



הזכות לחירות בסכסוך חמוש: פרק נוסף בדיון על היחס בין הדין ההומניטרי לבין דיני זכויות האדם

רועי אריאב*

1. מבוא. 2. רקע. 3. תחולת האמנה. 4. היחס בין דיני זכויות האדם
ובין הדין הבין-לאומי ההומניטרי. 5. סיכום.

1. מבוא

ביום 16 לספטמבר 2014 ניתן פסק הדין של הערכאה הגבוהה ביותר (ה-Grand Chamber) של בית הדין האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights) בעניין *Hassan v. UK* (להלן: עניין חסן).¹ פסק הדין בעניין חסן הוא ככל הנראה הפעם הראשונה שבה דן בית הדין במפורש בממשק היחסים בין דיני זכויות האדם, ובפרט האמנה האירופית לזכויות אדם (להלן: "האמנה"), לבין הדין הבין-לאומי ההומניטרי. נושא זה נמצא במוקד השיח והמחקר האקדמי כבר כמה עשורים אולם עד כה כמעט ולא זכה להיות נדון בפסיקות מחייבות של טריבונלים בין-לאומיים ובנסיבות קונקרטיות. לפיכך, לפסיקת בית הדין האירופי בעניין חסן משמעות החורגת מגדרי האמנה שעשויה להשליך על האופן שבו אמנות זכויות אדם אחרות תפורשנה במצבים

* תואר שני במשפטים (LL.M.), תואר שני ביחסים בין-לאומיים (M.A.) ותואר ראשון במשפטים ויחסים בין-לאומיים (LL.B.) כולם מהאוניברסיטה העברית. פרקליט במחלקה לתפקידים מיוחדים (בין-לאומי) בפרקליטות המדינה. העמדות המובעות בהארת פסיקה זו הן של הכותב בלבד.
¹ *Hassan V. The United Kingdom*, App. No. 29750/09 Reports of Judgments and Decisions 2014 (2014), available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-146501>. (להלן: עניין חסן).



הזכות לחירות בסכסוך חמוש: פרק נוסף בדיון על היחס בין הדין ההומניטרי לבין דיני זכויות האדם

של סכסוכים חמושים. בשל האופי התקדימי של פסק הדין והחשיבות שלו, הוא זכה להתייחסות נרחבת בבלוגים משפטיים מיד עם הינתנו.² הארת פסיקה זו תתאר בקצרה את עיקרי פסק הדין ולאחר מכן תבחן באור ביקורתי את קביעת שופטי הרוב והמיעוט באשר לאופן שבו יש לפרש את דיני זכויות האדם לאור הדין הבין-לאומי ההומניטרי.

2. רקע

בקצרה, פסק הדין דן בטענת העותר כי בריטניה הפרה את זכויותיו הבסיסיות של אחיו, טארק. לטענת העותר, בריטניה אחראית לשלילת חירותו של האח, לעינויים שעבר לאחר שנעצר בעיראק על ידי כוחות בריטים בחודש אפריל 2003 ולמותו.

לטענת העותר, מעצרו של טארק בוצע על מנת להפעיל עליו, העותר, לחץ שיוביל לכך שהוא יסגיר את עצמו לכוחות הבריטים. לעומת זאת, בריטניה טענה כי מטרת

² Shaheed Fatima, *Reflections on Hassan v UK: A Mixed Bag on the Right to Liberty (Part 1)*, JUSTSECURITY.ORG (Oct. 10, 2014, 7:00 AM), <http://justsecurity.org/16170/reflections-hassan-uk-mixed-bag-liberty-2/>; Shaheed Fatima, *Reflections on Hassan v UK: A Mixed Bag on the Right to Liberty (Part 2)*, JUSTSECURITY.ORG (Oct. 14, 2014, 2:26 PM), <http://justsecurity.org/15942/reflections-hassan-uk-mixed-bag-liberty/>; Rosalind English, *Law of Armed Conflict Means That Anti-Detention Provision in ECHR May Be Disapplied Re Iraqi Detainee*, UK HUMAN RIGHTS BLOG (Sep. 16, 2014), <http://ukhumanrightsblog.com/2014/09/16/law-of-armed-conflict-means-that-anti-detention-provision-in-echr-may-be-disapplied-re-iraqi-detainee/>; Lawrence Hill-Cawthorne, *The Grand Chamber Judgment in Hassan v UK*, (Sep. 16, 2014) available at: <http://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/>; Marko Milanovic, *A Few Thoughts on Hassan v. United Kingdom*, EJILE TALK (Oct. 22, 2014) <http://www.ejiltalk.org/a-few-thoughts-on-hassan-v-united-kingdom/>; Jane Rooney, *Rooney on Hassan v UK: 'symbiotic approaches', 'subsequent practices' and amicus curiae*, HUMAN RIGHTS IN IRELAND (Sep. 19, 2014) <http://humanrights.ie/civil-liberties/rooney-on-hassan-v-uk-symbiotic-approaches-subsequent-practices-and-amicus-curiae/>



המעצר הייתה כשרה, מאחר שטארק נתפס בעודו שומר על בית העותר כשברשותו רובה סער מסוג קלצ'ניקוב.

לאחר שנלקח טארק למחנה המעצר, נערך לו הליך מיון על מנת לבחון אם הוא שבוי מלחמה או אם הוא מהווה סכנה ביטחונית בהתאם לנהלים באותה עת. בסופו של ההליך נקבע כי הוא אינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה ושאינו מהווה סכנה ביטחונית, ועל כן ניתן לשחררו. אחר תהליך המיון, ביום 25 באפריל 2003, טארק הושם בחלק של מחנה המעצר שמיועד לאזרחים. למרות מחלוקת הנוגעת לתאריך שחרורו של טארק ממעצר, בית הדין האירופי קבע כי הוא שוחרר על ידי הכוחות הבריטים ב-2 במאי 2003. גופתו של טארק נמצאה בחודש ספטמבר 2003, כ-700 קילומטר ממחנה המעצר. על גופתו נמצאו סימני התעללות ואלימות קשים.³

3. תחולת האמנה

ככלל, נקבע כי לאמנה האירופית לזכויות אדם תחולה טריטוריאלית וכי היא חלה בעיקר בשטחה של המדינה.⁴ עם זאת, לאורך השנים, פסיקת בית הדין קבעה שני חריגים (לפחות) לכלל זה. בית הדין דן בהרחבה בחריגים אלה בפרשת אל-סקייני אשר עסקה בפעולות בריטניה בעיראק.⁵ בפרשה זו נקבע כי עקרון השליטה האפקטיבית של סוכני המדינה, ועקרון השליטה על שטח, הם חריגים לעקרון התחולה הטריטוריאלית וכאשר אחד מעקרונות אלה מתקיים האמנה חלה אף מחוץ לשטחה של המדינה.

³ עניין חסן, לעיל ה"ש 1, פס' 50-57.

⁴ ראו *Soering v. The United Kingdom*, 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 86 (1989);

Banković and Others V. Belgium and Others, 2001-XII Eur. Ct. H.R. 61, 67

⁵ ראו *Al-Skeini and others v. The United Kingdom*, App. No. 55721/07 Eur. Ct. H.R.

(2011), *available at*

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105606>

(להלן: עניין אל-סקייני).



הזכות לחירות בסכסוך חמוש: פרק נוסף בדיון על היחס בין הדין
ההומניטרי לבין דיני זכויות האדם

עקרון השליטה האפקטיבית של סוכני המדינה קובע כי האמנה תחול במצבים שבהם המדינה פועלת באמצעות סוכניה באופן שמשפיע על זכויות האדם במדינה זרה, לפי מידת השליטה וההשפעה של המדינה.⁶ כלל זה פורש בפסיקת בית הדין האירופי כחל הן על פעולות של דיפלומטים בשטחי מדינה זרה והן במצבים שבהם סוכנים של המדינה משתלטים על אדם בשטחי מדינה זרה.⁷ לעומת זאת, עקרון השליטה האפקטיבית על שטח קובע כי האמנה חלה במצבים שבהם המדינה משיגה שליטה אפקטיבית על שטח בעקבות מבצע צבאי, ובדרך כלל במצבים של כיבוש.⁸

בריטניה טענה כי האמנה האירופית אינה חלה בנסיבות המקרה. לטענתה, כאשר מדובר במצב של סכסוך חמוש בין-לאומי פעיל, ולא במצב של כיבוש (שהחל לדבריה רק עם ההכרזה על סיום הלחימה ב-1 במאי) דיני זכויות האדם אינם חלים. למעשה, טיעון זה של בריטניה נועד להתמודד עם הקביעה של בית הדין בעניין אל-סקייני, שהאמנה חלה לפי העיקרון של שליטה אפקטיבית על שטח.⁹ בעניין חסן, בית הדין דחה את טענותיה של בריטניה וקבע כי המקרה נופל לחריג השני דווקא, העיקרון של "שליטה אפקטיבית של סוכני המדינה". בית הדין נימק קביעה זו בכך שהחל מרגע המעצר, אחיו של העותר היה נתון לשליטה מוחלטת של חיילים בריטים שפעלו בשם הממשלה.¹⁰ בית הדין אינו מכריע בשאלה אם בנסיבות המקרה ניתן לבסס את תחולת האמנה גם לפי החריג השני, העיקרון של "שליטה אפקטיבית על שטח", כאשר הלחימה

6 שם, פס' 133.

7 שם, פס' 136; כמו כן ראו *Öcalan v. Turkey*, App. No. 46221/99 Eur. Ct. H.R. (2005), available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69022>; *Issa and Others v. Turkey*, App. No. 31821/96 Eur. Ct. H.R. (2004), available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67460>.

8 עניין אל-סקייני, לעיל ה"ש 5, פס' 138–140.

9 שם, פס' 143–150.

10 עניין חסן, לעיל ה"ש 1, פס' 76.



בפועל באזור בצרה הסתיימה, אולם לפני הכרזה רשמית על סיום פעולות האיבה ותחילת הכיבוש.

4. היחס בין דיני זכויות האדם ובין הדין הבין-לאומי ההומניטרי

בשנת 1996, במסגרת חוות הדעת המייעצת בעניין חוקיותו של נשק גרעיני, התבטא בית הדין הבין-לאומי לצדק (ICJ) בפעם הראשונה באשר לתחולת דיני זכויות האדם במצבים של סכסוך חמוש. לדברי ה ICJ דיני זכויות האדם ממשיכים לחול גם במצבים של סכסוך חמוש, אם כי יש לפרשם לאור הדין הספציפי, *lex specialis*, החל על הסיטואציה, שהוא הדין הבין-לאומי ההומניטארי:

“The Court observes that the protection of the International Covenant for the Protection of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life, however, is not such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one’s life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law



הזכות לחירות בסכסוך חמוש: פרק נוסף בדיון על היחס בין הדין
ההומניטרי לבין דיני זכויות האדם

applicable in armed conflict and not deduced from the terms
of the Covenant itself”.¹¹

מאז, מלומדים רבים הביעו עמדתם באשר לאופן שבו דיני זכויות האדם חלים בזמן
סכסוך חמוש וניסו לפרש קביעה זו של בית הדין.¹²

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996¹¹
.I.C.J 226, ¶ 25 (July 8)

Orna Ben-Naftali, *Introduction: International Humanitarian Law and International Human Rights Law – Pas de Deux*, in INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 3 (Orna Ben-Naftali ed., 2011); Marko Milanovic, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 95 (Orna Ben-Naftali ed., 2011); Marco Sassòli, *The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflicts*, in INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 34 (Orna Ben-Naftali ed., 2011); Michael J Dennis, *Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation*, 99 AM. J. INTL. L. 119 (2005); Cordula Droege, *Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, 40 ISR. L. REV. 310 (2007); William A Schabas, *Lex Specialis-Belt and Suspenders-the Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus Ad Bellum*, 40 ISR. L. REV. 592 (2007); Noam Lubell, *Challenges in applying human rights law to armed conflict*, 87 Intr'l. Rev. Red Cross 737 (2005); Geoffrey Corn, *Mixing Apples and Hand Grenades The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict*, 1 J. INT'L. HUM. LEG. STU. 52 (2010); Daniel Bethlehem, *The Relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, 2 CAMBRIDGE J. INT'L & COMP. L. 180 (2013); Oona A Hathaway et. al., *Which Law Governs During Armed Conflict-The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, 96 MINN. L. REV. 1883 (2011); Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in denial: the application of human rights in the occupied territories*, 37 ISR. L. REV. 17 (2003); Alexander Orakhelashvili,¹²



לאחר חוות הדעת בעניין הנשק הגרעיני, ה-ICJ התבטא בעניין תחולת דיני זכויות האדם בסכסוך חמוש בשתי הזדמנויות נוספות. בהתבטאויות אלו ניתן להבחין בנסיגה מסוימת של בית הדין מהדגש שהושם על עיקרון הדין הספציפי. בחוות הדעת המייעצת בעניין הגדר נקבע כי:

“As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law”.¹³

בפסק הדין בעניין קונגו נגד אוגנדה דומה שה-ICJ נוטש בצורה מובהקת יותר את עקרון הדין הספציפי כיוון שבית הדין כלל אינו מזכיר עיקרון זה כשהוא דן ביחסים בין דיני זכויות האדם ובין הדין ההומניטרי:

The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?, 19 EUR. J. INT'L L. 161 (2008); Bill Bowring, *Fragmentation, Lex Specialis and the Tensions in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 14 J. CONFLICT & SEC. L. 485 (2010); Marko Milanović, *A Norm Conflict Perspective on the Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, 14 J. CONFLICT & SEC. L. 459 (2009).¹³
Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶ 106 (2004)



הזכות לחירות בסכסוך חמוש: פרק נוסף בדיון על היחס בין הדין
ההומניטרי לבין דיני זכויות האדם

“[T]he Court needs to determine the rules and principles of international human rights law and international humanitarian law which are relevant for this purpose.

It thus concluded that both branches of international law, namely international human rights law and international humanitarian law, would have to be taken into consideration”.¹⁴

בדומה למגמה שהסתמנה בפסיקת בית הדין לצדק, שנראה שזנח את עקרון הדין הספציפי, גם מלומדים שונים הביעו ביקורת על התועלת שבשימוש בכלי זה על מנת לבחון את הפרשנות של דיני זכויות האדם בסכסוך חמוש.¹⁵

פסק הדין בעניין חסן עסק, בעיקרו, בזכות לחירות המנויה באמנה האירופית והאופן שבו היא חלה במצבים של סכסוך חמוש בין-לאומי. סעיף 5(1) לאמנה האירופית קובע רשימה סגורה של עילות מעצר. העילה אשר נטען לגביה כי היא רלוונטית לעניין חסן מנויה בסעיף קטן (C):

"Everyone has the right to liberty [...] No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC. v. Uganda), 2005 ¹⁴
.I.C.J., ¶ 215–216 (19 Dec.)

Nancie Prud'homme, *Oversimplifying a More Complex and Multi-faceted Relationship?*, 40 *ISR. L. REV.* 356 (2007); MARKO MILANOVIC, *EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES: LAW, PRINCIPLES AND POLICY* 249–252 (2011) ¹⁵



c. the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so".¹⁶

העותר טען כי מעצר של שבוי מלחמה או של אזרח המהווה סכנה לביטחון, לפי אמנת ג'נבה השלישית והרביעית, בהתאמה, אינו נכנס לגדרי אף אחת מהעילות המנויות, לא כל שכן מעצר על מנת לבחון אם אדם הוא שבוי או מסוכן. לפיכך, עצם המעצר מפר את האמנה.¹⁷ מנגד, בריטניה העלתה שתי טענות חלופיות באשר לאופן שבו המשפט הבין-לאומי ההומניטרי משפיע על תחולת דיני זכויות האדם ופרשנותם בנסיבות המקרה הספציפיות. ראשית, טענה כי ההסדר הקבוע בסעיף 5 מוחלף לחלוטין על ידי ההסדרים הקבועים במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, קרי אמנת ג'נבה השלישית (ביחס לשבויי מלחמה),¹⁸ וסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית (ביחס לאלה המסכנים את הביטחון).¹⁸ משמעות טענה זו היא כי דיני זכויות האדם לא חלים כלל ועיקר. לחילופין, בריטניה טענה כי על בית הדין לפרש את האמנה תוך התחשבות בדין ההומניטרי שחל על הסיטואציה. בפרט נטען כי יש לקרוא את העילות של סעיף 5, ובמיוחד את העילה הקבועה בסעיף קטן (c), שקובעת, כזכור, שניתן לעצור אדם על מנת לברר אם ביצע עברה או למנוע ביצוע עברה, כחלה על מעצר של אדם אשר יש לברר את זכאותו למעמד של החשוד כשבוי מלחמה או כסכנה ביטחונית.¹⁹

¹⁶ ראו European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 5(1), ETS 5; 213 U.N.T.S 221. (להלן: האמנה האירופית).

¹⁷ עניין חסן, לעיל ה"ש 1, פס' 85.

¹⁸ שם, פס' 87-88.

¹⁹ שם, פס' 89.



הזכות לחירות בסכסוך חמוש: פרק נוסף בדיון על היחס בין הדין
ההומניטרי לבין דיני זכויות האדם

על מנת לחזק את עמדתה, בריטניה הגישה לבית הדין חוות דעת שנכתבה על ידי הפרופסורים פרנסואז המפסון ונועם לובל.²⁰ בחוות הדעת מציעים המפסון ולובל לבית דין אשר בוחן את תחולת דיני זכויות האדם בזמן סכסוך חמוש לנקוט מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון הם מציעים להשתמש בדיני זכויות האדם על מנת לזהות את הסוגיות המצריכות בדיקה וליבון. בשלב השני הם מציעים להכריע באותן סוגיות לפי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי.

בפסק הדין בעניין חסן, בית הדין האירופי דחה, אם כי לא במפורש, את העיקרון של דין ספציפי ככלי פרשני לצורך קביעת היחס בין דיני זכויות האדם ובין הדין ההומניטרי. בית הדין עושה זאת על ידי קביעה כי נקודת הפתיחה לפרשנות האמנה, גם במצבים של סכסוך חמוש, היא העקרונות המנויים באמנת וינה בדבר דיני אמנות.²¹ למעשה, בכל הניתוח המשפטי שמציגים שופטי הרוב הרעיון של דין ספציפי אינו מוזכר אף לא פעם אחת. כזכור, אמנת וינה בדבר דיני אמנות קובעת, ראשית, כי יש לפרש הסכם בתום לב לפי המשמעות הרגילה שיש לתת לנוסח ההסכם תוך התחשבות בהקשר ובתכלית ההסכם.²² אמנת וינה גם קובעת כי כחלק מבחינת ההקשר של ההסכם תילקח בחשבון התנהגות הצדדים עובר לחתימת ההסכם וכן כללים נוספים של הדין הבין-לאומי אשר חלים ביחסים בין הצדדים להסכם.²³

²⁰ ראו Françoise Hampson and Noam Lubell, Hassan v. United Kingdom 29750/09 Amicus Curiae Brief Submitted by Professor Françoise Hampson and Professor Noam Lubell of the Human Rights Centre, University of Essex, <https://www.essex.ac.uk/hrc/documents/practice/amicus-curiae.pdf>.

²¹ עניין חסן, לעיל ה"ש 1, 100.

²² ראו Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 31, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (להלן: אמנת וינה) "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

²³ שם, סי' 31(3)(c) "There shall be taken into account, together with the context [...] (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties."



בהתאם לכך, בית הדין בחן תחילה את האופן שבו התנהגו המדינות החברות באמנה האירופית לאחר הצטרפותן לאמנה, וקובע כי אף מדינה לא "גרעה" (derogated) מחובותיה על פי האמנה על מנת להשתמש בסמכותה לעצור אנשים במסגרת סכסוך חמוש. המדינות החברות באמנה לא הרגישו צורך לגרוע מהזכויות המנויות באמנה גם לאחר שה-ICJ הבהיר במפורש כי דיני זכויות האדם חלים בזמן בסכסוך חמוש וגם לאחר שבית הדין האירופי פסק במפורש שהאמנה חלה גם מחוץ לשטחה של מדינה. בית הדין בוחן גם את התנהגות המדינות ביחס לזכות לחירות המנויה באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, ומגיע לאותה מסקנה.²⁴

בנקודה זו, פונה בית הדין לפרש את האמנה תוך התחשבות בכללים אחרים של המשפט הבין-לאומי שחלים על הסיטואציה. בית הדין מציין כי הכללים הנוגעים למעצר באמנות ג'נבה השלישית והרביעית, שנוסחו במקביל לניסוח האמנה, נועדו, בין היתר, להגן על אנשים שחירותם נשללה במסגרת סכסוך חמוש. בית הדין קובע כי האמנה ממשיכה לחול במצבים של סכסוך חמוש אולם יש לפרשה על רקע הכללים של הדין ההומניטרי. לאור הקיום והתחולה המשותפים של שתי מערכות הדינים, יש ליישב במידת האפשר, בין רשימת העילות המצדיקה שלילת חירותו של אדם תחת האמנה ובין הכללים המאפשרים את מעצרו של שבויי מלחמה ושל אנשים החשודים כמסכנים את הביטחון תחת הדין ההומניטרי.²⁵ בית הדין מוסיף ומסביר כי סמכויות אלה אינן קיימות בשעת שלום, אלא רק במצבים של סכסוך חמוש בין-לאומי. כמו כן, השימוש בסמכויות

²⁴ עניין חסן, לעיל ה"ש 1, פס' 101.

²⁵ שם, פס' 104, "By reason of the co-existence of the safeguards provided by international humanitarian law and by the Convention in time of armed conflict, the grounds of permitted deprivation of liberty set out in subparagraphs (a) to (f) of that provision should be accommodated, as far as possible, with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions".



הזכות לחירות בסכסוך חמוש: פרק נוסף בדיון על היחס בין הדין ההומניטרי לבין דיני זכויות האדם

אלה חייב להיעשות כדין על מנת שלא ייחשב כשליה בלתי-חוקית של הזכות לחירות.²⁶

מיד לאחר מכן, ולאחר שחזר בקצרה על נסיבות מעצרו של טארק, ותהליך המיון שעבר במעצר, בית הדין קובע כי "נראה" (it would appear) שמעצרו של טארק עולה בקנה אחד עם הסמכויות שהוקנו לבריטניה תחת הדין ההומניטארי.²⁷ לפיכך, שופטי הרוב קובעים שהמעצר של טארק אינו מהווה הפרה של האמנה.

למעשה, שופטי הרוב אינם מציגים כל הנמקה לקביעה המהותית שלהם ביחס לשאלה אם הזכות הופרה. שופטי הרוב מסתפקים באמירה ש"צריך" לפרש את האמנה באופן מסוים אולם הם אינם מסבירים כיצד הם עושים זאת. הם אינם מציגים כל דיון באשר לפרשנות הראויה של הזכות לחירות במצבים של סכסוך חמוש, או דיון באשר לאופן שבו יש לפרש את כללי הדין ההומניטרי. למעשה, כל ההנמקה של שופטי הרוב מתייחסת לסוגיות של דיני אמנות, ולא לסוגיות המהותיות העולות מן העתירה.

ארבעת שופטי המיעוט הסכימו עם קביעות שופטי הרוב באשר לסמכות השיפוט של בית הדין, אולם חלקו על המסקנה כי הזכות לחירות לא הופרה במקרה זה. שופטי המיעוט טענו כי כיוון שסעיף 5(1) מונה רשימה סגורה של עילות מעצר, אין שום אפשרות לפרש אותו כך שיכיל גם את עילות המעצר לפי הדין ההומניטרי.²⁸ לפיכך, שופטי המיעוט אינם מבקרים מבחינה תאורטית את דרך הפרשנות של שופטי הרוב, אלא קובעים כי היא לא ישימה בנסיבות המקרה וביחס לסעיף 5 של האמנה. במקרה כזה, אם בריטניה הייתה מעוניינת להשתמש בסמכויות מעצר לפי הדין ההומניטרי

²⁶ שם, פס' 102–105.

²⁷ שם, פס' 110.

²⁸ ראו Hassan V. The United Kingdom, 29750/09, Partly Dissenting Opinion of Kalaydjieva, Reports of Joined by Judges Nicolaou, Bianku and Judge Spano (2014) (2014) Judgments and Decisions (להלן: עניין חסן דעת מיעוט).



באופן שאינו עולה בקנה אחד עם האמנה, האפשרות היחידה שעמדה בפניה היא גריעה רשמית לפי סעיף 15 לאמנה.²⁹

דווקא עמדת שופטי המיעוט מצביעה, אולי אפילו יותר מעמדת שופטי הרוב, על הרלוונטיות של פסק הדין בעניין חסן לאמנות זכויות אדם אחרות. כך למשל הסעיף המעגן את הזכות לחירות באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות אוסר על מעצר "שרירותי".³⁰ ניסוח כזה, המשתמש במושג שסתום ואינו מציג רשימה סגורה של עילות, מתאים בצורה טובה יותר לגישה הפרשנית המאומצת על ידי שופטי הרוב, והבעיה עליה הצביעו שופטי המיעוט אינה מתעוררת. במקרה כזה ניתן לומר, כפי שנקבע על ידי שופטי ה-ICJ ביחס לזכות לחיים, כי מעצר שעומד בתנאי הדין ההומניטרי אינו מעצר שרירותי מבחינת דיני זכויות האדם. אף דוגמה זו מדגישה את החסר בעמדת שופטי הרוב: הם מציעים מתודולוגיה פרשנית, אך בה בעת נמנעים מפרשנות לאורה.

עוד נשאלת השאלה באיזו מידה ניתן להשליך מהקביעות בעניין חסן לזכויות אחרות מלבד הזכות לחירות. כך, למשל, ישנן זכויות לגביהן נקבע במפורש שלא ניתן לגרוע מהן. במקרה שכזה, גישת שופטי המיעוט מותירה את המדינה ללא הנחיה כיצד עליה לפעול. עם זאת, חשוב לציין כי האמנה כוללת רשימה מאוד מצומצמת של זכויות שלא ניתן לגרוע מהן.³¹ חשוב מכך, סעיף 15 לאמנה קובע בפירוש כי ניתן לגרוע מהזכות לחיים בכל הקשור למקרי מוות הנובעים מפעולות החוקיות תחת הדין ההומניטרי.³² לפיכך, נראה כי בכל המקרים ה"מעניינים" של התנגשות בין דיני זכויות האדם ובין הדין ההומניטרי, האמנה תתיר למדינות לגרוע מהזכות הרלוונטית. הדבר

29 ש.ם.

30 ראו International Covenant on Civil and Political Rights, art. 9(1), Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171, "Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law

31 האמנה האירופית, לעיל ה"ש 16, ס' 15.

32 ש.ם.



הזכות לחירות בסכסוך חמוש: פרק נוסף בדיון על היחס בין הדין
ההומניטרי לבין דיני זכויות האדם

עשוי להיות שונה, בעיקר ביחס לזכות לחיים, באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.
במקרה זה תעלה, כמובן, השאלה בדבר הצורך בהרמוניה פרשנית במשפט הבין-לאומי,
שאלה אליה לא אוכל להתייחס במסגרת זו.

לבסוף, נשאלת השאלה עד כמה ההנמקה של שופטי הרוב ישימה גם במצבים של
סכסוך חמוש שאינו בין-לאומי. שופטי הרוב מקפידים להדגיש שהם מסתמכים על
הכללים המנויים באמנות – אמנת ג'נבה השלישית והרביעית. אולם, כלל הפרשנות עליו
הסתמך בית הדין לא מדבר על הסכמים דווקא אלא על כללים של המשפט הבין-לאומי
(Any relevant rules of international law).³³ כללים אלה יכולים להיות גם
כללים של המשפט הבין-לאומי המנהגי. לאור זאת, ולאור הנטייה הגוברת בשנים
האחרונות להחיל את המשפט ההומניטארי גם בעימותים שאינם בין-לאומיים,³⁴ נראה
כי אין מניעה שאותה הנמקה של שופטי הרוב תחול גם במצבים של סכסוך חמוש שאינו
בין-לאומי.

33 אמנת וינה, לעיל ה"ש 22, ס' 31(3)(c).

34 ראו Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-I, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 134, (Oct. 2, 1995); Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, 2 volumes, Volume I. Rules, Volume II. Practice (2 Parts), Cambridge University Press, 2005; William H Boothby, The Law of Targeting, Oxford University Press, 2012, 429; Sandesh Sivakumaran, The Law of Non-International Armed Conflicts, Oxford University Press, 2012, 54-55; Dapo Akande, *Legal concepts*, in INTERNATIONAL LAW AND THE CLASSIFICATION OF CONFLICTS (Elizabeth Wilmhurst, ed, 2012); Michael N Schmitt, *Future*, in INTERNATIONAL LAW AND THE CLASSIFICATION OF CONFLICTS (Elizabeth Wilmhurst, ed, 2012); Michael N. Schmitt, Charles H.B. Garraway and Yoram Dinstein, The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict With Commentary, 2006, available at: <http://www.iihl.org/iihl/Documents/The%20Manual%20on%20the%20Law%20of%20NIAC.pdf>



5. סיכום

במבט ראשון, ניתן אולי לחשוב שפסק הדין בעניין חסן אינו מחדש דבר. הוא כמעט ונעדר כל הנמקה משפטית וההנמקה שכן מופיעה היא כמעט מובנת מאליה: הרי מה יותר טריוויאלי מהפניה לאמנת וינה כאשר באים לפרש אמנה? ראשית, לעיתים יש ערך רב גם באמירת המובן מאליו, ובייחוד כאשר הדבר נעשה על ידי ערכאה שיפוטית בכירה ובעלת מעמד כגון הערכאה הגבוהה של בית הדין האירופי לזכויות אדם. שנית, במבט עמוק יותר, ניתן להבחין שבית הדין מאמץ בפועל, גם אם לא בצורה מוצהרת, את המודל שהוצע על ידי המפסון ולובל, ומנסה לאזן בין שני אינטרסים חשובים ומתנגשים: מחד גיסא, הרצון להביא ליותר אכיפה במצבים של סכסוכים חמושים. כידוע, הדין ההומניטרי לוקה בחסר בכל הקשור למנגנוני אכיפה, ובפרט למנגנוני אכיפה לא פליליים שבוחנים את אחריותה של המדינה להבדיל מאחריותם של פרטים. השימוש בדיני זכויות האדם מאפשר לגופי האכיפה המפותחים יותר של דיני זכויות האדם להיכנס לתחום שנשלט על ידי הדין ההומניטרי. מאידך גיסא, ההכרעה בסוגיות השונות על סמך הדין ההומניטרי עשויה להרגיע את חששן של המדינות מגופי אכיפה אלה, וחשוב מכך, לייצר פתרונות שיהיו ישימים ושלא יישארו עלי ספר. כעת נותר רק לראות האם וכיצד בית הדין עצמו יפתח מודל זה בתיקים הבאים והאם וכיצד גופים שיפוטיים ומעין שיפוטיים נוספים ילכו בעקבותיו.