

שורתפות בלתי שווה?

קליטתם של כללי המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי על ידי
בית המשפט העליון: המקרה של השטחים

עמיחי כהן*

במשך שנים רבות בית המשפט העליון בישראל מתלבט בשאלת החלת נורמות שמקורן במשפט הבינלאומי על פעולותיה של ממשלת ישראל ביהודה, שומרון וחבל עזה. כותבים רבים הציעו תשובות שונות ומשונות לשאלות: מדוע בכלל מתייחס בית המשפט העליון למשפט הבינלאומי? עד כמה הוא מושפע ממנו? ומה ההסבר למקרים שבהם הוא מתעלם ממנו? מטרתו של מאמר זה היא להציע תשובה אחת אפשרית לשאלה זו. נקודת המוצא של המאמר היא כי בית המשפט העליון רואה את תפקידו לא ככופה נורמות על הדמוקרטיה הישראלית, אלא כגוף המציע לציבור הישראלי חלופה למערכת הערכים הקיימת מחד גיסא, וכגוף שתפקידו להגן על המיעוטים שאינם זוכים לייצוג במערכת הדמוקרטית מאידך גיסא. המשפט הבינלאומי, כך אני טוען, תומך בשתי המטרות הללו כאשר הוא מוחל על הנעשה בשטחים. המשפט הבינלאומי מציע מערכת ערכים חלופית לזו המקובלת במערכת הישראלית, וגם מספק הגנה מסוימת לתושבי השטחים, שאין להם כל ייצוג במערכת השלטון בישראל.

הקדמה

א. המשפט הבינלאומי בשטחים: הצגת הבעיה
א.1. בית המשפט העליון והדיון במשפט הבינלאומי
א.1.1. תנאים מקדמיים — שפיטות וזכות עמידה

* דוקטור, מרצה, הקריה האקדמית קרית-אנונו. ברצוני להודות לברק מדינה, לאייל גרוס, למשתתפי הסמינר הפקולטטיבי בקריה האקדמית ולמערכת כתב העת מאזני משפט על הערותיהם.

- א.1.2) תחולת המשפט הבינלאומי על השטחים
- א.2. טעמים אפשריים להתערבות המוגבלת של בית המשפט העליון
- ב. בית המשפט העליון כשותף זוטר של המחוקק והמשפט הבינלאומי
- ב.1. הצגת הבעיה: מגבלות בית המשפט בנוגע למשפט הבינלאומי
- ב.1.1) מדוע מתקשים בתי משפט לאומיים ליישם משפט בינלאומי – הסברים מקובלים
- ב.1.2) הסבר חלופי – הקושי הדמוקרטי ביישום אמנות בינלאומיות במשפט הפנימי
- ב.1.3) הצד השני של המטבע: הצורך בהבטחת זכויות הפלסטינים
- ב.2. הפתרון: בית המשפט כשותף זוטר
- ב.2.1) בית המשפט העליון כמבטיח את זכות הייצוג למיעוט בלתי מיוצג
- ב.2.2) בית המשפט וההגנה על זכות הייצוג
- ב.3. דוגמאות לדרך שנקט בית המשפט העליון
- ב.3.1) כללים פרוצדורליים
- ב.3.2) כללים מהותיים
- ב.4. הערכת פעילותו של בית המשפט העליון
- ג. מודל התיווך – עמדתו של בית המשפט בנוגע למעשי צה"ל לאחר הסכמי אוסלו והאינתיפאדה
- ג.1. פסיקת בית המשפט העליון לאחר אמצע שנות התשעים
- ג.1.1) הפסיקות החדשות של בית המשפט העליון
- ג.1.2) האם אכן היה שינוי?
- ג.2. ההפנמה ובית המשפט כמתווך בין המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי
- ג.2.1) הטעמים שגרמו לבית המשפט לשנות את גישתו
- ג.2.2) מודל התיווך
- ג.3. היכן מתבטאים השינויים בפסיקת בית המשפט העליון?
- ג.3.1) השימוש הנרחב במשפט הבינלאומי הפומבי
- ג.3.2) קמפיינים ופתיחת שערים
- ג.3.3) הפיכת המשפט הבינלאומי לדומה למשפט הישראלי
- ג.4. הערכת הפסיקה
- ד. סיכום: תפקידו של בית המשפט העליון ביישום המשפט הבינלאומי

הקדמה

"...האם היה בית המשפט תמים, האם הוא היחיד שלא ידע כי מרחב החציצה הפנוי מאדם הוכשר כדי להקים במקום התנחלויות רחבות ידיים?"¹

מאז כיבושם של השטחים² בשנת 1967, ועד 1995, שלטה בהם ישראל שליטה מלאה. שליטה חלקית בשטחים נמשכת אף היום. בפרקים נכבדים מהתקופה תמכו ממשלות ישראל בהתיישבות יהודית בשטחים.³ על פי מדדים של שליטה כלכלית, שליטה ביטחונית ופיקוח על משאבי הטבע, היוו השטחים חלק ממדינת ישראל. מצד אחר, הציבור הישראלי חלוק בשאלת מעמדם הסופי של השטחים. חלק ניכר מן הציבור סבור כי בהסדר של קבע יועברו השטחים (או למצער רובם) לשליטה ערבית. בשנת 1995 אף הועברה השליטה בחלק מהשטחים לשלטון פלסטיני. בשנת 2005 יצאה אל הפועל תוכנית ההתנתקות – פינויה של רצועת עזה ממתיישבים ישראלים ומכוחות צבא ישראליים. מחלוקת פוליטית זו, כמו מחלוקות פוליטיות אחרות בחברה הישראלית, מצאה את דרכה אל מפתנו של בית המשפט העליון.⁴ התומכים בהפיכת השטחים לחלק ממדינת ישראל התנגדו להתערבות בית המשפט העליון – המוסד האמון על ביקורת פעולותיה של הממשלה בתוך מדינת ישראל – בנעשה בשטחים.⁵ לעומת זאת, הסבורים שהשטחים הם אך בשליטתה הזמנית של מדינת ישראל, ואף תושבי השטחים המתנגדים לשליטת ישראל, תמכו בהתערבותו של בית המשפט העליון בפעולות ממשלת ישראל בשטחים. ארגוני זכויות האדם פעלו רבות כדי להביא בפני בית המשפט העליון של מדינת ישראל עתירות רבות ככל האפשר בשאלות הנוגעות למדיניות ממשלת ישראל בשטחים. קיים, אם כן, פער בין עמדתם העקרונית של העותרים הללו, ששללה את עצם שליטת ישראל בשטחים, לבין העובדה שהמוסד שאליו הגיעו לבירור טענותיהם

- 1 אביגדור פלדמן "זיכרונותיי ככלב בפתחת רפיח" חדשות (30.3.89).
- 2 המינוח המדויק שראוי להשתמש בו בנוגע למושג המחקר מחייב מידת מה של תשומת לב. עמדת בית המשפט העליון היא כי מדובר בשטח כבוש, שכן השטחים הם "שטח כבוש" על פי אמנות בינלאומיות. דובריה של ממשלת ישראל נוהגים להתייחס לשטחים המנוהלים או המוחזקים (administered territories). מבחינה גיאוגרפית, שם מוסכם יש רק לרצועת עזה. האזורים המכונים "יהודה ושומרון" על ידי הישראלים, כונו "הגדה המערבית של הממלכה ההאשמית של ירדן" בידי הערבים. כעת נוטים רוב מייצגי דעת הקהל הפלסטינית להתייחס ל"גבולות 67", או ל"יתרת פלסטין ההיסטורית", ולעתים אף למספר – 22%. מאמר זה אינו מתיימר לקבוע עמדה פוליטית או משפטית בנוגע למעמדם של השטחים. לפיכך אסתפק בכינוי "השטחים" תוך ניסיון (שנידון לכישלון?) להותיר מונח זה מנותק ממשמעויותיו הפוליטיות.
- 3 לסקירה מקיפה ראו: עקיבא אלדר ועדית זרטל אדוני הארץ: המתנחלים ומדינת ישראל 1967–2004 (תשס"ה).
- 4 השימוש שאעשה ברשימה זו במונחים "בית המשפט העליון"; "בית המשפט"; "בג"ץ" הינו חופשי. כולם מכוונים אל המוסד העומד בראש ההיררכיה השיפוטית במדינת ישראל.
- 5 ראו, למשל, שאילתה של חברת הכנסת גאולה כהן בישיבה 188 של הכנסת ה-11, מיום 12.3.86 http://www.knesset.gov.il/Tql/mark01/h0008574.html#TQL (נבדק ב-25.9.07).

הספציפיות הוא עצם מעצמיה של מדינת ישראל.⁶ בנוסף התבקש בית המשפט פעמים רבות להעביר תחת שבט ביקורתו את פעולות ממשלת ישראל מכוח נורמות שיסודן במשפט הבינלאומי. כפי שיובהר להלן, מידת תחולתן של נורמות אלו על הסכסוך, ואכיפותן באמצעות בית המשפט, שנויות במחלוקת.⁷

קשה לקרוא את החלטות בית המשפט העליון הנוגעות לשטחים כמשנה משפטית סדורה. ההחלטות מבוססות על תפיסות שונות, לעתים מנוגדות, של מעמד ישראל בשטחים, ושל תפקיד בית המשפט העליון וסמכויותיו. הן מבוססות גם על ערכוב של מקורות משפטיים שונים: משפט בינלאומי, מינהלי, פלילי וטבעי. תוצאת השימוש במקורות המגוונים היא ספקטרום שלם של רמות הגנה על זכויות תושבי השטחים שאינם אזרחי מדינת ישראל: החל בזכויות שאינן מוגנות כלל (אזרחות), המשך בהגנה חלקית בלבד מפני ענישה קולקטיבית (הריסת בתים) וכלה בהגנה כמעט מלאה (עינויים). במאמר זה אנסה לבודד את היחס של בית המשפט העליון למשפט הבינלאומי כפי שהוא מתבטא בפסיקתו בעניין השטחים.

הכתיבה המקובלת מפרידה את פסיקתו של בית המשפט העליון בנוגע ליישום המשפט הבינלאומי בשטחים לשתי תקופות. עד לשנת 2000 בערך לא תאמו החלטותיו של בית המשפט העליון בנוגע לשטחים את המשפט הבינלאומי הפומבי.⁸ החלטותיו של בית המשפט העליון נעו בין התעלמות מוחלטת או כמעט מוחלטת מהסתירה בין מדיניות ישראל לבין המשפט הבינלאומי הפומבי, לבין ניסיונות מוצלחים יותר או פחות ליצור התאמה מלאכותית בין המשפט הבינלאומי הפומבי למשפט הישראלי.⁹

יש הטוענים כי משנת 2000 ואילך חל שינוי ניכר בפסיקתו של בית המשפט העליון. לפתע החל בית המשפט העליון להתייחס למשפט הבינלאומי הפומבי ביתר רצינות. פסקי הדין של בית המשפט העליון מכירים במשפט הבינלאומי ומיישמים

6 אין אני מתכוון לומר שהעותרים נקטו מהלך פרדוקסלי מבחינתם. אחרי הכול, לאן היה עליהם לפנות אם לא לבג"ץ? הטענה היא כי בית המשפט הועמד במצב מוזר, שבו הוא מתבקש על ידי עותרים, השוללים את הכיבוש מעיקרו, לבקר את פעולות ממשלת ישראל בשטחים.

7 במונחים "תחולה" ו"אכיפות" אני מתרגם את המונחים applicability ו-enforceability בהתאמה. המונח "תחולה" מתייחס לשאלה, אם מבחינתו של המשפט הבינלאומי, המצב המשפטי בשטחים אמור להיות נשלט על ידי כללי המשפט הבינלאומי הנוגעים למצב של כיבוש עקב לחימה. המונח "אכיפות" מתייחס לשאלה, שיסודה במשפט הישראלי הפנימי: האם בית המשפט יכול לאכוף את הנורמות של המשפט הבינלאומי, אף בהנחה שמבחינת המשפט הבינלאומי הוא חל על השטחים. כפי שמציין פרופסור קרצמר, שתי שאלות אלו עצמן נתונות במחלוקת, ובית המשפט בלבד לעתים בין שתיהן. David Kretzmer *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (New York, 2002) 31–42.

8 ראו דוגמאות להלן בטקסט נלווה להערה 51 ואילך.

9 התוצאה, כפי שתיאר אותה פרופ' דוד קרצמר (Kretzmer, *supra* note 7, at p. 187) בספרו הדפניטיבי על בית המשפט העליון והשטחים, הינה כי: "בהחלטותיו הנוגעות לשטחים הכבושים, בית המשפט הצדיק את כל ההחלטות השנויות במחלוקת של הרשויות הישראליות, במיוחד את אלה שהיו הבעייתיות ביותר על פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי" [התרגום שלי – ע' כ'].

אותו בצורה שונה לחלוטין ממה שהיה נהוג עד לשנת 2000. שורה של הסברים הועלו לתופעה זו, ובהם עליית כוח המוסדות השיפוטיים של המשפט הבינלאומי הפומבי, שינוי מאזן הכוחות בתוך בית המשפט העליון, והקשרים המתהדקים בין שופטי ישראל לעמיתיהם בעולם.¹⁰

לעומת הספרות שתוארה לעיל, שהתמקדה בניתוח פסיקות בית המשפט העליון לאור המשפט הבינלאומי, מאמר זה מבקש להבין את מודל הפעולה של בית המשפט העליון לא כלפי המשפט הבינלאומי הפומבי [היינו אם הפסיקות של בית המשפט העליון נכונות או לא על פי המשפט הבינלאומי הפומבי] אלא כחלק ממערך הכוחות במדינת ישראל. טענתי היא כי את החלת המשפט הבינלאומי על ידי בית המשפט העליון בישראל יש להבין על רקע יחסי הכוחות בין הרשויות בישראל. טענה זו אינה חדשה כמובן, היא נסמכת על מגבלות עתיקות שבתו משפט לאומיים קיבלו עליהם בנוגע להחלת המשפט הבינלאומי הפומבי במאות השנים האחרונות.¹¹ החידוש במאמר הוא בניסיון לאתר את הטעמים שהובילו את בית המשפט העליון לאמץ את המשפט הבינלאומי במקרים מסוימים, ולדחותו במקרים אחרים.

מאמר זה תומך בעמדה על פיה בין הפסיקה של התקופה הראשונה לכיבוש (עד לסוף שנות השמונים או אמצע שנות התשעים) ובין הפסיקה הנוכחית של בית המשפט חל שינוי – אך השינוי הוא בעיקר שינוי בבסיס הנורמטיבי של הכרעות בית המשפט; בטעמים המביאים את בית המשפט לעסוק במשפט הבינלאומי. ההיגיון שעמד ביסוד השימוש במשפט הבינלאומי עד לשנות התשעים היה זה של קידום ייצוג לאוכלוסייה הפלסטינית – רציונל זה הכתיב שימוש מוגבל במשפט הבינלאומי, והתמקדות בזכויות פרוצדורליות בלבד. ברציונל זה חל שינוי ניכר מאז אמצע שנות התשעים. כעת ההיגיון העומד ביסוד השימוש במשפט הבינלאומי הוא ההכרח לקיים דו שיח עם המשפט הבינלאומי.¹² בית המשפט העליון רואה עצמו כמתווך

10 ראו, למשל: Daphne Barak-Erez “The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue” 2 *Int'l J. Const. L.* 611–632 (2004). יש החולקים על טענה זו וסוברים כי בית המשפט העליון עדיין משתמש במשפט הבינלאומי לשם מתן לגיטימציה לשלטון ישראל, וכי בפועל אין המשפט הבינלאומי ההומניטרי נאכף, אלא בצורה קוסמטית, וכי אין הבדל מהותי ברמת האכיפה של המשפט בינלאומי בשתי התקופות. ראו: Aeyal Gross “The Construction of a Wall Between the Hague and Jerusalem” 19 *Leyden J. Int'l L.* (2006) 393; Aeyal Gross “Human Proportions: Are Human Rights the Emperor’s New Clothes of the International Law of Occupation” 18 *Eur. J. Int'l L.* (2007) 1

11 איל בנבנשתי “השלכות שיקולי בטחון וקשרי חוץ על תחולת אמנות במשפט הארץ” משפטים כא (תשנ”ב) 250–221; Eyal Benvenisti “Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts” 4 *Eur. J. Int'l L.* 159 (1993).

12 מודל דו השיח והתייחוס מבוסס על עבודתו של: Harold H. Koh בנוגע לקליטה של משפט בינלאומי פומבי אל תוך המשפט המקומי. ראו בהרחבה להלן טקסט נלווה להערה 181.

בין המשפט הבינלאומי למשפט המקומי. שינוי זה בבסיס התיאורטי הביא לידי כמה שינויים בפסיקה של בית המשפט העליון עצמה. אציע כי המודל הנכון לתיאור ההתייחסות של בית המשפט העליון לפעולות צה"ל בשטחים, ולמשפט הבינלאומי שמכוחו הוא פועל, הוא מודל "השותפות הבלתי שווה". מודל זה הוא אחד המודלים המקובלים לתיאור תפקידו של בית המשפט במדינה דמוקרטית.¹³ על פי מודל זה – בית המשפט העליון אינו שליח של הכנסת, אלא הוא שותף שלה, אבל שותפות זו היא שותפות בין שניים בלתי שווים. המחוקק הוא השותף הבכיר, ובית המשפט הוא השותף הזוטר. אטען במאמר זה כי בית המשפט יוצק תוכן למודל השותפות הבלתי שווה בשתי דרכים, השלובות זו בזו. ראשית, בית המשפט פותח את הדרך לקבוצות אוכלוסייה, שאין להן גישה למערכת הפוליטית, להעלות את טענותיהן בפני בית המשפט, ובכך להביא את עמדותיהן אל התודעה הציבורית. שנית, בית המשפט העליון מחייב את הציבור הישראלי לקיים דיון במשפט הבינלאומי, ומתווך בינו לבין המשפט הבינלאומי.¹⁴ החלק הראשון יתאר בקצרה את המשפט הפוזיטיבי, הנוהג, בנוגע לתחולת המשפט הבינלאומי הפומבי בשטחים, ואת הביקורות המרכזיות על גישה זו. בחלקים השני והשלישי של המאמר אציג את המודל של שותפות בלתי שווה, ואראה כיצד הוא משתלב בפסיקה של בית המשפט העליון ובאירועים בפועל.

א. המשפט הבינלאומי בשטחים: הצגת הבעיה

1.א. בית המשפט העליון והדיון במשפט הבינלאומי

המשפט הבינלאומי אינו המקור היחיד, אף לא המקור העיקרי, לזכויות האדם המוכרות במשפט הישראלי, ומעולם אף לא היה. טרם חקיקת חוקי היסוד, נשאבו זכויות האדם המוכרות בישראל מעמדתם של השופטים כלפי תפיסות יסוד של הדמוקרטיה. פעמים רבות נעזר בית המשפט אף במשפט המשווה, בייחוד האנגלי והאמריקני. משהתפתח המשפט הישראלי, ונחקקו חוקי היסוד החדשים, נוסף מקור חדש שממנו שואבים בתי

13 לפחות על פי הצהרותיו, זהו גם המודל המועדף על נשיא בית המשפט העליון בדימוס, אהרן ברק. אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) 375; "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in A democracy" 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 16. על מודל השותפות הבלתי שווה ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (כרך א: עקרונות יסוד, מהדורה שישית, תשס"ו) 151–159.

14 אכן, כפי שיובהר להלן, בכך שונה תפיסת השותפות הבלתי שווה ממודל השליחות המסורתית. בית המשפט אינו רק מכריע בסוגיות על פי הבנתו את החוק, אלא אף משתתף באופן פעיל ביצירת מדיניות, אם כי בכפוף להכרעתו הסופית של המחוקק.

המשפט את תובנותיהם בנוגע לזכויות האדם.¹⁵ מחקרים מראים כי דווקא בנושאים חוקתיים בית המשפט העליון ממעט יחסית להסתמך על מקורות זרים.¹⁶ המצב בשטחים, לעומת זאת, שונה. כמעט בכל עתירה המוגשת לבית המשפט העליון כנגד פעולות מדינת ישראל בשטחים, עולה המשפט הבינלאומי. לפיכך, המשפט הבינלאומי נידון בהרחבה בפסיקותיו של בית המשפט העליון. אין פירוש הדבר שכל פסיקותיו של בית המשפט העליון מבוססות על המשפט הבינלאומי. דווקא במקרים שבהם בית המשפט על המדינה שינוי של עמדותיה, עשה זאת לעתים מכוח חוק ישראלי, ולא בינלאומי.¹⁷ אך עם זה, כללים השאובים מהמשפט הבינלאומי מופיעים כמעט בכל פסק דין של בית המשפט העליון העוסק בשטחים. את הדיון במעמדו של המשפט הבינלאומי בדין הישראלי ניתן לפצל לשתי סוגיות משנה: האחת, סוגיות מקדמיות שבעזרתן היה בית המשפט יכול להתחמק לחלוטין מהדיון, והשנייה, היקף תחולתו של המשפט הבינלאומי בשטחים.

א.1.1. תנאים מקדמיים – שפיטות וזכות עמידה
לכאורה היו בידי בית המשפט העליון הכלים להתחמק לחלוטין מדיון בשאלת התחולה של המשפט הבינלאומי על השטחים. הכלי הראשון שבית המשפט העליון היה יכול להשתמש בו הוא סוגיית הסמכות. בפסקי הדין הראשונים לא היה ברור כלל מהיכן שאב בית המשפט העליון את סמכותו לדון בעתירות מהשטחים. בתחילה היה נראה שבית המשפט העליון "דילג" על הדיון בשאלת הסמכות בגלל הסכמת המדינה, דוקטרינה בעייתית בסוגיות של סמכות.¹⁸ בפסקי דין מאוחרים יותר קבע בית המשפט העליון כי סמכותו מבוססת על היותם של הפועלים בשטח – עובדי המדינה, הכפופים למשפט המינהלי שלה, וממילא לסמכות בית המשפט העליון.¹⁹ הכלי השני שבית המשפט היה יכול להסתייע בו כדי להתחמק מדיון היה דוקטרינות של שפיטות הננקטות על ידי בתי משפט בעולם כולו כדי להתחמק מדיון

15 באופן כללי ראו רובינשטיין ומדינה כרך א, לעיל הערה 13, בע' 26–27.
16 יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נהגי הסמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז (תשנ"ו) 119.
17 המקרים הידועים ביותר הם האיסור לבצע עינויים, והחובה להקים ועדות ערר ופיקוח שיפוטי על מעצרים מנהליים. ראו למשל להלן טקסט נלווה להערה 200 ואילך.
18 ראו בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד (1) 124, 136 (1972); בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד (2) 169, 176 (1972) (להלן: עניין חילו).
19 ראו בעיקר בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד (2) 197, 231 (1983) (להלן: עניין אבו עיטה) ("בית המשפט בוחן את חוקיות של הפעולה ואת תוקפה לפי עקרונות המשפט המנהלי הישראלי כדי לעמוד על-כך, אם נושא התפקיד, המבצע סמכויות הממשל הצבאי, נוהג כדין מבחינת הנורמות המחייבות פקיד ציבור ישראלי"). בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעאווניה אלמחודדה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד (4) 785 (1983) פסקאות 10–11 לפסק דינו של השופט ברק.

בסוגיות הקשורות לשיתוף פעולה בינלאומי.²⁰ פסקי הדין העוסקים בשטחים, בייחוד אלה הקשורים לפעולות ביטחון, מתאימים לכאורה לדוקטרינות אלו. למרות זאת בחר בית המשפט שלא לנקוט דוקטרינות התחמקות, למעט בעניין ההתנחלויות, כפי שיפורט להלן.²¹

הכלי השלישי להתחמקות מדיון בעתירות תושבי השטחים הוא השימוש בכללי זכות העמידה. בית המשפט בחר שלא להפעיל את מבחן זכות העמידה בשני המישורים שבהם היה יכול להפעילו. בית המשפט לא פסל את עתירות תושבי השטחים אף שייתכן שלא הייתה להם כלל זכות מוקנית לעתור לבית המשפט העליון. בנוסף, בית המשפט העליון, כחלק מהמהלך הכללי של הסרת מחסומי העמידה, איפשר לארגוני זכויות אדם לייצג עותרים ולהגיש עתירות עקרוניות בעניין זכויות תושבי השטחים.²² לסיכום, אף שבית המשפט העליון היה יכול לחסום את עתירות תושבי השטחים בלא לדון בהן כלל, הוא כמעט לא עשה כן כבר מראשית ימי הכיבוש.

א.1.2) תחולת המשפט הבינלאומי על השטחים

העמדה הפוזיטיבית של המשפט הישראלי בנוגע לתחולתו של המשפט הבינלאומי על המשפט הפנימי – ידועה. לפי גישה זו, ישראל היא בעלת שיטת משפט דואליסטית בנוגע למשפט הבינלאומי,²³ היינו המשפט הבינלאומי ההסכמי מחייב במשפט הפנימי הישראלי רק אם אומץ באמצעות חקיקה של הכנסת. הסכם שלא נחקק מחייב את ישראל כלפי מדינות חותמות אחרות, אך אין לו תחולה בבית המשפט בישראל. עם זה בתי המשפט הישראליים יעשו מאמץ לפרש כל חוק ישראלי באופן שאינו סותר את התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל.²⁴ המשפט הבינלאומי המנהגי, לעומת זאת, הוא בעל תוקף בבתי המשפט בישראל, כל עוד אינו סותר חוק ישראלי.²⁵

20 ראו: Benvenisti, *supra* note 11.

21 ראו להלן טקסט נלווה להערה 141.

22 לדיון ראו להלן טקסט נלווה להערה 134.

23 רות לפידות "המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט (תש"ן) 807; יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי" משפטים כד (תשנ"ד) 317 (להלן: זילברשץ קליטה); יפה זילברשץ "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 47 (להלן: זילברשץ חוקתי).

24 זילברשץ חוקתי, שם.

25 בדומה לחוק ישראלי פנימי, הכנסת יכולה אף לשנותו באמצעות חוק מאוחר. עמדה פוזיטיבית זו ספגה ביקורת כמעט גורפת מצד כותבים אקדמיים שונים. איל בנבנשתי, למשל, תיאר את הגישה הזו כתוצאה של גישה אוניברסלית של בתי משפט הנרתעים מלהשתמש במשפט הבינלאומי כבסיס לביקורת הממשלה. אחרים ראו כאן שארית היסטורית בלתי רצויה של משפט אנגלי מסורתי. תהא עמדתנו בנוגע לרציות ההחלה של המשפט הבינלאומי בתוך תחומי מדינת ישראל, עיקר דיונו של מאמר זה הוא בתחולתו של המשפט הבינלאומי בשטחים. לשם בהירות הדיון נציג אפוא תחילה את המצב הפוזיטיבי בנוגע לתחולת המשפט הבינלאומי בשטחים. לאחר מכן נידרש לדיון הביקורתי ככל שהוא רלוונטי לתחולת המשפט הבינלאומי בשטחים.

שאלת תחולתו של המשפט הבינלאומי בשטחים נחלקת מבחינה אנליטית לשלוש שאלות משנה: האחת – האם המשפט הבינלאומי חל מבחינת הגדרותיו הפנימיות על המצב בשטחים. למשל, האם המצב בשטחים הוא אכן מצב של כיבוש של שטח של מדינה אחת על ידי מדינה אחרת, כמתואר באמנת ז'נבה הרביעית. השנייה – האם ישראל מחויבת מבחינת המשפט הבינלאומי לאמנות מסוימות או לכללים מסוימים מכוח היותם משפט בינלאומי מנהגי, או מכוח חתימה על הסכם. השלישית – האם יכפו בתי המשפט את הכללים המשפטיים החלים על השטחים מכוח המשפט הבינלאומי, על פי המשפט הפנימי הישראלי. השאלה הראשונה עמדה ברקע חלק מהדיונים המוקדמים בבית המשפט העליון בנוגע לשטחים. מעמד המשפטי של השטחים, השונה ממעמד שטח מדינת ישראל בגבולות שקדמו ליוני 1967 (להלן ישראל בגבולות 67), הוכר על ידי מדינת ישראל ובתי המשפט כבר בסמוך לאחר המלחמה.²⁶ עם זה, ישראל לא הכירה מיד בכך שהשטחים הינם שטח בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation), וממילא לא הכירה בתחולת האמנות הבינלאומיות העוסקות בכיבוש ובתפיסה לוחמתית.²⁷ עמדה זו הייתה להלכה עמדתה הרשמית של ממשלת ישראל במשך שנים ארוכות.

26 ראו הפקודה המצוטטת אצל: Kretzmer, *supra* note 7, at p. 33.
 27 הדרישה היא לשליטה אפקטיבית של הכוח הכובש. מהותה המדויקת של הדרישה אינה מוגדרת לחלוטין. באחרונה פסק בית הדין הבינלאומי בהאג כי לכאורה אין די בפוטנציאל של שליטה, אלא יש להראות שליטה בפועל. ראו: *Armed Activities in the Territories of the Congo* (Democratic Republic of Congo v. Uganda) (judgment of December 19, 2005) para. 172–180. ראו גם: Eyal Benvenisti *The International Law of Occupation* (Princeton, 1993). העמדה הספקנית כלפי תחולת המשפט הבינלאומי מצאה תמיכה אקדמית בכתביהם של מספר לא גדול של מלומדים, בעיקר בכתבתו של פרופסור יהודה בלום. פרופסור בלום נסמך על כך שכיבוש השטחים על ידי ירדן לא הוכר כמעט על ידי אף מדינה בעולם. ממילא, טען בלום, מדינת ישראל לא כבשה את השטחים, כי אם היא מחזיקה אותם כמעין "נאמנות" שמקורה עוד בהחלטות המקוריות של ליגת האומות שלא שוננו, היות שמעולם לא התממשה החלטת האומות המאוחדות להקים בשטחים מדינה, ואילו בעלת המנדט המקורית, בריטניה, נטשה את השטחים. ראו יהודה צבי בלום "ציון במשפט הבינלאומי נפדתה" הפרקליט כז (תשל"א) 15. Yehuda Z. Blum "The Missing Reversioner, Reflections on the Status of Judea and Samaria" 3 *Isr. L. Rev.* (1968) 279; Yehuda Z. Blum *Secure Boundaries and Middle East Peace* in *Light of Intransigent Law and Practice* (Jerusalem, 1971) 85–88. במאמר היסודי שלו בעניין, הניח מאיר שמגר (אז היועץ המשפטי לממשלה) את היסוד לאמביוולנטיות של הגישה הישראלית – הכחשת התחולה של האמנות הבינלאומיות דה-יורה, והכרה בתחולתם דה-פקטו. Meir Shamgar "The Observance of International Law in the Administered Territories" 1 Eugene Rostow "Palestinian Self-Determination, *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (1971) 262 Possible Futures for the Unallocated Territories of the Palestinian Mandate" 5 *Yale Stud.* 147 *in World Pub. Order* (1979) 147. לביקורת ולדחיית עמדות אלו ראו, למשל, יורם דינשטיין Richard A. Falk & Burns H. ; 5 (תשל"א) ; Weston "The Relevance of International Law to the Palestinian Rights in the West Bank and Gaza: In Legal Defense of the Intifada" 32 *Harv. J. Int'l L.* (1991) 129, 138–144.

אך עם זה, כאשר הופיעו פרקליטי המדינה בפני בית המשפט העליון, הם היו מוכנים להניח כי אמנות בינלאומיות העוסקות בשטח התפוס בתפיסה לוחמתית חלות על השטחים.²⁸ כבר בבג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל,²⁹ רמזו בג"ץ כי הנכונות המופלגת של המדינה להכיר "לצורך הדיון" בתחולת האמנות הבינלאומיות היא למעשה הכרה בתחולתן בלא אפשרות חזרה.³⁰ קביעה חד משמעית כי האמנות העוסקות בתפיסה לוחמתית חלות על השטחים ניתנה על ידי השופט ברק בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון.³¹ בית המשפט חזר על אמירה זו פעמים רבות, האחרונה שבהן בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל³² בעניין תוכנית ההתנתקות.³³ באחרונה נדחתה עמדת ישראל במפורש על ידי בית הדין הבינלאומי בחוות דעתו בעניין גדר ההפרדה.³⁴

אם אכן השטחים מוגדרים כתפוסים בתפיסה לוחמתית או ככבושים, חלות עליהם כמה אמנות בינלאומיות.³⁵ מדובר בעיקר בשני מסמכים: תקנות האג משנת 1907 ואמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949.³⁶ אמנות אלו כוללות שורה של סעיפים אשר יש להם נגיעה לתפקיד זכויות האדם. כך, למשל, סעיף 43 לתקנות האג היה אמור להוות מעין "חוקה" של תפקיד הכובש בשטח שנכבש בעת מלחמה.³⁷ אמנת ז'נבה הרביעית,

28 בג"ץ 337/71 האגודה הנוצרית למקומות הקדושים נ' שר הבטחון, פ"ד (כו) 574 (1972). ההופעות המרכזיות של הטיעון בדבר אי תחולת המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש על השטחים היו בטיעונים שהוגשו מטעם המתנחלים שביקשו להתיישב באלון מורה, שעל יד שכם: בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל ושר הבטחון, פ"ד לר' (1) 1 (להלן: עניין דויקאת). לתיאור הרקע לעתירה, וכן לציטוטים מתצהיר המתנחלים ראו אלדר וזרטל, לעיל הערה 3, בע' 462–469, וכן בעניין תוכנית ההתנתקות ראו בהרחבה את פסק דינו של שופט המיעוט אדמונד לוי בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט' (2) 481 (2005) (להלן: עניין חוף עזה). המתנחלים טענו כי על הדין הישראלי לחול בשטחים, וכי זכותם של המתנחלים על השטח אינה כשל כובשים בשטח כבוש. עמדה זו נדחתה על ידי בית המשפט בשתי הפעמים.

29 לעיל הערה 18.

30 שם, בע' 177.

31 פ"ד לז' (4) 785 (להלן: עניין ג'מעית אסכאן).

32 לעיל הערה 28.

33 שם, בע' 559–560.

34 *Advisory Opinion: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, I. C. J. 2004, 43 I.L.M. 1009 (להלן: חוות הדעת המייעצת בעניין החומה).

35 ראו: Benvenisti, *supra* note 27.

36 ראו: Hague Regulations annexed to the Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, Oct. 18, 1907, 36 Stat. 2277; Geneva Convention Relative to the protection of civilian persons in times of war (adopted August 12, 1949; entry into force 21.10.1950), 75 U.N.T.S. 287. באינטרנט באתר: www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/lawwar.htm (נבדק ב-25.9.07).

37 ראו סעיף 43 לתקנות האג: "The Authority of the Legitimate Power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore and ensure, as far as possible public order and [civil rights/safety] while respecting, unless

משנת 1949, מיועדת במפורש לעסוק במעמדה של האוכלוסייה האזרחית הנמצאת תחת כיבוש. האמנה שונה מתקנות האג בשורת הגבלות שהיא מטילה על הכובש, ובכך שהיא מצווה על איזון אינטרסים בין זכותו של הכובש ובין זכויותיהם של הנכבשים. מבחינת הכללים המהותיים המופיעים בה, אמנת ז'נבה הרביעית מתאימה הרבה יותר להוות מגילת זכויות של האזרחים תושבי השטח הכבוש.³⁸

השאלה השנייה שהגדרנו נגעה למחויבותה של מדינת ישראל למסמכים אלו. ישראל חתמה ואישררה את אמנת ז'נבה הרביעית כבר בשנת 1949. מבחינה בינלאומית, אם כן, מדינת ישראל מחויבת לאמנת ז'נבה הרביעית, בלא קשר למעמדה כנורמה מנהגית או הסכמית.³⁹ תקנות האג, לעומת זאת, לא אושררו מעולם על ידי מדינת ישראל. עם זה, המשפט הבינלאומי מכיר בתקנות האג כמשפט בינלאומי מנהגי, וממילא אף ישראל מחויבת לו.⁴⁰

השאלה השלישית, והבעייתית ביותר, נוגעת לאכיפת האמנות על ידי בתי המשפט הישראליים. מדינת ישראל לא קלטה אף אחת משתי האמנות אל תוך משפטה הפנימי.⁴¹ כפי שאמרנו לעיל, המשפט הפוזיטיבי הישראלי מורה כי אמנה הסכמית, שלא נקלטה בחוק, לא תיושם על ידי בית המשפט הישראלי.⁴² על אף הביקורת על עמדה זו,⁴³ התמקדו בראשית הדרך פסקי הדין של בית המשפט העליון בשאלה אם

”absolutely prevented, the laws in fore in the country” לשיטתו של בנבנשתי, כוחן של תקנות האג היה יפה לכיבושים קצרי המועד של המאה ה-19 שבהם עיקר עניינו של הכובש היה במלחמה, ולא בניצול המשאבים של השטח הכבוש. ממילא – ההתייחסות לכובש הייתה כאל שומר האינטרסים של הריבון שממנו נכבש השטח, וכוחו לא הוגבל באופן משמעותי.

ראו: Eyal Benvenisti “The Security Council and the Law on Occupation: Resolution 19 (2003) 1 *Isr. Def. Forces L. Rev.* (2003) 19. למשל, סעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית אוסר העברת תושבים מהשטח הכבוש לשטח המדינה הכובשת. סעיף 50 מורה על המשך הפעלת מוסדות חינוך וטיפול בילדים בשטח הכבוש. סעיף 51 אוסר גיוס תושבי השטח הכבוש לצבא הכובש. סעיף 54 אוסר על הכובש לפטר שופטים ועובדי ציבור הנמנעים מטעמי מצפון מלאכוף את הוראות הכובש. סעיפים 55–57 מפרטים את החובה לשמר את מערכת הבריאות הקיימת בשטח הכבוש. סעיף 64 מדגיש את החובה לכבד את מערכת המשפט הקיימת. סעיפים 71–76 מטפלים בחובה לקיים משפט הוגן. סעיף 76 אוסר העברת אסירים לשטח הכובש.

39 ראו לעיל הערה 23.

40 יורם דינשטיין “פסק הדין בעניין פיתחת רפיח” עיוני משפט ג (תשל”ג) 934.

41 באמצעות חוק. קליטה מסוימת ומוגבלת בעניין פעילות צה”ל נעשתה על ידי פקודות מטכ”ל. ראו הלל סומר “ואף-על-פי-כן חול תחול: לתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית בדין הישראלי” עיוני משפט יד (תשמ”ו) 263. עצם אי הקליטה של אמנת ז'נבה הרביעית מנוגדת לכאורה להוראות סעיף 146 להוראות האמנה.

42 ראו לעיל הערה 23.

43 למשל, דוד קרצמר טוען כי אין להחיל על השטחים את הכלל הנובע מהמשפט המקובל שעל פיו אמנה הסכמית לא תוחל על ידי בתי המשפט בלא חקיקה קולטת. הכלל, טוען קרצמר, מבוסס על עקרון הפרדת הרשויות: אין בסמכותה של הממשלה לקבוע נורמות שיחייבו את בתי המשפט כאילו היו חוק. טיעון זה אינו תקף בשטח כבוש, שבו אין משמעות לעקרון הפרדת הרשויות, שכן ממילא הרשות המבצעת היא בעלת הסמכויות כולן. דוד קרצמר “אכיפתה ופירושה של

לתקנות האג ולאמנת ז'נבה הרביעית מעמד של אמנה מנהגית (שאו ייאכפו על ידי בתי המשפט ככל מנהג) או רק של אמנה הסכמית, שאז יימנע בית המשפט מלאכוף אותן. לאחר התלבטות מסוימת,⁴⁴ הניח בית המשפט העליון כי תקנות האג חלות בישראל מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי, וכי אמנת ז'נבה הרביעית אינה אכיפה במשפט הפנימי של מדינת ישראל, היות שאינה משפט בינלאומי מנהגי.⁴⁵ גם על עמדה זו נמתחה ביקורת על ידי כותבים שונים ועל ידי ה-ICJ.⁴⁶

התופעה המעניינת העולה מכל האמור היא כי אף שלבית המשפט העליון הייתה האפשרות להתחמק מדיון באמנת ז'נבה הרביעית, כאמור לעיל,⁴⁷ הוא בחר משלב מוקדם יחסית לדון באמנה זו, ולהתמודד עם הוראותיה.⁴⁸ בהמשך המאמר אדון בשאלה, מה הביא את בית המשפט לנקוט דרך זו.⁴⁹

- אמנת ג'נבה IV – דרכו של בית המשפט העליון "משפטים כו (תשנ"ה) 49. לדיון ביקורתית בטיעון זה ראו להלן הערה 96.
- 44 השופט ויתקון בעניין חילו, לעיל הערה 18, בע' 180–181, סבר כי תקנות האג אינן חלות על יהודה ושומרון. מאמר הביקורת של דינשטיין, לעיל הערה 40, שיכנע אותו כי טעה, והוא שינה את עמדתו בבג"ץ 606/78 אויב' נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979).
- 45 זו הייתה העמדה המקובלת כמעט על כל החוקרים לגבי עיקר האמנה. Yoram Dinstein "The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Deportation" 23 *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (1993) 1, 13 מצד אחר, חלק מהאמור באמנת ז'נבה הרביעית הוא כפי הנראה ביטוי למשפט בינלאומי מנהגי. ראו: Theodor Meron "West Bank and Gaza: Human Rights and Humanitarian Law in the Period of Transition" 9 *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (1979) 106, 111.
- 46 ראו חוות הדעת המייעצת בעניין החומה, לעיל הערה 34.
- 47 בית המשפט היה יכול לאמץ את העמדה שהאמנות אינן חלות על השטחים ("השאלה הראשונה"); להחליט כי אמנת ז'נבה הרביעית אינה מנהגית ובשל כך אין הוא מחויב לדון בה ("השאלה השנייה") וכי האמנה לא נקלטה במשפט הישראלי ("השאלה השלישית").
- 48 ראו: Kretzmer, *supra* note 7, at pp. 44–46.
- 49 מבחינה פורמלית התאפשר המהלך בגלל הנכונות של נציגי המדינה לדון באמנת ז'נבה הרביעית לגופה. לכאורה – הסכמה זו לא הייתה אמורה להעלות ולא להוריד, שכן הבעיה שבה נתקל בית המשפט היא שהמשפט הבינלאומי לא היווה "דין" עבור בית המשפט הישראלי בהיעדר מקור חוקי לתחולתו במשפט הישראלי. נציגי המדינה הצהירו כי ישראל מקבלת עליה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה הרביעית, ובית המשפט ראה זאת כפתח לדיון בבית המשפט באמנות עצמן. במהלך של בית המשפט יש דילוג לוגי מסוים, שכן נציגי המדינה הצהירו על מחויבות לאמנות, ובזאת ביקשו להתחמק מוויכוח בשאלה הראשונה (הגדרת השטחים כשטח כבוש). בית המשפט פירש זאת כמחויבות לדון בבית המשפט באמנת ז'נבה הרביעית (השאלה השלישית). למעשה, מכיוון שאמנת ז'נבה הרביעית כולה עוסקת במשפט הומניטרי, כלומר בזכויות התושבים בשטח כבוש, קשה לחשוב על סעיף באמנה שאין לו חשיבות הומניטרית. ממילא ההצהרה כי ישראל תכבד את החלקים ההומניטריים בלבד של האמנה אינה ברורה. ייתכן כי הכוונה היא לשלול את תחולתו של סעיף 49(6) הנראה כאוסר הקמת התנחלויות. על כל פנים, "התנדבות" זו כשלעצמה, אף שהיא מועילה כמובן במישור ההסכמתי, בעייתית במישור המשפטי. המשפט הפנימי הישראלי אינו מוסד התנדבותי. לצד כל מחויבות יש זכות. לפיכך, נטילת התחייבויות מסוימות על הממשלה יוצרות זכויות לנפגעים מפעולות הממשלה לקבל תרופה. זכויות אלו, מצדן, יוצרות מחויבויות נוספות, אשר נמצא כי התקבלו לא באמצעים הקבועים בחוק, כי אם באמצעות "התנדבות" של ממשלת ישראל.

בית המשפט העליון בחר, אם כן, לדון בהוראות אמנת ז'נבה הרביעית ותקנות האג לגופן, ולא להתחמק מדיון בהן, כפי שהיה יכול לעשות. בספרו *The Occupation of Justice*, קרצמר מנסה להעריך את פועלו של בית המשפט העליון בשמירה על זכויות אדם וביישום המשפט הבינלאומי בשטחים.⁵⁰ מסקנתו של קרצמר היא שבית המשפט העליון נכשל ביישום המשפט הבינלאומי כמעט בכל מקום שבו משפט זה התנגש במדיניותה של ממשלת ישראל. למעט יוצאים מן הכלל מעטים, שבהם אדון בהמשך המאמר, פירש תמיד בית המשפט את המשפט הבינלאומי באופן שיתמוך בעמדת המדינה, וכמעט תמיד שגה בית המשפט באמצע עמדה זו.

דוגמה בולטת להתייחסות זו של בית המשפט העליון ניתן למצוא בבג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל,⁵¹ שבו אישר הנשיא שמגר את מדיניות הגירוש של פעילי טרור מהשטחים למדינות אחרות, אף שמדיניות זו הייתה לכאורה מנוגדת ללשון הפשוטה של סעיף 49 לאמנת ז'נבה.⁵²

50 ראו: Kretzmer, *supra* note 7.

51 פ"ד מב(2) 4 (1988) (להלן: עניין עפו).

52 שם, בע' 30–32. מדיניות הגירוש ננקטה במשך שנים על ידי ממשלת ישראל כלפי חשודים במעשי טרור או בכך שהם בכירים בארגון עוין. גירוש, כמובן, הוא מכשיר קיצוני בפני עצמו. השימוש בו ליחיד או לרבים מעלה זיכרונות מרים מן העבר הרחוק והקרוב. על כן השתמשו גם השלטונות הצבאיים בשטחים במכשיר זה במשורה יחסית, ולא כדבר שבשגרה. סמכותו של המפקד הצבאי לגרש מבוססת על חוק מנדטורי, תקנה 112 לתקנות ההגנה לשעת חירום. בעניין עפו עשו העותרים והאגודה לזכויות האזרח מאמץ להביא בפני בית המשפט העליון את עמדת המשפט הבינלאומי השולל גירושים. עמדת העותרים הייתה מבוססת על לשונו של סעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית הנראות חד משמעיות למדי: "Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive". משמע: גירוש אסור בין שהוא של יחידים בין שהוא של רבים. יתר על כן – גם המניע לגירוש אינו חשוב. אכן, כמעט כל הכותבים במשפט הבינלאומי ייחסו לסעיף זה את המשמעות הרגילה של מילותיו. כך אצל Pictet, הפרשן הרשמי של אמנת ז'נבה הרביעית, ברור כי כל גירוש אסור, וכך סוברים גם כותבים אחרים במשפט הבינלאומי. אלא שהנשיא שמגר נקט גישה אחרת. דרכו של שמגר ראויה לפירוט היות שהיא מייצגת את הפרשנות "היצריתית" שבית המשפט העליון נותן למשפט הבינלאומי. מצד אחד – קבע שמגר כי את אמנת ז'נבה הרביעית יש לפרש על פי כללי הפרשנות הקבועים במשפט הבינלאומי. אמנת וינה בדבר דיני האמנות (1969), המייצגת את הדין המנהגי בדיני האמנות, קובעת כי אמנה בינלאומית תפורש על פי המובן הרגיל של מילותיה בהקשרן ובמקרה של ספק תפורש על פי כוונת הצדדים ותכלית האמנה. שמגר קובע כי הפרשנות הנכונה של האמנה היא הפרשנות התכליתית. תכלית האמנה על פי מסמכי ההכנה של האמנה הייתה למנוע מצב של גירוש כמו זה שהיה בימי הנאצים. ראו אמנת וינה בדבר דיני אמנות (1966) סעיף 31. שמגר לא מסביר בדיוק אם המאפיין את גירושי הנאצים היה אופיים ההמוני או המטרה הגזענית שלהם, אבל טענתו היא כי הגירוש של פעילי טרור מישראל אינו מתאים לאף אחד מהתנאים. קרצמר הראה כי שמגר טעה אף בפרשנות ההיסטוריה של הסעיף – האיסור לגרש היה מצוי עוד בטיוטות הראשונות של אמנת ז'נבה שנכתבו לפני מלחמת העולם השנייה. Kretzmer, *supra* note 7, at pp. 51–52. אף אם שיטת הפרשנות של שמגר נכונה, היינו הפרשנות הראויה במשפט הבינלאומי היא פרשנות תכליתית, הרי התכלית וההקשר של הדברים מלמדים בבירור כי הכוונה לא הייתה

למען האמת, לכאורה בית המשפט לא היה חייב לפרש את האמנה כפי שפירש. כפי שאמרת לעיל, לבית המשפט הייתה נתונה דרך "קלה" להתעלם מן הסעיף. בית המשפט כבר קבע בעבר כי אמנת ז'נבה הרביעית היא הסכמית בלבד, ולפיכך אינה חלה בבתי המשפט בישראל.⁵³ אכן, בדרך זו בחר השופט בך, ולפיכך הכשיר את הגירוש, אלא שנשיא בית המשפט, השופט שמגר, לא היה מוכן לילך בדרך זו, ובחר לפרש את האמנה בפרשנות בעייתית.

דוגמאות נוספות לפרשנות יצירתית מעין זו של בית המשפט העליון אינן חסרות. אחת מהן היא ההחלטה להתיר את החזקתם של עצורים פלסטינים במתקנים בשטח מדינת ישראל, בניגוד לאמירה מפורשת של אמנת ז'נבה הרביעית.⁵⁴ הנשיא שמגר בחר לפרש אמנה זו כקובעת כי רק עצירים פליליים צריכים להיות מוחזקים בשטחים, אבל לא עצירים מינהליים.⁵⁵ החלטות נוספות שספגו ביקורת הן אלו המתירות הריסת בתים של מחבלים, אף אם בני משפחה אחרים ייפגעו מכך;⁵⁶ ההיתר שנתן בית המשפט העליון לממשלת ישראל לשנות את החוק בשטחים כדי לקדם את מטרותיה;⁵⁷ וההיתר להחרים קרקעות לטובת הכיבוש.⁵⁸

פרופסור קרצמר אינו היחיד הנוקט עמדה ביקורתית כלפי פסקי הדין של בית המשפט העליון העוסקים בדיני הכיבוש; כותבים רבים נוספים עושים זאת. חלקם מבקרים החלטות נקודתיות כמו ההיתר לעינויים⁵⁹ או להריסת בתים;⁶⁰ חלקם עושים זאת באופן כללי.⁶¹ לפחות בנוגע לחלק מהכותבים, נטען שעמדתם הפוליטית השפיעה על שיקול דעתם המשפטי.⁶² מאמר זה אינו המקום להתייחס בו לשאלות הנקודתיות של

להילחם דווקא בגירושים בנוסח הנאצים, אלא בכל גירוש שהוא. מאמציו של שמגר לפרש את האמנה בצורה אחרת ממילותיה הפשוטות נראית מאולצת והיא אכן כזו.

53 יורם דינשטיין "גירושים משטחים מוחזקים" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 403.

54 סעיף 76 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע כי: "Protected persons accused of offences shall be detained in the occupied country, and if convicted they shall serve their sentences therein. They shall, if possible, be separated from other detainees and shall enjoy conditions of food and hygiene which will be sufficient to keep them in good health, and which will be at least equal to those obtaining in prisons in the occupied country"

55 בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 811-812 (1988).

56 ראו, למשל, בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-653 (1997).

57 עניין אבו עיטה, לעיל הערה 19 (היתר לישראל להטיל מע"מ בשטחים, אף שברור כי מטרת הטלת המע"מ לא הייתה טובת השטחים אלא התאמת המצב בשטחים למצב המס בישראל).

58 עניין ג'מעית אסכאן, לעיל הערה 31, בעניין ההיתר למדינת ישראל להחרים קרקע פרטית לטובת בניית כביש 443 שברור שמטרתו המרכזית היא חיבור ירושלים לתל אביב.

59 ראו להלן הערה 198.

60 ראו: Dan Simon "The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories" 19 *Yale J. Int'l L.* (1994) 1.

61 ראו, למשל: Falk & Weston, *supra* note 27.

62 ראו ביקורתו של קרטיס על מאמרם של Falk & Weston, *id.* Michael Curtis "International Law and the Territories" 32 *Harv. J. Intl L.* (1991) 457.

סתירה בין ההחלטות בית המשפט העליון בפרשנות כללים ספציפיים להוראות אותם כללים. אנסה, אם כן, בהמשך המאמר להתייחס באופן כללי להתאמת החלטות בית המשפט העליון לעקרונות המשפט הבינלאומי.

א.2. טעמים אפשריים להתערבות המוגבלת של בית המשפט העליון

מסקירת פסיקותיו של בית המשפט עד לאמצע שנות התשעים עולה פרדוקס מסוים. מצד אחד, כפי שאמרנו, נמתחה ביקורת רבה על בית המשפט העליון בטענה כי לא יישם את המשפט הבינלאומי. סקירה סטטיסטית מראה שבית המשפט גם כמעט לא הפך כלל את החלטות הממשלה בעניינים הנוגעים ליישומו של החוק בשטחים.⁶³ מצד אחר, נתפס בית המשפט העליון על ידי הציבור כמבקר חריף של פעולות הממשלה. החלטותיו, במקרים שבהם אכן התערב, נחשבו למטילות מגבלה מהותית מאוד על פעולות הצבא.⁶⁴ במוקד הדיון עומדות שתי סוגיות המעורבות זו בזו. ראשית, מדוע התערב בית המשפט העליון במקרים שבהם אכן התערב. שנית, מה היה מקור כוחו של בית המשפט העליון, אם אכן היה לו כזה, על אף התערבותו המוגבלת. רונן שמיר הציג טעם אפשרי אחד לפתרון הסתירה בין חוסר ההתערבות בפועל ובין התדמית המתערבת של בית המשפט. לשיטתו, פסיקותיו של בית המשפט, הפוסלות את פעולות הממשלה בשטחים, לא היו אלא מעשים סימבוליים, המביעים את עמדתו העקרונית של בית המשפט, בעיקר במקומות שבהם הוא התנגד להגבלת תחום הסמכות שלו, ולא ניסיון אמיתי להתערב בפעולות הממשלה.⁶⁵ שמיר מציע, למשל, לראות בביקורתו של בית המשפט העליון על ההתנחלויות בבג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל ושר הבטחון,⁶⁶ מעשה סימבולי שנועד להראות כי אף מעשים אלו הם, בעיקרון, שפיטים. מבחינה מעשית לא הייתה לחלטה בעניין דויקאת כמעט שום השפעה על פרויקט ההתנחלויות.⁶⁷

63 מנחם הופנונג ישראל: בטחון המדינה מול שלטון החוק (תשנ"א) 3–322; Ronen Shamir, "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice" 24 *L. & Soc'y Rev.* (1990) 781.

64 ראו: Shamir, *id.*

65 *Id.*

66 לעיל הערה 28.

67 למעשה, ברור למדי כי לפסק הדין בעניין דויקאת הייתה השפעה שולית ביותר על ההתנחלויות. פסק הדין קבע כי למדינה אסור להפקיע קרקע פרטית לטובת הקמת התנחלויות, וזאת מכוח האיסור במשפט הבינלאומי להפקיע קרקע פרטית, אפילו באופן זמני, אלא לצורכי ביטחון. בפועל – גרמה פסיקת בית המשפט העליון לנזק יותר מאשר לתועלת. המדינה הסתמכה על חוות דעת שקבעה כי הקמת התנחלויות בשטח שהוא שטח מדינה – מותרת. מכיון שרוב קרקעות השטחים היו בלתי מוסדרות, התוצאה הייתה מסע אדיר להכרזה על חלק ניכר מהשטחים כשטחי מדינה, כשהמערכת המשפטית הישראלית כולה מתגייסת למבצע זה. באמצעים אלו הצליחה מדינת ישראל להכריז על חלק ניכר משטחי יהודה ושומרון כשטחי מדינה. בשטחי מדינה לא

נראה כי עמדתו של שמיר מסבירה באופן חלקי בלבד את פסיקותיו של בית המשפט העליון. אמנם ניכר כי חלק מהפסיקות של בית המשפט ניתנו דווקא במקומות שבהם ההשפעה שלהן מועטת, תוך הימנעות מפסילה מוחלטת של פעולות הממשלה והצבא בשטחים. עם זה, הטעמים המובאים על ידי שמיר אינם יכולים להסביר את המקרים שבהם אכן התערב בית המשפט והגביל בפועל את פעולות הממשלה באופן מהותי, בעיקר בתחום של הטלת איסור עינויים, וחיוב בשימוע ובמתן זכות ערעור קודם לעשיית מעשים מסוימים.

קרצמר הציע אבחנה אחרת להסברת ההבחנה בין המקרים שבהם התערב בית המשפט העליון, לבין אלו שבהם לא התערב: לשיטתו, בית המשפט התערב בשאלות פרוצדורליות, אך לא בשאלות מהותיות.⁶⁸ קרצמר סבור כי בכך השיל בית המשפט מעל עצמו את האחריות הביטחונית הכרוכה בהחלטה לפסול אמצעי ביטחון בפסילה מהותית, והסתפק בכך שהוא מוודא כי השימוש באמצעים ייעשה בצורה מוגבלת ומבוקרת. קרצמר אינו מרוצה כמובן משיטת פעולה זו של בית המשפט העליון. לשיטתו, דרכו זו של בית המשפט העליון מביאה לידי דחיית הטענות המבוססות על המשפט הבינלאומי, הנתפסים כחיצוניים לחברה, ולא ימוץ מוגבל של ערכים פרוצדורליים מסוג של "הגינות", הנתפסים על ידי החברה כפנימיים לה.⁶⁹ קרצמר מנגיד, אם כן, בין הערכים החיצוניים, המהותיים, הבינלאומיים, שבית המשפט אינו מיישם, לבין הערכים הפנימיים, הפרוצדורליים, המקומיים, שבית המשפט מגן עליהם.⁷⁰

פרופ' יואב דותן הציע לראות בהחלטות בית המשפט חלק ממערכת כוללת של שלטון החוק.⁷¹ דותן יוצא מנקודת ההנחה שבית המשפט נמצא בתווך בין רצונות סותרים. מחד גיסא, בית המשפט העליון מעוניין להשפיע על מדיניות הממשלה בשטחים על פי העקרונות הליברליים המנחים את שופטי בית המשפט. מאידך גיסא, בית המשפט העליון מודע לצורך להתחשב במרכיב הפוליטי של החלטות בית המשפט – החשש שמא התערבות יתרה בתחומי חוץ וביטחון תביא לידי החלשת מעמדו של בית המשפט העליון.

לשיטתו של דותן, דרכו של בית המשפט העליון לפשר בין שתי השאיפות המנוגדות היא באמצעות יצירת לחץ על עורכי הדין של הפרקליטות, המתדיינים לפניו, המכריח אותם להגיע לידי הסכמה עם העותרים. דרכו זו של בית המשפט העליון אף גרמה לכך שהפרקליטות יצרה הליך בלתי פורמלי של קדם בג"ץ, שעל

הטיל בית המשפט העליון כל מגבלה על ההתנחלויות, ועל כן היה יכול מפעל ההתנחלויות להמשיך באין מפריע. ראו אלדר וזרטל, לעיל הערה 3, בע' 465–475.

68 ראו: Kretzmer, *supra* note 7, at p. 188.

69 *Id.* at p. 196.

70 בהמשך המאמר אנסה להציע רציונל נוסף לאבחנה שמציע קרצמר, וטעם נוסף להדגשת הערכים הפרוצדורליים.

71 ראו: Yoav Dotan "Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada" 33 *L. & Soc'y Rev.* (1999) 319.

פיו ניתן להביא עתירה בפני הפרקליטות, וזו תקבל בה החלטה על פי צפייתה את יכולתה להגן על ההחלטה מפני פסילת בג"ץ. באמצעות שיטות אלה פתר בית המשפט את הדילמה שלו – מצד אחד, הוא הצליח להשיג השפעה על פעולות הממשלה, ולעדן את התוצאות של פעולות אלו. מצד אחר – פעילות זו מתבצעת בלא שבפועל בית המשפט צריך להתעמת עם הממשלה. רבים מאוד מהנושאים "נסגרים" בהחלטות פנימיות של הפרקליטות. בית המשפט מכריח את הצדדים להגיע לכלל הסכם בעתירות רבות המגיעות אליו. בכך מצליח בית המשפט להימנע מיצירת רושם של כפייה על הממשלה, וכך אינו מאבד מכוחו ומיקורתו.⁷²

ההסברים שהובאו לעיל יהוו את הבסיס לחלקו הבא של המאמר. אני נוטה להסכים להנחה הבסיסית שעל פיה כוחו העיקרי של בית המשפט טמון בכך שהוא משפיע על מערכות באמצעים עקיפים. אני גם מסכים שבית המשפט העליון עצמו אינו אוסף על הממשלה את החוק, אף במקומות שבהם כבר פסק, וכי בעיקרו של דבר בית המשפט מתערב במקומות שבהם תהיה תוחלת הנזק של התערבותו קטנה. עם זה, כפי שאסביר להלן, לא כל הביקורת על פסיקותיו של בית המשפט העליון מוצדקת. ראשית, יש לזכור כי הביקורת על בית המשפט העליון הינה במידה רבה ביקורת על מדינת ישראל, ולא על בית המשפט. על פי המצב הפוזיטיבי במדינת ישראל, בית המשפט אינו יכול לאכוף אמנות בינלאומיות בלא שהכנסת תאמץ אותן בחוק.⁷³ כלל זה מגביל מראש את האפשרות של בית המשפט העליון לבקר את החלטות הממשלה. גם במקומות שבהם הסכימה הממשלה לשימוש באמנת ז'נבה הרביעית, שמרה תמיד על טענתה כי האמנה אינה אכיפה במשפט הפנימי.⁷⁴

שנית, העיסוק ביישומן של האמנות הספציפיות על ידי מדינת ישראל לוקה בחסר היות שבמשך שנים רבות ישראל הייתה כמעט המדינה היחידה שקיבלה על עצמה את החלת דיני הכיבוש.⁷⁵ בכל שאר המקרים שיכולים להיחשב לכיבוש, המדינות טוענות לאי תחולתן של האמנות מטעמים שונים ומשונים.⁷⁶ התוצאה היא כי בית המשפט העליון של מדינת ישראל היה כמעט הגוף המשפטי היחיד שעסק בפירושה של אמנת ז'נבה הרביעית. אמנם בשנים האחרונות חלו כמה שינויים לאחר שארצות הברית וכוחות הקואליציה הכירו לכאורה (לפחות בדיעבד) בכך שהיו כוח כובש בעיראק, אך בפועל

72 *Id.* at pp. 345–350 בהנחה, כמובן, שבית המשפט אכן נהנה מיוקרה כאשר הוא אינו מתערב בפעולות הממשלה. ייתכן, כמובן, שבית המשפט יצבור יוקרה וכוח, לפחות בעיני ציבור מסוים, כאשר הוא דווקא יתערב בהחלטות הממשלה ויהפוך את החלטותיה. נראה כי עמדות הרוב בישראל בענייני השטחים עדיין קרובות בדרך כלל לעמדת הממשלה ומעדיפות לראות את בית המשפט תומך בה.

73 ראו לעיל טקסט נלווה להערות 23–24.

74 ראו: Shamgar, *supra* note 27.

75 ראו: Benvenisti, *supra* note 27.

76 *Id.*

לא החילו מדינות אלו את הוראות אמנת ז'נבה הרביעית.⁷⁷ ייתכן שבתי הדין הפליליים הבינלאומיים יחדשו בנושאים אלו, אך שינויים אלו טרם נתנו אותותיהם בפסיקת בית המשפט העליון.⁷⁸ בשינויים בפסיקת בית המשפט לאחר הקמת בתי הדין הפליליים הבינלאומיים נעסוק להלן.

בחלק הבא של המאמר אנסה להציע הסבר מקיף יותר לפסיקתו של בית המשפט. תחילה אנסה להסביר מדוע נמנע בית המשפט מלהתערב ביישומו של המשפט הבינלאומי באופן עקרוני. לאחר מכן אטען כי ניתן לראות את פסיקותיו של בית המשפט העליון בשטחים כניסיון להתאים את התפיסה הכללית של תפקידו ביישום המשפט הבינלאומי, למצב ששרר בשטחים.

ב. בית המשפט העליון כשותף זוטר של המחוקק והמשפט הבינלאומי

1. הצגת הבעיה: מגבלות בית המשפט בנוגע למשפט הבינלאומי

נסכם את הנקודה שבה אנו עומדים – בפסיקתו של בית המשפט בתקופה שעד לאמצע שנות התשעים יש סתירה הדורשת הסבר. מצד אחד התעקש בית המשפט העליון להסתמך על המשפט הבינלאומי הפומבי בפסיקות הנוגעות לעתירות תושבי השטחים, וזאת אף שמבחינה פורמלית הוא היה יכול להתחמק מכך. מצד אחר הפרשנות שנתן בית המשפט העליון למשפט הבינלאומי הפומבי בעייתית בלשון המעטה, לעתים אפילו מעוותת. מדוע היה צריך בית המשפט העליון להתייחס למשפט הבינלאומי הפומבי בכלל? מדוע עיוות את פרשנותו כדי שתתאים לעמדותיה של המדינה? והאם לא היה עדיף לנקוט שיטה של מחסומים בפני עתירות המבוססות על המשפט הבינלאומי הפומבי?

כדי להבין את פסיקתו של בית המשפט, יש להבין את הדילמה הבסיסית שבית המשפט העליון היה נתון בה: הסתירה בין שאיפתו של בית המשפט להגן על זכויות האדם של תושבי השטחים, ועל הדמוקרטיה הישראלית, לבין חוסר סמכותו לפעול בניגוד לעמדת הממשלה להחלת מערכת הכללים של המשפט הבינלאומי, המגנה על זכויות אלו.

⁷⁷ ראו: Benvenisti, *supra* note 38, at pp. 35–38.

⁷⁸ בייחוד בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה. חוק בית הדין מאזכר במפורש את אמנות ז'נבה כבסיס לפעולת בית הדין, ובית הדין אף מרשיע בגין עבירות על אמנת ז'נבה הרביעית. ראו, למשל: *The Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T. <http://www.un.org/icty/Supplement/supp1-e/index.htm> (נבדק ב-25.9.07). אך יישום זה הוא אך פרי התפתחות של השנים האחרונות, ומכל מקום אין בו כדי להוות יישום של החוק הבינלאומי על ידי בית משפט מדינתי. הוא גם אינו עוסק בכיבוש מסוג הכיבוש הישראלי (בעיקר מבחינת אורך הזמן), ולפיכך סוגי ההפרות של אמנת ז'נבה המדוברות הוא אחר. מכל מקום, הסכסוך ביוגוסלביה לשעבר הוא כנראה ניסיון לרצח עם או לפחות לטיהור אתני, עבירות חמורות על שורה של אמנות בינלאומיות.

ב.1.1 (1) מדוע מתקשים בתי משפט לאומיים ליישם משפט בינלאומי – הסברים מקובלים כאשר בית המשפט העליון ניגש ליישומן של אמנות בינלאומיות, הוא רחוק מלעמוד על קרקע מוצקה. בית המשפט העליון הישראלי אינו ייחודי בעולם ברתיעתו מלפרש את המשפט הבינלאומי בניגוד לעמדת הממשלה.⁷⁹ בתי המשפט הם בעיקרו של דבר גוף שלטוני שמקומו הפוליטי, הרקע המקצועי של חבריו, והיותו חלק מהחברה אינם מאפשרים לו להפוך את החלטות הממשלה הנבחרת לעתים קרובות מדי.⁸⁰ הבעיה קשה הרבה יותר כאשר על בית המשפט ליישם נורמה בינלאומית. שורה של הסברים הוצעו לרתיעה של בתי המשפט בעולם כולו מיישום של משפט בינלאומי. להלן אפרוס הסברים אלו, ואחר כך אציע הסבר נוסף.

(א) גישת השאלה הפוליטית: מאז ומעולם נקטו בתי המשפט שיטה הרואה בשאלות מתחום החוץ והביטחון שאלות פוליטיות, ולפיכך מצויות מחוץ לתחומו של בית המשפט. כמה דוקטרינות מקבילות שימשו את בתי המשפט כדי להימנע מלעסוק בשאלות אלו. כך הגישה של מעשה המדינה, של שאלות פוליטיות, של אמנות שאינן פועלות מכוח עצמן (Non-self-executing) ומגבלות אחרות.⁸¹ נראה כי בבסיס הגישה עומדת התפיסה המוסדית של הרשויות. עמדה זו יסודה בגישה העתיקה שעל פיה יחסי החוץ של המדינה הינם מחוץ לתחום עבור בתי המשפט היות שהם בתחום אחריותה של הרשות המבצעת. בתי משפט בעולם כולו נטו לאמץ מגבלות כאלו.⁸²

ראוי לראות גישה זו באספקלרית התמיכה הפוליטית הדרושה לבתי המשפט בתחום המשפט הפנימי. החלטה בשאלות של יחסי חוץ, ושל אימוץ המשפט הבינלאומי, מטילה על בית המשפט אחריות שאין הוא מוכן לקבל עליו. בעוד בתחום המשפט הפנימי יכול בית המשפט לפחות לטעון כי בפועל הגן על אדם או קבוצה מסוימים כאשר הפך את החלטות הממשלה, הרי התערבות בעניינים שכרוכים בהם יחסי החוץ של המדינה, ובמיוחד בשאלות ביטחון, אינה מוצאת בדרך כלל תמיכה בקרב הבוחרים. נראה שגישה זו אינה מנחה את בית המשפט העליון של ישראל. בית המשפט הישראלי דחה את העמדה כי שאלות פוליטיות הן מחוץ לתחום סמכותו. בתחום

79 ראו: Kretzmer, *supra* note 7, at p. 196–197; Benvenisti, *supra* note 11.
80 שאלת כוחו של בית המשפט להפוך את החלטות הרשויות הנבחרות עולה בדרך כלל בהקשר החוקתי. בעקבות חוקי היסוד החדשים ופסקי הדין שבאו בעקבותיהם עלתה ההתעניינות בישראל בנושא זה. כמה מן הניתוחים ניתן למצוא בחוברת כח(1–2) של כתב העת משפטים. במיוחד ראו: רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21; מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח (תשנ"ז) 211; דוד קרצמר "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח (תשנ"ז) 359.

81 בעניין ההיסטוריה החוקתית האמריקנית בנוגע לאמנות בינלאומיות ראו: John C. Yoo "Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution, and the Original Understanding" 99 *Colum L. Rev.* (1999) 1955.

82 ראו: Malcolm N. Shaw *International Law* (5th ed., Cambridge UK, 2003) 135.

המשפט הפנימי נוקט בית המשפט עמדה התומכת בהתערבות במערכת הפוליטית, למעט סייגים מסוימים.⁸³ גישת הפרדת הרשויות האמריקנית, המחייבת את שופטי ארצות הברית לזהירות יתר בכל תחום הקשור ליחסי חוץ ולהפעלת הצבא, אינה ישימה בישראל, והיא אף ספגה ביקורת חריפה בארצות הברית.⁸⁴

(ב) הסוציולוגיה של בתי המשפט: פרופ' איל בנבנשתי מצא כי בתי המשפט בעולם כולו נרתעים מאכיפתו של המשפט הבינלאומי על הממשלה המקומית.⁸⁵ לשיטתו, את התשובה לשאלה, מדוע אין בתי המשפט מיישמים משפט בינלאומי, יש למצוא בתחום הסוציולוגיה של בתי המשפט. בתי המשפט מהווים חלק ממערכת השלטון, וככאלה יש לשאול מדוע בכלל בתי משפט נוקטים גישה של עצמאות שיפוטית והופכים החלטות של ממשלה, גם בתחומים שאין להם קשר למשפט הבינלאומי. ניתן להציג את השאלה גם מצד הרשות המבצעת או המחוקקת: מדוע מאפשר השלטון לבתי המשפט עצמאות שיפוטית, באופן שיכול להפריע לממשלה לבצע את פעילותה. בנבנשתי מסביר כי בתחום המשפט הפנימי נדרשת אכיפה מסוימת של החוק על ידי בתי המשפט כדי להעניק לגיטימיות לפעולות הממשלה. לפי גישה זו – עצמאות שיפוטית היא לעולם תוצאה של ניסיון השלטון לשמר את הלגיטימיות שלו. לדעת בנבנשתי, לגיטימיות כזו אינה נדרשת בתחום אכיפת המשפט הבינלאומי. כדי לבצע את פעילותה עם מדינות אחרות, אין הממשלה זקוקה לגיטימיות בינלאומית ברמה שתחייב את בתי המשפט לבקר את פעולתה, ומן הסתם להפוך את החלטותיה בכמה נושאים. לפיכך אין השלטון רואה כל סיבה לעודד עצמאות שיפוטית בתחום המשפט הבינלאומי.⁸⁶ הגישה המוצגת על ידי בנבנשתי יכולה להסביר מדוע אין השלטון מעודד עצמאות שיפוטית בתחום המשפט הבינלאומי, כלומר בתחום הביקוש למוצר השיפוטי, אבל עדיין נותרת השאלה בתחום ההיצע: עדיין חסר הסבר מדוע השופטים עצמם אינם מקבלים החלטות עצמאיות בתחום המשפט הבינלאומי.

(ג) התחרות אל התחתית: בכתיבה מאוחרת יותר הציע בנבנשתי טעם אחר לאי אכיפת המשפט הבינלאומי על ידי בתי המשפט הלאומיים וכינהו המירוץ אל התחתית.⁸⁷ לפי טענה זו, בתי המשפט נמנעים מלאכוף כללים בינלאומיים בקשיחות כדי למנוע בריחה של חברות מסחריות רב לאומיות אל מדינות שבהן נוח יותר לעקוף דרישות בינלאומיות. ייתכן שגישה זו נכונה לעניין הסכמים בעלי השפעה כלכלית, במיוחד כאשר הם נוגעים לסכסוכים בין פרטים. יש הטוענים מנגד כי למעשה יש

83 ראו, למשל, בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991).

84 ראו: Harold H. Koh *The National Security Constitution* (New Haven, 1990).

85 איל בנבנשתי "השלכת שיקולי בטחון וקשרי חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ" משפטים כ"א (תשנ"ב) 221, 243. בנבנשתי דחה את הגישה המוסדית שהובאה לעיל משום שלדעתו אינה יכולה להסביר את היקף ההתעלמות של בתי המשפט מהמשפט הבינלאומי.

86 להלן אדון בשאלה אם מאז סוף שנות התשעים חל שינוי בצורך בלגיטימיות בינלאומית.

87 Eyal Benvenisti "Exit and Voice in the Age of Globalization" 98 *Mich. L. Rev.* (1999) 167, 195.

כאן "מירוץ אל הצמרת" – המדינות מתחרות ביניהן ליצור אווירה האוכפת את המשפט הבינלאומי באופן נמרץ כדי למשוך חברות המחפשות יציבות מדינית, וביטחון שהמדינה לא תחרים את רכושם.⁸⁸ על כל פנים טיעון זה רלוונטי פחות לעניין יישומן של אמנות בינלאומיות העוסקות בזכויות אדם.

(ד) בית המשפט כגוף פרובינציאלי: כלפי בתי משפט, בייחוד בארצות הברית, נטען כי בית המשפט הוא גוף שמרני, כמעט ארכאי, המסרב להישמע להוראות המשפט הבינלאומי מטעמים של בורות או של התעלמות מכוונת ששורשיה אידיאולוגיים. ביקורת זו מושמעת בעיקר על ידי ארגונים בינלאומיים ואמריקניים לזכויות אדם, התומכים באופן חד משמעי באימוצם של דינים מסוימים מן המשפט הבינלאומי.⁸⁹ על פי טענה זו, הרכבו האישי של בית המשפט, ובמיוחד של בית המשפט העליון האמריקני, מונע ממנו לאמץ את הדין הבינלאומי בסוגיות שונות. הדין המקומי מועדף באופן עקיב היות שהוא מוכר לשופטים המקומיים, החוששים מדיון בחוקים הבינלאומיים. בית המשפט העליון, והמערכת המשפטית כולה, מייצגים ערכים שמרניים ושוביניסטיים, הטומנים בחובם התנגדות עיקשת להחלת המשפט הבינלאומי בחוק הפנימי האמריקני.⁹⁰ כמה קשיים בגישה זו ניכרים על פניה. ראשית, ניתן לטעון כי תומכי הגישה ממקדים את מאמצייהם בבית המשפט האמריקני, על כל המשתמע מכך. הם מתעלמים מכך שהתופעה היא רחבה וכוללת כמה בתי משפט ברחבי העולם. בשל כך, העברת הדעה המקובלת על שמרנות בית המשפט העליון האמריקני מן התחום הלאומי לתחום הבינלאומי מהווה קישור שאין לו הצדקה מלאה.

בנוסף, גישה זו מתעלמת מהבעייתיות הרבה שביישום מיידי של המשפט הבינלאומי על ידי בתי המשפט, כפי שתיארת. לדידם של המצדדים בגישה זו – די לו למשפט הבינלאומי שהוא אומץ על ידי מדינות אירופה והארגונים הבינלאומיים הממשלתיים והלא – ממשלתיים כדי להפוך אותו לחיובי מבחינה נורמטיבית, ולכזה שאינו זקוק לכל אישור מקומי שהוא. דווקא הגישה השמרנית בארצות הברית מגלה ראייה מפוכחת יותר של כוחו של בית המשפט.⁹¹

88 ראו, למשל: Daniel A. Farber "Rights as Signals" 31 *J. Leg. Stud.* (2002) 83.

89 הוויכוח בארצות הברית התפרץ באחרונה מחדש לאחר שבכמה פסקי דין התייחס בית המשפט העליון בארצות הברית לפסיקות בינלאומיות. ראו: *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 576 (2003) (בית המשפט הסתמך על פסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם כאשר קבע כי למדינות אין סמכות לחוקק חוקים בנושא של יחסי מין ולאסור קיום יחסי מין הומוסקסואליים); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 394 n. 21 (2002) (בית המשפט ציין שיש בעולם התנגדות מסיבית להטלת עונש מוות על בעלי פיגור שכלי); *Roper v. Simmons*, 120 S. Ct. 1183, 1200 (2005) (בית המשפט הסתמך על עמדות של מדינות שונות בעולם כאשר פסל עונש מוות לקטינים).

90 ראו: Patrick M. McFadden "Provincialism in United States Courts" 80 *Cornell L. Rev.* (1995) 4.

91 על ההבדלים בין התפיסה האמריקנית לתפיסה האירופית בנוגע לתוקפו של המשפט הבינלאומי ראו: Jed Rubenfeld "Unilateralism and Constitutionalism" 79 *N.Y.U. L. Rev.* (2004) 1971. ראו להלן דיון בפרק ב.1.(2).

שלישית, גישה זו מתעלמת מהמגבלות הפוליטיות של בית המשפט בבואו ליישם משפט בינלאומי, בייחוד כאשר הוא עוסק בענייני צבא וכיטחון, כפי שיבואר להלן.

ב.1.2) הסבר חלופי – הקושי הדמוקרטי ביישום אמנות בינלאומיות במשפט הפנימי טעם מרכזי שבגללו בתי משפט אינם מיישמים אמנות בינלאומיות הוא הבעיה "הדמוקרטית הכפולה" שבתיה משפט נתקלים בה כאשר הם עומדים ליישם אמנה בינלאומית: בית המשפט פועל נגד החלטת ממשלה נבחרת מכוח נורמה שלא זכתה מעולם לאישור של רוב העם.

לאמירה כי נורמה בינלאומית לא זכתה לאישורו של רוב העם יש שתי פנים: פן פורמלי ופן מהותי. מבחינה פורמלית, פעמים רבות מדינות מקבלות עליהן חיובים מכוח המשפט הבינלאומי בהליך שונה מההליך הרגיל לקבלת חוק. כך המצב בישראל, באנגליה, בארצות הברית, ובמדינות רבות אחרות.⁹² יתר-על כן, אחד המקורות של המשפט הבינלאומי, המנהג, אינו דורש את הסכמתה המפורשת של המדינה, אלא שזו יכולה להילמד מתוך התנהגותה, ופעמים אין היא יכולה למעשה להתנגד כלל להיווצרותה של נורמה מנהגית מחייבת.⁹³ למשל, הנורמות מן המשפט הבינלאומי, האמורות לחול בשטח כבוש, הינן נורמות שלא זכו מעולם לאישור מפורש על ידי גוף דמוקרטי נבחר כלשהו בישראל.⁹⁴ חלק גדול מהמשפט הבינלאומי העוסק בדיני המלחמה והכיבוש הוא משפט בינלאומי מנהגי, שנקלט במשפט הישראלי בלא צורך בחקיקה פנימית. חלק אחר אושר על ידי הממשלה בלבד. אכן, באחרונה עלו קולות בארצות הברית המבקשים לערער על תקפות ההנחה בדבר תוקפו של המנהג הבינלאומי במשפט הפנימי.⁹⁵ בלי להיכנס לטיעונים הפורמליים, שרובם יונקים מטעמים

92 למחקר השוואתי ראו: זילברשץ קליטה, לעיל הערה 23.

93 קיימת כמובן האפשרות התיאורטית להתנגד לתוקפו של מנהג בינלאומי על פי דוקטרינת המתנגד העקיב, אלא שדוקטרינה זו כמעט אינה בשימוש, ומכל מקום מתאימה רק למצבים ספציפיים ביותר וכפופה לדרשות ולתנאים שונים.

94 מובן כי הנורמות אמורות לחול ביהודה ושומרון, על תושבים שממילא אינן מצביעים בבחירות בישראל, וממילא טיעון זה מוחלש, אלא שיש לשים לב לטיעון שלי – אני אינני טוען לעניין מידת חיובה של מדינת ישראל לנורמות האמורות. טענתי כאן מתייחסת ללגיטימיות הציבורית של הפעלת כוח השיפוט על ידי בתי המשפט. לעניין זה לגיטימית ביותר השאלה אם הציבוריות הישראלית קיבלה את הנורמות בצורה דמוקרטית. כמובן, אינני טוען שאם הנורמה הייתה מתקבלת על ידי הכנסת דווקא, הייתה לכך השפעה כלשהי על מידת החיוב הבינלאומי של ישראל, או על חיובה כלפי תושבי השטחים.

95 את הסיבוב האחרון במערכה פתחו: Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith "Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position" 110 *Harv. L. Rev.* (1997) 815 ובמאמר שני: Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith "The Current Illegitimacy of International Human Rights Litigation" 66 *Fordham L. Rev.* (1997) 319. המאמרים קיבלו כמה תגובות נועזות, חריפה שבהן: Harold H. Koh "Is International Law Really State Law?" 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 1824 גם לשיטתו של Koh הפתרון לבעיה הדמוקרטית טמון בכך שלמעשה מתקיים דיון רחב היקף באימוץ הנורמות

יחודיים למשפט האמריקני, נראה שהטיעון המהותי הוא אוניברסלי. קבלתו של המנהג היא הפנמה של נורמה שמעולם לא אומצה על ידי הרוב. בדומה לכך – אף להצהרה הישראלית על תקפותה של אמנת ז'נבה הרביעית לא קדם למעשה דיון ראוי, והמדינה יכולה לחזור בה ממנה בכל שלב, אם בית המשפט ימתח את החבל יתר על המידה.⁹⁶ מבחינה מהותית, הטיעון האמור לעיל תקף אף לעניין נורמות של משפט בינלאומי ש"אושררו" על ידי הממשלה, או שחוקקו על ידי הכנסת. חוק פנימי, במיוחד בעניינים ערכיים, מבטא התפתחות רציפה של תפיסות חברתיות מקובלות.⁹⁷ חוק שמקורו במשפט הבינלאומי, אף אם חוקק "פורמלית" על ידי הכנסת, הרי הוא נטע זר במערכת החוקים הפנימית. תהליך הפנמתו הוא תהליך ארוך ומסובך, הדורש שנים של יישום חברתי, פוליטי ומשפטי.⁹⁸ במיוחד תקף הדבר בנוגע למשפט הבינלאומי בענייני זכויות האדם אשר לעתים קרובות ישראל מודרת לחלוטין מתהליך קבלתו.⁹⁹ הסכמת מדינה לקבל נורמה בינלאומית נובעת פעמים רבות מלחצים פוליטיים חיצוניים, או מרצון להימנע מביקורת בינלאומית.¹⁰⁰ אין פירוש הדבר שאכן הנורמה נקלטה במערכת

הבינלאומיות המנהגיות בוועדות הקונגרס, ובקרב הציבור בכלל, ולפיכך אין צורך באישור נוסף של הקונגרס.

96 כאמור לעיל, פרופסור קרצמר התייחס לטיעון זה ודחה אותו במקום אחר. ראו קרצמר, לעיל הערה 43, בע' 62. בדיון ארוך בשאלת הקליטה של משפט בינלאומי הסכמי ומנהגי באנגליה, מתייחס פרופסור קרצמר לעמדה שעל פיה המשפט הבינלאומי המנהגי סובל מנכות מסוימת מכיוון שהוא אינו מאושרר על ידי המחוקק. לשיטתו של פרופסור קרצמר, אין כל מקום לשאלה זו בדיני המלחמה, היות שאלו נוגעים להתנהלות הצבא בשטח כבוש, בו ממילא הרשות המחוקקת והמבצעת היא השלטון הצבאי, ולפיכך לעמדה של הציבור בשטח המדינה גופא אין חשיבות. אף כי זו עמדה קוסמת, היא אינה משכנעת. לשיטתו של קרצמר עצמו, כפי שהוא מביא אותה בספרו *The Occupation of Justice* (Kretzmer, *supra* note 7) הגדרתם של השטחים כשטח כבוש היא כשלעצמה עניין שנוי במחלוקת פוליטית. אם עצם השאלה, אם השטח הינו שטח כבוש, שנוי במחלוקת, כיצד ניתן לומר שהשאלה, אם דיני המלחמה חלים עליו אינה שאלה מהתחום הפוליטי הפנימי? וכי החלטה בעניין זה אינה מהווה כל בעיה מבחינה דמוקרטית (או מבחינת הפרדת הרשויות, כפי שמעדיף פרופסור קרצמר לנסח זאת)? במילים אחרות, ייתכן שעמדתו של קרצמר נכונה במקרים שבהם השטח הכבוש מוכר על ידי המדינה כחלק נפרד ממנה. ההבדל בין מקרה זה לנעשה בשטחים הוא שבית המשפט נקרא להתערב במעשים של ממשלת ישראל בשטחים אשר נעשו מכוח סמכותה של הממשלה, או עקב ויכוח והכרעה פוליטית בתוך מדינת ישראל, ובוודאי לא כהחלטה עצמאית של המפקד בשטח.

97 אף המהפכה החוקתית במדינת ישראל התבססה בסך הכול על ערכים בסיסיים שהיו מקובלים במדינת ישראל ובפסיקת בית המשפט העליון. המהפכה הייתה יותר מוסדית – בעניין כוחו של בית המשפט לבטל חוקים של הכנסת, ופחות בעניין הערכים עצמם. ראו משה לנדוי "מחשבות של מהפכה החוקתית" משפטים כ"ו (תשנ"ו) 419, 420.

98 לפירוט תהליך ההפנמה ראו להלן טקסט נלווה להערה 181.

99 Alan Dershowitz *The Case for Israel* (Hoboken NJ., 2003).

100 ראו: Oona A. Hathaway "Do Human Rights Treaties Make a Difference?" 111 *Yale L. J.* (2002) 1935.

החוק במובן של הכרה בלגיטימיות שלה.¹⁰¹ הדברים תקפים במיוחד בנוגע ליחס של הציבור הישראלי כלפי הפלסטינים, כאשר חלק ניכר מהציבור אינו סבור כלל שיש להעניק להם זכויות כלשהן, או מכל מקום אותן זכויות שיש להעניק לאזרחים ישראלים. היות שהפלסטינים נתפסים כאויב קולקטיבי, הרי חלקים ניכרים מהציבור מתנגדים להעניק להם זכויות כלשהן.

בנוסף, בית המשפט נתקל ב"קושי האנטי-רובני"¹⁰² הרגיל שלפניו הוא עומד כל אימת שהוא מבקש להפוך החלטה של המוסדות הנבחרים. בית המשפט אינו מוסד נבחר, וכל התערבות שלו בהחלטות המוסדות הנבחרים מנוגדת לכאורה לעקרון הכרעת הרוב הדמוקרטי. התערבות של בית המשפט בעניינים של מלחמה ובעניינים הנתפסים כפוליטיים או ערכיים מכלה את הונו הפוליטי ושוחקת את מעמדו בעיני הציבור.¹⁰³ בית המשפט לעולם מנסה להמעיט את מידת התערבותו בהחלטות הדרג הנבחר.

בית משפט מקומי, המעוניין לפרש נורמה שמקורה במשפט הבינלאומי, עומד אפוא לפני מכשול כפול: בית המשפט מתערב בפעולות הממשלה על סמך ערכים שמקורם במשפט הבינלאומי, ושעל מעמדם ואימוצם במשפט הפנימי לא נערך דיון ציבורי מסודר.

אינני מבקש לטעון כי יש מקום לשינוי ההלכה הנוהגת בישראל בעניין אכיפת המשפט הבינלאומי המינהגי שאינה טעונה אקט של הפנמה על ידי המחוקק או הממשלה.¹⁰⁴ גם בית המשפט העליון אינו מטיל ספק בתקפותה של הלכה זו. ברם כאשר נשאלת השאלה, מדוע פרשנותו של בית המשפט אינה תואמת במדויק את הפרשנות המקובלת בעולם למשפט הבינלאומי, אין להתעלם משאלת הקושי האנטי-הרובני.

ראוי להדגיש כי הקושי האנטי-הרובני באכיפת נורמות מן המשפט הבינלאומי, שונה מהשאלות הכלליות יותר בעניין מהות הדמוקרטיה ומקום זכויות האדם בה. גם אם נניח כי הדמוקרטיה אינה מתמצית בשלטון הרוב, אלא שהיא שיטה של שלטון רוב המחויב לערכים ליברליים,¹⁰⁵ לא יהיה בכך כדי להשפיע בכירור על העמדה בעניין

101 H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, H.L.A. Hart דרש כלל הכרה לתוקפו של חוק, 2nd ed., 1994) 79–123, אולם בדיוק כלל כזה חסר.

102 תרגום למונח האמריקני: Counter-Majoritarian Difficulty, שהוצע על ידי גביזון, לעיל הערה 80, בע' 24.

103 ראו: Alexander Bickel *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven, 1962) 16.

104 כך טען איל בנבנשתי. בנבנשתי, לעיל הערה 11, בע' 221–250. לכאורה, חלק מהשיקולים העולים בארצות הברית אינם שייכים כלל למציאות הישראלית. במיוחד מדובר בשיטה הפדרלית האמריקנית, ובהשפעה שיש לקליטת המשפט הבינלאומי המנהגי על משפטן של המדינות. מצד אחר, רעיון הקליטה האוטומטית של המשפט הבינלאומי המנהגי קשור לכאורה בטבורו לעקרונות המשפט המקובל. ישראל התנתקה מחלק מהדוקטרינות של המשפט המקובל, מתוך תפיסה שמקור החוק הוא בעיקרו בדבר הכנסת. השאלה אם המשפט הבינלאומי ראוי שייוותר כירושת המשפט המקובל זקוקה לדיון נוסף.

105 ראו, למשל, את הוויכוח בין אנדרי מרמור מצד אחד, לעלי זלצברגר וסנדי קידר מצד אחר. אנדרי

סמכותו של בית המשפט העליון לייבא ערכים שמקורם במשפט הבינלאומי אל תוך המערכת הפנימית. ייתכן בהחלט שאף אם תפקידו של בית המשפט הוא לבסס ערכים בשיטת המשפט, הערכים שעליהם הוא יכול להסתמך אינם אלא הערכים הפנימיים של השיטה, ולא ערכים השאובים ממקור חיצוני.¹⁰⁶ אף אם ראוי שיהיה לבית המשפט הכוח לבטל חוקים ולבקדם, הרי רוב התומכים בכך מחייבים קיומה של חוקה הנותנת בידי בית המשפט את הסמכות לעשות זאת.

כ.1.3) הצד השני של המטבע: הצורך בהבטחת זכויות הפלסטינים מעמדם של השטחים כשטחים כבושים יוצר בעיה למשפט הישראלי. התקופה הממושכת שבה השטחים מוחזקים בתפיסה לוחמתית הופך את השימוש במושג "כיבוש" למנוגד לשכל הישר. המונחים המשמשים את האמנות הבינלאומיות, ובמיוחד את תקנות האג, מיועדים בלא ספק לשימוש לזמן קצר, ולא לתקופה ממושכת.¹⁰⁷ מכאן הבעייתיות שבהטלת מסים חדשים, למשל, עניין שלעתים הוא הכרחי, אך כנראה אסור על פי המשפט הבינלאומי.¹⁰⁸ במצב של מלחמה ממש, קשה להניח כי בית המשפט יתערב במהלכים צבאיים על סמך המשפט הבינלאומי. הפחד מקבלת אחריות, והחשש האמיתי שבמצב חירום יתקשה הצבא לתפקד תחת שבט הביקורת של בית המשפט העליון, מונעים מבית המשפט לקיים ביקורת יעילה.¹⁰⁹ לא סביר שבית המשפט יקבל עליו את האחריות לניהול המלחמה, ואם יעשה כן, הוא צפוי לפגיעה ממשית בכוחו מצד המערכת הפוליטית.¹¹⁰ יכולתו של בג"ץ להתערב בשליטת ישראל בשטחים שונה מיכולת התערבותו במבצעים צבאיים נקודתיים. אמנם מאז ומתמיד, ובייחוד מאז 1987, פעלו בשטחים

מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133; עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 489. אולם ראו ברק, לעיל הערה 13, בע' 93–94, 321–330, הסובר כי אם יש מקום לביקורת על חוקים מכוח חוקה, קשה להניח כי יש מוסד מלבד בית המשפט היכול לעשות זאת.

106 יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח (תשנ"ז) 149, 154.

107 ראו: Orna Ben-Naftali, Ayal M. Gross & Keren Michaeli "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory" 24 *Berk. J. Int'l L.* (2005) 101, 142–150.

108 ראו את הביקורת על החלטת בית המשפט העליון בעניין אבו עיטה, לעיל הערה 19 (הטלת המע"מ). למשל: Gerhard Von Glahn "Taxation under Belligerent Occupation" *International Law and the Administration of Occupied Territories* (Emma Playfair ed., Oxford, 1992) 341.

109 ראו: 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.* (2005) 24.

110 עקב המבצעים הצבאיים בשטחים, במיוחד מבצע חומת מגן, לעתים שמע בג"ץ עתירות של תושבי השטחים, אך כמעט אף פעם לא התערב בפועל בפעולות הצבא.

כוחות שהתנגדו לשליטה הישראלית, אלא שבאופן כללי, היו לעימות זה מאפיינים של עימות בעוצמה נמוכה ביותר.¹¹¹ אורך הזמן מצד אחד, ומספר הנפגעים הקטן יחסית מצד אחר, איפשרו לבית המשפט גמישות רבה יותר בחיזוק זכויות האדם, לרבות אלו השאובות מהמשפט הבינלאומי. אמנם עדיין היה מדובר בהתערבות מעטה ובשאלות פרוצדורליות בעיקרן, אך בכל זאת הלך בית המשפט והרחיב את תחום השפעתו, הן בפסקי הדין העקרוניים שפסק, והן בהטלת צלו של החוק והשפעתו של בית המשפט על פרקליטות המדינה.¹¹²

מסגרת פוליטית זו עומדת, לדעתי, ביסוד הערתו של קרצמר כי ביקורת בית המשפט על הנעשה בשטחים דומה לביקורתו של בית משפט על שלטון קולוניאלי. ייתכן שהדימוי שנקט קרצמר אינו מוצלח,¹¹³ אך הכוונה ברורה. ככל שהתאריך שלטונה של ישראל בשטחים, ואף שעדיין הוגדר כמשטר של כיבוש על פי המשפט הבינלאומי, ראה בית המשפט את עצמו אחראי יותר ויותר לנעשה בשטח שהוא למעשה, גם אם לא להלכה, בתחומי מדינת ישראל.¹¹⁴ בית המשפט הישראלי ראה עצמו מחויב להגן על התושבים הפלסטינים בשטחים. הגנה כזו אינה יכולה להיות הגנה ישירה, מכוח חוק, שכן חוק כזה כמעט אינו קיים.¹¹⁵ ההגנה יכולה להיות רק עקיפה. חלקה הוא כמתואר על ידי דותן וקרצמר, באמצעות שימוש בפרקליטות ובאיום המרומו של בית המשפט להפוך את ההחלטות, אלא שדרך זו בוודאי יש בה בעייתיות מסוימת. בית המשפט צריך לסמוך על שליחים מטעמו, שיחסכו לו את הצורך להתעמת במישרין עם הממשלה. בית המשפט גם מודע בוודאי לאפשרות שאקדח שאינו יורה, סופו שיאבד גם את כוח האיום המרומו שלו. בסופו של דבר ברור כי אי התערבות לאורך זמן משמעה החלשה הדרגתית של כושר ההרתעה של בית המשפט. גם ההסתמכות של בית המשפט על הפרקליטות יכולה להביא לידי עיוותים ביישומו של החוק על ידי הפרקליטות. עלול

111 מאז כיבוש השטחים ועד הסכמי אוסלו נהרגו בסך הכול בהתקפות טרור 160 אזרחים ישראלים, קצת יותר מ-6 אזרחים בממוצע לשנה. מאז תחילת "אינתיפאדת אל-אקצה" ועד סוף חודש נובמבר 2002 נהרגו 478 אזרחים ישראלים – כמעט 19 אזרחים ישראלים מדי חודש. בשנות האינתיפאדה הראשונה (1987–1992) אמנם גדל מספר ההרוגים בפיגועי טרור אך עדיין היה בגבולות של קצת יותר מ-23 בשנה.

112 ראו הדיון לעיל בפרק א.

113 ראו ביקורתה של פרופ' יפה זילברשץ על השימוש בדימוי זה, יפה זילברשץ "שליטת צה"ל ביהודה ושומרון: תפיסה לוחמתית או כיבוש קולוניאלי" מחקרי משפט כ (תשס"ד) 547–560.

114 לניתוח האינטגרציה בין מדינת ישראל לבין השטחים ראו אמנון רובינשטיין "מעמדם המשתנה של ה'שטחים': מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 439; איריס קנאור "ישראל והשטחים: על משפט בינלאומי פרטי, משפט בינלאומי פומבי ומה שביניהם" משפט וממשל ח (תשס"ה) 551.

115 כנסת ישראל חוקקה חוקים מעטים בלבד הנוגעים לשטחים, בעיקר בשני תחומים. התחום האחד הוא העברת חלקים מהשטחים למינהל ושיפוט ישראליים – מזרח ירושלים ורמת הגולן. החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), התשכ"ז–1967; חוק רמת הגולן תשמ"ב–1981. התחום השני הוא החלת החוק הישראלי על אזרחים ישראלים שעברו להתגורר בשטחים (מתנחלים). למשל לענין פינויים: חוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה–2005.

להתפתח תת משפט מחוץ לשליטתו של בית המשפט, שהממשלה תנהג על פיו מחוץ למסגרת חוקית מוכרת לבית המשפט.

כיצד, אם כן, תרם בית המשפט העליון להגנה על זכויות הפלסטינים? לפני כרבע מאה ניסה אלן גרסון (Allan Gerson) להבחין בין משטר של כיבוש לוחמתי, לבין משטר של כיבוש נאמנות.¹¹⁶ טענתו המרכזית הייתה כי הכיבוש הממושך של ישראל בשטחים הופך את מעמדה הבינלאומי ממעמד של כובש למעמד של נאמן, אנלוגי לזה של משטרי הנאמנות והמנדט של חבר הלאומים. עמדה זו של גרסון נדחתה על ידי רוב חוקרי המשפט הבינלאומי.¹¹⁷ באחרונה טענו בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי כי בכל משטר של כיבוש יש יסוד של נאמנות, במובן זה שהכובש חב חובת נאמנות לתושבי השטח, אף שהוא אינו מייצגם.¹¹⁸ אכן למשטר כיבוש יש יסוד של נאמנות, אך נראה לי כי בית המשפט העליון תפס בעיקר את תפקידו שלו כמונחה על ידי חובת נאמנות מסוימת – ייצוגית – כלפי התושבים הפלסטינים של השטחים. בהכירו באורכו של הכיבוש, ובצורך ליצור מערכת של "מגילת זכויות" לתושבים הפלסטינים, נקט בית המשפט דרך של הכרה משתמעת בשורה של זכויות, בעיקרן פרוצדורליות. להלן אנסה להסביר את הדרך שבה פעל בית המשפט. אפתח בהצגת מעמדו של בית המשפט כשותף זוטר של המחוקק, ואראה כיצד יצק בית המשפט תוכן למעמד זה באמצעות קידום זכות הייצוג של הפלסטינים.

ב.2. הפתרון: בית המשפט כשותף זוטר

בספרו שופט בחברה דמוקרטית ובמאמר שהתפרסם בכתב העת *Harvard Law Review*¹¹⁹ הציג נשיא בית המשפט העליון לשעבר אהרן ברק מודל כוללני לקשר הראוי בין השופט לרשות המחוקקת: מודל השותפות הבלתי שווה.¹²⁰ השופט ברק מציע מודל זה להגדרת תפקידו של בית המשפט בדמוקרטיה החוקתית, לעומת תפקידה של הכנסת. לדבריו של ברק, ברור לכול כי בית המשפט אינו שווה במעמדו לכנסת בחקיקת חוקים, אך הוא שותף לתהליך הדמוקרטי. שותפות זו היא בלתי שווה היות שיש בה שותף בכיר (הכנסת) ושותף זוטר (בית המשפט).¹²¹ שותפות

116 ראו: Allan Gerson *Israel, the West Bank and International Law* (1978) 78.

117 ראו: Adam Roberts "Prolonged Military Occupation: The Israeli Occupied Territories" *Am. J. Int'l L.* (1990) 44 since 1967.

118 ראו: Ben-Naftali, Gross & Michaeli, *supra* note 107, at pp. 125–129.

119 ברק, לעיל הערה 13, בע' 375 ואילך.

120 ברק איננו, כמובן הראשון שהציע מודל זה. במשפט הישראלי הוצג המודל על ידי השופט אגרנט כבר בראשית ימיו של בית המשפט העליון. ראו שמעון אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד) 233.

121 ברק, לעיל הערה 13, בע' 375.

זו מורכבת לדבריו משני יסודות: גישור על הפער שבין החברה למשפט;¹²² והגנה על הדמוקרטיה.¹²³ יסודות אלו מושגים בפועל באמצעות שורת פעולות פחות או יותר מסורתיות של בית המשפט: ביקורת על החקיקה באמצעות החוקה, ביקורת מינהלית על הרשות המבצעת, המילה האחרונה בתחום המותר והאסור, ומודל הסבירות. אם בזאת היה מסתכם השימוש במודל השותפות הבלתי שווה, דומה כי לא היה מקום לייחס לו חשיבות יתרה, אלא שבין השורות ניכרת הרגשה שברק מבקש ליצוק אל תוך המודל תוכן רחב יותר. דומה, כי אין מדובר אך ורק בהגדרה אחרת לתפקידים המסורתיים המקובלים, אלא בניסיון לפתח מודל חליפי למודל המקובל ביותר של בית המשפט כסוכן או כשליח של הרשות המחוקקת.¹²⁴ דחיית מודל השולח-שלוח מובילה כמדומה להגדרת תפקידים רחבה הרבה יותר מזו הקיימת, או לפחות יוצקת משמעות חדשה לפעילותו של בית המשפט.

מהו בדיוק תפקידו של בית המשפט בשותפות זו? הנשיא ברק מציע להגדיר את תפקידי השותף הזוטר כגישור בין החברה למשפט, וכשמירה על ערכי הדמוקרטיה. בהמשך פרק זה אנסה להראות כי אכן בית המשפט מנסה לפתח את תפקידו כשותף זוטר במערכת הפוליטית. ניתן להציע שני עקרונות להבהרת תפקידו של בית המשפט העליון בהקשר של המשפט הבינלאומי בשטחים: (א) בית המשפט מבסס את התערבותו על העיקרון הקלאסי של הבטחת זכות הייצוג של המיעוט במערכת קבלת ההחלטות של מדינת ישראל; (ב) בית המשפט העליון רואה בעתירותיהם של תושבי השטחים כלי לקליטת המשפט הבינלאומי אל תוך המשפט הישראלי. אטען כי בשנים הראשונות של הכיבוש ראה בית המשפט העליון את תפקידו בעיקר בתחום הבטחת זכות הייצוג – נקרא לתפקיד זה "המודל הייצוגי". בשנים האחרונות, משירד הצורך בייצוג, העלה בית המשפט העליון את תפקידו השני – אכנה אותו בשם "מודל התיווך".

ב.2.1) בית המשפט העליון כמבטיח את זכות הייצוג למיעוט בלתי מיוצג התערבות בית המשפט בפעולות הממשלה על סמך עקרונות המשפט הבינלאומי מעוררת בעיות דומות לבעיות שמעוררת סמכותו של בית המשפט לבטל חוק על סמך חוקה. אכן, כפי שהסברנו לעיל, הטיעון המרכזי נגד סמכותו של בית המשפט העליון לבטל חוקים הוא הטיעון האנטי-רובני. אבקש להתמקד בפתרון אחד שניתן לטיעון האנטי-רובני: זה של ג'ון הארט אילי (John Hart Ely).¹²⁵

לשיטת אילי, מאז הערת השוליים הידועה בפסק הדין: *United States v. Carolene*

122 שם, בע' 55-76, 375.

123 שם, בע' 85-87, 375.

124 לדחיית מודל השליחות אצל ברק ראו שם, בע' 375-376.

125 ראו: John Hart Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., 1980).

*Products Co.*¹²⁶ תפקיד בית המשפט העליון בארצות הברית הוא לאפשר לקבוצות המקופחות בחברה האמריקנית גישה אל המערכת הפוליטית.¹²⁷ הזכות לחופש ביטוי, להימנעות ממצר, לשוויון, כולן נאכפות על ידי בית המשפט כדי לאפשר דמוקרטיה אמיתית יותר. בלא זכויות אלו, אין לקבוצות המיעוט גישה למערכת הפוליטית. בלא גישה למערכת הפוליטית, אין סיכוי שקבוצות המיעוט יזכו להשפעה כלשהי על תהליך קבלת ההחלטות, ובלא השפעה על תהליך קבלת ההחלטות של קבוצות המיעוט, לא ניתן לומר כי יש דמוקרטיה.

תפקידו של בית המשפט אפוא אינו מתמקד בהבטחת זכויות מהותיות, אלא בהבטחת הזכות הפרוצדורלית של גישה למערכת.¹²⁸ ההצדקה להתערבות בית המשפט בהחלטות שהתקבלו על ידי הרוב נהפכת לפשוטה יותר. בית המשפט זכאי לקבל החלטות הנוגדות את עמדת הרוב, על סמך עקרונות חוקתיים, היות שהזכויות שבחוקה מבטיחות שהחלטת הרוב תהיה אכן החלטה דמוקרטית. בלא זכויות אלו, ייתכן שחברי המיעוט לא יזכו להשפעה פוליטית כלשהי. הסבר זה מעניק פירוש שונה למעמדו של בית המשפט העליון מול המחוקק. בית המשפט הוא "שותף" בתהליך החקיקה ובדיון הציבורי בכך שהוא תומך בזכות הייצוג של קבוצות שאינן זוכות לייצוג זה אצל המוסדות הקובעים את חיייהם. תפקידו העיקרי של בית המשפט, על פי גישה זו, הוא למנוע קבלת החלטה בלא שהמוסד המכריע יביא בחשבון את קולו של המושפע מההחלטה.

ניתן, אם כן, לראות את בית המשפט כצינור להשמעת קולם של תושבי השטחים. השמעת קול זו מתבצעת בשני מישורים. המישור הראשון הוא מישור הציבוריות הישראלית. כחלק מהפרדוקס המובנה של הפוליטיקה של השטחים, תושבי השטחים גרו בשטח שמבחינות רבות היווה חלק ממדינת ישראל, אך לא זכו לזכויות הפוליטיות הנגזרות מכך. בפועל, לא היה לתושבי השטחים כל מקום להשמיע בו את קולם בשיח הפוליטי הישראלי, מלבד פנייה לבית המשפט העליון.¹²⁹ כמה מההחלטות של בית המשפט נועדו במובהק להביא לידי כך שקולם של הפלסטינים תושבי השטחים יוכל להישמע, ושתהיה להם ולו היכולת המינימלית להשפיע על מערכת קבלת ההחלטות בישראל.¹³⁰

126 304 US 144, 152–153 n.4 (1938): "Nor need we inquire whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry"

Ely, *supra* note 125, at pp. 73–104

127

Id.

129 המקום הבולט ביותר שבו הופיע פרדוקס זה היה מזרח ירושלים. שטח זה "סופח" למדינת ישראל בחקיקה מפורשת, ולתושביו ניתן מעמד של תושבות קבע. תיאורטית יכול מעמד זה להביא לידי אזרחות ישראלית, אך מעטים מאוד מתושבי מזרח ירושלים סיימו בהצלחה את מסלול המכשולים המזכה בזכות בחירה לכנסת ישראל.

130 היות שמדובר כאן בהגנה על זכויות היסוד, אין כל סיבה להניח שצורת הגנה זו של בית

המערכת השנייה שיכולה וצריכה להתחשב בתושבי השטחים היא מערכת קבלת ההחלטות המשפיעות על חייהם. אלו הם המינהל האזרחי והמפקדים הצבאיים המנהלים את חיי התושבים, פרקליטות המדינה ומשרד המשפטים המפקחים על מערכת מינהלית זו, והממשלה הקובעת את המדיניות הכללית כלפי תושבי השטחים. אצל כל אלה צריכים בתי המשפט להבטיח כי קולם של תושבי השטחים יישמע. היות שלתושבי השטחים אין ייצוג בכנסת, אין כל סיבה להניח שהחוק המהותי הישראלי יתמוך בעמדתם. החוקים המהותיים היחידים התומכים בדרך כלל בעמדת הפלסטינים לקוחים מהמשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש, אשר מעצם מהותו מגביל את ריבונותו של הכובש כלפי תושבי השטח הכבוש. ממילא ברור כי כדי לאפשר לתושבי השטחים טיעון בבית המשפט העליון, יש צורך לבסס את זכותם על המשפט הבינלאומי. שוב – אין הדבר מחייב פסיקה לטובתם, או אפילו פסיקה על פי המשפט הבינלאומי. כדי לאפשר להם גישה "דיונית" למערכת קבלת ההחלטות, קיים הצורך לאפשר להם לטעון מכוח המשפט הבינלאומי, וזאת עשה בית המשפט העליון. יישום המשפט הבינלאומי בשטחים משמעותו הלכה למעשה היא הרחבת זכויותיהם של התושבים בשטחים שאינם אזרחי ישראל. המשפט הבינלאומי משמש בסיס לעתירה נגד פעולה של ישראל השוללת ממי שאינם תושבי ישראל זכות כלשהי המובטחת על ידי המשפט הבינלאומי.¹³¹ המשפט הבינלאומי אינו נטען בצורה ניטרלית. זהו כלי פוליטי בידי תושבי השטחים הפלסטיניים להבאת עמדתם אל הדין ואל הממשל הישראלי. ניתוח פעולות בית המשפט במנותק ממאפיין פוליטי זה מתעלם מהמציאות המשפטית שהתהוותה בישראל. תושבי השטחים, שאינם אזרחי ישראל, חסרי כל השפעה על ההליך הדמוקרטי במדינה. הדרך היחידה שבה הם יכולים להביע את עמדתם היא באמצעות השימוש בבית המשפט העליון בטענות מכוח המשפט הבינלאומי. בית המשפט העליון, כאמור, אינו יכול ואינו רוצה לכפות על הממשלה את המשפט הבינלאומי. במקום מהלך ישיר זה הוא מבסס את זכות הגישה והביטוי של העותרים תושבי השטחים, הבאים לבית המשפט מכוחו של המשפט הבינלאומי. התערבות ישירה יותר תעמיד את בית המשפט לפני הקושי הרובני שתיארנו ביישום המשפט הבינלאומי.

ב.2. (2) בית המשפט וההגנה על זכות הייצוג

במהלך שנות השמונים ראה עצמו בית המשפט, לדעתי, בעיקר כמגן על זכותם של הפרטים להגיע אל השלטונות הרלוונטיים, ולנסות להשפיע עליהם. בית המשפט

המשפט תותקף גם על ידי מי שמצדדים בהגבלת האקטיביזם השיפוטי. ראו, למשל, רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"צ: מבט ביקורתי" בתוך: אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"צ בחברה הישראלית (תש"ס) 112.

131 לרוב היו אלו התושבים הפלסטינים של השטחים. במספר מועט של מקרים נטען החוק הבינלאומי על ידי אחרים.

לא הקפיד על יישום זכויות מהותיות. ההתעלמות מהזכויות המהותיות מובנת על רקע הקושי הכללי של בית המשפט לכפות נורמות על המערכת, כפי שתיארת לעיל. התוצאה הייתה שבית המשפט יצר הפרדה ברורה בין הנעשה בתוך מדינת ישראל לבין הנעשה בשטחים. בעיני בית המשפט העליון, נחשבו השטחים למקום שבו חל משטר משפטי שונה. על אף ראיות מציאותיות ברורות שעל פיהן הגבול בין השטחים לבין ישראל הולך ומיטשטש, הקפיד בית המשפט העליון להיצמד לפיקציה המשפטית שעל פיה השטחים מופרדים ממדינת ישראל.¹³² בנסיבות אלו, התמקד בית המשפט לאו דווקא בחיזוקן של זכויות מהותיות, אלא בחיזוק זכות הגישה של התושבים הפלסטינים אל המערכת הישראלית. חיזוק זכות הגישה הוא התשתית הדומיננטית המסבירה את דרך הפעולה של בית המשפט העליון.

ב.3. דוגמאות לדרך שנקט בית המשפט העליון

דומה כי בשורה של החלטות אכן פעל בית המשפט העליון למען קבלתן של נורמות שיאפשרו לפלסטינים ייצוג בתוך המערכת הישראלית:

ב.3.1) כללים פרוצדורליים

הסרת מחסומים – עותר פלסטיני, המבקש לטעון את טענותיו בבג"ץ, עלול להיתקל במחסומים פרוצדורליים רבים שימנעו ממנו להעלות את טענותיו. הבולטים שבהם הם מחסומי הסמכות, השפיטות וזכות העמידה. בית המשפט ביטל כמעט לחלוטין מחסומים אלו ולא מנע, באמצעים פרוצדורליים-טכניים, מעותרים פלסטינים לעתור לבית המשפט העליון.

כפי שתיארת בראשית מאמר זה,¹³³ כבר מאז הגשת העתירות הראשונות הסתמך בית המשפט העליון על עמדת המדינה שלא התנגדה להרחבת סמכותו לדון גם בעתירות מהשטחים. בית המשפט כמעט לא קיבל טענות מתחום השפיטות המוסדית הנפוצות בבתי משפט בעולם.

מהלך חשוב נוסף של בית המשפט העליון, שתרום לאפשרות של פלסטינים להעלות טענות בבג"ץ, הוא הביטול הכללי של מגבלות זכות העמידה בבג"ץ. בשורה של פסקי דין מראשית שנות השמונים ואילך ביטל בית המשפט העליון כמעט לחלוטין את מגבלת זכות העמידה בעתירות לבג"ץ.¹³⁴ התוצאה של פסקי דין אלו

132 ראו עניין אבו עיטה, לעיל הערה 19; עניין ג'מעית אסכאן, לעיל הערה 31; איל בנבנשתי "נגרש ונשמע" משפט וממשל א (תשנ"ג) 441.

133 לעיל טקסט נלווה להערה 21 ואילך.

134 ראו, למשל, בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429 (1980); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988); בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1 (1987); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990). לניתוח זכות העמידה המסורתית והשינוי, ולביקורת על השינוי ראו: יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של

היא צמיחתם של ארגונים המבססים את עיקר פעילותם על הגשת עתירות ציבוריות לבג"ץ.¹³⁵ עותרים ציבוריים אלו מסוגלים להעלות לדיון נושאים עקרוניים ברמה גבוהה, תוך שימוש בזיכרון המוסדי שלהם, והתארגנות המאפשרת להביא בפני בית המשפט את מגוון העמדות. התפתחות חשובה זו לא פסחה אף על הארגונים העוסקים בזכויות הפלסטינים. ארגונים רבים, אשר חלק ניכר מפעולתם מוקדש לפנייה לבג"ץ, מבקשים לשמור על זכויות הפלסטינים.¹³⁶ בנוסף, מעולם לא עלה בבג"ץ טיעון שלפלסטינים, שאינם תושבי מדינת ישראל, אין זכות עמידה בבג"ץ כלל.

ביטול זכות העמידה הפך, אם כן, את הזכות לעתור לבג"ץ מזכות תיאורטית, השמורה לבעלי ממון וידע, לזכות הנתונה לכל ארגון ציבורי. טווח הנושאים שהגיע לבית המשפט העליון נהפך לרחב יותר, וממילא גם טווח העותרים גדל.

יצירת ועדות הערר – כפי שמציין קרצמר, בית המשפט השקיע מאמץ רב בהבטחת זכות הטיעון של תושבי השטחים בפני ועדות ערר בנושאים של הריסת בתים וגירוש. ועדות הערר משמשות בכמה תפקידים. הן מהוות כלי למתן זכות להליך הוגן למי שזכויותיו עתידות להיפגע.¹³⁷ הן גם מהוות מערכת פנימית היכולה לבקר את החלטות המערכת ולמנוע טעויות בזיהוי או שגיאות בהערכת המצב.¹³⁸ לוועדות הערר יש תפקיד נוסף – הן יכולות ליצור עבור בית המשפט תשתית משפטית וציבורית שעל פיה יוכל להעריך את חומרת ההחלטות בעתירות המגיעות אליו ואת חריגותן. ועדות הערר, אם כן, אינן רק מכשיר להבטחת הליך הוגן. הן גם מהוות פורום לכירור עמדות משפטיות ומעשיות של אנשי הביטחון ושל האוכלוסייה כלפי הגוף המבוקר. במצב האידיאלי ייתן בית המשפט יד חופשית לגופים אלו לקבל החלטות, עד שבסיכומו של דבר ייווצר קורפוס של החלטות שיוכל לתת לבית המשפט העליון מושג על העמדה המקצועית במקרים אלה.

זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח (תשס"ו) 499. לדעתו של שגב הסרת מחסומי זכות העמידה הביאו לידי מתן כוח רב מדי לבית המשפט העליון על חשבון המוסדות הנבחרים. ייתכן ששגב צודק בנוגע לאירועים שאירעו בתוך מדינת ישראל, אך בוודאי בכל הנוגע לפלסטינים, שלהם אין שום אפשרות להשתתף במשחק הדמוקרטי הישראלי, לא הייתה כל אפשרות לתת להם "קול" במערכת הפוליטית הישראלית אלא על ידי בג"ץ.

135 כן, למשל, התנועה לאיכות השלטון ובהקשר של השטחים – האגודה לזכויות האזרח, המבססות את פעילותן על פניות לבג"ץ.

136 התנועה לזכויות האזרח, למשל, הגישה כמה עתירות ידועות ובהן העתירה נגד גירוש פעילי החמאס, בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח); כך גם הוועד הציבורי נגד עינויים, בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים).

137 בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529 (1989); ראו גם בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 127 (1980): "...שנית והוא עיקר: אם סבורים הממונים על הביטחון, שיש או ייתכנו נסיבות, אשר בהן מן ההכרח לבצע צווי גירוש ללא מתן הזדמנות למגורשים לפנות לוועדה תחילה, ילכו נא אל המחוקק וינסו לשכנעו שיש צורך בתיקון החוק".

138 עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל, לעיל הערה 136, בע' 287.

ב.3.2) כללים מהותיים

הדיונים שהתנהלו במהלך השנים בשאלת פרשנותה של אמנת ז'נבה הרביעית מתאימים למודל הייצוג שהצגנו לעיל. מצד אחד, בית המשפט היה מוכן לדון בהרחבה בפרשנותה של אמנת ז'נבה הרביעית, וזאת אף שפרקליטי המדינה התנגדו לכך בכמה הזדמנויות, ועל אף הבסיס המשפטי הרעוע להחלטה של האמנה. מצד אחר – בית המשפט כמעט מעולם לא הפך החלטה של הממשלה בהתבסס על אמנת ז'נבה הרביעית. תמיד בחר בית המשפט לפרש את אמנת ז'נבה הרביעית ואת תקנות האג כתומכות בעמדת הממשלה, גם כאשר כדי להגיע למסקנה זו נדרש בית המשפט לפרשנות יצירתית ביותר.

ברור, אם כן, שבית המשפט הדגיש בעיקר את שאלת הייצוג. שאלת הפרשנות של המשפט הבינלאומי עלתה בדיון בבית המשפט כשאלה משנית. כמה טעמים למדיניות זו של בית המשפט. ראשית, אם בית המשפט הוא שותפו הזוטר של המחוקק, הרי אין הוא אוכף על המחוקק במקום שזה העדיף שלא לחוקק או להתעלם, מטעמים שהם בחלקם מדיניים. תפקידו המוגבל של השותף הזוטר נתפס לכל היותר כהצעה למחוקק, כיצד הוא יכול לכלכל את צעדיו, ולאילו קבוצות לתת ייצוג במהלך תהליך קבלת ההחלטות. הצעה זו לא כללה כל כפייה של המשפט הבינלאומי, אלא העלאתו לדיון בלבד. שנית, ואולי חשוב יותר, שימוש נרחב במשפט הבינלאומי עלול לפגום בפועל בהגנה על העותרים הפלסטינים הספציפיים. שטף של פסיקות עקרוניות הפוסלות את החלטות הממשלה היה יכול להביא לידי כרסום בסמכויותיו של בית המשפט העליון. התגובה הפוליטית על פעולה כזו של בית המשפט העליון הייתה עלולה להיות חמורה ביותר.¹³⁹ לפיכך העדיף בית המשפט העליון להותיר את עיקר ההתייחסות למימוש העיקרון הראשון – הן באמצעות פסיקות המחזקות את זכות הגישה, הן באמצעות בלימת ה"עקרוניות" של הפסיקות, והקפדה על תמיכה בעמדת הממשלה.

התנחלויות – בית המשפט העליון סירב כמעט תמיד לדון בשאלת החוקיות של ההתנחלויות. פעם אחת אסר בית המשפט את הקמתה של התנחלות על שטח פרטי,¹⁴⁰ וביתר פסקי הדין קבע כי השאלה העקרונית של ההתנחלות היא שאלה של מדיניות, שאין בית המשפט דן בה.¹⁴¹ נראה כי בית המשפט נמנע מלבחון את החוקיות לא מכיוון שחשש להיכנס למחלוקת פוליטית, ולא בשל החשש הביטחוני,¹⁴² אלא דווקא מכיוון

139 בית המשפט נכווה מעט מתגובה ציבורית כזו במספר מצומצם של מקרים. כך, למשל, בתגובות הנזעמות על החלטתו של בית המשפט בעניין דויקאט, לעיל הערה 28, אשר בעקבותיהן נאלץ ראש הממשלה מנחם בגין לצאת להגנת בית המשפט. ראו זרטל ואלדר, לעיל הערה 3.

140 עניין דויקאט, שם.

141 ראו, למשל, בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).

142 כבר מלכתחילה היה ברור כי הטעם הביטחוני להתנחלויות הוא זניח אלדר וזרטל, לעיל בהערה 3, בע' 453–455.

שהעריך שממילא המחלוקת הפוליטית בעניין זה משקפת את מכלול העמדות, וזאת לאחר שנערך בעניין זה דיון ציבורי רחב היקף.¹⁴³ תפקידו של בית המשפט העליון להעלות סוגיות לדיון ציבורי אינו תקף בסוגיית ההתנחלויות – שכבר נידון רבות, וזאת אף שההתנחלויות הן אחת ההפרות החמורות של המשפט הבינלאומי בתחום דיני הכיבוש שמבצעת ישראל.

גירוש והריסת בתים – במשך שנים רבות בחר בית המשפט העליון שלא לאסור גירוש והריסת בתים כפעולת ענישה מרתיעה, וזאת אף שנטען לפניו פעמים רבות כי הגירוש והריסת הבתים עצמם הם פעולות אסורות על פי המשפט הבינלאומי.¹⁴⁴ אך עניין הגירוש חשף אולי יותר מכול את חולשתן של ההגנות הפרוצדורליות שהעניק בית המשפט העליון. בבג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון¹⁴⁵ הידוע בעניין מגורשי החמאס קבע בית המשפט כי את השימוע הדרוש ניתן לבצע אף לאחר הגירוש עצמו,¹⁴⁶ כלומר ההגנה הפרוצדורלית היא אכן זכות שימוע בלבד, והיא איננה יכולה לעכב את הפעילות המהותית עצמה. פסק הדין הביא עד אבסורד את החלוקה בין הגנות פרוצדורליות למהותיות. אני סבור כי פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח הוא "קו פרשת המים" המסיים את התקופה הראשונה של פסיקות בית המשפט העליון, ומתחיל את התקופה השנייה. אמנם בגלל אירועים מדיניים ומשפטיים שנתייחס אליהם בהמשך עוכבה התפתחות השלב השני בפסיקה; אך בהחלט ניתן לומר כי פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח הוא שיאה של ההגנה הפרוצדורלית, וגם תחילת נפילתה. מכאן ואילך החל בית המשפט העליון להטות אוזן קשבת יותר לטענות שדיון שאיננו עוסק במהות האיסורים, אינו יכול לספק כמעט שום הגנה לתושבים הפלסטינים. מכאן ואילך התברר כי בית המשפט הולך ומאבד את נכונותו להסתפק בהגנות פרוצדורליות, ומכאן ואילך הוא עומד לדון בפן המהותי של המשפט הבינלאומי. דיון בכך ייערך בחלק הבא של המאמר.

ב.4. הערכת פעילותו של בית המשפט העליון

על גישתו של בית המשפט העליון, שנמנע ככל האפשר מהתנגשות עם המוסדות הפוליטיים בנוגע למדיניות שנקטו בשטחים, מתחו רבים ביקורת. חלק מהביקורת

143 על הדיון הציבורי לפני פסקי הדין בעניין ההתנחלויות ואחריהם ראו משה נגבי כבלים של צדק (תשמ"ב).

144 ראו: 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.* (1990) 1195; Simon, *supra* note 60; Yoram Dinstein "The Israel Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Demolitions and the Sealing off of Houses" 29 *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (2000) 285

145 לעיל הערה 136.

146 שם, בע' 289.

נסבה על כך שבית המשפט אינו אוכף את המשפט הבינלאומי.¹⁴⁷ חלק אחר התמקד בהבדלים בין ההגנה המהותית על זכויות האדם שבית המשפט נתן בשנים אלו בתוך תחומי הקו הירוק, לבין ההגנה הפחותה שנתן מחוץ לו.¹⁴⁸ אחרים התמקדו בכך שפסיקתו של בית המשפט העליון העניקה לגיטימציה לשלטונה של ישראל בשטחים, ולמעשה האריכה את הכיבוש.¹⁴⁹

לדעתי, הביקורת האמורה מחטיאה במידה רבה את המטרה. בעוולות הכיבוש, אם היו כאלה, אשמה מדינת ישראל, ולא בית המשפט העליון שלה. ניקוי המצפון הציבורי באמצעות הטחת ביקורת בבית המשפט העליון אינה אלא הימלטות מהאחריות הקולקטיבית שיש לממשלות ישראל מ-1967 ועד היום למצב זכויות האדם בשטחים. בלא קשר לשאלה, מהי "העמדה המשפטית הנכונה", את תפקודו של בית המשפט העליון יש לבחון על רקע התפקיד שנחצב לו במערכת הפוליטית הישראלית, ועל רקע התפקיד שהוא ייעד לעצמו. תפקיד זה, כפי שציננו, היה מוגבל למתן זכות הייצוג והטיעון לפלסטינים בתוך המערכת הפוליטית הישראלית.

כאמור, כמה מהמבקרים של בית המשפט העליון סבורים כי היישום המוגבל של המשפט הבינלאומי גרם להארכת הכיבוש,¹⁵⁰ וזאת משני טעמים. ראשית, כך הטענה, הציבור הפלסטיני הצליח להשיג כמה הישגים מינוריים בבית המשפט העליון, ובכך עוכבה ההתגבשות שלו לכלל קבוצה העומדת על זכויותיה הפוליטיות. שנית, הציבוריות הישראלית סברה כי הכיבוש הינו כיבוש נאור, והניחה כי אם לא כן, בית המשפט העליון היה מתערב אף יותר מכפי שעשה.

טענה זו, על שני פניה, נראית לי בכל הכבוד בעייתית. אשר לפלסטינים, ברור כי הם לא התקוממו על פי התקדמות מערכת השיפוט הישראלית. להפך – האינתיפאדה הראשונה החלה דווקא בשעה שבית המשפט העליון החל לקבל כמה החלטות התומכות בזכויות הפלסטינים, ומכל מקום אין שום הוכחה לקשר בין הקלת חייהם של הפלסטינים, שהושגה בבית המשפט, לבין הארכת הכיבוש. טענה שכזו מגמדת שאיפות לאומיות של קבוצה אתנית לכלל שורה של בעיות פרטיות המסתכמות בהתפרצות. טענה זו מתעלמת לחלוטין מההתפתחות הלאומית הפלסטינית לאורך השנים, שהחלטותיו של בית המשפט הישראלי מילאו בה תפקיד קטן ביותר, אם בכלל.

אשר לציבור הישראלי, ניתן לטעון באותה רמה של סבירות שהתפקיד שמילא בית המשפט העליון הוא מנוגד לזה שתיארו מבקריו. דווקא מתן זכות הגישה לפלסטינים אל ערכאות שיפוטיות ישראליות היוותה "תרגום" של תלונות כלליות ובלתי ידועות

147 ראו: Kretzmer, *supra* note 7.

148 ליאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק בשטחים" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 757–809.

149 Shamir, *supra* note 63.

150 ראו: Kretzmer, *supra* note 7.

של הפלסטינים לכלל תמונה ברורה של עוולות הכיבוש, תמונה שחלקים מהציבור הישראלי לא היו יכולים להתעלם ממנה. שטף העתירות של הפלסטינים הביא לידי כך שהם הצליחו להשמיע את קולם במערכת הישראלית. פתיחת שערי בית המשפט העליון עודדה פעילות של ארגונים לזכויות אדם, כגון בצלם, לחקור ולבדוק את עוולות הכיבוש. ייתכן שהמגבלות שהטיל בג"ץ על פעילות הצבא הביאו את המערכת הפוליטית לידי הכרה שהפתרון הינו פתרון מדיני ולא פתרון צבאי. אינני יודע אם ההנחות שפורטו לעיל נכונות, אך הן סבירות לא פחות, כנראה יותר, מאלו הטוענות שבית המשפט תרם להארכת הכיבוש.

ג. מודל התיווך – עמדתו של בית המשפט בנוגע למעשי צה"ל לאחר הסכמי אוסלו והאינתיפאדה

ג.1. פסיקת בית המשפט העליון לאחר אמצע שנות התשעים

רבים טוענים כי בשנים האחרונות חלו שינויים מרחיקי לכת בפסיקתו של בית המשפט העליון בנוגע למשפט הבינלאומי. דפנה ברק-ארז, במאמר שהתפרסם באחרונה, אף כינתה שינויים אלו "מהפכה" בהתייחסות בית המשפט למשפט הבינלאומי.¹⁵¹ האם אכן יש שינוי בפסיקה של בית המשפט העליון? האם יש בניתוח שהצענו לעיל לפסיקת בית המשפט העליון כדי להסביר את השינויים בפסיקתו?

ג.1.1 (1) הפסיקות החדשות של בית המשפט העליון

בשנים האחרונות יצאו תחת ידיו של בית המשפט העליון פסקי דין רבים אשר מהם עולה כי המשפט הבינלאומי הפומבי הולך ותופס מקום מרכזי הרבה יותר בשיטת המשפט הישראלית. במקום אחר הארכתי בניתוח פסקי דין חדשים אלו.¹⁵² כאן אסתפק באזכור קצר שלהם.

פסק דין אחד שהיה מעין סנונית המבשרת את בוא עונת השינויים הוא פסק הדין בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עיניים נ' ממשלת ישראל,¹⁵³ שבו קבע בית המשפט כי חל איסור על חוקרי שירות הביטחון הכללי להפעיל כוח ושיטות חקירה אחרות כגון קשירה ארוכה או מניעת שינה בחקירת חשודים במעשי טרור. לאמיתו של דבר, המשפט הבינלאומי תופס בעניין הוועד הציבורי נגד עיניים מקום משני יחסית, אך בלא ספק זו הייתה אחת מהפסיקות הראשונות שבהן הגביל בית המשפט בפועל

151 Barak-Erez, *supra* note 10, at p. 629.

152 עמיחי כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי ערבי: מבט מן המשפט הבינלאומי" קריית המשפט ו (תשס"ו) 263.

153 לעיל הערה 136.

את פעילות המדינה במסגרת המאבק הישראלי-פלסטיני, ולא בצורה פרוצדורלית בלבד.

פסק דין המסמל את השינוי בשימוש במשפט הבינלאומי הוא פסק הדין בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית.¹⁵⁴ בעניין עג'ורי עבר המשפט הבינלאומי, ובעיקר אמנת ז'נבה הרביעית, אל קדמת הדיון בבית המשפט, ובית המשפט יישם אותם והגביל את פעילות הצבא באופן מהותי. בעניין עג'ורי הגביל בג"ץ במידה ניכרת את האפשרות של הצבא להשתמש בכלי של "תיחום מקום מגורים",¹⁵⁵ ובפועל נראה שבית המשפט אף הפך במשתמע את פסק הדין בעניין עפו,¹⁵⁶ באופן שגירוש כבר אינו כלי בארסנל הסנקציות העומדות לרשות הצבא.

מאז ההחלטה בעניין עג'ורי נתן בית המשפט העליון עוד כמה פסיקות שבהן המשפט הבינלאומי שימש כתשתית להגבלות מהותיות על מדיניות ישראל בשטחים. הדוגמאות הבולטות ביותר הן סדרת פסקי הדין בעניין גדר ההפרדה, ובעיקר בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל,¹⁵⁷ ובג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל,¹⁵⁸ שבהם קבע הנשיא ברק מבחן של איזון ומידתיות בין צורכי הביטחון של מדינת ישראל לבין זכויות התושבים הפלסטינים, ועשה שימוש נרחב במשפט ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם. התוצאה של פסקי הדין הללו הייתה שינויים ניכרים בתוואי גדר ההפרדה שנכפו על המדינה בידי בית המשפט העליון.

בנוסף לפסקי הדין הללו יש עוד כמה פסקי דין צנועים יותר שבהם עשה בית המשפט העליון שימוש במשפט הבינלאומי ההומניטרי. למשל, בבג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה,¹⁵⁹ שעסק בפעולת צה"ל ברפיח, התערב בית המשפט העליון בנעשה בעת שהכוחות הלוחמים נמצאו בשטח, וכפה על צה"ל לספק לתושבים צרכים בסיסיים על פי הוראות אמנת ז'נבה הרביעית. בבג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל¹⁶⁰ קבע בית המשפט העליון כי השימוש באזרחים ("נוהל שכן") כדי להזהיר מבוקשים ולבקש מהם לצאת מביתם אסור בכל מקרה, גם אם האזרח מסכים לבצע את המטלה.

154 פ"ד נו(6) 352 (2002) (להלן: עניין עג'ורי).

155 סעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית מתיר להגביל את מקום מגוריו של אדם מטעמי ביטחון. הצבא ניסה להשתמש בכלי זה כדי להעביר אנשים מביתם שבשומרון לרצועת עזה – פעולה שניתן אולי להשוותה לגירוש. בית המשפט הטיל מגבלות חמורות ביותר על השימוש בסנקציה זו, וקבע כי היא מותרת רק אם יש הוכחות ברורות למעורבות אישית של האזרח במעשי טרור.

156 עניין עפו, לעיל הערה 52. כזכור, עניין עפו הוא אחת הדוגמאות המרכזיות לכך שבית המשפט לא החיל את המשפט הבינלאומי המהותי בתקופה הראשונה.

157 פ"ד נח(5) 807 (2004) (להלן: עניין בית סוריק).

158 תק-על 2005(3) 3333 (2005) (להלן: עניין מראעבה) שעסק בתוואי הגדר באזור אלפי מנשה.

159 פ"ד נח(5) 385 (להלן: עניין רופאים לזכויות אדם).

160 טרם פורסם (2005) (להלן: עניין עדאלה).

לסיכום ניתן לומר כי בית המשפט אכן מחשיב מאוד כללים מהותיים מן המשפט הבינלאומי בכמה מפסיקותיו בשנים האחרונות.

ג.1.2) האם אכן היה שינוי?

יש הטוענים כי מדיניותו של בית המשפט העליון מושפעת משיקולים טקטיים, וכי בפועל לא היה כל שינוי אמיתי בגישתו של בית המשפט העליון. כך, למשל, ביקרו ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי את החלת המשפט הבינלאומי בפסק הדין בעניין עג'ורי, וטענו כי למעשה הכשיר בית המשפט העליון את הליך תיחום מקום המגורים כתחליף לגירוש, וכי שניהם אינם חוקיים על פי המשפט הבינלאומי.¹⁶¹ בפסקי הדין העוסקים בגדר ההפרדה מדגישים המבקרים את העובדה שעצם בניית הגדר אושרה, לרבות הפקעת קרקעות בשטחים לצורך כך.

האמת, כרגיל, נמצאת במקום כלשהו באמצע. השינויים בפסיקת בית המשפט העליון היו פחות ממהפכה. בפועל, נראה כי בית המשפט התערב במספר תחומים מצומצם יחסית, אלא שהשימוש של בית המשפט העליון במשפט הבינלאומי שונה בכמה פרמטרים חשובים מהשימוש שנעשה במשפט הבינלאומי בתקופה שקדמה להם. את פעולתו של בית המשפט העליון בתקופה "החדשה" ניתן לשייך למודל שאכנה בשם "מודל התיווך". תחילה אסביר כמה מהטעמים שהביאו את בית המשפט העליון לאמץ מודל זה. אחר כך אפרט את מודל התיווך. לאחר מכן אראה כיצד פעולותיו של בית המשפט העליון משתלבות במודל זה.

התערבות זו היא בדרך כלל מהותית, ולא פרוצדורלית. ההסברים האמורים, הגם שבוודאי יש בהם אמת, אינם יכולים להבהיר מדוע, מצד אחד, שינה בית המשפט את מדיניותו והחל בהתערבות מהותית בפעולות ישראל ביהודה ושומרון, ומצד אחר נותרה התערבותו מוגבלת ומצומצמת יחסית. ההסבר שאציע יבהיר את השינויים שעברו על בית המשפט במהלך שנות התשעים, ואשר הביאו לידי שינוי מדיניותו כלפי יישומו של המשפט הבינלאומי. אטען כי השינוי המרכזי איננו במעבר לקבלה אוטומטית של המשפט הבינלאומי, אלא במעבר למודל של בית המשפט כמתווך בין המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי.

ג.2) ההפנמה ובית המשפט כמתווך בין המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי

תיארת לעיל את הבעיות הקשות שבית משפט לאומי המבקש ליישם נורמות בינלאומיות נתקל בהן. הצעתי לראות במתן זכות הייצוג לפלסטינים באמצעות שימוש בכלים פרוצדורליים מימוש מודל השותפות הבלתי שווה על ידי בית המשפט,

161 ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי "פרשת לך לך: בין אדם למקום – בעקבות בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ט (תשס"ד) 107.

אולם גישה זו הייתה מבוססת על כמה הנחות יסוד: ראשית, שייצוגם של הפלסטינים תושבי השטחים צריך להתנהל במסגרת המערכת הפוליטית הישראלית; שנית, שאין חשיבות עצמאית ליישומם של המשפט הבינלאומי; שלישית, שהכרעתו של בית המשפט העליון הישראלי בעניין פרשנותו הנכונה של המשפט הבינלאומי היא הכרעה סופית בנוגע לפעילות ממשלת ישראל; ואחרונה – שאכן מדינת ישראל בחרה שלא לאמץ נורמות מסוימות.

כל ארבע הנחות יסוד אלו התערערו במהלך שנות התשעים של המאה העשרים, וחייבו את בית המשפט לשנות את מדיניותו השיפוטית. להלן אפרוס את השינויים בהנחות היסוד, ולאחר מכן אנסה להראות כיצד התמודד בית המשפט עם שינויים אלו.

ג.2.1) הטעמים שגרמו לבית המשפט לשנות את גישתו

כמה שינויים בזירה המדינית והמשפטית הביאו את בית המשפט לשנות את גישתו. (1) הסכמי אוסלו – הסברנו הראשון להתנהגותו של בית המשפט העליון היה ההסבר הייצוגי. טענו כי בית המשפט העליון ראה עצמו כמייצג את תושבי השטחים שאין להם כל דרך אחרת להגיע אל השיח הפוליטי הישראלי. ברור כי מצב זה השתנה מן הקצה אל הקצה בעקבות הסכמי אוסלו ופריצת האינתיפאדה השנייה בשנת 2000. לא זה המקום להרחיב על מעמדם של הסכמי אוסלו ושל הרשות הפלסטינית מבחינת המשפט הבינלאומי והישראלי.¹⁶² העמדה הסבירה ביותר לניתוח עניינים אלה, וזו שעולה בקנה אחד עם המציאות בשטחים, תהיה להכיר בהסכמי אוסלו כבהסכמים בינלאומיים בין מדינה לגוף שאינו מדינה, הסכמים המוכרים במשפט הבינלאומי בתנאים מסוימים.¹⁶³ נראה כי יש לראות ברשות הפלסטינית עצמה שלטון אוטונומי מסוג מיוחד, שיש לו סמכויות מדיניות מכוח הסכם בינלאומי.¹⁶⁴ בעקבות הסכמים אלה ויתרה ישראל בפועל על חלק מהשליטה בשטחים, וממילא על אחריותה לנעשה בהם, ובשטחים שנותרו בשליטתה סביר לראות בה יותר כובש בתפיסה לא לוחמתית.¹⁶⁵ יהיה מעמדם של הסכמי אוסלו אשר יהיה, ויהיו מקורות התוקף של סמכויות הרשות

¹⁶² קיימות שתי שאלות עקרוניות בנוגע לעניינים אלו. האחת, האם הסכמי אוסלו הם הסכמים בינלאומיים, אף שלא נערכו בין שתי מדינות מוכרות במשפט הבינלאומי. השנייה, מהו מעמדה של הרשות הפלסטינית. במידה רבה, השאלות תלויות זו בזו, אף שאין הכרח לקשר בין שני הדברים.

¹⁶³ ראו: Geoffrey R. Watson *The Oslo Accords: International Law and the Israeli-Palestinian Peace Agreement* (Oxford, 2000).

¹⁶⁴ ראו: Eyal Benvenisti "Responsibility for the Protection of Human Rights Under the Interim Israeli-Palestinian Agreements" 28 *Isr. L. Rev.* (1994) 297; Fania Domb "The Gaza and Jericho Autonomy and Human Right" 25 *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (1995) 21.

¹⁶⁵ ראו: Yoram Dinstein "The International Legal Status of the West Bank and Gaza Strip" 28 *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (1998) 37; Michael J. Kelly "Non-Belligerent Occupation" 28 *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (1998) 17.

הפלסטינית אשר יהיו, נראה כי הקמתם שינתה את המצב הפוליטי באזור, שכן מה שהיה קודם לכן, כיבוש ארוך טווח שגרר לעתים ביקורת של בית המשפט, נהפך להימנעות המגובה בהסכמים משפטיים מהתערבות בעניינים הפנימיים של הרשות הפלסטינית, כל עוד זו פועלת לשמירה על ביטחונם של אזרחי ישראל בשטחים ובישראל גופא.

אי התערבות זו, שהיוותה את אחד היסודות החשובים, אם לא החשוב ביותר, להסכמי אוסלו ולהסכמי הביניים שבאו בעקבותיהם, נמוגה עד מהרה. כוחות צה"ל נכנסו לתחומי הרשות הפלסטינית לצרכים ביטחוניים, לשם מניעת מעשי טרור ומעצר חשודים. כניסות אלו, שבראשית הדברים נחשבו כמעט למוקצות מחמת מיאוס, ונבלמו במהירות על ידי הממשל האמריקני, נהפכו במהרה, ומשהתגבר הטרור, לדבר שבגרה. היקף הפעולות הצבאיות, ומיקומם של מרכזי הטרור במרכזן של ערי המגורים בשטחים, הביאו לידי חיכוך רב של הצבא עם האוכלוסייה הפלסטינית, חיכוך שדומה היה שהצטמצם מאז העברת השליטה הביטחונית בערים לידי הרשות הפלסטינית. מטבעו של חיכוך, ושל מעשי האיבה, שהם העלו שאלות מן המשפט הבינלאומי הנוגעות לדיני המלחמה.

(2) עדויות לקליטה של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי טעם נוסף לשינוי גישתו של בית המשפט העליון הוא מהפכה זוטא שאירעה בקיץ 1991 בהתחייבויות הבינלאומיות של ממשלת ישראל. בקיץ 1991, כמעט בלא דיון ציבורי, אישרה ממשלת ישראל חמש אמנות מרכזיות לזכויות אדם.¹⁶⁶ אמנם באותה עת סברה ממשלת ישראל כי אין לאשרור האמנות כל השפעה על מחויבויותיה של ישראל בשטחים,¹⁶⁷ ברם בית המשפט העליון יכול היה בוודאי לראות באשרור הסדרתי של האמנות עדות לכך שמדינת ישראל מוכנה להתמודד עם המשפט הבינלאומי לדיני זכויות האדם ברצינות.

כמובן, אף בעבר העלה בית המשפט העליון כמה פעמים את ההצעה לגרוס

166 האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות: *International Covenant on Civil and Political Rights* December 16th 1966 (אושרה על ידי ישראל באוגוסט 1991), כתבי אמנה 31 עמוד 269; האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות: *International Covenant on Economic Social and Cultural Rights* December 16th 1966 (אושרה על ידי ישראל ב-3 באוקטובר 1991) כתבי אמנה כרך 31 עמוד 205; האמנה לזכויות הילד *Convention on the Rights of the Child*, November 29th 1989 (אושרה על ידי ישראל ב-4 באוגוסט 1991) כתבי אמנה כרך 31 עמוד 221; אמנה בדבר ביטול הפליית נשים לרעה לצורותיה: *Convention on the elimination of all Forms of Discrimination Against Women*, December 18th 1979 (אושרה על ידי ישראל ב-2 בנובמבר 1991) כתבי אמנה כרך 31 עמוד 179; אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים: *Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* December 10th 1984 (אושרה על ידי ישראל ב-4 באוגוסט 1991) כתבי אמנה כרך 31 עמוד 249.

167 לניתוח עמדת ישראל, ולהסבר מדוע עמדה זו שגויה ראו: Yuval Shany & Orna Ben-Naftali "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories" 37 *Isr. L. Rev.* (2004).

שהואיל ומדינת ישראל עצמה קיבלה עליה את יישום ההוראות ההומניטריות של האמנה, הרי ממילא נהפכת האמנה להנחיה פנימית במשפט הישראלי, ומעניקה לבית המשפט את הסמכות לבקר את מעשי הממשלה על פי הנחיה זו.¹⁶⁸ אלא שאלו היו תמיד טעמים חלקיים, ובית המשפט נזהר מלהשתמש בטיעונים אלו באופן שיביא לידי התערבות יתר של בית המשפט במדיניות הממשלה.¹⁶⁹

(3) המהפכה החוקתית בישראל – לדעת רבים, ובייחוד השופט ברק, אירעה ב-1992 מהפכה חוקתית בישראל. מהפכה זו, שכללה אימוץ של שני חוקי יסוד, הביאה ברבות הימים לידי שינוי ניכר בפסיקתו של בית המשפט העליון בתחומי מדינת ישראל. במקום אחר הראיתי כי בית המשפט העליון מנסה, בלא הצלחה יתרה, לגשר על הפער בין זכויות האדם בישראל לבין זכויות האדם בשטחים, באמצעים שונים. ברור שקפיצת מדרגה כזו במצב זכויות האדם בישראל, לא יכולה הייתה שלא להשאיר חותם כלשהו על פסיקת בית המשפט העליון בנוגע לשטחים.

בהתאמה לטיעונים שהועלו במאמר זה, טענתי היא כי הפער שבין ערכי היסוד של המשפט הישראלי לבין ערכי היסוד של המשפט הבינלאומי הלך והצטמצם. אין פירוש הדבר שהערכים של החברה בישראל והערכים של המשפט הבינלאומי זהים לחלוטין. במיוחד בהקשר של זכויות ערביי השטחים יש עדיין פער גדול בין עמדות אזרחי ישראל לבין עמדת המשפט הבינלאומי. צמצום הפער שתואר הרחיב את בסיס הלגיטימיות של בית המשפט "להעז" ולקבל החלטות התואמות יותר את המשפט הבינלאומי.

(4) עליית כוחו של המשפט הבינלאומי הפלילי – מראשית שנות התשעים ואילך הולך ומתפתח בעולם בצעדי ענק שיפוט בינלאומי פלילי. השיפוט הבינלאומי הפלילי מופיע בשתי רמות. ברמה הראשונה, בתי משפט מדינתיים מפעילים סמכות אוניברסלית, היינו בית משפט במדינה אחת מפעיל את סמכות שיפוטו לדרך בעבירות שנעשו במדינה אחרת, בלא שיש לו זיקה מיוחדת למעשה. הרמה השנייה היא הקמתם של בתי משפט בינלאומיים פליליים. בתי הדין הבינלאומיים הפליליים הוקמו מראשית שנות התשעים ואילך. תחילה הוקמו לשם שיפוט על עבירות שנעשו בסכסוך מסוים. בשיאו של התהליך הוקם בשנת 2002 בית הדין הבינלאומי הפלילי הקבוע.¹⁷⁰ בתי דין אלו העלו את כוחו של המשפט הבינלאומי הפלילי. ההנחה כאילו ניתן להתעלם מהמשפט הבינלאומי בלי שתהיינה לכך תוצאות כלשהן – הופרכה.¹⁷¹

אירוע מרכזי אחד שקיבע עמדה זו היה הניסיון הבלגי להעמיד לדין את ראש ממשלת ישראל אריאל שרון באשמה כי הייתה לו אחריות לטבח בסברה ושתילה. כתב

168 ראו דיון אצל סומר, לעיל הערה 41.

169 להסבר השיקולים ראו הדיון לעיל בטקסט נלווה להערה 103 ואילך.

170 חוקת רומא להקמתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי הקבוע (1998): Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90.

171 בן-נפתלי ומיכאלי, לעיל הערה 161, בע' 107-160 ובמיוחד בהערה 72.

האישום בוטל, בסופו של דבר, לאחר שבית הדין הבינלאומי פסק כי על בלגיה לכבד את כללי החסינות של המשפט הבינלאומי גם כאשר היא מפעילה שיפוט אוניברסלי. עם זה, שופט בריטי הכריע רק באחרונה כי יש לו סמכות שיפוט אוניברסלית לדון בעבירות שלכאורה בוצעו על ידי חיילים ישראלים במהלך העימות האחרון עם הפלסטינים. תביעה אזרחית הוגשה נגד ראש השב"כ לשעבר בארצות הברית.¹⁷² יש להיזהר מהגזמה בתיאור ההשפעות של הקמת בתי הדין הפליליים. לא ברור כלל שאכן בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג יוכל להעמיד לדין ישראלים, כל עוד לא חתמה ישראל על אמנת רומא;¹⁷³ ומכל מקום טעם זה רלוונטי רק לפסקי הדין של השנים האחרונות, לאחר הקמתו של בית הדין.¹⁷⁴ גם לא ברור אם פסיקות מנהליות מחמירות, להבדיל מפסקי דין פליליים, יתרמו במשהו לחסימת השיפוט של בית הדין הפלילי הבינלאומי.¹⁷⁵

אין לקבוע אפוא כי החשש משיפוט בינלאומי הביא לידי אימוץ מידי של המשפט הבינלאומי במשפט ובחברה בישראל. ההשפעה של הקמת בתי הדין הפליליים היא מורכבת יותר, ופועלת במישורים שאינם תמיד גלויים. למשל, ההשפעה של השיפוט הבינלאומי על השיפוט המקומי איננה רק בהדגשת חשיבותו של המשפט הבינלאומי. כמעט כל סמכויות השיפוט האוניברסלי מבוססות על כלל הקומפלימנטריות (ההשלמה). לפי כלל זה תינתן עדיפות לבית המשפט המקומי, בעל הזיקה הקרובה. בית המשפט הבינלאומי ייכנס לפעולה רק אם ברור שבית המשפט המקומי אינו מעוניין, או אינו רוצה, להפעיל את סמכות שיפוטו.¹⁷⁶ ברור, אם כן, שלבית המשפט הלאומי יש תמריץ להפעיל את שיפוטו, שאם לא כן, יוכלו גורמים אחרים להפעיל את שיפוטם במקומו.¹⁷⁷ השפעה נוספת של הקמת בתי הדין הפליליים הינה בעניין הטענה (הרעועה

172 על פי ה-102-256, 106 Stat. 73 (1992) Torture Victim Protection Act, Pub. L. No. 102-256, 106 Stat. 73 (1992) (codified at 28 U.S.C. 1350 note (1994)). Alien Tort Claims Act, 28 U.S.C. 1350 note (1994).
על פי חוקים אלו ניתן להגיש תביעה בארצות הברית בגין עבירות על משפט העמים, וזאת ובלבד שבמדינה שבה בוצעה העבירה לכאורה אין אפשרות להגיש תביעה כזו. היות שישראל קיבלה חוק המעניק חסינות למדינה ולשלוחיה מפני כל תביעה הקשורה בעימות, נפתחה הדרך לפני תובעים להגיש תביעה על פי החוק האמריקני.

173 יובל שני "ישראל על ספסל הנאשמים? השלכות כניסתה לתוקף של אמנת רומא מבחינת מדינת ישראל" המשפט ט (תשס"ד) 51-84. שני מעריך כי קיים סיכוי קטן בלבד שישראלים יישפטו בפני בית הדין ולפיכך ממליץ על הצטרפות לבית הדין, אם כי זו הערכה בלבד. בינתיים החליט התובע של בית הדין הבינלאומי כי אין לו סמכות לעסוק בכל הנוגע לשטחים.

174 לעניין השינוי בפסיקה בשנים האחרונות ראו הדיון בהלן בטקסט נלווה להערה 183 ואילך.
175 סמכות השיפוט של בית הדין הבינלאומי הפלילי היא סמכות משלימה: בית הדין הבינלאומי הפלילי יתערב רק אם המדינה בעלת הזיקה הקרובה יותר (בדרך כלל מדינת מקום הביצוע) אינה מעמידה לדין, או אינה עושה כן בתום לב.

176 ראו סעיף 13 וכן סעיף 20 לחוקת רומא להקמת בית הדין הבינלאומי הפלילי.

177 ראו דיון נרחב בנושא זה: http://pap : Amichai Cohen "Domestic Courts and Sovereignty" (נבדק ב-25.9.07) ers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917048

מלכתחילה) שאמנת ז'נבה הרביעית אינה אמנה מנהגית, וכי אין לה פרשנות בינלאומית מוסמכת. העובדה שבתי הדין הפליליים הבינלאומיים אימצו חלקים מאמנת ז'נבה הרביעית הופכת את הטענה שמדובר במשפט הסכמי בלבד לבעייתית ביותר.¹⁷⁸

(5) קשרים בין שופטים – מקצוע השיפוט, כמו מקצועות חופשיים אחרים, עובר בשנים האחרונות גלובליזציה. השופטים הפכו לקהילה על לאומית העוסקת באופן אינטנסיבי בהחלפת עמדות ודעות בלא להתחשב בגבולות לאומיים.¹⁷⁹ שופטים מכל העולם מקיימים ביניהם רב שיח על פסקי הדין שלהם בוועידות שנתיות, במאמרים ובאמצעים אחרים.¹⁸⁰ בעקבות זאת נוצרת קהילת שופטים בעלת ידע משותף וערכים משותפים. גם שופטי ישראל הם חלק מקהילה זו. הקשרים התרבותיים בין שופטי ישראל לשופטים מחוץ לישראל מתבטאים בביקורים תכופים בחו"ל (בהם השתתף בעיקר הנשיא לשעבר ברק אך השתתפו גם שופטים נוספים), בהשתלמויות שופטים שאליהן מוזמנים שופטים זרים, בהתייחסות רחבה לפסיקה, ובעיקר לכתובה זרה. התוצאה היא קרבה רעיונית רבה יותר בין דעות שופטי ישראל ובין דעות המגיעות מהמשפט הבינלאומי.

כל הטעמים הללו הביאו לידי שינוי בפסיקתו של בית המשפט העליון. ההסתמכות על בית המשפט העליון כמייצג את הפלסטינים – נחלשה. הגישה הפרוצדורלית של בית המשפט העליון, שתוארה לעיל, הייתה נחוצה כדי להביא לידי ייצוג העמדה הפלסטינית, אך צורך זה הלך ונחלש. כאמור, הפלסטינים זכו לישות פוליטית המייצגת את עמדתם, ואין צורך שבית המשפט העליון יעשה כן. בנוסף, השימוש הפרוצדורלי התגלה ככלי ריק. כפי שאמרנו, בהקשר של פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח התברר מעל לכל ספק כי בפרוצדורה אין די. יש צורך גם בכללים מהותיים של המשפט הבינלאומי. יתר – על כן, משנת 2000 ואילך מתנהל עימות אלים בין ישראל

178 ראו: מיכאל ספרד "ליטיגציה בינלאומית בבית המשפט המקומי: בין דילול משפטי לבדלנות שיפוטית: תמונת מצב" המשפט ט (תשס"ד) 161–182; ליאון שלף מרות המשפט ומהות המשטר (תשנ"ו) 111.

179 Laurence R Helfer & Ann Marie Slaughter "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication" 107 *Yale L. J.* (1997) 273; Sandra Day O'Connor "Federalism of Free Nations" *International Law Decisions in National Courts* (Thomas M. Franck & Gregory H. Fox Eds., Irvington N.Y., 1996) 13–14; Ann Marie Slaughter "Models of Judicial Cooperation" *International Law Decisions in National Courts* (Thomas M. Franck & Gregory H. Fox Eds., Irvington N.Y., 1996); Ann Marie Slaughter "A Typology of Transjudicial Communications" 29 *U. Rich. L. Rev.* (1994) 99; Ann Marie Slaughter "Court to Court" 92 *Am. J. Int'l L.* (1998) 708 Harold H. Koh "Transnational Public Law Litigation" 100 *Yale L. J.* (1991) 2347, 2371; Jenny S. Martinez "Towards an International Judicial System" 56 *Stan. L. Rev.* (2003) 429, 491–506.

180 לדוגמה ראו: Anne-Marie Slaughter *A New World Order* (Princeton, 2004) 69.

לפולסטינים. עימות זה מוטט מניה וביה את התזה של הכיבוש הנאור. ברור לכול כי הצדדים נתונים בעימות. בית המשפט העליון אינו צריך לדאוג לייצוג הפולסטינים, וגם התמריץ שלו לעשות כן יורד בשעה שמתנהל מסע של טרור נגד ישראל. מצד אחר, מכל הטעמים שהובאו לעיל, ברור כי בית המשפט העליון רואה חשיבות ביישום המשפט הבינלאומי. ראשית, עצם הירידה בחשיבות הנימוק הראשון מסירה את החשש ששימוש יתר במשפט הבינלאומי סופו שיפגע בזכות הייצוג של הפולסטינים. שנית, חשיבות מערכת ההפנמה הולכת ועולה עם עליית כוחו של המשפט הבינלאומי הפלילי. עליית המשפט הבינלאומי הפלילי משמעה שהמשפט הבינלאומי מהווה איום מהותי וממשי על המרפס ממנו. חשש זה מגביר את הצורך בהפנמת המשפט הבינלאומי, ובית המשפט רואה את עצמו כמוסד המתאים לבצע פעילות זו. שלישית, השליטה הפחותה של ישראל על הפולסטינים משמעה שהפעילות בשטחים היא פעילות שיש לה זיקה חזקה ביותר למדינת ישראל עצמה. רבים מפסקי הדין עוסקים בפעולת הלחימה של ישראל בהגנה מפני טרור, או במתנחלים. דווקא בפסקי דין מעין אלה עולה חשיבות ההפנמה של המשפט הבינלאומי כמערכת ערכים חלופית ומשלימה למערכת זכויות האדם הישראלית. מדובר כאן בחשיבות יישום המשפט הבינלאומי עצמו. לא מדובר כאן רק בהגנה על התושבים הפולסטינים, אלא בניסיון להזרים את המשפט הבינלאומי ואת הנורמות שלו אל תוך המשפט הישראלי. טעות היא לחשוב כי תהליך כזה הוא תהליך מידי. כפי שצינו לעיל, לא סביר לצפות מבית משפט לאומי כלשהו שיקלוט את המשפט הבינלאומי מיד. מדובר בתהליך ארוך ורב שלבי. לשם הבהרת תהליך זה אציג את תיאורית ההפנמה כפי שפותחה במחקר המשפט הבינלאומי, ולאחר מכן אנסה להמחיש את התיאוריה בתיאור פעילותו של בית המשפט העליון.

ג.2.2) מודל התיווך

פרופסור הרולד קו (Harold Koh), מחשובי החוקרים של תהליך ההפנמה של המשפט הבינלאומי, ניתח את תהליך ההפנמה של המשפט הבינלאומי על ידי המשפט הפנימי כבעל ארבעה שלבים: אינטראקציה, פרשנות, קיום ומחויבות. הרעיון שביסוד הדינמיקה הוא שכדי שתהליך ההפנמה של המשפט הבינלאומי יתחיל, יש צורך להכירו. על כן אינטראקציה עם המשפט הבינלאומי היא הכרחית, אף כי פעמים רבות היא תביא לידי דחייתו. בשלב השני ינסו מוסדות המדינה לפרש את המשפט הבינלאומי כדי שיתאים לצורכיהם. בשלב השלישי יקיימו אותו, אף כי לא מתוך מחויבות פנימית, אלא מתוך לחץ חיצוני. בשלב הרביעי כבר תכיר החברה במשפט הבינלאומי כחלק ממערכת החוק הפנימית. ערכים שמקורם במשפט הבינלאומי מופנמים תמיד בתהליך ארוך זמן. ההפנמה היא תהליך הכולל שינוי משפטי, פוליטי וחברתי.¹⁸¹

181 ראו: Harold H. Koh "Why Do Nations Obey International Law?" 106 *Yale L. J.* (1997)

מובן כי המעבר משלב לשלב אינו הכרחי. ייתכן שהתהליך המסובך, הכולל שינויים חברתיים, פוליטיים ומשפטיים, ייעצר בנקודה מסוימת. אף על פי כן, קו טוען כי קליטת המשפט הבינלאומי תושג במלואה רק אם יתקיימו כל ארבעת השלבים. אם כן, השלב הראשון וההכרחי להפנמת ערכי המשפט הבינלאומי הוא הכרתו ופרשנותו על ידי הגופים הפוליטיים והמשפטיים המקומיים. דיון כזה במשפט הבינלאומי עולה באמצעות "יזמי זכויות אדם בינלאומיות" המקבלים עליהם את התפקיד של הבאת זכויות האדם לידיעת הציבור.

תפקידו המרכזי של בית המשפט הוא בשלבים הראשונים: אינטראקציה ופרשנות – הצגת המשפט הבינלאומי בפני הציבור. בתי משפט מתאימים במיוחד למלא תפקיד זה – שופטים הם בעלי ידע במשפט בינלאומי, הם נפגשים עם עמיתים מחוץ לארץ, והכשרתם מתאימה גם להבין את כללי המשפט הבינלאומי. התערבותו של בית המשפט, אם כן, ממוקדת בשלב האינטראקציה בין המשפט הבינלאומי למשפט המקומי. בית המשפט מביא את הנורמה לידיעת הציבור, או לפחות לידיעת ציבור מקבלי ההחלטות הרלוונטי. ייתכן שבסופו של דבר גם לאחר דיון בנורמה, והבהרת עמדת הקהילה הבינלאומית, עדיין מתנגד הציבור למשפט הבינלאומי, אולם בית המשפט הביא לידי כך ששני השלבים הראשונים בתהליך, האינטראקציה והפרשנות, ייושמו. ניתן לכנות גישה זו כ"מודל של תיווך" – בית המשפט מתווך בין החוק המקומי למשפט הבינלאומי.¹⁸²

ג.3. היכן מתבטאים השינויים בפסיקת בית המשפט העליון?

מודל התיווך, כפי שמוצג כאן, הוא מודל מתאים להסברת פעולתו של בית המשפט העליון הישראלי בשנים האחרונות. בית המשפט העליון אינו מקבל את המשפט הבינלאומי על קרבו ועל כרעיו, והוא נזהר מלאכוף אותו על הרשויות בישראל בצורה מוגזמת. עם זה, בית המשפט העליון מציג את המשפט הבינלאומי, את עמדתו, ופועל להחדירו אל תוך מערכת השיקולים של מקבלי ההחלטות בישראל. בכך הוא יוצר אינטראקציה בין המשפט הבינלאומי למשפט של מדינת ישראל. להלן אביא כמה דוגמאות שבהן אראה כיצד משתמש בית המשפט העליון במודל התיווך בפסיקתו. הרחבת השימוש במשפט הבינלאומי נצפית בשורה ארוכה של שינויים המאפיינים את הפסיקה בשנים האחרונות. להלן אמנה כמה מהם, ולאחר מכן אדגים כל אחד

2599; Harold H. Koh "Bringing International Law Home" 35 *Houston L. Rev.* (1998)
623; Harold H. Koh "How Is International Human Rights Law Enforced?" 74 *Ind. L.*
J. (1999) 1397; Hathaway, *supra* note 100

Melissa A. Waters "Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational
182 ראו: *Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*" 93 *Geo. L. J.* (2005)
.487

מהם. המאפיין הראשון הוא שימוש נרחב במשפט הבינלאומי, כאשר ההפנמה של המשפט הבינלאומי עוברת ממצב של "פרשנות" למצב של כפייה או "קיום" המשפט הבינלאומי. המאפיין השני הוא הדיון החוזר: פתיחת המערכת לדיונים עקרוניים השבים ועולים לפני בית המשפט, המאפשר "קמפינים" ומסעות ציבוריים לשינוי עמדתו בנושאים מסוימים, דבר הנובע מההחלטות העקרוניות שהוא מקבל. המאפיין השלישי בפסיקת בית המשפט העליון הוא הדמיון ההולך וגובר למשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי, כפי שהוא מיושם על ידי בית המשפט העליון, נהפך לחלק מהמשפט הישראלי כאשר הוא מקבל מאפיינים המדמים אותו למשפט הישראלי הקיים. יודגש – אינני סבור כי בית המשפט העליון אינו מתעניין בזכויות הפלסטינים. ברור כי השימוש במשפט הבינלאומי הפומבי משמעו בסיכומו של דבר הגנה על זכויות הפלסטינים, אך השאלה היא אם בית המשפט העליון מגן על זכות הפלסטינים להשמיע את קולם במערכות הקובעות את חייהם, או שמא מדובר כאן בקביעת מסגרות הדיון במערכת הפוליטית הישראלית המתייחסת למשפט הבינלאומי הפומבי.

ג.3.1) השימוש הנרחב במשפט הבינלאומי הפומבי

התופעה הבולטת בפסקי הדין בתקופה החדשה היא שאין בהם כל דיון בתחולתו של המשפט הבינלאומי, סוגיות שעלו במישרין או בעקיפין בכמה פסקי דין בתקופה הקודמת. המשפט הבינלאומי כולו מאומץ על ידי המשפט הישראלי. פסק דינו של ברק בעניין עג'ורי¹⁸³ מתייחס לאמנת ז'נבה כמשפט בינלאומי מחייב.¹⁸⁴ פסיקותיו האחרונות של בית המשפט העליון נראות כמחזקות מגמה זו: בפסקי הדין בעניין בית סוריק,¹⁸⁵ בעניין מראעבה,¹⁸⁶ בעניין רופאים לזכויות אדם,¹⁸⁷ בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון,¹⁸⁸ ועוד¹⁸⁹ התייחס בית המשפט העליון לאמנת ז'נבה הרביעית כמעט בלא שהוא נדרש להסביר ולהצדיק את הדיון בה.

כפי שכבר ציינו לעיל, יש שורה של פסיקות שבהן עשה בית המשפט העליון שימוש במשפט הבינלאומי לשם ביקורת פעולות הממשלה. נוסף על פסק הדין בעניין עג'ורי, שצוין לעיל, נעשה שימוש דומה במשפט הבינלאומי נעשה בפסקי דין

183 לעיל הערה 154.

184 ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי, לעיל בה"ש 161, עמ' 60.

185 לעיל הערה 157.

186 לעיל הערה 158.

187 לעיל הערה 159.

188 פ"ד נו(3) 30 (2002) (להלן: עניין אלמדני) (המצור על כנסיית המולד).

189 בג"ץ 6451/04 חלואה נ' ראש הממשלה, פדאור 13)06 (2006); בג"ץ 7607/05 חוסין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם) (2005); בג"ץ 10356/02 הס נ' עירית חברון, פ"ד נח(3) 443 (2004); בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נו(1) 403 (2002).

רבים בעניין גדר ההפרדה,¹⁹⁰ מעצרים,¹⁹¹ הגבלת פעולות צה"ל בעת הלחימה עצמה¹⁹² ועוד. ככל המקרים הללו העלו העותרים את המשפט הבינלאומי ככלי להגן על תושבים פלסטינים מפני מדיניות הצבא. ככל המקרים פסק בית המשפט העליון כי אכן במדיניות הצבא יש פגיעה בזכויות הפלסטינים המוגנות על פי המשפט הבינלאומי. אלא שבכל המקרים הללו החליט בית המשפט כי יש לאזן את זכויות הפלסטינים עם צורכי הביטחון של ישראל. התוצאה הייתה כי כמעט תמיד הכשיר בית המשפט העליון את מדיניות ישראל באופן כללי, תוך שהוא מטיל עליה הגבלות מסוימות.¹⁹³

מדיניות זו של בית המשפט העליון תואמת את מודל התיווך שהוצג לעיל. המשפט הבינלאומי מוצג בבית המשפט, מתקבל על ידיו, ומקובע כחלק מהמשפט הישראלי. אך בית המשפט נמנע ברוב המקרים מכפייה מוחלטת של המשפט הבינלאומי על הממשלה. לממשלה ניתן תמיד "פתח מילוט" לעדן את מדיניותה.

ג.3.2) קמפיינים ופתיחת שערים

החלטות בג"ץ בעניין העינויים הן דוגמה טובה לשיטה שנקט בית המשפט העליון. השלב הראשון החל בעבודת ועדת החקירה הממלכתית לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בראשות נשיא בית המשפט העליון משה לנדוי.¹⁹⁴ מבחינה מהותית, ראוי להתייחס למסקנות ועדת לנדוי כאל עבודה שאינה נפרדת מהחלטות בית המשפט העליון.¹⁹⁵ מסקנות ועדת לנדוי מהוות, אם כן, שלב ראשון בדרך לפתיחת הדיון הציבורי ולא דווקא ניסיון לסיימו.¹⁹⁶ בסמוך לאחר החלטת הוועדה סירב בית המשפט לדון בשאלות אלו לגופו של עניין. בהדרגה, עקב בצד אגודל, בחר בית המשפט

190 עניין בית סוריק, לעיל הערה 157; בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל, פדאור 06(30) 427 (2006); בג"ץ 4289/05 מועצה מקומית ביר נבאלה נ' ממשלת ישראל, פדאור 06(27) 851 (2006).

191 בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נז(2) 349 (2002).

192 ראו, למשל, עניין רופאים לזכויות אדם, לעיל הערה 159; עניין עדאלה, לעיל הערה 160; בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פדאור 06(31) 578 (2006) שבו נידונה חוקיותה של פרקטיקת הסיכולים הממוקדים.

193 היוצא מן הכלל הבולט הוא האיסור שהוטל בעניין עדאלה להשתמש בנוהל שכן, שעוצב כאיסור מוחלט להשתמש בנוהל. שם, בפסקה 25 לפסק דינו של הנשיא ברק ("התוצאה היא שאנו עושים הצר-על-תנאי למוחלט, במובן זה שאנו מצהירים כי נוהל 'אזהרה מוקדמת' נוגד את המשפט הבינלאומי").

194 ראו ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת, דין וחשבון, חלק ראשון (משה לנדוי יו"ר, תשמ"ח) (להלן: דו"ח ועדת לנדוי).

195 ועדת החקירה לעניין השימוש בכוח לא הייתה ייחודית בכך ששופט עמד בראשה. זהו הכלל בוועדות החקירה הממלכתיות. מצד אחר – ועדה זו הייתה מעין "ועדה מחוקקת" בכך שקבעה כללי התנהגות משפטיים מחייבים לרשות המבצעת, תפקידו המסורתי של בית המשפט.

196 ייתכן שוועדת לנדוי עצמה ראתה במסקנותיה סוף פסוק, אם כי לנוכח ההתלבטות של הוועדה קשה להאמין כי כך היה הדבר. מכל מקום – ועדת לנדוי העניקה סמכות לאשר פעולות חריגות לגוף פוליטי במהותו. בכך למעשה תומכות מסקנות ועדת לנדוי בשיטת. הוועדה סברה כי על גוף מייצג לדון ולקבוע את הנורמה הראויה, שיכולה להשתנות.

לבחון את החלטותיו ולהוציא החלטות לגופו של עניין.¹⁹⁷ החלטות אלו – הדוחות את העתירות, עוררו תגובות ניכרות בעולם בכלל ובישראל בפרט.¹⁹⁸ החלטות בית המשפט וכן החלטותיה של ועדת לנדוי עוררו דיונים נרחבים, בהם הותקף בית המשפט העליון. עליית כוחה של סמכות השיפוט האוניברסלית במשפט הבינלאומי הפלילי אף הביאה לידי פסיקה בינלאומית בנוגע לאפשרות להעמיד לדין על פשע העינויים.¹⁹⁹ החלטת בית המשפט העליון בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים האוסרת כל שימוש בכוח היא החלטה המבהירה את העיקרון הבסיסי שעל פיו שימוש בכוח בחקירות אסור, אך אינה הופכת אותו לאיסור מוחלט. בסופו של דבר, אף החלטתו של בית המשפט העליון האוסרת עינויים נראית על פניה כהחלטה שאינה מביעה עמדה ערכית חד משמעית ומוחלטת.²⁰⁰ בית המשפט קבע כי בנושא זה אין חוק המסמך את הממשלה להתיר את ביצועם.²⁰¹ ההבדל, אם כן, אינו כל כך בנוגע למשפט הבינלאומי,²⁰² אלא ברמת ההפנמה של הערך. בית המשפט הפך את נטל הראיה: בתחילה הייתה ההנחה כי הערך של התנגדות לעינויים אף בעת מלחמה הוא ערך בינלאומי חיצוני לשיטת המשפט הישראלית, ולפיכך על המתנגדים לעינויים להוכיח כי נערך דיון ציבורי האוסר את העינויים. לאחר שנערך דיון כזה, הגיע בית המשפט העליון לכלל מסקנה כי אכן הערך של התנגדות לעינויים הוא פנימי לשיטת המשפט הישראלית, ולפיכך על המבקש להצדיק את העינויים להוכיח כי נערך דיון ציבורי (ובמקרה זה, והתקבל חוק) המצדיק את השימוש בעינויים במקרה ספציפי שבו מאוזן ערך זה עם שיקולי ביטחון המדינה. כלומר בית המשפט אינו קובע באופן חד משמעי כי ההגנה על הנחקרים גוברת, אלא הוא מחייב את הכנסת לקבל החלטה. זוהי בדיוק גישת ההפנמה של המשפט הבינלאומי: על המוסדות הפוליטיים לדון בערך הבינלאומי.

פסק דין זה אינו יחיד משום שהוא חלק מדרו שיח ארוך בין בית המשפט לבין שאר

- 197 ראו בג"ץ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד מו(4) 837 (1993); בג"ץ 3124/96 מובראק נ' שרות הביטחון הכללי, תק-על 96(3) 1013 (1996); בג"ץ 5318/95 חגאזי נ' שרות הביטחון הכללי (לא פורסם) (1995); בשג"ץ 336/96 בלביסי נ' שרות הביטחון הכללי, תק-על 95(1) 1643 (1995).
- 198 עשרות ביקורות של מלומדים התפרסמו בארץ ובעולם בעקבות דו"ח ועדת לנדוי, לעיל הערה 194, והחלטות בית המשפט העליון שקדמו לעניין הוועד הציבורי נגד עינויים, שפסל את השימוש בכל כפייה פיזית. למשל, הכרך: 192–406 (1989) *Isr. L. Rev.* 23. וגם: Eyal Benvenisti "The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists" *Eur. J. Int'l L.* (1997) 596; 8; דניאל סטטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 161; עמיהוד גלעד "ציווי מוסרי מוחלט: אסור לענות" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 425; מרדכי קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות הביטחון הכללי: הרע במיעוטו?" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 667.
- 199 ראו: Amnon Reichman "When We Sit to Judge, We are Being Judged" *9 Card. J. Int'l & Comp. L.* (2001) 41.
- 200 עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל הערה 136, בע' 845.
- 201 שם, שם.
- 202 המשפט הבינלאומי כמעט אינו מוזכר בפסק דינו של בית המשפט העליון.

רשויות השלטון, ובין בית המשפט למבקריו באקדמיה ובעולם. למעשה אי סופיות ההליך המשפטי נהפכה לסימן היכר של פסיקות בית המשפט העליון בנוגע לשטחים. ריבוי המקרים והארגונים העוסקים בעניין מבטיח כי סוגיות המובאות לפני בג"ץ אינן נדחות אך ורק מפני שכבר נידונו. נראה כי במקרים רבים העובדה שכבר ניתן פסק דין של בית המשפט אינה מחייבת את בית המשפט. סוגיות העומדות על סדר היום מגיעות לבית המשפט שוב ושוב, ובית המשפט משנה את דעתו בסוגיות רבות.²⁰³ אם אכן מטרתו של בית המשפט היא להביא נושאים אל ספו של הדיון הציבורי, ולא לקבוע בהם עמדה חד משמעית, כי אז ברור שבית המשפט יהיה מוכן לדון במקרה שוב לאחר שסבר כי אכן נערך דיון שכזה, או כדי לברר אם עמדת המדינה השתנתה בעקבות דיון זה. אמנם נקודת המוצא של הדיון היא לעולם פסק דינו הקודם של בית המשפט, אך בית המשפט מתיר לעצמו פעמים רבות את האפשרות לסטות מפסיקתו הקודמת עקב שינוי הנסיבות, או סתם להודות בטעות.²⁰⁴ אלא שכאן נהפכת פתיחותו של בית המשפט לחרב פיפיות. אמנם בית המשפט מוכן לדון שוב בכל נושא לאור הדיון הציבורי, אך בכך הוא למעשה מאפשר גם למדינה לפתוח מחדש את הנושאים לדיון עקב שינוי הנסיבות. כך, למשל, בעניין הריסת הבתים ובעניין הגירוש קבע בית המשפט העליון את החובה לקיים שימוע לפני ההריסה בפסקי דין ידועים.²⁰⁵ מצד אחר, בכמה מקרים שבהם ביקשה המדינה להרוס בתים או לגרש וטענה כי יש צורך לפעול בדחיפות, התעלם בית המשפט מפסיקותיו הקודמות והתיר למדינה לפעול בלא צורך בקיום שימוע.²⁰⁶

203 דוגמאות ברורות מהשנים האחרונות הן: בנושא הסיכולים הממוקדים דחה בית המשפט העליון עתירה אחת שהוגשה לו (בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 1 (2002)), ועם זה ערך דיון נרחב בעתירה הבאה (אם כי בעיכוב של כמה שנים) והגיע בה לתוצאה מתונה יותר (בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עיניים נ' ממשלת ישראל, פדאור (31)06 578 (2006)). באירוע בכנסיית חג המולד נתן בית המשפט שתי פסיקות בהפרש של ימים. בראשונה דחה את העתירה נגד פעולת צה"ל בכנסיית המולד, וקבע כי צה"ל פעל כשורה. ראו בג"ץ 3436/02 הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 22 (2002). בשנייה "הכריח" בית המשפט את צה"ל להודיע כי ינקוט פעולות מסוימות כדי להקל את מצבם של האזרחים שנלכדו במקום. ראו בג"ץ אלמדני, לעיל הערה 188. גם פסק הדין הראשון בעניין גדר ההפרדה דחה את העתירה בלא דיון מעמיק בשאלת המידתיות, ראו בג"ץ 8172/02 אבראהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק"על (4)2002 1078 (2002). רק בעניין בית סוריק, לעיל הערה 157, פיתח בית המשפט העליון את הדוקטרינות המלאות של מידתיות בהפקעת הקרקעות לצורך בניית גדר ההפרדה.

204 הדוגמה הבולטת היא שינוי העמדה של הנשיא ברק בפסק הדין בעניין אחזקת מחבלים לבנוניים בישראל, ראו דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 721, 743 (2000) פסקה 22 לפסק דינו של השופט ברק.

205 הריסת בתים: בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד מג(2) 529 (1989) גירוש: בג"ץ 398/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 617 (1982).

206 גירוש: עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 136; הריסת בתים: בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד מד(4) 626 (1990).

ג.3.3) הפיכת המשפט הבינלאומי לדומה למשפט הישראלי מרכיב חשוב נוסף באינטגרציה בין המשפט הבינלאומי הפומבי למשפט הישראלי הוא מרכיב הדמיון. פסקי הדין של בית המשפט העליון העוסקים במשפט הבינלאומי הולכים ומדמים אותו יותר ויותר למשפט הישראלי. פסק דין בולט הוא פסק הדין בעניין בית סוריק.²⁰⁷ בפסק דין זה נידונה שאלת חוקיות הבנייה של גדר ההפרדה בין ישראל לשטחים בתוך השטחים. בסיס הדיון הוא לכאורה המשפט הבינלאומי הפומבי. אולם המשפט הבינלאומי הפומבי אינו הבסיס היחיד לדיון. בית המשפט העליון דן בזכותה של ישראל לבנות את גדר ההפרדה על פי דיני הכיבוש והגיע לכלל מסקנה כי בנייה זו מותרת היות שהיא משרתת צורך ביטחוני. אולם בית המשפט העליון לא עצר בכך. לאחר שהסביר את הצורך הביטחוני הכניס בית המשפט לדיון דוקטרינות מתחום המשפט הישראלי – דוקטרינות של מידתיות ואיזונים. דוקטרינות אלו אינן נפוצות במשפט הבינלאומי ההומניטרי, המושתת על קביעת זכויות ברורה יותר לאזרחים.²⁰⁸ הכנסתה של דוקטרינה זו, הלוקחה מן המשפט הישראלי, מסמלת יותר מכול את תהליך "ההפנמה" של המשפט הבינלאומי הפומבי. בית המשפט משלב ומאחד דוקטרינות בינלאומיות ודוקטרינות חוקתיות ומאחד ביניהן כדי להביא לידי הכנסת המשפט הבינלאומי אל המשפט הישראלי.

ג.4 הערכת הפסיקה

ראינו כי פסקי הדין של בית המשפט העליון מאמצע שנות התשעים ואילך נוקטים גישה של הפנמה של המשפט הבינלאומי. מסלול זה הועדף מן המסלול המסורתי – הבטחת הגישה של התושבים הפלסטינים אל מקבלי ההחלטות. בנוקטו גישה זו נמנע בית המשפט מצד אחד מאכיפה של זכויות שלא התקבלו במשפט הישראלי, ומצד אחר עורר דיון שבסופו יחליט הציבור הישראלי אם לקבל את עמדת המשפט הבינלאומי אם לאו. גישה זו משתלבת במודל שהוצע על ידי הנשיא ברק לתפקידו של בית המשפט העליון בדמוקרטיה.²⁰⁹ בית המשפט העליון ממלא את תפקידו בכך שהוא גורם לחברה לדון בכלל מתחום המשפט הבינלאומי, ולהכריע אם להופכו לכלל פוזיטיבי אם לאו.

207 עניין בית סוריק, לעיל הערה 157.

208 לדיון רחב בשאלת האיזונים במשפט ההומניטרי והרחבה של השימוש במושג המידתיות ראו: Amichai Cohen & Yuval, 'בע' 323–327, 152, לעיל הערה 152, Gross, *supra* note 10; כהן, לעיל הערה 152, בע' 327–328. Shany "A Development of Modest Proportions" 5 *J. Int'l Criminal Justice* (2007) 310. המשפט הבינלאומי ההומניטרי מכיר במידתיות רק במקרה אחד – התקפה ישירה הפוגעת באזרחים מותרת רק אם הפגיעה באזרחים פרופורציונלית ליתרון הצבאי הנובע מההתקפה. הפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה (1977) סעיף 51(ב). ראו: William J. Fenrick "The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare" 98 *Mil. L. Rev.* (1982) 91–127.

209 ראו לעיל טקסט נלווה להערה לברק לעיל 119–124.

על פי גישה זו, השימוש שעושה בית המשפט בעתירות הפלסטינים הוא אפוא אינסטרומנטלי, לפחות בשלב הראשון של ההליך. בית המשפט לא פתח את שעריו רק כדי לאפשר לכפופים לשלטון ישראל שאינם אזרחיה "קול" במערכת הפוליטית שלה. הוא עושה זאת כדי לאפשר לבית המשפט לזכות במעמד גבוה יותר במערכת החקיקה הישראלית. באמצעות פתיחת שערי בית המשפט עורר בית המשפט העליון את הדיון הציבורי, וגרם למחוקק להתייחס לנורמות בינלאומיות מסוימות שמהן התעלם בעבר.

יש לשים לב כי בית המשפט אינו כופה על המערכת ערכים החיצוניים לה. הוא רק מעורר את הדיון בערכים אלו, ובודק את גבולות התקבלותם. ערך שמקורו במשפט הבינלאומי אינו פנימי למערכת הערכים הישראלית ומעולם לא נערך דיון מסודר בהפנמתו. ביטול הדרישה לזכות עמידה אינו רק הגורם לגופי הממשלה לפעול בצלו של החוק, כפי שטוען קרצמר, אלא אף מעמת את הציבור עם הערך הבינלאומי. כל החלטה של בית המשפט גוררת תגובת נגד ציבורית, ישראלית ועולמית, המעוררת את הדיון. כאשר תשוב ההחלטה אל בית המשפט, כבר יהיה לבית המשפט בסיס להסיק ממנו את העמדה של הקהילה הציבורית והמשפטית הישראלית כלפי הנושא הנדון.²¹⁰

דרך זו ממלאת בתוכן את מושג ה"שותפות הבלתי שווה" מכיוון אחר מזה שתואר לעיל. בית המשפט מקבל כאן מעמד לא רק של מייצג מיעוטים פריפריאליים, אשר אינם זוכים לייצוג נאות במערכת הפנימית, אלא גם של זכויות פריפריאליות, הנתפסות כמנוגדות למערכת הערכים של הציבור הישראלי. כך, הגבלות שימוש בשיקולי ביטחון והצורך לאזנם עם שיקולים אחרים הוא אחד השיקולים הרלוונטיים ביותר. בית המשפט העליון בישראל רואה את אחד מתפקידיו, אולי העיקרי שבהם, בקידום הדמוקרטיה הישראלית. בית המשפט העליון רואה את תפקידו "להוביל את החברה בה הוא חי ופועל אל הכיוון המוסרי הנכון"²¹¹ [ההדגשה במקור – ע' כ' מהו אותו כיוון מוסרי נכון? מהיכן נשאבים הערכים שעליהם מבסס בית המשפט את התכנים אשר הוא מבקש לצקת אל תוך המשפט הישראלי? אני מציע להניח

210 טיעון רווח בפרקליטות המדינה ובמסדרונות האקדמיה נסב על השינוי בתפיסתו של הנשיא ברק עצמו. מפי יותר מאחד מאנשי האקדמיה בישראל שמעתי את הטיעון כי היות שברק שהה כל שנה בחו"ל, בקרב משפטנים התומכים במשפט הבינלאומי, והיה צריך להציג לפנייהם פנים יפות של ישראל, השתנו פסיקותיו. הדיון הרלוונטי, לפי גישה זו, אינו בין ימין לשמאל בישראל, אלא דיון בין נשיא בית המשפט לעמיתיו במפגש השנתי באוניברסיטת ייל. מובן כי בכוחו של הטיעון, גם אם אין זו מטרתו המודעת, להשמיט את הקרקע מתחת לרגלי הלגיטימיות של החלטות בית המשפט. אם בית המשפט מחליט עקב לחציו של נשיאו ברק, וברק מושפע מעמיתיו בארצות הברית, ניתן להניח שהחלטות בית המשפט אינן מושפעות מהדיון בישראל כי אם מזה שבארצות הברית.

211 הציטוט לקוח מרשימה המבקרת תפיסה זו. ראו גביוון, לעיל הערה 130, בע' 75.

כי לפחות מערכת ערכים אחת שבית המשפט העליון מנסה להחדיר אל תוך החברה הישראלית היא זו המבוססת על משפט זכויות האדם הבינלאומי.²¹² כמדינה דמוקרטית, רוב ערכיה של מדינת ישראל, כפי שהם מחוקקים בשיטת המשפט שלה, מתאימים לדיני זכויות האדם בדין הבינלאומי. אי ההתאמה היא במיעוטם של המקרים,²¹³ אך אלו בולטים במיוחד על רקע ההתאמה הכללית.²¹⁴ אותם חוקים בינלאומיים שלא נקלטו על ידי המדינה מנוגדים לנורמות הפנימיות שלה, שאם לא כן, מדוע לא הופיעה הנורמה בחוקי המדינה מלכתחילה? העמדת דין בינלאומי בעימות עם הדין הישראלי משמעותה היא כי סולם הערכים הפנימי אינו מוכן לאמץ אל תוכו את סולם הערכים הבינלאומי. אולם אין פירוש הדבר שעמדת הציבור בנושא זה היא סטטית, או שהיא מבוססת על מחשבה ודיון בנורמה הבינלאומית. פעמים רבות אי החלת הנורמה הבינלאומית נובעת מכך שהציבור ומקבלי ההחלטות אינם מודעים למשפט הבינלאומי, או לרציונלים העומדים ביסודו. כדי שמשפט בינלאומי מתחום זכויות האדם ייקלט אל תוך הדין הישראלי יש צורך בכך שהדין הבינלאומי יעבור תהליך של "הפנמה" (internalization).

מוקדם מדי לבחון אם האסטרטגיה החדשה של בית המשפט העליון אכן נשאה פרי, והמשפט הבינלאומי אכן יופנם על ידי שיטת המשפט הישראלית. כזכור, במודל של קו ההפנמה היא השלב האחרון; בשלב זה המדינה לא רק מקיימת את המשפט הבינלאומי, אלא אף עושה זאת מתוך ההנחה כי כך ראוי לעשות, ולא מטעמי כפייה חיצוניים.

ד. סיכום: תפקידו של בית המשפט העליון ביישום המשפט הבינלאומי

טענתי במאמר זה כי ניתן לחלק את פסיקתו של בית המשפט העליון בנוגע לשטחים לשתי תקופות. בתקופה הראשונה בחר בית המשפט העליון בתפקיד משני של ייצוג. בית המשפט העליון דאג להביא לדיון ציבורי את קולם של הפלסטינים, שלא היה

212 הצעה לראות את נורמות זכויות האדם הבינלאומיות כבסיס לפסיקת בית המשפט העליון העלה כבר קרצמר בעבר. למשל: קרצמר, לעיל הערה 80, בע' 384, אלא שקרצמר דיבר שם על המשפט הבינלאומי כיסוד לפסילת הדין הישראלי.

213 רות לפידות, ארנה בן-נפתלי ויובל שני חובת קליטה של אמנות בנושא זכויות אדם לדין הישראלי (מכון קונקורד, נייר עמדה מס' 1, 2004), <http://www2.colman.ac.il/law/concord/publications/amanot.doc> (נבדק ב-25.9.07).

214 כך כמובן הוא גם המצב בארצות הברית. על פי כל קריטריון מקיימת ארצות הברית כמעט את כל דיני זכויות האדם הבינלאומיות, ועם זה, ההסתייגות מכמה זכויות גורמת לארצות הברית להיחשב ל"מפרה" את חוקי זכויות האדם הבינלאומיים. ראו: Senate Committee on Foreign Relations Report on the International Covenant on Civil and Political Rights (Sen. Exec. Rep. 102-123 1992)

שום מוסד אחר שיכלו להביע בו את עמדותיהם. בתקופה השנייה נטל בית המשפט העליון על עצמו תפקיד רחב יותר, של הפנמת המשפט הבינלאומי על ידי המשפט הישראלי.

התפקיד שנטל בית המשפט העליון על עצמו בתקופה הראשונה משתלב היטב במסורת פסיקתו, ובמסורתם של בתי משפט בכלל. עיקר פעולתו של בית המשפט העליון הייתה דאגה לאפשרות של הפלסטינים כבודדים להשמיע את קולם ולקבל מענה לטענותיהם. אמנם בית המשפט נחשף לביקורת על התערבות יתר במדיניות הצבא, אך מה שנראה כהתערבות רבה של בית המשפט העליון יכול להיות מובן רק על רקע סירובה של המערכת הפוליטית הישראלית לתת ייצוג כלשהו לפלסטינים.

פעולתו של בית המשפט העליון בתקופה השנייה נראית כמתערבת יותר. נראה לי כי התמיכה של בית המשפט העליון במשפט הבינלאומי משתלבת היטב בתפקיד הרחב יותר שבית המשפט נטל לעצמו כשותף של המחוקק. בשנים האחרונות הולך ומאבד מודל "השותפות הבלתי שווה" את הגבולות הברורים שהתווה. בעיני רבים, בית המשפט העליון אינו רק שותף זוט, אלא הולך ונהיה שותף שווה זכויות בתהליך החקיקה. השימוש בכוח הפסילה של חוקים באמצעות חוקי היסוד, ויותר מכך, הפרשנות הרחבה הניתנת לאותם חוקים והפסילה של החלטות הממשלה, כל אלו מעמידים את בית המשפט בעניינים שונים בדרגה כמעט שווה לזו של המחוקק. אף במשפט הבינלאומי עבר על בית המשפט תהליך דומה. בעוד בעבר הלא רחוק הסתפק בית המשפט העליון בהתייחסות חולפת למשפט הבינלאומי, הרי בשנים האחרונות מהווה המשפט הבינלאומי כלי רציני יחסית בין הכלים העומדים לרשות בית המשפט העליון.

האם תפקיד זה של בית המשפט הוא תפקיד ראוי? במידה רבה המחלוקת היא אותה מחלוקת ידועה בעניין תפקידו של בית המשפט העליון כפי שהיא מוצגת בהקשר החוקתי: עד כמה ראוי שבית המשפט העליון יעסוק בביקורת על מהלכי הכנסת. עד כמה ראוי שישתמש בכוחו לפסול חוקים. ועד כמה ראוי שיתערב בשאלות הנתונות במחלוקת פוליטית. כל אלו שאלות שאינן מיוחדות למשפט הבינלאומי. בהקשר של המשפט הבינלאומי יש שיקולים נוספים, המקשים את השימוש שבית המשפט עושה בכוחו. ראשית, דרך הקבלה של המשפט הבינלאומי, שאינה כרוכה באישור הכנסת, מקשה על בית המשפט לטעון כי הוא רק מקיים את רצון הכנסת. שנית, המשפט הבינלאומי נתפס בישראל כמוטה מבחינת השמירה על האינטרסים הישראליים.

בכפיית המשפט הבינלאומי ראוי אפוא שבית המשפט ייזהר משימוש בכוח הכפייה ויגביל את תפקידו. טענתי היא כי בית המשפט העליון תופס את תפקידו כמתווך בין המשפט הבינלאומי הפומבי לבין המשפט המקומי. תפקידו של מתווך, מגשר ומפשר כולל גם מעורבות אקטיבית. לעתים הוא אף מאזן וכופה, אך בסיכומו של דבר ההכרעה ראוי לה שתישאר בידי הגופים הנבחרים של מדינת ישראל.

