משפט ושליטה כוחנית בגדה המערבית

ביקורת ספרים על YAEL BERDA, LIVING EMERGENCY: ISRAEL'S PERMIT REGIME IN THE OCCUPIED WEST BANK (Stanford University Press 2018) 144 pp. (including footnotes and acknowledgements, no index); AEYAL GROSS, THE WRITING ON THE WALL: RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION (Cambridge University Press 2017) 447 pp. (including index)

גד ברזילי*

אלימות, כוח, כיבוש ושלילת זכויות אינם זרים להיסטוריה האנושית, ובכלל זה מוכרים היטב במסגרת הסכסוך הישראלי–פלסטיני, שנמשך כבר יותר ממאה ושלושים שנים. זהו הנושא המשותף לשני הספרים שיהיו במרכזה של ביקורת הספרים שלפנינו. שני הספרים, זה של ד"ר יעל ברדה מן המחלקה לסוציולוגיה באוניברסיטה העברית בירושלים וזה של פרופ' אייל גרוס מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל־אביב, מייצגים אומנם נושא עיסוק זהה – השליטה הישראלית בגדה המערבית – אך עושים זאת מנקודות־מבט שונות: עבודתה של ברדה מתמקדת בנקודת־מבט חברתית־פוליטית עם השלכות משפטיות, ואילו עבודתו של גרוס מתמקדת בנקודת־מבט משפטית עם השלכות חברתיות־פוליטיות.

שני הספרים ביקורתיים מאוד כלפי השליטה הישראלית בגדה המערבית, ורואים בה קולוניאליזם בלתי־חוקי. לנוכח העדר כתיבה משמעותית של האקדמיה המשפטית הישראלית, במיוחד זו היהודית, על היבטי האסדרה והשליטה של ישראל בגדה המערבית, יש בספרים אלה – כבר מעצם עיסוקם ונושאם – חידוש לספרות המקצועית וגם רענון רפלקסיבי. ברור כי השיח הציבורי בישראל (שכל עניינו בשאלת ההיתכנות של "שתי מדינות לשני עמים") והשיח המשפטי (המכוון לקריאת פסקי־דין של בית־המשפט העליון, העוסקים לרוב בחוקיות של מעשה או מחדל של רשויות הצבא והביטחון בשטחים) אינם יכולים לשמש הזמנה ראויה לדיון מעמיק ביסודות השליטה הישראלית בגדה המערבית – שליטה המבוססת בעיקרה על כוח צבאי ומשטרתי ועל תלות כלכלית של הצד הפלסטיני בעמיתו הישראלי. על כל אלה, תוך התמקדות בספרים עצמם, אפרט בהמשך המאמר.

---

* פרופסור מן המניין למשפטים, לשעבר דקן הפקולטה למשפטים וכיום משנה לרקטור אוניברסיטת חיפה; כיהן כפרופסור מן המניין למשפט וחברה, למשפט השוואתי וללימודים בין־לאומיים באוניברסיטת וושינגטון.

LIVING EMERGENCY של יעל ברדה מבוסס על הנחת־מוצא של קולוניאליזם התיישבותי. מושג זה, שהספר אינו מפתח במישור התיאורטי, הוא המשתנה הביורוקרטי המרכזי, לדעתה של ברדה, המסביר את השליטה הישראלית בגדה המערבית. הספר ממוקד בהארה ראשונית וייחודית של משטר מתן הרשיונות – רשיונות מעבר לישראל ועבודה בה – וזאת בהתבסס גם על נסיונה האישי של המחברת כעורכת־דין לזכויות אדם. נקודת־מבטה של ברדה מרתקת וחשובה: כיצד הביורוקרטיה של מתן רשיונות מעבר ועבודה לבני האוכלוסייה הפלסטינית הנכבשת או מניעתם מהם מאפשרת שליטה של ישראל בשטחים. נקודת־מבט ייחודית זו, אשר טרם הוארה דייה בספרות המחקרית, אומנם זונחת־משהו היבטים אחרים, דוגמת צורכי ביטחון, אך יש בה רעננות משפטית ואקדמית חשובה.

הספר מתאר היטב – אף אם באופן בסיסי למדי – את התפתחות הממשל הצבאי,[1] ובכך מאפשר גם לקהל קוראים בין־לאומי (הקורא אנגלית) וישראלי צעיר (קרוב לוודאי סטודנטיאלי בעיקרו) לרכוש בקיאות בהתפתחות ההיסטורית של ביורוקרטיית השליטה בשטחים. זו התבססה מבחינה משפטית על תקנות ההגנה המנדטוריות לשעת חירום משנת 1945, ואומצה – עם מעט ביקורת שיפוטית – על־ידי מערכת השפיטה הישראלית, לרבות בית־המשפט העליון. הספר מתאר באופן מרתק את השפעתן של תקופות חירום בטחוני חריגות על הממשל האזרחי והצבאי, וכיצד קטגוריות של שוחרי שלום לעומת טרוריסטים נמהלו זו בזו. חבל אומנם שהתרגומים לאנגלית של שמות מקומות הם מעברית, ולא מערבית, אבל בהמשך המחברת מצליחה היטב להעביר לקוראות תחושה של ראשוניות.

התֵזה המרכזית של הכותבת היא כי משטר הכיבוש בשטחים מבוסס על מתן רשיונות עבודה וכניסה לישראל לבני האוכלוסייה הפלסטינית הנכבשת או מניעתם מהם, וזאת באמצעות אי־יעילות ביורוקרטית אפקטיבית,[2] שמטרתה לפתח תלות כלכלית. זוהי טענה מעניינת ואנטי־מקס־וֶבֶּרית, אך היא אינה נתמכת בספר בדיונים תיאורטיים נוספים, וחבל כי זו אכן טענה חשובה. ברדה קובעת כי בניגוד לציפייה הווברִיאנית, שלפיה יעילות וחוקתיות הן הכרחיות לביורוקרטיה המודרנית, הכיבוש ומשטר מתן הרשיונות נסמכים דווקא על היותם מורכבים, לא־ברורים ומסובכים באופן שמונע מן הפלסטינים סעדים משפטיים. בעוד בדעת־הקהל בישראל משטר הרשיונות נתפס כפריווילגיה, בעיני הפלסטינים בגדה המערבית הוא נתפס כשעבוד כלכלי. כאן יחסר מאוד לקורא דיון תיאורטי מפרנץ פנון ועד לאגמבן, שכן הניתוח הסוציולוגי־המשפטי הטוב והמרתק של ברדה מזמין למעשה דיון תיאורטי זה, שנפקד מן הספר.[3]

ברדה מתארת ברגישות רבה את מאבקם של פלסטינים להסיר מעל עצמם את התיוג של היותם סכנה בטחונית כדי לזכות ברשיון עבודה בישראל, את השפעתם הרבה של שירותי הביטחון בתהליך זה של מתן ההיתרים, ואת העובדה שבתי־המשפט מיעטו באופן יחסי

---

1 YAEL BERDA, LIVING EMERGENCY: ISRAEL'S PERMIT REGIME IN THE OCCUPIED WEST BANK (2018) 43–15.

2 שם, בעמ׳ 35.

3 ראו, למשל, FRANTZ FANON, BLACK SKIN, WHITE MASKS (1952); GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE (Daniel Heller-Roazen trans., 1998).

להתערב בשיקול־דעתם של שירותי הביטחון.[4] בניגוד להוראות המשפט הבין־לאומי, שירותי הביטחון משתמשים בנכונותו של פלסטיני לשתף פעולה כאמת־מידה לקבלת רשיון עבודה בישראל.[5] עם זאת, ברדה מעמעמת מאוד את ההיבט הבטחוני – את פיגועי ההתאבדות ואת המרי האלים נגד הכיבוש הישראלי. שב״כ שהיא כותבת עליו היה חוליה חשובה בסיכול פיגועים קשים, ועובדה זו אינה זוכה בהתייחסות מעמיקה. מצד אחר, ברדה שמה דגש רב בשירותי הביטחון כחלק מן הביורוקרטיה של הכיבוש, ובכך מעמעמת את תפקידם של הפוליטיקאים בהנצחת הסטטוס־קוו שהוביל לאותה אלימות.

ברדה קובעת כי הסיווגים של שירותי הביטחון והחלטותיהם נהיו למעשה לחוק ללא פיקוח שיפוטי או פיקוח אזרחי כלשהם.[6] יתר על כן, היא מראה כי העתירות לבג״ץ נגד שירותי הביטחון, אשר רובן נדחות, דווקא מחזקות את שירותי הביטחון, אשר השיטות שהם נוקטים לסיווג הפלסטינים ולניטורם נשארות חסויות.[7] עם זאת, ברדה מעידה כי ב־75% מן העתירות שהיא הגישה לבג״ץ הסכים שב״כ לבטל את איסורי הכניסה לישראל ובכך התייתרו העתירות. במילים אחרות, מטרת העתירות אינה בהכרח להגיע לדיון בבית־המשפט, אלא להאיץ בשירותי הביטחון להגיע לפשרה עוד קודם לדיון בבית־המשפט עצמו. כך, מצד אחד, נמנע דיון ציבורי בבית־המשפט במשטר רשיונות הכניסה לישראל, לשמחתם של שירותי הביטחון; ומצד אחר, איסור הכניסה לישראל מבוטל, כך שגם העותר או העותרת באים על סיפוקם.[8] לעומת זאת, מציינת ברדה, ב־95% מן העתירות המגיעות לדיון בבג״ץ המדינה זוכה. אכן, כפי שקובע מחקרם של ברזילי, רוזנטל ומידני, בתחומים הנתפסים כקשורים לביטחון הלאומי, ובמיוחד באלה הקשורים לכיבוש, ההסתברות לקבלת העתירה היא נמוכה ביותר, ועומדת על כרבע מההסתברות לקבלת עתירה בתחומי דת ומדינה, למשל.[9] מסקנה דומה עולה גם ממחקרו של יואב דותן, הקובע כי אם הפלסטינים זוכים בסעדים משפטיים, הדבר מתרחש כמעט אך ורק בפשרות מחוץ לכותלי בית־המשפט.[10] על רקע נתונים אלה המחברת קובעת כי בית־המשפט העליון הוא למעשה חלק מן האדמיניסטרציה של הכיבוש.[11] אומנם, בקביעתו זו הספר אינו מוסיף רבות לשורה של מחקרים שנערכו בנושא, אך הוא מאיר באור מחקרי ייחודי את המנגנון שנותן או נמנע מלתת רשיונות עבודה לפלסטינים מן הגדה המערבית בישראל, ואת העדר הפיקוח הראוי עליו.[12]

---

4 ראו Berda, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 56–78.

5 שם, בעמ׳ 63.

6 שם, בעמ׳ 69.

7 שם, בעמ׳ 79.

8 שם, בעמ׳ 76.

9 Maoz Rosenthal, Gad Barzilai & Assaf Meydani, *The Personalization of Judicial Review: The Cohesiveness of Judicial Nominations and Constitutional Courts* (paper presented in the American Midwest Political Science Association's annual conference, 2017).

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

11 Berda, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 78.

12 למחקרים המלמדים על מסקנה דומה, אם כי לא בהקשר של מתן רשיונות עבודה לפלסטינים מן השטחים בישראל, ראו, לדוגמה, David Kretzmer, The Occupation of Justice: The

ביסודו של משטר הרשיונות שפּוּתח עמד המודל הכלכלי הקולוניאליסטי שלפיו הפלסטינים וכוח העבודה הפלסטיני נותרו נפרדים ונתונים לחלוטין בשליטה ישראלית. שליטה זו התבססה על תלות כלכלית של כמעט שני שלישים מן הכלכלה הפלסטינית בישראל. כאן הספר חסר מאוד היבט השוואתי מול מודלים כלכליים קולוניאליסטיים אחרים בעולם, בהתחשב כמובן בגודל האוכלוסייה. עם זאת, הספר מציג נתונים מאלפים על היקף כוח העבודה הפלסטיני בישראל ברבות השנים.[13] מצד אחד, הכלכלה הפלסטינית השתנתה ונהפכה מכלכלה חקלאית ביסודה לכלכלה המבוססת על נותני שירותים בישראל ברובד הנמוך של הכלכלה הישראלית. מצד אחר, התלות בכלכלה הישראלית הייתה רבה, ולא אפשרה עצמאות לכלכלה הפלסטינית. הספר מתאר היטב ובפרטי־פרטים כיצד התפתחה ביורוקרטיה של שיטור, כיבוש ומתן רשיונות מעבר ועבודה בישראל, וכיצד יושמו במקביל אמצעי מעקב ושיטור על־מנת למנוע כניסה ושהייה של עובדים ועובדות בלתי־חוקיים בישראל.[14]

הספר מתאר היטב שני הליכים שנלוו למציאות זו של ביורוקרטיזציה של שליטה ובקרה: התניית רשיונות עבודה בישראל בשיתוף־פעולה עם שירותי הביטחון ושוק שחור של הענקת רשיונות כאמור. חבל שלגבי שני היבטים מרתקים אלה הספר אינו מעמיק תיאורטית בספרות רלוונטית, כגון כתיבתו של מישל פוקו.[15] עם זאת, גם בתיאור שברדה מספקת לגבי תהליכים אלה יש תרומה חשובה להבנת היבטים שונים של השליטה בשטחים שאינם ידועים לציבור הרחב. היבטים אלה התקיימו כל השנים בין צללי החוק, ולא הובילו לביקורת שיפוטית של ממש, ובוודאי לא להתערבות שיפוטית אפקטיבית.

בעוד התפיסה הווברִיאנית הקלסית של מִנהל ציבורי מניחה כי המִנהל הציבורי הוא שיטתי ורציונלי ושומר על סדר עקבי, ברדה טוענת כי במצבים של כיבוש, קולוניאליזם וניצול כלכלי יש עניין למדינה שהמִנהל הציבורי – קרי הביורוקרטיה – יהיה דווקא מאוד לא־ברור לנתינים ויתאפיין בסתירות פנימיות, כדי למנוע סעדים משפטיים וכדי למנוע מן האוכלוסייה הנכבשת דרכי מאבק משפטיות וציבוריות אזרחיות. הספר אכן ממחיש זאת היטב, ומוליך את הקוראות והקוראים למסקנה זו באופן הדרגתי ושיטתי. עם זאת, מגבלת התֵזה טמונה במתודולוגיה המובילה אליה. חסר מאוד בספר ניתוח של ההיבטים הפוליטיים של השליטה המשפטית והביורוקרטית – ברור כי לב העניין הוא שליטה באמצעות כיבוש, אבל הטענה כי המבנה המבולגן כביכול של הביורוקרטיה נועד לצורכי שליטה ומשרת צרכים אלה חסרה במידה מסוימת ניתוח של מנגנוני הכוח הפוליטי מעבר לביורוקרטיה עצמה. עם זאת, ניתוח הפרקטיקות שברדה מתארת באזמל חד, ונסיונה כעורכת־דין שייצגה עשרות מבקשי רשיונות, מלמדים כי התֵזה שלה נכונה ומרתקת כאחת.

Supreme Court of Israel and the Occupied Territories (2002); Ronen Shamir, *"Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice*, 24 L. & Soc'y Rev. 781 (1990).

13 ראו Berda, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 83.

14 שם, בעמ׳ 86–105.

15 ראו, למשל, Michel Foucault, Discipline and Punish: The Birth of the Prison (Alan Sheridan trans., 1977).

הביורוקרטיה הסבוכה והמורכבת הזו התרחבה באמצעות חקיקת חירום, שנתנה כביכול תמיכה משפטית לשליטה המתעמרת בפלסטינים באמצעות הצדקות בטחוניות והענקת סמכויות משפטיות דה־פקטו ודה־יורה רחבות ביותר לשירותי הביטחון עקב הצורך לסכל סכנות בטחוניות אפשריות. נקודה חשובה זו בספר אינה זוכה בו בהארה מספקת מעבר לסיפורים המשפטיים הספורים שברדה מתארת, וחסרות מאוד הפניות לפסיקה ולחקיקה.[16] ככל שארגוני זכויות אדם ביקרו את המצב הקיים וניסו להביא לידי עריכת רפורמות בו, כן גבר השימוש במושגים של ביטחון לאומי, ותוקנו תקנות חירום נוספות שהכבידו את המצב ביתר שאת והגבירו עוד יותר את תלותם הרבה ממילא של הפלסטינים בממסד הבטחוני־הצבאי־הביורוקרטי.[17] המשפט ככלל, כפי שהמחברת מציגה אותו וכפי שהספר מעיד, אינו חסר תוחלת לגמרי – פה ושם יזכו אנשים ספורים בסעד משפטי מסוים בעקבות לחץ משפטי של בית־המשפט. עם זאת, ככלל, מערכת המשפט, לתפיסתה של ברדה, משרתת את הסטטוס־קוו – היא משרתת את משטר הרשיונות המדכא עד שיימצא פתרון פוליטי הולם.

ספרו של אייל גרוס הוא ספר משפטי ונורמטיבי מן היחידים שנכתבו על המשפט הבין־לאומי בהקשר של הגדה המערבית, ככל שמשפט זה אכן שורר בכלל בשטחים שנכבשו במלחמת 1967. במובן זה הספר מהווה כשלעצמו תרומה חשובה מאוד לכתיבה המחקרית ולכתיבה המשפטית על השטחים. בניגוד לספרה של ברדה, שהוא בעיקרו ניתוח ביקורתי חברתי־משפטי, ספרו של גרוס הוא ספר ריאליסטי של מומחה למשפט בין־לאומי, המייחס חשיבות רבה לצורך בנוכחותו של המשפט הבין־לאומי דווקא על הרקע של שלטון צבאי מתמשך ופגיעות נמשכות בזכויות אדם.

הספר מעוניין להביא לידי שינוי פרדיגמטי בכל הקשור לשליטה הישראלית בשטחים, אגב מעבר מתפיסה תיאורית של מצב קיים – כפי שעיצב השופט מאיר שמגר, למשל, הן כיועץ משפטי לממשלה והן כשופט בית־המשפט העליון – לתפיסה נורמטיבית, המחייבת את הריבון (ישראל) בחובות משפטיות הנגזרות מכוחה השלטוני כלפי הנכבש, וכן מחייבת את המדינה הכובשת (ישראל) להבטיח כי נוכחותה בשטחים הכבושים תהיה זמנית בלבד. לפיכך גרוס מנסה ליישב בין המימד הפונקציונלי של המשפט הבין־לאומי לבין המימד הנורמטיבי, שבגינו נכתב ספרו. אחד מעקרונות־היסוד במשפט הבין־לאומי הוא שכיבוש אינו מקנה בעלות. הכיבוש מייצר חובות על המדינה הכובשת, אך אינו מקנה לה בעלות. זוהי כמובן התפתחות חשובה במשפט הבין־לאומי, שיש לו תפקיד בולט לאחר מלחמת־העולם השנייה, ובמיוחד – גם לגבי השטחים שנכבשו במלחמת 1967 – לאחר תחילת המאה העשרים ואחת.[18] עיקרון חשוב שני המובלט בספר הוא שהכיבוש חייב להיות זמני, ולא קבוע. במילים אחרות, שלילה או מניעה של ריבונות על־ידי הכובש יכולה להיות זמנית בלבד, ולא קבועה.[19] גרוס מדגיש בספרו כי יסודות נורמטיביים אלה חשובים לא פחות מן השאלה באיזו מידה הכוח הכובש

16 ראו Berda, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 115–116.

17 שם, בעמ׳ 121–124.

18 Aeyal Gross, The Writing On The Wall: Rethinking The International Law Of Occupation 23–29 (2017).

19 שם, בעמ׳ 25–35.

מנהל ביעילות את השטחים שתחת שליטתו. הספר אינו דן בשלב זה באופן מספיק בבעייתיות של קביעות הזמניות, כלומר, של מצב שבו הכוח הכובש טוען באופן תמידי כי שליטתו בשטחים הכבושים היא זמנית אך אינו מתחייב – ואולי אינו יכול להתחייב – למשכה של אותה זמניות.

הספר אינו מתמקד בהיבט זה, אלא בשאלה חשובה אחרת: באיזו מידה הכוח הכובש יכול לא להסתפק בשימור המצב הקיים בטריטוריה הנכבשת, אלא דווקא לנצל הכיבוש למטרות של שינוי המשטר הפוליטי באזורים הנכבשים או שינוי תנאי החיים של האוכלוסייה בשטח הנכבש? דוגמה לכך היא כמובן היומרה האמריקאית להביא לידי שינוי המשטר הפוליטי בעיראק ולכפות בה דמוקרטיה.[20] גרוס מציין בספרו פסקי־דין של בית־המשפט העליון שבהם טענות בדבר דאגה לגורל התושבים ורצון לשפר את חייהם היו למעשה תירוץ להמשכת הכיבוש ולהצדקת אי־ההתערבות במעשיהן ובמחדליהן של רשויות הביטחון.[21]

מובן שהשאלה אם שטח מסוים כבוש אם לאו נתונה כשלעצמה במחלוקות ציבוריות. המגוון והמנעד של ההתייחסויות יכולים להגיע עד כדי מחלוקת בין ״שחרור השטחים וגאולת שטחי מולדת״ לבין ״כיבוש צבאי״. הספר אינו עוסק בשלל ההתייחסויות בחיים הציבוריים בישראל, אלא תחת זאת מתמקד בהגדרת תחילתו של כיבוש וסיומו,[22] תוך שהוא מביס מראש או שולל מראש טענה אפשרית כי השטחים אינם כבושים – למשל, מחמת העדר ריבונות עליהם קודם לכיבוש.

גרוס מפנה לתקנות 42 ו־43 לתקנות האג, הקובעות כי שטח הוא כבוש מן הרגע שבו חלה עליו מרות של צבא זר שנתפס על־ידי האוכלוסייה כצבא עוין. כן רלוונטית מאוד להגדרת כיבוש אמנת ג׳נבה הרביעית.[23] גרוס מפנה לשפע של תקדימים היסטוריים ופסקי־דין – למשל, לפסיקות של בתי־משפט אמריקאיים, של בג״ץ ושל בית־המשפט הבין־לאומי לענייני יוגוסלוויה, כמו־גם לפסיקות בענייני אוגנדה, קפריסין, עיראק ומקומות אחרים – לגבי שאלות כגון מהו ההבדל בין פלישה צבאית לכיבוש ומהם היסודות המזהים כיבוש (דוגמת הטלת מרות צבאית של הצבא הכובש וניהול ענייניה של הטריטוריה באמצעות מִנהל צבאי).[24]

בכך גרוס מספק תשובות חיוניות מן ההיבט הדוקטרינרי־הפורמלי של המשפט הבין־לאומי, אם כי הוא מתעלם מן הפוליטיקה הטמונה בכל אחת מן ההגדרות ומן הקושי להגיע להבנה חוצת השקפות פוליטיות לגבי הדילמה של מהו כיבוש ומתי הוא מסתיים. ייתכן שחלק מן הקוראים והקוראות יסברו כי הדיון בשאלת הגדרתו של הכיבוש מן ההיבט של המשפט הבין־לאומי הוא מרתק וחשוב, והספר אכן מיטיב להציגו בפרוטרוט.[25] בדומה לכך, הספר עוסק בפרוטרוט בשאלה מתי הכיבוש מסתיים על בסיס ההגדרות של המשפט הבין־לאומי. גרוס מפרט בדיוק רב מקורות שונים במשפט הבין־לאומי ופסקי־דין של טריבונלים בין־

---

20 שם, בעמ׳ 38–51.
21 שם, בעמ׳ 46–47.
22 שם, בעמ׳ 54.
23 שם, בעמ׳ 54–61.
24 שם, בעמ׳ 65.
25 שם, בעמ׳ 65–99.

לאומיים לגבי שאלה זו, ומגיע למסקנה כי מעבר לשאלת ההכרזה הפורמלית על סיומו של כיבוש – באופן המחייב כביכול את סיום חובותיו המשפטיות של הכובש – ניצבת השאלה המעשית מתי דה־פקטו מסתיימת שליטתה של מדינה מסוימת בשטח שנכבש על־ידיה. גרוס סבור – ואני מסכים – כי מעבר לבינריות של כיבוש מול ריבונות ניצבת שאלה של כוח ושליטה. אם מדינה עודנה שולטת באזור מסוים, יהווה הדבר אמת־מידה להיותה של טריטוריה זו כבושה, וממילא הכוח הכובש בה יישא באחריות משפטית לניהול הטריטוריה שתחת שליטתו.[26] לפיכך גם הגדה המערבית תיחשב שטח כבוש.

בהמשך לניתוח המרתק של המשפט הבין־לאומי בתנאי כיבוש, גרוס מבקר את פסיקותיו של בית־המשפט העליון שלפיהן רק אמנת האג חלה על השטחים הכבושים מכוח המשפט הנוהגי, בעוד אמנת ג׳נבה הרביעית, בהיותה חלק מן המשפט הבין־לאומי ההסכמי, אינה מחייבת את ישראל באופן רשמי כל עוד היא לא אומצה בחוק הישראלי על־דרך חקיקה, ותוחל רק ככל שבג״ץ ימצא זאת לנכון, בהסכמת פרקליטות המדינה. גרוס מוצא בכך מצב משפטי שרק מחריף את הפגיעות בזכויות האדם בשטחים.[27] מצבן החוקי של ההתנחלויות בשטחי הגדה המערבית הוא כמובן בעייתי על בסיס הניתוח המשפטי, וגרוס אינו חוסך את שבטו הביקורתי מפסיקותיו של בית־המשפט העליון בנושא, אשר הסיטו את הדיון מן ההכרח הצבאי בהתנחלויות (שהוא חריג לאיסורן מכוח המשפט הבין־לאומי) אל צורכי ביטחון – נימוק משפטי שמכוחו הכשיר למעשה בית־המשפט העליון גם מאחזים והתנחלויות אזרחיות שהמדינה הגדירה כבעלות חשיבות בטחונית.[28] בהתאמה, הספר מבקר קשות את פסיקותיו של בית־המשפט העליון, בשבתו כבג״ץ, בנושאים נוספים, דוגמת גירושים והרס בתים, ומצביע על העובדה שבסך־הכל נמנע בית־המשפט העליון כמעט לחלוטין מלהתערב בנעשה בשטחים, והכשיר לרוב את מעשיהן ומחדליהן של הממשלה ושל רשויות הביטחון והצבא. בכך, לטענת גרוס, הוא נתן למעשה לגיטימציה שיפוטית לסטטוס־קוו, תוך שהוא מבהיר בפסיקותיו כי מנקודת־מבטו גישתו המשפטית מוצדקת כל עוד הגדה המערבית אינה מסופחת לישראל, אלא נתונה לישראל כפיקדון עד להסדרת המצב המשפטי הסופי בהסכם־קבע. יתר על כן, גרוס סבור כי בפסיקותיו עיגן בית־המשפט העליון מבחינה משפטית את מעמדם של המתנחלים בגדה המערבית, באופן שמזיק לאוכלוסייה הפלסטינית המקומית ומנוגד לרוחו של המשפט הבין־לאומי.[29]

מצב משפטי זה לא השתנה בעקבות הסכמי אוסלו בשנת 1993, שכן אלה לא שינו את התשתית והיסודות של השליטה הישראלית בגדה המערבית, אשר המשיכה להיות שליטה של כיבוש, אגב הפרדה בין הפלסטינים למתנחלים היהודים.[30] בהתאמה, גרוס סבור כי גם בעזה לא השתנה המצב המשפטי. לדעתו, דרגת התלות של עזה בישראל אומנם השתנתה־משהו למן הנסיגה החד־צדדית בשנת 2005, ואכן אין עוד כוחות צבא ישראלים החונים בעזה, אך

---

26 שם, בעמ׳ 100–135.
27 שם, בעמ׳ 136–151.
28 שם, בעמ׳ 151–158.
29 שם, בעמ׳ 161–180.
30 שם, בעמ׳ 181–196.

בהיבטים רבים אחרים רצועת עזה נתונה בשליטה ישראלית, ועל־כן היא עודנה תחת כיבוש ישראלי, וממילא חלות על ישראל החובות המשפטיות החלות על כוח כובש. בכך גרוס מציע מבט שונה מן המקובל הן בספרות המשפטית ובפסיקת בית־המשפט העליון, שאותן הוא מבקר, והן בספרות הדיפלומטית. הוא קובע כי מן ההיבט של המשפט הבין־לאומי ישראל עודנה כוח כובש בעזה, ולפיכך היא נושאת עדיין באחריות המשפטית למצב בעזה, ובכלל זה בחובה לספק מים וחשמל וצרכים חיוניים אחרים לאוכלוסייה המקומית בעזה, וזאת למרות עוינותו של חמאס לישראל.[31]

אין ספק שספרו של גרוס מתאפיין ביכולתו המרשימה של המחבר לחרוג מן הקונסנזוס האקדמי והמשפטי ולהציע נקודת־מבט חלופית להבנת תחולתו של המשפט הבין־לאומי בשטחים. גרוס מבקר קשות את ההגבלות הרבות שישראל מטילה לא רק על כניסת סחורות והספקת שירותים כגון חשמל ומים לעזה, אלא גם על כניסה של עזתים לישראל לצורכי סיוע הומניטרי או צרכים אזרחיים. לתפיסתו, הנסיגה החד־צדדית מעזה דווקא הגבירה את הפרות זכויות האדם של הפלסטינים בעזה, וכן את מדיניות החיסולים הממוקדים, אשר בכפוף להגבלות פרוצדורליות זכתה בגיבוי משפטי כל עוד הסיכול הממוקד מכוון נגד פלסטינים שאי־אפשר לעוצרם עקב נסיבות בטחוניות. ככלל, ברוב המקרים עתירות נגד הגבלות שישראל מטילה על הפלסטינים בעזה נדחות על־ידי בג״ץ, אשר מגבה לרוב את מדיניות הממשלה.[32]

עם זאת, גרוס אינו בוחן בספרו תרחישים מדיניים, קרי, אם לנוכח מדיניותו של חמאס כלפי ישראל והמשך התחמשותו בנשק רב קיימים תרחישים טובים להסדר מדיני ובטחוני עם חמאס. הספר מעמיק מאוד בהיבטים המבניים והנוהגיים של המשפט הבין־לאומי, ומנתח באופן ביקורתי את פסיקותיו של בית־המשפט העליון, אך במובן מסוים, להוציא אמירות כלליות, הספר אינו נוטה להעמיק בהקשרים הפוליטיים של המשפט הבין־לאומי ובעיגונו של המשפט הבין־לאומי בפוליטיקה. הניתוחים בספר נהפכים לפרקים לדוקטרינריים מדי, וזונחים־משהו את ההקשרים הפוליטיים ואת הפוליטיקה במשפט הבין־לאומי. עם זאת, הספר עשיר בתובנות לגבי העובדה שבין הבינריות של כיבוש לריבונות יש מנעד משפטי של דרכי שליטה, דוגמת שליטתה של ישראל בעזה – שליטה שאינה פוטרת את ישראל מחובותיה על־פי המשפט הבין־לאומי לסייע לאוכלוסייה הנכבשת.

מבט עשיר זה אל המשפט הבין־לאומי, אגב ניתוח פסיקותיו של בית־המשפט העליון בהתייחסו אל אמנת ג׳נבה הרביעית ואל אמנת האג, מקנה לספר תרומה ראשונית לספרות המשפט הבין־לאומי בכלל, ולזו שעניינה בישראל במיוחד. הספר מחדד עד כמה הפרויקט המשפטי חשוב להנכחת השליטה הישראלית בשטחים, ועד כמה המשפט הבין־לאומי תופס מקום חשוב במאמץ זה. כך, למשל, בפסיקותיו בנוגע לשטחים מתייחס בג״ץ יותר ויותר אל אמנת ג׳נבה הרביעית ואל המשפט הבין־לאומי בכלל, אבל מתאים לרוב את המשפט הבין־לאומי לאינטרסים ולצורכי הביטחון של ישראל, ומקבל לרוב את טענותיה של פרקליטות המדינה בדבר בטחון המדינה.[33] כך גם בפסיקותיו של בג״ץ לגבי גדר־ההפרדה, וזאת בניגוד

---

31 שם, בעמ׳ 204–235.
32 שם, בעמ׳ 230–247.
33 שם, בעמ׳ 262–264.

לחוות־הדעת של בית־הדין הבין־לאומי, אשר קבע כי גדר־ההפרדה היא בלתי־חוקית. גם כאן בלטה העובדה שבג״ץ הדגיש במיוחד את היבטי הביטחון ואת צורכי הביטחון של ישראל.[34] גרוס קובע, בצדק, כי חוות־הדעת של בית־הדין הבין־לאומי בהאג פירשה באופן צר מאוד ושולי יחסית את צורכי הביטחון של ישראל. כנגד זה הוא קובע גם – ושוב בצדק – כי בג״ץ צמצם בפסיקתו יתר על המידה את תחולתו של המשפט הבין־לאומי ההומניטרי ואת הצורך לשמר את זכויות האדם של הפלסטינים בשטחים.

גם במקרה זה חסר בספר דיון בתרחישים חלופיים. למרות הביקורת המשפטית הנורמטיבית מן ההיבט של המשפט הבין־לאומי, נשאלת השאלה אם הייתה לישראל דרך טובה יותר מהקמת גדר־ההפרדה להביא לידי הפחתה משמעותית בפיגועים נגד ישראל. מצד אחר, שיקולי הביטחון הובילו במידה רבה לדחיית רוב העתירות של פלסטינים נגד הממשלה ורשויות הביטחון. אף שבית־המשפט העליון הדגיש בפסיקותיו יותר ויותר זכויות אדם ומידתיות, בסופו של יום הועדפו כמעט תמיד שיקולי הביטחון על שיקולים של זכויות אדם ומשפט בין־לאומי.[35]

לסיכום, שני הספרים שניתחתי במאמר זה מהווים תרומה משמעותית למדף הספרים המצומצם למדי על יסודותיו של משטר הכיבוש בשטחים. הספר האחד, זה של יעל ברדה, מהווה ניתוח מיקרו חברתי־משפטי של הענקה או שלילה של רשיונות כניסה ועבודה בישראל, תוך תצפית אישית של הכותבת כעורכת־דין המייצגת פלסטינים, והדגשת התובנות המשפטיות־החברתיות הנובעות מכך על מפעל הקולוניזציה היהודית בשטחי הגדה המערבית. הספר השני, זה של אייל גרוס, הוא ניתוח מקרו־נורמטיבי המתאפיין בריאליזם משפטי וניתוח דוקטרינרי־פונקציונלי של משמעות המשפט הבין־לאומי בשטחים. שני הספרים כאחד מדגישים את העלויות הכבדות לדמוקרטיה כתוצאה מן החתירה לשליטה ישראלית בשטחי הגדה המערבית (ועל־פי גרוס – גם בעזה). שני ספרים חשובים אלה יתרמו רבות להשבחת תובנותיה של האקדמיה הישראלית בדבר השליטה הכוחנית בשטחים שנכבשו במלחמת 1967.

---

34 שם, בעמ׳ 265–337.

35 שם, בעמ׳ 338–396.