

על ספרו של פרופ' חנוך דגן "קניין על פרשת דרכים"¹

יהושע ויסמן *

הוצאתו לאור של הספר "קניין על פרשת דרכים" מאת פרופ' חנוך דגן, היא חג לכל איש אקדמיה בישראל העוסק בדיני קניין. זהו ספר לא רגיל, מלומד, כתוב בכישרון רב וחדשני.

1. אמרתי כי ספר זה הוא "לא רגיל", וזאת מכיוון שלהבדיל מספרי משפט אחרים היוצאים לאור בארץ, אשר מחבריהם בוחנים ומנתחים את הוראות החוק והפסיקה מבעד לעדשת המיקרוסקופ, דגן משקיף בספרו הנוכחי על הוראות החוק והפסיקה, בנושאים שבהם הוא דן, ממעוף הציפור. עניינו של דגן אינו בנייתוח דקדקני של הוראה זו או אחרת מתחום דיני הקניין. מבטו מכוון אל מגמות היסוד הבאות לידי ביטוי בהוראות הדין, אל התאוריות שבבסיס הוראות החוק ואל העקרונות שהנחו את המחוקק או את השופט, כבואם להכריע בנושאים קנייניים. ספרו של דגן הוא ספר מיסיונרי. דגן אינו מסתפק בתיאור ה"יש". הספר נכתב מתוך תודעה של שליחות. דגן מטיף בספרו לאימוץ אידאולוגיה המשתקפת בכל חלקי הספר. הוא מבקש "להמיר" את הקורא לדתו האידאולוגית ("מטרתו בכתיבת הספר היא להוסיף ולחזק את התפיסה הקניינית הראויה בעיניי")². מהי אותה אידאולוגיה? על כך אעמוד בהמשך דברי.

בהיות הספר של דגן ספר המטיף לאידאולוגיה, אין הוא כתוב כספר לימוד לסטודנטים הלומדים דיני קניין. זהו ספר הגות, וככזה הוא מכוון יותר לאנשי האקדמיה, לעוסקים בהכנת חקיקה חדשה במשרד המשפטים ולשופטים. לשון אחרת, זהו ספר ליודעי ח"ן (חוכמת הנסתר), לבקיאים בדיני קניין. דבר זה משתקף כבר מתוך רפרוף בתוכן העניינים. פרקי הספר ששמותיהם: "רוקן ג' סלומון", "הלכת הולצמן", "הלכת פרי הארץ", "הלכת הורוויץ", "הלכת

1 חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (הוצאת רמות אוניברסיטת תל אביב, תשס"ה).
* פרופסור למשפטים (אמריטוס) האוניברסיטה העברית ירושלים. סקירה זו מבוססת על דברים שנאמרו בערב עיון על ספרו של פרופ' חנוך דגן, באוניברסיטת תל-אביב, ב-26.3.2006.

2 דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 16.

וורטהימר", "הלכת גנז", הם חסרי משמעות לקורא שהוא משפטן מן השורה. לשמותיהם של פרקים האלה משמעות עבור קומץ אנשים בלבד המתמחים בסוגיות הנדונות בפסקי הדין המוזכרים. אכן, אילו נשאלה דעתי הייתי ממליץ להימנע משימוש בשמות פסקי דין ככותרות לפרקים. עדיף היה לו המחבר היה עושה שימוש בכותרת פרק המבטאת את תוכנו, ולא בכותרת המהווה "קוד" ליודעי ח"ן בלבד.

2. אמרתי כי הספר של דגן הוא ספר "מלומד". כדי לעמוד על העומק המחקרי שבתשתית הספר די להעיף מבט בהערות השוליים שבו. עושר המקורות שבהם נעזר דגן מרשים ביותר. לא רבים ספרי הקניין בארץ שנכתבו על מסד מחקרי כה סולידי כמו ספרו של דגן. אמנם בימינו, בתקופת המחשבים והמאגרים האלקטרוניים, אין זו מלאכה סבוכה לשלוף אסמכתאות ולשטוף את הקורא במבול של הערות שוליים; קריאת המקורות שבהערות השוליים היא כבר עניין אחר. מי שמצוי במקורות שבהם נעזר דגן יוכל להעיד שאין עסקינן בשליפה גרידא של אסמכתאות מתוך אתרי האינטרנט השונים. דגן מצוי היטב בכתיבה האקדמית בנושאי הקניין, ובמיוחד בזו שבארצות-הברית. הספר כולו משקף בקיאות מופלגת במקורות העוסקים בסוגיות הנדונות על ידו.

3. אמרתי כי הספר כתוב ב"כישרון רב", ודבר זה מצריך מילים אחדות של הסבר. כדי ליפול בקסם ספרו של דגן נידרש להסתגל לשפתו המיוחדת, שהיא אינה עברית רגילה אלא עברית "דגנית".

כך, למשל, ב"דגנית" — מוסד הנישואין, אשר נדון בהרחבה בספר, מכונה שוב ושוב: "קהילה ליברלית שוויינית"³. ישאל השואל מה עניינה של "קהילה" כאשר מדובר במוסד הנישואין שעודנו מורכב, בדרך כלל, משני בני אדם בלבד? השערתו היא שמקור התקלה בהשפעת השפה האמריקנית על המחבר. בארצות-הברית רווח השימוש במילה Community בהקשר של בני זוג⁴, ומכאן נולדה ה"קהילה" בשפתו של דגן, אף שהכוונה היא לשני אנשים בלבד.

בדומה לכך, בעסקו בהוראות החוק שעניינן שיתוף בנכסים אומר דגן כי תכלית הוראות אלה היא "להבטיח שהשימוש הפרטי במשאב המשותף לא יניב תוצאות טרגיות"⁵. מה פשר "התוצאות הטרגיות", אם הנושא הנדון הוא רק חילוקי דעות אפשריים בין שותפים בדבר הדרכים לניצול הנכס המשותף? גם כאן ההסבר נעוץ מסתמא בשפה האמריקנית. מחבר אמריקני, הרדין (Garrett Hardin), כתב מאמר שעניינו ניגוד אינטרסים בין בעלים משותפים בניצול הנכס המשותף. כשם למאמרו בחר המחבר את הכותרת סרת הטעם "The tragedy of the commons"⁶. מאז שפורסם מאמר זה התפשטה "הטרגדיה של השיתוף" בשפה האמריקנית, ונעשתה

3 שם, בעמ' 436.

4 כגון בביטוי Community Property, והכוונה בכך לשיתוף ברכוש בין בני זוג.

5 דגן, בעמ' 317.

6 Science 162 (1968) 1243.

כה פופולרית עד שאין לך בימינו אלה משפטן אקדמי אמריקני המכבד את עצמו שאינו נזקק בכתיבתו ל"טרגדיות". בעקבות ה-"Tragedy of the Commons" החלו כותבים על "The Tragedy of the Anticommons"⁷, והכול עוסקים ב"טרגדיות". ראוי אפוא לזכור, כאשר אנו קוראים בספרו של דגן שוב ושוב על "טרגדיות", כי הדברים שהוא דן בהם אינם בהכרח טרגיים. לבד מהשפעות לשוניות של השפה האמריקנית על לשונו של דגן יש בספר שפע של פעלולי לשון החביבים עליו, כמו: "שאלה מכשירנית"⁸; "שיקול דעת שיפוטי אד הוקי"⁹; "עדיפות לקסיקלית של שיקולי יעילות לכתחילית"¹⁰; "יעילות בדיעבדית"¹¹; "המהלך הקוהרנטיסטי באהרונוב"¹² ורבים רבים אחרים.

האמת ניתנת להיאמר כי בתחילת קריאתי בספר קשתה עליי השפה ה"דגנית". ואולם משהתאמצתי להתגבר על המחסום הלשוני, והמשכתי בקריאתי, החילות להתרגל לסגנון ה"דגני", ובסופה של הקריאה חזל הסגנון להפריע; פה ושם אף נשא חן בעיניי.

המלצתי החמה היא אפוא שלא להירתע מפעלולי הלשון של דגן. סגנונו אכן מיוחד, אך שפתו עשירה וקולחת, ואין היא סובלת מארכנות יתרה. הוא מקפיד על התנסחות מדויקת ונמנע ממטפורות מייגעות. המצויים בכתיבה המשפטית בארץ יודעים להעריך את גודלה של סגולה זאת.

והערה אחרונה שעניינה סגנון, בטרם אעבור לתוכן: דגן נוהג בנדיבות בהבאת דברי מחברים אחרים. הוא נותן קרדיט מלא למחברים שכתבו על נושאים שבהם הוא דן. עם זאת, אין הוא חוסך את ביקורתו באותם מקרים שבהם הוא חלוק על מחברים קודמים, אך הוא עושה זאת בהגינות ובגישה עניינית, ללא העוקצנות אשר כה מאפיינת דברי ביקורת בתחום הספרות היפה.

4. אמרתי כי ספרו של דגן הוא "חדשני". החדשנות שבספרו באה לידי ביטוי בנושאים השונים שבהם הוא דן. אך אם אבקש לתמצת במשפט אחד את האידאולוגיה שביסוד חידושו (ובכך אני, כמובן, חוטא לדגן בפשטנות מסוימת), הייתי אומר כי הוא מטיף לדחיית העיקרון המקראי "ודל לא תהדר בריבו"¹³. פסוק זה, המבטא בצורה כה אלגנטית וכה תמציתית את עקרון השוויון בפני החוק,

7 כמו Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anti-Commons: Property in Transition from Marx to Markets*, 11 HARV. L. REV. 621 (1998) Nathaniel Stewart, *The Tragedy of the Commonwealth and the Vision of Wendell Berry*, 18 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 465-520 (2006).

8 דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 111.

9 שם, בעמ' 234.

10 שם, בעמ' 209.

11 שם, בעמ' 207.

12 שם, בעמ' 227.

13 שמות כג, ג (פרשת משפטים).

חוזר במקרא, בניסוחים שונים, כמו: "לא תטה משפט אביונך בריבו" ¹⁴, או, "לא תעשו עוול במשפט לא תשא פני דל, ולא תהדר פני גדול בצדק תשפט עמיתך" ¹⁵. גישה זו אינה מקובלת על דגן. נהפוך הוא. דגן גורס "ודל תהדר בריבו"! על פי גישתו, כאשר אדם מתדיין בבית משפט, על בית המשפט להימנע מגישה שוויונית, ולהתחשב בדלותו, או במעמדו החברתי הנחות, של צד מן הצדדים, ולהטות את הדין לטובת צד זה. דגן מודע כמובן לבעייתיות הכרוכה בהשתנות הדין לפי מידותיו האינדיבידואליות של המתדיין הניצב בפני בית המשפט, והוא מבקש לעקוף בעייתיות זו בהציעו להתאים את הדין לקבוצה החברתית שאליה משתייך המתדיין, ולא לפרט שניצב בפני בית המשפט. הייתה הקבוצה החברתית שאליה משתייך המתדיין קבוצה נחותה בחברה הישראלית — על השופט להטות את הדין לטובתו.

עיקרון זה שבו דוגל דגן עובר כחוט השני בנושאים השונים שבהם הוא נוגע בספרו: דיני נטילה שלטונית, דיני תחרות, שיתוף בנכסים, בתים משותפים, קניין ונישואין. אדגים זאת באמצעות שתי דוגמאות.

5. בסוגיה של עסקאות נוגדות, קובע המשפט בישראל, בסעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ובסעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, כי להתחייבות קודמת בזמן עדיפות על התחייבות מאוחרת. לדוגמה: בעל מכונית שהתחייב למכור את מכוניתו לראובן, ולאחר מכן התחייב למכרה לשמעון — תהא העסקה המוקדמת, עם ראובן, עדיפה על זו עם שמעון. ראובן יקבל את המכונית, ואילו תרופתו של שמעון, בעל ההתחייבות המאוחרת, תהא כתביעה לפיצוי כספי מאת בעל המכונית על שהפר את התחייבותו כלפיו.

על פי דגן, אין זה ראוי שכך יהא הדין. לדעתו, ראוי לבדוק לאילו קבוצות אוכלוסייה משתייכים ראובן ושמעון. היה וקבוצתו של שמעון מקופחת בחברתנו יותר מאשר קבוצתו של ראובן, מן הראוי להעדיף את שמעון. "ודל תהדר בריבו"! בלשונו של דגן: "מחויבות לערך הצדק החלוקתי של הקניין מחייבת להתייחס לשונות שבין בני האדם המתחרים על הזכות שבמחלוקת ולתת העדפה מסוימת (לא בהכרח מכרעת) לכלל המיטיב עם קבוצות מקופחות בחברה" ¹⁶. כדוגמה לקבוצות שמן הראוי להטות את הדין לטובתן, בחברה הישראלית, מביא דגן ערבים או נשים ¹⁷. דגן מצהיר בספרו שוב ושוב על מחויבותו "לחשיבות ההקשר החברתי לצורך הכרעות בקניין בכלל ובדיני התחרות בפרט" ¹⁸.

כיוון שדגן חכם הוא, אין הוא מתעלם מן ההשגות שניתן להעלות כנגד גישתו; הוא מקדים תרופה למכה ומעלה בעצמו השגות אלה. דגן ער לכך שחשיבות זכות

14 שמות כג, ו.

15 ויקרא יט, טז.

16 דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 213.

17 שם, בעמ' 212.

18 שם, בעמ' 216.

הקניין נעוצה בוודאות שהיא מעניקה לבעליה. הזכות הקניינית מורה לאדם מהו התחום שהוא שלו, שאליו אין אחרים רשאים לחדור ללא הסכמתו, ויהיו נתונים האישיים והשתייכותם הקבוצתית, אשר יהיו. דגן מביא השגה זו על האידאולוגיה המוצגת על ידו בדברו על "ערך החירות של הקניין, המעדיף כללים ברורים, המצמצמים את הכפפתם של בעלי הקניין לשיקול דעתם הבדיעבדי של אחרים"¹⁹. דגן מנסה אמנם להשיב על השגות אלה, אך חוששני כי ההשגות שהוא מעלה כנגד עמדתו משכנעות יותר מן החשובות להן. דגן מבקש להצדיק את עמדתו בהסתמכו על "הצדק החלוקתי" או, בלשון מובנת יותר, על החובה לסייע לדלים בבחברה. אכן, חובה זו מקובלת על הכול, ואולם המחלוקת היא אם את הסיוע לדל יש להטיל על המתדיין המקרי שניצב לפניו בבית המשפט, כגרסת דגן, או שמא עדיף שהקופה הציבורית תישא בנטל הסיוע לדלים שבחברה.

6. דוגמה שנייה לגישתו של דגן עניינה פיצויים בשל הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור.

(א) דומה כי הכול יסכימו שאחד מפסקי הדין החשובים שניתנו על ידי בית המשפט העליון בשנים האחרונות היה בעניין ע"א 5546/97 הועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אטא נ' הולצמן²⁰. בפסק דין זה הסיר בית המשפט העליון כתם שהכתים את המשפט הישראלי שנים ארוכות. במשך עשרות בשנים נהג המנהל הציבורי בארץ להפקיע לצורכי ציבור מסוימים מקרקעין שבבעלות פרטית, בלא לשלם לבעלי המקרקעין פיצויים כשווי המקרקעין שהופקעו. לבעלי המקרקעין שולמו רק שישים אחוזים משווי המקרקעין המופקעים. אם הופקעו רק ארבעים אחוזים משטחו של בעל המקרקעין, לא קיבל בעל המקרקעין כל פיצוי. הרשויות המפקיעות הסתמכו בעניין זה על הוראות מסוימות שבחוק התכנון והבניה, תשכ"ה–1965, ובפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. בנוסף, על פי פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, נתאפשרה נטילה של עשרים וחמישה אחוזים ממקרקעיו של אדם, ללא פיצוי.

(ב) ההסבר שניתן על ידי המחוקק עצמו למצב זה היה כי כאשר מפקיעים חלק ממקרקעיו של אדם עולה ערכה של יתרת הקרקע הנתותרת בידו, עקב המטרה הציבורית של ההפקעה (כגון בהפקעה למטרת גן ציבורי, וכיו"ב). בדרך זו מפוצה בעל הקרקע בשל החלק שהופקע ממנו, אף ללא תשלום פיצויים²¹. במציאות לא נהגו הרשויות על פי הרציונל שביסוד החוק. הפקעת מקרקעין כדי ארבעים אחוזים בלא פיצוי הפכה שגרה, וזאת בלא שנבדקה בכל מקרה

19 שם, בעמ' 214.

20 ע"א 5546/97 הועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית אטא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001) (להלן: הלכת הולצמן או עניין הולצמן).

21 בדברי ההסבר להצעת חוק התכנון והבניה, תשי"ט–1959, בעמ' 314–315; בהצעת חוק התכנון והבניה, תשכ"ג–1962, בעמ' 56; וכדברי הכנסת בדיון בהצעת החוק.

השאלה אם ההפקעה אכן השביחה את שווי יתרת הקרקע שנתרה בידי הבעלים, ואם הייתה השבחה כזו – מה היה שיעורה.

(ג) הפגיעה בבעלי מקרקעין הגיעה לשיאה במקרים שבהם הופקע מלוא השטח שבבעלות הפרטית. גם במקרים אלה ניכו מהפיצויים ארבעים אחוזים משווי המקרקעין, אף שבהפקעה כזו לא נותר לבעלים כל שטח העשוי להשביח עקב השימוש הציבורי שנועד לחלק שהופקע. נהוג זה זכה לאישור בית המשפט העליון בעניין ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה רמת-גן²².

(ד) העוול החמור שנגרם עקב מצב דברים זה בא על תיקונו על ידי בית המשפט העליון בעניין הולצמן הנ"ל, שבו נדון מקרה של הפקעת מקרקעין בשלמותם. בית המשפט הסתמך על הטעמים שנתן המחוקק להפקעה ללא פיצוי, ופסק כי נוכח הנמקה זו, חובה לפצות באופן מלא בעל מקרקעין שהפקיעו ממנו את מלוא המקרקעין. במקרה כזה לא נותר שטח המושבח על ידי ההפקעה, ועקרון השוויון מחייב שלא להטיל את עלות הצורך הציבורי במקרקעין רק על כתפי בעל המקרקעין המקרי שאת קניינו מפקיעים.

(ה) בפסיקה שלאחר עניין הולצמן הניחו בתי המשפט – הן בית המשפט העליון והן בתי המשפט המחוזיים – שהלכת הולצמן (שדנה במקרה של הפקעת מקרקעין בשלמות) מחייבת את המסקנה שגם בהפקעת חלק ממקרקעין, אין להשלים עם הפקעה ללא פיצוי מלא, זאת אם יתרת הקרקע שנתרה בידי בעל המקרקעין לא הושבחה עקב מטרת ההפקעה²³.

(ו) כזה היה המצב עד אשר ניתן לאחרונה פסק הדין בעניין מדינת ישראל נ' אסלן²⁴. בפסק דין זה הפנה בית המשפט, למעשה, עורף להלכת הולצמן, אף שהדבר לא הוצג כך על ידו. די בהבאת שני משפטים מתוך פסק הדין בעניין אסלן כדי להעמידנו על הבעייתיות הרבה שבפסק דין זה. אומר השופט ברק:

"ודוק, הלכת הולצמן אינה נוגעת לעצם האפשרות להפקיע ללא תמורה 40% משטחה של חלקה לצרכי ציבור, כאשר זו אינה מופקעת בשלמותה [...] הלכת הולצמן [...] אין בה כדי לשלול אפשרות כי יפקע ללא תמורה חלק משטחה של חלקה"²⁵.

האמירה כי הלכת הולצמן מוגבלת למקרה של הפקעת מקרקעין בשלמותם,

22 ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד (ה) 645 (1981).
 23 בבית המשפט העליון, בפסק דינו של השופט אור בעניין ע"א 813/03 עיריית נצרת נ' גי.בי.טורס בע"מ, נח(5) 672 (2004), ובמחוזי בפסקי הדין הבאים: ת"א (תל אביב-יפו) 3357/98 שור נ' מדינת ישראל, תקדין-מחוזי (3) 969 (3) 6, 43 (2003) (השופט ד"ר דרורה פלפל); ת"א (מחוזי, ת"א) 1195/99 בלעום נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה עיריית טייבה (2005) (טרם פורסם) (השופטת רנה משל); ת"א (מחוזי, ת"א) 141/03 מזרחי נ' מדינת ישראל (2004) (טרם פורסם) (השופטת גרסטל).

24 ע"א 3819/01 מדינת ישראל נ' אסלן, תקדין-עליון (4) 2004, 2760 (2004).

25 שם, בעמ' 12-13.

וכי היא "אינה נוגעת" למקרה של הפקעה חלקית, אינה מובנת. הלכת הולצמן מבוססת כל כולה על דיון במצב של הפקעה חלקית של מקרקעין. במצב זה, של הפקעה חלקית, אומר בית המשפט, מבוסס הפטור מתשלום פיצויים מלאים על כך שהיתרה שלא הופקעה הושבחה בידי בעליה. כמסקנה הנגזרת מדיון זה הוחלט בעניין הולצמן מה שהוחלט לגבי הפקעה בשלמות. מכאן עולה שיהא זה מופרך לומר, כפי שנאמר בעניין אסלן, כי בעניין הולצמן דנו במקרה של הפקעת מקרקעין בשלמותם, וכי על כן אין הלכת הולצמן נוגעת לאפשרות של הפקעה חלקית.

לא נותר לנו אלא לקוות שבית המשפט העליון ינצל את ההזדמנות הראשונה שתבוא לידו כדי להפוך את הלכת אסלן ולהחזיר את עטרת הולצמן ליושנה. בינתיים נותרנו עם החלטת בית המשפט בעניין אסלן על העוול שהיא גורמת.

(ז) ואולם לא כך רואה את הדברים דגן. אמנם גם דעתו שלו אינה נוחה מכך שנוטלים מאדם ארבעים אחוזים ממקרקעיו ללא פיצוי²⁶, אך לפי גישתו, כאשר הליקחה היא בשיעור נמוך מארבעים אחוזים, וכל עוד "אין מדובר בנטל חריג בגודלו", כלשונו, אין לשלול הפקעה ללא פיצוי²⁷. עמדה זו מוצדקת, לדעתו, מכיוון שהבעלות במקרקעין כורכת עמה לא רק זכויות, אלא גם חובות לחברה, וחובות אלה עשויות להצדיק הפקעה ללא פיצוי²⁸.

(ח) אשר לשאלה מהו שיעור הנטילה שלא ייחשב ל"נטל החריג בגודלו", שאין לזכות בגינו בפיצויים, משיב דגן בהתאם לאידאולוגיה שלו: "ודל תהדר בריבו". דגן גורס כי ראוי ששיעור הפיצוי לבעלי מקרקעין, במקרים של הפקעה, יותאם למעמד החברתי של בעלי המקרקעין. ככל שמעמד החברתי חלש יותר, כך יש להגדיל את סכום הפיצוי שישולם להם בגין ההפקעה, ולהיפך: היה בעל המקרקעין המופקעים איש אמיד, ראוי להקטין את סכום הפיצוי שישולם לו. בלשונו של דגן: "ערך הצדק החלוקתי [...] מחייב ליתן משקל למצבו הכלכלי של הפרט שמקרקעיו הופקעו וליחס שבין כוחו הפוליטי לבין הכוח הפוליטי של קבוצת הנהנים מן ההפקעה"²⁹. וכן: סכום הפיצויים במקרה של הפקעת מקרקעין צריך להיקבע תוך "הבחנה ברין בין הסעד הכספי הצפוי לנפגעי הפקעות השייכים לקבוצות לחץ חזקות לבין זה הצפוי לנפגעים הנמנים עם השכבות החלשות"³⁰.

(ט) ההצדקה שמציע דגן להפקעה ללא פיצוי, או לפיצוי ששיעורו תלוי במעמד בעל המקרקעין המופקעים נעוצה, כאמור, בגישה שלפיה הבעלות במקרקעין כורכת

26 דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 135.

27 שם, בעמ' 138.

28 שם, בעמ' 143. דגן סבור שניתן לעגן את דעתו בדעת הרוב בפרשת אסלן. ואולם דגן אינו מקבל את עמדת השופט ברק באסלן שלפיה ההחלטה בעניין הולצמן "אינה נוגעת" במקרים של הפקעה חלקית. (שם, בעמ' 135).

29 דגן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 145.

30 שם, בעמ' 140.

עמה לא רק זכויות אלא גם חובות של אחריות חברתית³¹. אכן, ניתן למצוא הד לגישה זו הן בפסיקה³² והן בכתבי מלומדים, בארץ ובעולם. ואולם ספק בעיניי אם ההכרה במחויבות החברתית של בעלי מקרקעין עשויה להצדיק נטילה ללא פיצוי של חלק נכבד ממקרקעיו של אדם.

ההגבלה על הבעלות מכוח מחויבות לאחריות חברתית מקובלת כאשר מדובר, למשל, בהגבלת השימושים שבעל המקרקעין זכאי להם לשם מניעת הפרעה לשכניו. דיני המטרד הפרטי עוסקים בכך. ביטויים אחרים לאחריות החברתית המוטלת על בעלי מקרקעין קיימים בדוקטרינת "צורך". כך, למשל, טייס הנקלע למצוקה רשאי לנחות בנחיתת חירום במקרקעין שבבעלות פרטית בלא נטילת הסכמת בעל המקרקעין, וכיו"ב³³. ואולם בין המגבלות המצומצמות על תוכנה של הבעלות במקרקעין, על פי דוגמאות אלה, לבין נטילת נתח גדול ממקרקעיו של אדם ללא פיצוי, יש פער גדול. לא מוכרת לנו שיטת משפט המצדיקה נטילה של עד ארבעים אחוזים ממקרקעין של אדם, ללא פיצוי, בהתבסס על מחויבותם החברתית של בעלי מקרקעין. יתרה מכך, הקיצוניות בעמדה המתירה הפקעת חלק ניכר ממקרקעי אדם, ללא פיצוי, מובלטת על רקע העובדה ששימוש במקרקעי אדם מכוח הדוקטרינה של "צורך", כרוכה לדעת רבים בחובה לשלם פיצויים לבעל המקרקעין³⁴.

הערה לסיום: האידיאולוגיה של דגן, המתבטאת בכלל "ודל תהדר בריכו", נובעת ממניעים הראויים לשבח. שאיפתו לתמוך ב"דל", בחלשים שבחברה, מבחינה כלכלית או פוליטית, ראויה להערכה רבה. המחלוקת היא בשאלה אם ראוי שהתמיכה בדל תהא מותנית בכך שהדל יזדמן לבית המשפט בהתדיינות על נושא ספציפי כלשהו, ואם ראוי שבהתדיינות כזו תוטל המעמסה של תמיכה בדל על המתדיין המקרי שנקרה על דרכו. האין זה צודק יותר ויעיל יותר, שהתמיכה בדלים שבחברה תהיה עניין של החברה כולה, בלא לפגוע בעקרון השוויון בפני החוק, ושתמיכה זו לא תהא מותנית בהתדיינות משפטית של הדל על נושא מקרי כלשהו?

31 שם בעמ' 133, 145, 300.

32 ראו למשל השופט ברק בעניין הולצמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 646, 649-650.

33 דוגמה הלקוחה מן ה"Restatement", המובאת אצל יהושע ויסמן דיני קניין: בעלות ושיתוף, פסקה 4.68 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים תשנ"ז-1997).

34 שם.

הדקדוק הפנימי של היחסים הבינלאומיים

על "המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום" מאת ארנה בן-נפתלי ויובל שני¹

איריס קנאור

א. על מהפכות

המשפט הבינלאומי עובר מהפכה. מתחום כמוס, הנסתר מעין החברה והנשלט על ידי מספר מצומצם של יודעי ח"ן, הוא הפך בהדרגה לתחום מרכזי, המצוי ברשות הרבים והמקנה עצמה וכוח לאלו השולטים ברזיו. מהפכה זו, כטבען של מהפכות, גם אלו השקטות, היא דרמטית. מגישה אפולוגטית שנקטו בעבר המעטים ששלטו ב"שפה הבינלאומית" או נדרשו לה, לעמדת מפתח מכוננת שנפתחה בפניהם לאחרונה²; היינו מבירא עמיקתא לאיגרא רמא.

מציאות זו לא נעלמה אף מעיניו של בית המשפט העליון של ישראל שבע המהפכות (למצער כמובן המהפכה החוקתית) אשר הצטרף לחגיגת "המהפכה הבינלאומית". ואולם לאלו השולטים בדקויות "השפה הבינלאומית" נדמה לא פעם, שהשימוש שעושה בית המשפט העליון במשפט הבינלאומי הוא צר, חד-ממדי ובלתי מספק. וחבל, שכן מעמדו של בית המשפט העליון הישראלי במהפכה זו הוא מרכזי, בהיותו נושא ומושא לה. נדמה שבית המשפט העליון מציב לעצמו יעד הניתן להגדרה במונחים של "הישרדות" גרידא, חלף הכרה כפוטנציאל ההעצמה (Empowerment) שיש בידי המשפט הבינלאומי להקנות. ודוק, לצורך כך על בית המשפט העליון (ועל שחקנים אחרים בזירה הבינלאומית המעוניינים לחזק את מעמדם) ללמוד היטב את "השפה הבינלאומית". שכן "השפה הבינלאומית", רבדים שונים ומורכבים לה³, והיא מעצימה רק את אלו שבקיאים היטב במכמניה ובנפתוליה.

1 ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום (2006).

2 אבל ראו: MARTTI KOSKENNIEMI, FROM APOLOGY TO UTOPIA: THE STRUCTURE OF INTERNATIONAL LEGAL ARGUMENT, REISSUE WITH A NEW EPILOGUE (2005).

3 ואין להתבונן בה אך דרך פריזמת ה"אכיפה" הצרה, כפי שעשה המשנה לנשיא חשין באומרו: "טוב שכך נתפתח המשפט הבינלאומי הפומבי, אף שעוד דרך רבה לפניו עד שיהפוך להיותו שיטת משפט מן-המניין, שיטת משפט שניתן לאכוף את הנורמות שבה על מי שמפר אותן נורמות". בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2005).

הספר "המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום" נוטל על עצמו את המשימה לסייע לכל צמאי הדעת ולמעוניינים בערך מוסף, לקנות ידע מפליג ב"שפה הבינלאומית"⁴ ועושה זאת בהצלחה מרובה.

ב. על בחירה בסוגה ספרותית חדשה

ברגעים נדירים של שלווה ורוגע יהיו מרבית החוקרים באקדמיה נכונים למנות סדרה של מעלות טובות לעריכתו של מחקר חדש. הם יזכירו בוודאי את קידום תשתית הידע האנושי; התרומה ל"שוק של דעות" אשר נעשית לרוב באמצעות כתיבה פרובוקטיבית המעודדת היזון חוזר וחשיבה ביקורתית; הצגת פתרונות לבעיות רווחות ולכל הפחות סיפוקו של דחף הסקרנות הבווער בחוקרים עצמם בנוגע לעולם הסובב אותם. ספרם של ארנה בן-נפתלי ויובל שני מגלם את כל אלו ואף הרבה יותר.

הספר הוא בבחינת חידוש מרענן המחדיר סגנון ספרותי חדש לכתיבה האקדמית בישראל. מרבית הספרים המתפרסמים בישראל על ידי משפטנים, נעים בין שני קצוות של ספקטרום: לעתים מפרסמים משפטנים באקדמיה מהדורה מורחבת מפורטת ומדויקת של טיוטת הרצאותיהם. לאחר שנים ארוכות, שבמהלכן שינו, שיפרו, תיקנו ועיבדו את הטקסט המוצג בכיתה, תוך שהם מגלגלים על לשונם, ולאחר שהשביחו את תוצרתם באמצעות משובים יומיומיים ושאלות אין ספור של סטודנטים נבונים, סקרנים וחקרניים, עולה בידי חלק מהמרצים למצות סינופסיס מדויק של הצגה רחבה אופקית ולרוב שטחית של התחום שהם מלמדים. לא פעם הם מוסיפים לכך עבודה סיוזיפית של תמיכת הדברים בהערות שוליים מפורטות, כך שלבסוף מתקבלת לא יותר מאשר הצגה סדורה, רהוטה וקוהרנטית של המצב המשפטי השולט בענף משפטי נתון, בלבוש של ספר חדש. בקצה השני של סקאלת הספרים מצויים חוקרים אשר פרסמו מונוגרפיים. ספרים אלו מבטאים לרוב ישיבה ממושכת על מדוכת היצירה. מפורטים בהם דיונים מעמיקים וארוכים אשר מציגים שיח סיסטמטי וסדור של נושא אחד. החוקרים בוחרים נושא שמרתק אותם ומשבצים אותו בתאוריה אידאולוגית תוך הצגת תזה סגולית, פילוסופיה ייחודית והגות מיוחדת הנשענת על מחקר חדיש סביב אותו עניין. ספרים אלו יורדים לרוב לפרטי פרטים, שופכים אור על סוגיה נתונה על כל היבטיה ורבודה, תוך יצירת דיאלוג ביקורתי עם הניתוח המשפטי הקיים ותוך קידום מדע המשפט. בשל מורכבותם נותרת תוצרתם של ספרים אלו, לא פעם, מחוץ לכיתה הלימוד. ברוח המסורת הגרמנית ארוכת השנים, בחרו מחברי הספר "המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום", בדרך שלישית, מקורית בישראל — של כתיבת "ספר לימוד" (*Lehrbuch*) איכותי בתוספת עוקץ מיוחד. מחד גיסא, הספר אינו עוסק במשפט

4 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, פרפראזה על האמור בעמ' 12.

הבינלאומי בכללותו, אך, מאידך גיסא, אף אינו עוסק בסוגיה ספציפית אחת בלבד של המשפט הבינלאומי. הוא דן בנדרבך שלם, מרכזי וחשוב של המשפט הבינלאומי – הוא רובד דיני המלחמה והשלום. הוא נדרש לשאלות בדבר אופן השימוש בכוח, השמירה על זכויות האדם, האחזיות על הפרתן וחלופות לשימוש בכוח בדרך של יישוב סכסוכים בדרכי שלום. הוא מבוסס על חומר דייקטי מעובד היטב, ומציג באופן רהוט את המורכבות המדעית של הסוגיות המתעוררות, תוך הצגה סדורה שוטפת וברורה של ההלכות הרווחות. עם זאת, הספר אינו נרתע מלהציג מחלוקות או דעות הסוטות מההלכה השולטת, המבליטות את מורכבות הנושא המוצג. במפותו בשיטתיות את השאלות המשפטיות הנוגעות לתחום עיסוקו, יהפוך הספר בוודאי למקור מרכזי ולמסד עיקרי בכל מקום שבו יילמד המשפט הבינלאומי הפומבי.

ודוק, המחברים אינם מסתפקים בהצגת המצב המשפטי המצוי אלא נוקטים פעם אחר פעם עמדה ביקורתית. הם אינם נרתעים מלנקוט עמדה מנומקת כלפי מרבית הסוגיות המועלות, באופן המעורר, מגרה וממריץ מחשבה לעומתית מצד הקורא. בכך הספר ישמש בוודאי עורכי דין, שופטים⁵, מחוקקים ואזרחים מהשורה, ויפרה את השיח סביב מעמדו, חשיבותו ויעילותו של המשפט הבינלאומי. לא פעם נוטשים הכותבים את המישור האנליטי והדסקריפטיבי ועוברים למישור הנורמטיבי והפרספקטיבי, והכול תוך התנסחות בשפה עשירה וקולחת ושימוש בביטויים מפתיעים המותירים מאחור את הכתיבה היבשה, המעייפת והמשמימה המאפיינת לא פעם כתיבה משפטית, וההופכת את הקריאה לחוויה של ממש. לבסוף, בן-נפתלי ושני הציבו מסד נוסף לדוקטרינת המשפט הבינלאומי באמצעות פיתוח עקרונות המשפט והצביעו על מגמות חדשות רצויות להתפתחותו. בכך תפסו שני הכותבים המלומדים את מקומם בפנתיאון ה-*opinio juris* שהנו מקור רשמי של המשפט הבינלאומי. כמוכן זה הספר אינו רק משקף את המציאות אלא גם מעצבה מחדש.

ג. על בחירת הנושא בין מלחמה לשלום – דילמת המכשירים: מיקרוסקופ או טלסקופ?

מלומדים הניגשים לכתיבת ספר על המשפט הבינלאומי הפומבי נדרשים להחלטות גורליות בדבר הכלים שלהם יידרשו ואשר בהם ישתמשו. המשפט הבינלאומי חובק עולם וטוטלי⁶, הן כמוכן שהוא גלובלי ומחייב את כל המדינות והן כמוכן שהוא נפרש על מרבית תחומי החיים. בעקבות זאת, המשפט הבינלאומי הוא בבחינת

5 בית המשפט העליון כבר נסמך על הדעות המובעות בספר, ראו בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, תק-על (4) 3958 (2006).

6 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21. בלשון הכותבים: "מלוא כול העולם משפט (בין לאומי)".

כוכב לכת גדול מאוד, ויש צורך בטלסקופ על מנת לקרבו לקורא. בה בעת הוא גרם טטן מאוד בתודעה של הקורא ויש צורך במיקרוסקופ כדי להעצימו ולהדגיש את חשיבותו הרבה.

ברי אפוא שאי-אפשר לכתוב ספר על מלוא עולמו של המשפט הבינלאומי. בחירות קשות צריכות להיעשות. ודוק, אין קל מלבקר ספר על מה שאין בו. אין בספר כמעט דבר על מוסדות המשפט הבינלאומי. אין בספר כמעט דבר על המדינה כנושא וכמושא של המשפט הבינלאומי הפומבי: הגדרתה, אחריותה, חסינותה, התפרקותה. הספר אינו עוסק במשפט הבינלאומי הימי, במשפט הנוהג בחלל, בדיני איכות הסביבה או במשפט הבינלאומי הכלכלי. אין בספר כמעט דבר על הטמעת המשפט הבינלאומי במשפט הלאומי. כל אלו תחומים קלאסיים של שדה משפטי זה. ואולם לדידי ראוי לבחון את נאותות הפרויקט דרך עדשות הכותבים, המציגים בפרק הראשון של הספר – המבוא – את היעד שהציבו לעצמם. לא נותר אפוא אלא לבחון שתיים אלו: ראשית, האם היעד לכתוב על דיני המלחמה והשלום הוא ראוי, ושנית, האם צלח בידי המחברים להגשימו.

המחברים אינם מציינים במפורש מדוע מבין כל תחומי המשפט הבינלאומי הפומבי בחרו דווקא את הנגזרת העוסקת בדינים שבין מלחמה לשלום. הסבר אחד לבחירה בדיני המלחמה והשלום מצוי, כמובן, בנימוק שככלות הכול, מדובר בנגזרת קלאסית שבה עוסק המשפט הבינלאומי הפומבי⁷. ואולם לא למותר לציין, כי ישנם ספרים שנכנסו לקלאסיקה המודרנית והעוסקים בעקרונות המשפט הבינלאומי הפומבי שאינם נדרשים כלל לסוגיית השימוש בכוח⁸. אך אפשר לחשוב על הסבר נוסף, העולה מקריאה בין השורות בספר. טבעי הוא שמלומדים ישראלים הכותבים בשפה העברית, תוך ויתור על היוקרה האקדמית ה"נגישה" הנלוות לכתביה בשפה זרה⁹, יבחרו לעסוק בשאלה המשפטית המצויה בלב לבה של ההווה הישראלית והנוגעת בגבולותיה הפיזיים והמטאפיזיים בדבר כינונה וקיומה של מדינת ישראל. הכותבים רואים עצמם חלק מקהילת המשפטנים של ישראל. בעיניהם, חלק מרכזי של תפקידם הוא ניסיון להשפיע על השיח המתנהל בישראל, כאן ועכשיו, בעברית, על מעמדו ועל חשיבותו של המשפט הבינלאומי הפומבי.

לאורך ששת העשורים לקיומה, מדינת ישראל הייתה מעורבת במספר רב של מלחמות ומבצעים צבאיים. במשך ארבעת העשורים האחרונים היא נמצאת במרכז תשומת הלב לבחינת ניסיונותיה להתמודד עם דיני המשפט ההומניטרי, נוכח הכיבוש המתמשך בשטחים. בתי המשפט של המדינה נאלצו, לא פעם, להתמודד עם שאלת היקף ההגנה על זכויות האדם של האוכלוסייה הכבושה. מדינת

7. Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis* (1625)

8. ראו לדוגמה: IAN BROWNLIE, *PRINCIPLE OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (6th ed., 2003)

9. במאמר מוסגר אציין כי לדידי, ככל שהמשימה לפרסם בהוצאה זרה קלה היא לכותבים, כך נכבד הוא הויתור שעשו המחברים, ויש להריע להם על כך.

ישראל סובלת מיחס אמביוולנטי לסוגיית השיפוט הפלילי הבינלאומי, בהיותה אחת המדינות שדחפו במרץ לכינון משפט פלילי בינלאומי, מחד, ובהיותה אחת מהמדינות המערביות המעטות שבסופו של דבר נמנעה מלאשרר את האמנה בדבר כינונו של בית משפט בינלאומי פלילי, מאידך, והכול בעודה חוסה בצלו המאיים של המשפט הבינלאומי הפלילי המשפיע על אופן פעולתה¹⁰. לבסוף, היא גם צד למספר הסכמי הפסקת אש ואמנות שלום.

אכן, רבים הספרים העוסקים במשפט בינלאומי הפומבי אשר פורסמו בעולם ואשר נדרשים במידה זו או אחרת להתנהגותה של מדינת ישראל לאורך שנות קיומה, ולמידת התאמתה לעקרונות המשפט הבינלאומי. אף על פי כן אין בנמצא ספר כה מקיף שבו נדרשים המחברים פעם אחר פעם לניתוח מעמיק וערכי של האינטראקציה המתמשכת בין פעילותה של מדינת ישראל לבין המשפט הבינלאומי.

ד. על בחירת הפרספקטיבה: לא דרך חור המנעול

ודוק, חשיבותו העצומה של הספר אינה רק בעצם הוספת חיבור נוסף לארון הספרים הדל בתחום המשפט הבינלאומי הפומבי בישראל, אלא במיוחד בפרספקטיבה שנבחרה. אכן, במציאות שבה העומס על ארון הספרים המשפטיים גדל מדי יום, דווקא שדה המשפט הבינלאומי הפומבי נותר בבחינת קרקע בתולית המצפה לחריש עמוק. די לעיין ברשימת המקורות בעברית (שאינה ממצה) המוזכרת בספר עצמו¹¹ כדי ללמוד כי הספרות שיצאה לאור בשדה משפטי זה בשפה העברית אינה רבה. ניתן להעלות על הדעת סיבות רבות לתופעה זו, חלקן מהותיות וחלקן פרסונליות. אך הואיל והספר מיועד אף לציבור הסטודנטים, עורכי הדין של המחר, אנסה לעמוד על סיבה אחת שמקורה בחוויית ההוראה של תחום המשפט הבינלאומי הפומבי.

מרצים המלמדים משפט בינלאומי נתקלים בחוסר עניין שמגלים סטודנטים כלפי החומר הנלמד בכיתה. חוסר העניין, מקורו בכך ש"השוק" אינו מעריך נכונה את חשיבות התחום. פועל יוצא של הדבר הוא שהסטודנטים מתרשמים שתחום זה לא יצמיח להם הכנסה כספית נאותה. פרט לכך, משך שנים רבות היה יחסם של סטודנטים בישראל כלפי המשפט הבינלאומי הפומבי מרוחק, ונע בין חוסר עניין והתעלמות מוחלטת לבין לימוד מתוך דחייה בבחינת "דע את האויב". ההתעלמות והזלזול התמצו לא פעם בהידרשות לאמירה המזוקקת של בן-גוריון, "או"ם שמו"ם" אשר מבטאת עמדה ארוגנטית, מתנשאת ולעומתית כלפי ארגון

Orna Ben-Naftali, *A Judgment In The Shadow Of International Criminal Law* 5 J. INT. CRIMINAL JUSTICE, 322 (2007).

11 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בע"מ 444, 448.

בינלאומי זה, אשר לכאורה לא יצלח לדבר. עמדה זו מבטאת גישה בדלנית של מדינת ישראל שלפיה ישראל לעולם תעמוד לבדה להגן על האינטרסים הצרים שלה, יאמרו הגויים את אשר יחפצו. גישה זו כלפי המשפט הבינלאומי הופנמה במשך שנים על ידי דורות רבים של סטודנטים אשר לא גילו התעניינות בתחום. האווירה שבה התנהלו שיעורים באוניברסיטאות ובמכללות השונות בוססה על תחושת העצמה והחוזק הצבאי של מדינת ישראל, אשר לא ראוי לה כי תיכנע לתכתיבים ולאינטרסים זרים. יתרה מזאת, מקצת אלו אשר בכל זאת גילו עניין בתחום — למעט קומץ של מלומדים אקדמיים שנתפסו כמשוגעים לדבר — עשו זאת מנקודת מבט עוינת. הם ראו בקורס אמצעי ללימוד הכלים שלהם נדרש המשפט הבינלאומי הפומבי על מנת להביסו במגרש שלו. לא עוד התעלמות אלא הכרה לצורך ניצחון תוך התעלות. גישה לעומתית זו מלמדת אף היא על תחושת "דוד מול גולית".

ההוראה בקורס נעשתה לא פעם מעמדה זו. מרצים הקדישו שעות ארוכות ללימוד המשפט הבינלאומי הפומבי מפרספקטיבה לאומית. הודגש חלקו המחייב של המשפט הבינלאומי הפומבי בדין הישראלי, תוך לימוד אופן קליטתו לתוך המשפט הלאומי. נדמה שכך גם הבינו עורכי הדין את המשפט הבינלאומי, והדבר משתקף גם ברבים מפסקי הדין של בית המשפט העליון. הסוגיה המרכזית הייתה כיצד לתחום את השפעת המשפט הבינלאומי ולצמצם את השפעתו על פעילות המדינה, או כיצד לרתום אותו לחיזוק עמדתה של ממשלת ישראל. התמונה שהתקבלה שיקפה משפט בינלאומי המהווה גיבוב עלוב של מספר מועט של מנהגים מיושנים, אי אלו אמנות, כמה החלטות של בית משפט בינלאומי, בתוספת מקבץ זעום של פסקי דין לאומיים ואוסף דל ומקרי של כתבי מלומדים בנושאים שונים.

ואילו בן-נפתלי ושני מהלכים בנתיב אחר. הם בוחרים לדבר על המשפט הבינלאומי הפומבי כתחום משפטי העומד ברשות עצמו. הם בוחרים לשים את המשפט הבינלאומי הפומבי במרכז ולא להתבונן בו דרך חור המנועול של המשפט החוקתי הישראלי. תחושת שחרור מהצורך להגן על עמדת המדינה נושבת מבין דפי הספר. העור, הגידים והנשמה הם של המשפט הבינלאומי הפומבי, היוצרים יחדיו מערכת משפטית המבוססת על נורמות, מוסדות ודרך חשיבה ייחודית בעלת היסטוריה ארוכה, שבה נורמות וכללים משחקים תפקיד אבל גם עקרונות-על אינם נעדרי חשיבות. בה מושרשת תפיסת המדינה כשחקן בינלאומי תוך ביסוס מעמדו של האדם וכבודו. כך מתקבלת מערכת דינמית המצויה בשינוי מתמיד, הנעשה לא על סמך גחמות של מחוקק ריכוזי אלא באמצעות תאוריית האמנה והמנהג. התאוריה עמוקה, קוהרנטית ומורכבת ואינה חופשייה מבעיות¹².

אני סבורה כי אסכולת חשיבה זו כלפי המשפט הבינלאומי הפומבי תשפיע

קרוב לוודאי על האופן שבו הוא ייתפס הן על ידי סטורנטים והן על ידי שחקנים פרו־אקטיביים כדוגמת שופטים ומדינאים.

ה. הצצה לפרקי הספר השונים: דרך חור המנעול

עמדתה של מדינת ישראל כלפי המשפט הבינלאומי הפומבי השפיעה בוודאי על אופן הטיפול בחלק מהנושאים הנידונים בספר. כך, למשל, בפרק השני, העוסק בשאלת השימוש בכוח במשפט הבינלאומי, בחרו המחברים להקדיש מקום זהה לזכותה של מדינה להשתמש בכוח על יסוד הזכות להגנה עצמית – זכות שישראל נדרשה לה לא פעם בעבר – ולסמכותה של מועצת הביטחון להשתמש בכוח קולקטיבי. ודוק, יש באיזון זה כדי להמעיט מחשיבותה של הפעלת הכוח על ידי מועצת הביטחון על פי הפרק השביעי למגילת האו"ם, במלאה את תפקידה לשמור על השלום והסדר בעולם. דיונים אקטואליים לעניין חוקיות השימוש בכוח, בכפוף לסמכויותיה של מועצת הביטחון, ואזכורים מפורטים למעורבותם של כוחות בינלאומיים בסכסוכים שונים על פני הגלובוס, מלמדים על החשיבות העולמית הרבה של הארגון, ונידונים בספר באופן מקיף. עם זאת, משקלם הסגולי מעומעם נוכח רוחב היריעה המוקדש לדיון בזכותה של המדינה הבודדת להגנה עצמית. הכותבים מציינים כמה פעמים לאורך הספר כי הטעם להדגשת מנגנון ההגנה העצמית של המדינה הבודדת, נעוץ בכישלון מנגנון הביטחון הקולקטיבי לספק למדינות תחושת ודאות כי הכלל האוסר שימוש בכוח ביחסים בינלאומיים אכן יכובד¹³. כמו כן, הכותבים נזהרים מאוד בהכרה בשימוש בכוח כ"הגנה עצמית מקדימה"¹⁴ ושוללים כליל חוקיות של "הגנה עצמית מונעת"¹⁵, דוקטרינות שלהן נדרשת עתה ארצות־הברית – כהגמון העולמי – עת היא משתמשת בכוח שלא באמצעות פנייה למנגנון הקולקטיבי. ואולם למצער יש בבחירתם זו של הכותבים, ולו בעקיפין, כדי לשמר את האני מאמין, ה־credo המסורתי של ישראל בדבר אינדיבידואליזם, ואי שימת מלוא הדגש על התפתחותו של סדר עולמי חדש.

ודוק, אף שמדובר בספר המיועד בעיקרו לקהל הישראלי, הוא אינו פרו־בינציאלי במובן זה שהוא עשיר בדוגמאות זרות אקטואליות השזורות לאורכו. כך, לדוגמה, בפרק העוסק בהסדר השימוש בכוח במשפט הבינלאומי, אחת השאלות העדכניות השנויות במחלוקת בין המלומדים נוגעת ל"דוקטרינת בוש" לעניין חוקיות פלישת ארצות־הברית לעיראק בשנת 2003. יש הסבורים כי היה בה לשנות מן היסוד את התפיסה בעניין חוקיות הפתיחה במלחמה ובעניין השימוש בהגנה עצמית מונעת¹⁶. אמנם המקום שהמחברים בחרו להקדיש לדוקטרינה זו מוגבל יחסית ביחס

13 שם, בעמ' 75, 78.

14 שם, בעמ' 85.

15 שם, בעמ' 91.

16 שם, בעמ' 89 ואילך.

לספר אשר עיקר עיסוקו הוא, כזכור, קו התפר החמקמק שבין מלחמה לשלום; ואמנם יש דעות מלומדים המוזכרות בספר אך אגב אורחא ואשר אין ננקטת בעניינם עמדה¹⁷ — אולם הניתוח המרוכז המוצג בספר מציג את מגוון הדעות וההנמקות, וכאמור אף ננקטת עמדה סופית בסוגיית חוקיות השימוש ב"הגנה עצמית מונעת" במשפט הבינלאומי.

הפרק השלישי, הדין במשפט ההומניטרי הוא בבחינת קלאסיקה. העובדה שמדינת ישראל מיישמת במשך ארבעים השנים האחרונות את תקנות האג¹⁸ ואת ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית¹⁹ בפעולותיה בשטחים הופכת את מדינת ישראל למקור הראה חשוב לעולם כולו לפרשנותם, להפעלתם, לאבחונם וליישומם של דיני המשפט ההומניטרי. מרבית המשפטים הישראליים העוסקים בתחום המשפט הבינלאומי הפומבי מתמקדים, מטבע הדברים, בדיני המשפט ההומניטרי, ולכן אך צפוי הוא שגם בן-נפתלי ושני נוטלים חלק פעיל בשיח מלומד זה, בנקטם עמדות ביקורתיות, והכול תוך שימתו של הדיון בהקשר תאורטי. הפרק מציג את היקף תחולתם של הדינים: סכסוך חמוש בינלאומי, שטח כבוש וסכסוך חמוש שאינו בעל אופי בינלאומי. הוא בוחן באיזמל של מנתחים את עקרונות דיני הלוחמה ומפריד בין ניתוח תאורטי של עקרונות דיני המלחמה — עקרון הצורך הצבאי, עקרון ההבחנה, עקרון המידתיות ועקרון מניעת הסבל המיותר — לבין יישומם של עקרונות אלו בנוגע ללוחמים מוגנים (פצועים ושבוים) מחד, לבין אזרחים מאידך. למרות ניסיונם של המחברים לתחום מבחני עזר אלו, הרי שדה-פאקטו הם מופעלים לעתים קרובות במצטבר. כך, תחת עקרון המידתיות נבחנת לא פעם שאלת הצורך הצבאי בפעולה ונעשה ניסיון להעריך מה ייחשב כנזק משני לחיי אזרחים. בנוסף, בניגוד לבן-נפתלי ושני, המנתחים את שאלת החוקיות בשימוש בכלי נשק מסוימים אך ורק על פי עקרון ההבחנה²⁰, יש אשר יעשו זאת, לפחות בנוגע לכלי נשק ספציפיים, אף באמצעות עקרון המידתיות.

גם הפרק הרביעי, הדין בזכויות האדם במשפט הבינלאומי שזור דילמות שעמן מתמודדת מדינת ישראל. עמן נמנות, למשל, השאלה בדבר היקף התחולה של אמנות זכויות אדם על השטחים²¹; תחולת זכויות האדם בעתות חירום²²; האיסור

17 כך לדוגמה, לא ברור מדוע נמנעים המחברים מלהתמודד עם הניתוח המקורי, שאינו נקי מביקורת, המוצע על ידי פרוף' דינשטיין במהדורה החדשה של ספרו להצדקת חוקיות המלחמה נגד עיראק. (Yoram Dinsten, War, Aggression and Self-Defence (4th ed., 2005).

18 Regulations Concerning the Laws And Customs of War on Land, The Hague 18 October 1907.

19 אמנת ג'נבה בדבר אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, מס' 30, עמ' 559.

20 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 153.

21 שם, בעמ' 216.

22 שם, בעמ' 219.

נגד עינויים כאיסור מוחלט²³; וזכויות קבוצתיות²⁴. עם זאת, הפרק אינו מתמקד אך ורק בסוגיות ייחודיות שבהן נתקלת מדינת ישראל, אלא נוקט עמדה כוללת יותר²⁵. אכן, לדידי, פרק זה מקדיש מקום רב מדי לעיסוק נורמטיבי ומוסדי בזכויות האדם הבינלאומיות, על חשבון דיון מפורט יותר בשאלות האידאולוגיות הנובעות מנושא זכויות האדם והמשתרעות על גבי ספקטרום נרחב של סוגיות²⁶. כך, למשל, אין כמעט עיסוק בשאלות בדבר היחסיות התרבותית, בעיית האכיפה הסלקטיבית או היעדרה של הייררכיה נורמטיבית ברורה בין הזכויות. בהקשר אחרון זה, הפרק עושה הבחנה נוקשה מדי בין משטר זכויות האדם הבינלאומי²⁷ לבין משטר זכויות האדם האזורי²⁸. הוא אינו מקדיש מקום לפוטנציאל הטמון בהשפעה ההדדית של משטרים אלו – הבינלאומי והאזורי – הן במובן השלילי (פרולiferציה של זכויות אדם עלולה לערער את חוסנו של הטיעון בדבר קיומה של קהילה בינלאומית המתנהלת לפי מערך ערכי אחיד) והן במובן החיובי (קיומה של הייררכיה נורמטיבית בין זכויות האדם במישור האזורי עשויה להקרין גם על אפשרות התהוותה של הייררכיה שכזו במישור הבינלאומי אם יש חפיפה בין הזכויות). עם זאת, המחברים בוחרים להביע עמדה מנומקת ונחושה בשאלות מהותיות. כך לדוגמה ראו חוות דעתם שלפיה "יש לראות בכל הפרה של זכויות אדם משום הפרה של כלל *erga omnes*"²⁹. עמדה זו מתווספת לשובל ארוך של מנעד דעות שבוטאו על ידי כותבים אחרים, אשר לא פעם היססו לנקוט עמדה נחרצת בעניין.

הפרק החמישי המעולה על המשפט הבינלאומי הפלילי מציג הן היבטים מהותיים והן היבטים פרוצדורליים של תופעה חדשנית זו. גם בפרק זה, מוצגת עמדתה האמביוולנטית של ישראל לבית המשפט הבינלאומי הפלילי³⁰, ולאורך הפרק שזורות דוגמאות בדבר (אי) התאמת המשפט הישראלי לנורמות הפליליות הבינלאומיות. ואולם הפרק מתרכז בתיאור התופעה בכללותה ובהבעת הערכה כלפיה. לאחר מיקומה של התופעה בהקשרה ההיסטורי פונים המחברים לניתוח מעמיק הן של סוגי העברות הנתונות לסמכותו של בית הדין הבינלאומי הפלילי ומהות ההגנות העומדות לרשות הנאשם, והן להיבטים דינויים בדבר סמכות שיפוט ואכיפה. רבים מהמשפטנים הבינלאומיים העוסקים בתחום המשפט הבינלאומי הפלילי נלהבים, לא פעם, מהטרנספורמציה שעובר המשפט הבינלאומי בזכות המשפט הבינלאומי הפלילי בשל הפיכתו לבר אכיפה, עד שהם נוטים לא פעם

23 שם, בעמ' 224.

24 שם, בעמ' 241.

25 לדוגמה, הספר מזכיר את סוגיית התחולה המצרפית של דיני זכויות האדם והמשפט ההומניטרי אך אינו מקדיש לכך דיון מפורט, ראו שם, בעמ' 242.

26 שם, בעמ' 238–244.

27 שם, בעמ' 197–232.

28 שם, בעמ' 232–238.

29 שם, בעמ' 200–201.

30 שם, בעמ' 324–326.

"להקריב" את זכויות הנאשם על מזבח האפקטיביות של המשפט הבינלאומי, בניגוד לגישתם של משפטנים פלייליים החוקרים תופעה זו והמוטרדים מזכויותיהם של אלו היושבים על ספסל הנאשמים³¹. אף שנדמה שבהכללה המחברים מברכים על תופעת הקמתו של בית משפט בינלאומי פליילי, הם לא נרתעים מלהציג ולנתח את הביקורת המושמעת לא פעם כלפיו³².

אמנם הספר עוסק באחריות אישית על פגיעה בזכויות האדם מכוח המשפט הבינלאומי הפליילי, אולם לא מוקדש פרק נפרד לתחום מרכזי במשפט הבינלאומי הפומבי בדבר אחריות המדינה לאותן הפרות בדיוק, ולזכות להגנה הדיפלומטית שיש הרואים בה זכות אזרח שנוצרה במישור הבינלאומי. ודוק, ייתכן שטעם להשמטה זו הוא רצונם של המחברים להבליט את הטרנספורמציה שעובר המשפט הבינלאומי במקמו את האדם והעמים במרכז תוך הפחתה במשקלה היחסי של המדינה³³.

הפרק השישי, העוסק ביישוב סכסוכים בדרכי שלום נחזה להיות הטכני והמרוחק ביותר מ"השאלה הישראלית" מבין הפרקים בספר. נדמה ששתי הדוגמאות היחידות המובאות בנוגע למדינת ישראל, וגם זאת בדרך לקונית, הן הבוררות בטאבה³⁴ וניסיונות פישור בהקשר של הסכסוך הערבי-ישראלי³⁵. הפרק מציג את המנגנונים הדיפלומטיים והשיפוטיים השונים ליישוב סכסוכים. כאן גולש הדיון לא פעם מעבר לתחום של דיני השימוש בכוח, ומתפשט להצגת בתי דין שיפוטיים העוסקים בדיני הים ובדיני הסחר הבינלאומי, לרבות בתי דין אזוריים לאינטגרציה כלכלית. אך המחברים אינם מסתפקים בהצגה פרוצדורלית של המנגנונים, בהרכבם, באופן פעולתם ובסמכויותיהם, אלא דנים, ארוכות, תוך שיפוט ערכי, בסוגיית חיוניותם ופרות פועלם של בתי המשפט הבינלאומיים³⁶.

1. על כתיבה אקדמית ולקונות בארון הספרים

אבל בכך אין די. בעולם שבו הברומטר האומד הצלחה בחיי האקדמיה מכונן בעיקרו להיקף פרסומיו של החוקר, באווירת ה"publish or perish" שבה טבעת הלחצים להרבות ולפרסם מאמרים וספרים הולכת ומתהדקת סביב צווארו של החוקר, ובתקופה שבה הדפסה והפצה של כתבים אינה בכחינת אבן נגף, עשרות ספרים מתפרסמים מדי שנה בכל תחום משפטי ומכסים כל חלקה טובה. אשר על כן, שאלה שכל חוקר אקדמיה צריך להציב לעצמו טרם שגומלת בלבו ההחלטה

31 שם, בעמ' 248.

32 שם, בעמ' 258, 281.

33 שם, בעמ' 16.

34 שם, בעמ' 241.

35 שם, בעמ' 337.

36 שם, בעמ' 253–358.

בדבר פרסומו של כותר נוסף הנה לא רק אם הגה מוחו הקודח רעיונות שיש בהם משום חידוש הלכה, הצגתה של פרספקטיבה שונה או השפעה על אופן החשיבה בתחום מסוים, אלא, וכאן העיקר, האם יש בכריכתם של רעיונות אלו יחדיו בספר ערך מוסף החולש על יותר מסכום חלקיו.

כאמור, זהו אחד מהישגיו הבולטים של הספר. הסינרגיה בין הפרקים השונים הנה בבחינת *tour d'horizon*, המוביל את הקורא להרהר על תמונת המלחמה והשלום בכללותה; על ההקשר הרחב של המלחמה והשלום החולשים למעשה על כל תחומי החיים: כלכלה, מסחר, תיירות, איכות סביבה, חינוך יצירה, תרבות וכד'; על הקשיים בתחזית גבולות מדויקים למלחמה ולשלום ועל השפעותיהם ההדדיות; על הטעות בהתבוננות על מלחמה כאירוע היסטורי נקודתי וכקונפליקט מבודד בין המדינות המערבות; על הצורך בהבנת הזעזוע והפגיעה העמוקים הנגרמים לקהילה האנושית, בכלל, ולקהילות הנלחמות, בפרט; על העיסוק בסוגיית האחריות, הענישה והתיקון; ועל הניסיון לעמוד על ההשפעות מרחיקות הלכת של השלום, גם כשזה לבסוף מושג.

יתרה מזאת, ספר זה מצטרף בקלות לספרות האינטרדיסציפלינרית, שכיום מהווה כבר את האורתודוקסיה של המחקר המשפטי, דהיינו ספרים העוסקים ב"משפט ו..." זהו אמנם ספר משפטי, אך להבדיל מספרים פוזיטיביים על המשפט הבינלאומי הפומבי, הוא הולך בעקבות הגישה השולטת שלפיה השיח המשפטי בכלל, וזה של המשפט הבינלאומי הפומבי בפרט, אינו נסב עוד על דקדוקי טקסט וקריאת סעיפים ואמנות, אלא מהווה למעשה נקודת מפגש בין משפט לפוליטיקה, משפט לכלכלה, משפט לתרבות, משפט לחברה וכד'. המחברים אינם יראים להציג את המשפט הבינלאומי הפומבי בקונטקסט הפוליטי שלו³⁷, בהראותם פעם אחר פעם שאי-אפשר להבין את המשפט הבינלאומי הפומבי בהתעלם משיקולי כוח ופוליטיקה. אפשר כמובן לומר שבכך אין חידוש מהפכני (אם כי בהשוואה לחלק מהכתיבה על המשפט הבינלאומי הרווחת בעברית יש בכך משום פריצת דרך רבתי), שכן ממילא לא פעם נתפסו אלו העוסקים במשפט בינלאומי יותר כאנשי מדע המדינה ויחסים בינלאומיים מאשר כאנשי משפט. אבל, וזאת יש להדגיש, האמירה שבספר של כן-נפתלי ושני משוכללת יותר. הספר אינו עוסק בהתמודדות המשפט הבינלאומי הפומבי עם נושא הכוח במובנו הפשוט. הוא עוסק בתכונת ההעצמה שמקנה המשפט הבינלאומי הפומבי, סגולה שאינה מובנת מאליה ולכן כל כך מרתקת. העושר והמורכבות של תכונה זו, המשפיעה על הלך החשיבה כלפי המשפט הבינלאומי הפומבי, נרקמת לאורך הספר כולו ולא יכולה הייתה ליהנות מאותה תהודה אלמלא רוחב היריעה שמאפשר ספר.

ז. אחרית דבר שהיא ראשיתו של מסע

אכן, יש להודות כי חלק ניכר מהאנרגיה האקדמית מוקדש כיום לתהליך מתמיד של ברירת המוץ מן התבן, על מנת שזמן המחקר היקר יוקדש להתעמקות בקומץ הספרים המעולים באמת המתפרסמים מבין המאסה הגדולה של הספרות המקצועית היוצאת לאור. ביקורות ספרים, יש בהן כדי לסייע בתהליך הברירה. לדעת, הספר נשוא רשימה זו הנו מן המשובחים בתחום המשפט הבינלאומי הפומבי. הוא מצליח הן במשימה של הדגשת מהפכת ההומניזציה של המשפט הבינלאומי הפומבי ושימת הפרט במרכז, והן במשימת היפוך דרך החשיבה על המשפט הבינלאומי והעצמת אלו הקשובים לכלליו. הוא עושה זאת באופן מעורר פליאה תוך שהוא מעמיד לרשות הקורא עושר ביבליוגרפי וניתוח מקורי. כבר מראשיתו מזמין הספר את הקורא לצאת למסע מעורר של חשיבה ביקורתית על תחום שעד כה במודע או שלא במודע נדחק אל מחוץ לתודעתו, תחום אשר כאמור מהפכה מתרגשת עליו. לא נותר לי אלא להמליץ בפניכם להקדים ולצאת למסע מאתגר זה.