

משפט ציבורי

בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי: מבט מן המשפט הבינלאומי

מאת

עמיחי כהן*

מאמר זה הוא ניסיון להתבונן שנית בפסקי הדין של בית המשפט העליון הישראלי העוסקים בתחולת המשפט הבינלאומי בהקשרו של הסכסוך הישראלי-ערבי מזווית שונה מעט, תוך מתן תשומת לב מיוחדת לשורה של פסקי דין מהעת האחרונה.

הטיעון העומד במרכזו של מאמר זה הוא כי בהקשר של הסכסוך הישראלי-ערבי מתייחס בית המשפט העליון למשפט הבינלאומי באופן אינסטרומנטלי. בית המשפט משתמש במשפט הבינלאומי הפומבי על מנת לקדם מטרות כלליות בנושאי זכויות האדם ובנושא היחסים בין הרשויות. ניתן לזהות מטרות אלו, ובדרך זו להבין כמה מן התמיהות הרבות ביחס לפסקי הדין של בית המשפט העליון העוסקים בתחולת המשפט הבינלאומי הפומבי ביחס לסכסוך הישראלי-ערבי.

במרכזו של המאמר עומדת ההשוואה בין הפסיקה של בית המשפט העליון לגבי זכויות האדם בישראל עצמה, ובין אלו הנוגעות לשטחים. השוואה זו נעשית על פני תקופות היסטוריות שונות. הטענה היא כי השינויים שחלים בפסיקה בישראל משפיעים על פסיקתו של בית המשפט העליון בנוגע לשטחים ומפריים אותה. בייחוד מתמקד המאמר בשורת הפסיקות של בית המשפט העליון בשנים האחרונות אשר מרחיבה את תפקידו של המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש במערכת המשפט הישראלית.

* מרצה, הקריה האקדמית קרית-אונו. ברצוני להודות לבנציון להב, לאיריס קנאור ולשופטים האנונימיים על הערותיהם לטיוטות קודמות של המאמר.

- א. מבוא
- ב. השלב הראשון: מקום המדינה ועד למלחמת ששת הימים
- 1.ב. התשתית
 - 2.ב. התחולה האוטומטית של המנהג
 - 3.ב. אי תחולה של אמנות ללא חקיקה קולטת
 - 4.ב. חוק ישראלי גובר
 - 5.ב. הפרשנות
 - 6.ב. הערכה כללית
- ג. השלב השני – ממלחמת ששת הימים ועד לאינתיפאדה השנייה
- 1.ג. הבעיה: התאמת כללי התחולה למצב שנוצר לאחר מלחמת ששת הימים
 - 2.ג. התרגום: העברת זכויות האדם לשטחים, והשימוש במשפט הבינלאומי
 - 2.ג.א. (א) ההגנה על זכויות אדם בתוך תחומי מדינת ישראל
 - 2.ג.ב. (ב) השימוש במשפט הבינלאומי על ידי בית המשפט העליון
 - 2.ג.ג. טכניקות ההחלה הגמישות של המשפט הבינלאומי הפומבי
 - 2.ג.ג.א. (א) כלל התחולה האוטומטית של המנהג
 - 2.ג.ג.ב. (ב) אי תחולתן של אמנות
 - 2.ג.ג.ג. (ג) החוק הפנימי גובר
 - 2.ג.ג.ד. (ד) כלל הפרשנות
 - 2.ג.ג.ה. (ה) פסק הדין בעניין אלון מורה
 - 4.ג. תקופת הפערים הגדולים
- ד. המעבר לפסיקה אחרת – תקופת השינויים הגדולים
- 1.ד. הרקע החקיקתי: האישור הסדרתי של אמנות זכויות האדם וקבלת חוקי היסוד
 - 2.ד. תגובתו של בית המשפט העליון לשינוי החוקתי
 - 3.ד. פסקי הדין העוסקים בסכסוך הישראלי-ערבי בתוך תחומי מדינת ישראל
 - 3.ד.א. (א) פסקי הדין
 - 3.ד.א.1. (1) פסק הדין בעניין שיטות החקירה של השב"כ
 - 3.ד.א.2. (2) פסק הדין בעניין ביקורי הצלב האדום
 - 3.ד.א.3. (3) שבויי החיזבאללה
 - 3.ד.ב. (ב) הערכת הפסיקה
 - 3.ד.ב.1. (1) יתרונוותיה של הפסיקה החדשה
 - 3.ד.ב.2. (2) ביקורת הפסיקה
 - 3.ד.ב.3. (3) ההקשר הכולל
- ה. פסקי הדין הנוגעים לשטחים – "חוקתיזציה" של משפט השטחים
- 1.ה. פסקי הדין המסמלים את השינוי
 - 1.ה.א. (א) העובדות
 - 1.ה.ב. (ב) השלבים
 - 2.ה. שכפול צורת הניתוח בשלבים
 - 2.ה.א. (א) פסק הדין בעניין מרעב
 - 2.ה.ב. (ב) פסק הדין "רפיח"
 - 2.ה.ג. (ג) פסקי הדין בעניין גדר ההפרדה
 - 3.ה. הערכת שיטת ארבעת השלבים
 - 3.ה.א. (א) הכרעות שטחיות בסוגיות יסוד
 - 3.ה.ב. (ב) החוקתיזציה של המשפט הבינלאומי הפומבי
 - 3.ה.ג. (ג) ההימנעות מסתירה
 - 4.ה. זניחת העמדת הפנים: פסק דין הס ותוכנית ההתנתקות

5. השוואה לדיני זכויות האדם בתחומים אחרים
 1. סיכום – היכן אנו עומדים?
 1.1 הטיעון המרכזי
 2.1 כיוונים עתידיים

א. מבוא

עניינו של מאמר זה בשאלת יסוד במשפט הישראלי: כיצד התייחס בית המשפט העליון למשפט הבינלאומי בהקשר של הסכסוך הישראלי-ערבי? נושא זה זכה לניתוח משפטי ניכר, בייחוד בשנים האחרונות. ניתן למצוא שורה ארוכה של פסקי דין העוסקים בסוגיה זו וניכר כי מאז תחילת המערכה הנוכחית במאבק הישראלי-פלסטיני שבו כותבים לדוש בנושא זה ביתר שאת¹, משפטנים רבים נתנו את דעתם לא רק למצב המצוי במשפט הישראלי, אלא גם למצב הרצוי². מאמר זה הוא ניסיון להתבונן שנית בפסקי הדין של בית המשפט העליון הישראלי העוסקים בתחולת המשפט הבינלאומי בהקשר הסכסוך הישראלי-ערבי מזווית שונה מעט, תוך מתן תשומת לב מיוחדת לשורה של פסקי דין מהעת האחרונה.

הטיעון העומד במרכזו של מאמר זה הוא כי בהקשר של הסכסוך הישראלי-ערבי בית המשפט העליון מתייחס למשפט הבינלאומי באופן אינסטרומנטלי. בית המשפט משתמש במשפט הבינלאומי הפומבי על מנת לקדם מטרות כלליות בנושאי זכויות האדם ובנושא היחסים בין הרשויות. ניתן לזהות מטרות אלו וכדרך זו להבין כמה מן התמיהות הרבות העולות מפסקי הדין של בית המשפט העליון העוסקים בתחולת המשפט הבינלאומי הפומבי ביחס לסכסוך הישראלי-ערבי. בהקשר זה יעסוק המאמר בחלוקה של הפסיקה לתקופות היסטוריות שונות³. באופן כללי תומך מאמר זה בגישה

- 1 D. Kretzmer *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (Albany, 2002); O. Ben-Naftali and K. R. Michaeli "Justice-Ability: A Critique of the Alleged Non-Justiciability of Israel's Policy of Targeted Killings" 1 *J. Int. Criminal Justice* (2003) 368–405; D. Barak-Erez "The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue" 2 *ICON — International Journal of Constitutional Law* (2004) 611–632
- 2 א' בנבנישתי "השלכות שיקולי בטחון וקשרי חוץ על תחולת אמנות במשפט הארץ" משפטים כא (תשנ"ב) 221–250; י' זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי אל המשפט הישראלי: הדין המצוי-רצוי" משפטים כד (תשנ"ד) 317–349 (להלן: זילברשץ קליטה); י' זילברשץ "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 47–93. פרופסור יורם דינשטיין עסק בשאלות אלו במאמרים רבים, כמעט רבים מספור. למשל: Y. Dinstein "The International Legal Status of the West Bank and the Gaza Strip — 1998" 28 *Isr. Y.B. Hum Rts.* (1998) 37; Y. Dinstein "The Israel Supreme Court and the law of Belligerent Occupation. Demolitions and Sealing off of Houses" 29 *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (1999) 285
- 3 פריודיזציה (תיקוף) של החלטות בתי המשפט היא תמיד מלאכותית. עם זאת, כפי שיוסבר

האינטגרטיבית. על פי גישה זו, ההשפעה המרכזית של פסיקות בית המשפט העליון הייתה ההדמיה של המשטר המשפטי בשטחים למשטר המשפטי הנוהג בישראל. בית המשפט יצר עבור תושבי השטחים מראית עין של שוויון בפני החוק, שבפועל לא היה לה ביסוס.

מטבע הדברים, יוקדש עיקרו של מאמר זה לבחינת המשפט הבינלאומי בהקשרו של הסכסוך הישראלי-ערבי, ובמיוחד ביהודה, בשומרון ובעזה⁴. אלא שעל מנת להבין את השימוש שעשה בית המשפט העליון במשפט הבינלאומי בהקשר העימות הישראלי-ערבי יש צורך לתאר את הרקע הכללי לתחולת המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי, ובזאת יעסוק חלקו השני של המאמר.

חלקו השלישי של המאמר יעסוק בתקופה המיידית לאחר מלחמת ששת הימים ובטכניקות שאימץ בית המשפט העליון על מנת להתחמק מהכללים שגובשו בתקופה המוקדמת. חלקו הרביעי של המאמר יתאר את ההחלטות האחרונות של בית המשפט העליון שלכאורה ניכר בהן שינוי ברמת ההחלה של המשפט הבינלאומי הפומבי.

ב. השלב הראשון: מקום המדינה ועד למלחמת ששת הימים

ב.1 התשתית

לפני כעשור ומחצה פרסמה פרופ' רות לפידות את מאמרה היסודי: מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי⁵. מאמרה של פרופ' לפידות הבהיר את גבולותיו של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי. היה בו סיכום ממצה ובהיר של עמדות הפסיקה, של הניואנסים, ואף השוואה מסוימת לנעשה בארצות אחרות. מבחינה

להלן, מלחמת ששת הימים היא נקודת ציון ברורה בהתפתחותו של המשפט הבינלאומי הפומבי. התקופה השלישית, שראשיתה בשנות התשעים, בעייתית יותר, אך גם כאן ההתפתחויות ברורות. ראו א' לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט (תשנ"ח) 689.

4 המינוח המדויק שבו ראוי להשתמש ביחס למושא המחקר ראוי לתשומת לב מסוימת. עמדת בית המשפט העליון היא כי מדובר בשטח כבוש, שכן הדיון מתנהל תחת המיקום הגאומטרי המשפטי של "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", ולעיתים אף למספר – 22%. מאמר זה אינו מתיימר לקבוע עמדה פוליטית/משפטית לגבי מעמדם של השטחים. לפיכך, אסתפק בכינוי "השטחים" תוך ניסיון (שנדון לכישלון?) להותיר מונח זה מנותק ממשמעויותיו הפוליטיות.

5 ר' לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט (תש"ן) 807.

פוזיטיבית גרידא היה מאמר זה בעל תוקף רב – אחד מאותם מאמרי יסוד המסכמים לשנים את המשפט המצוי בענף שבו הם עוסקים. לזו מאמרה של פרופ' לפידות הוא תיאורם של כללי התחולה של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי; ארבעת הכללים הקובעים את ההתייחסות הראויה של בתי המשפט בישראל אל המשפט הבינלאומי הפומבי:

- (א) מנהג בינלאומי מהווה חלק מהמשפט הישראלי. בתי המשפט יחילו אותו באופן אוטומטי כל עוד אינו סותר חקיקה ישראלית.⁶
- (ב) אמנה בינלאומית אינה מחייבת את בתי המשפט במשפט הישראלי הפנימי כל עוד לא נקלטה אל המשפט הישראלי בחוק חרות.⁷
- (ג) חוק ישראלי גובר על משפט בינלאומי, בין הסכמי ובין מנהגי.⁸
- (ד) בתי המשפט יעשו מאמץ לפרש חוק ישראלי בצורה שלא תסתור את המחויבויות הבינלאומיות של מדינת ישראל.⁹

שורשיהם של ארבעת כללים אלו, אשר ניתן לכנותם "כללי הזהב" של תחולת המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי, נטועים עוד בשנותיה הראשונות של המדינה. כבר בפסקי הדין הראשונים שיצאו תחת ידם מתארים שופטי ישראל את כללי הזהב כאבני היסוד של תחולת המשפט הבינלאומי הפומבי. בניגוד להצהרות אלו, בפועל נהגה הפסיקה לפי כללי הזהב רק בהקשר אחד. לאורך ההיסטוריה של פסקי הדין הישראליים נהגה הפסיקה בפועל לפי כללי הזהב רק בהקשר אחד – שאלות הסמכות הבינלאומית (Jurisdiction). כפי שיתואר להלן, לגבי שאר נושאי המשפט הבינלאומי נגסה הפסיקה באופן עקבי בכללי הזהב ולמעשה לא יישמה אותם כלשונם. רק בשנים האחרונות חזר בית המשפט העליון ליישום כללי הזהב. ראשיתו של מאמר זה בסקירה קצרה של התפתחות ארבעת כללי הזהב בתחום הסמכות בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל.

2.2 התחולה האוטומטית של המנהג

פסקי הדין הראשונים שבהם עסק בית המשפט העליון בנושא קיומו של המנהג במשפט הישראלי היו פסקי דין שעסקו בנושא הסמכות הריבונית של מדינת ישראל. פסק הדין בעניין שטמפפר¹⁰ עסק בסמכותם של בתי המשפט לשפוט על עבירות

6 שם, בע' 808.

7 שם, בע' 812.

8 שם, בע' 811 (ביחס למנהג) ובע' 816 (ביחס לאמנה שנקלטה).

9 שם, בע' 819.

10 ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1) 5 (להלן: עניין שטמפפר).

שנעשו על ידי ישראלי בחו"ל¹¹. פסק הדין בעניין אמסטרדם¹² עסק בסמכותו של שר האוצר לחוקק חוקים לגבי מניות שהיו בידי תושבי ישראל ובידי אלו שאינם תושבי ישראל והוחזקו עבורם בנאמנות בחו"ל¹³. פסק הדין בעניין אייכמן¹⁴ עסק בסמכותם של בתי המשפט הישראליים לשפוט על פשעים אוניברסליים ועל השפעת חטיפתו של אייכמן בארגנטינה על סמכות מדינת ישראל לשפוט. למעשה, פסקי הדין הללו עוסקים כמעט בכל ההיבטים של סמכות המדינה מחוץ לשטחה: האוניברסלית¹⁵, הנורמטיבית¹⁶, השיפוטית¹⁷ והאכיפתית¹⁸.

11 בפסק דין זה נדון עניינו של מלח אשר הואשם בגרימת מוות באירועים שאירעו במהלך טביעתה של האוניה "מסדה" אשר הניפה דגל ישראלי בלב ים. פקודת הפרוצדורה הפלילית כללה באותה העת את כלל השיפוט הטריטוריאלי, והשאלה הייתה מהיכן נובעת סמכותו של בית המשפט הישראלי לדון בעבירות שנעשו בלב ים. השופט חשין, בדעת הרוב, הכריע כי הסמכות נובעת מהמשפט הבינלאומי המנהגי. חשין קבע כי הסמכות נובעת מהמנהג הבינלאומי המעניק סמכות למשפט הישראלי. ייתכן כי לגופו של עניין קביעתו של השופט חשין בטעות יסודה – המשפט הבינלאומי אינו יכול להעניק סמכות לבתי המשפט, כל שהוא יכול לעשות הוא להתיר למדינה לקבוע כי סמכותם של בתי המשפט חלה. ראו: ב' רובין "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי המשפט" משפטים יג (תשמ"ד) 210.

12 בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו(2) 945 (להלן: עניין אמסטרדם).
13 בית המשפט קבע כי לשר האוצר סמכות לדרוש את המניות שהוחזקו עבור תושבי ישראל, אך לא את אלו שהוחזקו עבור תושבי חו"ל.

14 ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(3) 2033 (להלן: עניין אייכמן).
15 פסק הדין בעניין אייכמן קבע כי למדינת ישראל יש סמכות אוניברסלית לשפוט בגין פשעים נגד האנושות שנעשו במהלך מלחמת העולם השנייה, עוד לפני הקמתה של מדינת ישראל (שם, בע' 2048) פסק הדין מקובל כמייצג נאמנה את המשפט הבינלאומי המנהגי: M. N. Shaw *International Law* (Cambridge, 5th ed., 2003) 595

16 פסק הדין בעניין אמסטרדם, לעיל הערה 12, קבע כי למדינת ישראל קיימת הסמכות להחרים מניות המוחזקות בחו"ל באמצעות בנק ישראלי של תושבי ישראל, אך לא של תושבי חו"ל שהחזיקו מניות באמצעות בנק ישראלי בחו"ל. סביר להניח כי גם הכרעה זו אכן תואמת את המשפט הבינלאומי, ראו Shaw, *ibid* at p. 578. בדומה, בע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועמ"ש, פ"ד ה(2) 1061 (להלן: עניין שטיינברג) נקבע כי למדינת ישראל סמכות לחייב תושבים בירושלים לשרת בצבא.

17 בפסק הדין בעניין שטמפפר, לעיל הערה 10, בע' 15, נקבע כי למדינת ישראל הסמכות לשפוט על עבירות שנעשו בלב ים גם בהיעדרה של חקיקה ישראלית רלבנטית, וזאת בהסתמך על המנהג הבינלאומי. סביר להניח כי במקרה זה טעה בית המשפט ביישום המשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי אינו מעניק סמכות לבתי משפט של מדינה, אלא רק מתיר להם להפעיל סמכות. ראו רובין לעיל, הערה 11. בדומה, בבג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי, פ"ד יח(1) 598 (להלן: עניין שטרייט) צומצמה הסמכות של הרב הראשי ליתן היתר לשאת אישה שנייה ליהודים (ראו במיוחד דברי השופט כהן).

18 בעניין אייכמן, לעיל הערה 14, הניח בית המשפט העליון כי אין בעיה לשפוט את אייכמן בשל העובדה שהובא לארץ באורח הנוגד את המשפט הבינלאומי, כאשר נחטף מארגנטינה בלא הסכמתה של זו. שאלה זו שנויה במחלוקת רבה. ראו למשל: פסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *United States v. Humberto Alvarez Machain*, 504 US 655.91 (S.Ct. 1992) וראו הביקורת על פסק הדין "State-Sponsored" M.J. Glennon

מלבד שלושת פסקי הדין שלעיל ומעט פסקי דין נוספים העוסקים כולם בנושא סמכויות השיפוט כמעט שלא ניתן למצוא בשנים אלו פסקי דין המתייחסים למנהג במשפט הבינלאומי הפומבי. בפועל, נושאי הסמכות הבינלאומית שעלו בפני בית המשפט העליון לא הביאו אל פיתחו נושאים שבהם יכול היה בית המשפט להיקלע לקשיים פוליטיים. הכרעת בית המשפט בפסקי הדין של אייכמן ושטמפפר הרחיבה את סמכות בית המשפט אך התאימה לעמדה שהוצגה על ידי פרקליטות המדינה. בפסק הדין אמסטרדם אמנם הביא המנהג הבינלאומי את בית המשפט לפסול צו של שר האוצר, אלא שפסיקה זו הייתה חסרת משמעות. ממילא אין זה סביר שבתי המשפט באנגליה היו מוכנים לאכוף הכרעה המחייבת תושב חוץ להעביר לידי מדינת ישראל מניות בחברות זרות רק מפני שאלו הוחזקו בנאמנות על ידי בנק ישראלי¹⁹, ובית המשפט העליון היה כמובן מודע לכך²⁰. בסך הכל אם כן לא הציבו המנהגים הבינלאומיים כל בעייה אמיתית בפני בתי המשפט. מנהגים בינלאומיים שאינם נוגעים לנושא סמכויות המדינה ובתי המשפט כמעט שלא הגיעו לבית המשפט העליון. את היעדרם של מנהגים אחרים מדיוניו של בית המשפט העליון ניתן לתלות בגישה הקשוחה שאימץ בית המשפט העליון לעניין הוכחת המנהג²¹. בעקבות פסק הדין בעניין ה"Lotus"²² דרש בית המשפט העליון כי יוכח שמנהג אכן נפוץ, וכי אכן כל המדינות נוהגות לפיו מהטעם שהן סבורות כי הוא מחייב משפטית²³. אימוץ גישה קשוחה הגיוני אם המטרה היא לצמצם את הוכחת המנהג לנושאים העוסקים בענייני סמכות המדינה או בית המשפט. בנושאים אלו יש לצפות כי פעולות שיפוטיות אמנם

Abduction: A Comment on *United States v. Alvarez Machain*" 86 *Am. J. Int'l L.* 746 (1992). אבל ראו: M. Halberstam "In Defense of the Supreme Court Decision in *Alvarez-Machain*" 86 *Am. J. Int'l L.* (1992) 736

Shaw, *supra* note 15, at p. 576 19

ראו עניין אמסטרדם, לעיל הערה 12. 20

ראו למשל אמירתו של השופט דונקלבלום בהמ' 45/49 "שמשו"ן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד(1) 143: "יש, איפוא, להוכיח הלכה של המשפט הבינלאומי ע"י הוכחות מספיקות, שמהן אפשר להסיק כי אותה מדינה הכירה בה ופעלה על-פיה, או שאופיה של הלכה זו, או העובדה שהיא מוכרת ע"י מדינות רבות ונפוצה ברבים, מחייבים את ההנחה, ששום מדינה תרבותית לא תתעלם ממנה" (שם, בע' 146).

The Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey) P.C.I.J. rep. Ser. A No. 10, p. 18 (1927) 22

הדרישות להוכחת המנהג כפי שנקבעו בפסק הדין בעניין ה"Lotus" ולפני כן בעניין ה"Paquette Habana" היו מחמירות ביותר. הטוען למנהג נדרש להראות לא רק כי אכן כל המדינות מתנהגות בצורה מסוימת, אלא כי הן עושות זאת מהטעם שהן רואות עצמן מחויבות על פי דין לעשות זאת. הבדל זה, שמקורו בצורך להפריד בין נוהג נימוסי למנהג משפטי, הפך בידי בתי המשפט ככלי להימנע מלאשר מנהגים אשר פגעו בריבונות המדינות. הוכחתו של המנהג הפכה קשה מאוד. לביקורת על הגישה הקשוחה בפסק הדין בעניין ה"Lotus" ראו למשל את חוות דעת שופט המיעוט Weeramantry בעניין חוקיות השימוש או האיום בשימוש בנשק גרעיני. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)* I.C.J. rep. (1996) p. 226. para. III(9) of the dissenting opinion of Judge Weeramantry

ייתמכו בהצהרות משפטיות של המדינות. אימוץ גישה מעין זו הוא למעשה תמריץ שלילי לעורכי דין לנסות לטעון מכוח המנהג בנושאים אחרים, שבהם כמות ההכרעות השיפוטיות, בוודאי בתקופה ההיא, מועט הרבה יותר. אין להתפלא אם כן שהמנהג הבינלאומי היה כלי זניח יחסית בארסנל הטענות של עורך הדין הישראלי.

ב.3 אי תחולה של אמנות ללא חקיקה קולטת

כאמור, כלל הזהב השני שעיצב בית המשפט העליון הוא כי אמנות יוחלו על ידי בית המשפט רק אם נקלטו במשפט המקומי. הלכה זו נקבעה בפסק הדין בעניין סמרה²⁴, שבו הבהיר בית המשפט העליון כי איננו מתכוון לתת תוקף לאמנות במשפט הישראלי מבלי שהן נקלטות בחקיקה קולטת²⁵. האמנות הכמעט יחידות שעלו לדיון בבית המשפט היו אם כן אמנות העוסקות בנושאי הסגרה, תחום שלגביו היה חוק מפורש הקולט מראש את כל האמנות אל תוך המשפט הישראלי²⁶. הנחתו של בית המשפט העליון הייתה, כך יש להניח, כי ענייני המשפט הבינלאומי הם עניינים הנובעים מעסקיה הבינלאומיים של הממשלה. אין בית המשפט צריך להידרש לעיסוק בהם, והתפיסה כי בית המשפט אינו מיישם אמנות כאלו יכולה אך להועיל לו ולמנוע חיכוך בינו ובין הממשלה²⁷. כבשיטת המשפט האנגלית נותרה בידי הממשלה הסמכות להתקשר באמנות ולאשררן. עיקרון הפרדת הרשויות דרש כי לא יהיה די באישור מעין זה על מנת ליצור נורמה כללית המחייבת את בתי המשפט.

ב.4 חוק ישראלי גובר

גם הכלל השלישי הקובע כי המשפט הישראלי גובר על המשפט הבינלאומי אומץ בנסיבות שיש בהן כדי ללמד על ניסיונו של בית המשפט העליון להתחמק ממחלוקת

24 ע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד (4) 1828 (להלן: עניין סמרה).
 25 בעניין סמרה, שם, נדונה הטענה שעל פיה החרמת קרקע של תושבי יהודה ושומרון אשר נותרה בצידו המערבי של קו שביתת הנשק ("הקו הירוק") מכוח חוק נכסי נפקדים מנוגדת להסכמי רודוס שקבעו כי קביעת קו שביתת הנשק לא תביא לפגיעה בזכויות קניין פרטיות. בית המשפט דחה את הטענה וקבע כי אינו מחיל אמנות שלא נקלטו. אייל בנבנישתי סבור כי העובדה שהסוגייה הראשונה מתחום תחולתן של אמנות בינלאומיות שהגיעה לפתחו שלבית המשפט העליון היא בנושא עדין ורגיש זה, היא טעם מרכזי מדוע החליט בית המשפט העליון לקבוע כי אינו מחיל אמנות בינלאומיות. ראו: בנבנישתי, השלכות שיקולי חוץ ובטחון, לעיל הערה 2, וכן E. Benvenisti "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts" 4 *Eur. J. Int'l L* (1993) 159.
 26 בע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 97 (להלן: עניין קמיאר) נקבע כי בישראל רשאית ממשלת ישראל לאשרר אמנות בינלאומיות. בעניין זה נקבע עוד כי אמנת ההסגרה של ישראל ושווייץ תקפה היות שאושררה על ידי הממשלה ויש לה תחולה במשפט הישראלי.
 27 ראו בנבנישתי, לעיל הערה 2.

עם הממשלה או עם המחוקק בנושאים הנובעים מהמשפט הבינלאומי הפומבי. בפסק הדין בעניין שטיינברג²⁸ נדון עניינו של בן העדה החרדית בירושלים שסירב להתייצב כמועמד לשירות ביטחון. בשולי טיעונו העלה פרקליט העותרים טענה שלפיה המשפט הבינלאומי הפומבי רואה בירושלים (המערבית) שטח כבוש, ולפיכך אין למדינת ישראל סמכות להפעיל את סמכותה בשטח זה לרבות סמכות לגיוס תושביה של ירושלים לצה"ל²⁹. בית המשפט דחה טענה זו תוך שהוא קובע מפורשות כי חוק ישראלי פנימי גובר על כל אמנה בינלאומית שלא הופנמה³⁰.

5.2 הפרשנות

עידון של כלל עליונות המשפט הפנימי, שמראשית הדברים הופיע בסמוך לו, הוא כלל הפרשנות. על פי כלל זה כל חוק ישראלי יפורש, אם רק ניתן הדבר, באופן שלא יסתור את המשפט הבינלאומי. עיקרון זה מבוסס על העיקרון הידוע בשם כלל ה-Charming Betsy מן המשפט האנגלו-אמריקאי³¹. איזכור ראשון של עקרון זה מופיע כבר בפסק הדין בעניין שטיינברג³², אך פירוטו של העיקרון מצוי בפסק הדין בעניין אמסטרדם³³. בפרשה זו נדונה סמכותה של ממשלת ישראל להעביר לחזקתה מניות שהוחזקו בחוץ לארץ, דהיינו להפעיל את סמכותה מעבר לגבולותיה ועל אזרחים זרים. בית המשפט העליון פסק כי אמנם למדינת ישראל היכולת הפורמלית לחוקק חוק שיגבר על כלל מהמשפט הבינלאומי אולם בית המשפט יעשה כל מאמץ

28 עניין שטיינברג, לעיל הערה 16.

29 פסק הדין בעניין שטיינברג, שם, הוא פסק דין מרתק מבחינת ההקשר ההיסטורי שלו: עניינו בעימות בין מדינת ישראל הצעירה לקהילה החרדית האנטי-ציונית המרוכזת בירושלים, שעדיין היוותה מרכיב משמעותי בציבור היהודי בארץ ישראל. פסק הדין מרתק מסיבה נוספת: פרקליט המערער העלה את הטענה מתחום המשפט הבינלאומי תוך שהוא מודע לכך שדינה להידחות. פרקליט המערער מצוטט כאומר שעל אף שהוא מודע לכך כי דין טענתו להידחות הוא מעלה אותה על מנת שיוכל לאחר מכן לפנות לטריבונל בינלאומי. ייתכן שעצם העלאת הטענה קשורה לתפיסה שהייתה עדיין קיימת בראשית שנות החמישים, אך נעלמה והופיעה מחדש רק בראשית המאה ה-21, שעל פיה לקהילה הבינלאומית יש כוח כפייה על המדינות.

30 ראו שם, בע' 1066 דברי השופט זוסמן: "מקום שאנו עוסקים לא במשפט המקובל (common law) אלא בחוק חרות ומלשוננו של אותו חוק מסתבר רצונו של המחוקק, במקרה זה יש לבצע את רצון המחוקק מבלי להתחשב בסתירה הקיימת בין החוק ובין המשפט הבין-לאומי". אמירה דומה ראו בעניין אמסטרדם, לעיל הערה 12, בע' 971 דברי השופט אגרנט: "מבחינת המשפט הפוזיטיבי המקומי... לא קיימת כל הגבלה על סמכותה הלגליסטית של המדינה בשטח האמור...".

31 *Murray v. Schooner Charming Betsy* 6 U.S. 64, 118 L. Ed. 208 (1804). See *Restatement of the Foreign Affairs Laws of the United States* (third) §114 "Where fairly possible, a United States statute is to be construed so as not to conflict with international law or with an international agreement of the United States"

32 לעיל הערה 28.

33 לעיל הערה 12.

פרשני להביא לכך שלא תהיה סתירה שכזו. לאור כלל הפרשנות דחה בית המשפט העליון את דרישת המדינה להעביר לחזקתה תעודות מניות שהוחזקו על ידי מי שאינם אזרחי ישראל או תושביה.

ב.6 הערכה כללית

כאמור, מאמר זה אינו מבקש להעריך האם כללי הזהב לקליטת המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי כפי שנקבעו על ידי בית המשפט הינם ראויים או רצויים. מלאכה זו נעשתה כבר על ידי כמה חוקרים³⁴. מטרתו של מאמר זה היא לברר מהם האינטרסים שהובילו את בית המשפט העליון לנקוט את העמדות שנקט. כפי שציינתי לעיל ברור כי מטרתם הראשונית של כללי הקליטה של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי הייתה, כפי שציין אייל בנבנישתי, לאפשר לבית המשפט מקסימום גמישות בהתעמתות של מול הממשלה. בית המשפט העליון לא היה מוכן להתעמת עם הממשלה על בסיס המשפט הבינלאומי מבלי שיש מאחוריו תמיכה של המשפט הפנימי³⁵. הדיון במשפט הבינלאומי שבית המשפט היה מוכן לפתח יוגדר נכונה כדיני סמכויות המדינה. השאלות העולות בו הן השאלות מתחום המגבלות על סמכות המדינה. בסוגיות אלו לא חשש בית המשפט העליון להתערב מכמה סיבות:

- בעניינים אלו מבוססת החלטתו של בית המשפט על קרקע בטוחה יחסית של המשפט הבינלאומי הפומבי. בית המשפט יכול לאמץ גישה קשיחה להוכחת המנהג, היות שהמנהג הבינלאומי בנושאים אלו מבוסס לאורכה ולרוחבה של קהילת המשפטנים הבינלאומית³⁶.
- אלו תחומים קלאסיים שבהם התערבו בתי המשפט הלאומיים מאז ומעולם. הם קשורים קשר הדוק לתחום מתקל הדינים וסמכות בית המשפט בדיון הפרטי, נושאים שבית המשפט נאלץ לעסוק בהם ואינו יכול להימלט מכך.
- יש סבירות גבוהה שבהחילו דינים אלו ייתקל בית המשפט בהחלה דומה של הדינים מצד בתי המשפט במדינות אחרות. אין חשש אמיתי כי החלת הדינים תציב את ישראל בעמדת נחיתות³⁷.

34 ראו בעיקר זילברשץ, קליטה, לעיל הערה 2, וכן ט' אינהורן "התקשרות בהסכמים בינלאומיים: הדין המצוי אינו רצוי" המשפט ג (תשנ"ו) 367; בנבנישתי, לעיל הערה 2.

35 ראו 9 Benvenisti, *supra* note 25, at p. 9. אין זה המקום לפתח דיון רחב בשאלה מדוע חושש בית המשפט העליון, ובתי משפט בעולם בפרט, להסתמך על משפט בינלאומי כבסיס לפסילת החלטות של הרשות המבצעת. בעיקרו של דבר הבעיה היא בעיית הגרעון הדמוקרטי של המשפט הבינלאומי שלא אושר על ידי המדינה. לדיון רחב יותר ראו Benvenisti, *ibid* וכן ראו זילברשץ, קליטה, שם.

36 לחשיבות יכולתם של השופטים להסתמך על תפיסות מקובלות בינלאומיות ראו: A.M. Slaughter, "Court to Court" 29 *Am. J. Int'l L.* 708.

37 לחשיבות של החשש מפני נחיתות ראו אצל Benvenisti, *supra* note 25.

כך עוצבו כללי הקליטה של המשפט הבינלאומי הפומבי באופן שלא יפגע באינטרסים של מדינת ישראל אך יאפשר לבית המשפט להחיל את המשפט הבינלאומי הפומבי במקום שהדבר נחוץ. כאמור, עיקר תחולתם של הכללים עסק בתחולתו של המשפט הבינלאומי הפומבי כלפי שאלת הסמכות.

התוצאה המשולבת של פסקי דין אלו הייתה תמריץ שלילי להשתמש בהלכות המשפט הבינלאומי הפומבי בפני בית המשפט. האמנה אינה זוכה כמעט לשום התייחסות בבית המשפט. המנהג הוא עניין קשה מאוד להוכחה³⁸. ממילא מובן מיעוט השימוש בנושאים מתחום המשפט הבינלאומי הפומבי בבית המשפט העליון בתקופה זו.

כבר בפסקי דין מוקדמים אלו ניתן לראות כמה מאפיינים משותפים של פסיקת בית המשפט העליון. המאפיין הראשון של הפסיקה הוא הנטייה של בית המשפט העליון להתמודד עם המשפט הבינלאומי המנהגי גם אם אין בכך צורך אמיתי, בדרך של אמרות אגב. כך בפסק הדין בעניין אייכמן, כאשר בית המשפט העליון הציב שתי תיזות נפרדות בדבר סמכות השיפוט שלו. התיזה הראשונה הייתה מבוססת על המשפט הישראלי, הגובר כאמור על המשפט הבינלאומי³⁹. כמו כן ציין בית המשפט כי אין מניעה להפעלתה של סמכות השיפוט הישראלית מכוח המשפט הבינלאומי⁴⁰. התיזה השנייה של בית המשפט, בדבר קיומה של סמכות שיפוט אוניברסלית לבתי המשפט של מדינת ישראל, מופיעה רק לאחר שבית המשפט הוכיח כבר את דעותיו הקודמות. למעשה, בעניין שטמפפר היה מצב דומה. בית המשפט יכול היה להסתמך על המשפט האנגלי שנקלט במשפט הישראלי, כפי שאכן עשה השופט גויטיין. אולם השופט חשין בחר לקבוע הלכה בעניין הקליטה האוטומטית של המנהג אל המשפט הישראלי⁴¹.

תכונה חשובה נוספת של פסקי הדין הבוקעת ועולה כבר בעת ההיא, היא ההתייחסות הגמישה של בית המשפט העליון אל המנהג הבינלאומי. בית המשפט העליון בפסק דין אייכמן מציין את החשיבות הרבה שביכולתו של המנהג הבינלאומי להשתנות ולהתאים את עצמו אל העולם המתפתח⁴². הערות אלו, שבפסק הדין בעניין אייכמן נראות הגיוניות למדי, שימשו לאחר מכן את בית המשפט העליון לפיתוח דוקטרינות שיחתרו תחת המשפט הבינלאומי הפומבי⁴³. נושא נוסף שעלה כבר בעת

38 ראו הדין לעיל הערה 23.

39 תיזה זו היוותה את עיקר הדין בתחום בפסק הדין של בית המשפט המחוזי. בית המשפט קבע כי סמכותו נובעת מחוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, המעניק לו סמכות שיפוט מלאה. מובן כי על פי כלל הזהב השלישי שלעיל היה אמור הדין להסתיים בשלב זה, ואכן כך קרה בבית המשפט המחוזי.

40 עניין אייכמן, לעיל הערה 14.

41 ראו עניין שטמפפר, לעיל הערה 10, וכן רובין, לעיל הערה 11.

42 שם.

43 ראו להלן טקסט ליד הערה 109.

ההיא בפסיקה הוא שאלת הפרשנות הראויה של אמנות בינלאומיות. כבר באחד מפסקי הדין הראשונים העוסקים בנושאים אלו הביע בית המשפט העליון את דעתו שעל פיה סביר כי הפרשנות של אמנות בינלאומיות בישראל אינה צריכה בהכרח להתאים לכללי הפרשנות הבינלאומית אלא לתרבות המשפטית והכללית של ישראל⁴⁴. על כל פנים, קליטתו של המשפט הבינלאומי הפומבי אל תוך המשפט הישראלי באותן שנים הייתה מוגבלת לתחומים משפטיים צרים ונעשתה במשורה ובקפדנות.

ג. השלב השני – ממלחמת ששת הימים ועד לאינתיפאדה השנייה

1.1. הבעייה: התאמת כללי התחולה למצב שנוצר לאחר מלחמת ששת הימים

שינוי דרמטי בתחומי התחולה של המשפט הבינלאומי הפומבי אירע בשנת 1967, עם תום מלחמת ששת הימים. במלחמה זו כבשה מדינת ישראל שטחים רבים שלא היו בשליטתה קודם לכן. גישה ליברלית של פרקליטות המדינה הביאה לכך ששערי בית המשפט העליון נפתחו בפני עותרים תושבי השטחים⁴⁵. התושבים החלו לנצל אופציה זו בסמוך לאחר מלחמת ששת הימים. כבר בשלבים הראשונים של פסקי הדין הסתמכו תושבי יהודה ושומרון על המשפט הבינלאומי הפומבי, ולכאורה זכה משפט זה לעדנה בבית המשפט העליון.

בשלב זה כבר גיבש בית המשפט העליון את ארבעת כללי הזהב שצוינו בחלק הראשון של דיוננו; אלא שהתברר כי שטף העתירות שהגיעו לבית המשפט העליון מתושבי השטחים ערערו את הנחות היסוד שעליהן היה מושתת הטיפול הנינוח בסוגיית תחולת המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי. הנחת היסוד של הפסיקה המשפטית קודם למלחמת ששת הימים הייתה כאמור כי מספר הדיונים המבוססים על המשפט הבינלאומי הפומבי קטן וכי הם ממוקדים בתחומי סמכויות המדינה. בית המשפט גם צעד על קרקע משפטית בטוחה יחסית בדיוניו בנושאים אלו. דיונים באמנות החורגות ממרחב זה הודרו מבית המשפט, למעט במקום שבו בחרו הממשלה והכנסת לעגן את האמנות בחקיקה. דרך זו אפשרה לממשלה שליטה כמעט מלאה על תחולת המשפט הבינלאומי בישראל.

כיבוש השטחים והעתירות שהגיעו מתושביהם הביאו אל בית המשפט העליון משפט בינלאומי מסוג אחר לחלוטין: המשפט הבינלאומי ההומניטרי. משפט בינלאומי זה אינו עוסק בכיבוד זכויותיהן של מדינות אחרות ובתחומי סמכותו הבינלאומית של

44 ע"א 200/52 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' קיין, פ"ד ז' (1) 107.

45 M. Shamgar "The Observance of International Law in the Administered Territories" 1 45 *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (1971) 262

בית המשפט. זהו משפט בינלאומי שביסודו דיני זכויות האדם.⁴⁶ המשפט ההומניטרי אינו מבוסס על תועלתנות גרידא, אלא אף, ואולי בעיקר, על מוסר ועל כללי משפט טבעיים.⁴⁷ מרכיב המנהג במשפט הבינלאומי שלעיל הוא נרחב.⁴⁸ יתר על כן, הכללים הבסיסיים של המשפט הבינלאומי בנושאים אלו אינם תמיד ברורים.⁴⁹ בפניו של בית המשפט העליון עמדו כרכים מועטים יחסית של פסיקה בינלאומית שיכלו לסייע לו, וכמעט בכל נושא שהגיע לבית המשפט העליון היו כמה עמדות אפשריות נוגדות. בשום פנים ואופן לא היה זה המשפט הבינלאומי הפומבי שעבורו עוצבו כללי התחולה של המשפט הבינלאומי הפומבי עובר למלחמת ששת הימים. בעומדו מול סוגייה זו של המשפט הבינלאומי נדרש בית המשפט העליון לאזן בין שני אינטרסים נוגדים: מצד אחד חייבו הכללים המסורתיים של תחולת המשפט הבינלאומי הפומבי בישראל את בית המשפט העליון לתת למשפט הבינלאומי הפומבי משמעות בפסיקתו. חלק ניכר מדיני המלחמה היו מבוססים על מנהגים בינלאומיים. מצד אחר, כללי המשפט הבינלאומי הפומבי עוצבו במטרה לתת תוקף לכללי הסמכות הבינלאומית ולא על מנת להטיל מגבלות על ממשלת ישראל בענייני זכויות האדם.

2.ג התרגום: העברת זכויות האדם לשטחים והשימוש במשפט הבינלאומי

הגישה המקובלת במחקר מניחה כי הכיבוש בשנת 1967 הותיר את השטחים מחוץ למערכת ההגנה על הזכויות המקובלת בגבולות הקו הירוק, וכי העתירות לבית

T. Meron "The Humanization of Humanitarian Law" 94 *Am. J. Int'l. L.* (2000) 239, 46 especially at pp. 242–247. לדעת Meron ההשפעה של עקרונות הומניים על משפט דיני המלחמה ניכרה מראשית התפתחותו, אם כי התגברה בשנים האחרונות.

47 אין אני טוען כי דיני המלחמה כולם אינם מבוססים כלל על תועלת. למשל ראו: E. A. Posner "A Theory of the Laws of War" 70 *U. Chic. L. Rev.* (2003) 297 תועלתני זה חלש יותר מאשר בדיון הבינלאומי בענייני הסמכות המבוסס על הנחת הדדיות בקיום ההתחייבות הבינלאומית.

48 המשפט הבינלאומי של דיני המלחמה הוא אחד המרכיבים העתיקים של המשפט הבינלאומי הפומבי. התייחסות מפורשת באמנה לדיני הכיבוש מופיעה לראשונה באמנת האג הרביעית (1907); בית המשפט העליון קיבל את הטענה שעל פיה מבטאת אמנה זו מנהג בינלאומי שקדם לה. לדיון נרחב במרכיבי המנהג במשפט הבינלאומי ההומניטרי ראו: J.M. Henckaerts & L. Doswald-Beck *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge, 2005)

49 דניאל רייזנר, לשעבר ראש ענף דין בינלאומי בפרקליטות הצבאית, נוהג בהרצאותיו הפומביות לתת דוגמה בולטת לאי הבהירות שבכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי; רייזנר מספר שנשאל על ידי מפקד צבאי מהו האורך המותר של עוצר, ובכל כמה זמן חייבים לתת לתושבים הזדמנות להצטייד במזון. מובן שאין תשובה חד משמעית לשאלה זו בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. היועץ המשפטי צריך לגזור את התשובה מעקרונות כלליים של כיבוד זכויות האדם. למשל: הרצאה בכנס Democracy and Occupation שנערך ביום 15.6.04 במרכז קונקורד במכללה למינהל.

המשפט העליון לא שינו מצב זה באופן מהותי⁵⁰. בית המשפט העליון תרם מעט להקלת מצב השטחים, אבל זכויות האדם המקובלות במשפט הישראלי "נעצרו" בקו הירוק⁵¹. טענה מרכזית במאמר זה קוראת תיגר על הגישה המקובלת ובסיסה הוא כי לכל הפחות לגבי התקופה שמיד לאחר מלחמת ששת הימים חוטאת הגישה המקובלת באידיאליזציה של מצב זכויות האדם בתוך מדינת ישראל⁵², בהערכת יתר של יכולותיו של בית המשפט העליון לפעול בתוך מערכת פוליטית של כיבוש, ובהערכת חסר של הפעולות אשר נקט בית המשפט העליון הלכה למעשה. גישה מאוזנת יותר תקדיש תשומת לב ניכרת לכמה אלמנטים: לרמת השמירה על זכויות אדם של בית המשפט העליון כלפי הערבים בתוך תחומי מדינת ישראל, ולהשפעות שהיו לנכונות העקרונית של בית המשפט העליון לפתוח את שעריו לטענות התושבים מכוח המשפט הבינלאומי. גורמים אלו נבחן להלן.

ג.2 (א) ההגנה על זכויות אדם בתוך תחומי מדינת ישראל

בשנת 1967, כמעט עשרים שנה לאחר קום המדינה, כבר עיצב בית המשפט העליון הישראלי משנה סדורה באופן יחסי של פסילת פעולות הממשלה הנוגדות את זכויות האדם. החל מפסק הדין בעניין בז'רנו⁵³, דרך פסקי הדין בעניין קול העם⁵⁴, אולפני הסרטה⁵⁵ וכרדוש⁵⁶ התעמת בית המשפט העליון עם פעולות הממשלה, כשהתבסס על עקרונות היסוד של השיטה וגזר מהם את כללי המשפט הציבורי הישראלי⁵⁷. בשלב זה, סוף שנות השישים ותחילת שנות השבעים, כלל המשפט החוקתי הישראלי כמה כללי יסוד בדבר זכויות האדם בפני בית המשפט העליון: בית המשפט אפשר לכל אזרח שנפגע מפעולת הרשות הזכות להביא את טענתו בפני הרשות המוסמכת ובסופו של דבר הוקנתה לאזרח הנפגע הזכות להביא את טענותיו בפני בית המשפט הגבוה לצדק⁵⁸. בג"צ כחן אם לרשות הפוגעת בזכות יש סמכות שבחוק לעשות כן⁵⁹.

50 ל' שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 757 (להלן: שלף, גבול האקטיביזם); ל' שלף מרות המשפט ומהות המשטר (תשנ"ו) 111.

51 מ' נגבי כבלים של צדק: בג"צ מול הממשל הישראלי בשטחים (תשמ"ב).

52 ראו אצל בנבנישתי – השפעות שיקולי חוץ ובטחון, לעיל הערה 2 והאסמכתאות המובאות שם.

53 בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב(1) 80 (להלן: עניין בז'רנו).

54 בג"צ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (להלן: עניין קול העם).

55 בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ויהמועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טז(4) 2407.

56 בג"צ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו(2) 1151 (להלן: עניין כרדוש).

57 ראו ב' להב, "עיון בזכות לייצוג הולם במלאת יובל לקול העם ועשור להעדפה מתקנת" קרית המשפט ד (תשס"ה) 3–106.

58 עקרון שבתי המשפט של ישראל נטלו ישירות מן המשפט המקובל.

59 עניין בז'רנו, לעיל הערה 53, בע' 16, ולגבי הממשל הצבאי על הערבים: בג"צ 240/51 אל רחמן נ' שר הפנים, פ"ד ו(1) 364.

מצד אחר איזון בג"צ את איסור הפגיעה בזכויות מול כמה אינטרסים. ראשית, פגיעה בזכויות תאוזן מול אינטרס המדינה. רק פגיעה קרובה לוודאי באינטרס המדינה תצדיק פגיעה בזכויות האזרח.⁶⁰ כאשר האינטרס שנטען על ידי המדינה כרוך בביטחון המדינה ובית המשפט השתכנע שאכן טעמי בטחון המדינה עמדו בבסיס הטיעון, הוא נטה לפסוק לטובת המדינה. אינטרס בטחון המדינה גבר כמעט תמיד במקרה של איזון אינטרסים.⁶¹ למשל: בית המשפט העליון כמעט שלא התערב כלל בממשל הצבאי ששרר לגבי חלק ניכר מהתושבים הערבים של מדינת ישראל עד לדצמבר 1966, למעט במקרים של מעשים שנעשו בחוסר סמכות.⁶² בית המשפט הפעיל קריטריון שיקול דעת מצומצם מאוד בנושאים אלו.⁶³

מאפיין חשוב נוסף אם כי לא פורמלי של הפסיקה באותה עת היה מיעוט ההגנה על האזרחים הערבים של המדינה. אמנם חלק מפסקי הדין החשובים ביותר של בית המשפט ניתנו ביחס להגנה על הערבים, אך לא היה בהן כדי לשנות את המבנה השלטוני הישראלי הבסיסי.⁶⁴ על פי מבנה זה חי חלק ניכר מהערבים במדינת ישראל תחת ממשל צבאי חמור יותר או פחות עד שנת 1966, ותחת האפלייה הבסיסית שהייתה טמונה במשטר כלפי זכויות הערבים בישראל. במהלך השנים הראשונות לקום המדינה נשלל מהערבים חלק עצום מהקרקעות שהיו ברשותם לפני קום המדינה.⁶⁵ אלינה קורן תיארה את היחס לערבים בישראל כניסיון לקרימינליזציה של חייהם.⁶⁶ בכל העניינים

- 60 עניין קול העם, לעיל הערה 54, בע' 16.
- 61 ראו למשל בג"צ 279/72 עובר נ' שר הבטחון, פ"ד כז(1) 169, 176-177: "הכלל הנקוט בידי בית-משפט זה הוא שאין הוא שם את שיקול-דעתו תחת שיקול-דעתה של רשות מנהלית. כלל זה חייב לחול ביתר שאת על החלטה כזאת הנדונה כאן, כי עניין לנו כאן בנושא של התאמה אישית לתפקיד צבאי".
- 62 מ' הופנונג ישראל — בטחון המדינה מול שלטון החוק (1994) 144-145. בג"צ 8/52 בדר נ' שר הפנים ואח', פ"ד ז(1) 366.
- 63 בג"צ 46/50 אל-איובי נ' שר הבטחון, פ"ד ד(1) 222. עניין כרדוש, לעיל הערה 56; ד"ג 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז(2) 1209. בפסק דין זה נקבע כי רשם החברות אינו יכול להפעיל שיקול דעתו המוחלט בטענה של ביטחון המדינה. אבל פסקי דין מאוחרים יותר עיקרו למעשה מתוכן את פסק הדין. ראו: בג"צ 39/64 חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון-נצרת, פ"ד יח(2) 340; בג"צ 56/65 ג'ריס נ' המפקד הצבאי לאזור א', פ"ד יט(1) 260; בג"צ 17/71 מראר נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כח(1) 141.
- 64 לניתוח נרחב של מעמדם של אזרחי ישראל הערביים עד לשנות השבעים, ראו: א' סבן "השפעת בית המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 541. סבן מגדיר את מעמד המיעוט הערבי בישראל בתקופה זו כמיעוט הנתון במשטר של פיקוח (שם, בע' 542), וקובע כי בית המשפט העליון לא גרם לשינוי מצב בסיסי זה בכל אותם שנים (שם, בע' 560).
- 65 ס' קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני התיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא (1998) 665-746.
- 66 א' קורן "קרימינליזציה של קונפליקט פוליטי: פשיעה בקרב אזרחים ערבים בשנות החמישים" פלילים ח (תשנ"ט) 157.

הללו ביכר בית המשפט העליון שלא להתערב באופן שיחזור תחת המדיניות העקרונית של ממשלת ישראל.

חשוב מכל לזכור כי החירויות הפוליטיות שזכה בהן המיעוט הערבי במדינת ישראל היו מוגבלות ביותר⁶⁷. במיוחד נמנע בית המשפט מלהתערב במקום שהיה נראה כאילו מדובר בניסיון של הקולקטיב הערבי לקבל זכויות קיבוציות⁶⁸. לערביי ישראל ניתנה למשל הזכות הפוליטית לבחור את נציגיהם. אולם נציגים אלו הוגבלו מאוד ביכולתם להביע את הדרישה לזכויות קולקטיביות של המיעוט הערבי. מפלגה שניסתה לטעון לזכויות קיבוציות של המיעוט הערבי נפסלה למעשה⁶⁹.

לסיכום: גם בתוך תחומי הקו הירוק לא היווה בית המשפט העליון מחסום משמעותי בפני השלטון בשנות השישים, בעיקר בנוגע למגבלות שזה הטיל על המיעוט הערבי במדינת ישראל. ערביי מדינת ישראל היו נתונים תחת משטר של פיקוח והפסיקה של בית המשפט העליון לא שינתה מצב זה⁷⁰. לפיכך הפער בין שמירת זכויות הערבים במדינת ישראל לבין שמירת זכויותיהם בשטחים קטן בהרבה מכפי שנראה מלכתחילה⁷¹.

ג.2 (ב) השימוש במשפט הבינלאומי על ידי בית המשפט העליון

לאחר שביררנו את עמדתו העקרונית של בית המשפט העליון כלפי זכויות האדם של תושביה הערבים של מדינת ישראל נפנה כעת להבנת המבנה המשפטי שיצר בית המשפט העליון בשטחים בשנים הראשונות שלאחר הכיבוש.

כידוע, בשורה של החלטות תקדימיות של היועץ המשפטי לממשלה ושל בית המשפט העליון בחרה המערכת המשפטית הישראלית לאפשר לבית המשפט העליון לבקר את פעולות ממשלת ישראל בשטחים. הליך זה אינו הליך מקובל בהיסטוריה הבינלאומית של הכיבוש. למעשה, לא ידועה דוגמה נוספת שעל פיה בית המשפט של

67 ב' קימרינג "חקיקה ושפיטה בחברת מהגרים-מתיישבים" מחקרי משפט טז (תש"ס) 17.
68 ר' חריס "דמוקרטיה יהודית ופוליטיקה ערבית: תנועת אל-ארד בבית המשפט העליון" פלילים י (תשס"א) 107.

69 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365. לניתוח עמדותיה של מפלגת אל-ארד ראו חריס, שם; ר' גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט (א' ברק ואח' עורכים, תשמ"ו) 145.

70 סבן לעיל, הערה 64. סבן מגדיר את מעמד המיעוט הערבי בישראל בתקופה זו כמיעוט הנתון במשטר של פיקוח (שם, בע' 542), וקובע כי בית המשפט העליון לא גרם לשינוי מצב בסיסי זה בכל אותן שנים (שם, בע' 560).

71 אייל גרוס עמד על תופעה זו, וטען כי למעשה זהו אחד הביטויים להיחודה של ישראל דמוקרטיה אתנית, או אולי אף אתנוקרטיה. בית המשפט חילק את פסיקתו לא על פי מדד גיאוגרפי (הקו הירוק) אלא על פי קווים אתניים. ראו א' גרוס "דמוקרטיה אתנית וחוקתית בישראל: בין 'המדינה היהודית' ו'המדינה הדמוקרטית' סוציולוגיה ישראלית ב (תש"ס) 647, 662. לטעמי גרוס מעניק משקל יתר לשאלה האתנית, ומשקל חסר לשיקולים המוסדיים שכיוונו את בית המשפט ליחס לשיקול הביטחוני משקל יתר במהלך אותם שנים.

מדינה כובשת מאפשר לתושבי השטח הכבוש לעתור אליו.⁷² מהלך ייחודי זה דורש הסבר. ההסבר המקובל נוסח על ידי הפרקליט הצבאי הראשי דאז מאיר שמגר שהתווה את מדיניות הפרקליטות להסכים לסמכות השיפוט של בית המשפט בעתירות של תושבי השטחים. לשיטתו, הסכמה זו נועדה על מנת לחזק את הביקורת על חיילי צה"ל.⁷³ על פי הסבר זה אם כן קשורה הסכמת הפרקליטות בקשר הדוק עם ניסיונותיה לכפות דרכי התנהגות מסוימות על צה"ל. זהו מעין מאבק פנימי בין עורכי דין ללוחמים, שביט המשפט העליון מהווה בו כלי משחק בידי הפרקליטות במאמץ ליצור מאזן אימה אל מול הממשלה והצבא שביקשו לממש את שליטתם בשטחים בלא להתחשב בעמדתה המקצועית של הפרקליטות לגבי משמעותם של דיני הכיבוש.

הסבר נוסף שהוצע על ידי פרופסור דוד קרצמר מייחס לבית המשפט העליון שיקול דעת ועצמאות רבה יותר. קרצמר מניח כי קבלת השיפוט על ידי בית המשפט הישראלי היוותה חלק ממנגנון הסיפוח הזוחל של השטחים למדינת ישראל. כבר בשנות השמונים תיאר פרופסור אמנון רובינשטיין כיצד ניסתה מדינת ישראל להפוך את יהודה ושומרון לחלק ממנה ולטשטש את הגבולות המשפטיים בינה לבין יהודה ושומרון.⁷⁴ טשטוש גבולות זה הביא לכך שלמעשה חדלו השטחים להיות שטח כבוש במשמעותו הקלאסית, והתקרבו יותר להיות חלק משפטי, כלכלי, פוליטי וחברתי של מדינת ישראל. קרצמר דימה את מעמדם של השטחים לשטח המצוי בכיבוש קולוניאלי.⁷⁵ כל מוסדות השלטון בישראל בחרו ליטול חלק בשליטה בשטחים. השיטה המשפטית הישראלית חייבה כי גם בית המשפט העליון, המופקד על ביקורת המוסדות האחרים, יאפשר לתושבי השטחים פנייה אליו על מנת שיוכל לבקר את פעילותה של הממשלה. המטרה המרכזית של בית המשפט העליון אם כן לא הייתה החלה של דיני הכיבוש מן המשפט הבינלאומי. מטרתו המרכזית של בית המשפט העליון הייתה הצבת רף מינימלי של ביקורת שיפוטית על מעשיהם של הממשלה ושל מוסדות השלטון הישראליים ביהודה ושומרון. מלאכתו של בית המשפט העליון התמקדה ב"תרגום" כלי היסוד של זכויות האדם והביקורת השיפוטית מתחומי ישראל אל המצב המיוחד השורר בשטחים. שני ההסברים שהובאו לעיל מהווים למעשה את שני צדדיו של אותו המטבע: בית המשפט העליון ומערכת התביעה פעלו יחדיו על מנת לקדם את סמכות השיפוט

72 Kretzmer, *supra* note 1 at p. 4.

73 ספר שמגר – סיפור חיים: ראיון עם פרופ' מנחם מאוטנר (א' ברק, יו"ר המערכת, תשס"ג, כרך א) 175–176.

74 א' רובינשטיין "מעמדם המשתנה של השטחים": מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 439. לתיאור נרחב של השתתפות מוסדות המדינה במפעל ההתנחלות ראו: ע' אלדר וע' זרטל אדוני הארץ: המתנחלים ומדינת ישראל 1967–2004 (תשס"ה) בעיקר בפרק השישי.

75 D. Kretzmer, *supra* note 1, at p. 197. אך ראו ביקורתה של יפה זילברשץ על דעה זו (בעיקר על השימוש במונח שלטון קולוניאלי): "זילברשץ" שליטת צה"ל ביהודה ושומרון: תפיסה לוחמתית או כיבוש קולוניאלי" מחקרי משפט כ (תשס"ד) 547.

של בית המשפט העליון בעתירות של תושבי השטחים. אלא שהטעמים לכך לא היו רק הרצון לבקר את פעילות הממשלה אלא מאמץ משותף להניח בסיס של לגיטימיות לשלטון ישראל ביהודה ושומרון. הלגיטימיות השלטונית מבוססת על כך שקיים חוק המנחה את השלטון הצבאי וכי בית המשפט אוסף אותו החוק. השימוש במשפט והאפשרות לעתור לבית המשפט העליון מעניקים לשלטון הישראלי ביהודה ושומרון את בסיס הלגיטימיות הנדרש⁷⁶. במקביל ביקש בית המשפט העליון עצמו, על פי המסורת שכבר התגבשה במשפט הפנימי, שלא להותיר את פעולות צה"ל בשטחים ללא פיקוח. שיתוף אינטרסים זה של בית המשפט ושל התביעה הביא לפתיחת שעריה של בית המשפט בפני עותרים מהשטחים.

א-פריונית עמדו בפני המערכת המשפטית⁷⁷ שתי אפשרויות להציב אמות מידה לפעולות המדינה. הדרך הראשונה הייתה להתבסס על זכויות האדם והמשפט המנהלי שעוצבו בתוך תחומי מדינת ישראל; הדרך השנייה הייתה להתמקד בכללים הנובעים מהמשפט הבינלאומי הפומבי⁷⁸.

שימוש מפורש בעקרונות היסוד של השיטה הישראלית לגבי השליטה הישראלית בשטחים נראה לא מתאים לאור המעמד הבעייתי של השטחים⁷⁹. אולם דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי הפומבי היוו בסיס מצוין הן לפעולתה של הממשלה והן לביקורת של בית המשפט העליון על מעשיה של הממשלה⁸⁰. הם סיפקו רשימה סגורה של

76 R. Shamir "Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice" 24 *Law. & Soc'y Rev.* (1990) 781

77 במונח מערכת משפטית אני כולל, בנוסף לבית המשפט, אף את מערכת אכיפת החוק, לרבות היועץ המשפטי לממשלה, והפרקליט הצבאי הראשי, מאיר שמגר, אשר במידה רבה עיצב את גרייה של הביקורת השיפוטית על פעולות צה"ל ביהודה ושומרון במשך שנים ארוכות.

78 הבחירה ביישום כללי המשפט הבינלאומי הפומבי של דיני הכיבוש לא הייתה כל כך טבעית כפי שיובהר להלן. בראשית הדברים כלל לא היה ברור כי השטחים ראויים להיחשב כשטח כבוש, מהו הדין החל בדיוק והאם על בתי המשפט של מדינת ישראל להחילו. בשורה של פסקי דין והחלטות של היועצים המשפטיים עוצבה לבסוף הגישה כי המשפט הבינלאומי הפומבי של דיני הכיבוש הוא הדין שיחול לגבי פסיקת בתי המשפט בענייני השטחים.

79 A. Cohen "Administering the Territories: An Inquiry into the Application of International Humanitarian Law by the IDF in the Occupied Territories" 38(3) *Isr. L. Rev.* 24 (2005)

80 השאלה האם על מנת ליתן לממשלה סמכות פעולה כלשהי יש צורך בדיני הכיבוש היא שאלת יסוד שאין לגביה תשובה ברורה. במילים אחרות: בלא דיני הכיבוש מן המשפט הבינלאומי מה היה מעמד הכובש בשטחים שנכבשו? הגישה הקלאסית במשפט הבינלאומי מניחה כי המדינה היא כל יכולה אלא אם כן הוגבלה על ידי כלל משפטי בינלאומי מחייב. ייתכן אם כן כי בלא החלת דיני הכיבוש הייתה המדינה כל יכולה בשטח שכבשה, בדומה למעמדה במשפט הפנימי. גישה מתקדמת יותר תצביע על דיני זכויות האדם ועל משפט דיני הכיבוש כחריגה לדינים אלו. בכל מקרה, ברור כי דיני הכיבוש אינם רק מגבילים את סמכות המדינה אלא אף מעניקים לה זכויות רבות. בתי המשפט בישראל הקפידו מאוד לאפשר למדינה סמכויות נרחבות על פי דיני הכיבוש. ראו למשל בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאווניה אלמחדודה אלמסעוליה

זכויות מהותיות ספציפיות המוענקות לתושבי השטחים. דיני הכיבוש מעניקים לממשל הצבאי שורה של סמכויות שבהן הוא יכול להשתמש למימוש שליטתו⁸¹. דיני הכיבוש זוכים לגיטימיות האינהרנטית של היותם הכללים המקובלים על ידי העולם כולו⁸². בנוסף, דיני הכיבוש מותאמים במיוחד למצב של צורך לאזן בין זכויות אדם לבין צורכי הביטחון⁸³, ובדרך כלל נוטה הכף במצבים אלו לטובת צורכי הביטחון⁸⁴. כל פעולה של צה"ל בשטחים הוצגה לבית המשפט כנדרשת מצורכי הביטחון האמיתיים של הצבא. כמובן, לעולם הודגש בפסיקה כי בין ישראל למדינות ערב שכנותיה קיים מצב מלחמה. המדובר בעימות בין שני קולקטיבים לאומיים על אותה פיסת קרקע.

מצד אחר, להחלת כללי המשפט המנהלי הישראלי היו יתרונות משלהם. הם היוו

נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785 (להלן עניין: ג'מעית אסכאן אלמעלמון) (בית המשפט מתיר למדינה לסלול כביש למרות שהדבר אינו נחוץ לצורכי צבא הכיבוש, וכולל זאת בחובות ישראל לשמור על הסדר הציבורי על פי תקנה 43 לתקנות האג) שם וכן פסק הדין עג'ורי, בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על(3) 2002 (להלן: פסק-דין עג'ורי) (בית המשפט מתיר למדינה לנקוט הליך של "תיחום מקום מגורים" על פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית).

81 ראו תיאור להלן ליד הערה 90.

82 דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי מורכבים משני קבצים מרכזיים: התקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (להלן: תקנות האג) סעיפים 42-56; ואמנת ג'נבה בדבר מעמדם של אזרחים בעת מלחמה משנת 1949 (אמנת ג'נבה הרביעית) בייחוד סעיפים 47-78.

83 תקנות האג אוסרות מספר מצומצם של פעולות. לחלק ניכר מהאיסורים המופיעים יש חריגים המבוססים על צורך צבאי. למשל תקנה 52 ו-53: איסור החרמה של רכוש פרטי אלא לצורכי צבא. תקנה 49: איסור הטלת מיסים נוספים אלא לצורכי צבא. בית המשפט העליון נתן פירוש ליברלי לחריגים כך שצורכי הצבא התירו חלק ניכר מהפעולות שישראל ביקשה לבצע בשטחים. ראו למשל: בג"צ 606/78 אויב ו-11 אח' נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113 (להלן: עניין אויב); בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, עניין ג'מעית אסכאן אלמעלמון, לעיל הערה 80. אמנת ג'נבה הרביעית העוסקת בין השאר בדיני הכיבוש נוסחה על ידי המעצמות המנצחות במלחמת העולם השנייה. התוצאה היא כי כמעט כל איסור באמנת ג'נבה כולל היתר או חריג המבוסס על צורכי הצבא הכובש. למשל: סעיף 55 לאמנת ג'נבה הרביעית בפסקה שניה הקובע כי: "אסור למעצמה הכובשת להחרים צורכי מזון, דברים או רפואות המצויים בשטח שנכבש, אלא לשימושם של כוחות הכיבוש ושל חבר המנהל, ואף אז רק לאחר שהובאו בחשבון צורכי האוכלוסיה האזרחית. תוך כפיפות להוראותיהן של אמנות בינלאומיות אחרות, תערוך המעצמה הכובשת סידורים להבטחת תשלום הוגן תמורת סחורה שהוחרמה"; סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי: "הייתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של ביטחון, לנקוט אמצעי ביטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, לייחד להם מקום מגורים או לעוצרם". לגבי האינטרס הצבאי העומד בבסיס האמנות באופן כללי ראו: C.A. Jochnick & R. Normand "The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War" 35 *Harv. Int'l L.J.* (1994) 49-95.

84 מדינת ישראל "התנדבה" להחיל על עצמה את הכללים ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית. בתחילה היוותה הצהרה זו מיתון של עמדתה העקרונית של המדינה שעל פיה אמנת ג'נבה הרביעית לא חלה על יהודה, שומרון ועזה. במהרה הפכה הצהרה זו לתשתית לסמכות בתי המשפט של מדינת ישראל להתערב מכוח אמנת ג'נבה הרביעית. ראו: Kretzmer, *supra* note 1, at p. 41.

בסיס מסורתי להחלה של עקרונות הפרוצדורה הנאותה – עקרונות ביקורת שבית המשפט ביקש להחיל על פעולות הצבא. הם אפשרו לבית המשפט החלת ביקורת גמישה במיוחד המאפשרת לצבא מתחם של גמישות בפעולותיו, והם יכלו למלא את החסר במקום שהמשפט הבינלאומי ההומניטרי לא קבע עמדה.

הדרך שאימצו השופטים לבסוף שילבה את שני מקורות המשפט שהוזכרו לעיל: עקרון ראשון שבית המשפט העליון אימץ הוא הצהרה על נכונות עקרונית לשמוע טענות של תושבי השטחים הנובעות מהמשפט הבינלאומי הפומבי. בנוסף, הראה בית המשפט העליון נכונות לדון כמעט בכל עתירה שהגישו תושבי השטחים. לבסוף, החיל בית המשפט העליון כללים מתחום המשפט המנהלי הישראלי על פעולות צה"ל בשטחים. פתיחת שערי בית המשפט העליון לעתירות תושבי השטחים הביאה למודעות הציבור הישראלי את הפגיעה שהכיבוש הישראלי גורם להם, ואפשרה לבית המשפט העליון לבקר את פעולות הממשלה והצבא בשטחים.

עקרון שני שאומץ על ידי בית המשפט העליון, הוא נקיטת דרך של החלה גמישה של המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש. אמנם, בית המשפט העליון ביקש כאמור להגיע למצב שעל פיו פלסטינים יוכלו להביע את עמדותיהם בפני בית המשפט; אולם בית המשפט ביקש בסופו של דבר ליצור לגיטימציה לשלטון הישראלי ולבסס את יכולתו להסתמך על צרכים צבאיים. גישתו הכללית של בית המשפט הייתה כי בעימות בין ישראל לערבים יש לתת עדיפות מוחלטת לצורכי הביטחון של מדינת ישראל. לפיכך נטה בית המשפט לצמצם את האיסורים המוטלים על הצבא הכובש על פי דיני הכיבוש, וזאת על מנת שלא יצטרך לעמת את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי עם כללי המשפט הישראלי. עמדה גמישה בנוגע לתוכנו של המשפט הבינלאומי ולתחולתו אפשרה לבית המשפט העליון להימנע מעימותים עם הממשלה בנושאי בטחון ומאבק לאומי. כאמור, בתוך תחומי מדינת ישראל התחמק בית המשפט העליון מעימותים כאלו על ידי מבחנים גמישים של איזונים, ואילו בשטחים, במקום שהמשפט הבינלאומי שלט בכיפה השתמש בית המשפט העליון בטכניקות אחרות. אך למרות הדרכים השונות נותרה המטרה זהה. מטרתו של בית המשפט העליון לא הייתה ליישם את המשפט הבינלאומי אלא להגיע ליכולת של ביקורת על מעשי הממשלה בשטחים, תוך התחשבת מלאה בצורכי הביטחון ובלא שיצטרך להתעמת עם הממשלה יתר על המידה. לשם השגת מטרה זו השתמש בית המשפט העליון בטכניקות ההחלה הגמישה כפי שתפורטנה להלן.

עיקרון שלישי שאימץ בית המשפט העליון היה שימוש במשפט המנהלי הישראלי לביקורת נוספת על פעולות צה"ל ביהודה ושומרון. בתחילה שימש המשפט המנהלי בעיקר לביקורת על הפרוצדורות הננקטות על ידי הצבא⁸⁵. בהמשך כפי שנראה הפך

85 ראו למשל בג"צ 253/88 סג'דיה ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 811–812 (להלן: עניין סג'דיה).

המשפט המנהלי הישראלי לצינור שדרכו זורמים עקרונות נוספים מתחום המשפט הישראלי. היות שמטרתו של מאמר זה היא לבחון בעיקר את החלתו של המשפט הבינלאומי הפומבי, נתמקד בשלב זה בהחלתו של זה. בהמשך נשוב ונדון בהחלת המשפט המנהלי.

ג.3 טכניקות ההחלה הגמישות של המשפט הבינלאומי הפומבי

על מנת להשיג את מטרה של יכולת לבקר את פעולות הממשלה תוך התחשבות מלאה בצורכי הביטחון ביקש בית המשפט להשתמש בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי. אלא שהחלה דווקנית של המשפט הבינלאומי ההומניטרי המסתמכת על ארבעת כללי הזהב של תחולתו בישראל עלולה הייתה להביא את בית המשפט העליון לעימותים רבים עם הממשלה. בשל כך אימצו השופטים, לאחר התלבטויות רבות, טכניקות שונות שעידנו את כללי התחולה של המשפט הבינלאומי כפי שגובשו על ידי בית המשפט העליון בפסיקות קודמות. בית המשפט העליון בחר להצהיר על נאמנות לכללי הזהב אף לגבי שליטת ישראל בשטח הכבוש. על מנת לאזן בין המטרות הסותרות שעמדו בפניו אימץ בית המשפט מדיניות הסוטה בפועל מהכללים שעוצבו. להלן אתאר כמה מהטכניקות ששימשו את בית המשפט העליון בהתעלמו מכללי הזהב שהוא עצמו קבע.

ג.3.א) כלל התחולה האוטומטית של המנהג

כבר משלב מוקדם יחסית, ולאחר התלבטויות מועטות⁸⁶, הכריע בית המשפט העליון כי תקנות האג הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיני מלחמה⁸⁷ מבטאות מנהג בינלאומי. כתוצאה מכך הכפיף בית המשפט העליון את פעילות הממשל הצבאי בשטחים לכללים הקבועים בתקנות האמורות. עם זאת, מעבר להצהרה העקרונית שלפיה מחיל בית המשפט את תקנות האג יש מעט מאוד פסקי דין אשר עשו שימוש בתקנות אלו על מנת להגביל את הפעילות של ממשלת ישראל. את ההתחמקות מהחלת המנהג הבינלאומי השיג בית המשפט העליון בשורה של אמצעים שיפורטו להלן. הטכניקה הראשונה שבה השתמש בית המשפט העליון היא הקביעה כי אמנת

86 ראו למשל את עמדתו של השופט ויתקון בפסק הדין בעניין בג"צ 302/72 אבו חילו ו-3 אח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד כז(2) 169 (להלן: עניין אבו חילו). השופט ויתקון שינה את עמדתו לאחר שבתגובה לפסק דינו כתב פרופסור יורם דינשטיין מאמר המוכיח כי אמנת האג והתקנות הנלוות לה הינן משפט מנהגי, ואילו אמנת ג'נבה הרביעית הינה משפט בינלאומי הסכמי. ראו עניין אויב, לעיל, הערה 83.

87 Hague Regulations annexed to the Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, Oct. 18, 1907, 36 Stat. 2277 available at: [www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/hague04.htm]

ג'נבה הרביעית הינה אמנה הסכמית ולא מנהגית, וממילא אינה חלה על פי כלל הזהב הראשון⁸⁸. בדרך זו פטר עצמו בית המשפט העליון מהצורך ליישם באופן אוטומטי את אמנת ג'נבה הרביעית. עיקרון זה היה חשוב במיוחד היות שבעוד שתקנות האג עוסקות בעיקר בשמירת זכויותיו של הריבון הקודם בשטח, אמנת ג'נבה עוסקת בעיקרה בזכויות התושבים בשטח הכבוש⁸⁹. התוצאה היא כי בית המשפט העליון אימץ את דיני הכיבוש הבינלאומי המסורתיים אשר מתעניינים ביחס בין הכובש לריבון הקודם בשטח, ושמים דגש על כיבוד זכויותיו של הריבון הקודם. לעומת זאת, בית המשפט לא אימץ את דיני הכיבוש המודרניים המתמקדים בהגבלות החלות על הכובש דווקא מול האזרחים בשטח הכבוש. גישה זו תאמה בדיוק את האינטרסים הפוליטיים של מדינת ישראל. משמעות כיבוד זכויות הריבון הקודם בלא צורך בכיבוד זכויות האדם נוצרה מאחר שלאמיתו של דבר סמכויות מדינת ישראל הורחבו על ידי דיני הכיבוש⁹⁰. פעולות המדינה הוגבלו בפועל לאלו המותרות לה מכוח המשפט הבינלאומי וכך נוצרה תשתית הסמכות. אך יצירת מגבלת הסמכות לא הטילה על המדינה מגבלות שלא הייתה יכולה לעמוד בהן⁹¹.

88 התשובה לשאלה האם אמנת ג'נבה הרביעית היא מנהגית או הסכמית לא הייתה ברורה כלל אף סמוך לאחר מלחמת ששת הימים. למרות כמה דעות חולקות, סביר להניח כי בעיקרה הייתה האמנה הסכמית כאשר נחתמה. ראו: "דינשטיין" פסק הדין בעניין פיתחת רפיח" עיוני משפט ג (תשל"ד) 934. עם זאת, ניתן בהחלט למצוא דעות אחרות, במיוחד לאור העובדה שאמנת ג'נבה הרביעית נחתמה כמעט על ידי כל מדינות העולם. ראו: T. Meron "The Geneva Conventions as Customary Law" 81 *Am. J. Int'l. L.* (1987) 348.

89 E. Benvenisti *The International Law of Occupation* (Princeton, 1993) 5.

90 דוגמה אחת אפשרית היא שעל ידי אימוץ הכלל של כיבוד הריבון הקודם הצליח זה להתחמק מהדיון בישראל לגבי ביטול תקנות ההגנה (שעת חירום) המנדטוריות, בטענה כי אלו חלות ביהודה ושומרון מכוח כיבוד הריבון הקודם.

91 פסקי הדין של בית המשפט העליון מניחים כי גם בפעולתה ביהודה ושומרון נדרשת המדינה (בדרך כלל המפקד הצבאי) למקור סמכות מסוים לבצע את פעולתו. אין זה ברור כי אכן יש דרישה כזו במשפט הבינלאומי. לכאורה נראה כי במשפט הבינלאומי הפומבי רשאית המדינה לעשות כל מעשה שאין מגבלה על עשייתו. ראו: *The Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)*, supra note 22, at p. 34: "International Law governs relations between independent states. The rules of law binding upon states therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of states cannot therefore be presumed" יש הטוענים כי חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני הטילה ספק בתקפותו של כלל זה. ראו *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)* I.C.J. rep. (1996) p. 226. אך נראה שעיקרון זה עומד אף בבסיס חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי. ראו: A. Falk "Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historic Encounter" 91 *Am. J. Int'l. L.* (1997) 64; M. Matheson "The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons" 91 *Am. J. Int'l. L.* (1997) 417.

טכניקה שנייה שאימץ בית המשפט העליון הייתה שמירה על העיקרון של הצורך להוכיח מנהג בינלאומי באופן קשיח. את הכלל שעל פיו יש להוכיח באופן קשיח את המשפט הבינלאומי אימץ בית המשפט העליון בראשית דרכו כאשר עסק בדיני סמכויות המדינה. אולם בהקשר של ערכים, של זכויות ושל שימוש בכוח נראה היה כי גישת המשפט הבינלאומי להוכחת המנהג גמישה יותר⁹².

כמעט בכל פסקי הדין האחרים של בית המשפט העליון התעלם האחרון מקיומו של המנהג הבינלאומי או שפירש אותו בצורה שאינה עולה בקנה אחד עם מטרתו. כך למשל בפסק הדין בעניין ג'מעית אסכאן⁹³. בפסק דין זה קיבל בית המשפט העליון את עמדת המדינה שעל פיה זכותה של המדינה להחרים אדמה פרטית לשם בניית כביש שישרת את כל תושבי השטחים⁹⁴. נימוקו המרכזי של השופט ברק בפסק הדין היה כי הכיבוש ארוך הטווח מחייב את ישראל לפתח את תשתיות השטחים, ולא ייתכן כי התשתיות יישארו במצבן מ-1967, שממילא לא היה משופר במיוחד כבר אז. כלומר: ישראל ככובש נאור מחויבת להרחבת חובותיה מעבר לחובה לשמור על הסדר הציבורי. אלא שעמדה זו של השופט ברק דרשה ממנו למתוח את סעיף 43 לתקנות האג. על פי סעיף 43, חובתו של הכובש היא "להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים". ברק נדרש לפרשנות יצירתית במיוחד על מנת לאפשר בניית פרויקט תעבורתי ענק על הבסיס הצר של השבת הסדר הציבורי. נשוב לדון בנושא זה בפירוט להלן.

ג.3. (ב) אי תחולתן של אמנות

בניגוד למצב המשפטי לגבי המנהג, הרי שיישום דווקני של הכלל בדבר אי תחולתן של אמנות בינלאומיות היה ממצע ממועד מאוד את הדיון בחלק ניכר מהמשפט הבינלאומי. אמנת ג'נבה הרביעית, האמנה המרכזית העוסקת במשפט השטחים הכבושים, צפויה

עם זאת, אם נקבל את הטענה שעל פיה מטרתו של בית המשפט בפסקי הדין הייתה לקרב את המשפט בשטחים לזה החל בישראל, מובן מדוע חיפשו בתי המשפט את מקור הסמכות. עיקרון הפעולה מכוח סמכות הוא עיקרון יסוד במשפט הישראלי. בית המשפט לא היה מוכן לוותר עליו בהקשר של פעולות צה"ל בשטחים.

92 ראו: *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* 1986 I.C.J. rep. 14, (Nicaragua v. United States of America — decision on the merits) at p. 89 (par. 186). "The court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the court deems it sufficient that the conduct of states should, in general be consistent with such rules, and the instances of state conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of the rule, not as indications of the recognition of a new rule."

93 עניין ג'מעית אסכאן אלמעלמון, לעיל הערה 80.

94 במקרה זה דובר בכביש בן שמן — עטרות [443]. באופן אירוני למדי נאסר על הפלסטינים לעלות על כביש זה החל משנת 2001, ולפיכך אף הכסות המשפטית של הנשיא ברק נעלמה לחלוטין.

להיות על המפה המשפטית ככלי פרשני ותו לא, אם אכן ייקבע כי היא הסכמית בלבד. שופטים אחדים אכן קבעו כי אמנת ג'נבה הרביעית אינה יכולה לחול כלל היות שהיא הסכמית בלבד, וזאת ללא קשר לאיסורים המופיעים בה גופא.⁹⁵ בית המשפט אף הגן על כלל זה מול ניסיונות לקבוע כי אין לו תחולה בנוגע לשטח כבוש.⁹⁶ אלא שכמפורט לעיל תוצאה זו הייתה בלתי רצויה לבית המשפט העליון. כפי שטענתי לעיל, אחת ממטרותיו של בית המשפט העליון הייתה לבסס הגנה מסוימת לתושבי השטחים. בלא תחולה של אמנת ג'נבה הרביעית, שהוגדרה כמשפט הסכמי, לא יכול היה בית המשפט העליון לעשות זאת. למעשה, כפי שהסברנו לעיל, כלל הזהב השני נועד בדיוק על מנת למנוע מבית המשפט עימות עם הממשלה בנושאים הנובעים מאמנות בינלאומיות.⁹⁷ בית המשפט העליון תרם אכן אחר טכניקה שתאפשר לו דיון באמנת ג'נבה הרביעית ללא צורך לקבוע כי הוראותיה מחייבות. התוצאה הייתה ערעור של כלל הזהב השני – אי תחולתן של אמנות בינלאומיות.

בית המשפט העליון עשה שימוש בכמה נימוקים על מנת להתעלם מכלל הזהב השני. הראשון הוא הסתמכות על עמדת המדינה שעל פיה ישראל מקבלת על עצמה את המחויבות להישמע להוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית. היות שמדינת ישראל התחייבה להישמע להוראות אמנת ג'נבה, ממילא סבר בית המשפט כי אף הוא קנה סמכות לדון בהוראות אלו. ניתן לטעון כי טענה זו בטעות יסודה.⁹⁸ ההצהרה של מדינת ישראל כי תחיל את הוראות אמנת ג'נבה הרביעית נועדה לעקוף את הדיון בדבר תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית על השטחים מבחינת המשפט הבינלאומי. ישראל טענה כי אמנת ג'נבה הרביעית לא חלה כלל על השטחים, היות שאלו לא היו מעולם הממלכה ההאשמית של עבר הירדן, וממילא אין הם יכולים להיות כבושים.⁹⁹ על מנת

95 במיוחד ראו את דעתו של השופט בן בפסק הדין בבג"צ 785/87 עבד אל עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, מב(2) 4 (להלן: עניין עבד אל עפו). השופט בן קיבל את עמדתו של פרקליט העותרים פרופסור קרצמר שעל פיה אוסרת אמנת ג'נבה הרביעית על כל גירוש שהוא. עם זאת, השופט בן סבר כי לאור העובדה שהאמנה הסכמית בלבד אין חשיבות לאיסורים המופיעים בה.

96 ההתקפה המשכנעת ביותר על תחולתו של כלל הזהב בדבר אי תחולתן של אמנות שלא נקלטו על אמנת ג'נבה הרביעית הוצעה של ידי פרופסור קרצמר בטיעונו בפני בית המשפט העליון ובמאמרו בדבר תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית. דעתו של פרופסור קרצמר היא כי הטעם המרכזי לאי תחולתה של האמנה שלא נקלטה היא טעם של הפרדת רשויות – לא ראוי כי הרשות המבצעת, המאשרת אמנות, תוכל לחייב את בתי המשפט, כיוון שזהו תפקידה של הרשות המחוקקת. אלא, כך טוען קרצמר, שטיעון זה אינו רלבנטי בשטחים כבושים שבהם ממילא הריבון הוא המפקד הצבאי שהוא הרשות המחוקקת והמבצעת כאחד. ראו ד' קרצמר "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV – דרכו של בית המשפט העליון" משפטים כו (תשנ"ה) 49–96; רובינשטיין, לעיל הערה 74, בע' 446.

97 ראו דיון לעיל לטקסט בסמוך להערת שוליים 27; בבבנישתי לעיל הערה 2.

98 ראו Kretzmer, *supra* note 1, at p. 41.

99 למעשה, אף פרופסור בלום לא נקט עמדה זו באופן חד משמעי. בעיקר בכתיבתו באנגלית שנועדה מן הסתם גם לאוזניים זרות, הקפיד בלום לציין כי הוא נוטה להניח כי תקנות האג ואמנת ג'נבה

שלא להיקלע לעימות עם הקהילה הבינלאומית בנושא זה¹⁰⁰ הצהירה ישראל כי בכל מקרה תכבד את החלקים ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית. בית המשפט העליון הבין הוראה זו כמתירה לו לדון בנושא אמנת ג'נבה הרביעית למרות שברור שמבחינה חוקית אין ההתחייבות של ישראל מעלה או מורידה. התחייבות של הממשלה קיימת תמיד באמנות. הבעיה אינה התחייבות הממשלה כי אם החוסר בהחלטת הכנסת.

טעם נוסף לשימוש שבתי המשפט עשו באמנת ג'נבה הרביעית הוא אי התנגדותה של הפרקליטות¹⁰¹. אלא שטעם זה בעייתי אף יותר מהטעם הקודם. אם לבית המשפט אין סמכות עניינית לדון בנושא מסוים האם יכולים הצדדים להעניק לו סמכות כזו? האם הפסיקה כולה תלויה ברצונם של פרקליטי המדינה, ברצותם מעניקים הסמכות וברצותם נוטלים אותה?¹⁰² מעבר לכך, הרי שבכמה פסקי דין של בית המשפט העליון

אינן חלות על השטחים היות שלדעתו תפיסה לוחמתית מחייבת קיומו של ריבון קודם בשטח, וריבון כזה לא היה. על כל פנים, בלום היה מוכן בכל מקום להניח כי מעמדה של ישראל זהה למעמד של תופס בתפיסה מלחמתית לפחות לעניין החלקים ההומניטריים שבאמנה. ראו: Y. Blum "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria" 3 *Isr. L. Rev.* (1968) 279; Y.Z. Blum *Secure Borders and the Middle East Peace* (London, 1971) 85–88. במאמר היסודי שלו בעניין, הניח שמגר (או היועץ המשפטי לממשלה) את היסוד לאמביוולנטיות של הגישה הישראלית – הכחשת התחולה של האמנות הבינלאומיות דה-יורה והכרה בתחולתן דה-פקטו. M. Shamgar "The Observance of International Law in the Administered Territories" 1 *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (1971) 262. מצד אחר, ניתן לטעון כמה טענות השוללות את היקף התחולה של האמנות הבינלאומיות מכוחן עצמן. ראשית, כפי שציין אייל בנבנישתי, המקרה של ישראל הוא המקרה היחיד שבו מודה המעצמה שהיא כוח התופס שטח בתפיסה לוחמתית. בכל המקרים האחרים הידועים לנו בעולם טוענת המעצמה הכובשת כי לא כבשה את השטח, כי אם הוזמנה על ידי ממשלת המקום (ברית המועצות באפגניסטן; טורקיה בקפריסין; סין בטייבט), שהיא נמצאת שם למטרה מוגבלת (ארצות הברית בפנמה), או שהיא משחררת את השטח משלטון קולוניאלי (הודו בגואה). טענה זו לא הועלתה מעולם על ידי ישראל. שנית, שאלת אורכו של משטר הכיבוש ראוייה גם היא לדיון. יש מקום לטעון כי אמנות הכיבוש התכוונו להתייחס למצב של תפיסה לזמן קצר ומוגבל, דוגמת זה שנהג במלחמת העולם השנייה והראשונה בבלגיה וצרפת ולא לשלטון לזמן ארוך יותר. A. Gerson *Israel, the West Bank and International Law* (London, 1978) 78. וראו גם: E. V. Rostow "Palestinian Self-Determination": Possible Futures for the Unallocated Territories of the Palestinian Mandate" 5 *Yale Stud. World Pub. Ord.* (1979) 147.

100 על פי רוב הדעות עמדה זו של ישראל אינה נכונה מבחינה משפטית. ראו: א' בנבנישתי וא' זמיר, "אדמות היהודים" ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים (1993) 49, 63; Kretzmer, *supra* note 1 at p. 34. לאחרונה נדחה הטענה גם על ידי בית הדין הבינלאומי בחוות הדעת בעניין חוקיות הבניה של גדר הפרדה. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories (Advisory Opinion)*, I.C.J., 34 I.L.M. 1009 (2004) Par. 95.

101 ראו פסק הדין בעניין אבו חילו, לעיל הערה 86. אמנם במקרים אחרים התנגדו נציגי הפרקליטות להחלת אמנת ג'נבה הרביעית, אך במקרים אלו דחה בית המשפט את התנגדותם: למשל בפסק הדין בעניין קוואסמה, ובפסק הדין בעניין עבד אל עפוף, לעיל הערה 95.

102 גישה דומה של נטילת סמכות מכוח הסכמת הפרקליטות ננקטה על ידי השופט לנדוי בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ומבקר המדינה, פ"ד כג(1) 693. בפסק דין זה התעלם בית המשפט

דן זה בפרשנותה של אמנת ג'נבה הרביעית מבלי שהפרקליטות נתנה לכך את הסכמתה¹⁰³.

יהא הטעם הפורמלי לדיון באמנת ג'נבה הרביעית אשר יהא, העובדה היא כי רבים מפסקי הדין עסקו בתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית ופירשו אותה. כפי שצינתי לעיל, לדעתי הטעם המרכזי לדיונים אלו היה תכליתי – בית המשפט רצה לדון בכללים העולים מאמנת ג'נבה הרביעית על מנת ליצור מערכת של ביקורת על פעולות הממשלה. להלן נדון לגבי הדרך בה פורש המשפט הבינלאומי הפומבי.

ג.3 (ג) החוק הפנימי גובר

כלל הזהב השלישי קובע כי חקיקה פנימית גוברת על הלכות המשפט הבינלאומי. היות שהמפקד הצבאי הוא המחוקק ביהודה ושומרון, המצב המשפטי הפורמלי היה אמור לקבוע שצווים של אלוף הפיקוד גוברים על המשפט הבינלאומי הפומבי. לפיכך, המשפט הבינלאומי הפומבי היה אמור להידחות מפני כל צו של אלוף פיקוד שהוא בעל פועל תחיקתי ביהודה ושומרון. מקל וחומר אמורים הדברים לגבי מעמדן של תקנות ההגנה (שעת חירום) (1945) המנדטוריות, אשר בוודאי היוו חקיקה מחייבת בישראל וביהודה ושומרון כאחד. בכל מקרה אמור היה המשפט הבינלאומי הפומבי להדחות מפניהן.

כפועל, לאמיתו של דבר, בית המשפט העליון לא הודה כמעט מעולם כי קיימת סתירה בין המשפט המקומי למשפט הבינלאומי והכריע לטובת המשפט הבינלאומי. למעט כמה פסקי דין שבהם בחר בית המשפט העליון לקבוע כי החקיקה המקומית גוברת על החקיקה הבינלאומית¹⁰⁴, התעלם בית המשפט מתוקפם החקיקתי של צווי אלוף הפיקוד. צווי אלוף פיקוד לא נחשבו בדרך כלל כלי בעל אופי חקיקתי היכול להתגבר על המשפט הבינלאומי הפומבי, וזאת על אף שהם בעלי תוקף תחיקתי בשטחים

העליון, בהסכמת הפרקליטות, מהשאלה האם מוסמך בכלל בית המשפט לפסול חוק של הכנסת. השאלה לא נדונה כלל בפסק הדין. ראו: ד' קרצמר "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח (תשנ"ז) 359.

103 אחד המקרים הבולטים שבהם הסכים בית המשפט העליון לדון בפרשנותה של אמנת ג'נבה הרביעית בניגוד לעמדת הפרקליטות הוא בענייני הגירוש. למשל ראו: בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לה(1) 617, 636 וכן פסק הדין בעניין עבד אל עפו, לעיל הערה 95. וראו ביקורתו החריפה של דינשטיין על עמדתו של בית המשפט בעניין הגירוש, בין היתר משום שלדעתו לא היה צריך כלל בית המשפט להזקק לשאלות אלו. "דינשטיין גירוש משטחים מוחזקים" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 403.

104 בעיקר בנוגע להריסת בתים. ראו למשל: בבג"צ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד מא(2) 522 קובע הנשיא שמגר כי תקנה 119, היא התקנה המסמיכה את המפקד הצבאי להורות על הריסת בתים, "היא בגדר המשפט המקומי הקיים והחל באזור יהודה ושומרון, שלא נתבטל בזמן השלטון הקודם או בעת השלטון הצבאי..." ובשל כך התקנה גוברת על משפט בינלאומי אף אם הוא נוגד.

הכבושים¹⁰⁵. גם לגבי תקנות ההגנה (שעת חירום) אימץ בית המשפט העליון עמדה דומה, אם כי חד משמעית פחות. בחלק גדול מהמקרים קבע בית המשפט העליון כי השימוש בתקנות ההגנה אמור להיות כפוף לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי. בכמה מקומות העדיף בית המשפט העליון את המשפט המקומי, במיוחד בנושאים של הריסת בתים על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה. אם כן, ברוב המקרים הביאה עמדתו של בית המשפט העליון לבחינה של החוק הפנימי לאור המשפט הבינלאומי הפומבי. כלל הזהב של עליונות המשפט הפנימי לא כובד – המשפט הפנימי נבחן אל מול המשפט הבינלאומי מתוך הנחה שהמשפט הבינלאומי עדיף על המשפט הפנימי, אך בלא הסבר משכנע לקיומה של ההנחה. אין ספק כי בית המשפט סוטה כאן מכללי הזהב. בית המשפט העליון בוחן את המשפט הבינלאומי הפומבי לגופו.

מבחינה פורמלית הציג בית המשפט העליון כמה הסברים לתופעה: השופט קיסטר בפסק הדין בעניין פתחת רפיח הציע ש"חייב מפקד צבאי בכל מדינה נאורה לפעול בהתאם לכללי משפט העמים הקובעים גבולות ומחומים לסמכותו"¹⁰⁶. אלא שהסבר זה הוא יותר מסקנה מאשר הסבר. אין כאן גם דיון בשאלה מדוע על בית המשפט המקומי לחייבו לנהוג בצורה כזו. גם הבטחתה של מדינת ישראל לכבד את הכללים ההומנטריים של אמנת ג'נבה היוותה שער לדיון. אלא שלא ברור מדוע הבטחתה של המדינה יכולה לחייב את בית המשפט בדיוניו ולהעניק לו סמכות שיפוט עניינית. הסבר נוסף מתאר את המפקד הצבאי כרשות מנהלית ישראלית בנוסף לתפקידו כרשות הממוקקת בשטח הכבוש. בתפקידו זה כפוף המפקד הצבאי כפוף לכלל המשפט המנהלי הישראליים. תוצאה אפשרית של אמירה זו היא כי המפקד הצבאי כפוף לכלל מסגרת החוק הישראלי, לרבות לכללים הנובעים מהמשפט הבינלאומי. כלומר: כאשר מוענקת למפקד הצבאי סמכות לפעול הוא חייב להשתמש בה בהתחשב במגבלות החלות עליו מכוח המשפט הישראלי¹⁰⁷. אלא שבית המשפט העליון השתמש בעיקרון הכפיפות המנהלית בעיקר לקידום של מגבלות פרוצדורליות, ולא כל כך לקיומן של מגבלות מהותיות¹⁰⁸.

105 בפסק הדין בעניין אבו חילו, לעיל הערה 86, הביע השופט לנדוי עמדה שעל פיה צווי אלוף הפיקוד הינם, מבחינת בג"צ, הנחיות פנימיות של המנהל ותו לא. ברם, בעניין זה היה השופט לנדוי בעמדת מיעוט. השופט ויתקון קבע כי לצווי האלוף אופי תחיקתי. משמעות הדברים הייתה אמורה להיות כאמור כי השאלה אם המשפט הבינלאומי מנהגי או הסכמי חסרת משמעות אם היא עומדת בסתירה לאקט חקיקתי פנימי. השופט קיסטר קבע לעומת זאת כי על אף שהאקט של המפקד הצבאי הוא בעל אופי תחיקתי הרי ש"חייב מפקד צבאי בכל מדינה נאורה לפעול בהתאם לכללי משפט העמים הקובעים גבולות ותחומים לסמכותו". עמדה זו הפכה להיות העמדה המקובלת בפסיקה.

106 עניין אבו חילו, שם בע' 184.

107 כלומר: תקנות ההגנה המנדטוריות לשעת חירום מאפשרות למפקד הצבאי לנקוט פעולות מסוימות, אך אין הן מחייבות אותו לעשות כן. כאשר הוא מפעיל את שיקול דעתו הוא כפוף למשפט הבינלאומי הפומבי.

108 ראו להלן ליד הערה 137.

כאמור, ההסבר הפורמלי אינו חשוב. באופן מהותי, שיטת עבודה זו אפשרה לבית המשפט העליון לבחון בפועל את מעשי השלטון הישראלי אל מול כללי המשפט הבינלאומי ולייצר מערכת ביקורת מסוימת על פעולת המנהל. אם בית המשפט היה מכיר בעליונות חקיקת המפקד הצבאי על כל חקיקה מקומית אחרת בשטחים ועל המשפט הבינלאומי התוצאה הייתה איון של כל אפשרות לביקורת על פעולותיו. ביקורת מסוימת הייתה כאמור מטרתו המרכזית של בית המשפט העליון.

ג.3. (ד) כלל הפרשנות

סקרנו את החלתם של שלושת כללי הזהב הראשונים של המשפט הבינלאומי הפומבי, והראינו כי בית המשפט העליון עקף בצורה אלגנטית יותר או פחות את שלושתם, אך מה לגבי כלל הזהב האחרון – כלל הפרשנות הקובע כי המשפט הפנימי יפורש עד כמה שניתן בהתאם למשפט הבינלאומי הפומבי? באופן עקרוני, היה אמור כלל זה להיות הצינור המרכזי שדרכו יזורמו כללי המשפט הבינלאומי הפומבי אל המשפט הישראלי. כבר בפסק הדין בעניין פתחת רפיח קבע השופט לנדוי כי כלל הפרשנות תקף אף לגבי פעולות המפקד הצבאי בשטחים, ולפיכך כל פעולותיו המנהליות ייבחנו לאור כלל זה¹⁰⁹.

אלא שדומה שעל אף הצהרות אלו, דווקא בהחלתו של כלל ההתאמה הפרשנית הייתה הסטייה מכללי הזהב של המשפט הבינלאומי הפומבי הבולטת ביותר. למעט המקרה של פסק הדין בעניין דויקאת¹¹⁰ מיעט מאוד בית המשפט העליון להשתמש במשפט הבינלאומי הפומבי על מנת להפוך החלטות ממשלה¹¹¹. לעיתים מטעמים טכניים, לעיתים מטעמים מהותיים, הצליח בית המשפט העליון להתחמק כמעט תמיד מהכרעה הכופה על ממשלת ישראל לשנות את מדיניותה בשטחים מכוח המשפט הבינלאומי הפומבי. כיצד מתיישב הדבר עם כלל הפרשנות המסורתי של המשפט הבינלאומי?

אמנם כלל הזהב של הפרשנות קובע כי יש לפרש את המשפט המקומי באופן המתאים למשפט הבינלאומי הפומבי. בפועל ניתן לכנות את השיטה שנקט בית המשפט העליון Reverse Charming Betsy¹¹²: במקום לפרש את המשפט המקומי באופן הקרוב למשפט בינלאומי, פירש בית המשפט העליון את המשפט הבינלאומי באופן הקרוב ביותר למשפט המקומי ולפעילות ממשלת ישראל. כיוון שלפחות בתקופה

109 פס"ד אבו חילו, לעיל הערה 86.

110 בו נדון להלן ליד הערה 118.

111 פרופסור דויד קרצ'מר סיכם זאת כך: "In its decisions relating to the Occupied Territories, the Court has rationalized virtually all controversial actions of the Israeli authorities, especially those most problematic under principles of international humanitarian law", Kretzmer, *supra* note 1 at p. 187.

112 ראו לעיל בהערה 31.

ההיא כמעט שלא היו קיימים מקורות שיפוטיים לפרשנות המשפט הבינלאומי העוסק בדיני הכיבוש¹¹³, יכול היה בית המשפט העליון לפרש את המשפט הבינלאומי כמעט בכל אופן שחפץ. הדבר הגיע עד אבסורד כאשר בהפרש של שנים מועטות נקט אותו שופט, נשיא בית המשפט העליון הנשיא שמגר, שתי שיטות פרשנות שונות בתכלית כלפי המשפט הבינלאומי על מנת להגיע לתוצאה התואמת את התנהגותה של ישראל¹¹⁴. כך בעניין הגירושים פירש הנשיא שמגר את סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית פרשנות תכליתית, שנועדה להביא לכך שהפרשנות הפשוטה של המילים שעל פיה כל גירוש אסור ללא קשר לטעם המונח בבסיסו, תידחה מפני פרשנות האוסרת רק גירוש המוני הנובע מטעמים גזעניים דוגמת הגירוש הנאצי¹¹⁵. לעומת זאת, בסוגיית המעצר המנהלי מחוץ לשטחים [בתוך מדינת ישראל] נקט הנשיא שמגר פרשנות מילולית דווקנית אשר הוציאה את נושא המעצרים המנהליים מתחולתו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה האוסר על העברת עצורים או שפוטים מחוץ לשטח הכבוש¹¹⁶.

כאמור, יותר מאשר ראה בית המשפט העליון הכרח משפטי ליישם את המשפט הבינלאומי הפומבי, הוא ראה צורך שבמדיניות להשתמש במשפט הבינלאומי ככלי לבקרת הממשלה. כפי שכבר ציינו שורה של חוקרים, עיקר השפעתו של בית המשפט העליון בפסיקתו בשטחים לא היה בעצם הפסיקות, אשר לרוב אימצו את עמדת הממשלה, אלא בצל הכבד שהטילה האפשרות לעתור לבית המשפט העליון על פעולות הצבא והממשלה בשטחים¹¹⁷. החשיבות הגדולה של פעולת בית המשפט העליון בשנים אלו אם כן לא הייתה בעצם החלתו של המשפט הבינלאומי הפומבי, אשר כאמור נעשתה בעקיפה קלה של הכללים המקובלים, וגם לא בפירוש שהוא העניק למשפט הבינלאומי הפומבי. ההשלכות החשובות של הדיון במשפט הבינלאומי הפומבי בבית המשפט היו עצם ההעלאה לדיון של הנושאים, אשר בעקבות הסיכוי כי בית המשפט ידון בהם עברו ביקורת מוקדמת של פרקליטות המדינה בהליך של קדם בג"צ, וגם הגיעו לפשרה.

ג.3. (ה) פסק הדין בעניין אלון מורה¹¹⁸

פסק הדין אלון מורה של בית המשפט העליון הוא הדוגמה הבולטת לשימוש של בית המשפט העליון במנהג הבינלאומי על מנת לבקר את פעילותה של ממשלת ישראל. לכאורה סותר פסק הדין את חלקן של הנחות היסוד שעלו קודם לכן. לפיכך

Benvenisti, *supra* note 89, at p. 5 113

Kretzmer, *supra* note 1, at p. 53 114

שמגר בפסק הדין בעניין עבד אל עפו, לעיל הערה 95, בע' 31–33 בעקבות פרשנותו של השופט זוסמן בבג"צ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג(3) 309. 115

עניין סג'דיה, לעיל הערה 85, בע' 811–812. 116

Y. Dotan "Judicial Rhetoric, Government Lawyers and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during the Intifada" 33 *Law & Soc'y Rev.* (1999) 319 117

בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל ושר הבטחון, פ"ד לד(1) 1. 118

אבקש לנתח בקצרה את פסק הדין. ביסוד הדברים עמדה החרמה של קרקע פרטית פלסטינית באזור שכס לשם הקמת התנחלות ישראלית. בפסק הדין מפי הנשיא לנדוי קבע בית המשפט העליון כי המנהג הבינלאומי כפי שהוא מבוטא בתקנה 52 לתקנות האג אוסר החרמה של קרקע פרטית אלא לצורך צבאי¹¹⁹. אמנם, הרמטכ"ל דאז טען כי הקמת יישוב ישראלי במקום זה היא כורח בטחוני¹²⁰, אך בית המשפט העליון פסק כי ברור מהראיות שבפניו שהטעם המרכזי להקמת היישוב היה זה האידיאולוגי ולא הצבאי. לכאורה נראה כי פסק דין זה מהווה דוגמה קלאסית לשימוש בכללי הזהב של תחולת המשפט הבינלאומי הפומבי. המנהג הבינלאומי יושם על ידי בית המשפט על אף שהדבר הביא את בית המשפט לעין הסערה. המשפט הבינלאומי הראה את כוחו בפועל, נראה כי לאורך השנים הפריזו מעט בחשיבותו של פסק הדין בעניין אלון מורה. ראשית, מבחינה מעשית הייתה לפסק הדין משמעות שולית בלבד. אמנם, מדינת ישראל חדלה לכאורה מהקמה של התנחלויות על קרקע פרטית. אלא שמאחר שרוב הקרקעות ביהודה ושומרון הוגדרו כקרקע ציבורית, בפועל לא היווה הדבר מגבלה ממשית להמשך מפעל ההתנחלויות על קרקע ציבורית או על קרקע שנקנתה מאת ערבים, לעיתים בשיטות מפוקפקות¹²¹. ניתן אף לטעון כי תוצאת פסק הדין הפוכה לזו המתוארת בדרך כלל. היות שבית המשפט הכריח את הממשלה לבנות רק על קרקע ציבורית או על קרקע שנקנתה, איבד הראשון כל יכולת אמיתית לפקח על בנייתן של ההתנחלויות, מאחר שכעת לא היו עותרים פרטיים שעתרו נגד ההתנחלויות. בית המשפט העליון סירב להתערב לטובתם של עותרים ציבוריים בטענה שנושא ההתנחלויות טעון ופוליטי מדי¹²².

שנית, את פסק הדין בעניין אלון מורה ראוי לבחון על בסיס ההקשר הפסיקתי שבו ניתן. פסק הדין בעניין אלון מורה ניתן לאחר שורה של פסקי דין שהתירו הקמת התנחלויות על קרקע פרטית פלסטינית, כיוון שבית המשפט העליון סבר שהתנחלויות אכן הינן צורך בטחוני¹²³. יתר על כן, בית המשפט אמנם פסל החרמת קרקע פרטית, אולם לא פסל את השימוש בקרקע ציבורית למרות שהפרשנות הפשוטה של תקנות האג מחייבת גם במקרה זה את הכובש להותיר את הקרקע הציבורית ללא שינוי¹²⁴.

119 תקנה 52 קובעת כי: "Requisitions in kind and services shall not be demanded from municipalities or inhabitants except for the needs of the army of occupation"

120 ראו פסק הדין דוויקאט, לעיל הערה 118, בע' 6.

121 אלדר וורטל, לעיל הערה 74, בע' 470-480.

122 ראו בג"צ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210.

123 עניין אבו חילו, לעיל הערה 86; עניין אויב, לעיל הערה 83.

124 תקנה 55 לתקנות האג קובעת כי: "The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct"

החלטת בית המשפט העליון זכתה לביקורת חריפה מפוליטיקאים מן הימין. אף עלו הצעות קונקרטיות לשלול מבג"ץ את סמכות השיפוט שלו לגבי פעולותיה של ישראל בשטחים¹²⁵.

ושלישית, פסק הדין בעניין אלון מורה מתאים לטענה שהועלתה לעיל: באירועים הסובבים את פסק דין זה נשמטה בכירור הקרקע מתחת לטיעון הביטחוני של המדינה ועלה בכירור הטיעון האידיאולוגי¹²⁶. התוצאה היא כי אין יותר כל צורך באיזון של זכויות האדם הפלסטיניות אל מול אינטרס בטחוני מוכר. אינטרס המדינה אינו בטחוני, ואם כן ממילא אינו יכול לעמוד עוד מול זכויות האדם. לעומת זאת, החרמת קרקע מדינה איננה עניין של זכויות אדם אישיות, אלא אינטרס קולקטיבי של העם הפלסטיני לשמירה על זכויותיו. בעניין זה כבר ראינו כי בית המשפט מעדיף כי הענקה של זכויות קולקטיביות למיעוט הערבי תהיה באחריותו של המחוקק. תורת האיזונים עוסקת בהקפדה על זכויות אדם ולא על זכויות קולקטיביות. בית המשפט העליון שמר אם כן על מחויבותו העקרונית לתורת האיזונים כפי שהתפתחה בתוך מדינת ישראל.

4.ג תקופת הפערים הגדולים

בית המשפט העליון דחף במהלך שנות השמונים לשינוי מהותי בתוקפן של זכויות האדם בישראל עצמה. בשורה של מהלכים במשפט החוקתי והמנהלי ביצר בית המשפט בהנהגתו של השופט אהרן ברק את מעמדן של זכויות האזרח בישראל עצמה. לכאורה, מהלך שינוי זה עצר בקו הירוק¹²⁷. על פניו נראה כי אין בתקופה זו פסקי דין מהותיים של בית המשפט העליון אשר שיפרו את מצב זכויות האדם בשטחים. להיפך, לכאורה נראה כי בנושאים המהותיים קיבל בית המשפט העליון את עמדת המדינה למרות שזו סתרה לחלוטין את העמדה הראויה על פי המשפט הבינלאומי ואף על פי פסיקתו שלו עצמו¹²⁸. השאלה החשובה על פי הטענה המועלית במאמר זה היא מדוע נעצרה מהפכת זכויות האדם בקו הירוק? אם נכונה הטענה כי בשנות השבעים זרמו כללים מתחום המשפט החוקתי הישראלי אל השטחים, מדוע לא קרה תהליך דומה בשנות השמונים?

125 נגבי לעיל הערה 51, בע' 71.

126 בפני בית המשפט העליון היו כמה עובדות ששמטו את הקרקע תחת הטיעון הביטחוני. ראשית: שר הביטחון עזר ויצמן הצהיר כי אין כל בסיס לטענת הצורך הביטחוני. שנית, המתנחלים עצמם הגישו לבית המשפט את עמדתם שעל פיה הטעם להתנחלות הוא אידיאולוגי ולא ביטחוני. שלישית, על פי הכרונולוגיה של ההחלטות היה ברור לבית המשפט העליון כי החלטת הממשלה על ההתיישבות באלון מורה התקבלה לא מטעמים ביטחוניים, וכי הטעם הביטחוני "הומצא" לאחר מכן.

127 למשל: נגבי, לעיל הערה 51, בע' 71.

128 שלף, גבול האקטיביזם לעיל הערה 50.

על מנת לענות על שאלה זו נצטרך לבחון שתי שאלות נפרדות. הראשונה היא האם אכן גם בתוך תחומי מדינת ישראל אירעו בתקופה זו שינויים ניכרים ביחס לזכויותיו של המיעוט הערבי. השאלה השנייה היא האם לא היה כלל שינוי בתקופה זו ביחס לזכויות תושבי השטחים.

תשובה לשאלה הראשונה תוכל להינתן כאן רק בקצרה ובתמצות, ובאופן שאינו חד משמעי. אמנם, בהגנה הכללית על זכויות האזרח חלו בתקופה זו תמורות משמעותיות. זכויות האזרח, לרבות חופש הביטוי, חופש העיסוק, חופש ההתאגדות עוד, זכו להגנה מלאה או כמעט מלאה¹²⁹. גם טענות שמעלה הצבא חדלו לקבל חסינות מושלמת. כל אלו הראו על התקדמות רבה בתחומי ההגנה על זכויות האדם¹³⁰.

אבל האם בתוך תחומי מדינת ישראל ניתנה הגנה דומה למיעוט הערבי? האם התיר לעצמו בית המשפט העליון להתערב בנעשה בהקשר לסכסוך הישראלי-ערבי? התשובה שלילית. הן בקשר למיעוט הערבי והן בקשר להתערבות בית המשפט בסכסוך הישראלי-ערבי שמר בית המשפט העליון על הריחוק שאפיין אותו בשנים קודמות. הזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי לא הוכרו ובית המשפט נמנע מלהתערב בסכסוך הישראלי-ערבי. כך למשל נמנע בית המשפט העליון מלדון בשאלה הכללית של הפלייתו של המיעוט הערבי בהקצבות¹³¹. בית המשפט נמנע מלהתערב בשיקול דעתו של שר הפנים בסגירת עיתונים ערבים, אף במקום שנראה לכאורה שצווי הסגירה לא עמדו במבחן "הוודאות הקרובה של סכנה לביטחון המדינה" שהציב פסק הדין בעניין קול העם¹³². בית המשפט אף לא התערב בשאלת הבעלות על הקרקעות והפקעתן¹³³.

התחום היחיד בו התערב בית המשפט העליון הוא בזכותם של ערביי ישראל להביע את דעותיהם הפוליטיות ולהיבחר. בית המשפט העליון התיר לנציגי המיעוט הערבי להשתתף בבחירות¹³⁴ ואף דאג להגן על חסינותם¹³⁵. ההגנה הבולטת על זכויות המיעוט הערבי בתוך מדינת ישראל הייתה בהגנה שבית המשפט נתן לזכות הבעת העמדה שלהם.

129 לניתוח השינויים ראו למשל: א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז) 19–39.

130 ראו למשל: בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, מב(4) 617 (בית המשפט קבע כי טעמי בטחון המדינה אינם תמיד יכולים למנוע פרסום כתבה בעיתון).

131 בג"צ 3491/90 אגבריה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(5) 472.

132 השוו בג"צ 73/53 קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871. לפסקי דין בהם אושרה סגירת עיתונים ערבים ראו בג"צ 541/83 עסלי נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פ"ד לז(4) 837; בג"צ 562/86 אל חטיב נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פ"ד מ(3) 657.

133 ע"א 816/81 גרה נ' רשות הפיתוח, פ"ד לט(1) 542.

134 ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225. ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, מג(4) 221.

135 ראו בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169.

כפי הנראה מתוך תפיסה פרוצדוראלית של הדמוקרטיה ראה בית המשפט העליון את ההגנה הזו כהגנה החשובה ביותר שיש להעניק לציבור הערבי במדינת ישראל¹³⁶. די בהגנה על זכות הייצוג של ערביי ישראל כדי ליצור הגנה מהותית עליהם. ולשאלה השנייה: מהי רמת ההגנה שנתן בית המשפט העליון לתושבי השטחים באותה עת?

אמנם, ראינו כאמור כי בית המשפט העליון לא תרם להגנה המהותית על זכויות המיעוט הערבי. ברם, בית המשפט העליון הגן על זכויות הייצוג של המיעוט הערבי. חוסר ההתערבות בסוגיות הזכויות הקולקטיביות ובסכסוך הישראלי-ערבי מחד גיסא, ושמירה על זכויות הייצוג של המיעוט מאידך גיסא, הם גם המאפיינים הבולטים של השפעתה של פסיקת בית המשפט העליון ביחס לתושבי השטחים. מצד אחד, בית המשפט העליון נמנע כמובן מלפסול מהותית את פעולות הצבא. כמעט כל פעולה שהצבא ביקש לעשותה קיבלה אישור מהותי. גירושים, הריסות בתים, מניעת איחוד משפחות, מעצרים מנהליים בתחומי מדינת ישראל, פעולות שיש בהן ככל הנראה סתירה עם המשפט הבינלאומי הפומבי, אך בית המשפט נמנע מלהתערב בהן או בכל מקרה ליצור איזושהי מגבלה פורמלית על סמכות המפקד הצבאי להשתמש בהן. מצד אחר, בתקופה זו נוצרו מנגנונים רבים, שחלקם הגדול נוצר בהשפעתו של בית המשפט העליון, שיצרו בפועל מסלול שבו יכלו תושבי השטחים להביא את טענותיהם בפני הרשויות באופן שיצר עבורם זכות ייצוג אף כי מסוג נמוך¹³⁷.

בין המנגנונים הללו חשוב למנות בעיקר שניים: זכות הטעון שהוכרה במפורש על ידי בית המשפט העליון בנוגע לשורה של פעולות צבאיות, והמנגנון הלא פורמלי של קדם בג"צ שנוצר על ידי פרקליטות המדינה בצילו של בית המשפט. המנגנון הראשון הוא שורה של ועדות שהוקמו בעקבות פסקי דין של בית המשפט העליון שקבעו כי הפעלת סמכויותיו של המפקד הצבאי על פי הוראות המשפט הבינלאומי והוראות המשפט החל ביהודה ושומרון תיעשה רק בכפוף לקיומה של פרוצדורה מסודרת. בעקבות פסיקות אלו הוקמו שורה של ועדות ערר, בעלות סמכות החלטה, שלמעשה קבעו כיצד יפעיל המפקד הצבאי את סמכותו. בית המשפט

136 בספרו הידוע, J.H. Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, 1980) פרש John Hart Ely את משנתו הידועה שעל פיה קיימת לבית המשפט העליון הצדקה להתערב בתחומי חקיקת הרשות המחוקקת רק כאשר החקיקה של הרשות המחוקקת גורמת לעיוות של מנגנון הבחירות החופשיות, ובכך לעיוות רצונו של הרוב. כלומר: כוחו של בית המשפט העליון לבטל חוקים צריך להיות מבוסס על רעיון הייצוג. ראו בעיקר ע' 73-105. עמדתו של אילן סבן בהקשר זה שונה. על אף שהוא מסכים כי קיימים הבדלים בין רמת ההגנה של בית המשפט על זכויות פוליטיות לבין רמת ההגנה על זכויות אחרות, הרי שהוא סבור שבתקופה המתוארת בית המשפט נהג בערבים אזרחי ישראל יחס שוויוני. ראו סבן, לעיל הערה 64, בע' 563 ואילך. לדעתי סבן מייחס לפסקי הדין בענייני הזכויות הפוליטיות משמעות רבה מדי, ולפסקי הדין בעניינים אחרים משמעות פחותה מדי.

137 Kretzmer, *supra* note 1, at p. 195.

העליון אילץ את צה"ל להקים ועדות ערר שבהן ישמעו את טענות העותרים בשימוש בסמכויות החמורות ביותר שלו. כך למשל נקבעו כללים פרוצדורליים חמורים לעניין מעצר מנהלי¹³⁸, הריסת בתים¹³⁹ וגירושים¹⁴⁰. עצם הקמתן של הוועדות שלעיל פתח בפני העותרים לפנות אל המדינה ולקבל ייצוג בכל מקרה שהמפקד הצבאי מבקש לטעון נגדם.

ההשפעה של המנגנון השני, הפעולה בצילו של החוק, הייתה דרמטית אף יותר. במאמר משנת 1999 מתאר יואב דותן כיצד הקימה מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה יחידה נפרדת שתפקידה היה לאפשר לעותרים מטעם התושבים לטעון את טענותיהם¹⁴¹. בפועל, אחוז עצום מכלל טענות התושבים (למעלה מ-50%) באו על פתרונן באופן חלקי או מלא עוד בשלב מקדמי חלק ניכר מהעותרים הצליחו לפיכך להתגבר על עוולות ספציפיות שנגרמו להם באמצעות מסלול הגישה החלופי למערכת השלטונית בישראל שבית המשפט פתח בפניהם.

התוצאה המצטברת של שני מנגנונים אלו היא כי בהשפעת הפסיקות של בית המשפט העליון נוצרה בשטחים מעין "בירוקרטיה-דמוקרטית": שלטון בירוקרטי הכפוף לכללי מנהל מסוימים והמאפשר זכויות ייצוג מסוימות לתושבים. ברור כי גם צורת הענקת זכויות כזו הייתה מוגבלת מאוד בהיקפה, וחיי התושבים תחתיה המשיכו להיות חיים קשים. אך יש לזכור כי לא בית המשפט העליון של מדינת ישראל יצר את מצב הכיבוש, ולא ניתן ברצינות לצפות ממנו לתקן את כל עוולותיו. במסגרת הדוקטרינות המקובלות על בית המשפט העליון הוא עשה רבות למען שיפור תנאי החיים של האוכלוסייה בשטחים¹⁴².

לסיכום הטענה האמורה נאמר כי אין ספק כי מצב זכויות האדם בשטחים לא היה שפיר תחת שלטון ישראל. ישראל נקטה שורה של פעולות בניגוד למשפט הבינלאומי. בית המשפט העליון נתקל בבעיה הבאה: מכוח אילו כללים ניתן לפקח על פעילות צה"ל ביהודה ושומרון? כללי זכויות האדם של ישראל עצמה לא התאימו, משורה של סיבות. המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש הפך אם כן למגן זכויות האדם במקום מערכת עקרונות היסוד הנקוטה במשפט הישראלי. אלא שההגנה מכוח המשפט הבינלאומי איננה מוחלטת. בדיוק כפי שנהג כלפי זכויות היסוד במשפט

138 ראו למשל: עניין סג'דיה, לעיל הערה 85.

139 ראו בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529.

140 ראו בג"צ 320/80 קוואסמה נ' שר הבטחון, לה(3) 113.

141 Dotan, *supra* note 117.

142 כפי שמציין קרצמר בספרו לא ברור שהשפעות אלו אכן הועילו גם בטווח הארוך לתושבי השטחים. במידה רבה הן הגבילו את ההשפעות המזיקות של הכיבוש והפנו את ההתנגדות לכיבוש למסלול "משפטי" שלא התנגד לכיבוש עצמו, אלא רק לסימפטומים שלו. מנקודת ראותם של הפלסטינים פעלה אם כן המערכת בצורה שהאריכה את מצב הכיבוש וקיבעה אותו. ראו 198 Kretzmer, *supra* note 1, at p. 198, וכך ביקורת של M. Sfarid "The Human Rights Lawyer's Existential Dilemma" 38(3) *Isr. L. Rev.* (2005) 154.

הישראלי, הקפיד בית המשפט העליון לנקוט שיטה של "איזונים" של זכויות גם כלפי המצב בשטחים. בדיוק כפי שבית המשפט העליון לא נתן הגנה מלאה לזכויות היסוד במשפט הישראלי, כך גם לא נתן הגנה מלאה לזכויות במשפט השטחים.

מובן, כי רמת ההגנה על הזכויות בפועל בשטחים הייתה נמוכה, אך זאת מכמה סיבות אשר אינן יכולות להיות מיוחסות לבית המשפט העליון בלבד: ראשית, גם בתוך תחומי מדינת ישראל הגן בית המשפט העליון על הערכים בצורה מוגבלת בלבד. בייחוד בנוגע לטענות בטחון הנובעות מהסכסוך הישראלי-ערבי לא נקט בית המשפט העליון שיטה של הגנה מלאה. בכל המקרים הללו בית המשפט הגביל מאוד את התערבותו. שנית, יש לזכור כי בית המשפט העליון לא יצר את מצב המלחמה והכיבוש. הכיבוש הוא תוצאה של מצב פוליטי וצבאי קיים. זו כמובן טעות לצפות מבית המשפט העליון כי יפתור את הבעיות הפוליטיות. שלישית, בבחינת פעולתו של בית המשפט העליון חשוב לזכור את ההשפעה הרחבה שהייתה לו על פעילות מוסדות המדינה, גם בלא הכרעות ישירות.

הצדקות אלו אינן יכולות כמובן להעלים את העובדה הפשוטה שעל פיה "האינטגרציה" המשפטית של השטחים ושל ישראל היוותה אך קרום הצדקה משפטי ולא תמיכה מהותית שהביאה את זכויות האדם בשטחים למצב השווה לזה של ישראל. מעבר לשיפור הנקודתי בחייהם של אלו שהצליחו להיעזר בבית המשפט העליון ובפרוצדורות הבירוקרטיות שהתפתחו בצילו נשארו רוב הפלסטינים כפופים למשטר שבמהותו ובעיקרו היה משטר של כיבוש זר. הדוקטרינות של בית המשפט העליון פותחו בתוככי מדינת ישראל, עבור משטר דמוקרטי וליברלי יחסית שהפנים זה מכבר את עקרונות ההסכמה החברתית ואת מחויבותו לשלומם של האזרח ולרווחתו. כאשר העביר בית המשפט את הדוקטרינות מתחום המשפט הפנימי אל השטחים הוא עשה זאת מול שלטון התופס את תפקידו בצורה שונה לחלוטין. תחת שבט ביקורתו של בית המשפט עבר שלטון צבאי, הרואה עצמו מחויב לאינטרס מדינת ישראל ולאזרחיה בלבד. לאינטרסים, לתקוות, לשאיפות ולזכויות של תושבי השטח הכבוש לא הייתה כמעט כל משמעות בעיניו, אלא במידה שסייעו לשליטתו בשטחים¹⁴³.

התוצאה של הפעלת הדוקטרינות המשפטיות הדומות על צורת שלטון זו הייתה אירונית מאין כמוה. בית המשפט נראה כמפעיל אותם כללים חוקיים. מבחינה רשמית היו הכלים של בית המשפט כלים דומים, והלגיטימציה שבית המשפט נתן לשלטון הייתה דומה. אלא שמול שלטון צבאי הרואה את האינטרסים של התושבים כמשניים בלבד, גם לביקורת שמפעיל בית המשפט יש השפעה משנית בלבד. בית המשפט יצר "קרום" של שלטון החוק, שדמה מאוד לשלטון החוק הנוהג בישראל גופא. אלא שקרום זה לא יכול היה להתגבר על תוכן המציאות של הכיבוש. במודע או שלא במודע תמך בעצם בית המשפט העליון בשלטון הכיבוש על ידי מתן לגיטימציה,

143 ראו Kretzmer, *ibid* at pp. 57–72.

יצירת מנגנוני שחרור לחצים והצבת סטנדרטים שנדרמו לאלו שבישראל עצמה. במציאות, חייהם של הפלסטינים היו שונים לחלוטין מחייהם של אזרחי ישראל. עורכי דינם למדו מספרי משפט דומים.

ד. המעבר לפסיקה אחרת – תקופת השינויים הגדולים

בשנים האחרונות חל שינוי בפסיקת בית המשפט העליון ביחס למשפט הבינלאומי. כמה כותבים תיארו שינוי זה¹⁴⁴, ויש שאף שכינו אותו "מהפכה זוטא"¹⁴⁵. אך האם יסודותיו של השינוי נעוצים בכיבוד הרב יותר של המשפט הבינלאומי או שמא בשינוי כללי שחל בחברה בישראלית ובפסיקתו של בית המשפט העליון? בהתאם לטענה הכללית של מאמר זה אנסה להראות כי השינויים בפסיקה ביחס למשפט הבינלאומי קשורים קשר הדוק לשינויים שחלו בפסיקת בית המשפט העליון בפסיקתו בישראל עצמה בנוגע לשאלות העוסקות בזכויות אדם. כפי שטענתי לעיל ניתן לראות זרימה של תובנות ושל דוקטרינות מן השטחים אל ישראל ולהיפך.

ד.1 הרקע החקיקתי: האישור הסדרתי של אמנות זכויות האדם, וקבלת חוקי היסוד

בקיץ שנת 1991 ארעה כמעט מבלי משים מהפכה בהתחייבויותיה של מדינת ישראל בתחומי זכויות האדם. בלחץ משרד החוץ¹⁴⁶ ביקש השר דן מרידור מממשלת ישראל לאשרר את אמנות זכויות האדם המרכזיות שטרם אושררו. כפי שהוצג הדבר בפני הממשלה, אישור אמנות זכויות האדם בהסתייגויות מסוימות לא חייב את מדינת ישראל לשינוי כלשהו בחוקיה עקב ההתחייבויות הבינלאומיות שנטלה על עצמה. כלומר, דיניה של מדינת ישראל זהים לנדרש על פי המשפט הבינלאומי הפומבי¹⁴⁷. אם

144 Ben-Naftali & Michaeli, *supra* note 1.

145 Barak Erez, *supra* note 1, at p. 629.

146 ד"ר רובי סייבל, לשעבר היועץ המשפטי במשרד החוץ, בדברים ביום עיון בדבר קליטת אמנות זכויות האדם במשפט הישראלי, כנסת ישראל, 24.2.05.

147 כבר בשלב זה ראוי להעיר שתי הערות בנושא: ראשית, אלו אמנם הדברים שאמר מרידור, אך לא מופרך להניח כי מרידור ניסה למעשה להכניס אל תוך המשפט הישראלי נורמות אשר סבר כי יתרמו לשינוי המצב בישראל, או לפחות ימנעו את השינוי לרעה בעתיד. Andrew Moravcsik סובר כי הטעם להצטרפותן של מדינות מרכז אירופה ומזרח אירופה לאמנות זכויות האדם בראשית שנות התשעים של המאה העשרים היה נעוץ בחשש של מנהיגיהם החדשים כי הדמוקרטיה הליברלית שזה אך הוקמה שברירית מדי, וכי הקומוניסטים יחזרו לשלטון. לפיכך, הצטרפות לאמנות זכויות אדם היוותה כעין "ביטוח" מפני שינוי לרעה של המצב בעתיד. ייתכן כי זה גם היה המצב בישראל. ראו: A. Moravcsik "The Origins of Human Rights Regime: Democratic Delegation in Postwar Europe" 54 *Int'l Organization* (2000) 217. שנית, לא ברור כלל כי אישור אמנות זכויות האדם אכן לא הצריך שינוי. למשל, ישנה דעה שעל פיה

כן, בקיץ של שנת 1991 הפכה לפתע, ללא כל הכנה מוקדמת, מדינת ישראל למדינה שאישרה כמעט את כל אמנות זכויות האדם. מובן כי מהלך זה כשלעצמו השפיע במידה מועטת בלבד על המשפט הפנימי בישראל¹⁴⁸. למעשה, חלפו כמה וכמה שנים עד שאמנות זכויות האדם החלו להופיע בבתי המשפט. יתר על כן, הגישה העקרונית שהביע השר דן מרידור היא עדיין הגישה השלטת בבית המשפט בישראל. כלומר: מדינת ישראל, על הרשות המחוקקת, השופטת והמבצעת שלה, מניחה כי באופן כללי חוקי מדינת ישראל והתנהגותה תואמים את הנדרש על פי המשפט הבינלאומי¹⁴⁹.

במקביל לשינוי זה בהתחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל אומצו בשנת 1992 שני חוקי יסוד שתוארו לאחר מכן כיוצרים "מהפכה חוקתית" בישראל. המדובר בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק, אשר כמעט לראשונה קבעו זכויות יסוד כזכויות חוקתיות על חוקיות. בפסק דין "חוק גל" הידוע של בית המשפט העליון קובעה המהפכה החוקתית כאשר פסק בית המשפט העליון כי בכוחו לבטל חקיקה הנוגדת את חוקי היסוד החדשים.

למהפכה החוקתית הייתה השפעה עצומה על הפסיקה במדינת ישראל עצמה. בתי המשפט החלו לבחון את חוקיותם של שורה ארוכה של חוקים. מעבר לכך קבעה הפסיקה כי חוקי היסוד החדשים מצדיקים בחינה של כל ההלכות שנקבעו בעבר, כאשר יש לתת דגש יתר לזכויות האדם מכוח היותן חוקתיות.

כיצד התבטאו השינויים האמורים בפסיקת בית המשפט העליון ביחס לסכסוך הישראלי-ערבי?

2. תגובתו של בית המשפט העליון לשינוי החוקתי

החל באמצע שנות התשעים נתן בית המשפט העליון בראשותו של הנשיא אהרן ברק שורה של פסקי דין שנראה כי שיפרו את מצב זכויות האדם בהתאם למשפט הבינלאומי

דורשות חלקן של אמנות זכויות האדם כי לפחות חלק מהוראותיהן יחקק במפורש. ראו: ר' לפידות, א' בן נפתלי ו' שני חובת קליטה של אמנות בנושא זכויות אדם לדין הישראלי (נייר עמדה מס' 1, מרכז קונקורד לחקר יחסי גומלים בין הדין הבינלאומי למשפט הישראלי, 2004) למשל בעמוד 19. כמו כן לא ברור כי ההסתייגות של ישראל מהאמנה לביעור כל צורות האפליה כנגד נשים, העוסקת בדיני המעמד האישי, היא אכן הסתייגות תקפה. לדעת ועדת זכויות האדם שעל יד האמנה לביעור כל צורות האפליה כנגד נשים ייתכן כי הסתייגות זו אינה ראויה היות שהיא סותרת את מטרתה של האמנה. ראו Committee on Elimination of Discrimination against Women. Concluding observation, Israel, June 2005.

148 מובן שמחויבות פורמלית אינה מעידה על כך שאכן יש כאן מחויבות אמיתית. אולי אפילו להיפך. ראו: O. A. Hathaway "Do Human Rights Treaties Make a Difference?" 111 *Yale L.J.* (2002) 1935.

149 לביקורת על מימושן של אמנות זכויות האדם על ידי מדינת ישראל ראו, למשל, ר' לפידות, א' בן נפתלי ו' שני, לעיל הערה 147, בע' 21.

הפומבי וקידמו את השימוש בכללי הזהב של תחולתו. למעשה, ההתקדמות התבצעה בשלושה קווים של פסיקה¹⁵⁰. הקו הראשון הוא הנוגע למשפט השטחים. הקו השני הוא תחולתו של המשפט הבינלאומי הפומבי על פעולות הנעשות בתוך מדינת ישראל והקשורות לסכסוך הישראלי-ערבי. הקו השלישי הוא השימוש בדיני זכויות האדם מן המשפט הבינלאומי בקשר לעניינים עקרוניים של זכויות האדם¹⁵¹. להלן נתאר בנפרד את ההתפתחויות הללו, אך לפני כן נציג את הקו המקשר ביניהן: ההיפותיזה הבסיסית של מאמר זה הינה כי המהלך הבסיסי של בית המשפט העליון הוא חיזוקן של זכויות האדם ולא דווקא חיזוקן של המשפט הבינלאומי. שנות התשעים מהוות שנות מהפך בחיזוקם של דיני זכויות האדם במשפט הישראלי. השימוש הנרחב במשפט הבינלאומי לא היווה אלא כלי בידי בית המשפט במסגרת מהלך כללי זה.

שנות התשעים מסמלות גם מהפך במעמדו של המשפט הבינלאומי של דיני זכויות האדם, ובייחוד של המשפט ההומניטרי הבינלאומי. במקום להיות תחום משפטי זניח יחסית הרלבנטי בעיקר לסכסוך לאומי אחד, הפך המשפט ההומניטרי להיות מנוע הצמיחה העיקרי של המשפט הבינלאומי. בכך התגבר המשפט הבינלאומי ההומניטרי על המחסומים שמנעו את קליטתו לתוך המשפט הישראלי בתקופות מוקדמות יותר¹⁵²: ראשית, הנפח השיפוטי שהושג מהקמת בתי דין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה וברואנדה אפשר לבית המשפט העליון להסתמך על המשפט ההומניטרי כמשפט "נייטרלי" וצודק, ולא כמשפט פוליטי המכוון נגד ישראל בלבד. שנית, כתיבה נרחבת בנושאי המשפט ההומניטרי שנבעה מהתפתחות זו אפשרה לבית המשפט העליון להרגיש כי הוא צועד על קרקע בטוחה יותר. שלישית, עלייתו של כוח הסנקציה של המשפט ההומניטרי הבינלאומי הביאה להכרה הולכת וגוברת בבית המשפט העליון כמו גם בממשלה כי אין להימלט מתחולתו של משפט בינלאומי זה.

כל הטעמים האמורים לעיל מסבירים מדוע הפך השימוש במשפט ההומניטרי שנועד לקדם את מצב זכויות האדם ללגיטימי. על פי המהלך שתואר בחלקו הראשון של המאמר, כשהשימוש במשפט זה הפך ללגיטימי היה ניתן לשוב אל הכללים הבסיסיים של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי ששימשו את בית המשפט ביישום כללי הסמכות ושננטשו בעת שבית המשפט ביקש שלא להסתמך עליהם בענייני זכויות האדם. כתוצאה מכך ניתן לראות כי פסיקת בית המשפט העליון בשנים האחרונות שבה ומאמצת למעשה את "כללי הזהב" שזונחו בתקופות קודמות, ומנסה ליישם אותם לגבי תחולת המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי. הדבר בולט בעיקר לגבי כלל תחולת המנהג לגבי השטחים ולגבי כלל הפרשנות לגבי פסקי דין העוסקים

150. Barak Erez, *supra* note 1.

151. חלוקה עקרונית זו בין תחומי השינוי בפסיקה הוצגה לראשונה, ככל הידוע לי, על ידי Barak Erez, *ibid*.

152. ראו תיאורנו לעיל בטקסט ליד הערה 46.

בעימות הישראלי-ערבי. אלא שבמהלך הניתוח של פסקי הדין נקפיד ונזכור כי מטרתו האמיתית של בית המשפט העליון הינה לקדם את מצב זכויות האדם למצב הצודק לפי תפיסתו של בית המשפט, והמשפט הבינלאומי אינו אלא כלי להשגת מטרה זו. מכאן מובנות מגבלות מסוימות שבית המשפט העליון מטיל על המשפט הבינלאומי הפומבי.

3. ד פסקי הדין העוסקים בסכסוך הישראלי-ערבי בתוך תחומי מדינת ישראל

המרכיב הראשון שנבקש לסקור הוא פסקי הדין העוסקים בפן הפנים-ישראלי של הסכסוך הישראלי-ערבי. הצד השווה שבפסקי דין אלו היה התאמה של הדין הישראלי למשפט הבינלאומי מתוך התבססות על המשפט הישראלי. עם זאת, המשפט הבינלאומי נדמה כנוצה בכובעו של בית המשפט העליון בבואו לפרש את החקיקה הישראלית.

3. ד (א) פסקי הדין

3. ד (א) (1) פסק הדין בעניין שיטות החקירה של השב"כ¹⁵³

פסק הדין הידוע ביותר בסדרת פסקי הדין העוסקים בהשלכות הסכסוך הישראלי-ערבי בתוככי מדינת ישראל הוא פסק הדין בעניין השימוש באמצעי חקירה מיוחדים בחקירות השב"כ. עובדות פסק הדין ידועות. בשנת 1987 נחשף כי שירות הבטחון הכללי נהג להפעיל כוח ושיטות חקירה אחרות בחקירה של חשודים בפיגועי טרור, ושיקר לבתי המשפט באופן עקבי לגבי עובדה זאת. ועדת חקירה ממלכתית הוקמה לחקור את הסוגייה¹⁵⁴. בראש הוועדה עמד השופט משה לנדוי, נשיא בית המשפט העליון דאז. הנשיא לנדוי מצא כי יש להתיר במקרים מסוימים שימוש בכוח מתון או באמצעי חקירה אחרים בחקירות השב"כ, אך זאת תוך פיקוח של ועדה פרלמנטרית מיוחדת ורק במקרים קיצוניים ביותר¹⁵⁵. במשך שנים ארוכות נעשו ניסיונות להביא את בית המשפט העליון לפסוק בעניין חוקיות השימוש בכוח בחקירות השב"כ, וכל אותה העת התחמק בית המשפט העליון בטיעונים שונים מניסיונות אלו¹⁵⁶. לבית המשפט היה קל באופן יחסי להתחמק מהצורך בדיון היות שהשב"כ דאג לכך שרק במקרים מועטים במיוחד יהיה בפני בית המשפט העליון נחקר ספציפי אשר עניינו עומד לדין. ברוב המקרים השב"כ דאג להפסיק את חקירתו של החשוד בכוח לפני העתירה לבג"צ, בין אם מפני

153 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, נג(4) 817 (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים).

154 דוח ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת שיטות החקירה של השב"כ.

155 בדוח שם.

156 E. Benvenisti "The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists" 8 *Eur. J. Int'l L.* (1997) 596

שהמידע הנחוץ כבר הושג, ובין אם המטרה הייתה למנוע מבית המשפט לדון בנושא. בכך הקל השב"כ על בית המשפט העליון להתעלם מהעתיירות. הלחצים שהופעלו על ישראל בעניין זה היו כבדים, וכללו הפצה של פסקי דין ישראלים בחו"ל, כתיבה בכתבי עת, פעולות של ארגונים בינלאומיים ועוד¹⁵⁷.

בסופו של דבר, בשנת 1999 פסק בית המשפט העליון כי אין בחוק הסמכה לשירות הביטחון הכללי לנקוט את אמצעי החקירה שנקט. את השימוש בהגנת הצורך ככלי למתן היתרים דחה בית המשפט באומרו כי לא ניתן לתת היתרים מראש. בית המשפט סבר כי ייתכנו מקרים שבהם בדיעבד יכירו רשויות התביעה בכך שבמקרה ספציפי ייתכן שעמדה לאדם הגנת הצורך¹⁵⁸.

המעניין בפסק הדין, המייצג במונח זה את תקופתו, הוא הסתמכותו המוחלטת כמעט על המשפט המקומי הישראלי. למעשה, פוסל פסק הדין פוסל את שיטות החקירה מכוח עיקרון חוסר הסמכות. כלומר, הפסילה איננה חוקתית אלא מבוססת על העיקרון המנהלי של *ultra vires*. היו שפירשו את פסק הדין כמבוסס בפועל על איסור העינויים שבמשפט הבינלאומי הפומבי¹⁵⁹, אך נראה שהמשפט הבינלאומי המוזכר אך בשולי פסק הדין¹⁶⁰ אינו מהווה בשום פנים את התשתית המרכזית לפסיקתו של בית המשפט.

נראה לי כי האזכור החשוב ביותר למשפט הבינלאומי בפסק דין זה הוא בסעיף 23 להחלטת הנשיא. ברק קובע כי עינויים הם איסור מוחלט, וכי "קביעה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי, אשר ישראל צד לו". קביעה זו מוזרה ביותר. כמעט לכל הדעות, האיסור בדבר עינויים הוא איסור מנהגי במשפט הבינלאומי¹⁶¹. הקביעה כי האיסור הוא הסכמי אינה יכולה אלא להיות מכוונת. נראה שברק מכוון לכך שבדעתו ליישם את כלל הפרשנות, כלל ה-*charming betsy*, אך אין בדעתו ליישם את כלל הזהב שיעניק לאיסור על עינויים מעמד משפטי חזק מכוח היותו מנהגי בינלאומי.

Ibid 157

158 ראו בג"צ הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל הערה 153, בע' 44.

159 A. Reichman "When We Sit to Judge, We are Being Judged" 9 *Card. J. Int'l & Comp. L.* (2001) 41

160 למשל, פסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם *Ireland v. UK*, ECHR Ser. A vol. 25 (1978); 58 I.L.R. 188 (1978). המוזכר בסעיף 30 לפסק דינו של הנשיא ברק בבג"צ הוועד הציבורי נ' עינויים, לעיל הערה 153, בע' 839.

161 למשל ראו: *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 890 (2nd Cir. 1980). וכן *Restatement (Third) Foreign Relations § 702(d)* (1986). *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte* (No 3) [1999] 2 All E.R. 97 (H.L.) A.M. Weisburd, "Customary International Law and Torture: אבל ראו: (March 24, 1999) *The Case of India*" 2 *Chic. J. Int'l L.* (2001) 81

ד.3(א)(2) פסק הדין בעניין ביקורי הצלב האדום¹⁶²

פסק דין נוסף בולט שבו נעשה מאמץ פרשני דומה הוא פסק הדין בעניין ביקורי הצלב האדום. בפסק דין זה נדונה השאלה האם יכולים הלבנונים שהוחזקו בידי ישראל כקלפי מיקוח לקבל ביקורים של הצלב האדום. העותרים ביקשו לבסס את זכותם על סעיף 143 לאמנת ג'נבה הרביעית. בית המשפט פסק שיש להתיר את הביקורים מבלי שהכריע בשום טענה המבוססת על המשפט הבינלאומי. נהפוך הוא – בית המשפט הדגיש בפסק דינו כי הוא מבסס את כולו על ההנחה שהחזקתם של הלבנונים אינה כפופה למשפט הבינלאומי אלא למשפט הישראלי בלבד. הנשיא ברק הניח כי על בסיס המשפט הישראלי המנהלי הוא יכול לפסול את האיסור על קיום הביקורים במשך שנים כבלתי סביר. בית המשפט דחה את הטענה כי ראוי ששיקולי הביטחון יגברו בעניין זה: הוא מניח כי יש לאזן את השיקול הביטחוני מול השיקול ההומניטרי, וכי ככל שהזמן חולף השיקול הביטחוני הולך ומאבד מתפקידו (משיקולים שאינם מוסברים בפסק הדין, כנראה מפאת סודיות החומר) ואילו השיקול ההומניטרי הולך ומקבל תפקיד. השיקול הביטחוני אינו נבחן לגופו אלא מאוזן אל מול השיקול ההומניטרי.

שוב, כבפסק הדין בעניין הוועד הציבורי, אין פסק הדין מבוסס על המשפט הבינלאומי. אולם שלא במקרה פסק הדין גורם לכך כי פעילותה של ממשלת ישראל תהיה תואמת למשפט הבינלאומי.

ד.3(א)(3) שבויי החיזבאללה¹⁶³

פסק דין בולט ביותר בשורה זו של פסקי דין הוא פסק הדין בעניין שבויי החיזבאללה. בפסק דין זה נדונה חוקיות החזקתם של "קלפי מיקוח" – לבנונים שנתפסו בלבנון והוחזקו בישראל לצורך החלפתם הפוטנציאלית בשבויי צה"ל ונעדרי במשא ומתן עתידי, ובית המשפט הכריע כי אין לממשלת ישראל או לשר הביטחון סמכות להחזקתם, והורה לשחררם באופן מיידי.

הדעה המובילה בפסק הדין היא זו של הנשיא ברק, אשר לה הסכימו שלושה שופטים נוספים בלא כל הערה, ושופט נוסף בהסתייגות מסוימת¹⁶⁴. המסגרת הנורמטיבית של פסק הדין היא חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979. סעיף 2 לחוק התיר לשר הביטחון להורות על מעצרו של אדם אם היה לו יסוד

162 בג"צ 794/98 עובייד נ' שר הבטחון, פ"ד נה(5) 769.

163 דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, נד(1) 721 (להלן: עניין פלוני).

164 פסק הדין ניתן בדיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים. לדעתו של הנשיא ברק הסכימו בלא כל הסתייגות או הערה השופטים זמיר, מצא ואור. המשנה לנשיא לוי הסכים לפסק הדין ואף לטענה כי לשר הביטחון אין סמכות, אך נראה שהסתייג מכל הדיון במשפט הבינלאומי. השופט דורנר הסכימה לפסק הדין, אך נימוקיה היו שונים כפי שיפורט להלן. השופטים חשין, קדמי וטירקל נשארו בדעת מיעוט, כל אחד מטעמיו שלו, כאשר קבעו כי לדעתם קיימת לישראל הסמכות להמשיך להחזיק באנשי החיזבאללה.

סביר להניח שטעמי ביטחון המדינה מחייבים זאת¹⁶⁵. השאלה הפרשנית שעמדה בפני בית המשפט היא האם טעמי ביטחון המדינה כוללים גם טעמים שאינם קשורים ישירות למוחזקים עצמם, כגון ערכם כקלפי מיקוח (הפרשנות הרחבה) או שמא טעמי ביטחון המדינה האמורים מחייבים כי החזקה תעשה רק מחשש לסכנה לביטחון המדינה שמהווים העצורים עצמם (הפרשנות הצרה). בית המשפט בחר בפרשנות הצרה וקבע כי החוק אינו מתיר החזקה של אנשים כקלפי מיקוח.

השימוש שעושה הנשיא ברק במשפט הבינלאומי בפסק דין מתוחכם. אין הוא קובע כי המשפט הבינלאומי מחייב את מדינת ישראל או כי המשפט הבינלאומי חל ישירות בבית המשפט. ברק קובע כי במסגרת הפרשנות התכליתית של הסעיף יש להביא בחשבון את התכלית הכללית שעל פיה חוקי מדינת ישראל יתאמו את המשפט הבינלאומי. היות שישראל מחויבת מכוח אמנה שלא ליטול בני ערובה¹⁶⁶ טוען ברק כי פרשנות ראויה של החוק הישראלי צריכה להתאים למשפט הבינלאומי. שוב ברור כי בית המשפט העליון עושה במשפט הבינלאומי שימוש במסגרת של פרשנות ולא ככלל מחייב. שוב מדגיש ברק כי הוא מניח שלקחת בני ערובה הינו איסור הסכמי ולא מנהגי שכן ישנה "חזקת התאמה" בין המשפט הבינלאומי הפומבי ובין החוק המקומי¹⁶⁷. פסק דינו של הנשיא ברק בולט מול דעת היחיד של השופטת דורנר. השופטת דורנר מביאה בפסק דינה שורה של מקורות המראים כי האיסור על לקיחת בני ערובה הינו איסור מנהגי במשפט הבינלאומי. בהגיון רב טוענת דורנר כי אם כך הוא הדבר היה האיסור אמור לחול בבית המשפט הישראלי ללא צורך להיזקק לכלל הפרשנות¹⁶⁸.

165 סעיף 2(א) לחוק קובע כי: "היה לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצויין בצו ושלא תעלה על שישה חודשים". בכפוף לביקורת שיפוטית ניתן להאריך את תוקפו של צו המעצר לשישה חודשים נוספים בכל פעם.

166 לשיטתו של הנשיא ברק האמנה הבינלאומית הרלבנטית היא האמנה הבינלאומית נגד לקיחת בני ערובה International Convention against the Taking of Hostages, 1979. סעיף 1 לאמנה קובע כי: "Any person who seizes or detains and threatens... to continue to detain another person (hereinafter referred to as the 'hostage') in order to compel a third party, namely, a State, an international intergovernmental organization, a natural or juridical person, or a group of persons, to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of the hostage commits the offence of taking of hostages ('hostage-taking') within the meaning of this Convention". הנשיא ברק מזכיר גם את סעיף 34 לאמנת ג'נבה הרביעית האוסר על לקיחת בני ערובה, אבל ברור כי אזכור זה הוא בהיסח הדעת. ישראל מעולם לא הודתה כי מאבקה בחיזבאללה כפוף לאמנת ג'נבה הרביעית, וממילא אין תחולה לסעיף זה. עניין פלוניס לעיל הערה 163, בע' 742.

167 שם, שם.

168 ראו בפסק דינה של השופטת דורנר, בעיקר בסעיפים 2 ו-3 לפסק דינה: "הקליטה של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי היא ישירה, והם חלק מהמשפט הישראלי המקומי" עניין פלוניס, שם, ע' 765.

ניסיונו של הנשיא ברק להגביל את תחולת המשפט הבינלאומי בולט אם כן עוד יותר אל מול פסק דינה של השופטת דורנר.

ד.3. (ב) הערכת הפסיקה

ד.3. (ב) (1) יתרונויה של הפסיקה החדשה

ניתן אולי לסכם את העיקרון המוביל בקבוצת פסקי דין אלו כך: עיקרון הפרשנות, או בכינויו הנפוץ עיקרון ה־charming betsy הפך מעיקרון שמן השפה ולחוץ בלבד לעיקרון מהותי ומנחה בפסיקת בית המשפט העליון. פסיקת בית המשפט העליון מבוססת על המשפט הישראלי, אך היא עושה כל מאמץ להתאים את המשפט הישראלי למקובל בעולם כולו. המשפט הבינלאומי של זכויות האדם בהקשר לעימות הישראלי-ערבי הולך ומתקרב ליישום כללי הזהב כפי שנקבעו ביחס למשפט הישראלי. בפעם הראשונה הופך עיקרון ה־charming betsy לעיקרון מוביל ומנחה גם כאשר דנים בסוגיות מתחום זכויות האדם של המשפט הבינלאומי. מצד אחר, בית המשפט נזהר מאוד מלתת למשפט הבינלאומי מעמד מנהגי בתחום הסכסוך הישראלי-ערבי. הטעמים לעיצוב החדש של הפסיקה ברורים למדי. מצד אחד מבקש בית המשפט הישראלי שפסיקתו תהיה לגיטימית בעיני הציבור – הפוליטיקאים, אנשי כוחות הביטחון וכו' בישראל. בית המשפט יושב בתוך עמו, והלגיטימציה שלו להסתמך על משפט בינלאומי בהפיכת עמדות הממשלה היא מינימלית. מן הצד האחר, ישראל לא הייתה עצמאית מעולם בקביעת עמדותיה בסכסוך הישראלי-ערבי. מאז ומעולם היה העולם מעורב בקביעת גבולות הסכסוך¹⁶⁹. עם זאת, בית המשפט העליון הגביל את ביקורתו במהלך השנים הראשונות להיבט הפרוצדורלי. לאחר שהתברר כי הלחץ הבינלאומי גדל, כי גם הלחץ הפנימי גדל, וכי קהילת המשפטנים שהיא הקהילה הרלבנטית של בית המשפט העליון בארץ ובחו"ל אינה מתכוונת לוותר לבית המשפט העליון בעניין, הלך הלחץ וגבר¹⁷⁰. בית המשפט היה צריך לשמור על האיזון בין פסיקה ההופכת החלטות של הממשלה בנושאים רגישים כל כך ובין חוסר הרצון להראות כמסתמכים על המשפט הבינלאומי. התוצאה הייתה כי בית המשפט העליון בחר בדרך הביניים: בית המשפט היה מוכן להפוך החלטות של הממשלה, אך עשה זאת כאשר המשפט הבינלאומי אינו המוקד המרכזי של דיונו אלא המוקד המשני. המוקד המרכזי של הדיון היה המשפט הפנימי.

169 עוד בזמן המנדט התערבו שלטונות המנדט בחוקי המקרקעין בצורה שיצרה יתרון לצד היהודי. ראו: A. Kedar & J. Furman "Colonialization, Colonialism and Lawn Law" 4 *Theoretical Inquiries in Law* (2003) 491–539.

170 ראו Reichman, *supra* note 159, at p. 45 לעניין הפעלת הסמכות האוניברסלית. ראו Ben-Naftali & Michaeli, *supra* note 1.

ד.3(ב)2) ביקורת הפסיקה

אסור שיתרונותיה של שיטה זו יעמעמו את בעיותיה. ראשית, בית המשפט הגביל את יכולתו לבקר את פעולות הממשלה למקום שבו החוק הישראלי בעייתי או אינו ברור. במקום שבו החוק הישראלי ברור – בית המשפט לא יכול היה להתערב. מעולם לא פסל בית המשפט חקיקה ישראלית מקורית או אף חקיקת מפקד צבאי בשטחים מכוח הדוקטרינה הזו. אף אם סבור בית המשפט כי המשפט הבינלאומי הוא בעל עליונות נורמטיבית על החוק הישראלי אין הוא יכול להחדירו למערכת החוק הפנימית. אם כן, יותר מאשר מהפכה אמיתית מתבלטת הקפדה על עיקרון החוקיות. עקרונות היסוד של השיטה, בעיקר עיקרון החוקיות אך גם עקרונות נוספים, היוו את הבסיס להחלטה. אך בדומה לביקורת החוקתית טרם חקיקת חוקי היסוד – בית המשפט לא היה מוכן לפסול ישירות חקיקה ישראלית, או אפילו חקיקה צבאית, מכוח עקרונות יסוד אלו.

שנית, דרך זו מסתירה את מסכת הלחצים האמיתית שבית המשפט העליון נתון בה. על פני הפסק מופיע המשפט הבינלאומי רק כשורת מסמכים נלווה למשפט הישראלי, בלא שהמערכת הבינלאומית והלחצים המשפטיים שהיא מפעילה מופיעים כלל. אי חשיפת הלחץ הבינלאומי מסתירה מהציבור מקצת מהטעמים האמיתיים לשינוי הפסיקה. התוצאה היא כי מתקבלות החלטות דרמטיות שיש להן השפעה ציבורית רחבה, מבלי להבהיר את מערכת הלחצים המלאה שבית המשפט נתון בה¹⁷¹. האם לא עדיף היה לחשוף את הטעמים האמיתיים לשינוי דרכי קבלת ההחלטות? חשיפת הלחצים יכולה לאפשר דיון מלא ביותר בגישה הפרשנית של בית המשפט. הנימוק החסר מכביד על פיתוח דיון סביב הפסיקה והבהרת השלכותיה הרחבות.

שלישית, וזו הבעיה החריפה ביותר, בית המשפט יוצר רמות שונות של הגנה על זכויות שהיא הגנה שרירותית, וזאת בהתאם לדרך שבה הוא יכול לנמק את פסיקתו, וזאת אף אם הדבר נעשה באמצעות כלים שלא נועדו להתמודד עם פסיקה זו. זכויות שניתן לפרשן כמוגנות על ידי חוק ישראלי יזכו להגנה. אם לא קיים חוק כאמור לא יזכו זכויות אלו להגנה, וזאת ללא כל טעם מהותי להצדקת ההבדל. התוצאה היא אי אחידות בפסיקת בית המשפט העליון. השימוש בכלים שאינם מתאימים באופן שבית המשפט לא צפה ואף לא היה יכול לצפות גורם לעמימות בנוגע לפסיקה עתידית של בית המשפט העליון.

ד.3(ב)3) ההקשר הכולל

פרשנות הפסיקה העוסקת בעימות הישראלי-ערבי מתוך ראייה המתמקדת במשפט הבינלאומי הפומבי היא ראייה צרה. ראייה רחבה תקשר כאמור את העמדות כפי

171 לתיאור מערכת לחצים זו ראו למשל: Reichman, *ibid*.

שהובעו במשפט הבינלאומי הפומבי לשינויים הפוליטיים ולשינויים בתפיסתו של בית המשפט העליון את הסכסוך הישראלי-ערבי.

ראשית, ההקשרים מהבחינה הפוליטית. פסקי הדין של בית המשפט העליון אינם יכולים להיקרא במנותק משינוי פוליטי שאירע בשנים אלו. ההסכמים בין ישראל לפלסטינים הביאו לראייה מחודשת של הסכסוך הישראלי-ערבי בעיניים ישראליות. הסכסוך חדל להיות מרד של קבוצת אזרחים בשלטון הלגיטימי. הסכסוך הוא כעת מאבק כמעט לגיטימי בין שתי קבוצות אתניות שלשתיהן דרישות חופפות וסותרות לעצמאות פוליטית. בשורה של הסכמים, שהסכמי אוסלו הם פסגתם, הוכר הקולקטיב הפלסטיני כבן שיח למדינת ישראל, כבעל זכויות פוליטיות ומשפטיות. שינוי זה לא היה תוצאה של פעולת השופטים. הייתה כאן הכרעה פוליטית של מדינת ישראל להתייחס לפלסטינים כקבוצה לאומית.

שנית, בהקשר להתפתחות האמורה העניק בית המשפט העליון זכויות קיבוציות למיעוט הערבי בישראל עצמה¹⁷². שני פסקי דין מיתמרים מעל שאר הפסיקה בנושא זה. פסק הדין הראשון הוא פסק הדין בעניין קעדאן (פסק-דין קציר)¹⁷³. בפסק-דין זה אסר בית המשפט העליון על מינהל מקרקעי ישראל לייעד קרקע ליהודים בלבד, או להעביר קרקע לגוף ציבורי המייעד את הקרקע להתיישבות יהודית בלבד. בכך קבע בית המשפט העליון לראשונה כי הרוב היהודי בארץ ישראל אינו רשאי לדרוש עליונות קולקטיבית של ערבים בודדים. הצד השני של המשוואה, ההכרה בקולקטיב הלאומי הערבי, הובא בפסק הדין בעניין השילוט בערבית¹⁷⁴. בפסק דין זה נקבע כי השילוט בערים המעורבות במדינת ישראל חייב להיות הן בערבית והן בעברית במידה שווה. בפסק דין זה מופיעה הכרה כמעט מפורשת בזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי במדינת ישראל, זכויות אשר בית המשפט העליון מגן עליהן¹⁷⁵. מסיבה זו אף עורר פסק הדין דעת מיעוט בוטה של השופט חשין, אשר התנגד בדיוק למתן מעמד קיבוצי למיעוט הערבי¹⁷⁶.

אין תימה אפוא שכאשר שינה בית המשפט העליון את יחסו למיעוט הערבי

172 לדיון נרחב בשאלות אלו ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (מהדורה שישית, 2005, כרך א') 417-436; א' סבן "קול (דו-לשוני) בודד באפילה? בעקבות בג"צ 4112/99 עדאלה נ' עירית תל-אביב יפו" עיוני משפט כז (תשס"ו) 109; א' סבן "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור לבן" משפט וממשל ח (תשס"ה) 23.

173 בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.

174 בג"צ 4112/99 עדאלה — המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עירית תל אביב-יפו ואח', פ"ד נו(5) 393.

175 ראו שם, בע' 453-455.

176 שם, בע' 439-460. ראו את הניתוח של סבן "קול (דו לשוני) בודד באפילה?" לעיל הערה 172, המסביר מדוע השופט חשין צודק בניתוחו כי אכן יש כאן שינוי והענקה של זכויות קיבוציות. סבן עצמו תומך בהענקת הזכויות הקיבוציות למיעוט הערבי בישראל.

בישראל עצמה, הוא חדל מלראות את הסכסוך הישראלי-ערבי בצורה חד ממדית המבוססת על שיקולי הביטחון בלבד. הכרה בזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי משמעה הכרה, גם אם מוגבלת ומסוימת, בזכויות של בני אותו מיעוט להגדרה עצמית. בהסתמך על הסכמי אוסלו הרי שהכרה זו גם זכתה לגושפנקה פוליטית. תוצאה הכרחית של מהלכים אלו היא הכרה בזכויות ההומניטריות של הלוחמים למימוש אותה הגדרה עצמית. הם יוצאים מגדר טרוריסטים חסרי זכויות שאין להעניק להם כל זכות והופכים למעין לוחמים. ככאלו מגיעות להם זכויות מסוימות.

ה. פסקי הדין הנוגעים לשטחים – "חוקתיזציה" של משפט השטחים

החל משנת 2002 מתחולל שינוי במעמדו של המשפט הבינלאומי בפסקי הדין הנוגעים לשטחים. יש הקוראים לשינוי זה מהפכה חוקתית. כינוי טוב יותר לדעתי יהיה "חוקתיזציה" של השיפוט. שכן כפי שאראה בהמשך, ההבדל המרכזי איננו בתפיסה של בית המשפט העליון את כללי הבסיס, אלא במילויים בתוכן משמעותי על ידי מתן תוקף לכמה מהנחות היסוד שהיו "מוסטרות" מאז ומעולם על ידי בית המשפט העליון. כפי שנראה, בית המשפט העליון עבר להחלה אוטומטית של אמנת ג'נבה הרביעית על פעולות צה"ל ביהודה ושומרון.

ה.1 פסקי הדין המסמלים את השינוי

שני פסקי דין סימלו את השינוי. שניהם נכתבו בקיץ שנת 2002 וניתנו בהפרש של פחות מחודש זה מזה. שני פסקי הדין הם פסק הדין הידוע בעניין עג'ורי¹⁷⁷, ואחיו הקודם לו פסק הדין בעניין מרעב¹⁷⁸. לאמיתו של דבר, בשני פסקי הדין הללו עשה בית המשפט העליון מהלך דומה כפי שנראה להלן. היות שפסק הדין בעניין עג'ורי זכה להתייחסות נרחבת יותר אתחיל בו.

ה.1(א) פסק הדין בעניין עג'ורי

עובדות פסק הדין עג'ורי אינן סבוכות. במהלך שנת 2002, וכחלק מהמאבק המתמשך בטרור, החליטה ממשלת ישראל כי מעתה יעבירו כוחות צה"ל תושבים מיהודה ושומרון החשודים בקשר עם מעשי טרור אל רצועת עזה וזאת במסגרת מהלך של ענישה, הרתעה ומניעת סכנה. "תיחום מקום מגורים" כפי שנקרא מהלך זה בז'רגון המשפטי הישראלי הוא מהלך חלופי למהלך הגירוש. התברר כי תיחום

177 עניין עג'ורי, לעיל הערה 80, ע' 1021.

178 בג"צ 3239/02 מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349.

מקום המגורים לעזה הוא האפשרות הנוחה ביותר מבחינה מעשית ומבחינה משפטית כאחד.¹⁷⁹

מבחינה מעשית למדה מערכת הביטחון את לקחה של פרשת ארבע מאות מגורשי החמאס¹⁸⁰ שהפכו את גירושם למסע לחצים על ישראל שלא נפסק עד שהוחזרו כולם לבתיהם¹⁸¹. בנוסף, כמה מהמגורשים השתמשו במחנה המעצר כבסיס ללימודי טרור מתקדמים. קיצורו של דבר – שכרו של הגירוש למדינה ערבית יצא בהפסדו, ומערכת הביטחון ויתרה למעשה על השימוש בכלי זה. גם מהבחינה המשפטית הגירוש היתה אפשרות בעייתית. עתירות נגד הגירוש העמידו את מערכת הביטחון ואת מערכת המשפט הישראלית בפני שורה של לחצים בינלאומיים. סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית אוסר על כל גירוש, של יחיד או של רבים, ומכל טעם שהוא. כפי שהזכרנו, בפסקי הדין של בית המשפט העליון תחת הנהגתו של הנשיא שמגר אישר בית המשפט העליון את חוקיותו של הגירוש ואף פירש את הסעיף הרלבנטי באמנת ג'נבה בצורה מצמצמת כמתייחס אך ורק לגירושים המוניים או על רקע גזעי¹⁸². אולם, וזו הנקודה החשובה, צה"ל מעולם לא העמיד במבחן את נכונותו של הנשיא ברק לתמוך בתפיסה זו, ואף היועצים המשפטיים למיניהם לא היו חסינים מפני הלחצים של חבריהם למקצוע שגינו חזרו וגנה את פעולות ישראל. התוצאה של מהלך זה הייתה הפסקה כמעט מוחלטת של השימוש בכלי הגירוש. תיחום מקום המגורים הפך לאפשרות המועדפת בקרב הדרג הצבאי. העתירה כנגד תיחום מקום המגורים בפסק הדין עג'ורי הייתה הפעם הראשונה שבה בחן בג"צ את השימוש בסנקציה זו.

מבחינה אנליטית ניתן לחלק את פסק דינו של הנשיא ברק לארבעה שלבים. בשלב הראשון בחן הנשיא ברק מהי הנורמה הכללית החלה על העובדות. הנשיא הכריע כי הנורמה והדינים החלים על שטח תפוס בתפוסה לוחמתית הם דיני השטח הכבוש. בשלב השני הכריע הנשיא כי השימוש העקרוני של ישראל בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית היה שימוש מותר. בשלב השלישי הציב הנשיא ברק את גבולות המידתיות של השימוש באיסור, ובשלב הרביעי הוא בחן את הדרישות מול המקרה הספציפי. ניתוח המרכיבים השונים של החלטת הנשיא ברק חשוב מכמה סיבות. ראשית, נראה כי צורת הניתוח המתבצעת בפסק דין משוכפלת בפסקי דין נוספים. שנית, השימוש המושכל שעושה הנשיא ברק בכלי הניתוח המשפטיים מאפשר לו להפוך את החלטות הממשלה מבלי שהוא נדרש להשתמש בביקורת עקרונית על החלטותיה. שלישית, בעזרת ניתוח אנליטי זה נוכל לזהות את המרכיבים הנורמטיביים של החלטה. ולבסוף, בעזרת ניתוח זה נוכל לבקר את החלטתו של הנשיא.

179 ראו עניין עג'ורי, לעיל הערה 80 (פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא ברק).

180 בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון, פ"ד מז(1) 267.

181 ב' מוריס קורבנות: תולדות הסכסוך הציוני-ערבי 1881–2001 (2003) 575.

182 עניין עבד אל עפור, לעיל הערה 95, ובדין בטקסט שם.

ה.1(ב) השלבים

השלב הראשון בפסק דינו של הנשיא ברק עוסק בהגדרת המבנה הנורמטיבי. בשלב זה הכריע הנשיא ברק כי המתווה הנורמטיבי החל על המקרה הוא זה של אמנת ג'נבה הרביעית. לאמיתו של דבר, אין בדבריו של הנשיא ברק כל חידוש. לכאורה, הנשיא ברק לא קבע עקרונית כי אמנת ג'נבה הרביעית מחייבת בישראל גם ללא חקיקה קולטת¹⁸³, או כי היא משפט מנהגי¹⁸⁴. הוא הסתפק לכאורה בהסכמתה המסורתית של הפרקליטות לדון באמנת ג'נבה כאילו חלה בשטחים ולהיות מחויב לה. למרות אמירה שמרנית לכאורה זו התמקדו בשלב זה של פסק הדין כמה מהכותבים שניתחו אותו¹⁸⁵. ייתכן כי הדבר מבוסס על כך שהנשיא ברק לא הסתמך בעלמא על הסכמת הפרקליטות, אלא השאיר את שאלות התחולה של אמנת ג'נבה הרביעית ב"צריך עיון". התוצאה של מהלך כזה היא מסמך נוסף שננעץ בארון המתים של תיאוריית אי התחולה. בלא שהדבר נקבע במפורש בפסק דין כלשהו ובלא שהוברר מה הטעם המשפטי לכך הולך ומתבהר כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה ביהודה, שומרון ועזה.

השלב השני בניתוח הוא של השימוש בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עצמו. השימוש בסעיף 78 מעניק למדינה כוחות, ובכך לאמיתו של דבר מהווה השימוש בו תוספת לכוחה של המדינה¹⁸⁶. הנשיא הכריע כי יש למדינה סמכות להשתמש בכוחה

183 קרצמר טען כי לאמיתו של דבר אין צורך בקליטה של אמנות אל תוך הדין הפנימי ביהודה ושומרון היות שממילא אין בשטח הכבוש הפרדה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. לכאורה מבוססת הנחתו על העובדה שלאמנות בינלאומיות, גם אם לא נקלטו אל המשפט הפנימי, יש תוקף של מחויבות כלפי רשויות המדינה. ראו ד' קרצמר "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV — דרכו של בית המשפט העליון" משפטים כו (תשנ"ה) 49.

184 לטענה כי אמנת ג'נבה הרביעית הפכה להיות למשפט מנהגי אף אם לא הייתה כזו בשנת 1949 ראו: מ' ספרד "ליטיגציה בינלאומית בבית המשפט המקומי: בין דילול משפטי לבדלנות שיפוטית" המשפט ט (תשס"ד) 161.

185 ראו למשל: א' בן נפתלי וק' מיכאלי "פרשת לך לך: בין אדם למקום — בעקבות בג"צ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ט (תשס"ד) 107–160.

186 שאלה מעניינת, ובלתי פתורה היא האם ללא סעיף 78 היה מוקנה למדינה הכובשת הכוח לתחום מקום מגורים. במילים אחרות — האם סעיף 78 רק מגביל את סמכות המדינה או שהוא מעניק את הסמכות למדינה. למעשה, השאלה היא עקרונית הרבה יותר: האם מדינה כובשת יכולה לעשות כל שברצונה אם אין הגבלה על כוחה ואין נדרשת לכל הסמכה מהמשפט הבינלאומי, או שמא היא רשאית לעשות רק מה שהותר לה במפורש. השאלה היא שאלה עקרונית של המשפט הבינלאומי, ולמעשה אין לה פתרון מוסכם. מצד אחד, באופן קלאסי מעניק המשפט הבינלאומי כוחות למדינות כל עוד אלו לא נשללו מהמדינות במפורש (פס"ד Lotus). מצד אחר, נראה שדווקא נקודת המוצא של דיני הכיבוש המודרניים היא הגבלת כוחו של הכובש. מדברי ההכנה של אמנת ג'נבה לגבי סעיף 6 ניתן להבין כי לפחות חלק מהנציגים הניחו כי סעיף 78 מעניק כוח למדינה. סעיף 6 קובע כי לאחר תום שנה יחולו רק מספר מסוים של סעיפים, ביניהם סעיף 78. הנציג האנגלי הביא את הכיבוש האנגלי של גרמניה בתור דוגמה לכך ששנה היא זמן מספיק להעברת כוחות לידי השלטון המקומי ואין עוד צורך בכוחות רבים כל כך למעצמה הכובשת. ממילא ברור כי עמדתו היא שסעיפי אמנת ג'נבה מעניקים כוחות למדינה הכובשת, ולא רק מגבילים את כוחותיה, שאחרת אין כל היגיון בטיעונו. מכאן נראה

להעביר אדם תושב שכמ לעזה מכוח סעיף 78. כלומר, הנשיא ברק אישר באופן עקרוני את "התרגיל" המשפטי הבסיסי. על מנת להשיג את התוצאה של העברת אדם משטח כבוש אל שטח אחר התיר הנשיא ברק להשתמש ברעיון של תיחום מקום מגורים, שהשפעתו האמיתית היא השפעה של גירוש – העברת אדם מביתו אל מקום אחר, כאשר המקום אליו מועבר האדם הוא מחוץ לשליטתה של מדינת ישראל. הפרשנות כאן היא פרשנות מילולית בלבד. פרשנות תכליתית של הוראות האמנה שוללת לכאורה את הפרשנות של הנשיא:

- (א) התכלית הספציפית של הוראות סעיף 78 היא "פיקוח" על המוגן. תיחום מקום מגורים אינו אלא גרסה חיוורת של מעצר מנהלי; כעין "תחליף מעצר". ברור כי העברה למקום שאינו נמצא בפועל בשליטה ישראלית, כמו רצועת עזה, אינו יכול לתרום לפיקוח על המתוחם.
- (ב) התכלית הכללית של סעיפי אמנת ג'נבה היא הגנה על תושבי השטח הכבוש, ולפיכך הם מחייבים פרשנות מצמצמת.

ייתכן שדווקא במשפט הבינלאומי יש מקום נרחב יותר לפרשנות מילולית, בניגוד לפרשנות תכליתית (אם כי נושא זה בוודאי שנוי במחלוקת)¹⁸⁷. אלא שברור כי גם בית המשפט העליון הישראלי בחר לדון בפרשת עפו בנושא הגירוש על פי הפרשנות התכליתית שלו¹⁸⁸. בשל כך חשוב במקצת השימוש של בית הדין בפרשנות המילולית כאן¹⁸⁹.

מצד אחר, ייתכן שבדרך אגב הופך פסק הדין בעניין עג'ורי את פסק הדין עפו, שהוא אחד מהכתמים הכבדים על תולדות המשפט הישראלי. תיחום מקום מגורים הוא בוודאי סנקציה קלה מגירוש. אם כן, אם גירוש של יחידים מותר, ודאי שתיחום מקום מגוריהם, שהוא חמור פחות מגירוש – מותר. משלא נקט בית המשפט דרך זו של קל וחומר, משתמע מכך שבית המשפט העליון אינו אווז יותר בגרסת עפו¹⁹⁰. על

שלפחות חלק מהמשתתפים בוועידת ההכנה של אמנות ג'נבה הבינו כי אמנת ג'נבה הרביעית מעניקה סמכות למדינה ולא רק נוטלת ממנה סמכויות.

187 סעיף 31 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות הוא מוקד המחלוקת. סעיף זה מונה שורה ארוכה של דרכי פרשנות, אבל לאמיתו של דבר אין הוא מבהיר את השאלה כלל וכלל. סעיף 31(1) קובע כי: "אמנה תפורש בתום לב, לפי המשמעות הרגילה שיש ליתן למונחי האמנה בהקשרם, ולאור נושאה ומטרתה". השאלה הבסיסית בדבר דרך הפרשנות העדיפה נותרה בלתי פתורה. קרצמר הציע כי דרך הפרשנות הנכונה היא דרך של עדיפות לשונית. ראו: Kretzmer, *supra* note 1, at p. 49. כך גם נוהג מוסד ישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי. דומני שהיה קל לנו יותר לקבל פרשנות מילולית של סעיף 78 אלמלא היינו יודעים כי בית המשפט העליון פירש את סעיף 49 פרשנות "תכליתית" על מנת להכשיר את הגירוש.

188 ראו הדיון בטקסט הסמוך להערה 115.

189 ראו דיון נרחב אצל Kretzmer, *supra* note 1 at p. 53.

190 וזאת על אף ההכחשה של השופט ברק בפסק הדין עצמו. ראו עניין עג'ורי, לעיל הערה 177 פסקה 14 ו-27-28 לפסק הדין. לעניות דעתי אין דרך אחרת להבין את המבנה האובייקטיבי

כל פנים, מסקנתו של ברק היא כי תיחום מקום מגורים, אף לתושב יהודה ושומרון אל עזה הוא במסגרת המותר על פי סעיף 78.

עד כה עוקב בעצם פסק הדין בעניין עג'ורי אחרי דרך הניתוח הקלאסית של בית המשפט העליון כפי שהוצגה לעיל. בשלב הראשון נקבע כי אמנת ג'נבה הרביעית היא מוקד הדיון, כפי שנקבע בפסקי דין רבים בעבר. בשלב השני נקבע כי הפרשנות הנכונה של הסעיף הרלבנטי באמנת ג'נבה אכן מעניקה למפקד האזור את הכוחות שלהם הוא טוען. עד כאן יכול פסק הדין לחיות בשלום ובהרמוניה עם פסקי הדין הקודמים העוסקים ביהודה ושומרון.

החידוש המרכזי של פסק הדין בעניין עג'ורי הוא בשלב השלישי. בנקודה זו מחדש הנשיא ברק את עיקר חידושו. ברק קובע כי גם אם אמנת ג'נבה הרביעית מתירה לנהוג בדרך מסוימת, הרי שיש להשתמש בכלי של מידתיות ושל בחינת המטרות מול האמצעים בהפעלת הסמכות לפעול. הנשיא ברק מגביל בכמה קביעות חשובות את שיקול הדעת של מפקד האזור בבואו להשתמש בכוחו. המגבלה הראשונה היא כי מפקד האזור יכול להשתמש בכוחו רק אם מהמוגן עצמו נשקפת סכנה, ולא מאפשר שהמטרה הראשית תהיה הרתעה סביבתית. הנשיא משאיר פתח בלתי ברור לשימוש בשיקול ההרתעה לבחירה בין אמצעים שונים כאשר ברור כי מהאדם עצמו נשקפת סכנה. ההגבלה השנייה היא הגבלה מכוח המידתיות. הנשיא קובע מכוח המשפט המנהלי הישראלי כי יש ליצור מבחן כלשהו לבחינה של המצבים שבהם מותר למפקד הצבאי להשתמש בכוחו. המבחן של הנשיא ברק הוא מבחן "האפשרות הסבירה" להתממשות הסכנה.

ההגבלה השלישית היא מכוח מבחן המידתיות בשימוש באמצעי מול מטרה. נקדיש כמה מילים לשימוש במבחן זה בהמשך¹⁹¹. עתה די אם נאמר כי מבחן מסורתי זה של המשפט הישראלי מתיימר להגביל את הפגיעה בזכויות האזרח והאדם על ידי השלטון לאמצעי המשיג את המטרה והפוגע פחות מביין כמה אמצעים אפשריים. מבחן מידתיות זה אינו אלא הרחבה של הכלל ההגיוני של עקרון החוקיות. אם המדינה יכולה לנהוג רק על פי חוק הרי שהיא גם מחויבת שלא לפעול לטובת מטרות שאינן המטרות המוגדרות בחוק ועליה לבחור באמצעי המזיק פחות. כפי שנראה בהמשך זיכך הנשיא ברק את השימוש ברעיון המידתיות והרחיבו על מנת להפוך אותו למוקד הדיון.

הדיון בכללים אלו כשלעצמם אינו חדש. מאז ומתמיד טרחו הנשיא ברק ושופטים אחרים להדגיש כי השלטון הישראלי ביהודה ושומרון כפוף לכללי המשפט המנהלי הישראלי¹⁹². אלא שעד כה נאמרו דברים אלו ביחס לכללים המסורתיים של המשפט

של אמנת ג'נבה הרביעית על פי פסק הדין בעניין עג'ורי בלא לסבור כי גירוש אסור. תיחום מקום מגורים או מעצר מנהלי הם האמצעים החריפים ביותר המותרים. גירוש אסור בכל מקרה, מבלי להתייחס לשאלה מיהו המגורש ומדוע. שאם לא כן אין כל סיבה מדוע בכלל לתהות לגבי ההיתר לתיחום מקום מגורים.

191 להלן ליד הערה 207.

192 ראו דיונונו לעיל ליד הערה 85, וכן עניין ג'מעית אסכאן אלמעלמון, לעיל הערה 80.

המנהלי הישראלי: כללי הצדק הטבעי, זכות הטיעון וכו'. על אף שלכאורה נסמך פסק דין עג'ורי על יסודות מסורתיים בפסיקה הישראלית, מופיע בו בפעם הראשונה מפי הנשיא ברק הדיון "החוקתי" של המשפט המנהלי במסגרת הניתוח של המעשים בשטחים, והשימוש באותם אמצעי שסתום שאפשרו לבית המשפט העליון בהנהגתו של הנשיא לבצע את המהפכה המנהלית במשפט הישראלי. התגברות כללי המידתיות והסבירות היא שאפשרה את האקטיביזם השיפוטי של ברק במשפט הפנימי, והיא גם אשר אפשרה לו את המהפכה החוקתית של המשפט הבינלאומי.

השלב הרביעי בניתוח הוא היישום של הכללים לעובדות המעשה. גם ביישום טמון שינוי ניכר אל מול הפסיקה שנהגה בעבר. בפעם הראשונה מוכן בית המשפט לקבוע כי היישום של הכללים על ידי הרשויות, ובמיוחד על ידי צה"ל, אינו תואם במדויק את הכללים שקבע בית המשפט. בעניין עג'ורי קובע בית המשפט כי אין לצה"ל ראיות ספציפיות כנגד אחד מהאנשים שאת מגוריהם התעתד לתחם. התוצאה היא כי המדינה יכולה להעביר לעזה שניים מבין שלושת המגורשים. כפי שנדון בהמשך, התוצאה של פסק הדין הנראית לכאורה ניצחון למדינה בשאלות העקרוניות ומעבירה את הדיון לשאלות הקונקרטיות ולעובדות המקרה, היא מכוונת ומטעה. בית המשפט משתדל לקבל החלטה שאיננה נראית כעקרונית, אך בפועל הראינו כי המשמעויות של החלטת בית המשפט עקרוניות. השימוש בכלי של החלטות לגופו של עניין נועד לתת לגיטימיות להחלטות של בית המשפט העליון.

ה.2 שכפול צורת הניתוח בשלבים

ניתן להראות כי בית המשפט העליון שכפל את צורת הניתוח כפי שהובאה במסגרת פסק הדין עג'ורי אף לפסקי הדין הנוספים של בית המשפט העליון העוסקים בשליטה הישראלית בשטחים.

ה.2(א) פסק הדין בעניין מרעב¹⁹³

בפסק הדין בעניין מרעב דן בית המשפט העליון בשורה של הוראות הקשורות לפעילות צה"ל במסגרת מבצע חומת מגן ומבצעים אחרים ביהודה ושומרון. במסגרת פעילותו ביהודה ושומרון הוציא מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון כמה צווים אשר נגעו למעצרים המוניים שבוצעו.

התקיפה העקרונית של הצווים הייתה על עצם ביצוע המעצרים. הטענה הייתה כי אין המשפט מכיר במעצרים המוניים בלא שיש לצבא טעם וסיבה לקבוע כי כל אחד ואחד מהעצורים נעצר בנסיבות המעלות עליו את החשד הספציפי¹⁹⁴. העותרים טענו

193 בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח', פ"ד נז(2) 349 (להלן: עניין מרעב).

194 לעמדת העותרים ראו שם, בע' 359-360 לפסק הדין.

כי לא ניתן למצוא עילת מעצר מוכרת בחוק הבינלאומי¹⁹⁵. מעבר לטענות העקרוניות טענו העותרים כמה טענות הנוגעות להוראות ספציפיות שנגעו למעצרים: הצווים קבעו כי יש להביא את העצור לפני שופט רק לאחר שנים עשר (ובגרסה מוקדמת יותר של הצו שמונה עשר) ימים מיום מעצרו. הצווים גם קבעו כי ניתן למנוע פגישה עם עורך דין למשך שנים עשר יום, וכן כי ניתן להחזיק אדם במעצר שמונה ימים לפני שניתן לו להשמיע את טענותיו.

הבחנה של בית המשפט העליון, שוב מפיו של הנשיא ברק, מוצגת גם במקרה זה על פי ארבעת השלבים שפורטו לעיל. בשלב הראשון הכריע הנשיא ברק כי המעשים כפופים עקרונית למשפט הבינלאומי כמו גם לכללי המשפט המנהלי הישראלי¹⁹⁶. בשלב השני הכריע הנשיא כי אופי המעצרים מותר בעיקרון, היינו: המשפט הבינלאומי מתיר מעצרים מהסוג המתואר בעתירה, היות שאלו מעצרים המתבססים על טעמי ביטחון, ולא מעצרים כלליים ללא הבחנה שלהם אין היתר. בשלב השלישי הכריע בית המשפט כי שתיים מההוראות הספציפיות: ההוראות בדבר היתר לכוחות הביטחון להמתין שנים עשר יום עד לפגישת שופט, וההוראה בדבר היתר להחזיק אדם במעצר עד שמונה ימים וזאת לפני חקירה ראשונית הוגדרו כבלתי חוקיות. ההוראה הראשונה נפסלה כיוון שאין היא עומדת באמת המידה שעל פיה על עצור להיות מובא בפני שופט promptly, דהיינו במהירות האפשרית, וההוראה בדבר מעצר לפני חקירה למשך שמונה ימים בוטלה כיוון שאינה עומדת בתנאי שעל פיו חקירה צריכה להיערך במהירות האפשרית. לגבי השלב הרביעי נקט הפעם בית המשפט גישה שונה מזו שנקט בעניין עג'ורי. בית המשפט העליון דחה את יישום החלטתו למשך שישה חודשים.

שוב ניתן לאתר בפסיקתו של בית המשפט העליון כמה מן המאפיינים שראינו בפסק הדין בעניין עג'ורי. ראשית, ההתייחסות של בית המשפט לתחולת המשפט הבינלאומי. בית המשפט העליון אף אינו עוצר לשאול שמא אמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה. השאלה פשוט נעלמה. אלא שבפסק הדין בעניין מרעב עוד מוסיף בית המשפט וקובע בדרך אגב, ושוב בלא כל דיון, כי בנוסף לאמנת ג'נבה הרביעית כפופה פעילות ישראל בשטחים גם לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות¹⁹⁷. סוגיה זו הייתה ועודנה שנויה במחלוקת מזה שנים רבות. השאלה שבמחלוקת היא האם האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות חלה גם ביהודה ושומרון או רק בשטחי ישראל המקורית "שבתוך הקו הירוק"¹⁹⁸. אמירה אגבית זו של הנשיא ברק מכריעה בלא דיון עוד סוגייה משפטית שנויה במחלוקת, מבלי שנערך לגביה כל דיון ממצה בבית המשפט העליון.

195 שם, שם, סעיף 9 לפסק הדין.

196 שם, בע' 365 לפסק הדין.

197 למשל שם בסעיף 41 לפסק דינו של הנשיא בע' 378.

198 לדיון מקיף ונרחב בסוגיה זו ראו O. Ben-Naftali and Y. Shany "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories" 37 *Isr. L. Rev.* (2003–2004)

הנשיא הניח כי ניתן להיעזר באמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות על מנת לדון בסוגייה. חוסר הדיון הכמעט מוחלט בסוגייה זו, כמו גם הדיון החסר באמנת ג'נבה הרביעית, תומך בטענה כי שאלת תחולת המשפט הבינלאומי הפומבי היא אך כלי להעביר דרכו ערכים המגבילים את פעולת הממשלה, ולא מוקד הדיון והעניין שבפסק הדין. בשלב השני הכריע כאמור הנשיא ברק כי המעצר הוא אמנם לאמיתו של דבר מעצר לצורכי חקירה ולא מעצר לצרכים מנהליים. שוב, ההכרעה מקבלת את העמדה העקרונית של מדינת ישראל שעל פיה הפעולה עצמה אינה אסורה על פי המשפט הבינלאומי. הוויכוח המשפטי מוסט אל שלבי הדיון הנוספים — אל מערכת איזון האינטרסים. בפסק הדין בעניין מרעב מקבלת מערכת איזון האינטרסים תפקיד חשוב ביותר. בשלב זה בוחן הנשיא ברק את ההסדרים לגופם. הבחינה נעשית כאמור על הרקע של הכלל במשפט הבינלאומי הדורש כי העצורים יובאו בפני שופט במהירות הראויה. ברור כי השימוש במונח "במהירות הראויה" וההכרעה על פיו מניח כי לשופט יש עמדה נורמטיבית בדבר המהירות הראויה, הנגזרת מערכים גבוהים יותר. בנוסף לזאת, קובע הנשיא ברק מבחן איזון להמשכו של המעצר — מבחן החשד הסביר¹⁹⁹. יתר על כן, ברק מחדד עמדה זו על ידי שימוש בסעיף ה"חוקתי" ביותר מכל סעיפי אמנת ג'נבה, סעיף 27²⁰⁰.

בגלל חשיבותו בפסק דין זה ובפסקי הדין הבאים אביא סעיף זה כלשונו:

"Protected persons are entitled in all circumstances to respect for their persons, their honor, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall, at all times, be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity".

למעט המשפט האחרון סעיף זה כולל כמעט אך ורק מונחי שסתום ולא הוראות ספציפיות מכוח המשפט הבינלאומי. סעיף זה יכול להוות ואכן יהווה בסיס למעשה לכל עמדה ערכית שהיא. הדרישות שהוא מציב הן לכבוד האדם, לחירותו הדתית, למשפחתו ולמנהגיו. החובה היא לנהוג בו כבאדם.

ההסתמכות המוגברת על סעיף זה מחזקת את הטענה שהעליתי לעיל שעל פיה מבקש בית המשפט להפוך את המשפט הבינלאומי למשפט "חוקתי", המגבש מושגי שסתום שלאורם יכול השופט להתיר את מדיניות הממשלה או לפסלה בלא שיש בידו הוראות חד משמעיות וברורות. במובן מסוים זהו תרגום של דוקטרינת עליית הערכים וירידת הפורמליזם²⁰¹ מן המשפט הפנימי אל המשפט הבינלאומי.

199 עניין מרעב, לעיל הערה 193 סעיף 33 לפסק הדין של הנשיא ברק, בע' 374.

200 שם, סעיף 28 לפסק הדין של הנשיא ברק, בע' 370.

201 מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג).

ה.2(ב) פסק הדין בעניין "רפיח"²⁰²

פסק דין נוסף שבו נעשה מהלך זה הוא פסק הדין בעניין רופאים לזכויות אדם, או פסק הדין בעניין "רפיח" מחודש מאי 2004. בפסק דין זה הוגשה לבית המשפט העליון עתירה בדבר פעולת צה"ל בשכונת תל א-סולטן ברפיח. הפעם מגיעים העותרים לבית המשפט בעוד פעולת צה"ל בעיצומה, עם שורת דרישות קונקרטיות מצה"ל שלטענתן לא נענו. בית המשפט מוכן לדון בשאלות ההומניטריות העולות מהקרב, וזאת תוך כדי הקרב ובעודו מסתמך על דיווחים שמקבלים הצדדים ממוקדי הפעולה עצמם.

בפסק דין זה השלב הראשון הופך להיות חד וחלק. הנשיא ברק מודיע כי דיני הכיבוש הכלולים באמנת ג'נבה הרביעית חלים על הסכסוך. אין הוא טורח לציין אף לא בשולי הדברים את ההתלבטויות הקשורות לתחולה זו של אמנת ג'נבה הרביעית. שוב מתעלם לחלוטין הנשיא ברק מהשאלה האם אכן דיני הכיבוש או התפיסה הלוחמתית אמורים לחול על השטחים שצה"ל פינה ברצועת עזה²⁰³. שוב מתעוררת שאלה נכבדה במשפט הבינלאומי שבית המשפט מתעלם ממנה כליל²⁰⁴.

השלב השני במקרה זה עסק בשורה של חובות של הצבא הכובש כלפי האוכלוסייה בשטח הכבוש. מדובר בעיקר באספקת מזון, תרופות וציוד רפואי. לא הייתה מחלוקת אמיתית כי על הצבא אכן לדאוג לאספקת מוצרים אלו. הצבא אף הציג שורה של פתרונות אשר על פי פסק הדין סיפקו את דרישות העותרים²⁰⁵.

גם בפסק דין זה השלב השלישי הוא השלב האמיתי שהיה שנוי במחלוקת, ובו עיקר חידושו של בית המשפט. בשלב זה בחן בית המשפט האם ישראל איזנה כראוי בין צורכי הביטחון שלה לבין חובותיה על פי המשפט הבינלאומי. בית המשפט העיר למדינה על שתי פעולות. ראשית, המדינה לא חזתה מראש את כל ההתפתחויות של זמן הלחימה, למרות שהייתה יכולה וצריכה לצפות אותן. כתוצאה מכך המדינה לא הכינה כראוי די מים, מזון ותרופות, דבר שהיה יכול למנוע את המחסור הזמני בהם. הערה שנייה של בג"צ למדינה הייתה על כך שהמדינה לא ראתה את חובתה לדאוג לכך שתהיינה הלוויות מתאימות להרוגים ושכני המשפחות יוכלו להשתתף בהלוויות אלו. בנושא זה פעלה המדינה רק תחת לחץ של בג"צ.

גם פעולה זו היא פעולה "מעין חוקתית". בית המשפט חורג ממנהגו השיפוטי ונותן מעין הנחיות כלליות כיצד יש לנהוג במלחמה. הוא מורה למדינה להקים מנגנון מיוחד אשר מתפקידו לדאוג לצורכי התושבים בעת מלחמה. הוא קובע שורה של דרישות עבור צה"ל בבואו לדאוג לצורכי האוכלוסייה בעת לחימה. מכוח סעיף 27 הוא בוחן מהי השתתפות סבירה של בני משפחה בהלוויה. יותר מכל בולטת בפסק

202 בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, נח(5) 385 (להלן: עניין רופאים לזכויות אדם).

203 שם, סעיף 19 לפסק דינו של הנשיא ברק, ע' 398.

204 Benvenisti, *supra* note 25.

205 ראו עניין רופאים לזכויות אדם, לעיל הערה 202, בע' 399 (בסעיף 12 לפסק דינו של הנשיא).

הדין ההתערבות של בג"צ בפרטי הפרטים של האירוע, כלומר בשלב הרביעי. בית המשפט העליון לא פונה לכיוון הניתוח הרגיל של העובדות. פסק הדין הוא בעצם פרוטוקול של הדיון בפני בית המשפט, אשר ויכוח על העובדות ודיון נורמטיבי משמשים בו בערבובייה. בית המשפט יורד לפרטים עד שהוא מעין מתווך בין המדינה לבין העותרים. נדמה שההיגיון שעל פיו בית המשפט הוא המאזן הלאומי נלקח כאן עד לקצה האפשר (ואולי מעבר לו) כאשר בית המשפט יורד לפרטי הפרטים של מספר מיכליות המים היכולות להיכנס בשערי העיר רפיח, וזאת בשעה שכוחות צה"ל מצויים בעיצומה של לחימה²⁰⁶.

ה.2 (ג) פסקי הדין בעניין גדר ההפרדה

שורת פסיקות בולטת של בית המשפט העליון עוסקת בבניית גדר ההפרדה. שורת פסיקות זו חשובה הן בגלל תוכנה, הן בגלל הסתמכותה על משפט בינלאומי פומבי, והן כיוון שבית המשפט העליון נאלץ בפעם הראשונה בתולדותיו להתעמת עם קביעה של מוסד שיפוטי בינלאומי החולקת על עמדתו.

ננתח ראשית את פסק הדין העקרוני של בית המשפט בעניין מועצת הכפר בית סוריק²⁰⁷. בפסק דין זה עתרו תושבים מכפר פלסטיני הנמצא סמוך לקו הירוק מצידו המזרחי כנגד תוואי בניית הגדר המתוכננת. תוואי הגדר כולל הפקעה של שטחים רבים לצורכי בניית הגדר עצמה. כמו כן גורם תוואי הגדר המוצע לכך ששטחים נרחבים השייכים לעותרים ינותקו מהעותרים ויהיו מעברה המערבי של הגדר, כך שעל מנת להגיע לשדותיהם יצטרכו העותרים לעבור דרך הגדר במשטר היתרים סבוך. שלישית, הפגיעה החמורה מכל היא בתושבים הפלסטינים אשר יישארו מעברה המערבי של הגדר וייוותרו כלואים בין הגדר האמיתית לבין הקו הירוק הוירטואלי, דבר שיחייב אותם להיתרי תנועה לכל כיוון שהוא ולהגבלה ניכרת של חירות התנועה שלהם.

שוב משתמש הנשיא ברק בניתוח הארבעה שלבי, והוא חוזר על האופן שבו פעל בפסקי הדין הקודמים: לעניין תחולת אמנת ג'נבה הרביעית מכריע הנשיא וקובע שוב כי האמנה חלה, תוך שהוא מותיר בצריך עיון את הטעם האמיתי לתחולתה. בשלב השני קובע הנשיא כי סיפוח השטח אסור בעיקרון. כלומר: לו הייתה הגדר נבנית לצורכי סיפוח לא היה הדבר מותר. אלא, קובע הנשיא ברק, שעיקר מטרתה של הגדר הוא ביטחוני ולא מדיני. בשל כך ובהסתמך על הצהרת המדינה קיבל הנשיא ברק את דעת המדינה שעל פיה בניית הגדר היא פעולה מותרת בעיקרון. אם כן, בהתאם למנהגו, וכפי שראינו כבר מפסקי הדין הקודמים, השלב השני, העקרוני הוא השלב שבו מקבל בית המשפט העליון את דעת המדינה.

הביקורת על המדינה נעשית בעיקר בשלב השלישי – שלב המידתיות או

206 ראו שם, בע' 395, סעיפים 14–15 לפסק דינו של הנשיא.

207 ראו בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלה ישראל, נח(5) 807.

החוקתיות. בשלב זה הכפיף בית המשפט העליון את גישתה של המדינה למבחן המידתיות. מבחן המידתיות לשיטתו של הנשיא ברק קובע שלושה מבחני משנה. המבחן הראשון הוא מבחן הקשר בין האמצעי למטרה. המבחן השני הוא מבחן האמצעי הפוגעני פחות. המבחן השלישי הוא מבחן האיוון המידתי. על המדינה לאפשר מבחן של פגיעה מועטת באינטרס המוגן אם יהיה בכך רווח גדול מאוד מבחינת זכויות האדם. המבחן השלישי הוא המבחן המרכזי בפסק הדין בית סוריק, היות שעל פיו הכריע הנשיא כי את תוואי הגדר יש לסרטט מחדש.

דרך הילוך זו של בית המשפט העליון מאפשרת לו להימנע מעימות עם מערכת הביטחון על השאלה הביטחונית. תחום הביטחון נותר בידי הצבא. אלא שהנשיא ברק קובע כי ניתן לוותר מעט על ביטחון במקום ששמירה מוחלטת על ביטחון היא בסיס לפגיעה חמורה במיוחד בזכויות האדם. במקום זאת קובע הנשיא כי יש להתחשב בזכויות האדם כמרכיב מרכזי בקביעת התוואי, אף אם תהיה בכך פגיעה מועטת בעיקרון הביטחון המוחלט.

בשלב הרביעי קובע הנשיא כי בכמה מקומות בגדר הייתה אכן פגיעה כפי שנקבע. מיד לאחר מתן פסק הדין בעניין בית סוריק נתן בית הדין הבינלאומי בהאג חוות דעת בעניין חוקיות גדר ההפרדה²⁰⁸. בקצרה, חוות הדעת של בית הדין קבעה כי בניית גדר ההפרדה כולה אינה חוקית. בית הדין הסתמך בעיקר על החשש כי בניית הגדר מהווה כלי לסיפוח חלקים מהשטחים לישראל, ועל קביעתו כי הגדר פוגעת בזכויות תושבי השטחים המוגנים על פי המשפט ההומניטרי. אין זה המקום לנתח את חוות הדעת, ניתוח שנעשה במאמרים רבים²⁰⁹. בשלב זה המעניינת אותנו הוא ההתייחסות של בית המשפט העליון לחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי.

חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי נותחה בהרחבה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין הגדר באלפי מנשה²¹⁰. בפסק דין זה ניתח בית המשפט העליון את חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי ודחה אותה כבלתי מחייבת מבחינה פורמלית²¹¹ וכלקריה מבחינה משפטית. טענתו המרכזית של בית המשפט כלפי חוות הדעת הייתה

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories 208
(Advisory Opinion), I.C.J. 2004, 43 I.L.M. 1009

לכחינת חוות הדעת הוקדשו מאמרים רבים בכתב העת 38 (2005) *Israel Law Review* וכן בכתב העת 99 (2005) *The American Journal of International Law*. חלק ניכר ממאמרים אלו מבקרים את חוות הדעת של בית הדין בעיקר לאור התעלמותה מצרכי הביטחון של ישראל וכן בגלל העובדות הבלתי מספקות העומדות בבסיסה. ראו למשל: Y. Shany "Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases" 38 *Isr. L. Rev.* (2005) 230; D. Kretzmer "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law" 99 *Am. J. Int'l. L.* (2005) 88

ראו בג"צ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', תק-על(3) 2005, 3333 (החלטה מיום 15.9.2005) (להלן: עניין אלפי מנשה).

211 שם, סעיף 56 לפסק דינו של הנשיא ברק.

כי חוות דעת זו אינה מבוססת מבחינה עובדתית, והיא מתעלמת מצורכי הביטחון של מדינת ישראל²¹². לגופו של עניין, לאחר שבחן בפירוט רב את תוואי הגדר באיזור היישוב אלפי מנשה קבע בית המשפט כי על אף שהגדר בנויה שם מטעמי ביטחון, הרי שהפגיעה בתושבים היא בלתי מידתית.

שתי נקודות ראויות לשימת לב מיוחדת בפסק הדין בעניין הגדר באלפי מנשה. ראשית, המחלוקת העיקרית והאמיתית בין בית המשפט לבית הדין ממוקדת בשלב השני של הניתוח: האם הטעם העיקרי לבניית הגדר הוא פוליטי או ביטחוני²¹³. לדעת בית המשפט העליון, הטעם הביטחוני שבבסיס ההכרעה על תוואי הגדר היה אמיתי וכך²¹⁴. בית המשפט פסל את התוואי לגופו וזאת בשלב השלישי של הניתוח, מטעמי מידתיות.

נקודה חשובה שנייה בפסק דינו של בית המשפט העליון היא הנימוק שנתן לזכות להגנה על המתנחלים. בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי נקבע כי ההגנה על המתנחלים כשלעצמה אינה יכולה להיות טעם לגיטימי לבניית הגדר, היות שההתנחלויות בלתי חוקיות²¹⁵. בית המשפט העליון דחה טענה זו משני כיוונים: הוא דחה את הטענה מצד המשפט הבינלאומי, בקובעו כי המשפט הבינלאומי דורש מהצבא להגן על המתנחלים אפילו אם ההתנחלויות אינן חוקיות²¹⁶. בנוסף לכך קבע בית המשפט כי החובה להגן על תושבים ישראלים מבוססת על המשפט הישראלי הפנימי²¹⁷. התוצאה המצטברת היא, שוב, הדמייה של המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי הפנימי, ואינטגרציה של השטחים ושל המשפט הישראלי ביחס למתנחלים²¹⁸.

ה. הערכת שיטת ארבעת השלבים

שיטת ארבעת השלבים שהוצגה לעיל ומופיעה בצורה זו או אחרת בכמה פסקי דין נוספים, מעלה שורה של שאלות מתחום המשפט הבינלאומי. ראשית, נבחן את השאלות המועלות ואת הפתרונות שמצא להם בית המשפט העליון. נציין גם כיצד משיגה שיטת ארבעת השלבים את המטרות שאותן התעתדה להשיג. בחלק הבא נבחן את היתרונות ואת החסרונות של שיטה זו. נבחן כסדרן שלוש סוגיות מרכזיות

212 שם סעיפים 57–74 לפסק דינו של הנשיא ברק וחוות דעתו של המשנה לנשיא חשין.
213 הנשיא ברק קובע בפסק דינו כי לא כך הוא, וכי בית הדין לא קבע עמדה בשאלה האם הגדר פוליטית (ראו שם, סעיפים 74–75) אך נראה לי כי זו פרשנות פורמלית בלבד של חוות הדעת. על פני חוות הדעת ברור כי לדעת בית הדין בניית הגדר היא מעשה פוליטי שמטרתו סיפוח ההתנחלויות למדינת ישראל.

214 שם, סעיפים 100–101 לפסק דינו של הנשיא ברק.

215 סעיף 49 לפסק הדין, שם, העוסק בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי.

216 שם, סעיפים 18–20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

217 שם, סעיף 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

218 לדיון נרחב יותר בעניין זה ראו להלן טקסט ליד הערה 231, בע' 72.

העולות מדיוננו לעיל בשיטת ארבעת השלבים. ראשית נדון בשיטת ההכרעה של בית המשפט העליון בסוגיות יסוד מתחום המשפט הבינלאומי. לאחר מכן נברר את סוגיית ה"חוקתיזציה" של המשפט הבינלאומי. לבסוף נדון בשאלת ההימנעות של בית המשפט העליון מהתעמתות עם הממשלה.

ה.3(א) הכרעות שטחיות בסוגיות יסוד

כאמור, השימוש בשיטת ארבעת השלבים הביא בפני בית המשפט העליון שורה של סוגיות יסוד מתחום המשפט הבינלאומי. הצד השווה שבכולן הוא שבית המשפט העליון הכריע בסוגיות יסוד מתחום המשפט הבינלאומי הפומבי כמעט כבדרך אגב.

יהודה ושומרון כשטח כבוש

השאלה הראשונה העולה היא קביעתם של שטחי יהודה ושומרון כשטחים כבושים. קיים ספק ניכר לגבי השאלה האם אכן שטחי A ביהודה ושומרון והשטחים שבשליטת הרשות הפלסטינית ברצועת עזה הם שטחים כבושים²¹⁹. השאלה נובעת מכך שהגדרת שטח כבוש הקבועה בסעיף 42 לאמנת האג תלויה בשליטה אפקטיבית. מיהו השולט מבחינה אפקטיבית בשטחים היא שאלה דינמית, שאינה יכולה להיות כפופה לפתרון חד ממדי. ישנה דעה שלפיה ישראל חדלה להיות כובשת בחלק משטחי יהודה ושומרון²²⁰. לפי גישה אחרת מעמדה של מדינת ישראל בשטחים הוא מעמד של כובש בתר-לוחמתי (post belligerent occupation) שעליו מוטלות חובות שונות מאלו המוטלות על הכובש הלוחמתי²²¹. אחרים סבורים כי ישראל היא כובש ארוך טווח ומכוח זאת מוטלות עליה חובות שונות מאשר אלו המוטלות על הכובש הרגיל²²². הדיון בשאלות אלו אינו פשוט כלל, והוא כורך בחובו שורה של שאלות שמצריכות דיון מקיף. למשל: סעיף 6 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי על כיבוש הנמשך יותר משנה לאחר תום מעשי הקרבות חלות רק חלק מהוראות אמנת ג'נבה. בין ההוראות שאינן חלות על כיבוש ארוך טווח שכזה ניתן למנות את סעיף 78, מרכזו הדיון באמנת ג'נבה הרביעית. לכאורה, כך אולי הבינו מנסחי האמנה, כאשר הכוח הכובש חדל לנהל את השטח הכבוש אין לו צורך

219 C. Bruderlein "Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan" (Legal and Policy Brief, *Harvard Program on Under International Humanitarian Law*) (*Legal and Policy Brief, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, 2004)

220 E. Benvenisti "The Status of of the Palestinian Authority" in: *The Arab-Israeli Accords: Legal Perspectives* (London, E. Cotran, C. Mallat eds., 1996) 47

221 Y. Dinstein "The International Legal Status of the West Bank and the Gaza Strip — 1998" 28 *Isr. Y.B. Hum. Rts.* (1998) 37–49. E. Benvenisti "The present Status of the Palestinian Authority" *The Arab Israeli Accords: Legal Perspectives*, *supra* note 220, at pp. 47–65

222 A. Roberts "Prolonged Military Occupation: The Israeli Occupied Territories since 1967" 84 *Am. J. Int'l L.* (1990) 103, 44

יותר בשורה של כוחות אשר יעברו לידי הרשויות האזרחיות בשטח הכבוש.²²³ מצד שני, התיאוריה הקלאסית של המשפט הבינלאומי סוברת כי כל מה שלא נאסר על מדינה מותר לה, היינו: על מנת להגביל את המדינה יש צורך בכלל ברור. לא ברור אם כן האם היעלמותו של סעיף 78 מהחובים של סעיף 6 משמעותה הקלה על המדינה או החמרה עליה. מצד שלישי, הכלל במשפט הבינלאומי הוא הגבלת כוחו של הכיבוש ותקפות הכיבוש — כיצד משפיעים נושאים אלו על כוחה של המדינה בתקופת הכיבוש?²²⁴ כל אחד מנושאים אלו ראוי לבירור נרחב ונפרד. אין הם פשוטים כלל ועיקר. כמובן, ייתכן כי במקרה כל פעולותיה של המדינה מותרות בעיקרון על פי המשפט הבינלאומי הפומבי. אלא שהכרעה כזו יכולה לבוא רק לאחר דיון בשאלות שעלו לעיל, דיון שלא נעשה כלל ועיקר.

מעמדה של רצועת עזה

גם בפסקי הדין האחרים ניתן לראות כיצד פוסח בית המשפט העליון על שאלות היסוד. בפסק הדין בעניין רפיח למשל פסק בית המשפט העליון כי דיני הכיבוש חלים. דבר זה בעייתי מכמה בחינות. ראשית, כאמור לעיל לא ברור כלל כי אכן דיני הכיבוש עדיין חלים ברצועת עזה בעת מתן פסק הדין.²²⁵ שנית, נראה כי התחולה האמיתית של דינים במקרה זה איננה דיני הכיבוש, אלא דיני הלחימה (*ius in bello*) העוסקים ביחס לאזרחים בעת קרב. כלל לא ברור האם אלו דינים החלים במקביל או המוציאים זה את זה. במקרה שהתחולה היא לדיני הלחימה אין זה ברור שיש חובה על הכוח התוקף להתיר לאזרחי הצד השני לצאת להלוויות וכו'.

223 ראו לדוגמה דברי השגריר האמריקני לוועידה המכונה של אמנת ג'נבה הרביעית: "Experience has shown that an occupying power did, in fact exercise the majority of the governmental functions in the occupied territory. A prolonged military occupation was, however, also characterized by a progressive return of governmental responsibility to local authorities" *Travaux Préparatoires of the Geneva Conventions in: Final Record of the Diplomatic conference of Geneva of 1949 (Federal Political Department, Berne, 1949) Vol. IIA, at p. 623*.

224 O. Ben-Naftali et al. "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territories" *24 Berk. J. Int'l L.* 101 (2005).

225 Bruderlein, *supra* note 219. מובן ששאלה זו עוד מתעצמת לאור מהלך ההתנתקות שבו הוציאה למעשה מדינת ישראל את כוחותיה מרצועת עזה. בית המשפט העליון עדיין לא הכריע האם נפסק הכיבוש הישראלי ברצועת עזה ואילו כללים משפטיים חלים על הסכסוך שם. יש לשים לב כי השאלה מורכבת אף יותר מכפי שנראה ממבט ראשון. אם נפסק הכיבוש, הרי שתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית נפסקת גם היא. אולם, גם אם יתחילו מחדש פעולות איבה אין כלל הכרח שאמנת ג'נבה הרביעית תחול על פעולות אלו. אמנת ג'נבה הרביעית חלה רק על סכסוך מזוין שבין שתי מדינות (סעיף 2 לאמנה). תחולתה לגבי הכיבוש הישראלי בעזה הייתה היסטורית: היות שהכיבוש נבע כתוצאה מסכסוך בין שתי מדינות, הרי שאין דיני הכיבוש חדלים לחול רק מאחר שהסכסוך המקורי הסתיים. אבל אין הדבר כך לגבי הרשות הפלסטינית. זו איננה מדינה, ובשל כך אין אמנת ג'נבה הרביעית אמורה לחול כלל בהקשר של סכסוך חדש שבין ישראל לפלסטינים. ראו המקורות המובאים לעיל בהערה 221.

בנוסף, אין בית המשפט דן כלל בשאלה האם הסכסוך המדובר הוא סכסוך בינלאומי או סכסוך שאיננו סכסוך בינלאומי, אלא פנימי²²⁶. במקרה שהסכסוך הוא סכסוך פנימי התחולה היא לדינים מצומצמים יותר ולא לכלל דיני אמנת ג'נבה הרביעית. אין אני יודע אם בזאת היה צריך להיות שינוי מטעמי המשפט הבינלאומי, אבל דיון בוודאי שלא היה כאן. נושא זה הוכרע בבית המשפט כבדרך אגב, ללא כל דיון.

תחולת האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות בשטחים

דוגמה נוספת לפסיחה על דיון משמעותי ומקיף בתחולת הנורמה כשלעצמה היא הפסיחה שנעשתה בפסק הדין בעניין מרעב לגבי תחולת אמנות זכויות האדם במקביל לתחולת דיני הכיבוש. שאלה זו היא שאלה נכבדה ששבה ועולה בדיון המשפטי מדי פעם. השאלה היא האם על שליטתה של ישראל ביהודה ושומרון חלים בנוסף לדיני הכיבוש גם דיני משפט זכויות האדם הבינלאומי. המיקוד הפורמלי של השאלה נעוץ בפרשנות סעיף 1(2) לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR). סעיף 1(2) קובע כי:

"כל מדינה חתומה מתחייבת להעניק לכל היחידים בתחומה והכפופים לשיפוטה את כל הזכויות המנויות באמנה זו".

ובנוסף האנגלי:

"Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant."

השאלה היא האם תושבי יהודה ושומרון נחשבים כאנשים הכפופים לשיפוטה של מדינת ישראל ולפיכך חלים עליהם כללי האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות. שאלה זו גם היא שאלת יסוד בתחולת האמנה על יחידים. התשובה שניתנה על ידי בית הדין הבינלאומי בחוות הדעת בעניין גדר ההפרדה היא כי התחולה היא של האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות במקביל לאמנת ג'נבה. אך תשובה זו היא לכל הפחות שנויה במחלוקת.

הטעם למהלכים אלו מתבהר אם מקבלים את הנחת מאמר זה, לאמור: לא תחולתו של המשפט הבינלאומי עמדה בראש מעייניו של בית המשפט, כי אם הרחבת מעמד זכויות האדם.

כל הפסיחות האמורות אינן יכולות להסתיר את השינוי בפסיקת בית המשפט העליון. בית המשפט העליון פוסק שבאופן עקרוני המשפט הבינלאומי של דיני זכויות האדם חל על פעולותיה של מדינת ישראל. נדמה לי ששינוי זה מבוסס על

226 סכסוך בינלאומי מוגדר כסכסוך בין שתי מדינות (ראו למשל סעיף 2 המשותף לאמנות ג'נבה).

כלל הזהב הראשון: בית המשפט מכיר בכך שכל דיני המשפט ההומניטרי, לרבות אמנת ג'נבה הרביעית, הפכו לכללים מנהגיים. לפיכך מותר בית המשפט העליון על האבחנות המלאכותיות בין תקנות האג לאמנת ג'נבה, ופונה להחלה של אמנת ג'נבה. נשוב ונזכיר כי התחזקותו של כלל הזהב של תחולת המנהג באה במקביל להתחזקותו של כלל הזהב של פרשנות בהתאם למשפט הבינלאומי, תהליך שתיארנו לעיל לגבי פסקי דין העוסקים בסכסוך הישראלי-ערבי והכפופים לחוק הישראלי. כלומר: מבחינה מהותית שוב מחזק בית המשפט את מעמדו של החוק הבינלאומי ומתאים אותו לתחולת החוק הישראלי.

ה.3(ב) ה"חוקתיזציה" של המשפט הבינלאומי הפומבי
 בחלק זה של המאמר אנסה להעריך את שיטתו של הנשיא ברק להכנסת איזונים ומבחני מידתיות אל תוך כללי המשפט הבינלאומי הפומבי. כזכור, תיארונו לעיל מהלך מחודש זה כ"שלב השלישי" בצורת הפסיקה של בית המשפט העליון. בשלב זה אין בית המשפט עוסק לכאורה בשאלות עקרוניות מתחום המשפט הבינלאומי אלא בשאלות של איזונים.

אין זה המקום המתאים לפתח דיון מלא בשאלה האם ראוי להשתמש בתורת האיזונים ובכללי הסבירות והמידתיות ביחס להפעלת המשפט הבינלאומי ההומניטרי. עניין זה ראוי לדיון נפרד. להלן אציע רק כמה תהיות לגבי השימוש בכלים אלו, אשר לא עלו כלל בפסקי הדין של בית המשפט העליון.

השימוש במידתיות ככלי הלקוח מהמשפט הבינלאומי הוא בעייתי, וזאת משתי סיבות מרכזיות: ראשית, המידתיות היא כלי הלקוח מתחום זכויות האדם, אך היא מבחן שאינו מקובל בתחום המשפט ההומניטרי; שנית, המידתיות במובן שבו מיישם אותה הנשיא ברק מרחיבה את שיקול הדעת של השופט. נעסוק בשתי בעיות אלו בקצרה.

השימוש במידתיות במשפט הבינלאומי ההומניטרי העוסק בדיני הלחימה עצמם (*ius in bello*) מופיע בהקשר מרכזי אחד – הזכות לפגוע באזרחים תוך כדי התקפה על מטרות צבאיות²²⁷. הכלל שנקבע הוא כי מותר לתקוף מטרות משולבות, אזרחיות וצבאיות, ובלבד שהיתרון הצבאי עולה על הנזק שבפגיעה באזרחים²²⁸. ההבדל בין ה"מידתיות" כפי שהיא מופיעה בנורמה זו ובין השימוש שעושה בה הנשיא ברק הוא

227 המקורות של כלל המידתיות הם כמובן עתיקים ביותר. יסוד הכלל הוא בדיני השימוש בכוח *ius ad Bellum*. כללי Caroline הידועים קבעו כי הגנה עצמית במשפט הבינלאומי צריכה להיות פרופורציונלית להתקפה. לגבי מקורותיה של נורמת המידתיות ותוקפה ראו: J.G. Gardam, "Proportionality and Force in International Law" 87 *Am. J. Int'l. L.* (1993) 391.

228 הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה סעיף 51(5) אוסר על "התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים... אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישירי הצפוי".

ברור. המידתיות בהקשר של הפגיעה באזרחים במהלך פעולה היא הנורמה עצמה. הנורמה עצמה אינה מתירה התקפה על אזרחים או אוסרת אותה, אלא מורה כי מותר לפגוע באזרחים רק אם הפגיעה היא פרופורציונלית ליתרון הצבאי שהופק. שימוש זה במידתיות שונה לחלוטין מזה שעושה הנשיא ברק במושג. הנשיא מניח כי הנורמה מתירה פעולה מסוימת או אוסרת אותה. לאחר שהגיע למסקנה כי הנורמה מתירה פעולה מסוימת, הוא שב אל הנורמה ומטיל מגבלות נוספות על דרכי פעולתה. זו איננה המידתיות המוזכרת במשפט הבינלאומי בהקשר לדיני המלחמה. זוהי מדיניות של מידתיות שיפוטית, הדומה יותר למבחן הסבירות מן המשפט הישראלי או למבחן המידתיות האירופי. השימוש במבחן מידתיות כזה אינו נפוץ במיוחד במשפט הבינלאומי ההומניטרי²²⁹. זהו מבחן המבוסס יותר על חוש המידה של השופט מאשר על נורמה מסוימת. לכאורה, במיוחד במקום שבו קיימת נורמה אמור השופט להסתפק במציאתה ואינו צריך להתמודד עם שאלות נוספות. ההתמודדות של הנשיא ברק עם איזון נוסף משמעה שלילת הסופיות של הנורמה שנקבעה על ידי המשפט הבינלאומי.

נראה לי כי למהלך כזה יש השפעה לא רצויה על הנורמה עצמה. הנורמה נקבעה ככלל חד וברור על מנת למנוע את השימוש בכללים המכניסים שטחי ביניים אפורים אל המשפט. המשפט הבינלאומי ביקש להגיע לחד משמעיות היות שעיקר עיסוקו הוא בהגנה על האזרחים. בכל פעם שבית המשפט פותח פתח לאפשר גמישות בנורמה, איזוניה מול דרישות נוספות וכו', הוא בעצם מאפשר לצבא לטעון כי ההגנה על זכויות האזרח תיעשה במסגרת האיזון הספציפי. התוצאה היא כי הנורמה החדה והברורה המגנה על זכויות האדם מאבדת מחדותה. גישת המידתיות הלקוחה מתחום המשפט החוקתי הישראלי מתאימה במיוחד לשימוש בנורמות כלליות אשר תוכנן אינו ברור. לכאורה נראה כי הנורמות הקבועות באמנת ג'נבה הרביעית הן נורמות חד משמעיות וברורות. אין לתמוה אפוא כאשר בית המשפט העליון הופך את סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, סעיף כללי ורב פרשנויות, לסעיף המרכזי בפסיקתו. זהו הצינור שדרכו מחדיר בית המשפט העליון את המידתיות אל הדיון המשפטי במשפט הבינלאומי. רק כך יכול בית המשפט העליון להתחמק מהצורך בהכרעה עקרונית בדבר תחולתן של הנורמות מתחום המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי. השימוש במידתיות בעייתי גם כיוון שאין זה ברור שהנחות היסוד של שימוש זה

229 כלי המידתיות בהקשר להתקפה על מטרות אזרחיות זכה בשנים האחרונות לפרשנות נרחבת יחסית. ראו למשל: Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia [URL: <http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>] (2000). W.J. Fenrick "The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare" 98 *Mil. L. Rev.* (1982) 91-127; "Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia" 12 *Eur. J. Int'l L.* (2001) 489-502. בכל מקרה העניין נדון בהקשר להתקפות על אזרחים ולא כהגבלה נוספת על נורמות.

מתאימות לדיני הכיבוש. תורה של מידתיות ושל איזונים מניחה כי השלטון שעליו החובה לעשות שימוש בכלים אלו מביא בחשבון את צורכי האוכלוסייה, את רצונה ואת זכויותיה, ואמור לאזנם מול אינטרסים שלטוניים מסוימים. התשתית להנחה זו היא השלטון הדמוקרטי. היינו: השיטה הדמוקרטית מבטיחה רמה מסוימת של מחויבות השלטון לאזרחים. בית המשפט רק מבטיח כי לא יהיה ניצול של בורות האזרחים ושל חולשתם על ידי השלטון. בשל כך יכול בית המשפט להניח במידה רבה של היגיון כי אם יורה לשלטון על נוסחאות איזון, אלו אכן יצאו אל הפועל. אלא שבשטח כבוש המצב הפוך: השלטון אינו דמוקרטי ובשל כך אין כל ראייה לכאורה כי הוא מבקש את טובת התושבים בשטח. נוסחאות של איזון, של מידתיות ושל סבירות חסרות משמעות היות שאין כל ראייה שהשלטון יביא את טובתם של האזרחים בחשבון.

בעייה נוספת עם שיטתו של הנשיא ברק היא כי שיטה של איזונים חותרת תחת אחת המטרות המרכזיות של הדינים ההומניטריים – הטמעת ערכי המשפט ההומניטרי בצבא עצמו. ככל שבית המשפט מנפיק החלטות המבוססות על גישה שאיננה חד משמעית, התוצאה היא כי גישה זו יכולה תמיד להתפרש לכאן ולכאן. ממילא כוחם של הגורמים בתוך הצבא המהווים כעין סוכניו של בית המשפט העליון מוגבל, והם אינם יכולים לחזות במדויק את התוצאה שהוא יגיע אליה וכך נחלש כוחם בתוך מערכת צה"ל. כתוצאה מכך יגיעו יותר עותרים לבית המשפט. אין ספק כי גישה זו חותרת תחת אחד המאמצים המרכזיים של בית המשפט.

אין כוונתי להכריע כי נוסחאות של מידתיות, של איזון ושל סבירות אינן מתאימות בשום מקרה לשלטון של כיבוש בפרט ולמשפט הבינלאומי ההומניטרי בכלל. טענתי היא כי שאלה זו צריכה לעמוד במרכזו של דיון תיאורטי נרחב, דיון שלא נערך בבית המשפט העליון.

ה.3 (ג) ההימנעות מסתירה

מרכיב חשוב נוסף של ההחלטות הוא ההימנעות מסתירה טוטאלית בין פעולות הצבא לבין הכרעות בית המשפט ביהודה ושומרון. בית המשפט מודע היטב לכך שהלגיטימציה של החלטותיו ביהודה ושומרון, בייחוד בעת לחימה, שונה לחלוטין מהלגיטימציה של החלטותיו לגבי פעילות כוחות הביטחון בתוך תחומי הקו הירוק. התוצאה היא שבית המשפט מבקש להימנע מעימות עם הצבא לגבי עקרונות הפעילות שלו. לפיכך קיבל בית המשפט באופן עקרוני את המדיניות הכללית של הצבא בכל המקרים שבהם עסקנו. הצבא לא יכול היה להסיר מעצמו את האחריות בטענה כי בית המשפט נטל ממנו את הכלים לפעול כפי שניסה השב"כ לעשות בעניין השימוש בכוח פיזי מתוך.

הגישה הפוליטית הבסיסית ביותר של בית המשפט, כפי שתוארה אותה, היא ההימנעות מהתנגשות עם הממשלה ועם הצבא. נראה כי גישה זו נובעת מהרצון להימנע מפגיעה בלגיטימציה של בית המשפט העליון כאשר הוא פועל בעת של

מתיחות ביטחונית. אלא שגם ההמנעות מפעולה מעמידה בספק את הלגיטימיות של בית המשפט העליון, וזאת מכמה טעמים:

- (א) הכשרתה של כמעט כל מדיניות עקרונית, תהא בלתי צודקת כאשר תהא, אינה תורמת ללגיטימיות של בית המשפט העליון. גם כאשר אנו מבקשים כי בית המשפט העליון יפעל בצורה לגיטימית, אין אנו מתעניינים רק בשאלה על סמך מה פעל, אלא גם לאילו תוצאות הגיע. חלק מהקווים הכלליים של המדיניות פוגעניים באופן מיוחד.
- (ב) שאלה נפרדת היא מיהו הקהל שבית המשפט העליון מחפש את הלגיטימיות שלו. אם מדובר בציבור הרחב, אין ממילא מקום להניח כי ציבור זה מנתח את פסיקותיו של בית המשפט על פי המודלים האמורים.
- (ג) חלק מצבירת הלגיטימיות של בית המשפט היא זיהוי של סימני אמת בפסיקתו²³⁰. פסיקתו של בית המשפט העליון בעייתית גם מבחינה זו. משה כהן-אליה ציין כי בפסק הדין בעניין בית סוריק למשל היה ברור כמעט לכל כי בית המשפט לא מאמין כל כך למדינה בדבר טענותיה הביטחוניות, אלא שלא היה מעוניין להיכנס לעימות עם הממשלה על שאלה זו, ולפיכך תקף את השאלה מכיוון אחר²³¹. אלא שעצם גישה זו פועלת לאורכה של כל הפסיקה, היות שהאחרונה מתעלמת לחלוטין מההצהרות הפוליטיות שאפפו את הגדר, את תכנון התוואי, ואת השאלה של הכנסת התנחלויות לתוך התוואי. כל המידע שלעיל לא מופיע כלל בפסק הדין. כיצד יכולה אם כן להיות החלטה לגיטימית וברורה אם ברור לכל הקוראים שיש בה התעלמות מסוימת מהאירועים בשטח.

4. זניחת העמדת הפנים: פסק דין הס ותוכנית ההתנתקות

פסקי הדין בעניין הס²³² ובעניין אישור תוכנית ההתנתקות²³³ מבטאים, כך נראה לי, מגמה חדשה בפסיקתו של בית המשפט העליון: זניחת העמדת הפנים. בפסקי הדין הללו כבר מופיעה הגישה האינטגרטיבית במלוא כוחה. בית המשפט העליון מוותר

230 מה גורם לפסיקה להיות לגיטימית היא שאלה נכבדת, שאין זה המקום להתעמק בה. מכל מקום, סביר להניח כי פסיקה שברור על פניה שאינה נכונה לא תעמוד ודאי במבחני הלגיטימיות, לפחות לדעת חלק מהכותבים. ראו למשל: T. M. Franck *The power of Legitimacy Among Nations* (Oxford, 1990).

231 M. Cohen-Eliya "The Formal and the Substantive Meanings of Proportionality in the Supreme Court's Decision Regarding the Security Fence" 38 *Isr. L. Rev.* (2005) 262

232 ראו בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, נח(3) 443 (להלן: עניין הס).

233 ראו בג"צ 1661/04 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה אריאל שרון ואח', פ"ד נט 481 (להלן: עניין תוכנית ההתנתקות).

כמעט על כל יומרה להחלה של המשפט הבינלאומי על השטחים, ומנתח את המצב על פי כללי המשפט הישראלי הפנימי, כמעט בלא התייחסות למשפט הבינלאומי. פסק הדין בעניין הס הוא דוגמה בולטת לגישה זו: השופטת פרוקצ'יה בוחנת את הזכות לחופש התנועה²³⁴, את זכות הקניין של התושבים הפלסטינים²³⁵, את חופש הדת²³⁶, הכל על פי כללי הבחינה של המשפט החוקתי הישראלי.

בפסק הדין בעניין אישור תוכנית ההתנתקות עושה דעת הרוב מהלך דומה, אם כי בצורה בוטה פחות. השאלה המרכזית שעמדה בבסיס פסק הדין היא האם תוכנית ההתנתקות שהתקבלה על ידי כנסת ישראל בחוק "פינוי – פיצוי" תואמת את חוקי היסוד של מדינת ישראל. לפני שבית המשפט ניגש לבחינה לגופה היה עליו לבחון האם חוקי היסוד חלים כלל בשטחים. בלא תחולה שלהם כל בחינה הייתה מתייתרת. בית המשפט העליון בחר לקבוע כי בכל הקשור לאזורי מדינת ישראל (=המתנחלים) חלים חוקי היסוד של המדינה על פעולות המדינה כלפיהם, לרבות הגנה על זכות הקניין שלהם²³⁷. התופעה הנצפית בפסקי הדין הס ותוכנית ההתנתקות היא אך הסיום ההגיוני של המהלך שהחל בפסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים, עובר דרך פסק הדין בעניין עג'ורי ופסק הדין בית סוריק. בית המשפט העליון השלים את המעגל כאשר הוא נוקט אינטגרציה מלאה של המשפט בשטחים אל תוך המשפט הישראלי. מכוח כללי המשפט המנהלי הישראלי כפוף למעשה המפקד הצבאי לכלל כללי המשפט הישראלי. כללי המשפט הישראלי הם הקובעים אף לגבי הפעולות של צה"ל בשטחים, ובמקרה זה מתירות את הפעולה. כללי המשפט הבינלאומי חוזרים למקום משני ביותר – הם אך כלי עזר לפרשנות מחויבותו של המפקד הצבאי. אם יאמץ בית המשפט העליון את הדרך שהותוותה בפסק הדין בעניין הס, הרי שהדין במשפט הבינלאומי יהפוך לכמעט מיותר. כמעט כל פעולות המדינה בשטחים יהיו כפופות למשפט הישראלי. שלא במקרה דנים פסקי הדין הללו בזכויותיהם של המתנחלים או בעימות בין מתנחלים לתושביהם הערבים של השטחים. מובן כי בעניין זה האינטגרציה בין השטחים לבין מדינת ישראל היא הבולטת ביותר. אך כפי שציינתי, למעשה יש בפסקי הדין הללו ביטוי למגמה רווחת יותר של בית המשפט העליון – העברת זכויות מהמשפט הישראלי אל המשפט הנוהג בשטחים.

ה. השוואה לדיני זכויות האדם

טענתי העיקרית במאמר זה הינה כי בית המשפט העליון משתמש במשפט הבינלאומי ככלי לקדם את יישומן של זכויות האדם בשטחים, והדמייתן למשפט הנוהג בתוך

234 סעיף 15 לפסק הדין הס, לעיל הערה 232.

235 שם, סעיף 17 לפסק הדין.

236 שם, סעיף 16 לפסק הדין.

237 עניין תוכנית ההתנתקות, לעיל הערה 233, בע' 559 (סעיפים 78–80 לפסק דינו של הנשיא).

תחומי מדינת ישראל. המסקנה ההגיונית מכך היא כי במשפט זכויות האדם החל בתוך מדינת ישראל יהיה למשפט הבינלאומי בענייני זכויות האדם מעמד חלש הרבה יותר. לגבי זכויות האדם בתוך מדינת ישראל אין בית המשפט זקוק לכלי של המשפט הבינלאומי, וממילא אין הוא נזקק לכללי המשפט הבינלאומי בתדירות גבוהה. אין זה המקום להאריך בדיון באשר לשימוש של בית המשפט העליון בעקרונות זכויות האדם הלקוחים מהמשפט הבינלאומי. נושא זה דורש דיון מקיף ונפרד. אך סקירה קצרה של היישום של המשפט הבינלאומי בענייני זכויות האדם מגלה כי התחזית שהובעה לעיל מתאמת. השימוש שבית המשפט העליון עושה בכללי זכויות האדם מן המשפט הבינלאומי הוא מינורי ביותר. בעיקרו משמש המשפט הבינלאומי ככלי לתמיכה בפסיקה שבית המשפט העליון הגיע אליה ממילא, ולא כמכוון את פסיקתו של בית המשפט.

שני פסקי דין מובאים לעיתים לתמיכה בטענה שלפיה מרבה בית המשפט העליון בהתייחס למשפט הבינלאומי: פסק דינה של השופטת דורנר בעניין יתד ופסק הדין של השופט חשין בעניין סטמקה. ראשית, נציין כי פסקי דין אלו הינם בבחינת יוצא מן הכלל המעיד על הכלל. מספרם של פסקי הדין המאזכרים את המשפט הבינלאומי בענייני זכויות האדם הוא נמוך ביותר, ופסקי דין אלו בולטים בעיקר בהעדר מתחרים.

אך האם בפסקי הדין האמורים אכן יש משמעות למשפט הבינלאומי?

פסק דין סטמקה²³⁸ עוסק במדיניותו של משרד הפנים שקבעה כי על מנת שבן זוג של ישראלי ששהה בארץ שלא כחוק יוכל לקבל אישור לתושבות קבע עליו לעזוב את הארץ ורק לאחר מכן ידון משרד הפנים בבקשתו. בית המשפט קיבל את הטענה שעל פיה מדיניות משרד הפנים אינה סבירה. בדונו בעניין זה התעלם בית המשפט לחלוטין מהמשפט הבינלאומי ופטר עצמו בהשוואה למדיניות הנוהגת בארצות הברית.

שאלה נוספת שעלתה בעתירה זו היא משך הזמן הנדרש עד למתן אזרחות לבן הזוג של אזרח ישראל. מדיניות משרד הפנים הייתה כי משך הזמן הנדרש הוא של למעלה מחמש שנים עד שיתחיל לדון בבקשה, וזאת על פי סעיף 5(א) לחוק האזרחות. ואולם, השופט חשין מפנה לסעיף 7 ובו מקובעת הדרישה שעל פיה יש להקל על התאזרחותה של אישה. חשין טוען כי סעיף זה בא לקיים את התחייבותה של ישראל בסעיף 3 לאמנה בדבר אזרחותה של אישה נשואה²³⁹, הקובע כי:

"כל מדינה מתקשרת מסכימה שאשתו הנכריה של אחד מאזרחיה יכולה, לפי בקשתה, לרכוש את אזרחות בעלה לפי נוהל-התאזרחות בעל זכויות-יתר מיוחדות; הענקת אזרחות כזאת יכול שתהיה כפופה להגבלות שיוטלו מטעמי בטחון לאומי או תקנת הציבור".

238 ראו בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728.

239 כ"א, כרך 8, עמוד 605.

איזכור זה של סעיף מהמשפט הבינלאומי הוא כמובן לתפארת המליצה בלבד. אין כאן או בהמשך פסק הדין כל התייחסות לפרשנות הנכונה של הסעיף על פי המשפט הבינלאומי.

פסק הדין בעניין יתד²⁴⁰ מובא לעיתים כהוכחה לכך שהמשפט הבינלאומי הולך ונקלט במשפט הישראלי²⁴¹. בעניין יתד עסק בית המשפט העליון בשאלה עד כמה חייבת המדינה לדאוג לשילובם של ילדים בעלי מוגבלויות בחינוך הרגיל. פסק דינה השנוי במחלוקת של השופטת דורנר קבע כי בלא קשר להוצאה הכספית מוטלת על המדינה החובה לדאוג לשילובם של הילדים מן החינוך המיוחד בחינוך הרגיל. התוצאה של פסק דין זה היא חיובה של המדינה להוציא כמאתיים מליון שקלים עבור שילוב הילדים בחינוך הרגיל. פסק הדין נחשב לפורץ דרך היות שהשופטת דורנר הטילה בו חובה על המדינה לדאוג לזכות חברתית וכפתה על המדינה הוצאה כספית ניכרת לשם כך. לשם קביעת התוצאה נעזרה השופטת דורנר באמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, הקובעת את הזכות לחינוך כזכות יסוד וכן באמנה בדבר זכויות הילד. בפסק דין זה נראה לכאורה כי יש מקום להניח שהאמנה הבינלאומית היוותה לפחות זרז לכיוון פרשנותה של השופטת דורנר. ייתכן שאמנם כך, אבל השימוש במשפט הבינלאומי בפסק דינה של השופטת דורנר לוקה בפגם מרכזי ביותר: השופטת אמנם מצטטת את האמנה הדורשת חינוך חינם, אך אין היא מוכיחה כי האמנה דורשת שילוב של ילדים חריגים בחינוך הרגיל. עיקרון השילוב הוא השאלה העומדת במרכז פסק דינה של השופטת דורנר, ואת התייחסותו של המשפט הבינלאומי לעקרון השילוב אין היא מוכיחה כלל. יתר על כן, השופטת דורנר גם מתעלמת מהמגבלות המופיעות בסעיף 2 של האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות על פיהן על המדינות לקיים את החיוב שבאמנה בהתאם ליכולותיהן הכלכליות.

לסיכום, נראה כי השימוש במשפט הבינלאומי בענייני זכויות האדם, ככל שאלו אינן נוגעות לסכסוך הישראלי-ערבי מוגבל ביותר. ההבדל בין עוצמת השימוש במשפט הבינלאומי בנוגע לסכסוך הישראלי-ערבי, ובין עוצמת השימוש בו בנושאים מן המשפט הפנימי בולט במיוחד. כאמור, הטעם לכך נראה לי ברור. המשפט הבינלאומי קיבל התייחסות נרחבת במישור הסכסוך הישראלי-ערבי, בייחוד בנוגע לשטחים, כיוון שסייע לבית המשפט העליון לבקר את פעולות צה"ל בשטחים. בלא טעם זה אין בית המשפט העליון שש לשימוש במשפט הבינלאומי.

240 ראו בג"צ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834.
241 ראו י' שני "זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש יכולים בתי המשפט לעשות בהם?" בתוך: זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל (י' שני וי' רבין עורכים, 2004) 297–346.

1. סיכום – היכן אנו עומדים?

1.1 הטיעון המרכזי

מטרתו של מאמר זה לבחון ממעוף הציפור את החלתו של המשפט הבינלאומי הפומבי בישראל בהקשר הסכסוך הישראלי-ערבי. פתחתי בהצגת "כללי הזהב" של תחולת המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי, כפי שפותחו על ידי בית המשפט העליון בתקופה שעד שנת 1967. השימוש העיקרי בכללים נעשה בתחומי סמכות המדינה. כשהסכסוך הישראלי-ערבי הגיע בפני בית המשפט העליון סירב האחרון לדון בו בכללים מתחום המשפט הבינלאומי.

אלא שמצב זה השתנה מן הקצה אל הקצה לאחר מלחמת ששת הימים. מתוך מטרה לקבע ביקורת מסוימת על פעולות הצבא אימץ בית המשפט העליון טכניקות גמישות של החלת המשפט הבינלאומי הפומבי. למרות הנאמנות הרטורית של בית המשפט העליון לכללי הזהב שפותחו ערב מלחמת ששת הימים, בפועל התחמק בית המשפט העליון מהחלה של כללים אלו. מטרתו העיקרית של בית המשפט העליון הייתה תרגום של דוקטרינות שרווחו במשפט הישראלי אל השליטה הישראלית בשטחים. תוך כדי כך פעל בית המשפט העליון לביסוס של משפט פרוצדורלי ביחס לשליטה הישראלית בשטחים. כמו כן, בית המשפט העליון יצר מספר קטן של מגבלות מהותיות על פעולות ישראל בשטחים.

ברם, ההישג המרכזי של בית המשפט העליון היה יצירת קרום של לגיטימיות על שליטת ישראל ביהודה ושומרון. מלאכת התרגום של הדוקטרינות הישראליות אל תוך השטחים הביא לדמיון לכאורה בין הממשל בשטחים ובישראל מבחינה משפטית. בפועל היה כמובן המצב שונה. תושבי השטחים היו חסרי כמעט כל קול פוליטי בשיטת המשטר הישראלית. לפיכך, השימוש שעשה בית המשפט העליון בדוקטרינות שתרגם מתחום המשפט החל בישראל גופה לא סייע להם והיה מוטעה וחסר תוחלת. בשנים האחרונות חל שינוי ניכר בפסיקתו של בית המשפט העליון. למרות שבית המשפט העליון מקנה חשיבות רבה יותר למשפט הבינלאומי הפומבי, הוא חידש כלל נוסף והשתמש בטכניקה אחרת על מנת להתחמק מתחולתו המחייבת של המשפט הבינלאומי הפומבי. במקום לאמץ את הכללים הפשוטים והבהירים שהם אבני היסוד של המשפט הבינלאומי, בחר בית המשפט העליון להוסיף שלב ניתוח נוסף: שלב האיזונים. בשלב זה מתמקדים מאמצי בית המשפט בביקורת על פעילות ישראל בשטחים מכוח הטענה כי זו לא איזנה כראוי בין צורכי המלחמה לבין זכויות התושבים המוגנים השטחים ביהודה ושומרון.

כאמור לעיל, הטעמים העיקריים לשינוי בקליטת המשפט הבינלאומי בישראל הם להערכתני שניים: ראשית, המהפכה החוקתית בישראל גופה הביאה את בית המשפט לשנות את יחסו גם לכללי המשפט הבינלאומי המקדמים את זכויות האדם בהקשר

לסכסוך הישראלי-ערבי. שנית, העלייה ביישומו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ושל משפט זכויות האדם בעולם כולו הביאה לעלייה בוודאות המלווה את הפסיקה בנושאים אלו. משעה שתחומי המשפט הבינלאומי ההומניטרי וזכויות האדם ודאיים יותר, הרי שהפסיקה יכולה להיות מובנית יותר.

טרם התייחסנו לשאלה אחת: מהו הטעם להבדל בין קווי הפסיקה העוסקים במשפט בישראל עצמה (שבויי החיזבאללה, איסור השימוש בכוח בחקירות) שבהם עומד המשפט הישראלי במרכז הדיון והמשפט הבינלאומי רק מסייע לו בדרך הפרשנות, לבין פסקי הדין העוסקים בשטחים, שבהם עומד המשפט הבינלאומי במרכז הדיון (בעיקר פסקי הדין עג'ורי ובית סוריק)?

הסבר אפשרי אחד הוא פרוזאי למדי. לגבי מעשים הנעשים בישראל עצמה יש לבית המשפט העליון חקיקה ישראלית ענפה להתייחס אליה. המשפט הבינלאומי הפומבי יכול "להסתפק" אם כן במעמד של פרשן, ובית המשפט איננו צריך לייחס לו מעמד עצמאי. כאמור לעיל, מבחינת שיקולי הלגיטימיות הפנימית שלו לעולם יעדיף בית המשפט העליון להשתית את פסיקתו על חקיקה ישראלית. לגבי השטחים פשוט אין לבית המשפט העליון ברירה; אין חקיקה ישראלית מקיפה יותר שיכולה להוות תשתית לפסיקתו.

ברם, ישנו הסבר נוסף, עמוק יותר ולדעתי נכון יותר המסביר את ההבדל שבין הפסיקה של בית המשפט העליון בנוגע לישראל עצמה וזו שבנוגע לשטחים. יש לשים לב כי פסקי הדין של בית המשפט העליון הנוגעים לשטחים והמחילים את המשפט הבינלאומי הפומבי התקבלו כולם החל משנת 2002. החל משנת 2002 החל לפעול בית המשפט הפלילי הבינלאומי שבהאג, שבסמכותו לשפוט את כל ההפרות של דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי.²⁴² בתנאים מסוימים ייתכן כי לבית המשפט הפלילי הבינלאומי תהיה הסמכות לשפוט גם אזרחים ישראלים.²⁴³ סמכות השיפוט של בית הדין הבינלאומי הפלילי תלויה בכך שמערכת המשפט המקומית לא תבצע את תפקידה כראוי.²⁴⁴ בית המשפט העליון של מדינת ישראל רואה כחלק מתפקידו לדאוג לכך שישראלים לא יעמדו למשפט בפני בית משפט זה. בשל כך נראה כי פסקי דין של בית המשפט העליון שלאחר תקופה זו נוטים להדגיש את המשפט הבינלאומי. זוהי כעין אמירה של המשפט העליון

242 Rome Statute of the International Criminal Court (Adopted at Rome on 17 July, 1998) 37 *I.L.M.* 999 (1998) אין זה המקום לפרט בדיוק את תפקידיו ואת היקף זכויותיו של בית הדין הפלילי הבינלאומי. אחרים עשו זאת בכמה הזדמנויות ראו: ש' מטיאס ומ' שרון "בית הדין הפלילי הבינלאומי" המשפט ט (תשס"ד) 23-50. וכן ראו: א' בייקר וה' בן-ארי "בית הדין הפלילי הבינלאומי" בתוך: ר' סייבל משפט בינלאומי (תשס"ג) 281-310.

243 לתיאור האפשרויות ראו 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, אך זו הערכה בלבד.

244 *Rome Statute, supra note 241, Article 17*

כלפי המוסד הבינלאומי שבית המשפט העליון של ישראל מקפיד על קיומו של המשפט הבינלאומי, ולפיכך אין מקום שבית משפט בינלאומי יתערב וישפוט²⁴⁵.

2.1 כיוונים עתידיים

ראוי כי בית המשפט העליון ייתן דעתו לשלושה עניינים מרכזיים העולים ממאמר זה. ראשית, בית המשפט העליון הניח הנחות רבות מדי לגבי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, בלא להקדיש דיון מעמיק לנכונותן. הבאנו לעיל דוגמאות לגבי עצם התחולה של המשפט ההומניטרי לגבי חלק מהשטחים, לגבי התחולה המשותפת של כללים מתחום המשפט ההומניטרי ודיני זכויות האדם ולגבי השימוש בכלי המידתיות. ראוי כי בית המשפט יקדיש זמן ניכר יותר לדיון בנושאים אלו.

שנית, כפי שתיארתי לעיל, ההסתמכות על דוקטרינות חוקתיות מביאה לדמיון לכאורה בין המשטר המשפטי הנוהג בישראל לזה הנוהג בשטחים. דוקטרינות חוקתיות וביקורת מנהלית מניחה משטר דמוקרטי המחויב בעיקרו לאזרח ואשר ניתן להחליפו בבחירות. במשטר כזה מחויב בית המשפט, מטעמים של הפרדת רשויות וכיבוד רצון הבורח, להגביל את ביקורתו ולהותיר מתחם של סבירות למשטר. ככלל שורר אמון בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת, כאשר כולן מסתמכות על טובת האזרח כהצדקה לפעילותן ולכוחן. אך בשטחים המצב שונה. המשטר אינו דואג לתושבי האזור. שימוש בדוקטרינות בעלות מרקם פתוח מקטיין את ההגנה על תושבי האזור, היות שהשלטון אינו מתחשב בהם בקבלת החלטותיו. בשל כך קבע המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש הוראות חד משמעיות, שיש בהן כדי לקבע את ההגנה על התושבים.

דווקא השימוש בהוראות בעלות מרקם פתוח יכול להביא להעמקתם של מעשים לא רצויים ולקיבועם. בחינה של מעשי השלטון הישראלי בהקשר לעימות הישראלי-ערבי תוך שימוש בהוראות בלתי קבועות מקל מאוד על הממשלה ומכביד על העותרים כנגדה. אי שימוש בכללים ברורים וחד משמעיים של דיני הכיבוש הבינלאומי עלול לפתוח פתח לשימוש לא נאות בהוראות אלו. על בית המשפט לקבוע עמדות ברורות וחד משמעיות יותר. על בית המשפט להבחין בין מותר לאסור ולהקפיד על קביעת כלים שיאפשרו לרשות המבצעת ולנתונים למרותה כאחד לכלכל את מעשיהם ביתר ודאות. ושלישית, יש מקום נרחב ליישום רב יותר של המשפט הבינלאומי בתחומים נוספים. הצבעתי לעיל על כך שלמעשה אין כמעט תחולה למשפט הבינלאומי בענייני זכויות האדם. אולם הדבר נכון אף ביתר שאת לגבי נושאי המשפט הבינלאומי המסחרי והכלכלי. אף בתחומים אלו ראוי כי בית המשפט העליון יקדיש תשומת לב רבה יותר למשפט הבינלאומי הפומבי.

245 לדיון מקיף יותר ראו: ע' כהן "צדק אסטרטגי" עתיד להתפרסם בתוך תפיסות של צדק בתרבויות שונות (י' שטרן עורך).