ביקורת שיפוטית, תפיסה לוחמתית והשיח האקדמי
על ספרו של פרופ׳ דוד קרצמר: *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*

אמנון רייכמן*

מאמר זה מציג את טענותיו העיקריות של דוד קרצמר בספרו, ומתמודד עם כמה סוגיות העולות מטענות אלו. באופן ספציפי דן המאמר בתחולת המשפט המנהלי הישראלי בשטחים הנתונים לתפיסה לוחמתית ובסטנדרט הביקורת אותו מפעיל וראוי שיפעיל בית המשפט הישראלי לעומת הסטנדרט המופעל בשטחה הריבוני של מדינת ישראל. כן דן המאמר בדרכי התמודדותו של בית המשפט הישראלי עם סוגיית התחולה של אמנת ג׳נבה הרביעית ובגישות התורת־משפטיות של שופטיו לשאלות העולות מן הכיבוש. בהקשר זה מתמקד המאמר בגישתו של השופט לנדוי, שהותיר רבות מן השאלות ב״צריך עיון״. לאור גישות אלו בוחן המאמר את תפקידו המוסדי של בית המשפט העליון בבואו לבצע ביקורת שיפוטית. בעוד הציר המארגן את ספרו של קרצמר ממקם את בית המשפט ברצף שבין ריסון יעיל של כוח השלטון ובין הענקת לגיטימציה לפעולותיו, טוען המאמר שקיימים רבדים נוספים בהם פועל בית המשפט. כאן נטען שיש לבחון את תפקידו המחנך של בית המשפט ואת המתח הקיים בין החינוך בדרך התקדים הצופה פני עתיד ובין החינוך באמצעות הקפדה על התשתית הראייתית המלאה להצדקת הפגיעה בזכויות אדם בכל מקרה ומקרה. לבסוף מפתח המאמר את המתח בו מצוי בית משפט במדינה דמוקרטית התופסת שטח על תושביו לתקופה ארוכה. בהקשר זה מציב המאמר את בית המשפט הישראלי כחלק ממארג בינמדינתי רחב יותר, אשר במסגרתו הולך ומתפתח שיח חוקתי על-מדינתי, שיח בו בתי המשפט

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה לדוד קרצמר על הביקורת התורמת והמועילה, ולעידן לרון על עזרת המחקר המעולה.

כל אתרי האינטרנט המאוזכרים להלן נצפו באחרונה ביולי 2005, אלא אם כן נכתב אחרת.

השונים ניצבים זה לצד זה אל מול הרשויות המבצעות במדינות השונות. בשיח זה, שניתן לראות בו ראשיתה של רשות שופטת בינמדינתית, חשובה הביקורת האקדמית על פעילותה של הרשות השופטת, ביקורת כגון זו הגלומה בספרו של קרצמר.

א. כללי. ב. המשפט המנהלי בשטחים: תחולה, יישום ותוצאות. ג. דיני כיבוש: תחולה, אביפה והנמקה משפטית: 1. על תחולת אמנת ג'נבה הרביעית; 2. על גישת השופט לנדוי. **ד. תפקיד בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית: חינוך ונטלי ראיה. ה. תפקיד בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית התופסת שטח על תושביו. ו. גירוש והריסת בתים: זכויות הפרט, מאבק קולקטיבי והליך שיפוטי. ז. סיכום: צדק תחת כיבוש והתפתחות שיח הזכויות הבינלאומיות בישראל.**

א. כללי

בספרו *The Occupation of Justice*,[1] פורש הפרופסור דוד קרצמר יריעה רחבה הסוקרת את דרכי התמודדותו של בית המשפט העליון הישראלי עם כללי המשפט הבינלאומי בעתירות הנוגעות לפעילות השלטונות הישראלים בשטחים הנתונים לתפיסה לוחמתית ישראלית (להלן: "השטחים"). מחציתו הראשונה של הספר עוסקת בשאלות כלליות כגון סמכות שיפוט, שפיטות,[2] תחולת המשפט הבינלאומי[3] ופרשנות אמנות החלות על שטח כבוש, תוך התמקדות באמנת ג'נבה הרביעית.[4] במחציתו השנייה פונה הספר לעסוק בסוגיות ספציפיות כגון הביקורת השיפוטית על בניית התנחלויות,[5] איחוד משפחות,[6] מעצר מנהלי,[7] הריסת בתים[8] וגירוש.[9]

---

1. David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (State University of New York Press, 2002).
2. שם, בעמ' 19-29.
3. שם, בעמ' 31-42.
4. אמנת ג'נבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (כ"א 1, עמ' 559) (להלן: אמנת **ג'נבה** הרביעית). ראו: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 43-56.
5. שם, בעמ' 75-99.
6. שם, בעמ' 101-111.
7. שם, בעמ' 115-143.
8. שם, בעמ' 145-163.
9. שם, בעמ' 165-186.

את טענותיו של קרצמר ניתן לחלק לשלושה רבדים: **ברובד הפוזיטיבי** בוחן קרצמר מקרוב את פסקי הדין של בית המשפט העליון, תוך התמקדות במידת נכונותו של בית המשפט להתמודד עם הדין הבינלאומי לסוגיו. באותם מקרים, בהם בית המשפט אכן התמודד עם הדין הבינלאומי המהותי, בוחן קרצמר באיזו מידה הפרשנות שנתן בית המשפט לדין הבינלאומי עקבית וממצה. **ברובד הנורמטיבי** בוחן קרצמר את התכליות הערכיות שבבסיס ההגנות השונות המצויות בדין הבינלאומי החל על שטחים כבושים, ומעמת תכליות אלו עם האמור בפסיקה הישראלית, הן ברמת הרטוריקה הפרשנית והן ברמת הסעד האופרטיבי שניתן. **ברובד הסוציולוגי־פרגמטי** מציג קרצמר הסברים שונים להתנהגותו המוסדית של בית המשפט העליון בקונטקסט הפוליטי הרחב יותר. קונטקסט זה מביא בחשבון הן את המציאות הביטחונית, הן את מערך הכוחות בחברה ישראלית, והן את חלוקת האחריות בין רשויות השלטון בישראל באשר להשלכות השונות של החלטות כאלה ואחרות. שלושה רבדים אלו הופכים את המחקר לעשיר במיוחד. ביקורתו של קרצמר לעתים נוקבת, אך היא אינה מציגה את בית המשפט כמוסד שרירותי הפועל באופן בלתי מובן. היא חושפת את הכשלים השונים בפסיקותיו של בית המשפט, אך בה בעת מציגה גם צידוקים אפשריים כאשר ניתן להגן על הפסיקה, או לכל הפחות את הקשיים האובייקטיביים בהם היה נתון כל מוסד שיפוטי בנעלי בית המשפט העליון. בכך מעניק הספר לקורא את היכולת להעריך את חוות הדעת השונות, בלי להציג את כותביהן ככלי ריק. ניתוח מעמיק זה מאפשר להבין טוב יותר את בחירותיהם הפרשניות והאופרטיביות של השופטים השונים, הן ברמת אסטרטגיית קבלת ההחלטות, והן ברמה הטקטית, היינו ברמת הסעד המקומי או ההנמקה המשפטית בנוגע לעובדות המקרה בהקשרן החברתי־היסטורי.

טענתו המרכזית של הספר היא כי בכל הקשור לדוקטרינה ולסעדים שיצאו תחת ידי בית המשפט בהתמודדותו עם עתירות שטענו כי פעולות ישראל בשטחים מנוגדות לכללי המשפט הבינלאומי, לא ניתן לראות את פסיקתו של בית המשפט העליון כמנגנון שיש בו כדי לרסן ריסון של ממש את כוחו של השלטון הישראלי.[10] באופן כללי, ובשים לב למספר חריגים בולטים אך מעטים – המעידים על הכלל – טוען הספר כי בית המשפט, הן בהנמקותיו והן בסעדים אותם בחר להעניק, היווה למעשה חותמת הכשר לפעולות השלטון הצבאי, אשר רבות מהן אינן מתיישבות עם דרישותיו המהותיות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי.[11] אופן הפעלת הביקורת השיפוטית העניק אפוא לגיטימציה לשלטון הכובש יותר מאשר היווה אמצעי להגנה על זכויות אדם המעוגנות במשפט הבינלאומי בכלל ובדיני הכיבוש בפרט. עם זאת, הספר מציין שסביר להניח ש"צֶלוֹ" של בית המשפט ונוכחותה של "חזית הביקורת השיפוטית" ברקע הדברים, ריסנו לא אחת את אופן הפעלת הסמכות ושיקול הדעת של הרשויות, אשר חששו מהתערבות בהחלטתם ו/או הפנימו לפחות מקצת מעקרונות המשפט הבינלאומי.

10. שם, בעמ' 191.

11. שם, בעמ' 2-3, 187-188.

כוחו המרכזי של הספר נובע מעומק הניתוח של פסקי הדין המרכזיים בתחום שניתן לכנותו "דיני כיבוש".[12] הניתוח עצמו קצר ותמציתי, והמחבר אינו מרבה במילים ובחזרות, מלבד חזרות הנובעות ממבנה הספר. קרצמר קורא את פסקי הדין ברצינות, ויוצא מנקודת ההנחה שהשופטים מתכוונים למילים אותן הם כותבים, ובכלל זה מייחס משמעות לאותן נקודות בהן בחרו שלא לדון. בכך משמש הספר עצמו מנגנון ביקורת על מנגנון הביקורת השיפוטית. זוהי קריאה אקדמית יסודית של הפסיקה, הבוחנת את הנמקות השופטים, את תחולת הנמקות אלו על עובדות המקרה, ואת היחס בין ההכרעה במקרה הספציפי לעקרונות ולדוקטרינות שנקבעו במקרים קודמים. כך חושף קרצמר, בין השאר, מקרים בהם בית המשפט ציטט מלומדים באופן חלקי ואף מטעה,[13] נהג בפסקי הדין שלו עצמו באופן שאינו מעניק לשיקולים שהועלו את מלוא המשקל,[14] נהג באופן המדלל (אם לא מעקר) את ההלכה העקרונית שקבע כאשר נדרש ליישם את ההלכה במקרה ספציפי,[15] והשהה הכרעות מתבקשות בלא מתן הסבר משכנע.[16] כל זאת בנוסף לביקורת על הנמקות

---

12. Martin Edelman, "The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories, by David Kretzmer", 22 *Shofar* (2004) 186, p. 187.

13. בין היתר, חושף קרצמר שימוש מטעה שנעשה בדבריו של Julius Stone בבג"ץ **698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון**, פ"ד לה(1) 617 (להלן: בג"ץ **קוואסמה**), בעמ' 627, ובבג"ץ **785/87 אל עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מב(2) 4 (להלן: בג"ץ **אל עפו**), בעמ' 23-24 [ראו: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 47, 49-51]. קרצמר מגלה גם שימוש מטעה שנעשה בדברי Jean Pictet בבג"ץ **97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לג(3) 309 (להלן: בג"ץ **אבו עוואד**), בעמ' 316 [ראו: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 46]. בנוסף, מצביע קרצמר על ציטוט חלקי שנעשה בדבריו של יורם דינשטיין בבג"ץ **513/85 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד לט(3) 645 (להלן: בג"ץ **נזאל**), בעמ' 654 [ראו: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 168, הערת שוליים 15 והטקסט שלידה].

14. ראו, למשל, שם, בעמ' 49.

15. דוגמה לכך ניתן למצוא בפסקי הדין הנוגעים להריסת בתים. קרצמר מראה כי לפי הרטוריקה של פסקי הדין, חויב המפקד הצבאי להיזהר בסנקציה זו ולאזן בין השיקולים השונים בטרם ההחלטה. בית המשפט אף מנה את השיקולים הרלוונטיים לעניין זה. ברם, רטוריקה זו לא התבטאה בסעדים שהעניק בית המשפט. בית המשפט אישר כמעט תמיד את הריסת הבתים, אפילו כאשר דייריו לא היו שותפים בפעילות טרוריסטית. שם, בעמ' 26, 158.

16. ראו, לדוגמה, את דיונו של קרצמר בעיכוב הרב עד מתן פסק הדין בעניין איסור העינויים [בג"ץ **5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (להלן: פסק הדין בעניין **העינויים**)]: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 140-141. ניתן להוסיף בהקשר זה גם את העיכוב במתן פסק הדין בעניין הוראת השעה המתקנת את חוק האזרחות והכניסה לישראל (אשר אינה עוסקת ישירות בשטח כבוש אך משליכה על מצבם וזכויותיהם של תושבי השטחים). ראו בג"ץ **7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (החלטת ביניים מתאריך 14.12.04, טרם פורסמה); בג"ץ **4022/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ראש הממשלה** (החלטת ביניים מתאריך 13.11.03, טרם

ספציפיות כהנמקות שפשוט אינן עומדות במבחן השכנוע הפנימי, הוא המבחן שבבסיס חוש המומחיות של המשפטן בבואו להעריך טעון כזה או אחר.[17] בה בעת, מראה קרצמר כיצד הלכות אחרות של בית המשפט דווקא עקביות, ומתבקשות ממבנה ההגנה על זכויות האדם.[18] העובדה כי בית המשפט העליון הוא גוף בו יושבים מטובי המשפטנים – גוף אשר משפטניו ומשפטניותיו אינם נופלים ברמתם וביושרם המקצועי מאלו של שופטים

פורסמה). על משמעות עיכוב זה ניתן ללמוד, למשל, מבג"ץ 1475/03 **עבידייה נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 10001/03א' **אבו־סבית נ' השר לבטחון פנים** (החלטה מתאריך 8.12.03, טרם פורסמה); בג"ץ 452/04 **ח'טיב נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 10331/03 **מחאג'נה נ' שר הפנים** (החלטה מתאריך 11.3.04, טרם פורסמה); בג"ץ 2604/03 **דהיני נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 1881/04 – א' **אבו־סחאב נ' השר לביטחון פנים** (החלטה מתאריך 31.3.04, טרם פורסם); בג"ץ 3309/04 **לטפי נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 3948/04 **צרצור נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 6036/04 **עאפי נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם); בג"ץ 5798/04 **מוסטפא נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 5309/04 **עומר נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 3816/04 **כבהא נ' משרד הפנים – סניף חדרה** (טרם פורסם); בג"ץ 8916/04 **טאבש נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 8986/04 – א' **אבו ריאש נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 9576/04 – א' **אלפאנע נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 6514/04 **סאלח נ' משרד הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 7911/04 **מרדאוי נ' שר הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 9227/04 **עבד נ' משרד הפנים** (טרם פורסם); בג"ץ 6513/04 – א' **אבראהים נ' משרד הפנים** (טרם פורסם).

17. ראו, לדוגמה, את ביקורתו של קרצמר על הפירוש שנתן השופט שמגר לסעיף 49 לאמנת **ג'נבה** הרביעית (לעיל, הערה 4) בבג"ץ **נזאל** (לעיל, הערה 13), בעמ' 654, ובמאמרו: Meir Shamgar, "The Observance of International Law in the Administered Territories", 1 *Israel Y.B. Human Rights* (1971) 262. ראו: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 47-52.

18. בעניין איסור העינויים מדגיש קרצמר כי בית המשפט הקפיד תמיד שלא לקבוע כי שיטות החקירה הללו חוקיות. קרצמר מוסיף כי לבסוף, כשנדרש בית המשפט לדון בחוקיות העינויים בפסק הדין בעניין **העינויים** (לעיל, הערה 16), הציג בית המשפט את התשובות לסוגיות המשפטיות ואת אי־חוקיות העינויים כברורים מאליהם וכמעידים על עצמם – "Self Evident", Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 138-142. באופן דומה מראה קרצמר כי בית המשפט היה עקבי בסירובו לקבל את הטענה, כי עתירה העוסקת בחוקיותה של התנחלות איננה שפיטה בשל היותה שאלה פוליטית (שם, בעמ' 77-78). ראו, למשל, בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1 (להלן: פסק הדין בעניין **אלון מורה**), בעמ' 4. בית המשפט היה עקבי גם בגישתו, לפיה אין זה חוקי לתפוס קרקע פרטית בשטחים לשם הקמת התנחלות, אם אין שיקולי ביטחון כנים המחייבים זאת. [Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 81-89; ראו, למשל, בג"ץ 606/78 **אויב נ' שר הבטחון**, פ"ד לג(2) 113 (להלן: בג"ץ **אויב**), בעמ' 118-119].

המכהנים בבתי משפט ברחבי העולם הדמוקרטי – מעניקה משנה תוקף לביקורתו של קרצמר.[19]

ספרו של קרצמר מהווה אפוא כר נרחב לדיון מעמיק בסוגיות רבות. משלל אלו תתמקד רשימה זו אך במקצת. ראשית, אתייחס למתח הקיים בין כללי המשפט המנהלי כפי שפותחו והוחלו בשטחה הריבוני של מדינת ישראל, ובין הכללים כפי שהוחלו בשטחים, תוך התייחסות לרציונלים השונים העומדים ביסוד הביקורת השיפוטית על מעשה המנהל. לאחר מכן אפנה לדון במספר היבטים של תחולת דיני הכיבוש הבינלאומיים בשטחים, ובייחוד תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית והמשמעות האופרטיבית של תחולה זו. הפרקים הרביעי והחמישי ייוחדו לדיון המוסדי בתפקידו של בית המשפט העליון בשיטה דמוקרטית כלפי שטח הנתון לתפישה לוחמתית בו מצויה אוכלוסייה אזרחית הנתונה לכיבוש. בפרק השישי אתמודד עם סוגיות הכיבוש הספציפיות – הריסת הבתים והגירוש. ביסוד הדיון בסוגיות אלו תעמוד הטענה כי במועד כתיבת שורות אלו נדמה שהדין הבינלאומי אינו ערוך באופן מיטבי להתמודד עם ריסון מאבקן של קבוצות טרור נגד זכות קיומה של מדינה, נגד השיטה הדמוקרטית או נגד מנגנוני המשפט הבינלאומי. חלקיותו (לפחות לכאורה) של המשפט הבינלאומי מעיבה על אימוצן המלא של המסקנות אליהן מגיע קרצמר (לפחות בשלב זה, עד אשר יפתח המשפט הבינלאומי את מלוא הכלים הנדרשים להתמודדות יעילה עם הטרור). לבסוף, ימקם הפרק השביעי את ספרו של קרצמר בהקשר רחב יותר. פרק זה יצביע על מגמה אפשרית לפיה אנו עדים ליצירתה של מעין רשות שופטת בינמדינתית, בה שופטים ממדינות שונות חוברים כדי להגשים את תפישתם באשר למרכזיות זכויות האדם. אם אמנם כך, יצביע פרק זה על האתגר הניצב לפני בתי המשפט והאקדמיה בישראל.

ב. המשפט המנהלי בשטחים: תחולה, יישום ותוצאות

נהוג לתייג את עילות הביקורת השיפוטית על מעשה המנהל לשלוש קטגוריות ראשיות: ביקורת המתמקדת **בסמכות** הרשות לפעול, ביקורת הבוחנת את **הפרוצדורה** אותה נקטה

---

19. משנה התוקף נובע משני מקורות. **ראשית**, בשל רמתם הגבוהה של השופטים, הם בוודאי מודעים בעת פסיקתם לקשיים המשפטיים שפסיקה זו מעוררת. **שנית**, רמתם ויושרתם הגבוהות של השופטים הן הסיבות לכך שפסיקתם המאשרת את מעשי המדינה מעניקה לגיטימציה למעשים אלו. חותמת הלגיטימציה של הפסיקה מבוססת על ההנחה שמטביעי החותמת עשו כן בצדק, בהפעילם ללא חת ובלא הנחות את כללי המשפט. ראו גם: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 2. לאמון הרב שרוחש הציבור לבית המשפט ראו גד ברזילי, אפרים יער־יוכטמן וזאב סגל, **בית־המשפט העליון בעין החברה הישראלית** (פפירוס, תשנ"ד), 55, 67-73; רות גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן, **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס האוניברסיטה העברית ירושלים וידיעות אחרונות ספרי חמד, תש"ס), 1. לאמון הרב לו זוכה בית המשפט העליון הישראלי בעולם ראו: Dan Simon, "The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories", 19 *Yale J. Int'l L.* (1994) 1, p.22.

הרשות בגבשה את החלטה לפעול (או שלא לפעול), וביקורת הבוחנת את **שיקול הדעת** שבבסיס פעולת הרשות.[20] מובן שחלוקה זו אינה חפה מביקורת, ומובן שמבחינה אנליטית ניתן לגזור את הביקורת השיפוטית כולה כפיתוח של עילות הסמכות, שכן הרשות אינה מוסמכת לפעול כאשר שיקול הדעת שהופעל אינו מקיים את דרישות הדין או כאשר לא ננקט ההליך המתאים.[21] ובכל זאת, חלוקה זו מועילה שכן היא מאפשרת לעמוד על טיב היחסים בין הרשויות כפי שהם מתבטאים בעילות המוכרות לביקורת שיפוטית.[22]

בעניין **הסמכות** עולה שאלה לא פשוטה בדבר האורגן המוסמך, על פי הדין הבינלאומי, לבחון את הסמכת הרשויות הישראליות בפעילותן בשטחים. כאשר בית המשפט המקומי – בדרך כלל בהליך של בג"ץ – בוחן את סמכות הרשות לפעול לפי הדין המקומי ובשטח הריבוני הוא למעשה פועל כזרועו הארוכה של המחוקק (או המכונן) הנבחר. המחוקק, כנציגו הנבחר של הריבון הפוליטי, הוא המקצה סמכויות לרשויות המדינה השונות, ובית המשפט מוודא כי הרשויות והאורגנים אינם חורגים מן הסמכות האישית, המקומית או העניינית שהוקצתה להם על ידי המחוקק.[23] דא עקא שבחינת סמכות במערך המשפט הבינלאומי סבוכה יותר, ומצריכה התייחסות לתיאוריות של ריבונות מדינתית ועל־מדינתית (או אל־מדינתית) כמו גם לעקרונות יסוד המשותפים לכל משפחת העמים.[24]

---

20. הבחנה זו משמשת תדיר בהוראת התחום. ראו, למשל, רוני מתניה, **משפט מינהלי** (ש.טובים, 1996), 30; Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 25-26.

21. יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך א, נבו, תשנ"ו), 154. לדוגמה, ראו בג"ץ 295/72 **בבר נ' בית־הדין הרבני האזורי ברחובות**, פ"ד כז(1) 568, בעמ' 574.

22. למשל, יש כאלה הסוברים שבית המשפט מתאים יותר לדון בשאלות של סמכות פורמלית והליך, ואינו מתאים לדון בשאלות של שיקול דעת. גישה זו אינה עולה רק בתחומי המשפט המנהלי. ג'ון אילי (John Ely), למשל, העלה אותה גם במישור המשפט החוקתי. ראו: John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980), 181.

23. זאת בשונה מהמצב בו בוחן בית המשפט את **סבירות** ההחלטה. במקרה זה, בית המשפט בדרך־כלל איננו פועל כזרועו הארוכה של המחוקק, אלא מכוח המשפט המקובל. כך גם המצב באשר לשאלת **ההליך**. כאשר בית המשפט מחיל, לדוגמה, את כללי ההליך המכונים "כללי הצדק הטבעי", הוא עושה כן בדרך־כלל מכוח המשפט המקובל ולא מכוח הוראה בחיקוק. ראו זאב סגל, "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי", **הפרקליט** לט (תשנ"א) 507, בעמ' 510; זמיר (לעיל, הערה 21), בעמ' 79-80; ברוך ברכה, **משפט מינהלי** (כרך א, שוקן, תשמ"ז), 28; בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1 (להלן: בג"ץ **חורב**), בעמ' 33; בג"ץ 290/65 **אלתגר נ' ראש העיריה**, פ"ד כ(1) 29, בעמ' 33; בג"ץ 531/79 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח־תקוה נ' מועצת עיריית פתח־תקוה**, פ"ד לד(2) 566, בעמ' 573.

24. Luzius Wildhaber, "Sovereignty and International Law", *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Ronald St. J. Macdonald and Douglas M. Johnston — ed., Martinus Nijhoff Publishers, 1986)

בבואו לבחון חריגה מסמכות המוקנית על ידי הדין הבינלאומי – למשל, חריגה מסמכותו של כוח כובש – בית המשפט לא בהכרח פועל כזרועו הארוכה של מחוקק נבחר כלשהו. אין זה ברור, במקרה זה, מיהו הריבון הפוליטי ומיהו האורגן שבידיו מצויה הריבונות המשפטית המקנה סמכות. נדרש פיתוח רעיוני־פורמלי העומד על תפקידו של בית המשפט המקומי במסגרת הדין הבינלאומי ההסכמי באשר לסמכות הרשות המבצעת.[25]

גם בסיס הלגיטימציה והאוטוריטה שביסוד כללי המשפט הבינלאומי המנהגיים אינו טריוויאלי, בכל הנוגע לתחולתם בשטח שאינו שטחה הריבוני של המדינה ובישימותם בבתי המשפט של המדינה הכובשת ביחס לנעשה בשטח זה. מדוע יש לתת כוח משפטי למנהגיהן של מדינות כובשות בנוגע לשטח כבוש? איזה כוח נורמטיבי יש להעניק לפרקטיקות של כיבוש? ודוקו: אמנם כללי המשפט המנהגי הם חלק מהמשפט הישראלי והֵנם אכיפים בבתי משפט ישראליים,[26] אך קיים הבדל מהותי ביחס בין המנהג ובין דיני מדינה ריבונית

425; William L. Morison, "The Schools Revisited", *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Ronald St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston — ed., Martinus Nijhoff Publishers, 1986) 131; ג'יימס לסלי ברייארלי, **המשפט הבין־לאומי** (דינים, תשי"ד), 51-83; Malcolm N. Shaw, *International Law* (Grotius, 1986), 44-56; Charles G. Fenwick, *International Law* (Appleton-Century-Crofts, 1965), 32-35; Benedetto Conforti, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993) 8-13; Gennady M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pp. 75-77, 173-181, 186-189.

25. ניתן לחשוב על פיתוח הנשען על רעיון "המשפט המקובל" – משטר משפטי בו בית המשפט אינו יונק סמכותו מחקיקה אלא מעקרונות היסוד של השיטה. לפחות לפי תפיסה אחת – הנראית לי משכנעת – על עקרונות אלו, כמו־גם על הזכויות הנגזרות מעקרונות אלו, לעמוד במבחן התבונה (reason) האריסטוטלי. בהקשר זה ראו, למשל, אמנון רייכמן, "סמכות שיפוט אוניברסלית בבתי משפט מדינתיים – קעקוע הריבונות או יצירת סדר עולמי?", **משפט וצבא** יז (תשס"ב) 49, העוסק בזכות להגדרה עצמית כזכות הנובעת מעקרונות יסוד אוניברסליים. עם זאת, עדיין נותרת על כנה שאלת הריבון: האם הריבון הוא המין האנושי באשר הוא? ומה באשר להבדלים הקיימים בפיתוח והבנת אותם עקרונות יסוד אוניברסליים: ניתן לשער שבתי משפט שונים יבינו את אותם העקרונות באופן שונה. כיצד על בתי משפט מדינתיים להתייחס לקיומם של הבדלים אלו? דרך אחרת להתמודד עם בעיית סמכות בית המשפט נשענת דווקא על הדין הפנימי, ומתירה לרשות המבצעת לכבול את עצמה בהתאם לכלליה החוקתיים של השיטה. במילים אחרות, הטענה היא כי לרשות המבצעת הכוח להכפיף עצמה לביקורת שיפוטית של בית המשפט המקומי, ובכלל זה לביקורת שיפוטית לפי כללי המשפט הבינלאומי. לכאורה, כבילה עצמית של הרשות המבצעת אינה מעוררת קושי אינהרנטי. אך עדיין, במבט שני, הדברים אינם פשוטים. אין זה ברור כי הרשות המבצעת אכן מוסמכת להסמיך את בית המשפט, בהיעדר הסמכה על ידי אורגנים מוסמכים הן לפי משפט הפנימי והן לפי כללי ההסמכה הנהוגים במשפט הבינלאומי.

בשטחה (ובכלל זה סמכות בתי המשפט בשטח המדינה הריבונית) ובין הדינים החלים בשטח הכבוש (ובכלל זה סמכות בתי המשפט של המדינה הכובשת בנוגע לשטח זה). אם כן, גם באשר למשפט הבינלאומי המנהגי נדרשת חקירה ודרישה כדי לעמוד על הרציונלים השונים שביסוד כללי הסמכות במשפט הבינלאומי – כללים המסמיכים (ומגבילים) מדינות, מפקדים צבאיים בשטח כבוש, ובתי משפט המבצעים ביקורת שיפוטית.

בעניין הסמכות עולה שאלה סבוכה נוספת, והיא כיצד אמור בית המשפט לתווך בין כללי הסמכות במשפט המדינתי – מכוחם פועלים המחוקק, המפקד הצבאי ואפילו בית המשפט עצמו – ובין בסיס הסמכות במשפט הבינלאומי.[27] פתרון פרגמטי יכול לדרוש "חיתוך" שני מקורות סמכות אלו, היינו קביעת גבול ה"וִירס" כאותו תחום בו עומדת לרשות סמכות גם על פי המשפט המקומי וגם על פי המשפט הבינלאומי. עם זאת, פתרון זה אינו הכרחי, ועל כל פנים יש צורך להצדיק אותו לפני אימוצו.

הספר אינו עוסק בשאלות תיאורטיות אלו באופן ישיר, אך ניתן להבינו כמעלה תהייה

---

26. ע"פ 336/61 **אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טז 2033 (להלן: ע"פ **אייכמן**), בעמ' 2040-2041; רע"א 7092/94 *Her Majesty The Queen in Right of Canada* **נ' אדלסון**, פ"ד נא(1) 625, בעמ' 639-641; רות לפידות, "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי", **משפטים** יט (תש"ן) 807, בעמ' 812; יפה זילברשץ, "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי", **משפטים** כד (תשנ"ד) 317, בעמ' 319.

27. הגישה העיקרית בשאלה זו קובעת תחולה או היררכיה ברורה – על אחת ממערכות המשפט לגבור על השנייה או לחול תוך הוצאתה של המערכת השנייה. כך קובע סעיף 27 ל-"The Vienna Convention on the Law of Treaties", 1155 *U. N. Treaty Series*, 331 (להלן: **אמנת האמנות**): "לא תסתמך בעלת־אמנה על דיניה הפנימיים לשם צידוק אי־ביצועה של אמנה" [התרגום לפי מנחם זהרי ושבתאי רוזן, **אמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות** ("**אמנת האמנות**") (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סקר, תשל"ח), 56]. ברם, אמנה זו אינה חלה בישראל (ראו להלן, הערה 65). לגישה שעל המשפט הבינלאומי לגבור על המשפט המקומי ראו דוד קרצמר, "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים", **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** (יצחק זמיר – עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 305, בעמ' 318-319; ICRC, *Commentary on the Fourth Geneva Convention* (Jean s. Pictet — ed., ICRC, 1958), 336. מנגד, אוחז בית המשפט הישראלי בגישה ההפוכה. בפסיקה נקבע כי בסתירה ברורה בין הנורמה הבינלאומית ובין החוק הישראלי החרות – שלא ניתן להתגבר עליה באמצעות פרשנות – על השופט להעדיף את החוק **הישראלי**. כלל דומה חל גם בכמה ארצות אחרות. עם זאת, אמר בית המשפט כי הוא מוכן להניח שהמנהג הבינלאומי עדיף על **חקיקת משנה** ישראלית. ראו לפידות (לעיל, הערה 26), בעמ' 811; ע"פ 5/51 **שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ה 1061 (להלן: ע"פ **שטיינברג**), בעמ' 1065-1067; בג"ץ 103/67 **"דה אמריקן ארופין בית־אל מישן" נ' שר הסעד**, פ"ד כא(2) 325, בעמ' 333; ע"פ **אייכמן** (לעיל, הערה 26), בעמ' 2040-2041.

בדבר החלת המשפט המנהלי הישראלי על פעולות צה"ל בשטחים.[28] עד מועד כתיבת שורות אלו גם בית המשפט העליון טרם נתן תשובה ממצה לסוגיות אלה, אם כי נראה כי ייתכן שייתן דעתו על הנושא בקרוב.[29] בבואו לעשות כן יהיה עליו לקבוע את הדין החל על הטריטוריה לסוגֶיה, באיזו מידה דין זה הוא גם דין שבית המשפט, כאורגן של מדינת ישראל, מוסמך (וחייב) לפסוק על פיו, ובאיזו מידה כפוף בית המשפט להלכות בדבר פרשנות דין זה, שניתנו על ידי אורגנים אחרים האמונים במשפט הבינלאומי על פרשנותו.[30]

במאמר מוסגר יש לציין כי בבואו לפסוק בסוגיות אלו משמש בית המשפט לא רק כרשות מוסמכת במשפט הפנימי־ישראלי; להכרעותיו והנמקותיו ישנה משמעות גם במשפט הבינלאומי, בכל הקשור לשאלה אם מדינת ישראל מקיימת את ההתחייבויות שקיבלה עליה באמנות או שמוטלות עליה מכוח המשפט ההסכמי. מדינה מסוימת עלולה למצוא עצמה מפֻרה את כללי המשפט הבינלאומי לא רק באמצעות הרשות המבצעת או המחוקקת, אלא גם באמצעות פסיקות בתי המשפט שלה.[31] כך, פסיקה של בתי המשפט של מדינת ישראל אינה רלוונטית רק בנוגע לחוקה מקומית; בתי משפט המפרים בפסיקתם

---

28. למשל, הספר דן בשאלת סמכות השיפוט של בית המשפט הישראלי בעניין פעולות הרשות המבצעת בשטחים, ומראה כיצד סמכות זו נשענה בראשיתה על הסכמת הצדדים, ובהמשך בסיס הסמכות עבר לדין הישראלי שמכוחו פועלת הרשות [Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 20-21, ופסקי הדין המצוינים שם]. מכאן, נמצא כי הדין הישראלי מסמיך, ולו בעקיפין, פעולות ישראליות בשטחים וכתוצר נלווה גם מסמיך את בית המשפט. שאלה היא, אם תחולת דין שכזו מותרת על פי המשפט הבינלאומי, לא כל שכן כאשר בית המשפט עצמו הוא יוצר הדין, בדרך היצירה השיפוטית של משפט מקובל.

29. מאז הוצאת הספר ניתן להבחין במספר שינויים בניתוח המשפטי שמבצע בית המשפט בעתירות העוסקות בשטחים. על חלק מהשינויים האלו אעמוד בהמשך (להלן, הערות 60, 87 ו-94). לאור זאת, נדמה לי כי יש יסוד להניח שבאחת העתירות העומדות היום לפתחו, ימצא בית המשפט לנכון לנתח את כללי המשפט הבינלאומי החלים בשטחים (הן ההסכמיים והן המנהגיים), לעמת אותם עם המשפט המקומי ולקבוע את גבולות הסמכות לאור היחס בין שני מקורות המשפט האלו. הנחה זו מבוססת גם על הנחיית בית המשפט בהחלטת ביניים שניתנה בעתירה תלויה ועומדת העוסקת בחוקיות הסיכולים הממוקדים. בית המשפט הנחה את הצדדים להגיש את עמדתם בדבר מערכת הדינים החלה על פי המשפט הבינלאומי, מערכת הדינים החלה על פי המשפט המקומי והיחס בין שתי מערכות הדינים הללו. בג"ץ 769/02 **הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל** (החלטת ביניים מתאריך 18.4.2002, טרם פורסמה) (להלן: בג"ץ בעניין **הסיכול הממוקד**).

30. על סוגיה זו אעמוד ביתר הרחבה בהמשך. ראו להלן, הערות 200-211 והטקסט שלידן.

31. Derek W. Bowett, "Jurisdiction: Changing Patterns of Authority Over Activities and Resources", *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Ronald St. J. Macdonald and Douglas M. Johnston – ed., Martinus Nijhoff Publishers, 1986) 555, p. 555.

(ובכלל זה באי־נכונותם לפסוק)[32] את המשפט הבינלאומי, מעמידים את מדינת ישראל כחייבת בהפרה בדיוק כפי שפעילות הרשות המבצעת מחייבת את מדינת ישראל. מכאן, הן המסקנה שבית המשפט הישראלי מוסמך לדון בנעשה בשטחים והן המסקנה שאינו מוסמך לדון הִנן החלטות רלוונטיות בשאלת עמידת ישראל במשפט הבינלאומי, כפי שההחלטה בשאלת מקורות המשפט החלים בשטחים הנה שאלה שהתשובה עליה מעמידה את ישראל בסכנת הפרת המשפט הבינלאומי.

נשוב לשאלת הסמכות. הספר מראה כי בית המשפט לא דק פורתא בבואו לבחון את תחולת הדין בשטח הכבוש[33] ולעתים אף בלבל שאלה זו בשאלת קליטת הדין הבינלאומי ויישומו כחלק ממקורות המשפט אליהם מוסמך (וחייב) השופט הישראלי לפנות.[34] בנתחו את הפסיקה מצביע המחבר על כך שבתי המשפט העדיפו לבחון את סמכויות הרשות לפי חקיקה מקומית – מנדטורית – ומיעטו לבחון את כללי הסמכות על פי המשפט הבינלאומי, מלבד עצם הקביעה כי לכוח הכובש נתונה סמכות כלפי השטח הכבוש, תוך התייחסות שאינה ממצה לשאלת תנאי הפעלת הסמכות.[35] קרצמר מכנה גישה זו כגישה "פורמליסטית",[36] וכוונתו, ככל הנראה, לפרשנות לשונית־מכניסטית הבוחנת אם מילות הדין – במיוחד החקיקה המנדטורית, אך גם נורמות במשפט הבינלאומי – מאפשרות לרשות לבצע את המעשה שביצעה מן הטעמים עליהם הצהירה, ותו לא. גישה זו לא הומצאה על ידי בית המשפט הישראלי, וניתן למצוא לה הדים באופן שבו בחן בית המשפט העליון בפלסטינה־א"י, שבראשו עמדו שופטים בריטיים, את פעילות הרשויות המנדטוריות, לכל הפחות לקראת סיום תקופת המנדט. גם שופטים אלו לא ששו לפנות להגבלות סמכות המעצמה המנדטורית שמקורן במשפט הבינלאומי. בית המשפט הבריטי הצהיר במפורש

---

32. אם, למשל, מוטלת חובה על בתי משפט מקומיים ליישם את כללי המשפט הבינלאומי המגנים על זכויות אדם המוכרות במשפט הבינלאומי, במיוחד את זכויות האדם בשטח כבוש, אפשר שהצעתו של קרצמר, על פיה על בית המשפט להדיר ידיו מעתירות העוסקות בכיבוש, הנה למעשה קריאה להפרת המשפט הבינלאומי על ידי מדינת ישראל. אמנם תיתכן בעניין זה א־סימטריה; ייתכן כי בפעילות מסוימת מפרה הרשות המבצעת את המשפט הבינלאומי, אך משפט זה מכיר בכללי שפיטות מקומיים ולפיכך אם הנושא אינו שפיט בבית משפט מקומי נראה שנאמר כי בית המשפט לא הפר את המשפט הבינלאומי באי־נכונותו לפסוק. עם זאת, אין להניח בהכרח כי המשפט הבינלאומי יאמץ את כללי השפיטות המקומיים, ולפיכך אפשרית המסקנה כי רתיעה מפסיקה מהווה נדבך בהתנהגותה המפרה של המדינה, לא כל שכן כאשר מוטלת חובה פוזיטיבית על המדינה להגן על זכות מסוימת.

33. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 35-39.

34. שם, בעמ' 35.

35. ראו, למשל, שם, בעמ' 129; בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(2) 197 (להלן: פסק הדין בעניין **המסים**), בעמ' 309; פסק הדין בעניין **אלון מורה** (לעיל, הערה 18), בעמ' 13.

36. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 124.

כי הוא פועל על פי הדין הבריטי, ולא התיימר לפרש את המשפט הבינלאומי.[37] למותר לציין כי על מדיניות שיפוטית זו, המתעלמת למעשה ממקור הסמכות הבינלאומי, נמתחה ביקורת.[38]

אופן התמודדותו של בית המשפט העליון עם סוגיית הסמכות במשפט הבינלאומי בולט בהשוואה לאופן התמודדותו עם הסוגיה במשפט הישראלי הפנימי. קיים הבדל של ממש בין המשפט שהוחל בסוגיה זו בשטחים ובין המשפט שהוחל בשטחי המדינה. הספר אינו עוסק, באופן מסודר, בהשוואה בין הדוקטרינות שהתפתחו ב"משפט השטחים" ובין אלו שהתפתחו בדיני ישראל, וחבל. נותר עוד מקום למחקר שכזה, ובייחוד עתה, כשהראה קרצמר כי מחקר שכזה בר ביצוע. עם זאת, כבר עתה ניתן לציין לפחות הבדל מרכזי אחד בין הדוקטרינות שהתפתחו בדיני הסמכות הישראלים – היינו דיני הסמכות אותם מחיל בית המשפט העליון על רשויות מנהל הפועלות בישראל – ובין דיני הסמכות החלים בשטחים: בעוד במשפט המקומי הישראלי התפתחה חזקה על פיה כדי לפגוע בזכויות יסוד יש להראות הסמכה מפורשת בחוק[39] או לכל הפחות כי תכליתו הנחושה של דבר החקיקה

---

37. בריטניה שלטה בישראל מכוח כתב המנדט שניתן לה מטעם חבר הלאומים. לפיכך לפי המשפט הבינלאומי, הייתה בריטניה חייבת לקיים את תנאי המנדט, ופעילות בניגוד להם הייתה מהווה חריגה מסמכות לפי המשפט הבינלאומי. השופטים הבריטיים לא קיבלו גישה זאת. הם קבעו כי למנדט אין תוקף משל עצמו, וכי תוקפו נגזר מהחקיקה הבריטית המאמצת אותו. לכן כאשר קבעה חקיקה בריטית כי הנציב העליון יכול לחוקק פקודה המנוגדת למנדט, דחו השופטים הבריטים טענות לחריגה מסמכות ול-Ultra Vires. ראו: P.C. 98/25 *Jerusalem-Jaffa District Governor v. Murra* [1920-1933] 1 P.L.R. 71; H.C. 19/47 *Rosenblatt v. The Registrar of Lands, Haifa* [1947] 2 A.L.R. 499. מקור העיקרון נעוץ במשפט הבריטי הפנימי. ראו: Lassa Oppenheim, *Oppenheim's International Law* (Volume 1: Peace, Robert Jennings & Arthur Watts – Eds., Longman, 1993), 58-63; בנימין רובין, "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי המשפט", **משפטים** יג (תשמ"ד) 210, בעמ' 220-221; Shaw (לעיל, הערה 24), בעמ' 108-111.

38. למשל, ראו בג"ץ 5/48 **ליון נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל־אביב**, פ"ד א 58, בעמ' 67; בג"ץ 222/68 **חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה**, פ"ד כד(2) 141, בעמ' 194; יורם שחר, "שיחה", **משפטים ראשונים – שיחות בעקבות פסקי־דין של בית־המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו** (דפנה ברק־ארז – עורכת, הקיבוץ המאוחד, 1999) 139, בעמ' 142.

39. בג"ץ 144/50 **שייב נ' שר הבטחון**, פ"ד ה(1) 399, בעמ' 411-412; בג"ץ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לז(3) 337, בעמ' 355-360; בג"ץ 252/77 **בבאג'י נ' עירית תל־אביב־יפו**, פ"ד לב(1) 404, בעמ' 410-411; ע"א 524/88 **"פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ**, פ"ד מה(4) 529, בעמ' 560-561; בג"ץ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים** (טרם פורסם), פסקה 4 לפסק דינו של השופט ריבלין.

תסוכל אם לא נפרשו כמסמיך את הרשות לפגוע בזכויות,[40] סירב בית המשפט העליון ליצור חזקה דומה בנוגע לחקיקה המנדטורית החלה בשטחים, ולא כל שכן בנוגע לדין הבינלאומי ככל שהוא חל בשטחים.[41]

אין לזלזל בחשיבותו של הבדל זה, שכן באמצעות כללי הסמכות הכריע בית המשפט סוגיות מרכזיות בשאלות הקשורות קשר הדוק בדיני המותר והאסור החולשים על האמצעים העומדים לרשותה של מדינה דמוקרטית הנלחמת על קיומה כמדינת לאום אל מול איום מתמשך ורב נפגעים.[42] היעדרה של גישה זו בדיני הסמכות החלים בשטחים מאפשר לרשות לפעול ביתר חופש; הסרת הדרישה לבחון הסמכה (מפורשת או מתחייבת מתכלית החוק) לפגוע בזכויות אדם מובילה, באופן טבעי, למשטר משפטי המקיים רמת הגנה פחותה על זכויות האדם של המצויים בשטח הנתון לתפיסה הלוחמתית, בהשוואה לרמת ההגנה לה זוכות זכויות האדם של המצויים במשטר בו מקובלת ומיושמת הגישה הקפדנית לסמכות.

הפרופסור זילברשץ, בנתחה את טענותיו של קרצמר, מדגישה כי מבחינה פורמלית פקודות המפקד הצבאי בשטחים הנן במדרגה נורמטיבית של חקיקה ראשית. לפיכך לפחות עד מתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי בשנת 1995,[43] ניתן להבין את רתיעתו של בית המשפט הישראלי מהעברתן תחת שבט ביקורת שיפוטית חזיתית, ועל כל פנים ניתן להבין מדוע הבחין בית המשפט בין דיני הסמכות בישראל ובין דיני הסמכות בשטחים: אלה כנגד הרשות המנהלית ואלה כנגד הרשות המחוקקת.[44] זוהי אכן הבחנה חשובה, אך כמובן שאין זהות בין חקיקה ראשית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית ובין חקיקה ראשית בשטח ריבוני. חקיקה בשטח ריבוני מתבצעת על ידי מוסד הנתפס כמייצג את ריבונות העם.[45] לאור נקודת מוצא זאת ניתן להבין את שורש העיקרון שהתפתח בשיטת המשפט המקובל[46] –

---

40. אהרן ברק, "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" **הפרקליט** כא (תשכ"ה) 463, בעמ' 466; בג"ץ 144/58 **ביגון נ' ראש העיר לוד**, פ"ד יג(1) 339, בעמ' 343.

41. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 188.

42. ראו, למשל, הדיון בפסק הדין בעניין **העינויים** (לעיל, הערה 16), בעמ' 831-836, והשוו גם לדיון בבג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, בעמ' 285.

43. ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221.

44. יפה זילברשץ, "שליטת צה"ל ביהודה, שומרון ועזה: תפישה לוחמתית או כיבוש קולוניאלי", **מחקרי משפט** כ (תשס"ד) 547, בעמ' 549. זו הייתה גם גישתו של השופט ויתקון. ראו בג"ץ 302/72 **אבו חילו נ' ממשלת ישראל**, פ"ד כז(2) 169 (להלן: פסק הדין בעניין **פתחת רפיח**), בעמ' 179-180. ראו גם: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 27-28; Brian Farrell, "Israeli Demolition of Palestinian Houses as a Punitive Measure: Application of International Law to Regulation 119", 28 *Brooklyn J. Int'l L.* (2003) 871, pp. 882-883.

45. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 28; ד"כ 4 (תש"ט) 817-818.

46. Ariel L. Bendor and Zeev Segal, "Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, A New Judicial Review Model", 17 *Am. U. Int'l L. Rev.*(2002) 683. יש לציין כי גישה זו של המשפט האנגלי משתנה היום. החקיקה הבריטית החדשה מאפשרת ביקורת שיפוטית על חוקים. ראו שם.

ואשר התבסס גם במקומותינו – על פיו המוסד המחוקק הוא הריבון המשפטי, ומכוח ריבונות זו קמה לו החסינות מביקורת שיפוטית.[47] קשה לראות את המפקד הצבאי כמייצג את ריבונות הנשלטים, שכן מעצם ההגדרה שולט הוא מטעם המעצמה הכובשת. אין כל קושי פורמלי, אם כך, להבחין בין ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בישראל, אותה מחוקקת הכנסת, ובין ביקורת שיפוטית על חקיקת המפקד הצבאי בשטחים.[48] מסקנה זהה מתקבלת גם על בסיס תיאוריה דמוקרטית הנשענת על קיומן של בחירות חופשיות, שוות וחשאיות כמרכיב יסוד בהגשמת ריבונות העם.[49] מרכיב זה מתקיים בכנסת ישראל,[50] אך אינו מתקיים בנוגע למפקד הצבאי.[51] לפיכך, בעוד ניתן לחשוב על טיעון מתחום התיאוריה הדמוקרטית להגבלת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, טיעון זה אינו תופס לגבי ביקורת שיפוטית על חקיקה מטעם המפקד השולט בשטחים. ואם כך באשר לחקיקה ראשית, קל וחומר באשר לחקיקת משנה.[52] משתי סיבות אלו ניתן להבין בכל זאת, על אף הטיעון שהזכירה זילברשץ, את ביקורתו של קרצמר על היעדר ביקורת שיפוטית מהותית, הבוחנת באיזו מידה עומדות פעולות השלטונות הישראליים בשטחים באמות מידה הנטועות בדין הבינלאומי או בדין הישראלי.

---

47. בג"ץ 9070/00 **חברת הכנסת לבנת נ' יושב־ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט**, פ"ד נה(4) 800, בעמ' 808-809; שבח וייס "ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת" **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 149, בעמ' 149-150; אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (כרך א', שוקן, תשנ"ז), 348.

48. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 28.

49. ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה**, פ"ד לט(2) 225; בג"ץ 3791/93 **משלב נ' שר הפנים**, פ"ד מז(4) 126, בעמ' 130; א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' חבר־הכנסת טיבי**, פ"ד נז(4) 1, בעמ' 65; בג"ץ 7364/03 **ג'בארה נ' שר הפנים**, פ"ד נח(1) 769, בעמ' 777.

50. סעיפים 4 ו-5 לחוק־יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 69. ראו בעניין זה גם חיים גנזו, "גבולות חובת הציות לחוק", **עיוני משפט** יג (תשמ"ח) 359, בעמ' 361.

51. העובדה שהמפקד הצבאי אינו נבחרו של העם הכבוש היא הסיבה לכך שסמכויות מסויימות הנתונות לשלטון רגיל אינן נתונות לשלטון הצבאי. ראו: Lassa Oppenheim, "The Legal Relations Between an Occupying Power and the Inhabitants", 33 *L.Q. Rev.* (1917) 363; בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(4) 785 (להלן: בג"ץ **אסכאן**), בעמ' 802-803; בג"ץ 500/72 **אבו אל־טין נ' שר הבטחון**, פ"ד כז(1) 481, בעמ' 484.

52. לכך יש להוסיף כי ייתכן שגם המשפט הישראלי וגם המשפט הבריטי מוכנים כבר עתה להכפיף את חקיקת המשנה, בשונה מהחקיקה הראשית, גם למשפט בינלאומי מנהגי שלא אומץ בחקיקה. על המשפט הישראלי ראו לעיל, הערה 27. על המשפט הבריטי ראו לפידות (לעיל, הערה 26), בעמ' 812, הערת שוליים 16.

תמונת המצב המתוארת לעיל לעניין דיני הסמכות חוזרת בדיני **שיקול הדעת**. במשפט המקומי פיתח בית המשפט כללי ביקורת החלים על אופן הפעלת שיקול הדעת כאשר מוסמכת הרשות לפגוע בזכויות יסוד. כללים אלו כוללים את הדרישה כי הרשות תביא בחשבון את כל השיקולים הרלוונטיים ורק אותם, וכן כי הרשות תאזן בין הזכויות והאינטרסים השונים באופן סביר ומידתי, על פי מבחני האיזון.[53] תמונה שונה מצטיירת בבואנו לבחון את "משפט השטחים". אמנם בתי המשפט דרשו לא אחת מן הרשות כי החלטתה תיתמך אך בנימוקים (או שיקולים) רלוונטיים,[54] אולם מרחב ה"שיקולים הלגיטימיים" נתפס תדיר כרחב ונרחב.[55] בכל האמור בהפעלת מבחני האיזון, הסבירות והמידתיות, הסתפק בית המשפט, ברוב המקרים שבאו לפניו עד שנות האלפיים, בביקורת שיפוטית דלה על אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשויות בשטחים, הן לאור העקרונות המקובלים בדין הישראלי והן לאור הדוקטרינות המקובלות במשפט הבינלאומי.[56] לעתים נמנע בית המשפט מלדון בעילת שיקול הדעת כלל.[57] במקרים אחרים לא נבחן שיקול הדעת, בנימוק שאין בית המשפט שם את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת – היא המפקד הצבאי.[58] זאת בעוד במשפט המקומי נימוק זה איננו מונע מבית

---

53. בג"ץ **חורב** (לעיל, הערה 23), בעמ' 36-41; אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שני: **פרשנות החקיקה**, נבו, תשנ"ג), 688-689; בג"ץ **2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, בעמ' 475-477, 480-481; בג"ץ **1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פ"ד נה(4) 267, בעמ' 283-285.
54. למשל, ראו: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 128.
55. ראו, למשל, ביקורתו של קרצמר על פסיקת בית המשפט בבג"ץ **אסבאן** (לעיל, הערה 51). פסק הדין עסק בבניית כבישים בשטחים. בית המשפט אישר את הבנייה, בנימוק שבנייה זו משרתת את תושבי השטחים השואפים לקשור קשרים עם מדינת ישראל. קרצמר טוען כי פסיקה זו משרתת בראש ובראשונה דווקא את מדינת ישראל. לגופו של עניין, טוען קרצמר, נראה שעל בית המשפט היה לרדת לרמת בחינת התוואי של הכבישים השונים, ולא להסתפק בשאלה אם שיקול של רווחת התושבים, המתבטא בסלילת כבישים, הוא שיקול רלוונטי. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 68-71.
56. **שם**, בעמ' 188-189.
57. לדוגמה, ראו **שם**, בעמ' 132.
58. יצוין כי קיימת פסיקה לפיה מדגיש בית המשפט כי אמנם לא נכנס הוא לנעלי המפקד הצבאי אולם בכך **אינו** מוותר על בחינת סבירות החלטת המפקד [ראו, למשל, בג"ץ **910/86 רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441, בעמ' 486-487]. ברם, לפי ניתוחו של קרצמר, רטוריקה שיפוטית זו אינה מתיישבת עם פעולתו המשפטית של בית המשפט בבואו לבחון את פעילות המפקד הצבאי בשטחים, שכן לגופו של עניין בית המשפט נמנע מלבחון את סבירות ההחלטות. ראו, לדוגמה: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 26, בעניין בג"ץ **1113/90 שוא נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פיקוד דרום**, פ"ד מד(4) 590, בעמ' 591. במקרה זה, כמו במקרים רבים אחרים בהם נמנע בית המשפט מלהחליף את שיקול הדעת של המפקד בזה שלו, רמז בית המשפט כי ייתכן שהתוצאה הראויה של איזון השיקולים הרלוונטיים שונה

המשפט לבחון, לפחות באופן כללי, את שיקול הדעת של הרשויות.[59] באותם מקרים בהם ניאות בית המשפט להתייחס לשיקול דעתה של הרשות כחלק מ"פסיקת השטחים", מוצאים אנו את האיזונים האופקי והאנכי – עמוד השדרה של דיני שיקול הדעת בישראל – מופעלים ישירות רק לעתים רחוקות.[60] לא זו אף זו, קיימת אמירה בפסיקה על פיה, לא רק שאין מקום לפרש את כללי המשפט הבינלאומי החלים בשטחים כיוצרים חזקה המטילה על המדינה נטלים שונים בבואה לפגוע בזכויות האדם, אלא שיש אפילו לפרש את כללי המשפט הבינלאומי ככללים שנועדו לפגוע בסמכותה הריבונית של המדינה פחות ככל האפשר.[61] כמובן, אין פסיקה מקבילה, הקובעת שאת כללי המשפט המנהלי החל בשטחי המדינה מכוח המשפט המקובל יש לפרש כך שיצֵרו עד המינימום את הגבלות חופש הפעולה של המדינה. מכל האמור עולה שגם בתחום שיקול הדעת החיל בית המשפט העליון דוקטרינות שונות בשטחים ובשטח הריבוני הרשמי של המדינה.

סוגיית כללי שיקול הדעת מעלה עניין נוסף. כללי האיזון של שיקול הדעת הנם למעשה חזקה פרשנית. לפי החזקה, יש לפרש את החיקוק המסמיך כך שעל הרשות להפעיל את סמכותה בהתאם לכללי שיקול הדעת המנהליים, אלא אם כן נאמר אחרת בחיקוק.[62] בהקשר זה עולה שאלה מעניינת, המשליכה הן על היחס השיפוטי כלפי השטחים והן על שאלות מתחום תורת המשפט: מהו היחס הראוי בין דיני פרשנות במשפט הישראלי ובין דיני פרשנות במשפט הבינלאומי כפי שהם מיושמים על ידי בית המשפט הישראלי?[63]

מהתוצאה אליה הגיע המפקד הצבאי, או כלשונו: ..."על המשיב [המפקד הצבאי – א"ר] לשקול פריודית מחדש את הצורך בהטלת הצווים האמורים, תוך מודעות לקושי הנגרם בעטיים לאוכלוסיה, במטרה לבחון אם ומתי ניתן לוותר על אמצעי זה או לפחות להקל יותר בהפעלתו" (שם, שם).

59. בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421, בעמ' 441-443; בג"ץ 953/89 **אינדור נ' ראש עיריית ירושלים**, מה(4) 683, בעמ' 692-693; בג"ץ 869/92 **זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש־עשרה**, פ"ד מו(2) 692, בעמ' 702-703.

60. עם זאת, באחרונה אנו עדים לנטייה של בית המשפט להחיל על פעולות הרשויות בשטחים את נוסחאות האיזון, ובכלל זה את דרישת המידתיות, אשר ניתן לראות בה רכיב באיזון האנכי. ראו בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז**, פ"ד נח(3) 443, בעמ' 460-469; בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, נח(5) 807 (להלן: פסק הדין בעניין **גדר ההפרדה**), בעמ' 836-841, 846-861; בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5) 385 (להלן: פסק הדין בעניין **הלחימה ברפיח**), בעמ' 393; בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון** (טרם פורסם), פסקאות 11-20.

61. בג"ץ **אל עפו** (לעיל, הערה 13), בעמ' 21.

62. בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עירית תל־אביב־יפו**, פ"ד מב(2) 309, בעמ' 324-326, 328-331.

63. הכוונה היא ל**תחולה ישירה** של מקורות כללי הפרשנות הללו, וזאת בשונה מ**השפעה פרשנית**. זה כבר קיימת במשפט בישראלי חזקה, לפיה יש לפרש חוקים ככל הניתן כך

אמנם כללי פרשנות אמנות מסודרים באמנת האמנות,[64] אך קיימות מדינות אשר אינן חתומות על אמנה זו,[65] ועל כל פנים גם את האמנה הזו, ובכלל זה את סעיפי הפרשנות, יש לפרש.[66] זאת ועוד, כללי המשפט הבינלאומי אינם מתמצים בסעיפי אמנות, וכוללים גם דוקטרינות כלליות וכללים מנהגיים. האם יש לתת עדיפות למשמעות הטבעית של כללי

שיגשימו את המשפט הבינלאומי ולא ינגדו אותו. חזקה זו אינה קובעת תחולה ישירה של המשפט הבינלאומי, אלא השפעה או "השראה" לפירוש החוק **הישראלי**. ראו ע"א 522/70 **אלקוטוב נ' שאחין**, פ"ד כה(2) 77, בעמ' 80-81; ברק (לעיל, הערה 53), בעמ' 575; לפידות (לעיל, הערה 26), בעמ' 810-812; ע"פ **שטיינברג** (לעיל, הערה 27), בעמ' 1065-1066; בג"ץ 279/51 **אמסטרדם נ' שר האוצר**, פ"ד ו 945, בעמ' 966; דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הבטחון**, פ"ד נד(1) 721, בעמ' 742-743.

64. סעיפים 26-38 לאמנת **האמנות** (לעיל, הערה 27). לתרגום האמנה ראו זהרי ורוזן (לעיל, הערה 27). בעניין זה ראו גם: Samuel B. Crandall, *Treaties, Their Making and Enforcement* (William S Hein & Co., 2002), 117-231; Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 1973), 69-76; יורם דינשטיין, **אמנות בינלאומיות** (שוקן, תשל"ד), 131-151; Lord Arnold Dunkan McNair, *The Law of Treaties* (Oxford University Pess, 1961), 424-431; Paul Reuter, *Introduction to the Law of Treaties* (Kegan Paul International, 1955), 96.

65. ההסדרים בדבר תחולת אמנות על צדדים שאינם חתומים עליהן קבועים אף הם באמנת האמנות. במדינה כמו ישראל, אשר איננה חתומה על אמנה זו, התוצאה עלולה להיות מעגל שוטה, כיוון שכדי לבחון אם הוראות אלה חלות יש לפנות לאותן ההוראות גופא. לא זו הדרך בה הלך בית המשפט העליון. בית המשפט קבע כי אמנה זו **אינה חלה** בארץ, והשתמש בה לצורכי השוואה בלבד. ראו בג"ץ **אל עפו** (לעיל, הערה 13), בעמ' 15-21; ב"ש (י-ם) 1545/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"מ תשנ"ח(2) 145, בעמ' 216. בעניין כללי האמנה בדבר תחולת אמנות על צדדים שאינם חתומים עליהן ראו: Reuter (לעיל, הערה 64), בעמ' 101-129; Sinclair (לעיל, הערה 64), בעמ' 76-79; Danilenko (לעיל, הערה 24), בעמ' 58-68. קיימת גם עמדה לפיה האמנה, לפחות בחלקה, משקפת את כללי המשפט הבינלאומי המנהגי. ראו יורם דינשטיין, "גירושים משטחים מוחזקים – (בג"צ 785/87, 845/87, 27/88, ע/עפו, ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, ואח')", **עיוני משפט** יג (תשמ"ח) 403, בעמ' 405-406; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory – Advisory Opinion, I. C. J. Reports* (July 2004) (להלן: חוות דעת ה-I. C. J. בעניין **גדר ההפרדה**), סעיף 94 לדעת הרוב: [URL: http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm]; טליה איינהורן, "תפקיד בתי המשפט בישראל בקידום הסחר החופשי – מבט באספקלריה של הסכם הסחר החופשי בין ישראל לקהילייה האירופית", **מחקרי משפט** יב (תשנ"ה) 165, בעמ' 213.

66. Danilenko (לעיל, הערה 24), בעמ' 95; בג"ץ 47/83 **תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על ההגבלים העסקיים**, פ"ד לט(1) 169, בעמ' 176. ראו גם אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ראשון: **תורת הפרשנות הכללית**, נבו, תשנ"ב), 52-53.

המשפט הבינלאומי כפי שנוסחו באמנות, או שאולי יש לבכר את הפרשנות שניתנה להם בפסיקה של אורגנים שיפוטיים מעבר לים – בין אורגנים מדינתיים ובין בינלאומיים?[67] האם יש לתת עדיפות לכוונה הסובייקטיבית של מנסחי כללים אלו, או שמא יש להעדיף את תכליתו האובייקטיבית של הכלל, כפי שזו מובנת כאן ועכשיו? ואם נעדיף את התכלית האובייקטיבית האחרונה, כיצד יש להתייחס ל"עובדות החברתיות" המעניקות משמעות קונקרטית לתכלית זו?[68] שאלות נכבדות אלו טרם זכו להתייחסות שלמה בפסיקה הישראלית. מטבע הדברים, הן חורגות מהמסגרת הממוקדת של הספר, אך בבואנו להעריך כל הכרעה שיפוטית – בין של בית המשפט העליון הישראלי בין של אורגן שיפוטי אחר, כגון בית המשפט העליון בהאג (ויחסו לפסיקת בית המשפט העליון בישראל), אין מנוס מהתייחסות גם לשאלה זו.

אם כן, עולה כי בתחום **הסמכות** ובתחום **שיקול הדעת** לא הפעיל בית המשפט שיניים של ממש כלפי הרשויות בשטחים. תמונה שונה מתגלה בתחום **ההליך**. אכן, הספר מראה שאת עיקר מאמציו הפנה בית המשפט לפיתוח מערכת הגנות החולשת על פרוצדורת קבלת ההחלטות.[69] בית המשפט התמקד בפיתוח ההגנות בדבר זכות הטיעון,[70] ובדרישה כי הרשויות תוכלנה להציג לפני בית המשפט תשתית עובדתית לביסוס החלטתה.[71] אמנם זוהי תרומה חשובה לפיקוח על השלטון הצבאי, אך הגנה זו אינה מבטיחה בהכרח, לפחות לא באופן עקבי, כי התשתית הראייתית שבידי הרשות אכן שלמה, כי החלטת הרשות על בסיס תשתית זו הנה סבירה (או לפחות במתחם הסבירות), כי הנימוק המוצהר אכן היה הנימוק

---

67. ראו לעיל, הערה 64.

68. בישראל מחזיקים משפטנים ושופטים רבים בשיטת הפרשנות התכליתית, הבוחנת את החקיקה לפי תכליתה האובייקטיבית, היינו, בין היתר, לאור השינויים וההתפתחויות שחלו מאז החקיקה ולפי המצב העובדתי־חברתי הנוכחי. לפי גישה זו, בית המשפט נדרש תחילה לזהות "העובדות חברתיות" אלו. הצורך בהתייחסות אליהן מעלה שתי שאלות. **האחת**: כיצד יקבע בית המשפט מהן העובדות החברתיות הללו? האם יאמץ את גישת הצבא או את גישת העותרים? מה נטל ההוכחה של עובדות אלו ועל מי הוא מוטל? השאלה **השנייה**: משווהו העובדות החברתיות, מהו פירוש החקיקה הנכון לאורן? אילו תכליות יש להעדיף, את אלו העולות מעובדות חברתיות המשחקות לטובת העותרים, או אלו התומכות בעמדתו של הצבא? לשיטת הפרשנות התכליתית והדיון בעובדות חברתיות ראו ברק (לעיל, הערה 53), בעמ' 407-410. בעניין פרשנות המשפט הבינלאומי המנהגי לאור ה"עובדות החברתיות" ראו **גם**: Antonio Cassese, "Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources", *International Law and the Administration of Occupied Territories: Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip* (Emma Playfair – ed., Clarendon Press, 1992) 419, pp. 423-427.

69. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 132-133, 135, 188-189.

70. שם, בעמ' 172-181, 188-189.

71. ראו, למשל, שם, בעמ' 132-133.

הדומיננטי שהוביל את החלטת הרשות,[72] וכי השלכת ההחלטה על זכויות האדם המהותיות מידתית. לפיכך הגנת ההליך שפותחה על ידי בית המשפט העליון אין בה, כשהיא לעצמה, כדי להביא, על פי רוב, לידי הגנה מספקת על העיקרים עליהם נועד המשפט המנהלי להגן.[73]

כאשר זו התמונה המצטיירת, ניתן להבין מדוע מגיע הספר לכלל מסקנה על פיה הביקורת השיפוטית על מעשי ישראל בשטחים הנה ביסודה כלי להצדקת הפעולות ולאו דווקא כלי אפקטיבי להגנה על זכויות אדם:[74] משמצא בית המשפט כי הרשות פעלה בהתאם ל**סמכותה** (הטכנית) ועמדה בכללי **ההליך** (הבסיסיים), ומכיוון שנמנע הוא מלהפעיל את הסטנדרטים המקובלים לביקורת שיפוטית לעניין הפעלת **שיקול הדעת**, נמצא בית המשפט מעניק לגיטימציה למעשה הרשות. אם אמנם כך, או אז היעדרה של ביקורת של ממש לעניין זכויות האדם או כללי הדין הבינלאומי שומטים את הקרקע תחת עקרון האיזונים והבלמים שבבסיס תיאוריה דמוקרטית מודרנית, ומציבים סימן שאלה על מידת מחויבותה של מדינת ישראל – או לכל הפחות של הרשות השופטת במדינת ישראל – לדין הבינלאומי בשלמותו, ככל שדין זה מכיל הגנה מהותית על זכויות האדם.

למען הסר ספק, קרצמר אינו מטיל ספק במחויבותם של השופטים להגן על זכויות אדם, ואינו טוען כי לִבם של השופטים גם בזכויות האדם של תושבי השטחים. הוא מקפיד למקם את הכרעותיו של בית המשפט במארג הסיכונים והסיכויים עמו נדרש האורגן השיפוטי להתמודד. בעיקר הדברים אמורים בכל הקשור להגנה על ביטחון מדינת ישראל ותושביה, תחום בו החלטה של בית המשפט להגן על זכויות אדם עלולה להגביל את פעולתן של זרועות הביטחון ובסופו של דבר להסיט, לפחות בתודעת הציבור, את האחריות לכישלונות

---

72. לו היה מעוניין בכך, הוכיח בית המשפט בעבר כי יש לו שיטות המסייעות לזהות את השיקול הדומיננטי האמיתי העומד ביסוד החלטת הרשות. בית המשפט יכול לבקש לידיו את הקריטריונים לפיהם פעלה הרשות ולבחון אותם. הוא יכול להשוות אותם להחלטות הסופיות שיושמו. הוא יכול לפסול אותם אם נראה לו שהם עמומים מדי ומשמשים להסתרת השיקול האמיתי. כך עשתה, למשל, השופטת נאור בבג"ץ 5325/01 **עמותת ל.ב.ן. לקידום בדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון** נח(5) 79. בנוסף, יכול בית המשפט לבחון את ההליך שקדם להחלטה, לרבות הפרוטוקולים של הרשות, כדי לגלות מה השיקולים האמיתיים שעמדו בראש מעייניהם של פקידיה. כך עשה, למשל, השופט חשין בבג"ץ 1842/92 **בלויגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, פ"ד מו(3) 423, בעמ' 433. על דרישת הקשר הרציונלי בין המטרה לאמצעי, ואמצעים "רחבים" או "צרים" מדי, ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן, "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003", **משפט וממשל** ח (בחוברת זו).

73. ישנם כמובן מקרים בהם בחן בית המשפט את שאלת סבירות שיקול הדעת. ראו, לדוגמה, בג"ץ 660/88 **אגודת "אינש אל-אוסרא" נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד מג(3) 673. כאמור, קרצמר מראה שאלו אינם אלא החריגים המעידים על הכלל.

74. לעיל, הערות 10-11.

אפשריים לכתפי בית המשפט.[75] תרחיש שכזה, שבו רב הסיכון ל"הון המוסדי" של בית המשפט,[76] מגביל את יכולתם של השופטים להגן באופן יעיל על זכויות הפרט בשטחים.[77] לכך יש להוסיף גורמים נוספים, הייחודיים לקונטקסט הישראלי. השופטים בישראל, כפי שמציין קרצמר, אינם מנותקים מההיסטוריה שהובילה להקמת המדינה ומהסיכון למולו ניצבה עם הקמתה ובאופן בולט ב-1967 (ובמידה לא מבוטלת גם ב-1973). השופטים אינם מנותקים מהקשר שבין השואה לתקומה: מדינת ישראל היא מדינתו היחידה של העם היהודי, ובית המשפט בישראל יתקשה לעמוד מנגד בראותו סיכון לקיום המדינה, ובכלל זה לקיום המדינה כמדינתו של העם היהודי. בסופו של יום, בתי המשפט הנם בתי משפט ישראליים, וככל שמדובר בעתירות הנתפסות כחלק ממאבק במדינת ישראל, כך יתקשו

---

75. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 119, 189. דברים דומים נשמעו מפי שופטי בית המשפט העליון עצמם. ראו, למשל, אלכסנדר (סנדי) קדר, פנינה אלון, עידן לרון וענת רום, "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר", **דין ודברים** א (תשס"ה) 15, בעמ' 54-55.

76. מחקר שנערך בנושא מגלה כי התמיכה הרבה לה זוכה בית המשפט בקרב הציבור הישראלי ברוב הנושאים, מידרדרת בתלילות כאשר מדובר בביקורת שיפוטית על המוסדות הביטחוניים. הפסיקות המבקרות את רשויות הביטחון הן הפסיקות בעלות שיעור התמיכה הנמוך ביותר בקרב הציבור הישראלי. רק כשליש מהציבור מוכן כי בית המשפט העליון יחיל את מרותו השיפוטית על רשויות הביטחון ויפסוק נגדן, כאשר האחרונות טוענות כי החלטתן נובעת מהצורך לסכל סכנה לביטחון. מגמה זו מאפיינת את כל מגזרי הציבור היהודי בלי קשר לעמדתם הפוליטית. ראו ברזילי, יער־יוכטמן וסגל (לעיל, הערה 19), בעמ' 100-101, 181.

77. דוגמה מעניינת היא פסק הדין בענין **העינויים** (לעיל, הערה 16). בענין זה אמנם נשען בית המשפט על עילת הסמכות, אך עילה זו הופעלה מכוח החזקה שנדרשת הסמכה מפורשת לצורך פגיעה בזכויות אדם, ובית המשפט הבהיר שמדובר בפגיעה חמורה בזכויות אדם מוגנות. כן עולה מן הפסיקה שקיים קושי עם מידתיות האמצעים. קרצמר טוען שלא במקרה חש בית המשפט בטוח דיו לפסוק כפי שפסק. בשונה מיתר הנושאים הנבחנים, החקירות מבוצעות על אדמת המדינה הריבונית. הדין החל הוא המשפט הישראלי בלבד, בלא כל צורך לפנות למשפט ירדני, למשפט בריטי או למשפט בינלאומי. כיוון שכך, יכול בית המשפט לפעול ביתר חופשיות, משום שהוא מפעיל נורמות שקבעה הכנסת. האחריות לפגיעה אפשרית בביטחון תיפול, אם כך, על המחוקק ולא על בית המשפט [Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 142-143]. טענה זו מתחזקת לנוכח העובדה שבית המשפט חזר והדגיש בפסק הדין כי החוק מחייבו לפסוק כפי שפסק, בניגוד לנטיית לבם האישית של השופטים (פסק הדין בענין **העינויים**, בעמ' 845-846), וכי הכנסת יכולה לחוקק בכל עת חקיקה המשנה את המצב המשפטי (שם, בעמ' 847). ראו גם: Amnon Reichman and Tsvi Kahana, "Israel and the Recognition of Torture: Domestic and International Aspects", *Torture as Tort – Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (Craig Scott – ed., Hart, 2001) 631, pp. 633-638; עמנואל גרוס, **מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים** (נבו, תשס"ד), 191-202; יונתן יובל, "צדק נרטיבי", **מחקרי משפט** יח (תשס"ב) 283, בעמ' 320-322.

שופטים ישראלים לשעות לעתירות שכאלה.[78] לא כל שכן כאשר ציבור לא מבוטל בישראל אינו בטוח בכך שהשטחים הם אכן שטח כבוש, ושתושביו, העוינים בעיני רבים את מדינת ישראל, אכן זכאים ליחס לו זכאים תושבים תמימים הנתונים לכיבוש.[79]

קרצמר מבין את הקשיים הרובצים לפתחו של בית המשפט, אך איננו מסתפק בהבנה זו. הוא אינו מוכן לראות קשיים אלו כמצדיקים הפרת כללי המשפט הבינלאומי, ובכלל זה מתן הגנה פחותה לזכויות האדם בשטחים. לשיטתו, היו בנמצא בחירות פרשניות שיכלו להביא לידי הגנה טובה יותר על זכויות האדם. בעיקר אמורים הדברים בהטלת נטל ראייתי על שכם שלטונות הצבא והמנהל האזרחי במקרים בהם פוגעות פעולותיו בזכויות הפרט, במקרים בהם פעולות הממשל הצבאי נועדו לשרת את האינטרס של מדינת ישראל על חשבון האינטרס של תושבי השטחים ובמקרים בהם לפעולות הרשויות תוצאה ארוכת טווח המבססת משטר קבע.[80] במקרים אלו קיים חשש כי הממשל הצבאי חורג ממסגרת הנאמנות העומדת בבסיס התפיסה הלוחמתית – תפיסה שהיא בעיקרה זמנית ותכליתה להגן על המדינה הכובשת עד השגת הסכם בלי לפגוע בזכויות ובאינטרסים של תושבי השטח הכבוש. לפיכך על בית המשפט לוודא כי בידי הרשות להרים את הנטל כי אכן תכלית הפעולה לגיטימית, היינו שהשיקול הדומיננטי שהוביל לשימוש באמצעי שנבחר הוא **שיקול לגיטימי** וכי הפגיעה הנלווית לשימוש באמצעי היא **מידתית**. ניתן לשער כי העברת נטל הראיה תואיל גם לעניין **התשתית העובדתית**, כיוון שהרשות תצטרך לחשוף לפחות חלק מהמידע שבידיה כדי להצדיק את החלטתה. בנוסף, אם נבטיח שפעולת הרשות מידתית, הרי באופן טבעי יקרין הדבר גם על **סבירות** ההחלטה.

לחילופין, אם נניח כי במצב הדברים הנוכחי פעל בית המשפט ככל שיכול היה בנסיבות הקיימות, כי המכשולים לפניהם הוא ניצב גבוהים מדי, וכי אף אימוץ כללי העברת נטל היה מעל לכוחו המוסדי, תוהה הספר שמא לא עדיף היה לו נמנע מלכתחילה בית המשפט מלפתוח את דלתותיו לביקורת שיפוטית. משפרש חסותו על פעולות השלטון בשטחים, ומשבחר להגן על הונו המוסדי ולא לאכוף את כללי המשפט הבינלאומי במלואם, מעלה הספר תהייה – מרומזת או מפורשת – שמא אין לראות בבית המשפט הישראלי חלק ממנגנון הכיבוש, המעניק לגיטימציה לפעולות השלטון בלי להגן באופן אמיתי על זכויות

78. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 118-119, 193-196. בעניין זה, דפנה ברק־ארז טוענת כי הזדהותו של בית המשפט העליון עם האתוס הציוני והנרטיבים הציוניים היא מקור כוחו בחברה הישראלית. בית המשפט נהנה מאמון הציבור בשל ההתאמה הבסיסית שקיימת בין האידאולוגיה והשקפת העולם של השופטים ובין האידאולוגיה והשקפת העולם של הציבור הרחב. ראו דפנה ברק־ארז, **משפטי מפתח – ציוני דרך בבית המשפט העליון** (משרד הביטחון, תשס"ג), 128-129. ראו גם ברזילי, יער־יוכטמן וסגל (לעיל, הערה 19), בעמ' 199.

79. גד ברזילי, **דמוקרטיה במלחמות: מחלוקת וקונסנזוס בישראל** (ספרית פועלים, 1992), 269-274. לנתונים היכולים לבסס חלקית טענה זו, ראו גם ברזילי, יער־יוכטמן וסגל (לעיל, הערה 19), בעמ' 98-99.

80. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 161-162.

הפלסטינים ועל האינטרסים שלהם. אם אמנם כך, שואל הספר, האם בטווח הארוך לא טוב היה לכולם – לפלסטינים, לבית המשפט ולישראלים – לו היה בית המשפט מדיר רגליו מכול וכול מביקורת על מעשי הרשות בשטחים? שאלה זו מותיר המחבר לקוראיו,[81] ואף אני לא אעסוק בה, ולו משום שאפשרות זו אינה פתוחה לפנינו כיום יותר מאפשרויות אחרות הכרוכות בחזרה בזמן. עם זאת יצוין שהחלטה שכזו – שלא להעביר כלל את מעשי ישראל בשטחים תחת שבט ביקורתו של בית משפט ישראלי – מצויה במתח עמוק עם המגמה הבסיסית של בית המשפט בישראל, לפיה ביקורת שיפוטית היא מרכיב מרכזי במנגנוני השמירה על שלטון החוק. החלטה להעניק למעשי ממשל כלשהם – משום שהתבצעו בשטח מסוים, או על ידי גוף מסוים, או כלפי נמען מסוים – חסינות מוחלטת מביקורת שיפוטית משולה, לפחות לפי משנתם של חלק משופטי ישראל, למעילה בתפקידם המוסדי לפעול לביצור שלטון החוק.[82] לפיכך עם כל הביקורת שנמתחה על האופן שבו פירש ויישם בית המשפט העליון את הדין הבינלאומי (והישראלי) בשטחים, סביר שיקשה, לפחות מבחינה מצפונית, על שופטים הדוגלים באסכולה המקובלת בבית המשפט העליון להסיר ידיהם לחלוטין מהנושא ולספוג את הביקורת שצפוי שתציג צעד שכזה כהתחמקות וכהפקרת זכויות האדם. לשיטת קרצמר, מחיר זה שעלול בית המשפט לשלם הנו מחיר מוסדי שיש להביא בחשבון טרם אימוץ הצעתו ההיפותטית.

לסיכום פרק זה, נראה כי בית המשפט טרם הגיע לכדי דיון ממצה בתחומים של סמכות הרשויות (ובכלל זה סמכותו שלו) על פי המשפט הבינלאומי, נמנע מלהחיל כללי סמכות וכללי הפעלת שיקול דעת אשר מופעלים במשפט המקומי והתרכז בפיתוח הגנות פרוצדורליות, שאף הן חלקיות בלבד. נושאים אלו מעלים שאלות דוקטרינריות כלליות שטרם זכו לליבון. אחת מהן היא שאלת מקור הסמכות של המשפט הבינלאומי לחול על הרשויות הישראליות בשטחים. שאלה שנייה עוסקת בצורת התיווך בין כללי הסמכות במשפט המדינתי ובין בסיס הסמכות במשפט הבינלאומי. שאלה שלישית היא מה היחס הראוי בין דיני פרשנות של המשפט הבינלאומי ובין אלו של המשפט הישראלי. מכל מקום קרצמר רומז כי לאור פעילותו השיפוטית של בית המשפט, ייתכן שעדיף היה, גם לבית המשפט עצמו, לו נמנע מלעסוק בנושאים אלה. ספק בעיניי אם מצפונם של שופטי בית

---

81. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 198.

82. ראו, למשל, בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נז(6) 817, בעמ' 834-836; בג"ץ 403/71 **אלכורדי נ'בית־הדין הארצי לעבודה**, פ"ד כו(2) 66, בעמ' 72; בג"ץ **חוגים לאומיים** (לעיל, הערה 38), בעמ' 172. ראו גם רונן פוליאק, שלומי וינברג ואילן יונס, "ברק בפקולטה", **הפקולטה – בטאון הסטודנטים ובוגרי הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית** ג (2003) 4, בעמ' 7. לתגובה ישירה של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק על טענתו של קרצמר, כי ייתכן שהיה רצוי שבית המשפט יימנע מלדון בעתירות הנוגעות לשטחים, ראו: Aharon Barak, "The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism", 58 *U. Miami L. Rev.* (2003) 125, pp. 139-140.

המשפט העליון היה מתיר להם לבצע צעד שכזה. בחשבון כולל, לא ברור שנעדיף להתיר לשופטים להותיר את מצפונם מחוץ למשפט.[83]

ג. דיני כיבוש: תחולה, אכיפה והנמקה משפטית

1. על תחולת אמנת ג'נבה הרביעית

כעניין שבדין, הספר מאיר כמה נקודות חשובות. לפחות עד פסיקתו האחרונה של בית הדין הבינלאומי בהאג בעניין גדר ההפרדה, טענה ישראל באופן רשמי לאי־תחולת אמנת ג'נבה הרביעית על השטחים.[84] הספר מראה כי עמדה זו בעייתית הן מבחינת לשון המשפט הבינלאומי והן מבחינת התכליות העומדות ביסודו.[85]

טענתה של ישראל על פיה אין מדובר בשטחים שנכבשו מריבון החתום על האמנה – ולכן היא אינה חלה עליהם לפי סעיף 2 לאמנה – מעלה לפחות שני קשיים. **ראשית**, טענה זו בעייתית בשל חוסר עקביות בתורת הפרשנות. טענתה של ישראל באה מבית מדרשה של תורת הפרשנות המילולית־קיצונית, הנשענת על העובדה כי האמנה חלה רק בין הצדדים החתומים לה, ואילו הפלסטינים אינם צד חתום.[86] לו היה בית המשפט עקבי

---

83. אינני קורא לאמץ את הגישה על פיה על השופטים לפסוק על פי תחושת הצדק ולא על פי דין (השוו לדנ"א 2401/95 ר' **נחמני נ' ד' נחמני**, פ"ד נ(4) 661, 739-740; בג"ץ 3511/02 **עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות**, פ"ד נז(2) 102, בעמ' 106-107; אריאל בנדור, "ארבע מהפכות חוקתיות?", **משפט וממשל** ו (תשס"ג) 305, בעמ' 309-310; נויה רימלט, "בית–המשפט העליון: בין דין לצדק", **משפט וממשל** ו (תשס"ג) 311, בעמ' 311). טענתי היא כי בסופו של דבר נאמנותם של השופטים לשלטון החוק במובנו העמוק היא נאמנות מוסרית, הנשענת על מצפונם של השופטים. השוו לגד טדסקי, "קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן", **מסות במשפט** (גד טדסקי – עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ח) 1, בעמ' 23-24.

84. Theodor Meron, "West Bank and Gaza: Human Rights and Humanitarian Law in the Period of Transition", 9 *Israel Y. B. Human Rights* (1979) 106, p. 109, fn. 6; Meir Shamgar, "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage", *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980: The Legal Aspects* (Volume I, Meir Shamgar – ed., The Harry Sacher Institue for Legislative Research and Comparative law, 1982) 13, pp. 31-43.

85. לסיבות נוספות, המבוססות על כוונת יוצרי האמנה ועל תכליתה האובייקטיבית, ראו: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 34.

86. הטענה הישראלית מבוססת רק על המילים "Contracting Party" בפסקה השנייה של סעיף 2 לאמנת **ג'נבה** הרביעית (לעיל, הערה 4) בהתעלם הן מ**כוונת המחברים** בַּאמנה ובַפסקה והן מ**התכלית האובייקטיבית** של הפסקה בפרט ושל האמנה בכלל. ראו: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 34; Kathleen A. Cavanaugh, " Selective Justice: The Case of Israel and the Occupied Territories", 26 *Fordham Int'l L. J.* (2003) 934, pp. 944-945; Meron (לעיל,

היה עליו לאמץ פרשנות מילולית־קיצונית גם לשאלות אחרות הקשורות בדין הבינלאומי. ברם, בית המשפט לא פעל כך.[87] בסוגיית הגירוש, לדוגמה, נקט בית המשפט גישה א־מילולית בעליל, גישה שהובילה אותו להתעלם מן האיסור המפורש לגרש יחידים.[88] כידוע,

---

הערה 84), שם; אמנון רובינשטיין, "מעמדם המשתנה של ה"שטחים": מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי", **עיוני משפט** יא (תשמ"ו) 439, בעמ' 443-445; Stephen M. Boyd, "The Applicability of International Law to the Occupied Territories", 1 *Israel Y. B. Human Rights* (1971) 258; Adam Roberts, "What is a Military Occupation?" 55 *Brit. Y. B. Int'l L.* (1984) 249, pp. 281-283; Richard A. Falk and Burns H. Weston, "The Relevance of International Law to Palestinian Rights in the West Bank and Gaza: In Legal Defense of the Intifada", 32 *Harvard Int. L. J.* (1991) 129, pp. 138-144; Benham Dayanim, "The Israeli Supreme Court and the Deportations of Palestinians: The Interaction of Law and Legitimacy", 30 *Stan. J. Int'l. L.* (1994) 115, pp. 143-150; I. C. J.-**חוות דעת ה**; **בעניין גדר ההפרדה** (לעיל, הערה 65), סעיף 95 לדעת הרוב. לביקורת אחרת על פרשנות זו ראו יורם דינשטיין, "התנחלויות וגירושים בשטחים המוחזקים", **עיוני משפט** ז (תשל"ט) 188, בעמ' 189-190. למיפוי שיטות הפרשנות השונות ראו ברק (לעיל, הערה 66), בעמ' 135-152.

87. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 55-56. חשוב לציין כי נדמה שגם בעניין פרשנות הדין הבינלאומי מתגלה תחילת מגמה של בית המשפט "ליישר קו" עם תורת הפרשנות התכליתית הכללית שלו. שינוי זה ניכר לאחרונה בבג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 352 (להלן: בג"ץ **עג'ורי**). בפרשה זו ביסס בית המשפט, בראשונה בתולדותיו, את הכרעתו על ניתוח מעמיק של אמנת ג'נבה הרביעית, לאור תכליתה להיטיב עם האוכלוסייה המוגנת. ראו ארנה בן־נפתלי וקרן מיכאלי, "פרשת לך לך: בין אדם למקום – בעקבות בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית", **המשפט** ט (תשס"ד) 107, בעמ' 123-127.

88. כשבחן את סעיף 49 לאמנת **ג'נבה** הרביעית (לעיל, הערה 4), קבע בית המשפט באופן ברור וחד משמעי, לאחר התבססות על מקורות רבים, כי בפרשנות אמנות בינלאומיות יש להימנע מפרשנות מילולית, ולבכר את המטרה החקיקתית. בג"ץ **אל עפו** (לעיל, הערה 13), בעמ' 21-12, 29-31. לפי קריאה מילולית פשוטה, סעיף 49 לאמנת **ג'נבה** הרביעית (לעיל, הערה 4) אוסר כל גירוש באשר הוא. בית המשפט סירב לקבל גישה זו, וקבע כי "...אין לראות באמור בסעיף 49 [לאמנת ג'נבה הרביעית – א"ר] אלא התייחסות לגירושים השרירותיים של **קבוצות אזרחים**, כפי שהדבר בוצע בזמן מלחמת העולם השנייה, למטרות שיעבוד, השמדה וטעמים אכזריים דומים" (ההדגשה שלי – א"ר) שם, בעמ' 31. בית המשפט מנמק קביעה זו בכך שפרשנות מילולית קיצונית לסעיף 49 תוביל לתוצאה אבסורדית, על פיה לא ניתן לגרש גם מסתנן בלתי חוקי. יש לציין כי גישה זו אינה נקייה מספקות, שכן קיימת פרשנות מילולית אחרת לסעיף זה, שאינה לוקה בקשיים שייחס בית המשפט לפרשנות המילולית כנימוק לדחייתה. לפי פרשנות אחרת זו, מסתנן בלתי חוקי אינו בגדר "Protected Person" שרק את גירושו אוסר סעיף 49. במילים אחרות, גישה פרשנית עקבית לסעיף 49 בשלמותו אינה תומכת בפרשנותו של בית המשפט. ראו את דעת המיעוט של השופט בך שם, בעמ' 76;

ברבות הימים מצא בית המשפט שסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, למרות לשונו הברורה, אינו אוסר לגרש פרטים, ובכלל זה מתיר גירוש קבוצה של 415 פרטים.[89] אם אמנם תורת הפרשנות אותה נוקט השופט איננה אחידה ועקבית נתקשה להתמודד עם החשש ממניפולטיביות שיפוטית,[90] ונימצא חותרים תחת הרעיון של שלטון החוק.

שנית, לא ברור כי הטענה הישראלית עומדת אף אם נקבל את התיזה הגורסת שהאמנה חלה רק בין החותמים עליה. השופט קווימנס (Kooijmans) בחוות דעתו, שניתנה לא מכבר כחלק מחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג בעניין גדר ההפרדה, מראה כי אפילו היה מעשה התפיסה – הכיבוש – הירדני בלתי חוקי, הרי ירדן טענה לריבונות בשטחים ואף נקטה בהם מעשה ריבונות ושלטה בהם באופן אפקטיבי, ולפיכך הכיבוש הישראלי, לצורך העניין, מגדיר את השטחים שתפסה ישראל ב-1967 כשטחים כבושים לעניין האמנה.[91] במילים אחרות – הגדרת השטח כשטח כבוש אינה מותנית בכך שהמדינה שממנה נתפש השטח הייתה ריבון חוקי או מוכר בו. כדי להגדיר שטח כשטח כבוש לפי האמנה, די בכך שהוא נכבש ממדינה שהעלתה טענת ריבונות הנסמכת על שלטון אפקטיבי בשטח. ירדן, כידוע, חתומה על האמנה.[92] לחילופין ניתן לומר שירדן היא עצמה הכוח הכובש, אשר הוביל להחלת אמנת ג'נבה הרביעית בשטחים עוד ב-1949 (או לכל הפחות עם חתימת ירדן על האמנה), תחולה הנמשכת עד עצם היום הזה, משום שהשטחים לא שינו ממעמדם כשטח כבוש במשפט הבינלאומי כשעברו מתפיסה ירדנית לתפיסה ישראלית בעקבות מלחמת ששת הימים.[93] לפיכך אפילו מבחינה פורמלית, טענתה של ישראל לאי־תחולה קשה, גם אם נניח שמדובר בשטח הנתון במחלוקת אשר אין לו ריבון מוסכם.[94]

Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 49; דינשטיין (לעיל, הערה 65), בעמ' 405-414. לעומת זאת ראו גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 370-379.

89. בג"ץ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(1) 267. יש לציין, כי בית המשפט לא דן כלל בסעיף 49 לאמנת **ג'נבה** הרביעית (לעיל, הערה 4), והזכיר אותו רק בטענות העותרים (שם, בעמ' 280). הימנעותו של בית המשפט נובעת, כנראה, מכך שלאור הפרשנות המצמצמת שניתנה לסעיף זה, די בקביעת בית המשפט כי 415 המבוקשים גורשו מטעמים אינדיווידואליים (שם, בעמ' 281-282) כדי לשמוט את הקרקע תחת הטענה שהגירוש מנוגד לסעיף 49 לאמנה. להתייחסות שונה להתעלמות זו, ראו נתן לרנר, "גירושים מהשטחים והמשפט הבינלאומי", **פלילים** ד (תשנ"ד) 39, בעמ' 39.

90. ברק (לעיל, הערה 66), בעמ' 55-56.

91. חוות דעת ה-I. C. J. בעניין **גדר ההפרדה** (לעיל, הערה 65), בסעיף 9 לפסק דינו של השופט Kooijmans.

92. בתאריך 29.5.1951 התקבלה במשרד החוץ השווייצי הודעת ירדן על הצטרפות לאמנת **ג'נבה** הרביעית (לעיל, הערה 4). למסמך הרשמי ראו: [URL: http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/party_gc].

93. ער אני לבעיית הזמנים הטמונה בטענה זו. ירדן כבשה את השטחים בשנת 1948, טרם כניסתה של האמנה לתוקף. קשה לטעון כי בזמן כניסתה שיקפה האמנה דין מנהגי. הדין ההסכמי שהיה בתוקף (האמנות הקודמות) לא כללו הגנה מפורשת על אזרחים בשעת מלחמה. להתפתחות

כפי שקרצמר מזכיר, בית המשפט לא היה צריך לפסוק בשאלת תחולת האמנה – ולפיכך לא היה צריך לפסוק בעניין פרשנות סעיף 49 לאותה אמנה – אם אכן סבר כי אמנת ג'נבה הרביעית היא הסכמית בלבד. הדרך הייתה פתוחה לפניו לקבוע כי אין בידו להחיל את האמנה כדין מחייב, כיוון שהיא אמנה הסכמית שלא נקלטה.[95] כך הוא הדבר, לפחות על פי הפירמידה הנורמטיבית המגדירה את חלוקת הכוחות והסמכויות במדינת ישראל, אשר מכוחה מוסמך האלוף לשלוט על שטח הנתון לשליטה אפקטיבית ישראלית. לפי פירמידה זו, לא ניתן להחיל אמנה הסכמית שנחתמה על ידי נציג הממשלה, כל עוד לא הפך אותה המחוקק לדין מחייב באמצעות חקיקה. עם זאת, מזכיר קרצמר כי הרציונל, העומד ביסוד הכלל שאין לקלוט אמנות הסכמיות בלא חקיקה, נשען על הצורך לשמור על הפרדת רשויות במשפט המקומי ולהגן על המדיניות הנקבעת בהליכי הבחירה הדמוקרטיים מפני התערבות הרשות המבצעת בחותמה על אמנות. רציונל זה איננו חל כשעסקינן באמנות המגנות על זכויות אדם, ותחולתן היא בשטח כבוש שתושביו אינם נהנים מבחירות דמוקרטיות. במצב זה, לא ברור מדוע חתימת הרשות המבצעת לא תחייב את הרשות המבצעת עצמה כרשות השולטת בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.[96] (זאת בהנחה, כמובן, שמחויבות זו של הממשלה

הדין באמנות הרלוונטיות ראו: Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 2003), 1054-1062. עם זאת, גם לפי הדין שהיה בתוקף לא ניתן היה לרכוש ריבונות באמצעות שימוש בכוח, ולפיכך מדובר היה בשטח כבוש. ניתן לראות בתפיסה לוחמתית מצב המתחדש מידי יום ביומו ולפיכך עם הצטרפותה של ירדן לאמנת ג'נבה הוחלה אמנה זו גם על שטח שנכבש לפני כניסת האמנה לתוקף ועדיין נתון במצב כיבוש.

94. כפי שהזכרתי (לעיל, הערות 29, 60 ו-87), מאז הוצאת הספר ניתן להבחין במספר שינויים בניתוח המשפטי של בית המשפט בעתירות העוסקות בשטחים. נדמה לי ששינוי נוסף כזה עומד להיקבע בקרוב, כאשר בית המשפט יחיל רשמית את אמנת ג'נבה הרביעית על השטחים. ניכר כי בית המשפט כבר החל בהכנת הקרקע לפסיקה זו, כאשר קבע פעמים מספר כי האמנה חלה בלי להתייחס לאופייה ההסכמי. לפני כשנתיים ביסס בראשונה בית המשפט העליון הכרעה שיפוטית הנוגעת לשטחים על ניתוח מעמיק של אמנת ג'נבה הרביעית, וקבע שהיא דין מחייב בלא התייחסות לאופייה ההסכמי. ראו בן־נפתלי ומיכאלי (לעיל, הערה 87), בעמ' 123. באחרונה, בפסק הדין בעניין **הלחימה ברפיח** (לעיל, הערה 60) שוב קבע בית המשפט: "הפעילות הלחימתית של הצבא ברפיח נשלטת, בכל הנוגע לתושבים המקומיים, על ידי **אמנת האג** [...] ואמנת ג'נבה בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949 (ה-Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 1949); להלן – אמנת ג'נבה הרביעית)." (ההדגשה במקור – **א"ר**) (שם, בעמ' 393). לכך יש גם להוסיף גם את הנחיית בית המשפט לצדדים בעתירה תלויה ועומדת, להגיש את עמדתם בדבר מערכת הדינים החלה על פי המשפט הבינלאומי (לעיל, הערה 29). אכן, נדמה לי כי כל הסימנים מצביעים על כך שבפסיקה זו יקבע בית המשפט באופן רשמי ומנומק, כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה על השטחים.

95. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 43.

96. טענה זו מבוססת על שלושה ראשים. **ראשית**, בשטח כבוש אין צורך להגן על מעמד הרשות

במישור הבינלאומי אינה סותרת משפט בינלאומי מנהגי קוגנטי, העומד בראש הפירמידה הנורמטיבית המגדירה את סמכותו של האלוף השולט בשטח הנתון לתפישה לוחמתית.)[97]

אם נאמץ את המתודולוגיה שבבסיס הספר, המתחשבת גם בהקשר המוסדי־פוליטי, נוכל להבין את רתיעתו של בית המשפט משתיקה בנוגע לתחולתה של האמנה על השטחים. בית המשפט הוא אורגן של מדינת ישראל, ולכן קשה לצפות משופטיו לפסוק באופן שמתעלם מהשלכות הפסיקה על מעמדה של מדינת ישראל במשפט הבינלאומי.

המחוקקת מפני התערבותה של הרשות המבצעת הבלתי נבחרת. הצורך הדמוקרטי להגן על הרשות המחוקקת נובע מכך שנבחרה על ידי העם, שהוא הריבון האמיתי, ולפיכך היא המוסמכת להביע את רצונו; צורך זה אינו חל כאשר הרשות המחוקקת אינה נבחרת על ידי תושבי המקום. **שנית**, לפי הדין הבינלאומי, הפרלמנט של המדינה הכובשת אינו בהכרח האורגן המוסמך להורות לממשלה כיצד לפעול בשטח כבוש, ולכן אין הכרח להגן על הפגיעה האפשרית בו. **שלישית**, קיימת טענה, לפיה הכלל האנגלי, הקובע שמשפט בינלאומי הסכמי לא ייאכף בלא אימוץ פרלמנטרי, אינו חל על אמנות שאינן משנות את זכויות הפרט במדינה הריבונית ואינן מצריכות שינוי במשפט המקומי, כגון אמנות של דיני מלחמה. ראו שם, בעמ' 41; דוד קרצמר, "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV – דרכו של בית־המשפט העליון", **משפטים** כו (תשנ"ה) 49, בעמ' 52-70. בגרמניה, למשל, אין צורך בהתערבות המחוקק כדי לאשרר אמנות הסכמיות, אלא אם כן מדובר באמנה המסדירה נושא שלפי המשפט הפנימי יש להסדירו בחקיקה ראשית. גם בצרפת אין צורך בדרך כלל באשרור המחוקק לאמנות, פרט למקרים מסויימים. בעניין זה ראו יפה זילברשץ, "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי", **משפט וממשל** ד (תשנ"ז) 47, בעמ' 85-92.

97. יצוין כי למרות חוזקתה, טענה זו איננה נקייה מספקות. הקושי נובע מכך שהטענה מבוססת על ההנחה שקיימת אחידות היררכית בתוך הרשות המבצעת. שר החוץ הישראלי, לפי הנחה זו, יכול לכבול את סמכותו ושיקול דעתו של האלוף, שכן שניהם נמצאים בדרגים שונים של אותה מערכת היררכית של הרשות המבצעת. ברם, הדבר איננו ברור מאליו. ייתכן כי הלכת עצמאות הרשות המנהלית חלה גם כאן (בג"צ 70/50 **מיכלין נ' שר־הבריאות**, פ"ד ד 319), ולכן שר החוץ הישראלי, המחייב את המדינה בחתימתו, אינו יכול לכבול את סמכותו ושיקול דעתו של אלוף, הרוכש סמכות ישירה מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי החל על שטח כבוש. יתר על כן, אם אמנם בסיס סמכותו של האלוף הוא עצמאי ונטוע בדין הבינלאומי, על הדבר להתבטא גם בדרך בה הוא מאזן את האינטרסים השונים בהחלטותיו. הוא איננו יכול להעדיף את האינטרסים של המדינה הכובשת על פני האינטרסים של השטח הכבוש כל עוד התפישה הלוחמתית נמשכת, אף שבמשפט הפנימי הוא כפוף להוראות הרמטכ"ל, שר הביטחון, ממשלת ישראל וכנסת ישראל. יתרה מזו, עליו גם לבחון באיזו מידה המחויבויות שקיבלה עליה מדינת ישראל עולות בקנה אחד עם דרישות הדין הבינלאומי המקנות לו את סמכותו. חובתו העליונה היא להגן על אזרחים, הן בשטח הכבוש והן בשטח המדינות השכנות, לרבות המדינה שאת מדיה הוא לובש. ואם הוא סבור כי חובתו זו תסוכל אם ימלא אחר הוראות סעיף כזה או אחר באמנה, ניתן לומר כי עליו להעדיף את הדין המנהגי הקוגנטי.

לא כל שכן כאשר המדינה עצמה מבקשת מבית המשפט לדון לגופו של עניין.[98] דומה כי לפחות חלק מהשופטים עשו ככל יכולתם להראות כי מדינת ישראל אכן עומדת בתנאי המשפט הבינלאומי, ככל הנראה מתוך תפישה שכללי המשפט הבינלאומי גמישים דיים כדי לאפשר גם לפרשנות המוצגת על ידי שופטי ישראל מקום במתחם הפרשנויות הסביר לדין הבינלאומי. דרך זו, ככל הנראה, נראתה עדיפה בעיניהם מהתעלמות מוחלטת מן הדין הבינלאומי, המותירה את השדה פרוץ לטענה כי למדינת ישראל אין עמדה סבירה בעניין כלשהו, ואפילו שופטיה לא סברו כי עמדה כזו קיימת, ולכן התעלמו מהכללים הרלוונטיים בדין הבינלאומי.

2. על גישת השופט לנדוי

מעניינת ביקורתו של קרצמר על גישתו הפרשנית של השופט לנדוי בדבר תחולת הדין הבינלאומי בשטחים, בדבר אכיפתו בבתי משפט ישראלים ובדבר פרשנות אמנת ג'נבה הרביעית. השופט לנדוי, כדרכו גם בסוגיות אחרות, מותיר רבות משאלות אלו בצריך עיון לעת מצוא, בלי לפסוק בהן.[99] לכאורה, גישה זו היא הגישה שגם קרצמר מבכר, שכן אינה מחייבת את בית המשפט להעניק לגיטימציה תוך פירוש מוקשה לדין הבינלאומי. עם זאת, קרצמר מוצא פגם בחוסר נכונותו של השופט לנדוי לפסוק כי מדובר בשטח כבוש, אשר לפיכך נתון למרותם של דיני הכיבוש הבינלאומיים המחייבים, בחלקם המנהגי, את בית המשפט הישראלי. קרצמר טוען כי מכיוון שהשופט לנדוי רואה בדין הבינלאומי החל על פעולות מפקד צבאי בשטח הנתון לשליטתו את מקור סמכותו של האלוף בצבא ההגנה לישראל לפעול בשטחים – ובכלל זה את המקור לכוחו לפעול באופן המגביל זכויות אדם – הוא למעשה קבע כי על השטח חלים דיני הכיבוש. לפיכך הטענה כי עניין זה הושאר בצריך עיון אינה עומדת. זאת ועוד, פרשנות לפיה לאלוף סמכות לפי הדין החל על שטח הנתון לתפיסה לוחמתית אך הדינים החלים על שטח זה אינם בהכרח הדינים החלים על שטח הנתון לתפיסה לוחמתית מאפשרת לישראל – ולבית המשפט – ליהנות משני העולמות: גם לזכות בכוח משפטי – בסמכות – וגם להתנער מהאחריות לכיבוד הזכויות האמורה לבוא בד בבד עם הסמכות.[100] אכן, עם חילופי הדורות בבית המשפט, סוגיית מעמד השטחים כשטח הנתון לתפיסה לוחמתית הוכרעה ומקובל כיום כי עם הסמכות באה גם האחריות.[101] כמפורט בפרק הקודם, קרצמר מראה כי יש עוד מקום לשיפור ניכר באופן בו מבצע בית המשפט ביקורת על אחריות זו, אך לכל הפחות סוגיית הסטטוס של השטח – על פי הסיווג במשפט הבינלאומי – איננה עוד סוגיה פתוחה.

---

98. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 43; פסק הדין בעניין **אלון מורה** (לעיל, הערה 18), בעמ' 29.

99. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 36-37, 44; פסק הדין בעניין **פתחת רפיח** (לעיל, הערה 44), בעמ' 177; בג"ץ **קוואסמה** (לעיל, הערה 13), בעמ' 627.

100. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 38.

101. שם, בעמ' 39-40; בג"ץ **אסבאן** (לעיל, הערה 51), בעמ' 792-793.

עם זאת, ייתכן שניתן בכל זאת לומר מילה להגנתו של השופט לנדוי. השופט לנדוי השאיר שאלות אלו בצריך עיון בפרשת אלון מורה, שבה קבע כי התנחלות מסויימת איננה חוקית.[102] העמסת הקביעה הנוספת כי מדובר ב"שטח כבוש" ולא ב"שטח משוחרר" – אפשר שהייתה פוגמת בלגיטימיות של פסיקתו בעיני הדרג הפוליטי ובנכונות הגורמים האחרים לפעול על פיה. יש לזכור כי הטרמינולוגיה המקובלת כיום – שטח הנתון לתפישה לוחמתית – כטרמינולוגיה ניטרלית לכאורה, לאור העובדה שמדינת ישראל לא החילה את ריבונותה על מרבית השטח, לא הייתה שגורה בפי בית המשפט בשנות השבעים המאוחרות.

זאת ועוד, השופט לנדוי ידוע בזהירותו בכל הקשור לשאלות של מעמד כגון מעמד חוקי היסוד,[103] מעמד הביקורת השיפוטית בישראל,[104] ואף מעמדם המשפטי של השטחים. גדולת שיטתו היא בכך שהיא מותירה לדין להתפתח "מלמטה", מתוך הגנה על זכויות אדם במקרים קונקרטיים. כך מתמקדים השופטים בתפקידם המוסדי הבסיסי, ונמנעים מלעסוק במפורש במחלוקות עמוקות, הכוללות רבדים מופשטים וסמליים, הזוכות לליבון בשיח הפוליטי־ציבורי־מפלגתי. גישה זו, של "מקרה אחד בכל פעם",[105] מאפשרת לבית המשפט המורכב משופטים בעלי גישות שונות להגיע להסכמות בכל עתירה ועתירה – אף אם מנימוקים תיאורטיים שונים לחלוטין – ובכך לגבש הבנה טובה יותר של המכנה המשותף המוסכם על הרוב. גישה זו מאפשרת, למשל, לבחון כל אחד ואחד מדיני הכיבוש כשהוא לעצמו, ולאו דווקא לראותם כחבילה אחת, כפי שמתבקש מההבחנה המקובלת במשפט הבינלאומי כיום, המתיר, לכל היותר, הבחנה בין משפט הסכמי למנהגי.[106] גישה קוואיסטית

---

102. פסק הדין בעניין **אלון מורה** (לעיל, הערה 18), בעמ' 13.

103. משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית־המשפט", **משפט וממשל** ג (תשנ"ו) 697, בעמ' 698; משה לנדוי, "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?", **הפרקליט – ספר היובל** (ארנן גבריאלי ומיגל דויטש – עורכים, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ד) 342, בעמ' 351-352; משה לנדוי, "מחשבות על המהפיכה החוקתית", **משפטים** כו (תשנ"ו) 419; משה לנדוי, "חוקה לישראל – האם ומתי?", **עיוני משפט** יא (תשמ"ו) 27.

104. שם, בעמ' 28-29; משה לנדוי, "אקטיביזם שיפוטי", **המשפט** ז (תשס"ב) 535; משה לנדוי, "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון", **עיוני משפט** ח (תשמ"ב) 500, בעמ' 503; משה לנדוי, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו", **משפטים** י (תש"ם) 196, בעמ' 196-200; מרים נאור, "הנשיא משה לנדוי – על דרכו כשופט ופסיקתו", **ספר לנדוי** (כרך שני: **מאמרים**, אהרן ברק ואלינער מזוז – עורכים, בורסי, תשנ"ה) 517, בעמ' 519-520; משה לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", **עיוני משפט** יד (תשמ"ט) 5; משה לנדוי, "רב שיח: פסק דין המזרחי – לאחר שלוש שנים", **המשפט** ה (תשס"א) 249, בעמ' 256; "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל" (לעיל, הערה 103), בעמ' 349-350.

105. ראו: Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Harvard University Press, 1999).

106. מריון מושקט, **הלכה ומעשה ביחסים הבינלאומיים: קווי־יסוד במשפט הבינלאומי** (כרך א, עם עובד, תשי"ט), 30-36.

זו מאפשרת לרשות השופטת לעמוד על ההשלכות האפשריות של אימוץ דוקטרינה כזו או אחרת, וללמוד ממקרה למקרה. בדרך זו יכול בית המשפט להגיע לפתרון הראוי במקרה שלפניו בלי להקים דוקטרינה שלמה חובקת כול, אשר במקרים שעדיין אינם ידועים לו יכולה להוביל לתוצאות בלתי ראויות. גיבוש הדוקטרינה הכללית ייעשה, לשיטה זו, רק לאחר שבית המשפט עמד על השלכותיה במקרים הקונקרטיים השונים מהם קמה.[107]

חסרונה של גישה זו טמון בדיוק במאפיין זה שלה. בדרך זו הפסיקה נעדרת, בכל תקופת המעבר עד אשר מתגבשת דוקטרינה מוסכמת לעניין מסוים, תשתית תיאורטית מספקת, כיוון שהשאלות "הגדולות", שאלות הבסיס, מושארות בצריך עיון. ואכן, בהיעדר תשתית תיאורטית שכזו חשופה פסיקת בית המשפט לביקורת אנליטית כגון זו שביטא קרצמר. זאת ועוד, היעדר התשתית זורע עמימות רבה במישור העיוני, שאיננה תורמת לתחושת יציבות וודאות.[108] מאידך גיסא, אין לבלבל תחושה זו עם היעדר הכוונה פרקטית. לעוסקים במקצוע ברור, בגבולות סבירים, כיצד צפוי בית המשפט לנהוג בבואו לדון בעילות מסוימות. כך לעניין חוקי היסוד בתקופת "הכבילה העצמית" הנסמכת על הלכת **ברגמן**, וכך לעניין הביקורת השיפוטית על פעולות ישראל בשטחים. למשל, מאז נפסקה הלכת **אלון מורה**, ברור כי לא ניתן להפקיע קרקע פרטית אלא אם כן תראה המדינה צורך ביטחוני ספציפי דווקא במקום מסוים (להבדיל ממקום אחר, המרוחק קילומטרים אחדים ממנו). זאת אף שהתשתית הדוקטרינרית לכך בפסק הדין לא הייתה מלאה. אגב, מרבית ההתנחלויות בשטחים אינן כאלה שניתן להצביע עליהן כמקיימות את הצורך הביטחוני הספציפי, אולי פרט לצורך הביטחוני הכללי, שנטען על ידי המדינה ועליו קמו חולקים רבים, לפיו היישוב היהודי בגב ההר או בבקעה באופן כללי מועיל לצבא בבואו להגן על ישראל בעת צרה וצוקה.[109] לו היה בית המשפט ממשיך ומפתח את הדוקטרינה של **אלון מורה** ומחיל את

---

107. Sunstein (לעיל, הערה 105), בעמ' 51-53. לטענה המנוגדת, הגורסת כי מכיוון שלשופטים אין ודאות רבה באשר לתוצאה החברתית שיגרום התקדים, משמש התקדים עצמו מכניזם יעיל להשגת אינפורמציה ולהחלטה, ראו: Jonathan R. Macey, "The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis", 65 *Chi-Kent L. Rev*. (1989) 93, p. 107.

108. מיכל טמיר, "עלותו השקועה של התקדים", **דין ודברים** א (תשס"ה) 221, בעמ' 239-240; מאיר שמגר, "על התקדים ועל ודאות הדין", **משפטים** יז 433, בעמ' 436-438; דפנה ברק-ארז, "הגנת הציפייה במשפט המנהלי", **עיוני משפט** כז (תשס"ג) 209, בעמ' 212-225; Frederick Schauer, "Precedent", 39 *Stan. L. Rev.* (1986-1987) 571, p. 597; Earl Maltz, "The nature of Precedent", 66 N.C.L. Rev. (1988) 367, p. 368; אהרן ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (פפירוס, תשמ"ז), 399; גד טדסקי, "על הלכת התקדים המחייב", **מחקרים במשפט ארצנו** (גד טדסקי – עורך, מ. ניומן, תשי"ט) 92, בעמ' 118; Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", 3 *J. Legal Stud*. (1974), 257. יש לציין כי בנוסף לשיקול הוודאות, דרישת השלמת התשתית המשפטית תומכת גם בערכים של שוויון, יעילות, אמון האזרח במערכת המשפט והשתלבות השופט במרקם השיפוטי הקיים. ראו טמיר, שם, בעמ' 240-242.

109. עיון מדוקדק בתהליך התפתחות הפסיקה מראה כי שתי ההתנחלויות הראשונות שנדונו

הדרישה לצורך ביטחוני ספציפי גם על התנחלויות המוקמות על אדמות "ציבוריות", ניתן לצפות שמפת ההתיישבות ביהודה, שומרון וחבל עזה הייתה היום שונה.

גישתו הקוואיסטית של השופט לנדוי מספקת, אם כן, רק כאשר מתקיימים שני תנאים: **הראשון** הוא שבית המשפט נוקט גישה עקבית, **והשני** הוא שבית המשפט אכן מקפיד להגן על זכויות האדם במקרים הנקודתיים שבאים לפניו, לכל הפחות על פי מבחני איזון מקובלים (גם אם לא על פי מבחני סמכות קטגוריאליים). הספר מראה כי מרבית פסיקתו של בית המשפט העליון העדיפה את פיתוח הדוקטרינות השלמות על פני גישתו של לנדוי, אלא שבמצבים בהם הדוקטרינה שפיתח בית המשפט העניקה הגנה נאותה, התקשו פעמים רבות השופטים ליישם את דרישות הדוקטרינה ולהגביל את פעולת השלטונות דה־פקטו במקרים הספציפיים.[110] אם כך הוא כאשר בית המשפט מתחייב בדוקטרינה, לא כל שכן כאשר הוא נמנע מלהתחייב בדוקטרינה מלכתחילה ונוקט בגישת "מקרה בכל פעם". לפיכך אפילו נקבל את גישת השופט לנדוי באופן כללי, ספק אם הפקדתה בידי בית המשפט הייתה מניבה בהכרח תוצאה המיטיבה עם זכויות האדם בשטחים.

ד. תפקיד בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית: חינוך ונטלי ראיה

כאמור, מבחינה מתודולוגית חושף קרצמר את המסקנות האנליטיות הנגזרות מקביעותיהם הפרשניות של השופטים השונים, ובעיקר של השופט לנדוי: אם קובעים שמקור הסמכות הוא דיני התפישה הלוחמתית, אזי יש לקבוע גם שהשטח כפוף לדינים אלו. כשהשופטים מתקשים לקבוע זאת, נוצרת בעיה לוגית הפוגמת בעקביות הפסיקה, כאמור בחלק הקודם של המאמר. את טענת ה"אם־אז" ניתן להבין גם כטענת "או ש.. או ש..", היינו, לפנינו

בבג"ץ אכן ממוקמות בנקודות אסטרטגיות במיוחד. בפסק הדין הראשון היה מדובר באזור ששימש מוקד לפעילות חבלנית עוינת נגד ישראל. ראו פסק הדין בעניין **פתחת רפיח** (לעיל, הערה 44), בעמ' 174. בפסק הדין השני נבנו ההתנחלויות בציר המעבר מהירדן ללב השומרון ובסמוך למחנה צבאי, ראו בג"ץ **אויב** (לעיל, הערה 18), בעמ' 118. לפיכך קל יותר היה לשכנע את השופטים בחשיבותן הביטחונית. ככלות הכול, השופטים, למרות היותם ספונים בלשכותיהם, אינם נעדרים יכולת ניתוח שטח. אמנם ברוב הפעמים לא יעזו להודות בכך, ויטענו שאין הם נכנסים לנעלי הרשות או מחליפים את שיקול דעתה, אך השכל הישר אינו מתפוגג ברגע שנפתחות המפות הצבאיות. התפיסה הביטחונית שהנחתה את הקמת ההתנחלויות המועטות בתקופת ממשלת העבודה נועדה להגן על נקודות תורפה ביטחוניות ברורות. בנקודות אלו היה ממקם מפקד צבאי את מחנותיו, לו היה מוגבל באמצעים. ההתנחלויות שהוקמו לאחר מכן נועדו לכסות את השטח כולו (כמעט באשר הוא). זוהי תפיסה שונה לחלוטין. אמנם ניתן לראות בשתיהן מרכיב "ביטחוני", אך אין להתפלא שבית המשפט חש בשינוי והגיב על כך בפסק הדין בעניין **אלון מורה** (לעיל, הערה 18). ניתן לתהות שמא ניתן היה להמשיך ולפתח קו זה בפסיקת בג"ץ, למרות ההתנגשות הברורה עם מערכת הביטחון.

110. לעיל, הערה 15 והטקסט שלידה.

אופציות חלופיות: **או** שמקור הסמכות נובע מדיני הכיבוש, על כל האמור בהם, **או** שהוא נובע ממקור אחר (ואז יש להראות מהו, ולבחון את הנגזרות מכך).

בדומה לכך, גם את טענתו המרכזית של הספר ניתן להבין כטענת "או ש... או ש...": **או** שבית המשפט, בביקורתו השיפוטית, מעניק לגיטימציה לפעולות ישראל בשטחים, **או** שהביקורת השיפוטית היא אמצעי יעיל לריסון כוחו של השלטון. פתרון זה אינו יציב, שכן כדי שתוענק לגיטימציה, על הציבור (בישראל ובעולם) ועל הרשויות לחוש כי קיים גם ריסון (אם לא ריסון יעיל),[111] ולהפך, כדי שהריסון יהיה יעיל, עליו להיתפס כלגיטימי ולפיכך להיות מופעל רק במקרים המתאימים. מכאן, נראה כי מתכון ליציבות מנגנון הביקורת השיפוטית ידרוש כי זו תהיה **גם** כלי יעיל לריסון השלטון **וגם** אמצעי להענקת לגיטימציה. שאלה היא עם יציבות שכזו אפשרית בתנאי כיבוש וכאשר מדינה נתונה במצב חירום. האפשרות ההפוכה היא שהביקורת השיפוטית **לא** תהווה כלי יעיל לריסון השלטון אך גם **לא** תיתפס כעוטה את מעשי השלטון בגלימת חוקיות ולגיטימיות. נראה כי קרצמר סובר כי האפשרות האחרונה היא זו אותה יש לשקול לנוכח מערך הלחצים והכוחות בו פועל בית המשפט, אך לשם השגתה על בית המשפט להדיר רגליו מ"עתירות שטחים" מניה וביה.[112]

מבנה לוגי זה מניח כי ריסון השלטון והענקת לגיטימציה הן שתי הפונקציות היחידות שבבסיס הביקורת השיפוטית; זוהי, לפחות, הנחת המוצא של הספר. ניתן, כמובן, להציע הרחבה להנחה זו, על פיה בית המשפט ממלא גם תפקידים אחרים, ישירים או עקיפים, ובהם תפקיד **מחנך** או **מורה דרך**.[113] גם באשר לתפקיד זה ניתן לשאול, כמובן, אם החינוך מוביל להענקת לגיטימציה או לריסון השלטון (או לאיזון כלשהו ביניהם), אך, לדעתי, בית המשפט פועל בכמה רבדים או מישורים מקבילים אשר אינם ניתנים לצמצום לרובד הלגיטימציה־ריסון. בית המשפט פותר סכסוכים ומכוון התנהגות. הוא מעניק משמעות ערכית לפעולות המדינה בשם המדינה – בונה אתוס ציבורי־לאומי – ובה בעת שומר על ריחוק מהמדינה בהישענו על סמכות מקצועית־פורמלית שכוחה מוגבל. פעילותו ברבדים אלו שונה מפעילותו ברובד ההכרעה. כאורגן מכריע, קובע בית המשפט את אשר יש לעשות במקרה ספציפי. כאורגן מחנך, מתווה בית המשפט דרך ערכית, כיצד ראוי לפעול. מכיוון שרבדי פעילות אלו שונים, קשה לצמצם את הדיון בפועלו של בית המשפט אך למישור בו נבחנת מידת הריסון לעומת מידת הלגיטימציה המוענקת לשלטון הכובש. נדמה

---

111. השוו לביקורתו של רונן שמיר, שם הוא טוען כי הביקורת השיפוטית מסווה לא אחת את העובדה שהיא אינה מרסנת באמצעות פסיקה נדירה אך בעלת חשיפה ציבורית רבה, ובכך זוכה בית המשפט להעניק לגיטימציה למרבית פעולות השלטון. Ronen Shamir, "'Landmark Cases' and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice", 24 *Law & Soc. Rev.* (1990) 781.

112. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 197-198.

113. לדיון כללי בפונקציות של המשפט בכלל, ושל בית המשפט בפרט, ראו: Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford : Clarendon Press, 1979), 163-168; Lawrence M. Friedman, *Law and Society: an Introduction* (Prentice Hall, 1977),pp. 10-14, 599-603.

שקרצמר היה ער למקצת השלכותיה של רב־רובדיות זו, כאשר תיאר את משמעות קיומה של הביקורת השיפוטית במצבים בהם הדוקטרינה מקלה עם הרשות.[114]

אך גם אם נקבל את הקווים הכלליים אותם פורש הספר, על פיהם נמדד בית המשפט ביכולתו להעניק לגיטימציה ולרסן את השלטון – מדדים אשר נראה כי חייבים להיות קשורים זה בזה כדי שישרדו לטווח ארוך – נראה כי עלינו להרחיב את עדשתנו אם ברצוננו להעריך נכוחה את האופן שבו ממלא בית המשפט תפקידים אלו. התמקדות בהכרעות השיפוטיות בלבד אינה מספיקה.[115] ניתן לציין שתי דרכים עיקריות, בהן קיומו של מנגנון הביקורת מרתיע את השלטון מלבד המצב המשפטי הרשמי החל לפי הדוקטרינה השיפוטית. **ראשית**, כפי שמציין קרצמר, עצם קיומה של הביקורת השיפוטית משפיע על מנגנון הביקורת העצמית של הרשות. הרשות החוששת שמא החלטותיה לא יעמדו במבחן בג"ץ, תתפשר מראש במקרים גבוליים, ולא כל שכן במקרים שבהם ברור כי הדין עם העותרים.[116] גם בפעולותיה תעדיף הרשות לשמור על שולי ביטחון מגבול החוקיות. כך "מרסנת" הרשות את עצמה, בצלה של הביקורת השיפוטית, ובסופו של יום זוכות זכויות האדם לכל הפחות להגנה כלשהי.[117] גם השופטים מסייעים בכך, כשהם מעודדים במהלך הדיון את הרשות "לשקול מחדש" את עמדתה, ורומזים במשתמע כי עמדה זו עשויה שלא

---

114. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 190-191.

115. שם, שם.

116. Yoav Dotan, "Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: **שם, שם;** The Case of the Israeli High Court of Justice during the Intifada", 33 *Law & Soc. Rev.* 319, pp.342-350 (1999). חשוב לציין כי מספר המקרים בהם העותר לבג"ץ משיג חלק מרצונו באמצעות פשרה גבוה פי 2.5 ממספר המקרים בהם העותר משיג לפחות חלק ממבוקשו בפסק דין. גבוה מכך בהרבה אחוז המקרים בהם מושגת פשרה כזו בלי שהוגשה עתירה כלל. פרקטיקה עיקרית שיש לציין בהקשר זה היא זו המכונה "**קדם־בג"ץ**". מדובר בפרקטיקה בלתי פורמלית, במהלכה מתקבלת פנייה למחלקת הבג"צים של המדינה, וזו פונה אל הרשות האחראית, מבררת את העובדות, בוחנת את ההיבטים המשפטיים ומחליטה אם הפנייה מוצדקת ומחייבת תיקון מצד הרשות. הממצאים בעניין פרקטיקה זו הם מאלפים. מספר התיקים המטופלים בפרקטיקה זו עולה בהתמדה. אחוז ההצלחה בפרקטיקה הזו גדול פי כמה וכמה מאחוז ההצלחה בעתירות לבג"ץ. רק ב-3.1% מהעתירות לבג"ץ משיג העותר את מבוקשו באופן חלקי או מלא. לעומת זאת, כ-25% מהפניות בהליך של קדם־בג"ץ מסתיימות בהישג של ממש לעותר, בלי שטענותיו הגיעו לבג"ץ(!). לשימוש הרב בפרקטיקה זו תורמת גם מהירות הטיפול בפניות מצד מחלקת הבג"צים של המדינה: כ-80% מפניות תושבי השטחים בהליך של קדם־בג"ץ נענות לכל היותר תוך חודש מיום הפנייה. ראו יואב דותן, "קדם־בג"ץ' ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ", **משפט וממשל** ז (תשס"ד) 159, בעמ' 166-167, 173-186.

117. מרדכי קרמניצר, "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה", **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (רות גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן – עורכים, חמד, תש"ס) 165, בעמ' 217-219.

לעמוד במבחן בג"ץ.[118] מנגנון הביקורת הזה מושפע גם מפרקטיקה מעניינת של היועצים המשפטיים לרשויות השונות. קרצמר מתאר דינמיקה, שבמסגרתה יועציו המשפטיים של השלטון דואגים לכך שלמקבלי ההחלטות תוצג תמונה קודרת יותר באשר לסיכויי ההצלחה בבג"ץ מן התמונה המצטיירת מקריאת פסקי הדין. זאת אולי משום שהיועצים המשפטיים חשים צורך למלא אחר ציפיות קבוצות ההתייחסות הבוחנות את פעולותיהם – שופטים, עורכי דין, פעילי זכויות אדם, האקדמיה וכו' – ואפשר שאף משום שהם רואים עצמם מחויבים, לפחות במידה חלקית, להגנה על זכויות אדם. לכך ניתן להוסיף את רצונם להימנע מתקדימים שליליים מבחינתם, אשר יצֵרו את מרחב חופש הפעולה של הרשות.[119]

שנית, ניתן לראות בדינמיקה המתוארת חלק מאריג רחב יותר, במסגרתו לרטוריקה של בית המשפט חשיבות לא מבוטלת: כאשר בית המשפט מצהיר על עיקרון מסוים, גם אם איננו מקבל עתירה ספציפית, הריהו מכונן מציאות נורמטיבית בה ברור מהם העקרונות על פיהם יש לפעול מכאן ולהבא, וכן ברורה, לפחות לכאורה, התוצאה הצפויה מאי־עמידה בעקרונות אלו. דרך פעולה צופת פני עתיד זו מחנכת, בלי שהיא נוזפת במדינה על כך שלא פעלה כדין.[120] ייתכן שדרך פעולה זו מובילה, בסופו של יום, להפנמה טובה לא פחות של נורמות והליכים ראויים בקרב רשויות המדינה ובקרב בני האדם הממלאים תפקידים שונים ברשויות אלו, בהשוואה להפעלת סעד אי־החוקיות. אמנם בכך "מקריב" בית המשפט את המקרה שלפניו על מזבח ההפנמה העתידית,[121] אך אפשר שהוא זוכה להוביל שינוי רחב יותר.[122] לדוגמה, כאשר בית המשפט הצהיר על הכללים המחייבים את מפקד

---

118. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 189, 191. יש ליתן לעמדתו של בית המשפט בענייני משפט ציבורי משקל רב יותר מאשר לעמדתו בענייני תחומי משפט אחרים, כיוון שהמשפט הציבורי הוא בעיקרו דין יציר הפסיקה. ראו יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט, "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית־המשפט העליון – ניתוח כמותי", **משפט וממשל** ז (תשס"ד) 243, בעמ' 276.

119. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 191.

120. קדר, אלון, לרון ורום (לעיל, הערה 75), בעמ' 55. השופטת דורנר מוסיפה, כי כאשר לא ניתן הסעד, אך נקבעים עקרונות שישמשו במקרים אחרים, ההתרגשות והביקורת הציבורית על הפסיקה הספציפית פחותים, כיוון שנמנעת מראית העין, כאילו השופט "יצר" כלל משפטי כדי לקבוע את התוצאה בה הוא מעוניין במקרה שלפניו. לפיכך, שיטה זו מפחיתה את הפגיעה באמון הציבור במשפט ובמערכת המשפטית. ראו שם, שם.

121. על המתח בין הצדק במקרה הקונקרטי ובין הצדק הכללי, ראו טמיר (לעיל, הערה 108), בעמ' 245-248, והמקורות המופיעים שם.

122. ידוע הדבר, שבני אדם מוכנים יותר לקבל כלל בעניין עתידי כאשר הם אינם מצויים בעמדה דפנסיבית. אדם הנתון להתקפה, כנראה נוטה להתבצר בעמדתו. גם החלטותיה של הרשות אינן אלא החלטות האנשים המכהנים בה. לכן, כאשר בית המשפט קובע שלא נפל פגם בפעולת הרשות במקרה שלפניו, הוא יכול להשיג פתיחות ונכונות רבה יותר מצד הרשות להטמיע כללים במקרים עתידיים. מאפיין זה של בני אדם ידוע כבר מימים ימימה, והתבטא,

הצבא בעודו מנהל לוחמה בשטח בנוי בעניין הלוחמה ברפיח,[123] היה בכך כדי להתוות הגבלה ברורה לשימוש בכוח, אף שבאותו מקרה בית המשפט דחה את העתירה בקובעו כי אין תשתית עובדתית מספקת לקביעה שצה"ל לא פעל על פי הכללים.[124] אין להתעלם מחשיבות פעולה חינוכית זו, שכן להבא ניתן יהיה לעתור כנגד כל הפרה של עקרונות אלו, ובלבד שתצורף תשתית עובדתית על הפרה שכזו. יש לקוות שהנחיות בג"ץ תיושמנה בקרב הדרגים הלוחמים, ולכל הפחות שיהיו אנשים – מפקדים בצה"ל – שיחשיבו פסיקה זו. על כל פנים, אם אמנם קיים ממד חינוכי לפסיקות בג"ץ, יש לבחון היבט זה גם מעבר להכרעות הספציפיות.[125] יש יסוד להנחה שבית המשפט מרסן את הרשויות בכובעו כמחנך ומורה דרך יותר מאשר הוא מרסן אותן בכובעו כאורגן מכריע.

מאידך גיסא, אין להתעלם מאזהרותיו של קרצמר: בכך שבית המשפט מקבל את התשתית העובדתית שמציג הצבא, ובכך שאיננו מטיל על המדינה נטל הוכחתי כלשהו, הרי עצם העובדה שבית המשפט הצהיר על עקרונות נאורים, **ובה בעת הצהיר שאין ראיות לכך שצה"ל אינו עומד בהם**, מעניקה לפעולות הצבא הילת לגיטימיות. בכך מתעמעם עוקצו של לחץ ציבורי כלשהו, שכן הציבור הרחב לומד שלגופו של עניין צבאו פעל כחוק.[126] אם נקבל את משנתו של קרצמר נראה כי גבולות אי־החוקיות מיטשטשים ככל

למשל, בסיפור **כבשת הרש** שסיפר נתן לדוד המלך. נתן ביקש לבקר את דוד על כך שלקח את אשת אוריה החתי ושלח את אוריה אל מותו. ברם, נתן ידע שדוד יתקשה לקבל ביקורת על עצמו, ולכן, בשיחתו עם דוד, ביקר לכאורה אדם אחר בעניין אחר. **מקרא:** שמואל ב, יב, א-יב.

123. פסק הדין בעניין **הלחימה ברפיח** (לעיל, הערה 60).

124. שם, בעמ' 396-397, 400-401, 403-407. פסק הדין הזה מעניין במיוחד בענייננו, שכן חלקים רבים בו עוסקים במוצהר בפעולת צה"ל **בעתיד**. ראשית, בחלק מראשיה הספציפיים של העתירה, קבע בית המשפט מה נדרש מהמפקד הצבאי **מעתה והלאה**, אף שנדחתה העתירה נגדו (שם, בעמ' 390, 398-401, 403-404). שנית, בית המשפט הגדיל לעשות, והוסיף בסיום פסק הדין 4 פסקאות שכותרתן "ומה הלאה" (שם, בעמ' 407-408). בפסקאות אלו מנחה בית המשפט במפורש את רשויות הצבא לבצע פעולות שונות וחדשות שלא בוצעו עד כה, וזאת אף שהעתירה נדחתה. ההסבר שנותן בית המשפט לפעולה בלתי שגרתית זו, הוא ..."ביקשנו להבטיח כי המנגנונים הצבאיים השונים הקיימים באזור יפתרו לא רק את הבעיות שהעלו העותרים, אלא גם בעיות חדשות אשר מטבע הדברים תעלינה מחר" (שם, בעמ' 408).

125. ראו, לדוגמה, את בחינת האפקט המחנך של פסיקת בית המשפט העליון של קנדה בדבר הצ'רטר הקנדי: Joel Bakan, *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs* (University of Toronto Press, 1997).

126. דברים מאלפים בעניין זה אמרה השופטת דורנר: "כמעט אף אחד לא קורא את ההנמקה והרטוריקה של פסקי הדין שלי, ואני עוד כותבת קצר. קל וחומר שופטים שכותבים פסקי דין של עשרות עמודים. את פסקי־הדין האלו קוראים רק השופטים, המתמחים שלהם וסטודנטים באוניברסיטה. אנחנו משלים את עצמנו אם אנחנו חושבים שהרטוריקה שלנו קובעת.

שנוצר פער בין הרטוריקה המחנכת ובין נטלי הראיה הוותרניים, ומוצאים אנו את עצמנו עם פסיקה למופת אך עם יישום או אכיפה כושלים.

טשטוש זה של גבולות אי־החוקיות בא לידי ביטוי גם במקרים בהם העתירה התקבלה והסעד המבוקש ניתן, אך הוא ניתן **מטעמים אחרים**. למשל, בפרשת מועצת הכפר בית סוריק,[127] שעסקה בחוקיות תוואי גדר ההפרדה, נמנע בית המשפט מלקבוע שרשויות התכנון חסרו את התשתית העובדתית הנחוצה כדי להעריך את הפגיעה בצורכי הפלסטינים, כאשר הן תכננו את אותם הקטעים בהם התוואי חורג מהקו הירוק. מדיונים בהם השתתפו חלק מהעוסקים במלאכה עולה כי ברירת המחדל בתכנון הגדר לא הייתה הקו הירוק, לא הוטל על כתפי המתכננים כל נטל להצדיק סטייה מהקו הירוק בשל נימוקים ביטחוניים בלבד, וחשוב מכך – לא הוטל על המתכננים כל נטל בבואם לשרטט קו אשר יש בו כדי לפגוע בחיי היומיום ובצרכים המוגנים של האוכלוסייה המצויה בשטחים.[128] קביעתו העדינה של בית המשפט הגבוה לצדק כי "האיזון שנקבע על ידי המפקד הצבאי אינו מידתי"[129] היינו, כי לא ניתן משקל מספיק לפגיעה בזכויות האדם של הפלסטינים, מטשטשת את היעדרה של התשתית העובדתית, שקיומה המקדמי היה הכרחי לשם הערכת אותו משקל. לשון אחר, בית המשפט קבע שהרשות לא נתנה משקל מספיק לפגיעה בפלסטינים, במקום לקבוע שהיא לא בחנה די נתונים בדבר הפגיעה. דומה כי עובדות העתירה שהובאו לבית המשפט קראו לקביעה נחרצת יותר, הנשענת לא רק על המידתיות, אלא גם על הפרוצדורה שהובילה לפגיעה במידתיות. בית המשפט לא התייחס לסוגיה זו, ובכך העלה ספק בדבר הדרישה, ככל שזו קיימת, למצות את דיני ההליך טרם שפונים אנו לדיני שיקול הדעת.[130] אמנם ניתן להבין את זהירותו של בית המשפט, שנמנע מלפגוע ביושרה של מקבלי ההחלטות – כפי שניתן היה להבין את זהירותו של השופט לנדוי, שנמנע מלהעמיס על פסק דין אחד קביעות רבות מכפי שיכול היה לשאת[131] – אך הבנה לחוד והצדקה לחוד. אין להתפלא, אם כן, שבזירה הבינלאומית, שאינה כפופה למגבלות השיח המקומי, מצאה עצמה ישראל במצב בעייתי בכל הקשור לתשתית העובדתית שבבסיס תוואי הגדר.[132] ימים יגידו אם גם לעניין זה נוכל לומר שבסופו של יום הפנימו הרשויות את המסר ששודר מבג"ץ באופן שלם, גם לעניין התשתית העובדתית, וזאת בלי שננזפו על כך במפורש.

הביקורת על פסקי הדין אינה נובעת מהרטוריקה. היא נובעת מהסעד". קדר, אלון, לרון ורום (לעיל, הערה 75), בעמ' 57.

127. פסק הדין בעניין **גדר ההפרדה** (לעיל, הערה 60).

128. **פרוטוקול הוועדה לענייני ביקורת המדינה** (יולי 2004).

129. פסק הדין בעניין **גדר ההפרדה** (לעיל, הערה 60), פסקה 85.

130. ברוך ברכה, **המשפט המנהלי** (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 17-18, והמקורות המוזכרים שם.

131. לעיל, הערה 102 והטקסט שלידה.

132. ראו, לדוגמה, חוות דעת ה-I. C. J. בעניין **גדר ההפרדה** (לעיל, הערה 65), פסקאות 115-119, 121-122 לדעת הרוב.

ה. תפקיד בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית התופסת שטח על תושביו

ברקע הספר כולו ניצב, בלי שנדון באופן ממצה, המתח האינהרנטי בו נתונה שיטת משטר דמוקרטית התופסת לזמן ממושך שטח שתושביו מנועים מלהשתתף בהליך הדמוקרטי בו נבחרים נציגים המוסמכים לחוקק בעבור תושבים אלו.[133] כתוצאה מהמתח הזה, עולה לפני בית המשפט דילמה בסיסית בדבר תפקידו בחברה, שמחד גיסא היא דמוקרטית, ומאידך גיסא תפסה שטח על יושביו, ובכך הפכה תושבים אלו לנתונים לכיבוש. על בית המשפט לנווט את דרכו בין ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם, שעל הבטחתם הוא אמון,[134] ובין הצורך להשליט חוק וסדר במקום שאיננו דמוקרטי ברמה היסודית ביותר.

מן הבחינה המשפטית, ניתן לנסח את הדילמה כך: האם להתייחס לשטח הנתון לתפיסה לוחמתית כשטח השונה במהותו מהשטח הריבוני, ולכן להפעיל בשטח התפוס דוקטרינות **שונות** מאלו המופעלות כלפי השלטון בשטח המדינה הריבוני? או שמא יש להתייחס לתושבי השטח הכבוש כנשאי זכויות לכל דבר ועניין, הזכאים בדיוק **לאותו יחס משפטי** – ובכלל זה לזכויות המהותיות – אותו מעניק המשפט המקומי לתושבי השטח הריבוני? ודוקו: על פי האפשרות האחרונה, על בית המשפט לצאת מנקודת מוצא כי סטנדרט ההגנה (סטנדרט המעורבות השיפוטית) החל על השטחים ותושביהם **זהה** לזה החל על מדינת ישראל ותושביה, וככל שקיים שוני הריהו רק קונטינגנטי, היינו מתבטא רק בעצמת המשתנים אותם יש להזין בנוסחת האיזון הקבועה: בשטח הריבוני, המשקל שיוענק לשיקול הביטחוני יהיה ברוב המקרים (אם כי לא בכולם) נמוך יותר מאשר בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, פשוט משום שהסיכון הנובע מפעילות בשטח זה נוטה להיות גבוה יותר (ושוב: לא בהכרח). במילים אחרות, לפני מערכת המשפט ניצבת בעיה: האם על בית המשפט לפתח דוקטרינות שונות לחלוטין לשטח כבוש, הנובעות ממעמדו הייחודי של שטח זה במשפט הבינלאומי ובייחוד תפקידו של בית המשפט המקומי כלפי שטח זה, או שמא עליו לעשות שימוש במשפט המדינה הכובשת, בשינויים המחויבים?

דומה כי הספר לא עוסק בשאלה זו במישרין, אלא בוחר להתמקד באופן שבו בית המשפט נכון להפעיל הלכה למעשה את הכללים המשפטיים כפי שפותחו.[135] לעניין תוכנם

---

133. עמי פדהצור, "בין 'דמוקרטיה מתגוננת' ל'דמוקרטיה מתחסנת' – ישראל במבחן", **תרבות דמוקרטית** ו (תשס"ב) 135, בעמ' 135.

134. לפי תפיסה רווחת, תפקיד השופט הוא להגן גם על החוקה המטריאלית הבלתי פורמלית של ישראל, ה"מעגנת את ערכיה של הדמוקרטיה, ובמרכזם את זכויות האדם". ראו אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, כתר, נבו, 2004), 77.

135. הספר אינו עוסק, למשל, בשאלה אם דין שונה יחול על הריסת בית בישראל ובשטחים – סוגיה שבה ניתן להבחין בין דיני זכויות האדם, החלים בישראל, ובין המשפט ההומניטרי החל בשטחים – אלא עוסק באופן שבו בית המשפט בחר שלא ליישם את הדין כפי שפותח בפסיקה עם הרשויות הישראליות גם במצבים בהם לכאורה התבקש כי הדין ייאכף בהתאם

של הכללים – אם שונים או זהים – מפגין הספר יחס מעורב. מחד גיסא, הספר מבקר את בית המשפט על כך שלא השכיל לפתח בשטחים מגילת זכויות דומה לזו שפיתח בישראל, או לפחות לא ליווה מגילה זו באותם נטלים הנדרשים לפגיעה בזכויות בישראל.[136] מאידך גיסא, מבקר הספר את בית המשפט על כך שלא היה ער דיו לכך שמדובר בשטח כבוש, ולכן שטח ייחודי, למשל כאשר אישר את פעולות הממשל בכל הנוגע להטלת מע"מ ופיתוח כבישים.[137] בנוגע לפעולות אלו נקט בית המשפט סטנדרט מעורבות דומה לזה שהיה נוקט בנוגע לפעולות דומות, לו היו מתבצעות בשטח מדינת ישראל: בית המשפט קיבל את נקודת המוצא, כי הממשל פועל לרווחת התושבים כל עוד לא הוכח אחרת, ולפיכך קבע כי יתערב רק בחריגה מסמכות – היינו, רק אם יוכח כי הממשל פעל באופן שאין בו כדי לענות על צורך אמיתי של האוכלוסייה, או אם הממשל פגע בזכות יסוד מוגנת באופן שאינו מידתי.[138] גם בכל הקשור להגנה על זכות הקניין הפרטי בשטחים, נדמה כי בית המשפט יצא מנקודת מוצא זהה בישראל ובשטחים: על המדינה להראות צורך ציבורי אמיתי להפקעה.[139] בית המשפט החיל כללים ודוקטרינות זהים גם בכל הנוגע לתנאי

ללשונו ותכליתו. במילים אחרות, צפייתו של קרצמר מבית המשפט היא צפייה כי יעמוד במתחייב מעקרון שלטון החוק.

136. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 188.

137. שם, בעמ' 68-72; בג"ץ **אסכאן** (לעיל, הערה 51); בג"ץ 6592/94 **עיריית חברון נ' שר הביטחון** (להלן: בג"ץ **עיריית חברון**), פ"ד נ(2) 617; פסק הדין בעניין **המסים** (לעיל, הערה 35). ראו גם: Cassese (לעיל, הערה 68), בעמ' 440-441; יורם דינשטיין, "מס ערך מוסף בשטחים המוחזקים", **עיוני משפט** י (תשמ"ד) 159; רובינשטיין (לעיל, הערה 86), בעמ' 453-455; Emma Playfair, "Playing on Principle? Israel's Justification for its Administrative Acts in the Occupied West Bank", *International Law and the Administration of Occupied Territories: Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip* (Emma Playfair — ed., Clarendon Press, 1992) 205, pp. 215-223.

138. בג"ץ **אסכאן** (לעיל, הערה 51), בעמ' 795; בג"ץ **עיריית חברון** (לעיל, הערה 137), בעמ' 622; פסק הדין בעניין **המסים** (לעיל, הערה 35), בעמ' 317-319.

139. לפי סעיף 16 ל-*Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land* (October, 1907) (להלן: אמנת **האג**), אסורה הפקעת מקרקעין בשטחים כלל. בית המשפט הישראלי רואה אמנה זו כמותירה בידי הכוח התופס סמכות הפקעה המוגבלת לפי הדין החל באזור. בשטחים, מדובר בדין הירדני [ראו, למשל, בג"ץ 61/80 **העצני נ' מדינת ישראל (שר הביטחון)**, פ"ד לד(3) 595, בעמ' 597], המתיר הפקעה לצורכי ציבור [החוק הירדני – חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1954 – כפי שנדון בבג"ץ 202/81 **טביב נ' שר הביטחון**, פ"ד לו(2) 622, בעמ' 628-629]. אלא שבשטחים הנתונים לתפיסה לוחמתית, אין די, לפחות מבחינה נורמטיבית, בכך שהצורך הוא ציבורי, אלא על הכוח התופס את השטח בתפיסה לוחמתית להראות בבואו להפקיע שטח כי צורך זה מתיישב עם צורכי הציבור החי בשטח ובהתחשב בזמניותו של מצב התפיסה. היינו, היקף הצורך הציבורי המוכר בשטחים לשם הפקעה אמור להיות מצומצם מהיקף הצורך המוכר בישראל (או בירדן) לאותה המטרה.

מעצר, ולפיכך הגיע למסקנות זהות בתוך שטח ישראל הריבוני ובשטחים.[140] באותו האופן, התקבלה הטענה כי על המדינה לחלק לתושבי השטחים מסיכות גז בדיוק כפי שחולקו לאזרחי המדינה,[141] אף שניתן היה לטעון כי תושבי השטחים לא רק נמצאים בסיכון נמוך יותר,[142] אלא גם עלולים להצטרף לאויב שמפניו על ישראל להתגונן, אם זו תותקף בנשק לא קונבנציונלי. בפועל, יש לציין, קיימת אינדיקציה לכך שהחלטת בית המשפט לא בוצעה במלואה,[143] אך עדיין לא ניתן להתעלם ממנה, שכן היא מעידה על מגמה קיימת בפסיקה – אם כי לא בהכרח המגמה השלטת[144] – להשוות בין זכויות הפרט של תושבי השטחים ובין אלו של תושבי ישראל, לכל הפחות ברמת התיאוריה המשטרית והדוקטרינה המשפטית.

יוצא שהממשל נדרש להרים נטל כבד יותר בבואו להפקיע קרקע פרטית בשטחים, לכל הפחות מבחינה עיונית. כך גם לעניין תפיסת שטח שאינה הפקעה, המותרת לצורכי צבא בלבד (סעיפים 46 ו-52 לאמנת **האג**). בפועל, כמובן, תלוי הדבר במידת נכונות בית המשפט לקבל את עמדת הממשל (וראיותיו) לעניין הצרכים השונים המאפשרים הפקעה. בעניין החלת הכלל הלכה למעשה ראו: Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 79-89.

140. בית המשפט חייב את המדינה לדאוג לתנאי מעצר מינימליים זהים בשטח המדינה הריבוני ובשטחים. ראו: Leora Dahan, "Judicial Review of the Detention Conditions of Suspected Terrorists (Center for Defense of the Individual v. IDF Commander in the West Bank and Yassin v. Commander of Kziot Military Camp", 36 *Isr. L. Rev.* (2002) 159, pp. 164, 171.

141. בג"ץ 168/91 **מורכוס נ' שר הביטחון**, פ"ד מה(1) 467 (להלן: בג"ץ **מורכוס**).

142. שם, בעמ' 469-470. עם זאת, יצוין כי מכיוון שהמסכות חולקו גם לאזרחי המדינה החיים בשטחים, נראה כי המדינה הכירה בכך שקיים סיכון לנפילת טילים גם שם, ומשום שאין לצפות כי הטילים (על ראשיהם הכימיים) ידעו להבחין בין התושבים הישראלים לתושבים הפלסטינים, נראה כי גם תושבים אלו נחשפו לסיכון. אפשר כמובן לטעון מנגד כי חלוקת המסכות לאזרחי ישראל נבעה מכך שרובם ככולם עובדים בישראל ושוהים בה ולפיכך זכאים לאמצעי מגן לא בגלל תושבותם בשטחים אלא בגלל שהייתם בישראל, שהייה לה זכאים הם מכוח אזרחותם.

143. ראה טענת העותרים בבג"ץ 241/91 **מורכוס נ' שר הבטחון** (לא פורסם), כי הפסיקה מבג"ץ **מורכוס** (לעיל, הערה 141) אינה מיושמת. עתירה זו נדחתה על ידי בית המשפט. כמה שנים מאוחר יותר העיר בית המשפט, מפי השופט מצא, דווקא כי "בעקבות פסק הדין בבג"צ 168/91 **מורכוס נ' שר הביטחון ואח'** [...], סופקו ערכות כאלה גם לערביי השטחים המוחזקים" (ההדגשה במקור – **א"ר**). בג"ץ 205/94 **נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון**, פ"ד נ(5) 449, בעמ' 455, אולם לא ברור אם פסיקתו נשענת על תצהיר הקובע כי החלוקה בוצעה במלואה.

144. עמדתו של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק, למשל, היא כי היקף ההגנה על זכויות האדם בתחומי ישראל שונה ורחב יותר מהיקף ההגנה על זכויות האדם בשטחים. ראו ברק (לעיל, הערה 134), בעמ' 146-147.

כאמור, נוקט הספר עמדה אמביוולנטית באשר למגמה זו של יישום הדוקטרינות הרגילות גם על תושבי השטחים. מחד גיסא, טוען הספר כי מבחינת המשפט הישראלי אין כל ספק שעל בית המשפט להגן על זכויות האדם בכל מקרה המובא לפניו, על פי אותו הסטנדרט הגבוה הנדרש מבית משפט בחברה דמוקרטית.[145] מאידך גיסא, ניתן לטעון כי בעצם הפעלת הביקורת השיפוטית בלא הבחנה בין שטח כבוש לשטח ריבוני, יש משום אינטגרציה של השטח הכבוש ותושביו וסיפוחו אל תוך מדינת ישראל. תוואי הקו הירוק מיטשטש. לפיכך על בית המשפט להיות ער לא רק לפגיעה בזכויות אלא גם להשלכות פעולות הממשל על מעמד השטח כשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.[146] במילים אחרות – בינות לשורות טמונה טענה כי נוסף על ההגנה על זכויות האדם, נדרש בית המשפט להגן מפני סיפוח זוחל, המפר את כללי המשפט הבינלאומי. הבעיה היא כי, כאמור לעיל, קיים מתח, ואולי אפילו סתירה בלתי ניתנת ליישוב,[147] בין שתי דרישות אלה. האם נעדיף הגנה על זכות קונקרטית באמצעות פנייה לבית משפט השייך לכוח הכובש, בית משפט שיפעיל, מטבע הדברים, דוקטרינות מבית הכובש ובכך יטמיע את הכיבוש, או שמא נעדיף הקפדה על הפרדה בין הכוח הכובש לאוכלוסייה ולשטח הנכבשים, הקפדה אשר אמנם מגנה אמנם על מעמד השטח ככבוש ובכך על הזכויות הפוליטיות של הנכבשים אך משמעה היא היעדר היזקקות לבית המשפט של הכוח הכובש, ולפיכך משמעה היא פגיעה ביכולת להגן על זכויות קונקרטיות? זאת ועוד, האם נפריד בין ההגנה לה זכאים אזרחי מדינת ישראל המתגוררים בשטחים מזו לה זכאים תושבי השטחים שאינם אזרחים?[148] לשיטתו

---

145. לעיל, הערה 136.

146. לעיל, הערה 137 והטקסט שלידה.

147. ייתכן שניתן להציע, למשל, פתרון המבוסס על זהות העותר. לשיטה זו, בעתירה של תושב או אזרח ישראלי (או עותר ציבורי) כנגד אורגן מדינתי הפועל בשטחים, ניתן להחיל כרגיל את הדוקטרינות החלות בשטח המדינה הריבוני. בעתירות של תושבי השטחים, לפי שיטה זו, ניתן להחיל את המשפט הבינלאומי בלבד, שכן הוא הנורמה המכוננת את סמכות המפקד הצבאי בשטחים ומכוחה קמה לעותר טענתו. המשפט הבינלאומי יוחל על ידי בית המשפט הצבאי, אשר יהיה כפוף לבית המשפט העליון כבג"ץ. בעתירות נגד בית המשפט הצבאי, יחיל גם בית המשפט העליון את המשפט הבינלאומי בלבד. הבעייתיות הטמונה בפתרון זה היא שהפתרון המשפטי למצב מסוים יהיה תלוי במיהות העותר שיגיש את העתירה, אלא אם כן יַפתח בג"ץ דיני מעמד ייחודיים שימנעו תחרות סמכויות, ובד בבד יפרש בית המשפט הצבאי את המשפט הבינלאומי כך שיכלול הנחיה להשוות את זכויות האדם המוגנות על ידי המדינה הכובשת עבור אזרחיה לאלו המוגנות על ידי השלטון הצבאי. נראה כי פתרון זה מורכב למדי, הוא עלול להעמיד את בית המשפט במסלול התנגשות עם רשויות הביטחון ועם דעת הקהל הנוטה להעדיף שיקולי ביטחון (לעיל, הערות 75-77 והטקסט שלידן), ועל כל פנים בפתרון זה טמונים מרכיבי סיפוח.

148. ראו, למשל, באחרונה בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 80 לפסק דין הרוב: "לדעתנו, מעניקים חוקי־היסוד זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה [האזור – **א"ר**]. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של

של קרצמר, דומה כי זו סיבה נוספת להרהור מחודש על עצם הפעלת הביקורת השיפוטית בשטחים, שכן בה עצמה ניתן לראות אלמנט של סיפוח, לא כל שכן כאשר הפסיקה נשענת על הדין הישראלי ואינה מיישמת כראוי את הדין הבינלאומי, האמור להיות מקור הסמכות המרכזי, אם לא היחיד, החולש על השטח הנתון לתפיסה לוחמתית.[149]

ו. גירוש והריסת בתים: זכויות הפרט, מאבק קולקטיבי והליך שיפוטי

ביקורת נוקבת מותח קרצמר על פסיקת בית המשפט המתירה גירוש והריסת בתים של בני אדם המעורבים בפעולות טרור.[150] לעניין הגירוש המשימה קלה: לשון הדין הבינלאומי, המגולם באמנת ג'נבה הרביעית, ברורה. הגירוש אסור.[151] פרשנותו היצירתית של בית המשפט, הנשענת על הצורך לגרש מסתננים בלתי חוקיים,[152] אינה משכנעת, משום שניתן ליישב את הצורך לגרש מסתננים בלתי חוקיים עם האיסור הגורף החל על גירוש תושבי השטח הכבוש.[153] לעניין הריסת הבתים, נשען קרצמר על הכלל הבסיסי האוסר עניש קולקטיבית;[154] הבית שנהרס משמש למגורים של בני אדם רבים, ולא רק של העבריין. לעתים הבית שנהרס הוא קניינו של אדם אחר ולא של העבריין. הניסיון לסווג את מעשה ההריסה כאקט מנהלי ולא עונשי אינו משנה את אופיו העונשי, טוען קרצמר באופן משכנע. מלבד הענישה הקולקטיבית, קיים, לטענתו של קרצמר, אספקט נוסף המיוחד להריסת בתים של מחבלים מתאבדים: הריסה שכזו לא ניתן לראותה כעונש כלל – שכן העבריין כבר אינו בחיים ולכן לא ניתן להענישו – אלא כפעולת תגמול, שאינה מותרת בדין הבינלאומי, לא כל שכן כאשר מטרתה היא לפגוע באוכלוסיה אזרחית אשר לא הוכח שהיה בינה ובין הטרור קשר או שידעה כי המחבל המתאבד אכן מחבל (דהיינו משתייך לארגון טרור) או מתעתד לבצע מעשה אלימות. הותרת אזרחים חסרי בית, טוען הספר,

---

מדינת ישראל על השטח המפונה. היא פרי התפיסה כי על ישראלים המצויים מחוץ למדינה אך באזור הנתון לשליטתה בדרך של תפיסה לוחמתית חלים חוקי־היסוד של המדינה באשר לזכויות האדם. לאור מסקנתנו זו, אין לנו צורך לנקוט עמדה בשאלת התחולה המקומית (הטריטוריאלית) של חוקי היסוד, ואין לנו צורך לבחון השאלה אם חוקי־היסוד מעניקים זכויות גם למי שאינם ישראלים והמצויים באזורים הנתונים לתפיסה לוחמתית [...]. שאלה זו מעוררת בעיות שאין לנו צורך לדון בהן, ונשאיר אותן בצריך עיון".

149. לעיל, הערה 100 והטקסט שלידה.

150. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 145-186.

151. סעיף 49 לאמנת **ג'נבה** הרביעית (לעיל, הערה 4).

152. בג"ץ **אבו עוואד** (לעיל, הערה 13), שם. לתמיכה בגישה זו ראו גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 370-379.

153. לעיל, הערה 88.

154. סעיף 33 לאמנת **ג'נבה** הרביעית (לעיל, הערה 4); סעיף 50 לאמנת **האג** (לעיל, הערה 139).

פוגעת גם בדין ההומניטרי.[155] המסקנה המתבקשת מביקורתו זו של קרצמר היא כי אמצעים אלו – גירוש והריסת בתים – אינם אמצעים לגיטימיים במשפט הבינלאומי, תהא תכליתם אשר תהא. בין שמועילים הם ובין לאו, הם פוגעים בזכויות יסוד של הפרט ושל הקולקטיב בניגוד לסמכות המוענקת לשלטון התופש את השטח.[156]

מעוניין אני להשאיר פתוחה את השאלה אם אמצעים אלו אכן אפקטיביים.[157] נדמה כי אמצעי הגירוש אל מחוץ לגבולות המדינה והשטח הכבוש אינו אפקטיבי כיום, לא רק מכיוון שמבחינה צבאית מאפשר הגירוש למחבל לרכוש ידע נוסף בלוחמת גרילה בלי לאבד בהכרח קשר עם השטח (קשר המתאפשר באמצעות אמצעים מודרניים), אלא גם מכיוון שבמציאות הפוליטית מעשה גירוש שכזה מעביר למדינה שאליה גורש האדם את השליטה במשמעות האירוע בדעת הקהל – הן זו שבשטח הכבוש והן הבינלאומית.[158] למשמעות זו משקל לא מבוטל, כך נראה, בכל האמור בתפיסת הלגיטימיות של המשך המאבק האלים, המוטיבציה להשתתף בו, לתמוך בו או לפחות להבין אותו הבנה אוהדת.[159] לעניין הריסת הבתים, התמונה סבוכה, וקיימות אינדיקציות סותרות לעניין יעילות האמצעי, אך על כל פנים לא ברור כי הוא יעיל.[160] אין תמה אפוא שבית המשפט, שאינו נהנה ממומחיות

---

155. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 147-148. ראו גם: Farrell (לעיל, הערה 44); Shane Darcy, "Punitive House Demilitions, the Prohibition of Collective Punishment, and the Supreme Court of Israel", 21 *Penn St. Int'l L. Rev.* (2003) 477; Simon (לעיל, הערה 19), בעמ' 46-79. לעומת זאת, ראו גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 223-236.

156. Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 147-148. ראו גם Darcy (לעיל, הערה 155), בעמ' 506-507; Simon (לעיל, הערה 19), בעמ' 75. לעומת זאת, ראו גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 223-236, 370-379.

157. בעניין זה, ראו גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 229; רפי ישראלי, "איסלאמיקזה – טרור המתאבדים", **נתיב** נד (1997) 69, בעמ' 75.

158. על התקשורת בתקופת הגירוש ראו דינה גורן, "השבוע הסוער – דיווח תקשורתי בזמן אמיתי", **אותות** קנא (1993) 6. בעניין זה, ראוי לזכור כי: "...the entire Middle East conflict is a struggle over who is the bigger victim... Victim frames represent important opportunities for challengers as long as they remain in character". Gadi Wolfsfeld, *Media and political conflict: News from the Middle East* (Cambridge University Press, 1997), 119.

159. Albert Bandura, "The Role of Selective Moral Disengagement in Terrorism and Counterterrorism", *Understanding Terrorism* (Fathali M. Moghaddam & Anthony J. Marsella – eds., American Psychological Association, 2004) 121, p. 127.

160. ראו דברי הפרקליט הצבאי הראשי, תא"ל אבי מנדלבליט, **בפרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט** (פברואר 2005), 5, על אודות דו"ח פנימי של צה"ל בנושא זה, שהגישה ועדה בראשות האלוף אודי שני, ואודות החלטת הרמטכ"ל, שר הביטחון וראש הממשלה להפסיק לנקוט הריסת בתים לצורכי הרתעה, בהתבסס על מסקנות הוועדה. בהקשר זה יש לציין גם את עמדתה של פרקליטות המדינה, לפיה מידע שחלקו חסוי מוכיח כי הריסת בתים משפיעה

בתחום וחשוף לביקורת על כישלונות מקצועיים, יתקשה לפסוק אם אמצעי הגירוש או הריסת הבתים אכן יעילים להשגת המטרה הביטחונית שלשמה נעשה בהם שימוש.[161] לצורך הדיון מוכן אני להניח אפוא כי קיימת אפשרות שאמצעים אלו אפקטיביים במידה כלשהי.

ברם, שאלת הלגיטימיות של השימוש בגירוש ובהריסת בתים מורכבת יותר מזו הנפרשת מעל דפי הספר. אין לראות את דברי כמתירים גירוש או הריסת בתים, אלא כתהייה בדבר הקביעה הנחרצת כי אמצעים אלו פסולים באשר הם. תהייה זו נובעת משילובם של שני גורמים: האתגר שמציב הטרור בפני הדין הבינלאומי, ותחולת הצידוק הקרוי "דמוקרטיה מתגוננת" במשפט הבינלאומי, כעקרון על החולש על אופן יישומם של כללים ספציפיים ובכלל זה כמקים חריג מסוג צורך, כורח או הגנה עצמית ליישום כללים אלו.[162] אנסה לשרטט, בקווים כלליים, את הקושי הזה.

המציאות כיום, בה המאבק בין מדינת ישראל לארגוני טרור אינו רק מאבק לשחרור השטחים מכיבוש ישראל אלא גם, לפחות לפי משנתם של חלק מהארגונים, מאבק על עצם קיומה של מדינת ישראל (בכלל, או כמדינתו של העם היהודי),[163] אינה מציאות

ומרתיעה מפני טרור. ראו בג"ץ 10467/03 **שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף** נח(1) 810 (להלן: בג"ץ **שרבאתי**), בעמ' 814-815. בפרשה זו אימץ בית המשפט את עמדת המדינה, ואישר לאטום, לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, ע"ר תוס' 2 (ע) 855, את הקומה הראשונה בביתה של משפחה שאחד מבניה הסיע מחבל מתאבד. ייחודו של המקרה הזה הוא בכך שהבן ובני משפחתו הם אזרחי ישראל, תושבי ירושלים (המזרחית), והבית שנאטם מצוי בשטח עליו החילה ישראל את ריבונותה. נכונותו של בית המשפט לקבל את טענתה הכללית של המדינה בדבר יעילות האמצעי, כמו גם העובדה שבית המשפט לא העביר את הנטל לכתפי המדינה להראות שאין אמצעי שמידת פגיעתו בזכות מוגנת פחותה, מלמדים, לדעתי, כי בפועל יישם בית המשפט אופן התמודדות משפטי המותאם לעימות מזוין ולשטח כבוש. בעניין הריסת בתים לצורכי הרתעה, יש להוסיף כי באופן כללי, קיים ספק בדבר יעילותה של הרתעה כלפי טרוריסטים ובכלל זה מתאבדים. ראו בועז סנג'רו, "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט", **עלי משפט** ב (תשס"ב) 127, בעמ' 192-193. לעומת זאת, ראו בועז גנור, "עונש מוות למחבלים. כן או לא? למתנגדי עונש המוות – הנחות יסוד מוטעות", **מוקד – בארץ ישראל** קצח (תשמ"ט) 16.

161. בג"ץ 6696/02 **עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 110, בעמ' 114; בג"ץ 7473/02 **בחר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 488, בעמ' 490; בג"ץ **שרבאתי** (לעיל, הערה 160), בעמ' 814-815; Aharon Barak, "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 16, p.157.

162. Gregory H. Fox and Georg Nolte, "Intolerant Democracies", 36 *Harv. Int'l L. J.* (1995) 1.

163. על משנת החמאס ראו ענת קורץ ודוד טל, "החמאס – קנאות איסלאמית במאבק לאומי", **טרור איסלאמי וישראל: חיזבאללה, ג'יהאד איסלאמי פלסטיני, חמאס** (ענת קורץ – עורכת, פפירוס, 1993) 155, בעמ' 158-160; ראובן פז, **האמנה האיסלאמית ומשמעותה: עיון ראשוני ותרגום** (מרכז דיין, 1998), 13; יחזקאל שבת, **חמא"ס ותהליך השלום** (יחזקאל שבת

הזוכה למענה מספק של הדין הבינלאומי לרבות מרכיביו ההומניטריים,[164] לפחות כפי שדין זה בא לידי ביטוי בכללים שהוכרו במפורש ככלים מנהגיים, באמנות ספציפיות או בהחלטות אורגנים בינלאומיים מוסמכים. חסרים אנו עקרונות מוסכמים וכללים ספציפיים להתמודדות עם מציאות זו.[165] ודוקו: אינני טוען שלא ניתן לגזור כללים כאלה ממקורות המשפט הבינלאומי – כנראה שניתן – אלא שחסרונה של אמנה המתייחסת ללוחמה בטרור,[166] חסרונה של עבֵרת הטרור כעבירה ספציפית ברשימת העבֵרות שעליהן מופקד בית הדין הבינלאומי הפלילי,[167] (או בקבוצת העבֵרות שבנוגע להן מוצע כי למדינות

מו"ל, תשנ"ז-תשנ"ח), 11-15; אביבה שאבי ורוני שקד, **חמאס – מאמונה באללה לדרך הטרור** (כתר, 1994), 106-111. על משנת הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני, ראו ענת קורץ ודוד טל, "הג'יהאד האיסלאמי הפלסטיני", **טרור איסלאמי וישראל: חיזבאללה, ג'יהאד איסלאמי פלסטיני, חמאס** (ענת קורץ – עורכת, פפירוס, 1993), 117, בעמ' 120-121; על משנת אש"ף והפת"ח, ראו יובל ארנון־אוחנה, **אש"ף – הארגון ומטרותיו** (מרכז ההסברה, תשמ"ד), 6-12; משה שמש, "אש"ף: 1964-1993 – ממאבק מזוין לחיסול מדינת ישראל, להסכם שלום איתה", **התנועה הלאומית הפלסטינית – מעימות להשלמה?** (משה מעוז ובנימין זאב קדר – עורכים, משרד הבטחון, 1996), 299.

164. Thomas M. Franck, "Who Killed Article 2(4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States", 64 *Am. J. Int'l L.* (1970) 809, pp. 811-812.

165. גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 129.

166. אין, עד כה, אמנה כללית בדבר טרור: Daniel B. Pickard, "Security Council Resolution 808: A Step toward a Permanent International Court for the Prosecution of International Crimes and Human Rights Violations", 25 *Golden Gate U. L. Rev.* (1995) 435, p. 452. עם זאת, קיימות אמנות ספציפיות העוסקות בסוגים מסוימים של טרור (לדוגמה, ראו אמנה בדבר עבירות ומעשים מסוימים אחרים המבוצעים בכלי טיס, 1963 (כ"א 21, עמ' 87); אמנה בדבר מניעתם וענישתם של פשעים נגד בני אדם מוגנים מבחינה בין־לאומית, לרבות נציגים דיפלומטיים, 1973 (כ"א 26, עמ' 419); *International Convention Against the Taking of Hostages* (December, 1979).

167. עבֵרה בשם "טרור" איננה מופיעה במפורש ברשימת העבֵרות בהן מוסמך לדון בית הדין הבינלאומי הפלילי [*The Rome Statute of the International Criminal Court* (July 1998)] (להלן: אמנת **רומא**), סעיפים 5-8]. קיימת מחלוקת בשאלה, אם יש בסמכותו של בית הדין לשפוט טרוריסטים. בעניין זה ראו: Antonio Cassese, "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", 12 *Euro. J. Int'l L.* (2001) 993; Vincent-Joël Proulx, "Rethinking the Jurisdiction of the Iternational Criminal Court in the Post-September 11th Era: Should Acts of Terrorism Qualify As Crimes Against Humanity?", 19 *Am. U. Int'l L. Rev.* (2003-2004) 1009; גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 500-516; יובל שני, "ישראלים על ספסל הנאשמים? – השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל", **המשפט** ט (תשס"ד) 51, בעמ' 82-84.

תהא נתונה סמכות אוניברסלית),[168] החלטת בית הדין בהאג לעניין גדר ההפרדה הקובעת שמגילת האומות המאוחדות אינה מתירה הגנה מפני פעולות איבה המגיעות משטח הנתון לתפיסה לוחמתית[169] – כל אלה, ועוד, מהוות אינדיקציה שעד מועד כתיבת שורות אלו הכללים הקיימים במשפט הבינלאומי הם במקרה הטוב עמומים ובמקרה הטוב פחות חסרים. המשפט הבינלאומי, כך נראה, נדרש בהקשר זה להגיע לרמת קונקרטיזציה חדה יותר בכל האמור לכללי הסמכות, לכללים המגדירים אמצעים מותרים ואסורים, ולכללים החלים על המידתיות בין אמצעי כזה או אחר למטרה הלגיטימית, היא הגנת החיים והלוחמה בטרור. ייתכן שכללים אלו יתקשו לאסור גירוש או אף הריסת בתים בכל מצב. ייתכן שיהיו מצבים בהם יתיר המשפט הבינלאומי שימוש באמצעים אלו, בסיטואציה של לוחמה בארגון טרור על עצם קיום המדינה.

שאלה נכבדת וראשונה בעניין זה היא שאלת הסיווג: האם כיום מתייחס המשפט הבינלאומי לטרור כעֵברה על הדין הבינלאומי **הפלילי**, כהפרה של **דיני המלחמה** הבינלאומיים, או **כסוג מיוחד**, sui generis, של מעשים האסורים בדין הבינלאומי?[170] כדי לענות על שאלה זו, יש לענות על שאלה שלובה, והיא כיצד נתפס במשפט הבינלאומי ארגון טרור בכלל, וכזה הפועל בתנאים שבשטחים בפרט. המשפט הבינלאומי הפומבי הקלאסי, למותר לציין, עסק במדינות ובאורגנים בינלאומיים. ארגוני הטרור אינם נופלים להגדרה זו.[171] המשפט הבינלאומי ההומניטרי הקלאסי יצא מנקודת מוצא שהמאבק, שבמסגרתו צריך להגן על אזרחים מפני הפרת זכויות אדם, הוא מאבק המתבצע בהקשר בין לאומי מוכר: בין שתי מדינות על **שטח** מסוים, או בין שלטון לקבוצת אזרחים על **השליטה במדינה**.[172] סוגים שונים של טרור אידאולוגי (ובכלל זה דתי) אינם ניתנים

---

168. The Princeton Principles On Universal Jurisdiction [URL: http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf].

169. חוות דעת ה-I. C. J. בעניין **גדר ההפרדה** (לעיל, הערה 65), סעיפים 138-139 לדעת הרוב.

170. ראו, בעניין זה: Errol P. Mendes, "Between Crime and War: Terrorism, Democracy and the Constitution" 14 *Nat. J. Constitutional L.* (2003) 71. לדיון בשאלת המסגרת המשפטית החולשת על פעילות המדינה במאבקה בטרור **בינלאומי**, ראו: Rainer Grote, "Between Crime Prevention or Prosecution and the Laws of War: Are the Traditional Categories of International Law Adequate for Assessing the Use of Force against International Terrorism?", *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security Versus Liberty?* (Christian Walter, Silja VÖneky, Volker Röben, Frank Schorkopf – eds., Springer-Verlag, 2004), 951.

171. גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 72-77; יורם דינשטיין, **המשפט הבינלאומי והמדינה** (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, 1971), 27-28. ראו גם בג"ץ **עג'ורי** (לעיל, הערה 87), בעמ' 381-382; יורם דינשטיין, **המשפט הבינלאומי האל-מדינתי** (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, תש"ם), 119.

172. שם, בעמ' 223-224; יורם דינשטיין, **דיני מלחמה** (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ג), 13. לעומת זאת, לטענה כי המשפט הבינלאומי ערוך גם לטיפול במצב בו תושבי השטח

לסיווג פשוט על פי קטגוריות מוכרות אלו. במיוחד מאיים הטרור היוצא כנגד עצם **זכות הקיום** של מדינה מסוימת, כנגד עצם זכות הקיום של השיטה הדמוקרטית־ליברלית, או כנגד מנגנוני המשפט הבינלאומי ליישוב סכסוכים ולקבלת הכרעות.[173] הקושי לקבוע את מהותו המשפטית של ארגון הטרור במשפט הבינלאומי משליך, אם כן, על מערכת הדינים שתחול על מדינה בהתמודדותה עם ארגון הטרור.

שאלה נוספת עולה בעניין ההתמודדות עם טרור ההתאבדות. סוג טרור זה מאתגר במיוחד את הנחות המוצא של המשפט הבינלאומי, בשל שלושה מאפיינים מיוחדים שלו. **ראשית**, בשל השימוש הקולקטיבי באלימות, טרור זה מעמיד את הקולקטיב ואת האידאולוגיה שבשמה נאבק הקולקטיב מעל לכל ערך אחר[174] – ולפיכך מזמין הוא התמודדות ברמה הקולקטיבית. יש לזכור כי פגיעה באזרחים תוך כדי התאבדות איננה מעשה הנעשה על ידי בודדים, אלא מעשה הנעשה על ידי אנשים החברים בארגון מסוים, הזוכים לתמיכה לוגיסטית ולהכוונה,[175] והזוכים למעמד רם בחברתם ולכבוד המקרין גם על משפחתם.[176] אין להבין את מעשיהם במנותק מדברי השבח והעידוד להם הם זוכים, נניח, מאב, מאם או ממנהיג פוליטי. **שנית**, טרור ההתאבדות משמיט מבחינה משפטית את היחיד, העבריין, שאינו עומד לדין על העֲבֵרה שביצע, שכן עם עצם ביצועה זכה הוא ל"פרס" בדמות מסע לגן עדן.[177] **שלישית**, המשפט הפלילי מבוסס על הגנת החברה מפני עבריין בודד (או כנופיה) המקבלים, באופן כללי, את עצם קיום הסדר המדינתי, או לפחות מקצת מערכי החברה,[178] בעוד טרור המתאבדים מבוסס לא רק על שלילת סדר זה אלא על היררכיית

הכבוש ישתתפו בפעילות איבה כנגד הכובש, ומקנה לכובש אמצעים שבכוחו לנקוט נגד תושבים אלה, ראו בן־נפתלי ומיכאלי (לעיל, הערה 87), בעמ' 124-126.

173. זהו סוג הטרור ש-Paul Wilkinson כינה בשם "טרור מהפכני" (Revolutionary Terrorism), ראו: Paul Wilkinson, *Political Terrorism* (Macmillan, 1974), 36-44. זהו גם סוג הטרור המאפיין את רוב ארגוני הטרור האסלאמיים בשטחים ובעולם (ראו לעיל, הערה 163); גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 30-31, 75; Robert L. Phillips, "The War Against Pluralism", *Terrorism and International Justice* (James P. Sterba — ed., Oxford University Press, 2003) 101, pp.101-102.

174. שם, שם; ישראלי (לעיל, הערה 157), בעמ' 71; שרי גולדשטיין־פרבר, "לוחמה פסיכולוגית בשטחים והפרופיל הנפשי של המפגע המתאבד", **מערכות** שפט (תשנ"ג) 16, בעמ' 22-23.

175. שם, בעמ' 23-24; ישראלי (לעיל, הערה 157), בעמ' 70, 73-74.

176. שם, בעמ' 70, 73; נחמן טל, "ישראל וטרור המתאבדים", **עדכן אסטרטגי** ה(1) (תשס"ב) 25, בעמ' 25-26; גולדשטיין־פרבר (לעיל, הערה 174), בעמ' 21, 24.

177. שם, בעמ' 24; ישראלי (לעיל, הערה 157), בעמ' 70-72.

178. דיני העונשין שלנו מבוססים על תפיסותיה הכלליות של החברה, גם אם לא על תפיסותיו של כל אינדיבידואל בחברה זו. עיקרון בסיסי הוא כי העֲבֵרות ועונשיהן צריכים להלום את תפיסות החברה. ראו ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך א, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ד), 1, 45-52, 56-57. דא עקא, שדיני העונשין הישראלים אינם הולמים את תפיסות החברה הפלסטינית בשטחים, כאמור.

ערכים אחרת. הרעיון הליברלי, לפיו הריסת הקניין היא עונש, שלילת החירות מהווה ענישה חמורה יותר, ובראש הפירמידה ניצב עונש מוות[179] נהפך ללא רלוונטי כאשר המוות נתפש כמעשה גבורה שיש לשאוף אליו והחירות היא אך כלי אותו יש לרתום לשם השגת המטרה הקולקטיבית. במציאות נורמטיבית זו, הנחות היסוד של המשפט הבינלאומי בכלל, והמשפט הבינלאומי הפלילי בפרט, מצויות במתח עם הנחות היסוד של חברי הארגונים, לפחות מקצתם. אין ספק שעל תפיסת העולם הליברלית – ככל שהמשפט הבינלאומי נשען על תפיסה שכזו – להישאר נאמנה לערכיה גם בבואה ללחום בטרור, אלא שאין להתעלם מהתנגשות הנחות היסוד ככל שהמאבק אותו מנהל הסדר הליברלי על עצם קיומו שואף להשפיע על עולם המעשה.

קושי זה, הנובע מהתנגשות בערכים המכוננים, מצטרף, כאמור, גם לקושי המושגי והדוקטרינרי הנובע מן האופן שבו המשפט הבינלאומי מאורגן לפי קטגוריות דין שונות, כגון דיני מלחמה ומשפט הומניטרי, או דינים פליליים ודיני זכויות אדם.

דיני המלחמה היו מסווגים את המאבק של מדינות בארגונים כ"מלחמה בטרור", ומתייחסים אל המחבלים כאל לוחמים בלתי חוקיים,[180] שניתן לגרשם וניתן להשמיד את "הבסיס" בו שכנו, גם אם בסיס זה שימש למגורים בלבד ולא לעצם ייצור אמצעי הלוחמה.[181] אך ברור כי סיווג שכזה חוטא למציאות, שכן מתייחס הוא לכל האוכלוסייה האזרחית כאוכלוסייה לוחמת, בלא קשר לשאלת מידת מעורבותה במעשי הלוחמה. התייחסות שכזו לאוכלוסייה אזרחית תפר את הדין ההומניטרי. אכן, בית מגורים אינו בסיס צבאי והשמדתו עלולה לקטול, או לכל הפחות לפגוע, גם באוכלוסייה אזרחית חפה מפשע שגרה במקום. באופן דומה, מוכר במכולת השכונתית שמבצע משלוחים לבית המושמד אינו חייל תחזוקה שמותר להרוג בזמן מלחמה. דיני המלחמה, בתצורתם הנוכחית, אינם מתאימים.

המשפט הפלילי, לעומת זאת, היה בוחן כל מפגע בנפרד, אם ביצע עבֵרה פלילית לפי הכללים המוכרים במשפט הבינלאומי הפלילי. לשם ענישתו היה צורך במעצר, חקירה, משפט על פי כללי סדר הדין ובסופו, אם היה החשוד נמצא אשם מעל ספק סביר, מאסר. אמנם גישה זו עולה בקנה אחד עם דיני זכויות האדם, המדגישים את חשיבות ההליך ההוגן,[182] אלא שגישה זו מעלה קשיים לא מבוטלים. האומנם ניתן ורצוי להכניס שוטרים לשטחים, לעצור כל מפגע בנפרד? האם זו גישה המתאימה לסוג האיום שמעורר הטרור?

---

179. בעניין זה, ראו רות קנאי, "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש – בעקבות דוח ועדת גולדברג", **מחקרי משפט** טו (תשנ"ט) 147, בעמ' 181-182; יעקב בזק, "השיקולים לקביעת אופי העונש ומידתו", **הפרקליט** לג (תשמ"א) 308, בעמ' 311; רות קנאי, "הנחיות לקביעת גזר־הדין בפסיקת בית־המשפט העליון", **משפטים** כד (תשנ"ד) 97, בעמ' 135-136; חיים ה' כהן, "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה", **פלילים** א (תש"ן) 9, בעמ' 11.

180. גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 72; דינשטיין (לעיל, הערה 172), בעמ' 97-105.

181. שם, בעמ' 142-144.

182. ראו, למשל, סעיף 14 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (כ"א 31, עמ' 269).

האם יש להשתמש בכלים המותרים על פי המשפט הפלילי, אשר על פי הגיונו הנו בעיקר כלי אוֹחֵר, ופועלו המניעתי הנו אך תוצאה נגזרת? אין ספק שתומכי גישת דיני המלחמה היו עונים על שאלה זו בשלילה. לדידם, מקומם של שוטרים איננו באזור שמתקיימת בו לחימה. סוג הפעילות שלהם אינו מתאים. סמכויותיהם מבוססות על איזון המקנה עדיפות לזכויות הנאשם על פני אינטרס החברה,[183] ואיזון זה, עשויים לגרוס תומכי דיני המלחמה, אינו מתאים לטיפול בטרור קבוע ורצחני. לכך יש להוסיף, כאמור,[184] את הקושי המיוחד שמעלה טרור ההתאבדות המאורגן. אם כן, ספק רב טמון בהתאמתו של המשפט הבינלאומי הפלילי לטיפול בטרור מהסוג שעמו מתמודדת מדינת ישראל.

לבסוף נשאר סיווג הלוחמה בטרור כ"**דין מיוחד**" – sui generis, אלא שדין בינלאומי כזה איננו מגובש כל צורכו כרגע.[185] הדברים הם עדיין בחיתוליהם. קביעת דין כזה תצטרך להתמודד עם כל הקשיים הייחודיים לטרור שהזכרנו. יהיה על יוצריו להתמודד עם איום שאינו מגיע מחד גיסא מצבא מאורגן רגיל. כשהלוחם הבלתי חוקי הוא גם מנהל מאפייה בו בזמן, ההבחנה בין אזרחים לחיילים מאבדת את משמעותה. עם זאת, נדמה לי שכבר עכשיו ניתן לציין מספר עקרונות מנחים שיהיו בוודאי ביסודו של דין זה. אחד מהם הוא עקרון המידתיות:[186] התאמה בין האמצעי למטרה, הפגיעה המינימלית ההכרחית (מיצוי כל האופציות האחרות לפני השימוש בכוח) ויחס ראוי בין האמצעי ובין חשיבות מטרתו וסיכויי השגתה באמצעותו.[187] חשיבות נודעת גם לפן המוסדי – הליכי הפיקוח, אמצעי הבקרה ומהות המוסד המבקר את החלטות הדרג המבצע, בכל הנוגע לקיום היחס המידתי הזה. בלא פן מוסדי שכזה, ייהפך "הדין המיוחד" שביקשנו לדיני מלחמה רגילים. קושי עיקרי נוסף, שעמו יצטרכו מעצבי הדין המיוחד להתמודד, הוא הגדרת "טרור", ואפילו בעניין בסיסי זה רב הפולמוס.[188] עד שייקבע דין זה, אם בכלל, נראה שהמדינות המתמודדות עם טרור

---

183. ראו, למשל, ב"ש 838/84 **ליבני נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3) 729, בעמ' 737-738; עמנואל גרוס ומיכל עורקבי, "'מעבר לספק סביר'", **קרית המשפט** א (תשס"א) 229, בעמ' 229-238. בישראל, קיבל עיקרון זה משנה תוקף לאור חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו, למשל, דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, בעמ' 645; אהרן ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי־היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 5, בעמ' 9-10.

184. לעיל, הערות 174-179 והטקסט שלידן.

185. גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 130.

186. לכלל מסקנה דומה, בעניין דומה, הגיע Rainer Grote, אשר דן בהגבלות המוטלות על מדינה הפועלת נגד טרור בשטחה של מדינה **אחרת**. ראו: Grote (לעיל, הערה 170), בעמ' 980-986.

187. על עקרון המידתיות והצעות לפיתוחו ועידונו ראו גם יצחק זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 109, בעמ' 130-131; סגל (לעיל, הערה 23); דליה דורנר, "מידתיות", **ספר ברנזון** (כרך שני: **בני סברה**, אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, נבו, תש"ס) 281.

188. Ely Tavin and Yonah Alexander (eds.), *Terrorists or Freedom Fighters* (Hero Books,

ייאלצו לפלס לעצמן דרך בין דיני המלחמה ובין המשפט הבינלאומי הפלילי, ולהמשיך לספוג ביקורת משפטית משני העברים, יהיו בחירותיהן אשר יהיו.

ומהכלל אל הפרט: נשוב לסוגיית הגירוש והריסת הבתים. נניח, אם כן, שמדינה מחוקקת חוק הקובע כי רכושו של אדם שביצע עבֵרה מסוימת יוחרם (יחולט). לחילופין, נניח שייקבע שהעונש בגין עבֵרות מסוימות, אשר בביצוען שולל העבריין באופן מוחלט את זכות ההגדרה העצמית המגולמת בקיום המדינה (כשהיסוד הנפשי הנדרש הוא של כוונה), יהיה שלילת מעמד או גירוש משטח המדינה לתקופה מסוימת. האם נוכל לומר שבאופן נחרץ אמצעים אלו פסולים? האם עלינו לדון בסמכות הרשות להפעיל אמצעים אלו, או להעדיף, כטענת המדינה, את השימוש בדוקטרינת המידתיות־פרופורציונליות מתוך הנחה כי הסמכות קיימת, יהיה ההקשר והאיום אשר יהא?[189]

שוב, אינני טוען שבדברים אלו הראיתי כי הריסת הבתים היא אמצעי לגיטימי שניתן להשתמש בו לא רק במצבי סכנה מידית וברורה (למשל, כאשר יורים מהבית על כוח ישראלי). גם אינני טוען כי הראיתי שגירוש בא בחשבון כלפי אדם המוציא עצמו, במעשיו המכוונים, מקהל בני האדם הראויים להגנה מפני גירוש. רחוק מכך. אני עצמי איני חושב כך. ברור לי שגם אם בתנאים מסוימים ייתכן שניתן להתיר גירוש או הריסת בתים מבחינה

1986); Grant Wardlaw, *Political Terrorism: Theory, Tactics, and Counter-Measures* (Cambridge University Press, 1982), 3-17); בועז גנור, "הגדרת הטרור", **מערכות** שלג (תשנ"ג) 25; דניאל טאוב, "טרור במשפט הבינלאומי", **משפט בינלאומי** (רובי סיבל – עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"ג) 475, בעמ' 477-478; סנג'רו (לעיל, הערה 160), בעמ' 186-187; Shannon E. French, "Murderers, Not Warriors: The Moral Distinction Between Terrorists and Legitimate Fighters in Asymmetric Conflicts", *Terrorism and International Justice* (James P. Sterba – ed., Oxford University Press, 2003), 31; Tomis Kapitan, "The Terrorism of 'Terrorism'", *Terrorism and International Justice* (James P. Sterba – ed., Oxford University Press, 2003), 47; גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 29-42; Brien Hallett, "Dishonest Crimes, Dishonest Language: An Argument About Terrorism, *Understanding Terrorism* (Fathali M. Moghaddam & Anthony J. Marsella – eds., American Psychological Association, 2004), 49.

189. בהודעה משלימה מטעם פרקליטות המדינה בבג"ץ בעניין **הסיכול הממוקד** (לעיל, הערה 29), טענה המדינה כי הדין החל על העניין הוא דיני המלחמה וכי פעולתה מידתית. ברם, המדינה לא התייחסה לשאלה, אם דיני המלחמה אכן **מסמיכים** את הצבא לבצע "סיכולים ממוקדים" ו/או פעולות אחרות. התמודדות עם שאלה זו מחייבת לבחון את דיני ההסמכה של המשפט הבינלאומי ולפרש אותם לאור תכליתם. זאת ועוד, יש לשים לב כי תיתכן הבחנה בין דיני המאבק בטרור, המתייחסים לאמצעים אותם ניתן לנקוט כנגד טרוריסטים ותומכיהם, ובין דיני הכיבוש, הקובעים את חוקיות האמצעים המצויים בארסנל הכוח הכובש. המאבק של ישראל בטרור שמקורו בשטחים משלב דינים משני תחומים אלו, ואפשר שבכך טמון חלק מן הקושי.

190. בעניין זה ראו, למשל: David Kretzmer, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of

תיאורטית גרידא, הרי יישום הכללים מבחינה מעשית הוא בעייתי ומורכב. יש להתחשב בעניין זה במסגרת המוסדית הנתונה ולשים לב למגבלות ההליך ולכללי הראיות, ובמיוחד כאשר מדובר בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית בו שולט הצבא, ולפיכך ספק רב אם יש לאפשר סנקציה מעין זו. גם אינני טוען שהתשובות שניתנו על סוגיות אלו על ידי בית המשפט העליון הישראלי הן משכנעות. כל שרציתי לומר הוא, כי דווקא בספר כה עשיר כמו ספרו של קרצמר, נראה שהיה מקום להתמודד עם מורכבות זו, ולהעלות תהיות לא רק בדבר ההקשר הפוליטי המַבנה לחץ ציבורי־רגשי לביצוע מעשי תגמול, אלא גם באשר למהות העניין מבחינה משפטית־עיונית.

ספרו של קרצמר יצא לאור טרם פריצת המאבק המזוין המכונה לעתים "האינתיפאדה השנייה", ולפיכך אין תמה שהכותב לא עסק בסוגיות שזו מעלה. לכשתצא המהדורה השנייה של הספר, ודאי נמצא בה גם התייחסות לאמצעים אחרים, מלבד גירוש והריסת בתים, כגון בניית הגדר,[190] ה"סיכולים הממוקדים"[191] והטלת הגבלות על איחוד משפחות.[192] יש לקוות כי התייחסות זו לא תביא בחשבון רק את ההקשר הפוליטי, אלא גם את התכליות השונות שבבסיס הדין הבינלאומי הקיים, וגם ביקורת על הדין זה, לרבות ביקורת על פסיקות המוסדות הבינלאומיים והתמודדות מערכות משפט אחרות עם סוגיית

International Humanitarian Law", 99 *Am. J. Int'l L.* (2005) 88; Arie M. Kacowicz, "The Normative Dimension of International Relations and the Advisory Opinion of the ICJ on the Separation Barrier", 38 *Isr. L. Rev.* (Upcoming, 2005); Yuval Shany, "Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases", 38 *Isr. L. Rev.* (Upcoming, 2005); משה כהן־אליה, "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"צ בעניין גדר הביטחון", **המשפט** 20, 2005, 54-66; Moshe Hirsch, "The Legal Status of Jerusalem Following the ICJ Advisory Opinion on the Separation Barrier" 38 *Isr. L. Rev.* (Upcoming, 2005); Tomer Broude, "The Legitimacy of the ICJ's Advisory Competence in the Shadow of the Wall", 38 *Isr. L. Rev.* (Upcoming, 2005); Gerald M. Steinberg, "The UN, the ICJ and the Separation Barrier: War by Other Means", 38 *Isr. L. Rev.* (Upcoming, 2005; ראו גם להלן, הערה 195.

191. בעניין זה ראו, למשל: Georg Nolte, "Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order", 5 *Theoretical Inquiries in Law* (2004) 111; Daniel Statman, "Targeted Killing", 5 *Theoretical Inquiries in Law* (2004) 179; גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 581-629; Steven R. David, *Fatal Choices: Israel's Policy of Targeted Killing* (The Begin-Sadat Center for Strategic Studies, Bar-Ilan University, 2002), 14; Chris Downes, "'Targeted Killings' in an Age of Terror: The Legality of the Yemen Strike", 9 *J. of Conflict & Security L.* (2004) 277.

192. בעניין זה ראו, למשל, יורם דינשטיין, "איחוד משפחות בשטחים המוחזקים", **עיוני משפט** יג (תשמ"ח) 221; רינה רוזנברג, "חקירה מיוחדת: פרקטיקות ביטחוניות ואתגורים משפטיים", **מחברות עדאלה** ד (תשס"ד) 69.

193. הספר אינו כולל התייחסות למעמד השטחים שהועברו לשליטה פלסטינית על פי הסכם אוסלו –

השטחים, פרט למערכת הישראלית.[193] בהקשר זה יצוין כי הספר עצמו כלל אינו מתייחס לשאלה, אם הדין הבינלאומי המצוי – בהנחה שאנו מסכימים בדבר תוכנו – הוא גם הדין הרצוי. נדמה שאגב העיסוק באמצעים הלגיטימיים למלחמה בטרור, נוכל לקדם את הדיון גם בתוכן המשפט המצוי וגם בהסדרים הרצויים, ובכלל זה לקדם את הדיון במוסדות אשר ייטיבו להתמודד עם יישום הכללים הרצויים. לדעתי, לשאלה מוסדית זו, בדבר הפורום המתאים להפעלת ביקורת על הרשויות, בכל הנוגע לטיפולן בטרור, חשיבות מיוחדת.

למשל, ניתן היה לחשוב כי מן הראוי לשקול הסמכת אורגן משפטי בינלאומי – בית הדין הבינלאומי בהאג? – אליו יוכלו תושבי השטח הכבוש לפנות והוא ישמש אחד מאמצעי הבקרה על הפעלת הכוח על ידי המדינה הכובשת. אולם הניסיון שנצבר מהתמודדות בית הדין הבינלאומי בהאג עם בניית גדר ההפרדה[194] מעלה ספק בדבר יכולתו של אורגן זה להתמודד בהצלחה עם הסכסוך הישראלי־פלסטיני בפרט ועם דיני הכיבוש בכלל. לו חוות דעתו של בית הדין הייתה נופלת בקשת הפסיקה אותה בחן קרצמר, נראה שחוסר עקביותה היה זוכה לביקורת נוקבת לא פחות מזו שזכה לה בית המשפט הישראלי. בית הדין לא התייחס בקולו שלו לטרור, לא שכנע בשתיקתו בעניין איסור האלימות כלפי אוכלוסייה אזרחית ישראלית,[195] לא שכנע בקביעתו כי אין למדינות הנאבקות בטרור המופעל על ידי

וחלקם נכבשו מחדש על ידי ישראל במבצע חומת מגן. עניין זה חשוב לא רק לסוגיית תחולת הדין וסמכות השיפוט של בית המשפט הישראלי, אלא גם לשאלה אחרת, בה הספר לא עוסק כלל, והיא זכויות תושבי השטחים הנתונים לשלטון הירדני והמצרי ולשליטת הרשות הפלסטינית. אין כוונתי בכך לטענה הדמגוגית כאילו מצבם של תושבי השטחים טוב יותר כשהם נתונים בכיבוש ישראלי, אלא לשאלה, באיזו מידה מערכות המשפט הירדניות והפלסטיניות משפיעות על הדין החל בשטחים, כפי שהוא נתפש על ידי בתי המשפט הישראליים. האם מערכות משפט אלו שינו את האופן שבו בית המשפט הישראלי מיישם את המשפט הבינלאומי? האם היה על בית המשפט הישראלי, לפי כללי המשפט הבינלאומי, לנהוג אחרת בנוגע לדין שהוציאו מתחת ידם מערכות משפט אלו? באיזו מידה מערכות משפט אלו משפיעות, אם בכלל, על האופן שבו בתי המשפט הישראליים תופשים את תפקידם?

194. חוות דעת ה-I. C. J. בעניין **גדר ההפרדה** (לעיל, הערה 65).

195. בית הדין אפילו לא הזכיר בחוות דעתו את המילה "טרור", פרט לקטעים בהם צוטטו טענות ישראל (סעיף 116, 127 ו-138, שם). תיאור הרקע ההיסטורי בחוות הדעת אינו מאוזן ומדגיש לכל אורכו רק עובדות המשמשות נגד ישראל: הדגשת הכיבוש, הטענות שישראל לא יישמה את הסכמי אוסלו, מתן תחושה כאילו ישראל היא שיזמה את מלחמת ששת הימים וכו'. לעומת זאת, בחר בית הדין לעסוק בחוקיות ההתנחלויות, אף שדיון זה אינו נחוץ מבחינה משפטית. ראו איתי אפטר ועומר בכמן, "על הגבול בין גדר לחומה ובין ביטחון לסיפוח: פסיקת בג"ץ ופסיקת בית הדין הבינלאומי בהאג ביחס לגדר ההפרדה", **הארת דין** א (תשס"ד) 172, בעמ' 174-175, 183-185 [URL: http://law.haifa.ac.il/lawatch/lawatch_files/2004c_wall_final.pdf].

196. Ruth Wedgwood, "ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied

ארגונים לא מדינתיים זכות להגנה עצמית מפני טרור זה לפי מגילת האו"ם,[196] ולא שכנע בדבר האיסור לבנות מכשול יביל בשטח כבוש לשם הגנת המדינה הכובשת.[197] כישלונו של בית הדין הבינלאומי בהאג להתמודד עם הסוגיות שהועלו לפניו באופן משכנע, וכישלונו של בית המשפט הישראלי ליישם את הדין הבינלאומי כפי שמראה הספר, רק מעצימים את השאלה המוסדית: האם יש בנמצא אורגן שיפוטי שאפשר לתלות בו תקווה שיוכל ליישם בהגינות את דיני הכיבוש כך שיגנו על השטח הנתון לכיבוש ובכלל זה על זכויות הפרט והקבוצה בשטח זה, ובה בעת יגנו על זכויות הפרט והקבוצה של המדינה הכובשת?

ז. סיכום: צדק תחת כיבוש והתפתחות שיח הזכויות הבינלאומיות בישראל

כפי שמציינת זילברשץ, ספרו של קרצמר מהווה נדבך חשוב בשיח המשפטי החוקר את יחסו של בית המשפט העליון לפעילויות ישראל בשטחים.[198] למעשה, זהו החיבור הראשון המבצע ניתוח מקיף וממצה של סוגיות שונות, תוך שימוש במתודולוגיות מסורתיות (חקר פסקי דין) ומודרניות (תובנות ריאליסטיות וקונטקסטואליות). בכך, כך נראה, מעביר הספר את נטל השכנוע לשכם בית המשפט העליון ליישב או להצדיק את הסתירות השונות בפסיקותיו, ולכל הפחות להראות כי מעתה והלאה יתייחס לכללי המשפט הבינלאומי באותה הרצינות בה הוא מתייחס לכל כלל משפטי אחר. נראה כי עם יציאתו של הספר, אכן משנה בית המשפט את התייחסותו לכללי המשפט הבינלאומי,[199] וניתן לקוות כי תחום משפטי זה יזכה למעמד הבכורה לו הוא ראוי כחלק מכללי המשפט הציבורי.

אין להתעלם מכך שהספר כתוב באנגלית. בכך פותח קרצמר צוהר חשוב לחקר תגובת המשפט הישראלי לעתירות גם לחוקרים שאינם דוברי עברית. אמנם אין להתעלם גם מצדו השני של המטבע: הכתיבה באנגלית נגישה פחות דווקא לקהילה שבה טמון הפוטנציאל להמשך הביקורת ואפשר שאף לשינוי הפרקטיקה, היא הקהילה המשפטית בישראל, ובייחוד, לדעתי, קהילת עורכי הדין העותרים לבג"ץ והסטודנטים הלומדים את פסיקותיו. אלו קבוצות ייחוס שיש בכוחן לוודא יתר עקביות בפסיקה. עם זאת ברור שלהרחבת קהל היעד ישנה משמעות רבה, לא רק משום שבכך מתאפשר לאנשים נוספים להעריך את תפקוד בית המשפט העליון, ובכך משתכלל השיח המקצועי בישראל, אלא גם בשל השתלבותו ותרומתו לתהליכי גלובליזציה הפוקדים את עולם המשפט. מן הראוי לעמוד על התפתחויות אלו בקצרה, ובכך למקם את תרומתו של הספר בהקשר רחב יותר זה.

Palestinian Territory: The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defence", 99 *A. J. I. L.* (2005) 52.

197. שם, בעמ' 180-181; ראו גם גרוס (לעיל, הערה 77), בעמ' 60.

198. זילברשץ (לעיל, הערה 44), בעמ' 547.

199. לעיל, הערות 29, 60, 87, 94. להערכה ההפוכה ראו פנינה להב, "צדק וכיבוש: איך הצדיקו האמריקנים את מוסד העבדות ומה נלמד מההיסטוריה שלהם על זו שלנו?", **מחקרי משפט** כ (תשס"ד) 561, בעמ' 567-568.

בעקבות התפתחויות שונות שחלו בעולם המשפט מתום מלחמת העולם השנייה, ניתן לראות כיום את בתי המשפט השונים כמקיימים ביניהם דיאלוג[200] על האופן בו יש להגן על זכויות אדם במציאות המורכבת של המאה העשרים ואחת.[201] דיאלוג זה מבוסס על הפריה הדדית בין בתי משפט, בכל הקשור לגיבוש אמות מידה מקובלות במדינות דמוקרטיות לעניין פירוש כללי המשפט הבינלאומי הרלוונטיים ויישומם. פסיקת בית המשפט הישראלי היא חלק מדיאלוג זה. על פסיקתו לשכנע לא רק את הקהל המקומי, אלא גם את הקהל הבינלאומי.[202] לקהל זה משתייכים גם חוקרים ומלומדים זרים, שזכו זה עתה לאשנב דרכו יוכלו לנתח את הנמקות בית המשפט ואת הדרך בה יישם את כללי המשפט הבינלאומי. בהקשר זה, שתיקתו של בית הדין הבינלאומי בהאג, אשר אפילו לא טרח להתייחס לפסיקת בית המשפט העליון בפרשת גדר ההפרדה, רועמת. ניתן, כמובן, לתהות שמא פסיקת בית המשפט העליון לא שכנעה את בית הדין הבינלאומי בהאג, אך גם במקרה כזה, יכול היה בית הדין הבינלאומי להתייחס לפסיקת בית המשפט העליון, לפרוש את נימוקיו לאי־קבלתה. אם יש ממש בתיאוריית הדיאלוג, קשה לראות כיצד הפסיקה בהאג, בהפגינה התעלמות מהנימוקים שעלו בפסיקה הישראלית, תזכה לאהדה מאמצת בשיטת המשפט הישראלית.

זאת ועוד, עם תום המלחמה הקרה עדים אנו להתפתחות במשפט הבינלאומי אשר אין להמעיט בחשיבותה: הרחבת כללי הסמכות של ערכאות שיפוטיות בינלאומיות ומדינתיות.[203] אמנם התפתחות זו מתרחשת לעת עתה בגבולות המשפט הפלילי,[204] אך אין מניעה עקרונית כי תורחב גם לתחום האזרחי,[205] ובעתיד הרחוק יותר אפשר שאף יתפתחו

---

200. Ann-Marie Slaughter, "A Typology of Transjudicial Communication", 29 *U. Rich. L. Rev.* (1994) 99.

201. נראה כי במאה זו האיום חוצה גבולות מדינתיים, ניזון לא אחת מאידאולוגיה אנטי־ליברלית ומאוכלוסייה אזרחית אשר בחלקה היא עוינת, ואינו מסתפק בהישגים טריטוריאליים. במצב זה בית המשפט – כל בית משפט – נדרש לגבש תפיסה יוריספרודנטית בבואו להגן על זכויות אדם מפני התממשותו של איום זה. באותו האופן נדרשת הרשות השופטת להתמודד עם פעילות מדינתית העושה שימוש באמצעים פסולים או לא־מידתיים, פעילות שנועדה, לפחות בחלקה, להגן על המדינה מפני איום (אמיתי או נחזה) זה, אך עשויות להיות לה גם תכליות אחרות, ועל כל פנים עלולה היא לפגוע פגיעה גורפת יתר על המידה בזכויות הפרט והקבוצה.

202. קיימת סיבה נוספת, יוריספרודנטית־פנימית, לצורך של בית המשפט לשכנע את הקהילה המשפטית הבינלאומית בהנמקותיו. לפי עקרונות הפרשנות המקובלים של אהרן ברק, השופט יכול לבחור רק באופציה פרשנית שלא תגרום תדהמה בקרב הקהילייה המשפטית. כל אופציה אחרת, לשיטתו, איננה חוקית [ברק (לעיל, הערה 108), בעמ' 31-35]. לפיכך מכיוון שהקהילייה המשפטית העוסקת במשפט הבינלאומי כוללת גם את המשפטנים הזרים, הרי פרשנות כללי המשפט הבינלאומי באופן שיביא לתדהמתם איננו חוקי.

203. רייכמן (לעיל, הערה 25), בעמ' 54-58.

204. הכוונה היא להקמתו באחרונה של בית הדין הפלילי הבינלאומי (ה-ICC). ראו אמנת **רומא** (לעיל, הערה 167).

205. Reichman and Kahana (לעיל, הערה 77), בעמ' 650-656.

כלים דומים בתחום המנהלי והחוקתי. למעשה, ניתן לראות בפסיקות בית הדין הבינלאומי בהאג, ובראשן חוות הדעת בעניין גדר ההפרדה, תשתית לפסיקה "חוקתית" שכזו, לעניין סמכות מדינות וראשיהן לבצע פעולות שונות. במילים אחרות, "רשת הסמכות" – תשתית האורגנים השיפוטיים המוסמכים להפעיל את כללי המשפט הבינלאומי – הולכת ומתעבה באחרונה, בעקבות הקמת אורגנים שיפוטיים בינלאומיים כגון בית הדין הבינלאומי הפלילי,[206] ובעקבות אמנות המחייבות את המדינות החתומות עליהן לקלוט את הדין הבינלאומי לתוך המשפט המקומי ובכך להסמיך את בתי המשפט המקומיים.[207] בד בבד, מכיוון שהמערכת הפוליטית הבינלאומית השתחררה מכבלי המלחמה הקרה, דומני כי השתחרר עמה בית הדין הבינלאומי בהאג, ולפיכך לקביעותיו לעניין פרשנות אמנות נודע משנה תוקף, בכל הנוגע לפרשנות אמנות אלו בדין המקומי ואף על ידי אורגנים בינלאומיים אחרים.

בבסיס הרחבת הסמכות ניצבת ההכרה בחשיבות זכויות האדם המעוגנות במשפט הבינלאומי, וההכרה בצורך לגבש – ולייש – איסורים כלל עולמיים כנגד סוגים מסוימים של פגיעה בזכויות אלו. הכרה זו מובילה לתהליך שבמסגרתו מוענקת במשפט הבינלאומי (לאורגנים בינלאומיים) ובמשפט המדינות השונות (לאורגנים מדינתיים) סמכות לשפוט בני אדם על מעשים שאינם מקיימים קשר־סמכות פשוט וטבעי למדינת הפורום: בני האדם אינם בהכרח אזרחי המדינה השופטת או תושביה, המעשים לא בוצעו כלפי אזרחי המדינה או תושביה ואף לא בשטח המדינה או כלפי אינטרסים חשובים שלה.[208] במקביל מתבצע במשפט הבינלאומי תהליך נוסף, המעניק לאורגנים בינלאומיים, כגון ה-ICC, סמכות לשפוט גם במקרים בהם הנשפטים אינם אזרחי מדינה החתומה על האמנה המקימה לאותם גופים את סמכות השיפוט.[209] במארג משפטי זה[210] ניתן לטעון כי הולכת

---

206. לעיל, הערה 204.

207. לדוגמה, ראו סעיף 2 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (כ"א 31, עמ' 249); סעיף 2 לאמנה בין־לאומית בדבר פישוטם ותיאומם של נוהלי מכס (כ"א 25, עמ' 315); סעיף 2 לאמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפת ילדים בינלאומית (כ"א 31, עמ' 43). ראו גם תוספת לחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, ס"ח 148.

208. ראו רייכמן (לעיל, הערה 25), בעמ' 54-58.

209. ראו לדוגמה, סעיף 13 לאמנת **רומא** (לעיל, הערה 167). סעיף זה מאפשר להעמיד אנשים לדין בבית המשפט הפלילי הבינלאומי (ה-ICC), אף אם מדינת האזרחות של החשוד והמדינה שעל אדמתה בוצעה העבֵרה אינן חתומות על האמנה המכוננת את בית המשפט ואינן מסכימות להעמדת האדם לדין. רכישת הסמכות, במקרה זה, היא על פי הפניה של מועצת הביטחון של האו"ם. ראו בעניין זה גם שביט מטיאס ומירי שרון, "בית הדין הפלילי הבינלאומי", **המשפט** ט (תשס"ג) 23, בעמ' 33-34.

210. המארג המשפטי הנ"ל כולל רבדים מספר. ראשית, לאור מרכזיות עקרון ההגדרה העצמית, המגולם בחשיבות שמעניק המשפט הבינלאומי לריבונות המדינה על שטחה ועל תושביה,

ונוצרת רשות שופטת בינמדינתית: בתי המשפט המדינתיים והעל־מדינתיים עוזרים זה לזה, בסדר קדימות המאורגן לפי בית המשפט שלו "הזיקה הטובה ביותר", להגן מפני פגיעתן של רשויות מדינה האחרות בזכויות אדם בסיסיות.[211] במציאות זו, לפסיקת בית המשפט העליון חשיבות גדולה ביותר. בהתחשב בכך שלמדינת ישראל זיקה טובה בכל הקשור לחוקיות פעולות המפַקד הצבאי הפועל מטעמה, פסיקתו של בית המשפט – כל עוד היא משכנעת – מייצגת לא רק את מדינת ישראל אלא גם את הרשות השופטת הבינמדינתית ההולכת ונוצרת. על בית המשפט לשכנע כי אכן פסיקתו עומדת בתנאי המשפט הבינלאומי, שאם לא כן אפשר שאורגן שיפוטי אחר יגיע למסקנה כי גם הוא מוסמך לשפוט את האירועים בשטחים.

מן האמור לעיל עולה, כי ספרו של קרצמר בפרט, ותהליך הגלובליזציה שהוא מאפיין בכלל, מטילים נטל על שניים: על בית המשפט ועל האקדמיה הישראלית. מבית המשפט נדרש כעת להתמודד עם כללי המשפט הבינלאומי באופן מלא ושלם יותר;[212] כפי שמראה קרצמר, דרך ההתמודדות שאפיינה את בית המשפט עד כה היא בעייתית, וכנראה תפגע במעמדו של בית המשפט העליון לעומת בתי משפט אחרים בעולם, במסגרת השיח הבינמדינתי ההולך ומתגבש. תחושתי היא כאמור שבית המשפט הבין את המסר, ומאז פרסום הספר הוא פועל במרץ רב יותר להתאים את הדין למשפט הבינלאומי.[213] בה בעת

אימצה המערכת כלל ברירה על פיו ניתנת עדיפות למדינה לה זיקה טובה יותר לאירוע. על המדינה עם הזיקה הטובה ביותר לשפוט, או להסגיר את המבצעים למדינה אחרת. למדינה האחרת קמים הכוח – והחובה – לשפוט מקרה מסוים אם המדינה שלה זיקה טובה יותר אינה יכולה או אינה רוצה לשפוט מקרה זה [ראו רייכמן (לעיל, הערה 25), בעמ' 77-78; Mohamed M. El Zeidy, "The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law", 23 *Mich J. Int'l L.* (2002) 869; אלן בייקר והראל בן־ארי, "בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC)", **משפט בינלאומי** (רובי סיבל – עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"ג) 281, בעמ' 288-289]. כלל דומה חל גם על אורגנים שיפוטיים בינלאומיים (ראו, לדוגמה, סעיף 17(1) לאמנת **רומא** (לעיל, הערה 167)). ולבסוף, הגנה מפני "סיכון כפול" תחול במקום בו המדינה השופטת ניהלה הליך רציני, ולא רק הליך שמטרתו לצאת ידי חובה כלפי חוץ (ראו: סעיפים 20(2)-20(3) לאמנת **רומא**).

211. William W. Burke-White, "A Community of Courts: Towards a System of International Criminal Law Enforcement", 24 *Mich. J. Int'l L.* (2003) 1, p. 75.

212. נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק, בהתייחסו לביקורת על פסיקת בית המשפט העליון באשר לזכויות האדם בשטחים, ובייחוד לביקורתו של קרצמר, כתב: "חלקה של ביקורת זו אינו מוצדק. חלקה האחר הוא ראוי. מכיוון שעניינים אלה תלויים ועומדים בפני בית המשפט העליון, אמנע לעת הזו מלהביע את עמדתי בכל סוגיה וסוגיה. אציין רק כי במבט כולל, המביא בחשבון את מכלול הפסיקה לאור החלופות הלגיטימיות והמאזן בין הצלחות לכישלונות, התמונה המצטיירת היא חיובית." ברק (לעיל, הערה 134), בעמ' 148.

213. לעיל, הערה 181.

מוטל הנטל גם על האקדמיה הישראלית. ספרו של קרצמר נכתב באנגלית; כך נגיש הוא לקהל הבינלאומי. הגיעה העת שגם האקדמיה בישראל תתייחס לכללי המשפט הבינלאומי החלים בשטחים (ובישראל) כמקור משפטי לכל דבר ועניין.