורים על סמך תחושות בטן והערכות ובלא מחקר נתונים סטטיסטיים. ⁴⁴

Goldsmith & Adrian Vermeule, *Empirical Methodology and Legal Scholarship*, 69 U. CHI. L. REV. 153 (2002).

Susan D. Franck, *Essay: Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution*, 48 VA. J. INT'L L. 767, 770 (2008) ⁴²

US Condemns Terrorist Home Demolition Directive, THE TIMES OF ISRAEL (Nov. 13, 2014) ⁴³

Maya Shwayder, *UN Blasts West Bank House Demolitions*, THE JERUSALEM POST (Jul. 12, 2014) <http://www.jpost.com/Arab-Israeli-Conflict/UN-blasts-W-Bank-house-demolitions-383848>

מתוך הבנה כי הפנייה לנתונים אמפיריים היא חשובה, אך לא יכולה לשמש ככלי בלעדי בקבלת החלטות, בחנו במחקר נרחב שאנו עתידים לפרסם, את השאלה אם מקבלי ההחלטות הגיעו למסקנות שגויות בדבר יעילות השימוש באמצעי הריסת בתים, לא רק בשל העדר הסתמכות על נתונים מספקים, אלא גם לאור השפעתן של ההטיות (Biases) הקוגניטיביות עליהם. במחקר זה אנו טוענים כי הצדקות של עלות-תועלת מצטיירות פעמים רבות כהחלטות רציונליות, ואילו למעשה, במקרים מסוימים ובפרט בנוגע למדיניות הריסת הבתים, הן מושפעות במידה רבה מהטיות קוגניטיביות ואינן עומדות במבחן רציונלי. 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); 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*



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

מקור שבו ניתן היה, אולי, לנסות ולאתר נתונים המעידים על יעילות מדיניות הריסת הבתים, הוא הוועדה בראשות האלוף אודי שני. עם זאת, הדיונים שהוועדה 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 מצגת ממנה ניתן ללמוד על נקודות בדיוניה של הוועדה ועל חלק מהמסקנות אליה היא הגיעה.⁴⁵ למרבה הצער, במצגת זו אין כל התייחסות לקיומם של נתונים אמפיריים בנוגע להריסת בתים לצורכי הרתעה. גם בהחלטה מושא רשימה זו בחר בית המשפט להסתמך על דו"ח סודי,⁴⁶ אשר לא מאפשר לציבור לגלות אם אכן ישנם נתונים המעידים על יעילות מדיניות הריסת הבתים. כחלק מהדיון בסוגיה זו, חשוב לציין כי יש הטוענים לקיומן של 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 ההרתעתית של מדיניות הריסת הבתים בתקופת האינתיפאדה הראשונה הלכה ופחתה עם הזמן.⁴⁷ 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 הריסת הבתים יצרה הרתעה מסוימת, אך ככל שהזמן התקדם, ובפרט לאחר שאש"ף החל להעניק פיצויים כספיים למשפחות הנפגעים, השפעה זו הלכה

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).

ראו "צהל מציג: חשיבה מחדש על הריסת בתים" **התנועה לחופש המידע** 18.5.2009 ⁴⁵
www.meida.org.il/?p=287
⁴⁶ פרשת **עליוה**, לעיל ה"ש 14, פס' 22 לפסק דינו של השופט שהם.
⁴⁷ שלו, לעיל ה"ש 38, בעמ' 129.



ופחתה.⁴⁸ תא"ל שלו הודה כי הבריקה נעשתה באופן חלקי בלבד, מאחר שהיא הביאה בחשבון רק את היחס בין אירועים חבלניים לבין הריסת בתים, מבלי להתייחס להשפעה של אמצעים אחרים (מעצר מנהלי או שינוי הוראות פתיחה באש) ושיקולים נוספים (כמו מספר החיילים בשטח באותה נקודת זמן), אך מבחינתו די בנתונים אלה על מנת להציג את כיוון הדברים.⁴⁹ כך, לדידו של תא"ל שלו, לאחר שהתחילה הריסת הבתים, זו הביאה לתוצאה הפוכה מהכוונה שעמדה מאחוריהן – במקום לצמצם את היקף הפעילות האלימה, זו רק הלכה והתגברה.⁵⁰ טענה דומה הועלתה גם בהקשר של האינתיפאדה השנייה.⁵¹

3.2. עמדת בית המשפט העליון

חרף כל האמור, בית המשפט העליון הביע מספר פעמים עמדה לפיה מחקרים מדעיים או נתונים סטטיסטיים לא יוכלו להוכיח את יעילותה של המדיניות.⁵² גם בקרב גורמים בשב"כ הובעה ספקנות באשר ליכולת של נתונים מספריים להוכיח או להפריך את הטענה כי מדיניות הריסת הבתים היא יעילה.⁵³ עם זאת, לאחרונה מסתמן שינוי מבורך בגישת חלק משופטי בית המשפט העליון, והם נכונים יותר להיעזר בנתונים אמפיריים לשם בחינת יעילותה של מדיניות זו.⁵⁴

על רקע דעת המיעוט של השופט מזוז, ניכר כי שאלת יעילותה של מדיניות הריסת הבתים, ובפרט קיומם של נתונים לגבי יעילותה, ממשיכה להדהד במחוזותינו. ביטוי נוסף לכך ניתן לאחרונה במסגרת עתירה עקרונית נגד מדיניות הריסת הבתים, אותה הגישו שמונה ארגוני זכויות אדם בהתבסס על חוות הדעת של מספר מומחים למשפט

48 שם. לדיון בנושא ראו "הריסות ואטימות בתים כאמצעי ענישה בגדה המערבית וברצועת עזה – דו"ח מעקב" 7 בצלם (1990)

www.btselem.org/sites/default/files/hrsvt_ntymvt_btym_kmtsy_nyshh.pdf

49 שלו, לעיל ה"ש 38, בעמ' 127.

50 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.

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

52 בג"ץ 2006/97 ג'נימת 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).

53 כך עולה משיחות שקיימו עם גורמים ביטחוניים.

54 בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 1, פס' כ"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 6-8 לפסק דינו של השופט סולברג.



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

בינלאומי,⁵⁵ בבקשה שבית המשפט העליון יכריז כי המדיניות מנוגדת למשפט הבינלאומי, למשפט החוקתי הישראלי ולמשפט המינהלי הישראלי.⁵⁶ בית המשפט החליט לדחות עתירה זו בקובעו כי כל הטענות המשפטיות שהועלו בעתירה כבר נענו במסגרת עתירות פרטניות בעבר, וכי הוא אינו מוצא לנכון לפתוח מחדש שאלות משפטיות שכבר הכריע בהן.⁵⁷ אגב ההחלטה בעתירה העקרונית, התייחסו שופטי בית המשפט העליון לצורך לבחון את יעילותה של מדיניות הריסת הבתים, ובייחוד אם היא מרתיעה מפגעים פוטנציאליים מביצוע פעולות טרור נגד מדינת ישראל.

השופט רובינשטיין ציין כי אי-אפשר להניח לעד כי מדיניות הריסת הבתים משיגה הרתעה, בלי שיובאו נתונים המאמתים השערה זו. לפיכך, הבהיר השופט רובינשטיין, יש לערוך בחינה עתית הכוללת עריכת מחקר ומעקב בנוגע למדיניות, כפי שעשתה ועדת שני. יתר על כן, ציין השופט רובינשטיין, יש להביא לפני בית המשפט נתונים המעידים על יעילות המדיניות במידה המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים במעורבות בפעולות טרור.⁵⁸ 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 הבתים.

בניגוד לעמדתו של השופט רובינשטיין, השופט סולברג טען כי מדיניות הריסת הבתים יעילה בהרתעה מפני פנייה עתידית לטרור. השופט סולברג הפנה למחקר הגורס כי הריסת בתים של מחבלים מתאבדים ושל מעורבים אחרים במעשי טרור מביאה לירידה מיידית במספר פיגועי ההתאבדות שביצעו מפגעים המתגוררים באזור שבו

⁵⁵ המדובר בפרופ' איל בנבנישתי, פרופ' ארנה בן-נפתלי, פרופ' גיא הרפז, פרופ' יובל שני ופרופ' מרדכי קרמניצר. ראו "חוות דעת מומחים", לעיל ה"ש 33.

⁵⁶ בעיקר נטען כי מדיניות הריסת הבתים היא עונש קולקטיבי, משום שהיא מפרה את האיסור בגין הריסה שרירותית של רכוש מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי, משום שהיא מפרה את עקרון המידתיות במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי, משום שהיא בבחינת פשע מלחמה של הריסה מסיבית של רכוש שאינה עולה כדי צרכים צבאיים הכרחיים, ומשום שהיא מפרה עקרונות יסוד של המשפט העברי. ראו: בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 1, פסקאות ד-י לפסק דינו של השופט רובינשטיין. 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 י"א ו-כ"ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁵⁷ שם, פס' ט"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁵⁸ שם, פס' כ"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.



בוצעה ההריסה.⁵⁹ ישנה בעייתיות בקביעתו של השופט סולברג, לאור העובדה שמשמעותו של המחקר עליו הוא נסמך היא מוגבלת, כפי שאפרט בקצרה. השופט סולברג הודה בעצמו כי יעילותה של מדיניות הריסת הבתים שהוכחה לכאורה במחקר, הייתה תקפה רק לתקופה קצרת טווח ובמרחב גיאוגרפי מוגבל – השפעתה נמוגה בחלוף חודש אחד בלבד, והייתה תחומה אך ורק לאזור הגיאוגרפי שבו בוצעה ההריסה.⁶⁰ מכאן, הטענה בדבר יעילותה של מדיניות הריסת הבתים למשך חודש בלבד ובאזור גיאוגרפי מוגבל לא משכנעת בהתייחס לניסיון הישראלי, הואיל והמדיניות יושמה במשך עשרות שנים בשלושה אזורים גיאוגרפיים שונים (רצועת עזה, הגדה המערבית ומזרח ירושלים).

בנוסף, המחקר שאליו מפנה השופט סולברג מכיר ביעילותה של הריסת בתים לטווח קצר ובהיקף גיאוגרפי מצומצם, ואילו כותבי המחקר מסייגים בעצמם אמירה זו במפורש ומבהירים כי אין הדבר אומר שיהיה מוצדק לנקוט בהריסת בתים כמדיניות ארוכת טווח.⁶¹ המחקר מוסיף ומצביע על כך ששימוש בהריסת בתים כמדיניות אף עלול להגביר את היקף פעולות הטרור ואת הטינה כלפי ישראל בקרב הקהילה הבינלאומית.⁶² מכאן, עולה כי המחקר עליו נשען השופט סולברג מכיר באפשרות ששימוש במדיניות הריסת הבתים 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 מיישום המדיניות.

למען השלמת התמונה, יש לציין כי גם השופטת חיות הפנתה לאותו מחקר, בטענה שהוא מעיד על יעילותה של המדיניות ולו לתקופה קצרה ובהיקף גיאוגרפי תחום. עם זאת, השופטת חיות הבהירה כי היא תומכת בגישתו של השופט רובינשטיין לפיה יש לקיים בחינה, מעקב ומחקר מעת לעת באשר ליעילותה של מדיניות הריסת הבתים ושל התועלת הטמונה בה.⁶³

3.3. חשיבותה של שקיפות בבחינת יעילות המדיניות

⁵⁹ Efraim Benmelech, Claude Berrebi, & Esteban Klor, *Counter-Suicide-Terrorism: Evidence from House Demolitions*, NBER WORKING PAPER SERIES (2010).

⁶⁰ בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 1, פס' 6–7 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁶¹ Benmelech et al., לעיל ה"ש 59, בעמ' 3.

⁶² ש.ס.

⁶³ בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

זכות הציבור לקבל מידע בנוגע לפעולות השלטון מוכרת בישראל ובעולם כזכות יסוד המקושרת בטבורה לחופש הביטוי, ומהווה רכיב עיקרי בכל משטר דמוקרטי.⁶⁴ אמנם, ניתן להגביל את גישת הציבור למידע משיקולי ביטחון לאומי, אך הגבלות אלו עלולות להטות את דעת הציבור ולפגום בלגיטימיות של הפעולה.⁶⁵ הסתרת מידע רלוונטי מקשה גם על גיבוש עמדה מנומקת באשר לחוקיות או ליעילות של מדיניות מסוימת, דוגמת הריסת בתים. מנגד, שקיפות בנוגע למידע שמנחה את פעולות השלטון מעודדת אחריותיות, ביקורת אמיתית ואמון ציבורי בשלטון.⁶⁶ במילים אחרות, שקיפות שלטונית אינה רק זכות חשובה אלא גם כלי ברשות המדינה לגייס תמיכה ציבורית מבוססת בנוגע לפעולות שנויות במחלוקת.

⁶⁴ בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל נ' גרי, פ"ד טז(4) 2407 (1962); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, פס' 13 (1989); דברי הסבר להצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז-1997, ה"ח 397, 397; Eliav Lieblich, *Show Us the Films: Transparency, National Security and Disclosure of Information Collected by Advanced Weapon Systems Under International Law*, 45 ISR. L. REV. 459, 463 (2012); PHILIP ALSTON, REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR ON EXTRAJUDICIAL, SUMMARY OR ARBITRARY EXECUTIONS, STUDY ON TARGETED KILLINGS, 88 U.N. Doc Ann Florini, *Introduction: The Battle Over Transparency*, in THE RIGHT TO KNOW: TRANSPARENCY FOR AN OPEN WORLD 1, 3 (Ann Florini ed., 2007); Joseph E. Stiglitz, *On Liberty, the Right to Know, and Public Disclosure: The Role of Transparency in Public Life*, OXFORD AMNESTY CONFERENCE 1, 26 (1999); https://www0.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/download/2001_On_Liberty_the_Right_to_Know_and_Public.pdf

⁶⁵ Alasdair Roberts, *Transparency in the Security Sector*, in THE RIGHT TO KNOW: Deborah; TRANSPARENCY FOR AN OPEN WORLD 309, 312, 317 (Ann Florini ed., 2007); Avant & Lee Sigelman, *Private Security and Democracy: Lessons from the US in Patrizia Nanz & Jens Steffek, Global Iraq*, 19 SEC. STUD. 230, 232, 236 (2010); *Governance, Participation and the Public Sphere*, 39 GOV'T & OPPOSITION 314, 320-321 (2004).

⁶⁶ Elia Armstrong, *Integrity, Transparency and Accountability in Public Administration: Recent Trends, Regional and International Developments and Emerging Issues*, U.N. Economic and Social Affairs, 1-2 (2005) Department of ; <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan020955.pdf>; Thomas Blanton, *The World's Right to Know*, 131 FOREIGN POL'Y 50, 50, 52 (2002); Stephan Grimmlich, Gregory Porumbescu, Boram Hong, & Tobin Im, *The Effect of Transparency on Trust in Government: A Cross-National Comparative Experiment*, 73 PUB. ADMINISTRATION REV. 575, 575, 583 (2013).



חרף האינטרס הציבורי הרב הגלום בהצגת נתונים המעידים על יעילות מדיניות הריסת הבתים, בשלב זה לא ניתן למצוא כאלו. הסתמכות בית המשפט העליון על דוחות סודיים, אשר אינם מהווים מחקר מקיף אלא ריכוז מידע, ושאינם מעידים בבידור על כך שפגיעה בבית של אדם שאינו קרוב של המחבל ואינו מודע לכוונתו לבצע פעילות טרור יוצרת הרתעה, היא בעייתית ביותר.⁶⁷ לאור העניין הציבורי הרב בנושא, ובמיוחד על רקע קיומם של מחקרים המבססים את הטענה כי הריסת בתים משיגה דווקא את התוצאה ההפוכה מזו שמצופה, ככל שישנו מחקר שמוכיח את היעילות של הריסת בתים – צריך להציגו לציבור ולבחון את הרלוונטיות שלו מחדש מעת לעת. הצורך בבחינת יעילות מדיניות הריסת הבתים הוכר, כאמור, על ידי המשנה לנשיאה רובינשטיין ועל ידי השופטת חיות.⁶⁸ הצורך בנתונים לשם הערכת פעולות השלטון מוכר גם על ידי בית הדין הבינלאומי הפלילי (ICC), שבו אדון בחלק הבא של רשימה זו, מהטעם הפשוט שהמשפט הבינלאומי הפלילי דורש ראיות ברורות כדי להשתכנע ממהימנותם של הליכי חקירה פנימיים במדינות.⁶⁹ יש לקוות כי שופטים נוספים בבית המשפט העליון ילכו בדרך שמתווה השופט מזוז וידרשו רף הוכחה גבוה ליעילות מדיניות הריסת הבתים, וכי הדיאלוג בנושא יתבצע בשקיפות ולא במחשכים.

4. ביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון ועקרון המשלימות

גורם חשוב נוסף המצדיק בחינה מחודשת של חוקיות מדיניות הריסת הבתים הוא עקרון המשלימות (complementarity), החולש על הפעלת השיפוט הפלילי הבינלאומי. עיקרון זה עוגן בסעיף 17 לחוקת 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

⁶⁷ פרשת עליוה, לעיל ה"ש 14, פס' 22 לפסק דינו של השופט שהם.
⁶⁸ בג"ץ המוקד להגנת הפרט, לעיל ה"ש 1, פסקה כ"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.

⁶⁹ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11, Decision on the Admissibility of the Case Against Saif Al-Islam Gaddafi, 53-55 (May 2013); Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, ICC.01/09.02/11 OA, Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya Against the Decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute", 61 (Aug. 30, 2011).



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

אמתי את החקירה או את ההעמדה לדין.⁷⁰ עיקרון זה, המהווה אדן מרכזי של המנגנון אותו מגבשת החוקה, הוא תוצר פשרה פוליטית שמטרתה יצירת איזון מקובל בין הערכאה האוניברסלית לבין רשויות השיפוט הלאומיות.⁷¹ למעשה, עיקרון זה נועד לתמרץ את המדינה הרלוונטית לעשות מלאכתה נאמנה.

העובדה שבית המשפט מכיר בחוקיות מדיניות הריסת הבתים, מביאה לכך שלא מתקיימות בישראל חקירות אודות הפרות אפשריות של המשפט הבינלאומי כתוצאה מיישום המדיניות. מנגד, כפי שיוסבר מיד, הריסת בתים בהיקף נרחב עלולה לעלות לכדי פשע מלחמה בהתאם לחוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי. בשל זאת, ככל שבית הדין הבינלאומי הפלילי יבקש להחיל את סמכותו בנוגע להריסת בתים, לא ניתן יהיה להעלות את עיקרון המשלימות כגורם מונע בפני התערבות בינלאומית זו.

באשר למהותו של עקרון המשלימות, בסעיף 17(2) לחוקת רומא פורטו מקרים שהתקיימותו של אחד מהם היא עדות לכך שלא התקיימה חקירה אמיתית: ההליכים ננקטו או ננקטים, או שהחלטה 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 האלה: א) החקירה נערכת בתום לב, כלומר כדי למצות את הדין עם הנחקר ולא כדי לגונן עליו מפני העמדה לדין; ב) החקירה נערכת ללא עיכובים בלתי מוצדקים בנסיבות העניין; ג) החקירה עצמאית ומנוהלת ללא משוא פנים.⁷²

⁷⁰ 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).

⁷¹ לדיון, ראו עמיחי כהן "משפט בינלאומי" אצל רובי סיבל **משפט בינלאומי** (2010); ארנה בן-נפתלי ויובל **שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** (2006).

⁷² 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 and 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*



ישראל אמנם אינה חברה בחוקת רומא, אך קיימת אפשרות שבית הדין הבינלאומי הפלילי ידון בתיקים העוסקים בישראל ובפעולותיה, ובפרט בהריסות בתים. ככלל, על מנת שבית הדין יוכל לממש את סמכותו המהותית צריך להתקיים אחד מהתנאים הבאים: הפשע בוצע בשטחה של מדינה חברה בחוקת בית הדין;⁷³ הפשע בוצע על ידי אדם בעל אזרחות של מדינה חברה בחוקת בית הדין;⁷⁴ מועצת הביטחון של האו"ם הפנתה אירוע מסוים, שבו בוצעו לכאורה פשעים, לחקירת התובע מטעם בית הדין הפלילי.⁷⁵ כאמור, מדינת ישראל בחרה שלא להצטרף לחוקת רומא;⁷⁶ עם זאת, לאחרונה

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)

Rome Statute of the International Criminal Court art.12(a), 28, Jul. 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90 (להלן: חוקת רומא).⁷³

לדין, ראו ROBERT CRYER, HÅKAN FRIMAN, DARRYL ROBINSON & ELIZABETH WILMSHURST, AN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND PROCEDURE 384 (2007); Douglas Sheehan, *The Backdoor to the ICC: Jurisdiction Over Dual Nationals and the Shadow of the Court*, 17 NEW ENG. J. INT'L & COMP. L. 347 (2011); Zsuzsanna Deen-Racsmany, *The Nationality of the Offender and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 95 AM. J. INT'L L. 606 (2001).⁷⁴

חוקת רומא, לעיל ה"ש 73, ס' 13(b). יש שלושה תנאים מקדמיים נוספים להפעלת סמכות בית הדין (הראשון מהם הוא משלימות, הנדון בחלק זה של הרשימה): (א) אין מדינה אחרת בעלת סמכות שיפוט לגבי אותו האדם המעוניינת או מסוגלת להעמידו לדין; (ב) בית הדין ידון רק בפשעים החמורים ביותר העומדים בראש מעייניה של הקהילה הבינלאומית; (ג) בית הדין לא יפעיל את סמכותו אם תידרש חקירה המנוגדת לאינטרסים של צדק. לדין, ראו Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07 OA8, Judgment of the Appeal Chamber on the Admissibility of the Case, 81 (Sep. 25, 2009); Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision of Pre-Trial Chamber 1, 63 (Feb. 24, 2006); Ambos *Peace Process The International Criminal Court (ICC) and Terrorism as an International Crime*, 14 MICH. ST. J. INT'L L. 121, 132-33 (2006).⁷⁵

ישנן שלוש סיבות עיקריות להחלטתה של מדינת ישראל שלא להצטרף לחוקת רומא: (1) חשש משימוש לרעה ממניעים פוליטיים של מנגנוני הפעולה של בית הדין; (2) חלק מהאמצעים שבהם מדינת ישראל עושה שימוש במאבק בטרור שנויים בחלוקת, ממש כמו הריסת בתים, וישנו חשש כי הם עולים לכדי פשעי מלחמה בהתאם לחוקת רומא; (3) חשש שמדיניות ההתנחלויות של ישראל מהווה פשע מלחמה בהתאם לחוקת רומא. לדין בישראל ובית הדין הבינלאומי הפלילי ראו עמיחי כהן וטל מימרן "עדכון בדבר קבלת בקשתה של הרשות הפלסטינית להצטרף לבית הדין הבינלאומי הפלילי" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 19.1.2015 (להלן: כהן ומימרן "קבלת בקשתה של הרשות"); יובל שני "ישראלים על ספסל הנאשמים? השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל" **המשפט ט** 51, 83 (2004) (להלן: שני "ישראל על ספסל הנאשמים"); בן-נפתלי ושני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 321; ICC ; Yael Ronen,⁷⁶



תובעת בית הדין הבינלאומי הפלילי קיבלה את בקשתה של פלסטין להצטרף כמדינה חברה לחוקת בית הדין, והצהירה על התחלת בדיקה מקדמית בדבר טענות לגבי פשעים שבוצעו לכאורה בשטחי הרשות הפלסטינית לקראת מבצע "צוק איתן" שהתחולל לפני כשנה, ובמהלכו.⁷⁷ הצטרפות פלסטין לחוקת בית הדין הפלילי צריכה לשמש כתמרור אזהרה למקבלי ההחלטות בישראל, ולעודד אותם, בעת קבלת החלטות, להביא בחשבון את האפשרות של נטילת סמכות שיפוט בבית הדין הבינלאומי הפלילי על פעולות כוחות הביטחון, גם בהקשרים אחרים מלבד מבצע "צוק איתן". אמירה זו חשובה במיוחד בנוגע לפעולות ביטחוניות שנויות במחלוקת, כגון הריסת בתים, בשל העובדה שמדובר בהפרות אפשריות של חוקת רומא.

באשר לחוקיות הריסת בתים בהתאם לחוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי, סעיף 8(2)(a)(iv) לחוקת רומא 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.⁷⁸ עולה אם כן כי סעיף זה כולל שתי דרישות עיקריות –

Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip: Article 12(3) of the ICC Statute and Non-state Entities, 8 J. INT'L CRIM. JUST. 3 (2010); Yuval Shany, *In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute: A Response to Yael Ronen*, 8 J. INT'L CRIM. JUST. 329 (2010); Malcolm N. Shaw, *The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law*, 9 J. INT'L CRIM. JUST. 301 (2011); John Dugard, *Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?*, 11 J. INT'L CRIM. JUST. 563 (2013); Ayelet Levy, *Israel Rejects Its Own Offspring: The International Criminal Court*, 22 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 207 (1999); Daniel A. Blumenthal, *The Politics of Justice: Why Israel Signed the International Criminal Court Statute and What the Signature Means*, 30 GA. J. INT'L & COMP. L. 593 (2002); Eugene Kontorovich, *Israel/Palestine – The ICC's Uncharted Territory*, 11 J. INT'L CRIM. JUST. 979 (2013); Yael Ronen, *Israel, Palestine and the ICC – Territory Uncharted but Not Unknown*, 12 J. INT'L CRIM. JUST. 12 (2014) Christopher "Kip" Hale & Maanasa K. Reddy, *A Meeting of the Minds in Rome: Ending the Circular Conundrum of the U.S.-ICC Relationship*, 12 WASH. U. GLOB. STUD. L. REV. 581 (2013); Bartram S. Brown, *U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response*, 31 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 855 (1999).

⁷⁷ לדיון, ראו כהן ומימרן "קבלת בקשתה של הרשות", לעיל ה"ש 76. לדיון עקרוני בסמכות שיפוט בית הדין הבינלאומי הפלילי על ישראלים, ראו שני "ישראל על ספסל הנאשמים", לעיל ה"ש 76, בעמ' 83.

⁷⁸ אף שהריסת בית יחיד לא תעמוד בסטנדרט המשפטי של פגיעה רחבת היקף, חשוב לזכור כי מדיניות הריסת הבתים הופעלה לאורך עשרות שנים, ובתקופות מסוימות – כגון תקופת האינתיפאדה השנייה – נהרסו מאות בתים על פני מספר שנים בודדות. ראו, לדוגמה:



המתקיימות, כפי שיוסבר להלן, בהקשר של הריסת בתים – כי הפעולה לא תהיה מוצדקת מכורח נחיצות צבאית, וכי היא תהיה בניגוד לחוק. כאשר לדרישה הראשונה, ההגדרה המקובלת של "צורך צבאי" דורשת שהפעולה תשרת את הצורך הצבאי של החלשת האויב, הכנעתו או הבאת הקרבות לכלל סיום.⁷⁹ בפרט, על הפעולה הצבאית להביא לתרומה של ממש למאמץ המלחמתי אשר תבוא לידי ביטוי בפגיעה ישירה וברורה באויב.⁸⁰ כזכור, במקרה של הריסת בתים ההצדקה העיקרית לה אליבא דמדינת ישראל – ובית המשפט העליון שקיבל את עמדת המדינה – היא שההרתעה שהיא מייצרת מחלישה את האויב. מכאן, כל עוד לא מוצגת הוכחה בדבר הרתעה אמיתית כתוצאה מהריסת בתים, יהיה קשה לומר שהיא עומדת בדרישת הצורך הצבאי.

כאשר לדרישה השנייה של סעיף 8(2)(a)(iv) לחוקת רומא, כי הפעולה תהיה לא חוקית, ישנן מספר הוראות של המשפט הבינלאומי שמדיניות הריסת הבתים עלולה

"נתונים על הריסת בתים כאמצעי ענישה בשנים 1987–2004", **בצלם** 1.1.2011, www.btselem.org/hebrew/punitive_demolitions/statistics_since_1987. 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 מבוזעת לצורך צבאי. לדיון, ראו 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). לדיון נוסף, ראו "חווות דעת מומחים", לעיל ה"ש 33.

79 בן-נפתלי ושני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום, לעיל ה"ש 71, 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).
80 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 AND JEAN-MARIE HENCKAERTS, *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW* (2005) Timothy L.H. McCormack, *An Australian Perspective on the ICRC Customary International Humanitarian Law Study*, in *THE LAW OF WAR IN THE 21ST CENTURY: WEAPONRY AND THE USE OF FORCE* 81 (Anthony M. Helm ed., 2006); Leah M. Nicholls, *The Humanitarian Monarchy Legislates: The International Committee of the Red Cross and its 161 Rules of Customary International Humanitarian Law*, 17 DUKE J. COMP. & INT'L L. 223 (2006).



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

להפר, ובכללן איסור ענישה קולקטיבית⁸¹ ואיסור יחס בלתי-אנושי.⁸² מן האמור עולה כי הריסת בתים, המופעלת על ידי מדינת ישראל לאורך מספר עשורים, עלולה בהחלט להיחשב כפשע מלחמה לפי חוקת רומא.⁸³ ממילא, עקרון המשלימות קריטי במיוחד בנוגע ליכולת של מדינת ישראל להתמודד עם איום של העמדה לדין פלילי במישור הבינלאומי.⁸⁴

בית המשפט העליון בישראל דן בעבר במגוון פעולות של כוחות הביטחון, אף בזמן לחימה בפועל,⁸⁵ ובכך הוכיח כי קיים בישראל גורם משמעותי שיכול לבחון את התאמת הצעדים שבפניו להוראות המשפט הבינלאומי. כך, לדוגמה, עסק בעבר בית המשפט בסוגיות רגישות כגון עינויים על ידי השב"כ,⁸⁶ חוקיות סיכולים ממוקדים,⁸⁷ חוקיות נהל שכן⁸⁸ ועוד.⁸⁹

⁸¹ Ariel Zemach, *The Limits Of International Criminal Law: House Demolitions in an Occupied Territory*, 20 CONN. J. INT'L L. 65, 74 (2004). לדיון נוסף, ראו "חוות דעת מומחים", לעיל ה"ש 33.

⁸² Shane Darcy, *Punitive House Demolitions, the ; 150 בעמ' KRETZMER, לעיל ה"ש 16, Prohibition of Collective Punishment, and the Supreme Court of Israel*, 21 PENN ST. INT'L L. REV. 477, 480, 485 (2003).

⁸³ לקריאה על היחס בין המשפט הבינלאומי ההומניטרי למשפט הבינלאומי הפלילי, אשר באמצעותו אוכפים ברמה המהותית וברמה המוסדית 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).

⁸⁴ סיבה נוספת בגינה עקרון המשלימות חשוב כל כך בהקשר של מדינת ישראל, היא העובדה שלאחרונה רמזה תובעת בית הדין הבינלאומי הפלילי 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", **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (2015); כהן ומימרן "קבלת בקשתה של הרשות", לעיל ה"ש 76; ICC: Office of the Prosecutor, Draft Policy Paper on Preliminary Examinations 13-14 (2010) https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-43D7-83D2-6A2C9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf.

⁸⁵ ראו, לדוגמה: בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5) 385 (2004); בג"ץ 9132/07 **אלבסיוני נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 30.1.2008); בג"ץ 3114/02 **רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 19.1.2009); בג"ץ 11 (3) (2002).

⁸⁶ בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (1998). לדיון לגבי ההחלטה, ראו Nico 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); Amos N. Guiora & Erin M. Page, "Torture and the War on Terror": *The Unholy Trinity: Intelligence, Interrogation and Torture*, 37 CASE W. RES. J. INT'L L. 427 (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).

87 בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, 16(2) EUR. J. INT'L L. 171 (2005); Amichai Cohen & Yuval Shany, *A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killing Case*, 5 J. INT'L CRIMI. J. 310 (2007); Kristen E. Eichensehr, *On Target? The Israeli Supreme Court and the Expansion of Targeted Killings*, 116 YALE L.J. 1873 (2007); Eileen Kaufman, *Deference or Abdication: A Comparison of The Supreme Courts of Israel and The United States in Cases Involving Real or Perceived Threats to National Security*, 12 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 95 (2013); 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) סיכולים ממוקדים, ראו Gabriella Blum & Philip Heymann, *Law and Policy of Targeted Killing*, 1 HARV. NAT'L SEC. J. 145 (2010); Marko Milanovic, *Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Case*, 89 INT'L REV. RED CROSS 866 (2007); Melanie J. Foreman, *When Targeted Killing Is Not Permissible: An Evaluation of Targeted Killing Under the Laws of War and Morality*, 15 U. PA. J. CONST. L. 921 (2013); Benjamin McKelvey, *Due Process Rights and the Targeted Killing of Suspected Terrorists: The Unconstitutional Scope of Executive Killing Power*, 44 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1353 (2011); W. Jason Fisher, *Targeted Killing, Norms, and International Law*, 45 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 711 (2007); Leila Nadya Sadat, *Presidential Powers and Foreign Affairs: Rendition and Targeted Killings of Americans: America's Drone Wars*, 45 CASE W. RES. J. INT'L L. 215 (2012); John C. Harwood, *Knock, Knock; Who's There? Announcing Targeted Killing Procedures and the Law of Armed Conflict*, 40 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 1 (2012).

88 בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלון פיקוד המרכז (פורסם בנבו, 6.10.2005). לדיון בפסק הדין, 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).



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

אין סיבה לכך שבית המשפט העליון, שזוכה להערכה בזירה הבינלאומית,⁹⁰ יעסוק בשאלות משפטיות כה מורכבות במקרים מסוימים, אך יעצום את עיניו בנוגע לחוקיות מדיניות הריסת הבתים.⁹¹ המשמעות של הכשרת הריסת בתים על ידי בית המשפט העליון, היא שלעולם לא תתבצע חקירה פלילית הנדרשת מכוח עקרון המשלימות, שבמסגרתה ייבחן הצורך להעמיד לדין על הפרה אפשרית של המשפט הבינלאומי הפלילי. בהקשר הרחב יותר, היעדר דיון רציני בחוקיות הריסת הבתים וחקירתה על ידי בית המשפט, מרחיבים את "הסדק" ועלולים להזמין התערבות בינלאומית בנושא, בפרט על ידי בית הדין הבינלאומי הפלילי.

לסיכום חלק זה, בשל העובדה שנכון להיום לא מתקיימות בישראל חקירות באשר להפרות אפשריות של המשפט הבינלאומי בנוגע להריסת בתים, בית המשפט העליון

⁸⁹ ראו, לדוגמה: בג"ץ 10265/05 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 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 (פורסם בנבו, 31.1.2011) (מרחק הבטיחות מאזרחים הנדרש בשימוש בירי ארטילרי בעזה).

⁹⁰ Eileen Kaufman, *Deference of Abdication: A Comparison of the Supreme Court of Israel and the United States in Cases Involving Real of Perceived Threats to National Security*, 12 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 95, 96 n.1, 120, 132, 136, 159 (2013) HL Deb 13 December 2012, vol 741, ; 546–542, 537, 520 בעמ' 87, לעיל ה"ש 87, Berlin col 1213; U.N. 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); SECRECY, NATIONAL SECURITY, AND THE VINDICATION OF CONSTITUTIONAL LAW 140 (David Cole, Federico Fabbrini, & Arianna Vidaschi eds., 2013); Maya Sabatello, *The Siege on the Israeli Supreme Court*, in THE POLITICS OF JUDICIAL INDEPENDENCE: COURTS, POLITICS, AND THE PUBLIC 192, 192 (Bruce Peabody ed., 2011); 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

⁹¹ 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).



הוא הכתובת העיקרית וכנראה היחידה לדין ממשי בחוקיות המדיניות.⁹² ממילא, ראוי שבית המשפט יפעל באופן עצמאי, יעיל ושקוף,⁹³ על מנת להפחית את הסיכוי של

⁹² 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 כרוור 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, דו"ח שני: מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי, ועדת טירקל (2013) www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20website%20-hebrew.pdf. לדין מעמיק במערכת החקירות של צה"ל, ראו עמיחי כהן ויובל שני צה"ל חוקר את עצמו: חקירת חשדות להפרת דיני מלחמה (2011). לדין במערכת החקירות של צה"ל על רקע מבצע "צוק איתן", ראו עמיחי כהן וטל מימרן, חקירת הטענות על הפרת דיני המלחמה: "מסקנות ועדת טירקל במבצע 'צוק איתן'" (צפוי להתפרסם במשפט וצבא 21(ב)).

⁹³ על ישראל מוטלת חובה מכוח אמנות ג'נבה עליהן היא חתומה לחקור חשדות להפרות חמורות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. דוגמה לכך היא פגיעה נרחבת ברכוש אזרחי, כגון הריסת אלפי בתים לאורך עשרות השנים שבהן הופעלה מדיניות הריסת הבתים, ממש כפי שנקבע בחוקת רומא. לאור העובדה שכיום מקובלת העמדה שניתן להשלים את המשפט הבינלאומי ההומניטרי עם דיני זכויות האדם, מקובל גם לפנות למקור דין זה לשם הבנה טובה יותר של הסטנדרטים הראויים לביצוע חקירה. שלושה עקרונות בולטים אליהם נהוג להפנות הם עקרונות החקירה היעילה, העצמאית והשקופה. לדין בעקרונות אלו, ראו Bazorkina v. Russia, 46 Eur. Ct. H.R. 15 (2006); Kaya v. Turkey, 28 Eur. Ct. H.R. 1 (1998); Abuyeva v. Russia, App. No. 27065/05 (Eur. Ct. H.R. Dec. 2, 2010); Özkan v. Turkey, App. No. 21689/93 (Eur. Ct. H.R. Apr. 6, 2004); McKerr v. U.K., App. No. 28883/95, 34 Eur. Ct. H.R. 22 (2001); Oğur v. Turkey, 31 Eur. Ct. H.R. 40 (1999); Etxebarria Caballero c. Espagne, Eur. Ct. H.R. Oct. 7, 2014); McCaughey v. U.K., 58 Eur. Ct. H.R. 13 (2013). לדין עקרוני בתחולה משותפת של דיני זכויות אדם ומשפט הומניטארי, ראו David Kretzmer, *Exploring the Need for Additional Norms to Govern a Contemporary Conflict Situation: Rethinking the Application of IHL in Non-International Armed Conflicts*, 42 ISR. L. REV. 8 (2009); Oona A. Hathaway, *Human Rights Abroad: When Do Human Rights Treaty Obligations Apply Extraterritorially?*, 43 ARIZ. ST. L.J. 389 (2011); Noam Lubell, *Parallel Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law: An Examination of the Debate*, 40 ISR. L. REV. 648 (2007); Christina M. Cerna, *Current Issues in Extraterritoriality: How Long is the Long Arm Jurisdiction of International Human Rights Bodies?*, 11 ILSA J INT'L & COMP L 465 (2005); Ralph Wilde, *Exploring the*



בין יעילות למשלימות – הצורך בבחינה מחודשת של מדיניות הריסת הבתים

התערבות בינלאומית בנוגע לאמצעים הננקטים על ידי כוחות הביטחון בכלל, ולמדיניות הריסת הבתים בפרט.

5. סיכום

לאחרונה, מספר שופטים בבית המשפט העליון הביעו נכונות להכיר בעמדה לפיה על יעילותה של מדיניות הריסת הבתים להיבחן בראי נתונים אמפיריים. מחקרים העוסקים ביעילותה של מדיניות הריסת הבתים המוכיחים כי ישנה בעייתיות בשימוש בה, במיוחד לטווח זמן ארוך, נסקרו על ידי גורמים רבים בישראל ומחוצה לה. מנגד, הדוח הסודי שעליו הסתמך בית המשפט העליון בהחלטה דנן – נותר חסוי מעיני הציבור. דיון פומבי בחוקיות פעולות המדינה וביעילותן, נחוץ לשם ביקורת ציבורית אמיתית, במיוחד בהקשר של הריסת בתים – שם בית המשפט העליון הוא הנתיב העיקרי, ודאי המשמעותי ביותר, אליו פונים מי שביתם מיועד להריסה.

דיון בחוקיות מדיניות הריסת הבתים אף ישרת צורך חשוב בזירה הבינלאומית: מדיניות הריסת הבתים עלולה להיחשב פשע מלחמה, אם ישראל לא תוכיח את חוקיותה ונחיצותה הצבאית. במצב הדברים הנוכחי, חוקיות המדיניות מוטלת בספק ממשי, כך שהצורך בבחינת נחיצותה הוא קריטי. נחיצות זו תתקיים רק אם תוכח יעילות הרתעתית. מכאן, אין מנוס מבחינה מחודשת ומעמיקה של יעילות מדיניות הריסת הבתים, וזאת בהתבסס על נתונים אמפיריים החשופים לציבור. בחינה אמיתית ורצינית של חוקיות המדיניות על ידי בית משפט ישראלי באופן שיעמוד בתנאי עקרון המשלימות, תייתר את האפשרות של בחינתה בבית הדין הבינלאומי הפלילי.

Need for Additional Norms to Govern Contemporary Conflict Situation: Complementing Occupation Law? Selective Judicial Treatment of the Suitability of Human Rights Norms, 42 ISR. L. REV. 80 (2009); MARKO MILANOVIC, EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES: LAW, PRINCIPLES, AND POLICY (2011). לדיון בחובה לחקור במשפט ההומניטארי ובדיני זכויות האדם, ראו Philip Alston, *The CIA and Targeted Killings Beyond Borders*, 64 Liebllich 2 HARV. NAT'L SEC. J. 283 (2011); Mike P. J. Cole, *Investigating Military Operations: Added Value or Added Hype?*, 212 MIL. L. REV. 194 (2012); Naomi Roht-Arriaza, *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, 78 CALIF. L. REV. 449 (1990); *Las Palmeras v. Colombia*, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 90 (Dec. 6, 2001).

