

ליטיגציה בינלאומית בבית המשפט המקומי: בין דילול משפטי לבדלנות שיפוטית – תמונת מצב

מיכאל ספרד *

- א. משפט בינלאומי כמהפכה חוקתית
- ב. תחולת המשפט "חוקתי" הבינלאומי בבתי המשפט בישראל – כללי
- ג. דיני המלחמה והכיבוש במשפט הישראלי: מידידות לזרות
 1. הכיבוש מינקות לנערות: המשפט ההומניטרי בשירות הציונות
 2. הכיבוש מגיע לבגרות: המשפט ההומניטרי כדגימת שתן
- ד. דיני המלחמה והכיבוש במשפט הישראלי: בונים "חומת מגן"?
- ה. סיום

א. משפט בינלאומי כמהפכה חוקתית

מהפכה חוקתית, כל מהפכה חוקתית, היא תוספת משמעותית ביותר לתיק כלי העבודה של עורך/ת הדין. לכל אותם פטישים, מקדחות ומברגים ישנים וחלודים שכל עבודה שגרתית מחייבת בגינם מאמץ מיוזע, המהפכה החוקתית מספקת סט נוצץ וחדיש של טיעונים עוקפי מכשולים שבעבר היו בלתי עבירים. פתאום, כמעט ללא הפעלת כוח, מצליחים עורכי הדין לקדוח עמוק יותר, חזק יותר, מהר יותר ומבלי ללכלך את סביבתם.

מהפכה חוקתית הכוללת הכרה בזכויות אדם על-חוקיות יוצרת ממד חדש, קרום העוטף את כל מערכת המשפט ומכפיל ומשלב את ספקטרום קווי הטיעון שעורך הדין יכול למצוא בפתקים שהטמין בדש מעילו לקראת הדין. כל תיק חוקתי או מנהלי, וגם הרבה מאוד תיקים פליליים ואזרחיים, מקבלים צבע חדש, ועורכי הדין יכולים להתבונן בהם מבעד למשקפי המהפכה החוקתית ולגלות גוונים שהעין הבלתי מזוינת בעדשה העל-חוקית לא ידעה לזהות בעבר. כל זה נכון, כמובן, למהפכה חוקתית אמיתית, שאיננה נשארת במישור הרטורי בלבד.

* עורך דין, בעל תואר ראשון מהאוניברסיטה העברית בירושלים ותואר שני במשפט בינלאומי של זכויות האדם מאוניברסיטת UCL בלונדון. בזמן כתיבת המאמר עורך דין במשרד עורך דין אביגדור פלדמן.

לחדיירה של שדות מסוימים של המשפט הבינלאומי לתוך המשפט המקומי של מדינה יש לעתים תוצאות דומות. התחייבויותיה של המדינה לעמוד בסטנדרטים בינלאומיים עשויות להביא לכך שכל תקדימי העבר יהיו ראויים, לפחות לכאורה, לבחינה מחודשת, והפעם על פי הקריטריונים הבינלאומיים הנוגעים בדבר. השדות המשפטיים הבינלאומיים הבולטים בהקשר זה הם שדות שבחיבור זה אקרא להם "המשפט הבינלאומי החוקתי", והם כוללים בין היתר את השדות הבאים: משפט זכויות האדם הבינלאומי, המשפט ההומניטרי הבינלאומי¹ והמשפט הפלילי הבינלאומי². הזרמה של עקרונות מתחום המשפט החוקתי הבינלאומי לתוך המשפט המקומי של מדינה והיכולת לטעון בפני בתי המשפט המקומיים של אותה מדינה או בפני טריבונלים בינלאומיים הרוכשים סמכות שיפוט טענות המתייחסות למשפט הבינלאומי, יוצרים לכאורה מצב חדש עבור ציבור עורכי הדין ומרחיבים באופן ניכר את אופק הטיעון המשפטי. אמרנו "לכאורה" ולא במקרה. הראייה הזו של המשפט הבינלאומי החוקתי כ"עוטף" את המשפט החוקתי המדינתי היא ראייתו של המשפט הבינלאומי הטוען לעליונות על פני משפט מקומי. הפרדוקס המשפטי הוא שהמשפט המקומי הוא הקובע את תחולת המשפט הבינלאומי ואת מידת חדיירתו.

ברור שלא די באשרור אמנה (ובמקרים הנדרשים – בחקיקה מזרימה) כדי שלמהפכה חוקתית בינלאומית זו תהיה השפעה אמיתית על המשפט המקומי. כדי שיתרחש תהליך כזה במסגרת המדינתית דרושה במקביל מהפכה תודעתית של מספר גורמים שלא תמיד בנויים לשינוי כה מעמיק של המבנה המשפטי המוכר. ראשונים הם עורכי הדין. ללא הופעתם של פרקליטים המכירים ומבינים את המשפט הבינלאומי החוקתי, לא תהיה לחדיירת המשפט הבינלאומי כל תוצאה ממשית על המשפט המקומי. בשיטות משפט אדברסריות, חלוקת התפקידים הנה כזו שתפקידו של עורך הדין בבניית הטיעון המשפטי והגשתו לבית המשפט ולשופטים באופן בהיר וסדור, במציאת קווי טיעון מקוריים ובביסוסם האינטליגנטי, מפחית את הסיכוי שבתי המשפט יאמצו את הדוקטרינות והחידושים הבינלאומיים מעצמם. קשה להפריז בחשיבות מעמדו של ציבור עורכי הדין בתהליכי ההחדרה

- 1 לעתים הבחירה בכינויו של השדה המשפטי מסגיר את עמדותיו של הדובר: עורכי דין ואנשי אקדמיה רבים העוסקים בתחום משפט זכויות האדם הבינלאומי ורואים במשפט ההומניטרי היתר משפטי פסול לפגיעה בזכויות אדם, שונאים את הביטוי "משפט הומניטרי" המעניק לו נוחות הומניסטי, ומעדיפים לכנותו בשם "דיני המלחמה הבינלאומיים". כך או כך הכוונה היא לשדה המסדיר את המותר והאסור בימי לחימה וכיבוש.
- 2 הבחירה בשלושה תחומים אלו נובעת מאפיים כמסדירים את היחסים שבין הפרטים לשלטון על ידי הגבלה חוקתית של סמכויות וכוחות השלטון. ככאלה עונים שלושת התחומים להגדרה הליברלית הקלאסית של חוקה – משפט זכויות האדם הבינלאומי מסדיר את מגבלות הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות, משפט ההומניטרי בינלאומי מסדיר את מגבלות הכוח בעת מלחמה ואת זכויות האזרחים שנקלעו לאיזורי לחימה והמשפט הפלילי הבינלאומי אוסף, בין יתר הדברים, את שני השדות הקודמים ומקבע את עקרון הנשיאה באחריות (Accountability) של נושאי תפקידים.

של המשפט הבינלאומי, ואף שמדובר בציבור שעל פי רוב הוא הראשון להכיר בשינויים המשפטיים ולנצל את התמורות שהוא טומן בחובו ללקוחותיו, לעתים בכל זאת חולף זמן עד שעורכי הדין מעזים לבסס טיעון על מה שעדיין נתפס פסיכולוגית כמשפט "זר".

הגורם השני שבלעדיו לא תהיה לחדירת המשפט הבינלאומי למשפט המקומי כל משמעות הם ציבור השופטים ובתי המשפט. כאן לא די בהכרה בתקפות השדות המשפטיים הבינלאומיים הרלוונטיים לתיק הנמצא בפניהם. הכרה כזו היא במקרים רבים פשוטה ומתבקשת ועדיין לא אומרת דבר. יש דרכים רבות ליישם את הוראות המשפט הבינלאומי, ומידת ההפנמה של האימוץ לחוק המקומי יכולה לנוע בספקטרום רחב – מהבנה שמשפט זה מגיע עם "תרמיל" של כתיבה אקדמית נרחבת, פסיקה בינלאומית ומדינתית חשובה ופרשנות של ועדות, נציבויות ומומחים – בצד האחד – ועד לעקירה של סעיפי המשפט הבינלאומי מתוך המצע האורגני שלהם, הטמעתם בתוך הדוקטרינות המקומיות ושימוש מסיבי בחזקות בדבר שוויון הדינים ועליונות החוק המקומי – בצד האחר.³

ספקטרום זה הוא תולדה של שני מאפיינים נוגדים המצויים בנשמתה של הרשות השופטת: מחד גיסא נהוג לומר על הרשות השופטת שהיא האורגן היחיד במדינה שמסוגל (ומוטל עליו) לבצע את תפקיד אכיפת המשפט הבינלאומי. הרשות השופטת של מדינה היא כמובן זה חלק מ"ברנז'ה" בינלאומית שנטלה על עצמה את התפקיד (הלא פופולרי, לעתים) לאכוף את הוראות המשפט הבינלאומי ולדאוג להטמעתו במשפט המקומי. לתפקיד הרשמי הזה מצטרפים אלמנטים בלתי רשמיים המשפיעים על שופטים ועל בתי המשפט באורח מנטלי, ולעתים אפילו לא מודע, כגון קבוצת היחס של שופטים שעל פי רוב מורכבת משופטים מארצות אחרות ומאנשי אקדמיה מפורסמים. מאידך גיסא הרשות השופטת היא אחת מזרועות השלטון של המדינה המסוימת. ככזו, יש לה יחס אינטימי למוצרים המשפטיים המקומיים, לחקיקה, לפסיקה ולכתיבה האקדמית המקומית. המשפט הבינלאומי דורש שינוי מושגי בהבנת מודל האמנה החברתית שבבסיס הדמוקרטיה הליברלית וקבלת כללים המוכתבים, כביכול⁴, על ידי גורמים זרים. יחסם של שופטים לחקיקה המקומית הוא כמעט קנייני. הם מקבלים את עליונותו של המחוקק המקומי, שהוא

3 ראו מאמרו המרתק של הסוציולוג של המשפט גונטר טויבנר, המתאר כיצד "שתל" זר התודר למערכת המשפטית (על דרך של הפניה מקומית לחוק הזר או כמשפט בינלאומי מחייב) "מפורש" מחדש בהקשר המקומי ולבסוף ייחודו והשפעתו נעלמים: G. Teubner "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences" 11 *Modern L. Rev.* (1998) 61; לדוקטרינת חזקת ההתאמה הפרשנית ראו בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (להלן: פרשת עפו).

4 כביכול משום שהליך הזרמת המשפט הבינלאומי לתוך המשפט המקומי, יש לו תמיד שורש מקומי של הסכמה, מלבד במקרים יוצאי הדופן של עקרונות מסוג *Jus Cogens*, אשר אינם שונים אינטלקטואלית מעקרונות חוקתיים שלא כתובים עלי ספר והמאומצים על ידי בתי המשפט מתוך מה שנהוג לכנות "עקרונות יסודיים של השיטה" וכדומה.

במוכנים רבים כשר מבשרם, ומתעבים את הרעיון ששלושה, חמישה או שבעה שופטים כמוהם, שאינם דוברים את שפתם ואינם חיים במרחב הגאוגרפי-תרבותי שלהם יוכלו להכתיב להם תקדימים ועקרונות.⁵

בין שני קטבים אלו נעה מערכת בתי המשפט ביחסה למשפט הבינלאומי. המתח האמור הוא, כמובן, בכואה של תהליכים סוציולוגיים המתרחשים בתחומים אחרים של החברה בפתח המאה העשרים-ואחת, המתח בין קהילתיות, לאומיות ורבת-תרבותיות לגלובליזציה ואוניברסליות.

מלבד עורכי הדין והשופטים יש גורמים נוספים, חשובים מאוד, אשר משפיעים על מידת ההטמעה של המשפט הבינלאומי במשפט המקומי, ומובן שהראשון בהם הוא הציבור הרחב. ודאי שיקשה על מערכת משפטית, פתוחה ומוכנה לקלוט ככל שתהיה, לעכל את המשפט הבינלאומי בימים של התנגדות איתנה של הציבור למהלך כזה. עם זאת, דומה שמדובר בשאלה תאורטית בלבד. במדינות שבהן ההתנגדות הציבורית לקליטת המשפט הבינלאומי בשדה מסוים היא חזקה, תהיה מערכת המשפט אף היא קמוצה וקמצנית ביחסה אליו. ועוד יש לזכור שבמקומות שבהם מערכת המשפט זוכה להערכה גבוהה מצד הציבור, יכולות הכרעותיה לשנות את עמדת הציבור ולהקהות את התנגדותו.⁶

עורכי דין המתמחים במשפט בינלאומי אוהבים להזכיר את שנת 1961 — השנה שבה הכריז הפילוסוף המשפטי הנודע הארט כי המשפט הבינלאומי עומד (גם אם חלקית) במבחני האסכולה הפוזיטיביסטית, ועל כן יש בו פוטנציאל להיות מערכת משפט במלוא מובן המילה — כשנה שבה קיבל תחום זה חותמת כשרות אשר לה השלכות מעשיות.⁷ מאז הכריז הארט שהמשפט הבינלאומי אכן מהווה אוסף של כללים מחייבים (הגם שכלל הזיהוי שלהם אינו ברור כמו במערכת משפט מקומית), חלו תמורות גדולות במשפט הבינלאומי, ובמיוחד במשפט הבינלאומי החוקתי, כאשר שנת המפתח להבנת פריחתו היא 1989 — נפילת חומת ברלין וסוף המלחמה הקרה. בתי דין בינלאומיים, בתי משפט קבועים, ועדות ונציביות קמו כפטירות אחרי הגשם, ולפי אחת הספירות, פועלים כיום למעלה משלושים בתי דין וטריבונלים בינלאומיים ברחבי העולם.⁸ אמנות בינלאומיות כוללות היום, כמעט

5 דוגמה טובה להתנגשות המוסדית הזו היא פסק דינו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם אשר ביטל הלכה רבת-שנים שנהגה בבריטניה, שלפיה אין להבוע את המשטרה בגין רשלנות בחקירה. בית הלורדים, אשר בעצמו יצר הלכה קודמת זו, נאלץ לקבל את הדין, לא לפני שהביע את זעמו ולא לפני ששופטיו רטנו כי בית המשפט האירופי לא המציא את זכויות האדם, ועל כן עמדתו בהקשר לאיזון בין זכויות אינו "טוב" יותר מזה של בית הלורדים. ראו: Lord Hoffmann, *Osman v. United Kingdom* [1998] 29 EHRH 245. לעניין הביקורת ראו: "Human Rights and the House of Lords" 62 *Modern L. Rev.* (1999) 159.

6 יש, כמובן, גורמים נוספים המשפיעים על מידת הקליטה של המשפט הבינלאומי שקצרה היריעה מלנתח אותם. נזכיר רק את האקדמיה שהשפעתה על בתי המשפט משתנה ממדינה למדינה ומשיטה לשיטה.

7 H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 1961).

8 לספירה של הגופים השיפוטיים והמעין-שיפוטיים הבינלאומיים ולניתוח ההשלכות של

תמיד, מנגנוני אכיפה — אם באמצעות גוף המוקם על פי האמנה לבחינת תלונות, אם באמצעות פקחים או חיוב המדינות בהגשת דו"חות תקופתיים ואם באמצעות הקמת בתי משפט ממש שפסיקתם מחייבת. הכתיבה האקדמית בתחום גדלה באופן ניכר, וכמות הפסיקה הבינלאומית העכשווית לא הייתה מביישת אף שיטת משפט. לכל אלה כמובן יש להוסיף את בית המשפט הפלילי הבינלאומי שהוקם בהאג, שהוא תולדה של בתי הדין הצבאיים בנירנברג ובטוקיו ושל בתי הדין המיוחדים לפשעים שבוצעו ביוגוסלביה וברואנדה. בית המשפט הפלילי הבינלאומי, שלו סמכות שפיטה רחבה שאינה קשורה בסכסוך בינלאומי מסוים⁹, מסמן את מה שהיה ברור למומחים של המשפט הבינלאומי מזמן — שכיום קשה למדינות להתחמק מהשפעתו של המשפט הבינלאומי גם אם הן אינן מעוניינות בהחלתו עליהן¹⁰.

כאשר נתקבלו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: תופש העיסוק, יצא נשיא בית המשפט העליון בקריאה לפרופסורים למשפט בישראל שילמדו כי אירעה בישראל מהפכה חוקתית. האם ניתן היום, בשנת 2004, לקרוא לפרופסורים ללמד כי גם המשפט הבינלאומי החוקתי חדר לאזורנו? האם יש לשרות המשפטיים שהוא כולל נפקות בבתי המשפט שלנו כך שניתן לומר עליו שהוא כלי עבודה חיוני של כל עורך דין ועורכת דין ישראלים?

בחיבור זה אבחן תחילה את תחולת המשפט הבינלאומי החוקתי בישראל באופן כללי, ואחר כך אתמקד בשדה המשפטי הרלוונטי ביותר למצבה של מדינת ישראל דהיום — המשפט ההומניטרי הבינלאומי. בדבריי להלן אתייחס בעיקר לאופן שבו מתקבל המשפט הבינלאומי על ידי הגורם השני שהזכרתי לעיל — השופטים ובתי המשפט. מטרתו תהיה מצומצמת וממוקדת: לבחון עד כמה נכונים בתי המשפט לקלוט עקרונות וכללים של המשפט הבינלאומי החוקתי.

התרבותם המהירה, ראו: C.P.R. Romano "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle" 31 *N.Y. Univ. J. of Internat. L. & Polít.* (1999) 709

9 לבית המשפט הפלילי הבינלאומי יש סמכות שיפוט בנוגע לחשודים כביצוע עברות שהם בני לאום של מדינה שאשררה את חוקת רומא או שעל אדמתה בוצעה העברה וכן על אירועים ששפיטתם התבקשה על ידי מועצת הביטחון של האו"ם. ראו ס' 12–13: 17 Rome Statute, July 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, reprinted in 37 *I.L.M.* (1998) 999 (להלן: "חוקת רומא" או "Rome Statute").

10 הדוגמה הבולטת בהקשר זה היא כמובן המאמץ האדיר שמשקיעה ארצות-הברית בימים אלה להרחיק ממנה את סמכות השפיטה של בית המשפט הפלילי הבינלאומי על ידי פרויקט אדיר ממדים שהחלה בו ומטרתו לשכנע מאה תשעים ושתיים מדינות לחתום עמה על הסכמי אי-הסגרה הדדיים אשר יחייבו את המדינות הללו שלא להסגיר אזרחים אמריקנים לבית המשפט.

ב. תחולת המשפט ה"חוקתי" הבינלאומי בבתי המשפט בישראל – כללי

למשרדה של עורכת דין מגיע לקוח. הוא מניח על שולחנה צרור של ניירות מקומטים ששלף מתוך שקית פלסטיק ומספר בעיניים דומעות כי מדינת ישראל ורשויותיה פגעו בו ובזכויותיו. עורכת הדין מעלצלת בניירת, ובלי היסוס מודיעה ללקוח שסוגיה זו שהוא מעלה כבר נדונה בבתי המשפט הישראליים, אולי אפילו בבית המשפט העליון, וצר לה אך העצה המשפטית שלה היא שאין במשפט הישראלי סעד למקרים דוגמת זה שהוצג בפניה. ואז, מנצנצות עיניו של הלקוח, והוא שולף כתבה מתוך עיתון זה או אחר ובקול נרגש קורא תיגר על ההערכה המקצועית של הפרקליטה: "כן, אבל לפי מה שכתוב פה, המשפט הבינלאומי אוסר על המדינה לנהוג כך".

מדינת ישראל ירשה משיטת המשפט הבריטית את היחס הדואלי למשפט הבינלאומי. משמעות הדבר היא כי חתימה על אמנה ואפילו אשרורה (הנעשה על ידי הרשות המבצעת – ממשלת ישראל) אינן הופכות אותה לאכיפה ושפיטה בפני בתי המשפט המקומיים שלנו. בלא חקיקה מזרימה, כלומר חקיקה של הרשות המחוקקת – הכנסת – אשר מאמצת במפורש את האמנה ואת הוראותיה לתוך המשפט הישראלי, נשארת האמנה שעליה חתמה מדינת ישראל (בהנחה שהוראותיה הן הסכמיות, קרי, אינן חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי שאליו אתייחס להלן) בתחום היחסים הבינלאומיים, והפרתה אינה נושאת תוצאות במשפט המקומי¹¹. ככל שמתפתח המשפט הבינלאומי נאלצות שיטות משפט דואליות לחיות "חיים כפולים": בהתחייבויותיהן הבינלאומיות הן נוטלות על עצמן לנהוג על פי נורמות מסוימות, ובעמדותיהן המוצגות בפני בתי המשפט המקומיים שלהן הן מתנערות מחובה זו וטוענות לאי־תחולת האמנה¹². כך היא מדינת ישראל: אל חוקי־היסוד

11 ההבחנה בין מחויבות מדינה בתחום המשפט הבינלאומי ומחויבותיה בתחום המשפט המקומי, הוצדקה, באופן היסטורי, תוך הפניה לחלוקת התפקידים שבין רשויות השלטון השונות: מכיוון שהרשות המבצעת היא שחותמת על אמנות ומכיוון שבדיה הכוח להתחייב בפני מדינות אחרות שכן תחום היחסים הבינלאומיים נתון לה, ובשל עקרון הפרדת הרשויות, ראו בתי המשפט במעשה ההתחייבות כעניין חוץ־משפטי מקומי שאחרת תינתן לממשלה סמכות חקיקה, ראו ע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1828 ופסקי הדין האנגליים והאמריקאיים הנזכרים בו. עם זאת מן הראוי להזכיר כי גם לאמנות הסכמיות יש תחולה מסוימת וזאת מכוח "חוקת ההתאמה" בין המשפט הבינלאומי לחוק המקומי שפותחה בפסיקה, ראו ע"פ 336/61 אייכמן נ' הי"מ, פ"ד טז 2033, 2041; דני"פ 7048/97 פלוני נ' שר הבטחון, פ"ד נג(1) 721, 742-743; בג"ץ 2599/00 עמותת ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834.

12 בולט בהקשר זה מצבה של בריטניה עד שנת 2001 כאשר הוראות האמנה האירופית בדבר זכויות האדם וחירויות הבסיסיות (European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222), היו בלתי אכיפות בבתי המשפט האנגליים, אך נפגעים יכלו לפנות לבית המשפט האירופי לזכויות אדם ולקבל שם סעד על פי האמנה. מצב אבסורדי זה חוקן במידה רבה עם כניסתו לתוקף של ה־Human Rights Act, 1998, Ch. 42, אשר אימץ את רוב סעיפי האמנה למשפט האנגלי בתחומים מסוימים.

שלה, אל ההלכות פרי פסיקת בית המשפט העליון בנוגע לחירויות היסוד של האדם ואל החקיקה הראשית בתחום זה, היא מתייחסת כאל בנה יחידה. אמנות האו"ם בדבר זכויות האדם שישראל חתמה עליהן ואשררה אותן הן הילד הממזר, הצאצא שמקבל תשומת לב רק על ידי מספר קטן של דיפלומטים ויועצים משפטיים של משרד החוץ בזמן כינוסים של ועדות או"ם איזוטוריות בניו-יורק ובג'נבה – אך כמעט אף פעם לא בפרהסיא – באולם בית המשפט הישראלי.

אלא שכידוע, למשפט הבינלאומי יש אגף החודר מעצמו למשפט המקומי, הוא האגף המנהגי. בניגוד להתחייבות הסכמית, שמקור כוחה (ועל כן גם חולשתה) ברצון החופשי שמביעים הגורמים המוסמכים ליצור התחייבויות בשם מדינות, מקורה של ההוראה המנהגית בנוהג של מדינות אשר יוצר משפט "מקובל"¹³. סיווגה של הוראה הסכמית כמנהגית היא נושא לחיבורים ולספרים רבים, אבל לענייננו די שנאמר, כי בפועל, בית המשפט המקומי הוא שצריך להכיר בתהליך אבולוציוני זה של סעיף באמנה אשר הפך ברבות השנים למנהגי, ועל כן מחייב גם בשפיטה המקומית, או בהיותו מלכתחילה דקלרטיבי ולא קונסטיטוטיובי, כלומר מצהיר על מה שכבר היה מנהגי ולא יוצר משפט בינלאומי חדש. עובדה כמעט פרוצדורלית זו מאפשרת לבית המשפט גמישות מסוימת, והדוגמה הבולטת, שעוד תפורט בהמשך, היא יחסו של בית המשפט העליון הישראלי לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר ההגנה על אזרחים בימי מלחמה, אשר מקובלת היום על ידי כמעט כל הגופים הבינלאומיים כמשפט מנהגי אך טרם קיבלה מעמד שכזה בפסיקת בית המשפט העליון.

מכל מקום, היכולת של עורכי דין ישראלים להסתמך על המשפט הבינלאומי החוקתי בבתי המשפט הישראליים מוגבלת ביותר בשל הזוהרות הרבה של המדינה בחתימתה על אמנות בתחום זה. האמנות הבולטות שאליהן הצטרפה ושאותן אשררה מדינת ישראל הן ארבע אמנות ג'נבה מה-12 באוגוסט 1949¹⁴ ואמנות האו"ם בדבר זכויות האדם¹⁵. כמו כן הצטרפה ישראל לאמנה למניעה

13 על כן בתי המשפט הבחינו בין ההוראה ההסכמית שהיא, כאמור לעיל בהערה 11, אינה אכיפה בבית משפט מקומי, לבין הוראה מנהגית שהיא חלק ממשפט "מקובל" החודר למשפט המקומי בהגבלות מסוימות. ראו ע"פ 174/54 שטמפפר ג' הי"מ, פ"ד י 5.

14 לבולטות שבהן ראו: אמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשכויי מלחמה, כ"א 1, מס' 30, ע' 559 (מיום 12 אוגוסט 1949, 190 מדינות חברות; ישראל הצטרפה בשנת 1951), אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, מס' 30, ע' 453 (מיום 12 אוגוסט 1949, 190 מדינות חברות; ישראל הצטרפה בשנת 1951) (להלן: "אמנת ג'נבה הרביעית").

15 הבולטות שביניהן: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 16 לדצמבר 1966, כ"א 31, מס' 1040, ע' 269 (149 מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1991) (להלן: "ICCPR"); האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 16 דצמבר 1966, כ"א 31, מס' 1037, ע' 205 (146 מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1991) (להלן: "ICESCR"); האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות אפליה גזעית, 21 דצמבר 1965, כ"א 25, מס' 861, ע' 547 (165 מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1979) (להלן: "CERD"); אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, 18 דצמבר 1979, כ"א 31, מס'

וענישה של פשע השמדת עם¹⁶. ישראל אף שינתה את משפטה הפנימי באופן שיתיישב עם חוקות בתי הדין המיוחדים לפשעים שבוצעו ברואנדה וביוגוסלביה¹⁷, וכן חתמה על חוקת רומא שכוננה את בית המשפט הפלילי הבינלאומי¹⁸. אלא שכאמור, חתימה על אמנה ואשרורה אין בהן די. על מנת שהאמנה תהפוך לכלי עבודה אפקטיבי של עורכי הדין, חייב להתקיים לגביה אחד משניים אלו: או שהכנסת תקבל חקיקה מזרימה המאמצת את הוראות האמנה למשפט המקומי ואז ניתן להסתמך עליה בבתי המשפט בישראל או שלאמנה יהיה סעיף המקנה סמכות שיפוט לגוף בינלאומי (ועדה, נציבות, בית דין או בית משפט). לחלק בלתי מבוטל מהאמנות שהוזכרו לעיל יש מנגנונים שיפוטיים או מעין שיפוטיים כאלו, אולם ככלל, מדינת ישראל נזהרה שלא להסכים לסמכות שיפוט שכזו, אם באמצעות הימנעות מחתימה על פרוטוקול הנספח לאמנה העוסק בסמכות השיפוט¹⁹ ואם על ידי הוספת הסתייגות מסעיף סמכות הקיים באמנה גופה²⁰. בכך מתבטלת כמעט לחלוטין האפשרות לפנות בתלונה נגד ישראל למנגנון בינלאומי האחראי על אכיפת המשפט הבינלאומי²¹. במקביל, יחסה של הכנסת לאורך השנים האחרונות

- 1035, ע' 179 (מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1991) (להלן: "CEDAW"); אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, 10 דצמבר 1984, כ"א 31, מס' 1039, ע' 249 (מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1991) (להלן: "האמנה נגד עינויים"); האמנה בדבר זכויות הילד, 20 נובמבר 1989, כ"א 31, מס' 1038, ע' 221 (מדינות חברות, ישראל הצטרפה בשנת 1991).
- 16 האמנה למניעה וענישה של פשע השמדת עם, 9 דצמבר 1948, כ"א 1, מס' 5, ע' 65 (ישראל הצטרפה לאמנה בשנת 1991).
- 17 ס' 1-2 לחלק א' של התוספת לחוק ההסגרה, תשי"ד-1954 (להלן: "חוק ההסגרה"), מאפשרים הסגרת חשודים לבתי הדין.
- 18 Rome Statute.
- 19 כך למשל נמנעה מדינת ישראל מחתימה על הפרוטוקול האופציונלי של אמנת האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות המעניקה סמכות לוועדת זכויות האדם של האו"ם לבחון תלונות של יחידים, וכן נמנעה מחתימה על הפרוטוקול האופציונלי של אמנת האו"ם לביעור כל סוגי ההפליה נגד נשים שגם הוא מעניק סמכות לוועדה מיוחדת המוקמת על פי האמנה לבחון תלונות בנוגע ליישום האמנה.
- 20 ישראל הביעה הסתייגות מס' 20 ו-30 לאמנה נגד עינויים המעניקים סמכות לוועדה מיוחדת שקמה על פי האמנה לבחון תלונות ולבצע ביקורים במחנות מעצר; כמו כן, ישראל צירפה לחתימתה על ה-CERD הסתייגות לסעיף 22 הקובע סמכות שיפוט לבית המשפט הבינלאומי לצדק שבהאג לסכסוכים בין-מדינתיים בנושאים הנוגעים ליישום האמנה. כן, ישראל, בעקבות ארצות-הברית, משכה את הצהרתה על קבלת סמכות השיפוט שבחובה של בית המשפט הבינלאומי לצדק שבהאג (לפי ס' 36(2) לחוקת בית הדין), בשנת 1985, ועל כן אין לבית משפט זה סמכות שיפוט כללית או מיוחדת על סכסוכים הנוגעים לישראל בהווה.
- 21 עדיין ניתן לפנות לוועדות המומחים העוסקות בהערכת מידת היישום של האמנה על ידי המדינות (למשל לפי ס' 40 ל-ICCPR ולפי ס' 16 ל-ICESCR). עם זאת, ועדות אלו מפרסמות רק "התרשמויות" ובמקרים הקיצוניים "המלצות" – אין להן סמכות שיפוט, והמלצות אלה אינן מחייבות. קיים גם הליך בינלאומי נוסף שישראל כפופה לו, והוא מנגנון התלונות של נציבות האו"ם לזכויות האדם לפי החלטה האדם 1503, אולם הליך זה (שכל חברות האו"ם מחויבות בו) אינו פומבי, מסורבל וחסר שיניים.

למשפט הבינלאומי החוקתי היה עוין מאוד, ואף חקיקה מזרימה לא התקבלה לגבי האמנות שהוזכרו לעיל. עובדה זו כולטת על רקע החובה המופיעה בלא מעט אמנות לדאוג לחקיקה מתאימה במדינות שבהן אין תחולה אוטומטית של אמנה שנחתמה ואושרה.²² להשלמת התמונה, ראוי להזכיר את חוקת בית המשפט הפלילי הבינלאומי (חוקת רומא) אשר ישראל חתמה עליה אך הודיעה זה מכבר כי לא תאשר אותה.²³ הודעת מדינת ישראל, שנמסרה למזכ"ל האו"ם במעמד החתימה עליה ובה מביעה ישראל את דאגתה משימוש "פוליטי" בבית המשפט, מעידה על יחסה האמביוולנטי לא רק לאמנה זו אלא לכל המשפט הבינלאומי החוקתי.²⁴

נחזור למשרדה של עורכת הדין וללקוחה שפנה אליה והמניח שאם במשפט הבינלאומי פעולה מסוימת אסורה, אזי קמה לו עילת תביעה. מה נשאר לה לעורכת הדין המגלה שישאל חתמה על האמנה הנוגעת בדבר, אולי אפילו אשררה אותה, אך לא העניקה סמכות שיפוט לגוף בינלאומי ולא חוקקה חוק מאמץ? המסקנה היא שעורכת הדין תיאלץ לבסס טיעון האומר שההוראות המסייעות ללקוחה הפכו זה מכבר למנהגיות (או היו מלכתחילה מנהגיות), ועל כן הן אכיפות בבתי המשפט בישראל. ובה לא תמיד יהיה די. עורכת הדין תידרש במקרים רבים לשכנע את בית המשפט לקבל את הפרשנות הבינלאומית שיש לכלל, ולמנוע "הדבקה" של הפרשנות הישראלית שכבר קיימת מן הסתם בסוגיה. זוהי ללא ספק משימה קשה, ולא רבים הם המקרים שמהלך כזה הצליח בבית המשפט הישראלי.

התחום שבו נעשו הניסיונות הרבים ביותר והמקיפים ביותר להסתמך על המשפט הבינלאומי החוקתי בישראל הוא תחום המשפט ההומניטרי הבינלאומי. זמן קצר לאחר מלחמת ששת הימים החלו עורכי דין ישראלים להסתמך בטיעוניהם בפני בית המשפט הגבוה לצדק על הוראות דיני הכיבוש הבינלאומיים שהם תחום ייחודי בתוך השדה הכללי של המשפט ההומניטרי הבינלאומי. ניתוח של פסיקת כג"ץ בארבעת העשורים מאז תחילתו של הכיבוש מדגים היטב את הבעייתיות

22 הדוגמה הבולטת היא האמנה נגד עינויים אשר מחייבת את המדינות החתומות לבצע שורה של התאמות חקיקתיות (בין היתר הוספת עברה פלילית של עינויים, הוספת עילות הסגרה הנוגעות לאמנה וכדומה). מדינת ישראל לא חוקקה עד היום חקיקה מתאימה ולא קיבלה למשפט הפנימי את האמנה.

23 לחתימה ללא אשרור יש בכל זאת מספר תוצאות במשפט הבינלאומי – אף כי במצב זה המדינה אינה מחויבת בהוראות האמנה במישור הבינלאומי, יש לה מחויבויות הנגזרות מהיותה חברה חתומה. בין מחויבויות אלו: החובה שלא לפעול נגד מטרות האמנה או לסיכול יישומה. ראו ס' 18 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות: Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (להלן: "אמנת וינה" או "Vienna Convention"). עם זאת, יש לזכור כי ישראל הודיעה כי אינה מתכוונת לאשרר את חוקת רומא ועל כן עומדת לה, לפחות לכאורה, הטענה שסעיף 18 האמור באמנת וינה אינו חל עליה.

24 על הצהרתה של מדינת ישראל במעמד החתימה על חוקת רומא ראו: Statement of Judge Eli Nathan, Head of the Delegation of Israel to the Rome Conference, 17 July 1998, para. 2-3 [http://www.un.org/icc/speeches/7171ist.htm] (last visited on 3.5.2004)

שביחסה של הרשות השופטת כלפי המשפט הבינלאומי, על כל רכדיה: מאימוץ מדלל שלא משאיר זכר למקור ועד לעיונות וחשד כאל שתל זר שנדחה על ידי הגוף.

ג. דיני המלחמה והכיבוש במשפט הישראלי: מידידות לזרות

1. הכיבוש מינקות לנערות: המשפט ההומניטרי בשירות הציונות בשנות השבעים והשמונים מצאה עצמה מדינת ישראל בסיטואציה ייחודית: מאז סוף מלחמת העולם השנייה ופתיחת אמנת ג'נבה הרביעית לחתימה, לא הייתה תביעה בינלאומית רחבה כל כך להחיל על שטחים שנכבשו את דיני הכיבוש הבינלאומיים כמו במקרה של הכיבוש הישראלי בגדה המערבית וברצועת עזה²⁵. על כן, משנקרא בית המשפט העליון הישראלי לפסוק בשאלות מתחום דיני הכיבוש הבינלאומיים, הוא גילה שלפניו שדות לא חרושים שביכולתו לעצב כמעט כאוות נפשו.

פסיקת בית המשפט העליון באותן שנים התאפיינה על כן בתחושת חירות כמעט מוחלטת לפרש את הוראות אמנת ג'נבה ואת כללי האג הספורים הנוגעים לכיבוש על פי ראיית עולמו ועל פי דיוקן הכיבוש שהתגבש בעיני רוחו. כאן יש להדגיש את תפקידו המרכזי של נשיא בית המשפט העליון לשעבר, מאיר שמגר, בתחילה כיועץ משפטי לממשלה ואחר כך כשופט בית המשפט העליון ונשיאו, בעיצוב וב"משפוט" הכיבוש²⁶. מובן שבית המשפט העליון ציטט בפסיקותיו מספרי מלומדים אשר פירשו והאירו את סעיפי האמנות השונות בתחום, אך סגנון פסיקותיו ויחסו אל אותם מלומדים היה כיחסו של עורך הדין לאיש האקדמיה – הם אנשי תאוריה, ואילו אנו אנשי המעשה.

כך גיבש בית המשפט העליון (על פי רוב בשבתו כבג"ץ) שלטון כיבוש על פי ראיית עולמו, שלטון שהתאים לעמדה המדינית הישראלית אשר לא שללה מכול וכול את הקשר של עם ישראל ומדינת ישראל לשטחים אלו. כמה דברים אמורים? דיני הכיבוש הבינלאומיים מהלכים על חבל דק שבין שני עקרונות המהווים אבני בסיס

25 העצרת הכללית של האו"ם קיבלה החלטות רבות הקובעות כולן שאמנת ג'נבה הרביעית חלה על השטחים שנכבשו על ידי מדינת ישראל במלחמת ששת הימים וכי ישראל מחויבת לקיים את הוראותיה כמעצמה כובשת. ראו לדוגמה: *Declaration of the Conference of the Parties to the Fourth Geneva Convention* (5 December 2001) [http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc/docum2.Par.0006.UpFile.pdf/mg_011205_4gcdeclarn_e.pdf] (last visited on 3.5.2004)

26 ראו בין היתר: M. Shamgar "The Observance of International Law in the Administered Territories" 1 *Israel Yb. on Human Rights* (1971) 262; M. Shamgar "Legal Concepts and Problems of Israeli Military Government — The Initial Stage" *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967–1980: The Legal Aspects* (Jerusalem, M. Shamgar ed., 1982) 13; כמו כן ראו את פסקי דינו של מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו אז) כבג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד (2) 197 (להלן: פרשת אבו עיטה), וכן פרשת עפו, לעיל הערה 3.

לשדה זה. ראשית, דיני הכיבוש רואים במעצמה הכובשת אחראית לסדר ולביטחון (ויש יגידו גם לחיים האזרחיים על כל מישוריהם²⁷) בשטח הכבוש. מטרתם – שבשלה אין הם מבחינים בין כיבוש שהוא תולדה של מלחמה צודקת לכיבוש שהוא תולדה של מעשה תוקפנות בלתי חוקי – היא לדאוג לתושבי השטח הכבוש שלא ייוותרו ללא זכויות וללא גוף האחראי כלפיהם. דיני הכיבוש הבינלאומיים בראו שלטון כיבוש המבוסס, לפחות בחלקו, על הגישה המדינית הליברלית הרואה בשלטון משרת הציבור החייב בדאגה לצורכי הציבור, והם מהווים מעין "מגילת זכויות" של תושבי השטח הכבוש. אבל העיקרון השני, החשוב לא פחות, של דיני הכיבוש הוא השלילה המוחלטת של כל טענה בדבר העברת ריבונות כתוצאה מכיבוש²⁸. כיבוש אינו יוצר ריבונות, ועל כן סמכויות שמצויות רק בידי הריבון (כגון חקיקה) אינן מועברות לשלטון הכיבוש. בתוך העדין הזה נעים דיני הכיבוש: דאגה לאוכלוסייה המקומית תוך אי-נטילת סמכויות המיוחדות לריבון. במספר פסקי דין מונומנטליים (ואכן פסיקותיו הראשונות של בית המשפט העליון בנוגע לדיני הכיבוש היו ארוכות, כמעט טרחניות, השתרעו על עשרות רבות של עמודים והובילו תמיד להרחבת סמכותו של המפקד הצבאי), גיבש לעצמו בית המשפט העליון את דמותו של הכובש ה"נאור". הכובש הנאור הוא חייל מסוג חדש, חייל שבא להציל את הנכבש מפני האנרכיה שהיא תוצאת היעדרותו של השלטון הקודם שניגף, חייל אשר דואג לאוכלוסייה המקומית, ולשם כך דרושות לו סמכויות שלטוניות נרחבות. השלטון הצבאי שורטט בקווים פטרנליסטיים כשלטון מציל, דואג ופועל למען הנכבש הנעזב על ידי שלטונו (שכאילו נטש אותו ועתה הוא מסתתר בשווייץ או באיים הקנריים, חובק שקי כסף שחמס מנתיניו). וכדי שיוכל הצבא הכובש לסייע לתושבי השטח העוזבים, נדרשות לו פעמים רבות סמכויות שלטוניות רחבות. כבר בתחילת המסע הכיבושי, הרחיב בית המשפט העליון את סמכויותיו של המפקד הצבאי ברטוריקה המקבלת את העיקרון הראשון, הפטרנליסטי, ותוך כרסום משמעותי של העיקרון השני, הריבוני²⁹. קצרה

27 הנוסח הצרפתי והמחייב של תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר כלליה ונוהגיה של המלחמה ביבשה: Hague Convention and Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, 18 Oct. 1907, 36 Stat. 2277, U.N.T.S. 539 (להלן: "תקנות האג"), העוסק בחובת המעצמה הכובשת להחזיר את ה"סדר והביטחון" לשטח הכבוש, מדבר על "vie public" מה שתורגם באנגלית ל-"public order". הנוסח הצרפתי, על כן, רחב הרבה יותר וקובע חובה להחזיר את החיים הציבוריים לסדרם ולא רק את הסדר הציבורי.

28 ראו למשל י' דינשטיין דיני מלחמה (1983) 210. הגדיל המלומד אופנהיים כשאמר שבתפיסה לוחמתית "אין אף אטום אחד של ריבונות" במאמרו: L. Oppenheim "The Legal Relations between an Occupying Power and the Inhabitants" 33 L.Q.R. (1917) 363, 364.

29 דוגמה מאלפת היא פסק הדין בבג"ץ 337/71 אלג'מעה אלמסחיה ללארצאי אלמקדסה (אגודה נוצרית למקומות קדושים) נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 575. בפרשה זו הוכרה סמכותו של המפקד הצבאי לשנות את דיני העבודה החלים בשטח הכבוש במטרה לסיים סכסוך עבודה שפרץ. זאת על רקע המבחן הכל כך מחמיר הקבוע בתקנה 43 לתקנות האג לשינוי חוק בשטח הכבוש והאומר שרק במקרה של "מניעה מוחלטת" לכבד את החוק המקומי, רק אז יכול המפקד הצבאי לשנותו.

היריעה מלתאר את כל ההלכות שיצאו תחת ידיו של בית המשפט העליון בשנים אלו אשר העניקו למפקד הצבאי סמכויות של גביית מסים, חקיקה כמעט בלתי מוגבלת והתערבות כמעט בכל תחום ושדה של החיים האזרחיים הפלסטיניים³⁰. כל זאת, כמובן, ברטוריקה של דאגה לאוכלוסייה המקומית. בולטים בהקשר זה פסקי הדין אשר עשו שימוש במושג שהיה עד אותה עת זר לדיני הכיבוש והוא "כיבוש ארוך טווח" אשר מחייב, על פי פסיקת בית המשפט העליון, הרחבת סמכות המפקד הצבאי כדי להתאים את החיים האזרחיים לשינוי הזמן. מושג זה פותח במיוחד בפסק דינו של השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון³¹. שם אישר בג"ץ הפקעת שטחים מאגודה של מורים פלסטיניים אשר התכוונו לבנות עליהם את בתיהם, לצורך סלילת כבישים. השופט ברק הדגיש בפסק דינו את הצורך של תושבי השטח הכבוש בכיבוש "ארוך טווח" בשלטון צבאי אשר יפתח את האזור ויסלול בו כבישים לרווחתם. מבין ענני הדאגה לאוכלוסייה המקומית, צץ לו בשנים האחרונות הכביש הרב-מסלולי שבו דובר, הוא כביש בן שמן-עטרות, וקשה שלא להבחין עד כמה הרטוריקה הפטרנליסטית אפשרה למעשה בניית כביש שדרוש היה למדינת ישראל, ולא לתושבים הפלסטיניים, כדי לפתוח נתיב נוסף מירושלים לתל-אביב דרך מודיעין.

כך פרץ בית המשפט העליון חריגים וסייגים הקבועים בדיני הכיבוש והפך כל סדק תחילה לצוהר, אחר כך לפשפש ולבסוף לשער רחב ופתוח לרווחה. דוגמה מצוינת לתהליך זה היא פסיקת בג"ץ שאפשרה את מפעל ההתנחלות שהחל דרכו כיישוב אזרחי "לצורך ביטחוני"³² (למרות האיסור העקרוני של העברת אוכלוסייה של המעצמה הכובשת לשטח הכבוש³³) ועד שעלה הגולם על יוצרו והפך לנושא שבית המשפט עצמו סירב לעסוק בו כבלתי שפית³⁴.

בית המשפט ראה בשנים אלו במשפט ההומניטרי הבינלאומי, שכערכאה

30 ראו ניתוחו המאלף של פרופ' דוד קרצ'מר בספרו כיבוש הצדק: D. Kretzmer *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (New York, 2002)

31 בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785 (להלן: פרשת אסכאן).

32 בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113 (להלן: פרשת אויב) (סוגיית ההתנחלויות בכית-אל).

33 האיסור המופיע בפסקה האחרונה של ס' 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, על העברת אוכלוסייה של המעצמה הכובשת אל השטח הכבוש, היה לנושא ויכוח מרכזי בין נציגי המדינות בעת ניסוח חוקת רומא. כיום כוללת חוקת רומא עברה מסוג פשע מלחמה על העברה של חלקי אוכלוסיית הכובש אל השטח הנכבש. הכללת סעיף זה היא הסיבה המרכזית לסירובה של ישראל לאשרר את חוקת רומא בטענה שהפללת ההתנחלויות היא פוליטיזציה של בית המשפט הפלילי הבינלאומי: Rome Statute, art. 8(2)(b)(viii).

34 בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלה ישראל, פ"ד מז(4) 210, וכן ראו בג"ץ 3125/98 עיאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נה(1) 913, העוסק בחוקיות הרחבת העיר מעלה אדומים אשר נדחה גם הוא בנימוק של אי-שפיתות, הפעם בשל משא ומתן המתנהל על עתיד השטח.

שיפוטית הוא היה בו שחקן כמעט יחיד, תחום המנותק מההוויה הבינלאומית וחבר אותו אך ורק למציאות הישראלית-פלסטינית. בפסיקותיו ניתן למצוא ניתוחים ארוכים של הצרכים הצבאיים ומעט מאוד על התכלית האחרת של המשפט ההומניטרי – לשמר את המצב בשטחים הכבושים ולא לבצע שינויים מרחיקי לכת השמורים לריבון, שהרי הכיבוש ביסודו אמור להיות זמני וקצר מועד. עורכי דין שניסו להציע לבית המשפט נרטיב שונה, הרואה במשפט ההומניטרי מערכת כללים המונעת את הסיפוח הזוחל של השטח הכבוש, נתקלו תמיד באיזונים המוכרים מהמשפט המנהלי הישראלי בדבר צורך צבאי ואינטרסים ביטחוניים, אשר לעולם לא נלקחו מתוך ניסיון של מלחמות אחרות וצבאות של עמים אחרים, אלא תמיד היו מבוססים על האתוס הצה"לי ועל החשש היהודי הפוסט-שואתי³⁵. בכך ביצע בית המשפט העליון לוקליזציה מוחלטת של שדה משפטי שהוא ההפך הגמור מלוקלי – שדה שאמור לשאוב מהניסיון המצטבר של הקהילה הבינלאומית ולהנחיל סטנדרטים בינלאומיים.

בית משפט מקומי שאינו כבול בהחלטות של רשויות בינלאומיות, שדה משפטי חסר ניסיון שיפוטי – זו הייתה, ללא ספק, תחילתה של ידירות מופלאה.

2. הכיבוש מגיע לבגרות: המשפט ההומניטרי כדגימת שתן הידירות הזו התקלקלה עם הופעתם של "מחזירים" חדשים בתחום המשפט ההומניטרי. הפסיקה הענפה של גופים בינלאומיים רבים שינתה באחת את הלגיטימיות של פסיקת בית המשפט העליון הישראלי. המונופול נשבר, וגם גופים האמונים על משפט הנוגע לזכויות האדם, כגון בתי המשפט האזוריים לזכויות אדם וועדת זכויות האדם של האו"ם, החלו לעסוק במשפט ההומניטרי הבינלאומי כאבן בוחן לסטנדרטים ממשפט הנוגע לזכויות האדם³⁶. המשפט ההומניטרי זכה לעיבוי משמעותי בשנת 1977 בדמות שני פרוטוקולים חדשים הנספחים לאמנת ג'נבה שסיימו את שלב הינקות והפכו למשמעותיים בתחילת שנות התשעים ואשר עסקו

35 דוגמה מצוינת לכך היא פרשנות בית המשפט העליון את סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר על גירוש אזרחים מוגנים. אף שהסעיף אוסר במפורש גירוש של "יחידים או המונים", ביצע בית המשפט פרשנות לסעיף הממוקד כולו בגירושים ההמוניים שביצעו הנאצים, כרקע לקביעת הסעיף באמנה, והגיע למסקנה שהסעיף אוסר אך ורק גירושים המוניים. ראו בג"ץ 97/79 אברועואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג' 309; בג"ץ 698/80 קרואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לה(1) 617, וכן פרשת עפו, לעיל הערה 3. בכל פסקי הדין הללו התעלם בית המשפט למעשה מכלל הפרשנות הראשון במעלה במשפט הבינלאומי ולפיו יש לפרש מונחים על פי משמעותם הרגילה, ורק במקרים של אי-בהירות טקסטואלית יש להיוקק לנסיבות כריתת האמנה ולמסמכי העבודה שקדמו לה (Vienna Convention, arts. 31–32). לעמדה דומה ראו חוות דעתו של השופט בך בפרשת עפו המוזכרת.

36 ראו למשל פסיקת הנציבות הבין-אמריקאית לזכויות אדם בפרשת: Juan ("La Tablada") Carlos Abella v. Argentina, Report No. 55/97 Nov. 18, 1997 [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/97eng/Argentina11137.htm>] (last visited on 3.5.2004)

בעיקר בסכסוכים מזוינים שאינם בין־מדינתיים³⁷. במקביל, וזו אולי ההתפתחות החשובה ביותר, הוקמו בתי הדין לפשעים שבוצעו ברואנדה וביוגוסלביה לשעבר, והחלה להצטבר פסיקה הנוגעת למשפט ההומניטרי ובעיקר לתוצאות הפרתו. תהליך זה יצר ללא ספק אי־נוחות בבית המשפט העליון. כותבים בינלאומיים רבים ניתחו את פסקי הדין הישראליים ומתחו ביקורת נוקבת על שימוש בנורמות מן המשפט הבינלאומי ההומניטרי בניגוד ליעדם המקורי, הבינלאומי, כפי שהם ראו זאת³⁸. בית המשפט העליון ניצב בפני פרשת דרכים: המשך שימוש בטקטיקת ה"הטבעה" של המשפט הבינלאומי ההומניטרי בים המשפט והפרשנות הישראלית נתפס — על רקע זה של החלטות ברורות של מועצת הביטחון של האו"ם, פסקי דין של בתי משפט ובתי דין בינלאומיים, הצהרות של כינוסי המדינות החברות באמנות ועוד כהנה וכהנה גופים שלהחלטותיהם יש על פי המשפט הבינלאומי משקל פרשני³⁹ — כמניפולציה שקופה והיה גורר ביקורת חריפה. על כן ניתן לזהות שינוי חזית ביחסה של הפסיקה הישראלית החדשה למשפט ההומניטרי הבינלאומי שבמקרים רבים מגיע עד כדי דחייתו המוחלטת כנטע זר. תהליך זה הגיע לשיאו במהלך חודשי האינתיפאדה האחרונה, והוא מתאפיין במספר סימפטומים:

1. אי־הכרעה בנוגע למעמדה המנהגי של אמנת ג'נבה הרביעית.
 2. התעלמות מהוראות המשפט ההומניטרי הבינלאומי במקרים שבהם הוא ללא ספק נדרש.
 3. אי־החלתו של המשפט ההומניטרי בנימוק של אי־שפיטות.
- כבר עתה נסייג את דברינו ונאמר שניתן לזהות גם מתנגד לתהליך זה והוא דווקא נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק, אשר בהחלטותיו ניתן למצוא יחס

37 מדינת ישראל לא חתמה על הפרוטוקולים הנספחים לאמנת ג'נבה, אך יש הרואים בהם זה מכבר (ולפחות בחלק מהסעיפים המופיעים בהם) משפט מנהגי. מעניין לציין שמדינת ישראל מסתמכת על אחד הסעיפים של הפרוטוקול הראשון — סעיף 51 — הקובע כי אנשים מוגנים כהגדרתם באמנת ג'נבה, מאבדים את חסינותם בזמן שהם נושאים נשק ונלחמים בכובש, במסגרת העתירה שהוגשה על ידי עו"ד אביגדור פלרמן והמחבר נגד מדיניות החיסולים [בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, תקדין עליון 2002(2) 39 (להלן: פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים)]. בעת כתיבת שורות אלה החלטה בעתירה זו טרם נתקבלה.

אלת מעמדן של הפרוטוקולים ראו עור: A.J.M. Delissen & G.J. Tanja (eds.) *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead* (Boston, 1991); *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-I-AR72 (Appeals Chamber, 2 October 1995): Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 35 I.L.M. (1996) 32.

38 ראו למשל את הביקורת על אי־הכרעה בנושא תחולת אמנת ג'נבה על השטחים הכבושים, על שימוש בחוקי החירום הירדניים (לצורך הריסת בתים וכד') ועל עוד נושאים אחרים: D. Fleck (ed.) *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford, 1995) 244, 255.

39 להחלטות של גופי האו"ם השונים ובעיקר של העצרת הכללית יש מעמד פרשני במשפט הבינלאומי, אך יש מחלוקת אם הן רק מעידות על קיומו של כלל או שהן גם בעלות כוח יוצר, ראו: M.N. Shaw *International Law* (Cambridge, 4th ed., 1997) 89–90.

מורכב יותר למשפט הבינלאומי ההומניטרי, ועל הסיבות האפשריות ליחסו זה אעמוד בהמשך.

מעמדה של אמנת ג'נבה הרביעית

כבר בפסקי הדין הראשונים של בג"ץ אשר עסקו במשפט ההומניטרי עשה בית המשפט הבחנה בין הכללים הנספחים לאמנת האג, אשר מקובלת על כולם כאמנה דקלרטיבית אשר הכריזה על משפט מנהגי קיים, לבין אמנת ג'נבה הרביעית אשר לדעת בית המשפט הנה אמנה קונסטיטוטיובית – יוצרת משפט חדש. אין חולק כי בעת יצירתה הייתה אמנת ג'נבה הרביעית (בניגוד לשלוש האחרות) אמנה קונסטיטוטיובית. דווקא בשל הרקע העומד בבסיסה, מלחמת העולם השנייה והסבל הבלתי ניתן לתיאור של אוכלוסייה אזרחית במהלכה, היה ברור למנסחיה כי הם, לפחות בחלקים נרחבים שלה, יוצרים משפט בינלאומי חדש שאין למצוא לו תימוכין בנהוג מדינות עד אז. השאלה שהיה אמור לשאול את עצמו בית המשפט ברבות השנים הייתה אם בעשורים שחלפו מאז ראשית שנות החמישים – אז נפתחה האמנה לחתימה – הפכו הוראותיה למנהגיות. בשולי הדברים נציין כי היו מלומדים אשר ראו בהבחנה בין הוראה הסכמית להוראה מנהגית בלתי רלוונטית לסיטואציה של כיבוש, שכן הרציונל שבבסיס ההבחנה, האומר שקבלת הוראה הסכמית כאכיפה במשפט המקומי עלולה להפר באורח גס את עקרון הפרדת הרשויות, אינו מתקיים בשלטון כיבוש שבו ממילא לרשות המבצעת כוחות חקיקה נרחבים⁴⁰.

לעקביות שבהתחמקות מהשאלה הנכבדה הזו (עד עצם היום הזה) סיעה עמדת פרקליטות המדינה אשר הסכימה כבר בשנות השמונים להצהיר, שאף שאינה סבורה שהאמנה הפכה למנהגית, המדינה מקבלת על עצמה לכבד את ההוראות "בעלות האופי ההומניטרי" שבה⁴¹. אגב, נציגי המדינה מעולם לא פירטו אילו מסעיפי האמנה מקובלים עליהם כעונים להגדרה ואילו לא. מכל מקום, עמדה זו והימנעות בית המשפט מהכרעה בסוגיית מעמדה של האמנה שומרים למדינה את הזכות לטעון בעתיד שהוראות האמנה אינן אכיפות, ובמיוחד כאשר אופי הכיבוש הופך למורכב יותר (למשל, כאשר הנוכחות הצבאית משתנה, כאשר הצבא נכנס ויוצא מהערים הפלסטיניות לפרקים וכו'). יש לשים לב שמתעוררות כאן שתי טענות מובחנות – אי־תחולת האמנה בשל טענת היעדרו של כיבוש ואי־תחולה בשל היות האמנה הסכמית ולא מנהגית. מדינת ישראל יכולה לטעון שהסכמתה בשנות השמונים להחלת הוראות האמנה נבעה מאופי השליטה היומיומי והברור, ואילו

40 ראו ד' קרצ'מר "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה ה-IV – דרכו של בית המשפט העליון" משפטים כו (תשנ"ו) 49, 61–70.

41 עוד על הצהרת המדינה ראו מאמריו של שמגר, לעיל הערה 26; לביקורת על עמדת ממשלת ישראל מצדו של בית המשפט ראו בג"ץ 698/80 קואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לה(1) 617, 628–627.

עתה היא חוזרת לעמדתה כי לא מדובר באמנה מנהגית⁴²). לסיווגה של אמנת ג'נבה יש השלכות רבות נוספות מעבר לסיכוי (או סיכון) לשינוי עמדתה של המדינה. הגישה הנוכחית מכתיבה לבית המשפט התבוננות באמנה כעל אוסף של הוראות ("בעלות אופי הומניטרי"), והבחינה שבית המשפט מבצע מנתקת את ההוראות האלו מהמכלול ומהפילוסופיה העומדת בבסיסה⁴³. כמו כן סיווגה של האמנה כמנהגית היה מפחית באופן ניכר את ערכה של הטענה המסורתית של ישראל בדבר איתחולתה בשטחים הכבושים בשל היעדר ריבונות חוקית קודמת, וזאת מכיוון שכללים מנהגיים חלים על כל סכסוך בינלאומי.

התחמקות בית המשפט מעיסוק במעמדה של אמנת ג'נבה הפך לכוטה בשנות התשעים. בשנים אלו חלו התפתחויות המצביעות בכירור כי כל הגורמים המרכזיים המשפיעים ומפרשים את המשפט הבינלאומי מקבלים כי אמנת ג'נבה הרביעית הגיעה לדרגת התפתחות מנהגית. בטרם הקמת בתי הדין הפליליים ברואנדה וביוגוסלביה ביקשה מועצת הביטחון של האו"ם את חוות דעתו של מזכ"ל האו"ם בנוגע למקורות המנהגיים של המשפט ההומניטרי שעליהם ניתן יהיה לבסס עברות פליליות בינלאומיות אשר לא יחטאו לעיקרון של "איך מענישים בטרם מזהירים". מזכ"ל האו"ם אכן הכין חוות דעת כזו, ובה כלל במפורש את אמנת ג'נבה הרביעית כמקור מנהגי⁴⁴. חוקות שני בתי הדין אפשרו, בעקבות חוות דעת זו, העמדה לדין בגין עשרות פשעי מלחמה שנגזרו הישר מתוך אמנות ג'נבה, וביניהן האמנה הרביעית, תחת הכותרת: "הפרות חמורות של אמנות ג'נבה"⁴⁵. מדינת

42 אופי השליטה רלוונטי לשאלת תחולת האמנה, וזאת מכיוון שהמבחן המקובל לכיבוש הוא "שליטה אפקטיבית" (Effective Control), ראו לעניין זה פסק דינו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם: *Loizidou v. Turkey* 310 Eur. Ct. HR (ser. A), Judgment of 23 March 1995. לפחות במקרה אחד הידוע למחבר טענה התביעה הצבאית כי אמנת ג'נבה אינה מנהגית, ועל כן אין להחילה על התיק שבפני בית המשפט הצבאי. מדובר בתיק 5732/01 צבא הנגה לישראל נ' עורדה (טרם פורסם) (עותק שמור במערכת) (בית משפט צבאי בשומרון). הנאשמים טענו שם באמצעות עו"ד אביגדור פלדמן והמחבר כי אין לבית המשפט הצבאי סמכות שיפוט על חרשבי השטחים על פי הקריטריונים של אמנת ג'נבה. בית המשפט הצבאי הסתייג בהחלטה מעניינת ומאלפת מעמדת התביעה הצבאית בנקודה זו ודרש ממנה לחזור לעמדה המסורתית.

43 להשלמת התמונה נזכיר כי עמדתה של מדינת ישראל הייתה, עוד משנותיו הראשונות של הכיבוש, כי לפחות חלק מהוראות אמנת ג'נבה אינן חלות על השטחים הכבושים בשל סיבה נוספת והיא ששטחים אלו לא נכבשו מריבון חוקי, ועל כן הרציונל של שמירה על זכויות הריבון אינו מתקיים בכיבוש זה אלא רק הרציונל ההומניטרי. עמדה זו מאפשרת למדינה לטעון כי החובה שלא להשיג את גבולותיו של הריבון הקודם לא חלה עליה. עם זאת, ניתן בהחלט לחשוב על טיעון נגד הרואה בעם הפלסטיני כריבון החוקי וזאת מכוח זכותו להגדרה עצמית המוכרת כמשפט הבינלאומי (ראו, בין היתר, בסעיף 1 לשתי אמנות האו"ם: ICESCR).

44 Report of the Secretary-General Under Security Council Resolution 808, Doc. S/2504, 3 44 May 1993, reprinted in 14 Hum. Rts. L. J. (1992) 198

45 ס' 2 לחוקת בית הדין לפשעי יוגוסלביה. ס' 4 לחוקת בית הדין של רואנדה עוסק בהפרת ס' 3 המשותף לאמנות ג'נבה הידוע כ"אמנה בזעיר אנפין".

ישראל אף שינתה את חוק ההסגרה שלה כדי לאפשר הסגרת חשודים ונאשמים לבתי דין אלו⁴⁶. כמו כן, מספר המדינות אשר חתמו על האמנה ואשררו אותה הוא גבוה ביותר וזהה למספר המדינות החברות באו"ם – מאה־ותשעים. גם זוהי, כמובן, עדות על נוהג מדינות.

וכאילו לא די בכל אלה, בשנת 1996 פסק האורגן השיפוטי הבינלאומי החשוב ביותר – בית המשפט הבינלאומי לצדק (International Court of Justice) – כי אמנת ג'נבה הרביעית היא מנהגית⁴⁷. ראיות נוספות להפיכתה של אמנת ג'נבה למנהגית מצויות בכתיבי מלומדים⁴⁸, בהצהרות ראשי מדינות ומנהיגים, ולאחרונה, בהקמת בית המשפט הפלילי הבינלאומי שחוקתו מבוססת על ההנחה כי אמנת ג'נבה הרביעית היא מנהגית ועל כן יכולה לשמש בסיס לעברות פליליות⁴⁹.

למרות ההתפתחויות האמורות, הצליח בית המשפט הישראלי שלא להכריע בסוגיית מעמדה של האמנה וחזר אינספור פעמים על העמדה שהובעה בפרשת אסכאן שלפיה האמנה הסכמית, ובמקרים אחרים שאייר את שאלת מעמדה בצריך עיון⁵⁰. על רקע ההתפתחות המהירה של שדה המשפט הפלילי הבינלאומי השופט פושעי מלחמה לתקופות מאסר ארוכות זה עשור, מכוח אמנת ג'נבה, תוך שיתוף פעולה של עשרות רבות של מדינות שאישרו ואשררו את מחויבותן לאמנת ג'נבה שוב ושוב, הימנעותו של בית המשפט המדינתי הראשון שפיתח פסיקה ענפה בתחום דיני הכיבוש מהכרעה במעמדה של האמנה המרכזית ביותר בתחום, מלמדת יותר מכול על השינוי ביחסו של בית משפט זה למשפט ההומניטרי הבינלאומי.

התעלמות מהמשפט ההומניטרי ואי־החלתו בנימוק של אי־שפיטות הסימפטום הרדיקלי ביותר לדחייתו של המשפט ההומניטרי הבינלאומי הוא השימוש בדוקטרינת השפיטות לצורך מניעת החלתו במקרים מסוימים. כבר בפתח דבריי בעניין זה יש לציין כי כל הרעיון המרכזי שעליו מושתתים דיני המלחמה הוא שלא יהיו מצבים שבהם אין דין ובעיקר שלא יהיו מצבים שבהם אין דין. הפעלת דוקטרינת אי־השפיטות על מצבי מלחמה מנוגדת על כן לבסיס הרעיוני של דיני המלחמה המבקשים לשים גבולות וסייגים חוקיים לאמצעי הלחימה. דוקטרינת

46 ס' 1-2 לחלק א' של התוספת לחוק ההסגרה.

47 *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226

48 לדוגמה: T. Meron "The Geneva Conventions as Customary International Law" 86 *Amer. J. of Int'l L.* (1987) 348

49 ראו: Rome Statute, art. 8(2). הגישה המקובלת רואה בסעיף כמרכזי על עברות קיימות ולא יוצר אותן חאת בשל קיומו של סעיף 147 באמנת ג'נבה הרביעית הקובע כי הפרות "חמורות" של האמנה מהוות פשע מלחמה וגוררות אחריות פלילית.

50 ראו פסק דין שניתן לאחרונה ועסק בסוגיית הגירוש לעזה: בג"ץ 7019/02 עגזרי ג' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נוו(6) 352, 363-365 (להלן: עניין עגזרי), אם כי פסק דין זה הוא דווקא דוגמה להחלה של הוראות האמנה, וזאת בשל גישתו השונה של הנשיא ולכן ראו בפרק הבא לחיבור זה.

אי־השפיטות, כשהיא מופעלת על פעולות לחימה, חותרת נגד המטרות הבסיסיות והמרכזיות ביותר של ענף דיני המלחמה, ובמיוחד לא ניתן לקבל תזה המוציאה התנהגויות שניתן לסווגן כפשעי מלחמה מתחום עיסוקן של בית המשפט.

בית המשפט עשה בחודשים האחרונים שימוש מוגבר בדוקטרינת אי־השפיטות תוך שהוא משלם במקרים מסוימים מס שפתיים למשפט ההומניטרי הבינלאומי. פסיקותיו, שהיו בעבר בתחום זה ארוכות וכללו ניתוחים מורכבים של דיני הכיבוש, התקצרו לכדי מספר שורות לקוניות שבהן על פי רוב נאמר כי לא מתפקידו של בית המשפט להתערב בשיקולים צבאיים ובאופן ניהול המלחמה. אם בעבר אישר בית המשפט הטלת מסים בשטחים הכבושים ב־128 עמודי פסק דין, הפקעת שטח לצורך בניית התנחלות ב־37 עמודי פסק דין והפקעת שטח לצורך סלילת כבישים ב־27 עמודי פסק דין⁵¹, הרי שבחודשים האחרונים אושרה תפיסת קרקע לצורך סלילת כבישי עוקף, אושר "חישוף" (כלומר הריסה מסיבית של בתים מאוכלסים), אושרה עקירת מטעים, אושרה הריסת מפעל, אושרה סגירה של שבעה בתי ספר ואושרו חיסולים ללא משפט, הכול בעמוד אחד ולפעמים הרבה פחות מזה, עד שכלל לא בטוח שכל אלה ייכנסו לקובץ פסקי הדין⁵². לרוב, אין בית המשפט משתמש בשם המפורש "אי־שפיטות", אולם פסיקותיו מדיפות ריח עז של חוסר רצון וחוסר נכונות להעביר ביקורת שיפוטית על פעולות לחימה, מתוך אמונה שבהריע שופרות המלחמה, ראוי לו לבית המשפט שלא להתערב בהחלטות מפקדי הצבא.

הדוגמה הבולטת להימנעות בית המשפט מבחינת חוקיות פעולות צה"ל בשטחים על פי הסטנדרטים של המשפט ההומניטרי היא פסק דינם של השופטים מצא, חשינן וליי כפרשת ברכה אשר עסקה בשאלת חוקיות מדיניות החיסולים. בשל חשיבות הדברים וקוצרם, נביאם כמלואם:

"קראנו ושמענו בהרחבה את טענת באת־כוח העותר. נראה לנו כי בהודעה מטעם המשיבים ניתנה תשובה ממצה לטענותיו של העותר. ברירת אמצעי הלחימה בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית־משפט זה יראה מקום להתערב בהם. קל וחומר אמורים הדברים בעתירה נעדרת כל תשתית קונקרטית והחותרת לקבל סעד גורף"⁵³ (ההדגשה שלי – מ.ס.).

51 בהתאמה: פרשת אבו עיטה, לעיל הערה 26; פרשת אויב, לעיל הערה 32; פרשת אסכאן, לעיל הערה 31.

52 בהתאמה: בג"ץ 2716/01 המועצה המקומית דיר אסתיא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (טרם פורסם), תקדין עליון 2001(2) 66; בג"ץ 2977/02 עדאללה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נ(3) 6 (להלן: פרשת עדאללה); בג"ץ 9252/00 אל סקא נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2001(2) 1678; בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נ(4) 608; בג"ץ 8286/00 האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם), תקדין עליון 2000(4) 711; בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נ(3) 1 (להלן: פרשת ברכה).

53 פרשת ברכה, לעיל הערה 52, בע' 1.

כך, ב-56 מילים, אושרה מדיניות החיסולים, ונדרחו טענות המבוססות על המשפט ההומניטרי ועל דיני הכיבוש. להשלמת התמונה נציין שעתירה נוספת העוסקת בשאלה זהה עדיין תלויה ועומדת ומקבלת יחס שונה, אבל לכך נחזור בהמשך. ניתן למצוא בכל זאת התייחסויות מעטות גם בפסקי דין קצרים אלו למשפט ההומניטרי הבינלאומי. כך למשל בפסק הדין שעסק בירי על צוותים רפואיים אמר בית המשפט:

"רואים אנו להדגיש כי כוחותינו הלוחמים מחויבים לקיים את הכללים ההומניטריים הנוגעים לטיפול בפצועים, בחולים ובגופות הרוגים"⁵⁴.

דוגמה מאלפת למס השפתיים שמשלם בית המשפט למשפט ההומניטרי היא התייחסותו אליו בפרשת עדאללה שהוזכרה לעיל בעניין הריסת הבתים המסיבית בג'נין:

"בהודעת המשיב נאמר שהוא עושה ככל יכולתו כדי להימנע מפגיעה בחפים מפשע והוא ער לכללי המשפט הבינלאומי המנהגי שלפיהם עשויים כוחות הצבא לפגוע ברכוש הפרט רק במידה שהדבר דרוש – לפי שיקול דעתו של המפקד הצבאי – בשל צרכי הלחימה. בתנאים אלה מתן זכות טיעון ושימוע אינו מעשי. עם זאת אך ברור הוא שיש לעשות הכל – כנדרש לפי תנאי המקום והצרכים המבצעיים – כדי למזער את הפגיעה האפשרית באזרחים"⁵⁵.

בית המשפט יודע שהמשפט הבינלאומי הוא חלק מהמצע המשפטי המחייב אותו, עם זאת הוא מתייחס אליו בריחוק. אם לשאול דימוי מספרו של דויד גרוסמן, "הזמן הצהוב"⁵⁶, בית המשפט מתייחס למשפט הבינלאומי כפי שחולה המסתובב במסדרונות קופת חולים מתייחס לדגימת השתן שבידו – היא שלו, באה ממנו, ובכל זאת מוחזקת בריחוק מסוים, והחולה מעדיף להיפטר ממנה כמה שיותר מהר.⁵⁷

בית המשפט שלעס ועיכל את המשפט ההומניטרי בתחילה, גילה שיש שהוא מגרה מיצי קיבה לא נעימים. כך ניצב היום המשפט ההומניטרי בבית המשפט העליון, מוכן לפליטה.

54 בג"ץ 2936/02 עמותת "רופאים למען זכויות אדם" נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3), 3, 4. ראו גם בג"ץ 2117/02 עמותת "רופאים למען זכויות אדם" נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3), 26.

55 פרשת עדאללה, לעיל הערה 52, בע' 8.

56 ד' גרוסמן הזמן הצהוב (תשמ"ו).

57 גרוסמן השתמש בדימוי זה להסביר את האופן שבו מכנים פוליטיקאים את "השטחים הכבושים" או "השטחים המוחזקים", שהם כן ולא שלנו.

ד. דיני המלחמה והכיבוש במשפט הישראלי: כוונים "חומת מגן"?

גישה שונה ומרתקת למשפט ההומניטרי ניתן למצוא בפסיקותיו של נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק, ובאופן שבו הוא מנהל תיקים המובאים בפניו. פחות משלושה חודשים לאחר דחיית העתירה שהגישה עו"ד נאילה עטיה בעניין חוקיות החיסולים (פרשת ברכה) בנימוק של אי-שפיטות, דחה הרכב אחר, הפעם בראשות ברק, את טענת אי-השפיטות שהועלתה כנגד עתירה שנייה שהוגשה נגד אותה המדיניות⁵⁸. בהחלטתו ביקש ברק מהצדדים להגיש את עמדותיהם בנוגע לשלוש שאלות: מהו הדין הבינלאומי החל על הסוגיה, מהו הדין הישראלי החל עליו ומה היחס בין שניהם. באופן ברור, ברק אינו מעוניין להתחמק מעיסוק במשפט ההומניטרי בהקשר זה.

באותו אופן נהג הנשיא ברק גם בתיקים אחרים⁵⁹. על עמדתו בנוגע לאופן שיש להתייחס למשפט הבינלאומי ורמזים למניעים שבגינם מעדיף ברק להתעמק במשפט ההומניטרי בעת שעמיתו פוטרים עצמם בנימוק של אי-שפיטות, ניתן ללמוד מהרצאה שנשא בעת הכינוס השנתי של לשכת עורכי הדין שהתקיים השנה באילת⁶⁰. מבין הדברים שנשא ניתן לכוודד את חששו של ברק כי בהיעדר פסיקה מקומית בשאלות מתחום המשפט ההומניטרי, יעסקו בכך הטריבונלים הבינלאומיים ובמיוחד בית המשפט הבינלאומי החדש המוקם בהאג. ברק מודע היטב לאתגר ולסכנות שמציב בית משפט זה בפני החיילים והקצינים (וכראש ובראשונה – המדינאים) הישראלים הפועלים בשטחים הכבושים, ונדמה שהוא רואה בעיסוק משפטי בשאלות האמורות, ובמיוחד כאשר הניתוח אינו מתעלם מהוראות המשפט ההומניטרי הבינלאומי, מעשה פטריוטי מן המדרגה הראשונה. ברק מודע לכך שחיילים אשר יגיעו להאג כשמאחוריהם שורה של פסיקות אילמות (אי-התערבות מטעמי אי-שפיטות), לא יהיו מוגנים בפני שיפוט פלילי. עוד הוא מודע לחסינות (המאוד מוגבלת, אך הקיימת) שניתנת על פי חוקת רומא למי שכבר נשפט במדינתו במשפט שאינו מפורב⁶¹. מכל הסיבות האלו, רואה ברק, כך נדמה, באופן מורכב יותר מעמיתו את האינטרס של מדינת ישראל וסבור שהתערבות בית המשפט

58 פרשת הוועד הציבורי נגד עיניים, לעיל הערה 37.

59 הבולטים שבהם הם התיקים שעסקו בגירוש לעזה (או "תיחום מקום מגורים" לעזה, כפי שהמשיגו את העניין אנשי פרקליטות המדינה) – עניין עגזרי, לעיל הערה 50 – והעתירה בעניין צו שהסמך קצינים לעצור תושבי שטחים למשך שמונה-עשר ימים ללא שיובאו בפני שופט – בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם), תקדין עליון 2003(1) 937.

60 א' ברק "איך נלחמים בטרור ושומרים על זכויות האדם" עורך הדין 30 (2002) 11.

61 Rome Statute, arts. 17, 20, הקובעים את העיקרון כי אדם לא יישפט פעם שנייה בגין מעשה אחד וכן את עקרון אי-הקבילות של אישום כאשר מדינה מקיימת או קיימה חקירה או שפיטה ראוייה בשל אותו מעשה ונגד אותו חשוד.

באופן ניהול המלחמה אינו רק נכון משפטית אלא מחויב לאור ההסדרים של הכפר הגלובלי⁶².

ה. סיום

אז מה יכולה לעשות עורכת הדין למען לקוחה הטוען להפרת זכויות הנובעות מן המשפט הבינלאומי? דומה שככל שחולף הזמן והמשפט הבינלאומי מתהדק ומתפתח, קשה למדינות, ובמיוחד למדינות דמוקרטיות המבוססות על מבנה משפטי חוקתי כזה או אחר, לעמוד בסכר ולהישאר מנותקים במשפטם המקומי מהמתרחש מחוץ לו. מדינת ישראל עושה מאמצים אדירים, לפחות במספר תחומים, להתחמק מסמכויות שיפוט בינלאומיות. אבל היכולת של בתי המשפט המקומיים לפסוק תוך התכוננות פנימה בלבד מצטמצמת אף היא. אם ידה של הגישה הבדלנית-שיפוטית תגבר, עלולה מדינת ישראל לשלם על כך במישור היחסים הבינלאומיים, וגם היחס אל מערכת המשפט שלנו יאבד הרבה מההערכה שהיא זוכה לו בעולם. אצל עורכי הדין מצוי המפתח. קהילת עורכי דין שמרנית אשר בעצמה עוצמת עין להתפתחויות הגלובליות תבטיח רחייה של המשפט הבינלאומי. שיטפון של עורכי דין נמרצים המכירים את המשפט הבינלאומי וחוזרים לבתי המשפט פעם אחר פעם בשם החובה לקיימו, יסייעו לשופטים בחיזוק מעמדו.

62 מה שלא מונע מברק לנהל את התיקים שהוזכרו באיטיות שאינה עולה בקנה אחד עם הנושא הרחוף שבבסיסם. כך היה גם עם העתירה: הידועה נגד מדיניות העינויים – בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' מ"י, פ"ד (4) 817, עתירה שהדיונים בעניינה התפרשו על שש שנים, וכך, עושה רושם, קורה עתה עם העתירות בנוגע לחיסולים ולצו בנוגע למעצרים שהפך ללא רלוונטי ברגע שברק ביקש מהצדדים לסכם את עמדתם בתוך למעלה מחודש ימים כל אחד.