על בתי־דין בין־לאומיים, יעילות וריבונות

בעקבות ספרו של שי דותן: International Judicial Review: When Should International Courts Intervene?

עמיחי כהן*

ספרו של שי דותן מהווה את אחת התרומות החשובות לחקר המשפט הבין־לאומי בשנים האחרונות. דותן מפתח בספר זה תיאוריה מקיפה בדבר מקומם של בתי־הדין הבין־לאומיים, בדבר מידת התערבותם הראויה, וכן בדבר היחס בינם לבין המשפט הפנימי.
מאמר ביקורת קצר זה מבהיר את התרומה הייחודית של ספרו של דותן למחקר הקיים. חלקו הראשון של המאמר סוקר את הטענות המרכזיות המופיעות בספר, ודן בהן. חלקו השני של המאמר מנתח את השפעתו של מוסד אחד שדותן דן בו, בית־הדין הפלילי הבין־לאומי, על מדינת־ישראל. חלקו השלישי של המאמר ממקם את מחקרו של דותן בהקשר של עליית הפופוליזם ומקומה של תנועה זו במשפט הבין־לאומי.

מבוא. א. סקירת פרקי הספר. ב. ישראל והדין הבין־לאומי. ג. עליית הפופוליזם במשפט הבין־לאומי. ד. סיכום.

מבוא

אחת ההתפתחויות החשובות ביותר בתחום המשפט הבין־לאומי בעשורים האחרונים היא עליית כוחם של בתי־הדין הבין־לאומיים. מדובר בשורה מגוונת של מוסדות בין־לאומיים אשר מכריעים, על־פי המשפט הבין־לאומי, בסכסוכים בין מדינות, בטענות של יחידים כלפי מדינות, ואף בתביעות פליליות נגד יחידים בגין הפרות של הדין הבין־לאומי. בתי־דין אלו הרחיבו את מוטת השפעתו של הדין הבין־לאומי, ובמדינות רבות הוא נהפך למגבלה משמעותית המצֵרה את חופש הפעולה של המוסדות הנבחרים הלאומיים.

העלייה בכוחם של בתי־הדין הבין־לאומיים וההשפעה הגוברת של המשפט הבין־לאומי בעקבותיה עוררו ביקורת על בתי־הדין הללו. משפט בין־לאומי, כפי שלימדָנו Martti

---

* חבר סגל, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו, ועמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

Koskenniemi בספרו הידוע From Apology to Utopia,[1] צריך להתמודד עם שני סוגי טיעונים: האחד הוא שהמשפט הבין־לאומי מבטא עמדה מוסרית טהרנית, שאינה מתאימה ליישום במציאות; והאחר הוא שהמשפט הבין־לאומי אינו אלא ביטוי לאינטרסים פוליטיים של מדינות הגמוניות ושל בעלי הון, המשתמשים במשפט הבין־לאומי כדי לכפות את האינטרסים שלהם. ככל שכוחו של המשפט הבין־לאומי גובר – וכאמור, להתפתחותם של בתי־הדין הבין־לאומיים יש תרומה משמעותית לעלייה זו בכוחו של המשפט הבין־לאומי – כן גוברים שני סוגי הביקורת האמורים.

ספרו של שי דותן,[2] המסכם עבודה רבת שנים שלו בניתוח פעולתם של בתי־הדין הבין־לאומיים, הוא ניסיון אמיץ ומוצלח להתמודד עם ההתנגדויות לעליית כוחם של בתי־הדין הבין־לאומיים. ספרו של דותן מבוסס על ניתוח מעמיק של פסיקות בתי־הדין, ועל תובנות מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט ותיאוריית הרשתות (network theory). בהתבסס על אלה דותן מנסה לספק הצדקה לפעולתם של בתי־הדין שתתמודד עם הביקורת על המשפט הבין־לאומי ובעיקר על תפקידם של בתי־הדין הבין־לאומיים.

ספרו של דותן בנוי פרקים נפרדים זה מזה, המבוססים בחלקם על מאמרים שלו שכבר פורסמו. אם ניתן לנסח טענה אחת העוברת כחוט־השני בספר, הרי היא זו: בתי־דין בין־לאומיים תורמים תרומה משמעותית לרווחה המצרפית הבין־לאומית, וזאת דווקא בשל העובדה שאין להם כוח כפייה במובן המקובל. במילים אחרות, התשובה של דותן לשאלה המופיעה בכותרת־המשנה של ספרו – ״מתי על בתי־הדין הבין־לאומיים להתערב?״ – היא בקצרה שעליהם להתערב כל עוד הם מקפידים לפעול כמערכת שאינה עליונה על המדינות, אלא פועלת במקביל למוסדות המדינה, תוך כיבוד עצמאותן של המדינות ומֵרוּב התועלת המצרפית מפעולה מתואמת בין־לאומית.

את הטענה הזו בוחן דותן משורה של זוויות. בפרק השני של הספר (מייד לאחר המבוא המפורט) מתווה דותן את הגבולות הראויים של הפרשנות המרחיבה של המשפט הבין־לאומי שבתי־הדין הבין־לאומיים נוקטים. בפרק השלישי הוא מסביר את היתרון שבתי־הדין הבין־לאומיים יכולים לספק למדינות המבקשות למצוא פתרון לבעיות קונקרטיות באמצעות הישענות על פתרונות שונים שנוסו בעולם. הפרק הרביעי מציג את המודל הדיאלוגי של פעילות בתי־הדין הבין־לאומיים. הפרק החמישי מוקדש לפעילותם של ארגונים לא־ממשלתיים ולתפקידם בעבודה מול בית־הדין האירופי לזכויות אדם. ובפרק השישי מיישם דותן את המודל הדיאלוגי על פעילותו של מוסד אחד – בית־הדין הפלילי הבין־לאומי.

בחלקה הראשון של הסקירה אסביר מעט לגבי הטענות של דותן בכל אחד מפרקי הספר. בחלקה השני של הסקירה אביא נקודת־מבט נוספת, ישראלית, לגבי הנושאים המטופלים בספר. ובחלקה השלישי של הסקירה אבחן את השאלה אם אכן ניתן להשיג את המטרה שספרו

---

1 Martti Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument 607–608 (2005).

2 Shai Dothan, International Judicial Review: When Should International Courts Intervene? (2020).

של דותן הוא חלק ממנה – עיצוב מערכת של בתי־דין בין־לאומיים שהמדינות ואזרחיהן יראו בהם יתרון – על רקע הטענות הפופוליסטיות נגד המשפט הבין־לאומי.

א. סקירת פרקי הספר

כאמור, ספרו של דותן מורכב ממבוא, מסיכום, וביניהם חמישה פרקים שכל אחד מהם עוסק בזווית אחרת של בחינת תפקידם של בתי־הדין הבין־לאומיים.

בפרק השני (לאחר פרק המבוא) ובפרקים השלישי והרביעי מציע דותן כי לבתי־הדין הבין־לאומיים יש יתרונות משמעותיים על מוסדות לאומיים בפתרון בעיות הנובעות מכשלים במערכות הבין־לאומיות המונעות אותן מלפעול ביעילות.

בפרק השני של הספר מתמודד דותן עם אחת הביקורות המרכזיות על בתי־הדין הבין־לאומיים. הביקורת בקצרה היא זו: בתי־דין בין־לאומיים פועלים מכוחן של אמנות בין־לאומיות שהוסכמו על־ידי המדינות. בדרך־כלל על בתי־הדין הבין־לאומיים לאמץ פרשנות אשר נאמנה לאמנה שהקימה את בית־הדין ולכוונתן של המדינות שניסחו אותה. זהו בסיס הלגיטימציה של בתי־הדין הבין־לאומיים. הבעיה היא שבתי־דין בין־לאומיים נוטים לאמץ פרשנות מרחיבה לאמנות שמכוחן הם פועלים, ולהרחיב את תחומי סמכותם.[3] ביקורת זו חריפה במיוחד לנוכח העובדה שמוסדות השיפוט הבין־לאומיים אינם כפופים לביקורת ישירה של אזרחי המדינות או של מוסדותיהם המייצגים, ולפיכך אי־אפשר למעשה להפוך את פסיקותיהם או לצמצם את תחומי סמכותם אלא בהסכמה של כלל המדינות החתומות על האמנה – הסכמה שקשה מאוד להשיגה, כמובן.

דוגמאות לפרשנויות רחבות כאלה אינן חסרות. דותן מתמקד בדוגמאות מבית־הדין האירופי לזכויות אדם[4] שבהן נראה כי בית־הדין הרחיב את משמעותה של האמנה האירופית לזכויות אדם מעבר לכוונת מנסחיה. למשל, בפסק־הדין *Soering v. United Kingdom* קבע בית־הדין האירופי לזכויות אדם כי אסור להסגיר לארצות־הברית אדם שיהיה צפוי שם להמתנה ארוכה לפני הוצאתו להורג, וזאת בשל האיסור המוטל על יחס בלתי־אנושי בסעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם. זאת, אף־על־פי שהאמנה לא עסקה כלל בהסגרה.[5] בית־הדין גם קבע, בתיק *X and Y v. The Netherlands*, כי החובות המוטלות על מדינות להגן על זכויות כוללות גם את החובה להגן עליהן מפני צדדים פרטיים, וזאת אף שניסוח האמנה מצביע על כוונה לחייב את המדינות לשמור על הזכויות רק ביחסים שבינן לבין האזרחים.[6] בשורת פסיקות גם הרחיב בית־הדין האירופי את תחולתה של האמנה כלפי המדינות החברות בה כך שתחול, במגבלות מסוימות, גם על אירועים מחוץ לאירופה.[7]

---

3 שם, בעמ׳ 21.

4 לביקורת אפשרית בהקשר של התמקדות זו ראו להלן ליד ה״ש 26 ואילך.

5 Soering v. United Kingdom, (Judgment of July 7, 1989) 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1989).

6 X and Y v. The Netherlands, (Judgment of March 26, 1985) 91 Eur. Ct. H.R. (1985).

7 בנושא זה הייתה התפתחות בבית־הדין האירופי. בפסק־דין משנת 2001 קבע בית־הדין כי אין לו סמכות לדון בתוצאות של הפצצות נאט״ו בסרביה, מכיוון שהן נעשו מחוץ לשטחן של המדינות

גם בתי־דין בין־לאומיים אחרים הרחיבו את סמכויותיהם, כנראה מעבר לכוונה המקורית של כותבי האמנה. למשל, בית־הדין הבין־לאומי (International Court of Justice) קבע כי בידיו הסמכות לדון גם בתיקים שבהם המחלוקת היא בעיקרה פוליטית,[8] ובית־הדין הפלילי הבין־לאומי קבע כי יש לו הסמכות לדון במצב בשטחים הנתונים תחת כיבוש ישראלי, וזאת אף שישראל מעולם לא הצטרפה לאמנת בית־הדין.

דוגמאות של הרחבת סמכותם של בתי־הדין הבין־לאומיים באופן שנוי במחלוקת אינן חסרות אפוא. השאלה היא כיצד ניתן להצדיק את הפרשנות המרחיבה שבתי־הדין הללו מעניקים לסמכותם במסגרת החלטותיהם לאור העמדה הנורמטיבית העקרונית שנקט דותן, שלפיה בתי־הדין הללו אינם אמורים לחרוג מההסמכה העקרונית שניתנה להם.

טענתו המרכזית של דותן היא כי אף־על־פי שבדרך־כלל בתי־הדין אמורים לפעול על־פי האמנות שהסמיכו אותם, קיימות הצדקות לפרשנות מרחיבה של בתי־הדין בנוגע לסמכותם בשורה של מקרים קונקרטיים. דותן סבור כי ״כשלים״ בהליך שינוין של האמנות או ביישומן הם המצדיקים התערבות מרחיבה כזו של בתי־דין בין־לאומיים. דותן מציג שני כשלים מרכזיים כאלה. האחד הוא כאשר אין אפשרות לשנות את האמנה בגלל לחץ של מדינות אחדות המונעות את השינוי, כך שעמדת האמנה אינה מייצגת את עמדתן של רוב המדינות.[9] הכשל האחר הוא כאשר עמדת המדינות אינה מייצגת כראוי את אלה שהמדינה אמורה להגן עליהם – בעיקר זרים החיים בתחומה וקבוצות מיעוט.[10] כך, למשל, דותן מראה כי בית־הדין האירופי הגן על זרים בבריטניה מפני גירוש[11] וכן על זכותם של אסירים בריטים להצביע בבחירות.[12]

בפרק השלישי של הספר מתמודד דותן עם ביקורת אפשרית שלפיה לערכאה בין־לאומית יש סיכוי נמוך יותר לקבל הכרעות נכונות מאשר למוסדות של המדינות עצמן, וזאת בשל ריחוקם של בתי־הדין הבין־לאומיים מהאירועים הקונקרטיים במדינה. דותן סבור כי במקרים מסוימים דווקא למוסדות השיפוט הבין־לאומיים יש יתרון בקבלת ההחלטה. דותן מסתמך בדבריו אלו על טיעון שהועלה לראשונה על־ידי פוזנר וסנסטין בזכות השימוש במשפט המשווה, דהיינו, בלימוד מבנים והחלטות משפטיות של מדינות אחרות.[13] פוזנר וסנסטין מבססים את טיעונם על ״תיאורמת המושבעים״, שלפיה ככל שמספר גדול יותר של גופים

החתומות על האמנה. Banković v. Belgium, (Decision of December 12, 2001) 2001-XII Eur. Ct. H.R. 333. אולם כעבור כעשור, בפסקי־הדין *Al-Skeini* ו־*Al-Jedda*, קבע בית־הדין כי יש לו סמכות לדון בפעולות שנעשו על־ידי בריטניה בעיראק בזמן הכיבוש הבריטי. Al-Skeini v. The United Kingdom, (Judgment of July 7, 2011) Eur. Ct. H.R. (2011); Al-Jedda v. The United Kingdom, (Judgment of July 7, 2011) Eur. Ct. H.R. (2011).

8 Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996 (I) p. 234.

9 DOTHAN, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 25.

10 שם, בעמ׳ 26.

11 Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom, (Judgment of January 17, 2012) Eur. Ct. H.R. (2012).

12 Hirst v. The United Kingdom (No. 2), (Judgment of October 6, 2005) 2005-IX Eur. Ct. H.R. 187.

13 Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, *The Law of Other States*, 59 STAN. L. REV. 131 (2006).

מגיעים באופן עצמאי למסקנה מסוימת, יש סיכוי רב יותר שהיא נכונה.[14] כלומר, ככל שמספר גדול יותר של מדינות הגיעו לתוצאה מסוימת, יש סיכוי רב יותר שהיא נכונה. הבעיה בטיעון זה, מזהה דותן, היא שמדינות אינן מגיעות להחלטות שלהן באופן עצמאי. כלומר, מדינות אינן יעילות בזיהוי כלל הנתמך על־ידי רוב המדינות, מכיוון שהן מושפעות משיקולים פוליטיים או מחברותן ב״קבוצות״ של מדינות.[15] דותן טוען כי בתי־דין בין־לאומיים יכולים לפתור את הבעיה, על־ידי זיהוי נכון של ״הקונסנזוס המתפתח״ בין מדינות עוד לפני שמדינות ״העתיקו״ זו מזו את הפתרונות המשפטיים, ולפיכך בתי־דין בין־לאומיים יכולים לתרום לקידום שימוש נכון ומדויק יותר בתיאורמת המושבעים.[16]

שתי ההצדקות להתערבותם של בתי־דין בין־לאומיים – זו המושתתת על כשלי האמנה וזו הנשענת על היתרון של המשפט המשווה – מבוססות על הנחה דומה: לבתי־הדין הבין־לאומיים אין אינטרס בקבלת תוצאה מסוימת. כל מבוקשם הוא לשפר בצורה ״ניטרלית״ את המשפט כפי שהוא פועל במדינות. בכך יש כדי להקהות את עוקץ הביקורת על התערבות־היתר של בתי־הדין הבין־לאומיים.

בפרק הרביעי מתמקד דותן בהשפעה של בתי־הדין הבין־לאומיים על הקורה בתוך המדינות, ומתמודד עם הטענה כי הוצאת נושאים חשובים מידי השלטון מחלישה את עקרון הדיון הציבורי. דותן מסביר כי ההשפעה המרכזית של פסיקותיהם של בתי־הדין הבין־לאומיים אינה מתבטאת בכפיית החלטותיהם, אלא בשינוי השיח הפנימי. כך, למשל, דותן מראה כיצד החלטה של בית־דין בין־לאומי מייצרת שיח פנימי בתוך מדינה המבוסס על זכויות משפטיות. שיח זה יכול להתגבר על חסמים פוליטיים ותרבותיים הבולמים שינוי, שכן בתי־הדין הבין־לאומיים יכולים להביא לידי פתיחת דיאלוג בתוך המדינה שבו תיבחן התועלת של הדין הבין־לאומי אל מול כוחות המבקשים למנוע דיון זה.[17] החלטות של בתי־דין בין־לאומיים יכולות גם

---

14 תיאורמת המושבעים הועלתה לראשונה על־ידי המרקיז דה־קונדורסה במאה השמונה־עשרה. על־פי תיאורמה זו, כאשר קבוצה של מקבלי החלטות צריכה לבחור בין שתי אפשרויות – האחת נכונה והאחרת שגויה – ולכל אחד ממקבלי ההחלטות יש סיכוי של יותר מ־50% לבחור את הבחירה הנכונה, יש סיכוי רב יותר שההחלטה של הרוב תהיה ההחלטה הנכונה. זאת, בתנאי שמקבלי ההחלטה פועלים בצורה בלתי־תלויה זה בזה. ככל שמספר מקבלי ההחלטות בתנאים אלו רב יותר, הסיכוי שהכרעתם תהיה נכונה עולה. בהינתן מספר גבוה מאוד של מקבלי החלטות, הסיכוי לקבלת החלטה נכונה הוא כמעט ודאי. למעשה, תיאורמת המושבעים היא אחת ההצדקות המרכזיות להכרעת הרוב במשטר הדמוקרטי. ברק מדינה ״פרק יא: משפט ציבורי״ **הגישה הכלכלית למשפט** 565, 583 (אוריאל פרוקצ׳יה עורך 2012).

15 Dothan, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 39–40.

16 שם, בעמ׳ 41–42. דוקטרינת הקונסנזוס המתפתח פותחה על־ידי בית־הדין האירופי לזכויות אדם. על־פי דוקטרינה זו, בית־הדין האירופי מגן על זכויות באופן דומה לרוב משמעותי של המדינות באירופה, אף אם לא כל המדינות נוהגות כך.

17 שם, בעמ׳ 75, בהתבססו על Case C-120/78, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 1979 E.C.R. 649. בפסק־דין זה קבע בית־הדין האירופי כי כל עוד לא הגיעו מדינות האיחוד האירופי להסכמה על תקינה אחידה, כל מוצר המאושר לשיווק באחת ממדינות האיחוד יותר לשיווק בכל האחרות, אלא אם כן המדינה המגבילה נותנת טעם מהותי לא לעשות כן. סברה מקובלת היא שפסק־דין זה היה אחד הגורמים המרכזיים לקידומה של התקינה האירופית האחידה בתחומים רבים.

להגן על מדינות מפני לחצים של מדינות אחרות או של גופים בין־לאומיים דוגמת מועצת הביטחון של האו״ם.[18] במילים אחרות, החלטות של בתי־הדין הבין־לאומיים יכולות למתן מעט את היסוד הכוחני של היחסים הבין־לאומיים.

בפרק החמישי של הספר מסיט דותן את הדיון אל ארגוני זכויות האדם המעורבים בתיקים המתנהלים בבית־הדין האירופי לזכויות אדם, ומתמודד עם הטענה כי מעורבותם של גורמים אלו מקדמת אינטרסים של אליטות, ולא של כלל הציבור. במחקר אמפירי מקיף מצא דותן כי התערבותם של ארגוני זכויות האדם נעשית בדרך־כלל במקרים החשובים – אלה העוסקים בהפרות חמורות של זכויות ואלה שיש בהם חידוש משפטי משמעותי.[19] עוד מצא דותן כי ארגוני זכויות האדם מרכזים את פעילותם, מטעמים תועלתניים, בעיקר נגד מדינות שיש סיכוי שהם יצליחו להשפיע עליהן, דהיינו, דווקא נגד מדינות בעלות רקורד טוב יחסית של כיבוד זכויות.[20] דותן מתאר את השפעתם של ארגוני הזכויות כיעילה בעיקר בהעברת המידע לגבי הפרות זכויות אדם של המדינות. באמצעות שימוש בתובנות של תיאוריית הרשתות – הבוחנת את הפצת המידע באמצעות קבוצה נרחבת של שחקנים – דותן מוצא כי לארגוני זכויות האדם יש גם יכולת טובה לסנן מידע בעייתי ולתמוך בהפצתו של מידע מדויק.[21]

בניגוד לרוב הספר, העוסק בעיקר ביבשת אירופה,[22] הפרק השישי עוסק בבית־הדין הפלילי הבין־לאומי, ובעיקר בשאלת ההכרעה אילו תיקים יידונו לפני בתי־דין פליליים בין־לאומיים ובאילו ידונו בתי־המשפט הלאומיים. דותן משווה בין שני עקרונות פוטנציאליים להכרעה בסוגיה זו.[23] האחד הוא עקרון ״הסמכות הראשונית״ (primacy). על־פי עיקרון זה, לבית־הדין הבין־לאומי יש הסמכות לבחור באילו מקרים לעסוק, ואילו בתי־המשפט הלאומיים עוסקים רק בתיקים שבהם בית־הדין הפלילי הבין־לאומי אינו עוסק. העיקרון האחר הוא עקרון המשלימות (complementarity). על־פי עיקרון זה, בית־הדין הבין־לאומי עוסק רק בתיקים שבהם מערכת האכיפה הלאומית אינה עוסקת. זה העיקרון שאומץ באמנת רומא להקמת בית־הדין הפלילי הבין־לאומי.

לדעתו של דותן, בהינתן שבית־הדין הפלילי הבין־לאומי עוסק רק בתיקים מעטים, והסיכוי לעמוד לפניו לדין הוא על־כן נמוך יחסית, השימוש בכלל המשלימות הוא יעיל. כלל המשלימות יניע מדינות שבהן מערכת המשפט עצמאית לאמץ מדיניות תקיפה יותר של חקירת חשדות לפשעים המצויים תחת סמכותו של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי. במדינות בעלות

---

18 Dothan, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 80, בהתבססו על Joined Cases C-402/05P & C-415/05P, Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, 2008 E.C.R. I-6351. בפסק־דין זה קבע בית־הדין האירופי כי אף שמועצת הביטחון קבעה כי יש לחלט רכוש של חשודים בפעילות טרור, אין לעשות זאת, מכיוון שדיני האיחוד האירופי דורשים שימוע לפני פעולה כזו.

19 Dothan, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 101.

20 שם, בעמ׳ 104.

21 שם, בעמ׳ 107.

22 לביקורת אפשרית בהקשר זה ראו להלן ליד ה״ש 26 ואילך.

23 דותן אינו עוסק בסוגיות אחרות של סמכות, כגון הסמכות הטריטוריאלית או שאלת חומרתן של העברות. לדיון ראו עמיחי כהן ״המשפט הפלילי הבינלאומי״ **משפט בינלאומי** 445, 471 (מהדורה שלישית, רוֹבי סִיבל ויעל רונן עורכים 2016).

מערכת משפט ״מושחתת״, סבור דותן, ממילא לא תהיה לבית־דין זה כל השפעה אם יש רק סיכוי נמוך להעמדה לדין לפניו.[24]

האם הטיעון של דותן משכנע?

טענה מרכזית וחשובה בספרו של דותן היא שבתי־דין בין־לאומיים **יעילים בהתגברות על כשלים פנימיים מסוימים**. כך, בפרק השני דותן מסביר, כאמור, כי בתי־הדין הבין־לאומיים יכולים לסייע למדינות לקדם את האמנות כאשר מתגלים כשלים ביישומן; בפרק השלישי הוא מסביר את היתרון הגלום בלימוד מפתרונות שאומצו במדינות אחרות; בפרק הרביעי הוא מסביר את היתרונות של בתי־הדין הבין־לאומיים בפיתוח שיח פנימי במדינות; ובפרק השישי הוא מראה כיצד בית־דין בין־לאומי פלילי יכול להניע מדינה לאמץ מדיניות חקירות תקיפה יותר. את מקבץ הטיעונים הללו אכנה ״הנחת היעילות״, שלפיה התערבותם של בתי־הדין הבין־לאומיים מוצדקת מכיוון שהיא מתמודדת עם כשלי שוק של המערכת הלאומית. הנחת היעילות נראית בסיס ראוי להצדקת כוחם של בתי־הדין הבין־לאומיים, מכיוון שהתגברות על כשלי שוק של המערכת הפוליטית היא הצדקה מקובלת להתערבותם של בתי־משפט בהכרעה של מוסדות בכלל, ולא רק בהקשר הבין־לאומי.[25]

את הנחת היעילות ניתן לבקר משני כיוונים: מכיוון תיאורי (האם הנחת היעילות אכן ״עובדת״?) ומכיוון נורמטיבי (האם זהו המבחן המתאים להערכת בתי־דין בין־לאומיים?).

מבחינה תיאורית, הנחת היעילות של דותן חשופה לביקורת מרכזית, אשר יכולה למעשה להישמע לגבי כלל חלקי הספר: לכאורה, הספר מתמקד בעיקר בבית־הדין האירופי לזכויות אדם. מרב הפסיקות המופיעות בספר (44 מתוך 58) הן פסיקות של בית־הדין הזה.[26] במילים אחרות, הספר עוסק בתופעה אירופית בעיקרה – היחסים בין בית־דין מסוים לבין המדינות המוכנות לקבל את מעמדו הייחודי וממילא את האמצעים שהוא נוקט על־מנת לשמר את מעמדו. אך האם ניתן ליישם את הגישות הללו גם לבתי־דין אחרים ולאזורים אחרים בעולם?

ביקורת זו מתחזקת אף יותר לאור המודל הדיאלוגי המוצג על־ידי דותן בפרק הרביעי. המודל הדיאלוגי מניח כי בית־הדין הבין־לאומי אינו קובע עבור המדינות מה לעשות, אלא מנהל דיאלוג עם מוסדותיהן. בהקשר זה דותן פוסע בעקבות מחקריהם של החוקרים הליברליים של סוף המאה העשרים ותחילת המאה העשרים ואחת אשר הבהירו את תהליך

---

24 DOTHAN, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 119.

25 הכותב המרכזי שהעלה טיעון זה בהקשר של בתי־המשפט הלאומיים הוא John Hart Ely, בספרו הידוע DEMOCRACY AND DISTRUST. מאז יצא לאור, בשנת 1980, צבר ספרו של אילי מתנגדים רבים, אך הגותו השפיעה מאוד על דורות של שופטים וחוקרים בתחום.

26 בספר מצוטטים גם שלושה פסקי־דין של בית־הדין לצדק של האיחוד האירופי, שני פסקי־דין של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי, פסק־דין אחד של בית־הדין הבין־לאומי לצדק, פסק־דין אחד של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי ליוגוסלביה לשעבר ופסק־דין אחד של מנגנון יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי. כמו־כן מצוטטים בספר שישה פסקי־דין של בתי־משפט לאומיים – ארבעה מארצות־הברית, אחד מאוסטרליה ואחד מישראל.

ההשפעה של המשפט הבין־לאומי על המשפט הפנימי.[27] לשיטתם של כותבים אלו, המשפט הבין־לאומי משפיע על התנהגותן של המדינות לא על־ידי ״כפייה״, אלא על־ידי תהליך של שכנוע ואינטראקציה, שבו המדינות, ובעיקר ארגונים ספציפיים בתוך המדינות, משתכנעים בחשיבותו של המשפט הבין־לאומי ותומכים בקידומו. לטענתו של דותן, כאמור, בתי־דין בין־לאומיים מהווים חלק חשוב מתהליך זה.

התיאוריה הליברלית מתאימה במיוחד למדינות דמוקרטיות, שיש בהן מגוון של עמדות וביזור של הכוח בין שחקנים שונים. מדינות סמכותניות מתאימות הרבה פחות לתיאוריה הזו. כפי שהראתה החוקרת Oona Hathaway, במדינות סמכותניות למנגנונים הפורמליים של המשפט הבין־לאומי יש השפעה מועטה מאוד על התנהגותה של המדינה, ולעיתים אפילו השפעה מזיקה.[28]

מבחינה תיאורית, אם כן, השאלה היא אם תפקיד בית־המשפט שדותן מתאר בפרקי הספר הראשונים אכן רלוונטי לבתי־משפט מחוץ לאירופה. בעיניי, מודל הפעולה של בית־הדין האירופי לזכויות אדם ייתקל בקשיים רבים בתרגום לאזורים אחרים בעולם, ובוודאי ביישום לבתי־דין שסמכותם כלל־עולמית. כמעט כל מדינות אירופה החברות בבית־הדין האירופי לזכויות אדם הן דמוקרטיות ליברליות, אשר ממילא קרובות מאוד זו לזו בערכיהן. העובדה שבית־הדין האירופי לזכויות אדם מאתר נושאים שכמעט כל המדינות מעוניינות בקידומם (הטיעון בפרק השני) או מעביר ידע אסדרתי ממדינה למדינה (הטיעון בפרק השלישי) אינה צריכה להפתיע כאשר מדובר במדינות אשר קרובות זו לזו בערכיהן. מובן שמודל יצירת הדיאלוג (בפרק הרביעי) וגם מעורבותם של ארגוני זכויות אדם בשינוי המדיניות הלאומית (בפרק החמישי) רלוונטיים במיוחד בדמוקרטיות ליברליות. מסקנתו של דותן בפרק השישי, שלפיה בית־דין פלילי בין־לאומי משפיע במיוחד במדינה שיש בה מערכת משפט עצמאית, מכוונת גם היא בעיקר לדמוקרטיות ליברליות. כל המסקנות הללו רלוונטיות פחות כאשר מדובר במדינות שיש ביניהן הבדלים ניכרים בתפיסה התרבותית ואשר אינן דמוקרטיות ליברליות.

השאלה הקשה יותר היא זו **הנורמטיבית**. הביקורת כלפי בתי־הדין הבין־לאומיים מפנה זרקור כלפי ״הגירעון הדמוקרטי״ הכרוך בהתערבותם בפוליטיקה הפנימית. למעשה, מדובר בגירעון דמוקרטי כפול: בתי־דין שאינם נבחרים, ואשר פועלים במישור הבין־לאומי, מתערבים במערכות דמוקרטיות פנימיות.[29] במילים אחרות, דווקא במדינות דמוקרטיות פעילותם הנרחבת של בתי־הדין הפליליים הבין־לאומיים בעייתית יותר. המדינות, ובכל מקרה אזרחי

---

27 למשל, THE POWER OF HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL NORMS AND DOMESTIC CHANGE (Thomas Risse, Stephen C. Ropp & Kathryn Sikkink eds., 1999); ANNE-MARIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER (2005); BETH A. SIMMONS, MOBILIZING FOR HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL LAW IN DOMESTIC POLITICS (2009).

28 Oona A. Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, 111 YALE L.J. 1935 (2002).

29 לסיכום קצר של טיעון חוסר הלגיטימציה של הארגונים הבין־לאומיים ראו Amichai Cohen, *Bureaucratic Internalization: Domestic Governmental Agencies and the Legitimization of International Law*, 36 GEO. J. INT'L L. 1079 (2005).

המדינות, לא ביקשו להעביר לידי בית־דין בין־לאומי – אשר לרוב אין להן כל השפעה על הרכבו – סמכויות מעבר לאלה שהועברו אליו במפורש. הסמכויות שדותן מפרט בפרקים השני והשלישי חורגות מהמתחם הצר שעליו הסכימו המדינות. למעשה, נקודת המוצא של דותן היא שבתי־הדין אכן מרחיבים את סמכויותיהם מעבר לכוונה הצרה של מנסחי האמנות הבין־לאומיות.[30]

התשובה של דותן לסוגיה הנורמטיבית מקנה לדיון עומק נוסף, ומעוררת מחשבה. דותן מראה כי פעילותם של בתי־הדין הבין־לאומיים אינה מיועדת לכפות את הדין הבין־לאומי, אלא לעורר דיון פנימי. התערבותם של בתי־הדין הבין־לאומיים אינה אמורה להיות קבועה. היא אמורה להיעשות רק במקרים שבהם המערכות הפנימיות כושלות. ההחלטות של בית־הדין גם עוזרות למערכות הפנימיות להגיע להכרעות יעילות יותר מקום שיש סיבות להניח כי תיאום בין המדינות עדיף על המצב הקיים.

מבחינה נורמטיבית, התשובה שמצב זה יעיל יותר מוצדקת, כך נראה לי, רק אם יתקיימו כמה תנאים מוקדמים. כך, למשל, האזרחים במדינות צריכים להיות מודעים לכך שהמוסדות הפנים־מדינתיים לוקים לעיתים בכשלים, ולכן יש יתרון בהעברת ההחלטה – או לפחות הדיון – למוסדות בין־לאומיים. תנאי מוקדם נוסף הוא הדרישה ל״ניטרליות״ של בתי־הדין הבין־לאומיים ביחס לתוצאות פסקי־הדין שלהם. כלומר, דרושה בנייה של מוסדות שאין להם העדפה למדיניות ערכית מסוימת, אלא רק לתוצאות המקיימות את הנחת היעילות. על רקע זה, הנושא של מינוי שופטים לערכאות הבין־לאומיות, למשל, מחייב תשומת לב נוספת.

כל אלה ועוד מחייבים דיון ופיתוח נוספים, ונראה לי שספרו של דותן מהווה נקודת פתיחה מצוינת לכך.

ב. ישראל והדין הבין־לאומי

כאמור, ספרו של דותן מסתמך בעיקר על דוגמאות מבית־הדין האירופי לזכויות אדם, אשר ישראל אינה חברה בו. ישראל גם אינה חברה באיחוד האירופי, ולכן אינה כפופה לבית־הדין האירופי. נוסף על כך, ישראל נמנעת מלהתדיין לפני בית־הדין הבין־לאומי לצדק, ואינה מהווה כלל שחקן בתיקים הנדונים לפני מנגנון יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי. בית־הדין היחיד אשר נדון בספרו של דותן ורלוונטי לישראל הוא בית־הדין הפלילי הבין־לאומי, הנדון כאמור בפרק השישי. בחלק זה של המאמר אבקש לבחון את השפעתו של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי על התפתחויות שונות בישראל, ולבדוק אם התיאוריה של דותן ביחס להשפעתם של בתי־הדין הבין־לאומיים בכלל ושל בית־הדין הפלילי הבין־לאומי בפרט אכן עומדת במבחן המציאות, לכל־הפחות בכל הקשור למשפט הישראלי. במסגרת בחינה זו אשתדל לתאר את השפעתו של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי על המשפט הישראלי, תוך בחינת כמה מהטענות שדותן מעלה בספרו.

---

30 זוהי נקודת מוצא מקובלת בספרות הבין־לאומית, בייחוד ביחס לבתי־הדין האירופיים (בית־הדין האירופי לזכויות אדם ובית־הדין לצדק של האיחוד האירופי).

בית־הדין הפלילי הבין־לאומי הוקם על־מנת להעמיד לדין נאשמים בביצוע פשעים בין־לאומיים חמורים (פשעי־מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח־עם ותוקפנות). ההחלטה על הקמתו התקבלה בשנת 1998, ובאופן מעשי הוא החל לפעול בשנת 2002.[31]

ישראל לא הצטרפה לבית־הדין הפלילי הבין־לאומי, אך בשנת 2015 הצטרפה ״מדינת פלסטין״ לחוקת רומא, והגישה לבית־הדין תלונות בגין טענות לביצוע פשעי־מלחמה במסגרת הסכסוך הישראלי–פלסטיני. בשנים שחלפו מאז קיימה התובעת פטו בנסודה בדיקה מקדמית, שבמהלכה אספה מידע שמצביע על חשש לביצוע פשעים מצד שני הצדדים לסכסוך. בכל הקשור לישראל התמקדה התובעת בשאלות של פשעי־מלחמה במהלך העימותים בעזה, ובייחוד ירי על אזרחים, וכן בנושא ההתנחלויות. בסוף הבדיקה הגישה התובעת בקשה לבית־הדין להורות על המשך החקירה.[32]

בהחלטתו נגע בית־הדין, בהתאם לבקשת התובעת, בשתי שאלות בלבד: סמכותה של התובעת לחקור את המצב בפלסטין לנוכח המחלוקת על עצם היותה מדינה; והיקף שטחה של ״מדינת פלסטין״, אם אכן תוכר ככזאת.[33] בשתי השאלות תמך בית־הדין (בדעת רוב) בעמדתה של התובעת. בית־הדין קבע כי פלסטין נחשבת ״מדינה חברה״ בחוקת רומא, וזאת מבלי לקבוע כל עמדה בנוגע למעמדה הכללי של ״מדינת פלסטין״ במשפט הבין־לאומי. עוד קבע בית־הדין כי שטחה של ״מדינת פלסטין״ כולל את כל הגדה המערבית ומזרח ירושלים וכן את רצועת עזה.

בעקבות החלטתו זו של בית־הדין החליטה התובעת לפתוח בחקירה בגין החשדות האמורים – חקירה שעשויה לכלול גם פשעים נוספים שיתגלו בחקירה. חקירה זו עשויה להביא לידי הגשת כתבי אישום וצווי מעצר נגד ראשי הממשל והצבא בישראל ונגד ראשי הזרוע הצבאית של חמאס וארגונים פלסטיניים אחרים. משמעות הדבר היא שכל אחת מ־123 המדינות החברות תצטרך לעצור ולהסגיר לידי בית־הדין כל חשוד שהוגש נגדו צו מעצר ומצוי בשטחה. הגשת כתבי אישום נגד ראשי המדינה עלולה לפגוע קשות בדימויה של ישראל בעולם וביחסי החוץ שלה.

את הניתוח של השפעת הדיון בבית־הדין הפלילי הבין־לאומי על ישראל ניתן לערוך בכמה ממדים, המופיעים בפרקים שונים בספרו של דותן. בעיקר אבקש לבחון אם בית־הדין הפלילי הבין־לאומי אכן קידם את הדיון הישראלי בנושא הכללים המשפטיים החלים על הפעולות של

---

31 על אמנת רומא, אשר הובילה להקמתו של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי, חתמו 123 מדינות. בית־הדין מוסמך לדון בפשעים שביצעו אזרחי המדינות החברות בו או פשעים שבוצעו בשטחן. נוסף על כך הוא יכול לדון בפשעים לפי הסמכה מיוחדת של מועצת הביטחון של האו״ם או של מדינה שלא הצטרפה לבית־הדין. נכון להיום בית־הדין מנהל הליכים משפטיים בשלוש־עשרה זירות שבהן בוצעו לכאורה פשעים בין־לאומיים.

32 ICC-01/18-12, Prosecution Request Pursuant to Article 19(3) for a Ruling on the Court's Territorial Jurisdiction in Palestine (Jan. 22, 2020), https://did.li/NIlgT. מאמר זה נכתב טרם הגשת הבקשה על ידי התובע של בית הדין הפלילי הבין־לאומי להוצאת צווי מעצר נגד ראש ממשלת ישראל בנימין נתניהו ושר הביטחון יואב גלנט.

33 ICC-01/18-143, Decision on the 'Prosecution Request Pursuant to Article 19(3) for a Ruling on the Court's Territorial Jurisdiction in Palestine' (Feb. 5, 2021), https://did.li/l6fx5.

ישראל בכלל ושל צה״ל בפרט (הטענה בפרק הרביעי לספר), את השפעתם של ארגוני זכויות האדם (הפרק החמישי לספר) ואת ההשפעה של עקרון המשלימות על ישראל, כמדינה שיש בה מערכת משפט עצמאית ואשר מתמודדת עם בית־דין בין־לאומי שאינו מפעיל ביקורת רחבה על פעילותן של המדינות (הטענה בפרק השישי לספר).[34] כהערת־אזהרה יש לומר כי ישראל מושפעת, ככל שניתן לקבוע, לא רק מבית־הדין הפלילי הבין־לאומי, אלא מהלחץ הבין־לאומי בכללותו, הכולל גם ועדות פורמליות שונות (דוגמת הוועדות שהוקמו על־ידי מועצת האומות המאוחדות לזכויות אדם) וכן לחצים לא־פורמליים המופעלים על־ידי בעלות־בריתה של ישראל בעולם. אך יש בהחלט בסיס לטענה כי הָעַמָּדה לדין לפני בית־הדין הפלילי הבין־לאומי היא ״האיום המרכזי״ המושמע כלפי ישראלים.

אם כן, האם הקמתו של בית־הדין הפלילי השפיעה על התנהגותה של ישראל ועל נכונותה ליישם את המשפט הבין־לאומי? התשובה לשאלה זו מורכבת. במישור אחד, יש הטוענים כי הקמתו של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי הייתה בין הגורמים שהשפיעו על ההתפתחויות המשמעותיות שחלו בשיטת החקירה של חשדות להפרת דיני לחימה בצה״ל למן שנת 2010. הגורמים הישירים להתפתחות זו טמונים בביקורת הבין־לאומית החריפה שהופנתה כלפי שיטת החקירה דווקא על־ידי ועדות הבדיקה שהוקמו על־ידי מועצת האומות המאוחדות לזכויות אדם לאחר מבצע ״עופרת יצוקה״, וכן כמה תיקים שהתנהלו במדינות שונות בעולם נגד בכירים בצה״ל. אך ברקע הדברים עמד בהחלט, במפורש ובמשתמע, הסיכון של העמדה לדין של חיילים לפני בית־הדין הפלילי הבין־לאומי.[35] התפתחויות אלו כללו את הקמת הפרקליטות המבצעית וכן מהלכים נרחבים להטמעת המשפט הבין־לאומי, שהובילו לשינוי ניכר בהפנמתו של משפט זה בצה״ל. הדוגמה המובהקת ביותר לשינוי היא הרפורמה במערך החקירות בצה״ל – רפורמה שבמסגרתה הוקמה יחידה מטכ״לית עצמאית שבוחנת חשדות להפרת הדין הבין־לאומי על־ידי חיילים. עם כל הביקורת על פעולת היחידה, עצם הקמתה מסמנת מחויבות ניכרת של מדינת־ישראל למשפט הבין־לאומי.[36]

קליטה זו של המשפט הבין־לאומי בישראל לא נעשתה בחלל ריק, אלא היא תוצר פעילותם של כמה מוסדות שפעולותיהם הושפעו מעלייתו של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי.[37]

- **השירות המשפטי הציבורי**, הפועל להטמעתו של המשפט הבין־לאומי בהליכי החקיקה בישראל, ובמידה רבה גם מחויב לשלבו בפעילותה של הרשות המבצעת.[38] פעילותו של המשרד כוללת גם קידום הצעות חוק שנועדו להתאים את המשפט הפלילי הישראלי לאמנת

---

34 בית־הדין הפלילי הבין־לאומי גם אינו פעיל במיוחד – למן הקמתו הועמדו בו לדין מספר קטן מאוד של אנשים, ומספר האנשים שהורשעו בו קטן אף יותר.

35 עמיחי כהן וסטיואראט כהן **יורים ושופטים: ביטחון ומשפט בישראל** (2014).

36 יובל שני ״דו״ח ועדת טירקל (חלק ב׳): מהפכה שקטה בדיני החקירות הצבאיות״ **ספר טירקל: פרקי הגות, עיון ומשפט** 293 (אהרן ברק, קארין כרמית יפת ואליקים רובינשטיין עורכים 2020).

37 השימוש במונח ״מוסדות״ הוא במובנו הרחב, הכולל גם ארגונים לא־פורמליים.

38 עמיחי כהן, טל פילברג ויובל שני ״השפעת דיני זכויות האדם על הליכי החקיקה בישראל״ **חוקים** י 69, 109 (2017); תמר הוסטובסקי־ברנדס ״המשפט הבין־לאומי והליך החקיקה בישראל״ **חוקים** יא 125 (2018).

בית־הדין הפלילי הבין־לאומי, וזאת על־מנת למנוע את הטענה שעקרון המשלימות אינו רלוונטי לישראל היות שיש פערים בין החוק הישראלי למשפט הבין־לאומי.[39]

- **ענף הדין הבין־לאומי בפרקליטות הצבאית**, הפועל להטמעת המשפט הבין־לאומי בתחום המוגדר של דיני לחימה. בשנים האחרונות צברו עורכי־הדין המופקדים על יישום הדין הבין־לאומי בפעילותו של צה״ל השפעה רבה בהקשרים של המשפט הבין־לאומי, החל במעורבות באישור מטרות וכלה בחקירת חשדות להפרת הדין הבין־לאומי.[40] עורכי־הדין של הפרקליטות פועלים בעשור האחרון תחת ההנחה שפעילותם תיבחן על־ידי בית־הדין הפלילי הבין־לאומי.
- **ארגוני זכויות האדם**, הנשענים על שיח המשפט הבין־לאומי כדי לקדם את עמדותיהם – הן באמצעות עתירות לבית־המשפט העליון בהתבסס על המשפט הבין־לאומי והן באמצעות פעילות ציבורית־הסברתית.[41] חלק מהארגונים הללו פועלים בצורה מפורשת לקידום חקירה של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי ביחס לחשדות נגד ישראלים.
- **בית־המשפט העליון**, שהוא המוסד החשוב ביותר שתרם לקליטתו של המשפט הבין־לאומי במשפט הישראלי במגוון רחב של נושאים.[42] שורה ארוכה של פסיקות – בייחוד בתחום הביטחון הלאומי, השליטה בשטחים וזכויות האדם – קירבו במידה ניכרת את מדיניותה של ישראל למשפט הבין־לאומי.[43] רבים סבורים כי הקמתו ותחילת פעילותו של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי היו מהגורמים המרכזיים שהניעו את בית־המשפט העליון לאמץ עמדה של התערבות יתרה בהקשר של המשפט הבין־לאומי.[44]

---

39 בדין הישראלי אין חוק מיוחד לפשעי־מלחמה. ההעמדה לדין נעשית על־פי חוק השיפוט הצבאי, התשט״ו–1955, או על־פי חוק העונשין, התשל״ז–1977. מחלוקת עקיפה בשאלת התחולה של פשעי־מלחמה בדין הישראלי התעוררה לפני הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (להלן: ועדת טירקל). בעדויות לפני ועדה זו עלתה הטענה, בין היתר מפי כותב שורות אלו, כי בחוק הישראלי יש קליטה חלקית בלבד של פשעי־מלחמה. ראו עמיחי כהן ויובל שני **צה״ל חוקר את עצמו: חקירת חשדות להפרת דיני מלחמה** 29–33 (מחקר מדיניות 93, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2011). לעומת זאת, נציגי המדינה טענו – ודומה שוועדת טירקל קיבלה את הטענה לפחות בחלקה – כי בפועל פשעי־מלחמה מהווים פשעים גם על־פי החוק הישראלי. ראו הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 **הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי** 304 (2013). עם זאת, ועדת טירקל הצביעה על כמה פערים בין אמנת רומא למשפט הישראלי, במיוחד בנושא אחריותם של מפקדים וממונים אזרחיים.

40 Amichai Cohen, *Legal Operational Advice in the Israeli Defense Forces: The International Law Department and the Changing Nature of International Humanitarian Law*, 26 CONN. J. INT'L L. 367, 412 (2011).

41 חסן ג׳בארין ״עלייתה של עריכת דין על־לאומית לזכויות האדם״ **מעשי משפט** א 137 (2008).

42 עמיחי כהן ״מבט עדכני על כללי הקליטה של המשפט הבין־לאומי בפסיקתו של בית המשפט העליון״ **ספר רות לפידות: אסופת מאמרים לכבודה של פרופ׳ רות לפידות** 37, 59 (יובל שני והילי מודריק־אבן חן עורכים 2020); Daphne Barak-Erez, *The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, 2 INT'L J. CONST. L. 611 (2004).

43 כהן, פילברג ושני, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 77.

44 כהן וכהן, לעיל ה״ש 35, בעמ׳ 250.

לפני יותר משני עשורים תיאר Harold Koh את הליך ההפנמה (internalization) של המשפט הבין־לאומי במשפט המדינתי.[45] הוא הסביר כי הליך זה משלב תהליכים משפטיים פורמליים עם תהליכים פוליטיים וחברתיים, אשר יוצרים יחדיו מארג של מוסדות וגופים המחויבים למשפט הבין־לאומי ומקדמים אותו. הפנמתו של משפט זה היא אפוא תהליך לטווח ארוך, שאין לבחון אותו בצורה בינרית, אלא כמגמה לאורך זמן. לנוכח הבחינה לעיל של הארגונים השונים שהיו מעורבים בקליטת המשפט הבין־לאומי במשפט הישראלי נראה ברור כי להקמתו ולפעילותו של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי הייתה השפעה מסוימת – אשר אינה ניתנת כאמור לכימות – על קליטת המשפט הבין־לאומי במשפט הישראלי.

יש ארגוני זכויות אדם הטוענים כי החשדות נגד חיילי צה״ל אינם נחקרים ברצינות. אכן, בפועל הובילו החקירות להעמדות מעטות בלבד לדין. יתר על כן, אותן העמדות ספורות לדין וההרשעות שנקבעו בעקבותיהן היו של חיילים בדרג נמוך ובעברות קלות יחסית. הדרג הנמוך של המורשעים חשוב במיוחד, שכן בית־הדין הפלילי הבין־לאומי אינו מיועד לפעול נגד חיילים מדרג נמוך, אלא נגד המְבַצעים בעלי הדרגות הגבוהות יותר. בעיניי, טיעון זה אינו מביא בחשבון את השינויים המשמעותיים שחלו בהתנהגותו של צה״ל ובמעמדה של הפרקליטות הצבאית, **המונעים מראש** חלק ניכר מהתקריות המהוות הפרה של הדין הבין־לאומי.

כאמור, בית־הדין הפלילי הבין־לאומי אינו הגורם היחיד לשינויים שתוארו, אך יש לו בוודאי תרומה משמעותית לשינויים אלו. מזווית זו נראה אם כן כי התיאוריה של דותן מוצדקת בכמה רמות: ראשית, פעילותו של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי אכן הובילה לדיון נרחב במסגרת המשפט הישראלי בשאלת חקירתם של חשדות להפרת דיני הלחימה על־ידי חיילי צה״ל, ודיון זה הניב שינויים משמעותיים; שנית, ארגוני זכויות אדם אכן עשו שימוש נרחב במשפט הבין־לאומי על־מנת לבחון את פעילותה של ישראל ואת התאמתה לדיני הלחימה הבין־לאומיים; ושלישית, קיומו של ה״איום״ בהעמדה לדין על־ידי בית־הדין הפלילי הבין־לאומי אכן הביא לידי חיזוק נרחב של מערכות החקירה הפנימיות, על־מנת לחזק את ההגנה מכוח עקרון המשלימות.

אלא שהשאלה אם לבית־הדין הפלילי הבין־לאומי יש השפעה על קידום המשפט הבין־לאומי בישראל צריכה להיבחן דרך פריזמה נוספת, והיא ההתנגדות שהוא מייצר בישראל למשפט הבין־לאומי בכלל ולמוסדות המייצגים את המשפט הבין־לאומי בישראל בפרט.

כל המוסדות שתוארו לעיל כתומכים בקליטת המשפט הבין־לאומי מצויים בשנים האחרונות תחת מתקפה:

- **השירות המשפטי הציבורי** – בשנים האחרונות הציבו כוחות פוליטיים על לוח המטרה את המערך המשפטי־הציבורי, ובפרט התרבו ההתקפות על מערך הייעוץ המשפטי

---

45 Harold Hongju Koh, *The 1998 Frankel Lecture: Bringing International Law Home*, 35 HOUS. L. REV. 623 (1998).

הממשלתי.[46] נאמר כי היועץ המשפטי לממשלה הוא אקטיביסט, וכי הוא פועל ללא סמכות. ההתקפה אומנם לא פוּונה ישירות אל תפקודו של היועץ המשפטי בהקשר הבין־לאומי, אך היא החלישה את יכולתו לקדם הליכים הזקוקים לתמיכה פוליטית.

- **הפרקליט הצבאי הראשי** – מעמדו של הפרקליט הצבאי הראשי התערער בקרב קבוצות שונות באוכלוסייה, במיוחד למן פרשת אלאור אזריה, שבה הואשם בהריגה חייל שירה במחבל לאחר שזה כבר נתפס. סקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2021 מצא כי כמעט שלושה רבעים (72.2%) מהציבור היהודי הסכימו או הסכימו מאוד עם ההיגד ש״ההקפדה על החוק של הפרקליטות הצבאית מגבילה את צהל ומקשה עליו לעמוד במשימותיו הצבאיות״.[47] בסקר שנערך בקרב לוחמים בצה״ל בהווה ובעבר הקרוב נמצא כי 60% מהנשאלים הסכימו כי ״אם במהלך פעילות מבצעית חייל צה״ל פעל בניגוד לערכי צה״ל יש לבצע תחקיר פיקודי/מבצעי בלבד, ולא לערב בכך גורמים חיצוניים דוגמת מצ״ח והפרקליטות הצבאית״.[48]
- **ארגוני זכויות האדם** – ארגוני זכויות האדם נתפסים בשנים האחרונות כבוגדים וכפועלים נגד מדינת־ישראל. בניגוד לשנת 2010, שאז רק 30% מהציבור היהודי הסכימו מאוד עם האמירה שארגוני זכויות האדם מזיקים למדינה, בשנת 2016 עלה שיעור המסכימים עם אמירה זו ל־60%. בסקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2018 בנושא ״ערכי הלחימה בטרור״ תמכו 73.5% מהנשאלים מהציבור היהודי בהיגד ש״פעילותם בישראל של ארגוני זכויות אדם ישראלים כמו בצלם או שוברים שתיקה פוגעת בלחימה של ישראל בטרור״. כאשר נשאלה אותה שאלה בנוגע לפעילותם של ארגונים אלו בחוץ־לארץ, עלה שיעור הסבורים כי פעילותם פוגעת בלחימה בטרור ל־78%. הירידה בתמיכה בארגוני זכויות האדם (או העלייה בהתנגדות להם) באה במקביל לשורה של מאמצי חקיקה נגדם, ששיאם בתיקון משנת 2016 לחוק העמותות, התש״ם–1980, שבו נקבע כי עמותה שרוב המימון שלה מגיע מישות מדינית זרה צריכה להצהיר על כך בכל פרסום שלה ובכל פנייה בכתב לחברי הכנסת.[49]
- **בתי־המשפט** – מהמתרחש ברחבי העולם עולה כי כאשר הפופוליזם מתגבר, בתי־המשפט נוטים להירתע משימוש במשפט הבין־לאומי. בתקופות כאלה בתי־המשפט מותקפים ממילא, ושימוש נרחב במשפט הבין־לאומי עלול רק להגביר מתקפות אלו. הישענות על המשפט הבין־לאומי לשם ביקורת החלטות של מוסדות נבחרים לאומיים נתפסת כחסרת לגיטימיות דמוקרטית, ולכן בתי־המשפט נוקטים טכניקות התחמקות ונסוגים מהחלת

---

46 ראו, למשל, אביעד בקשי **הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות** (נייר מדיניות מס׳ 10, פורום קהלת 2014); אהרן גרבר ״׳המניעה המשפטית׳: כיצד השתלט היועמ״ש על הרשות המבצעת״ **מידה** (10.3.2021) https://did.li/60haa.

47 ״צה״ל בראי הציבור הישראלי״ (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021) www.idi.org.il/articles/36689.

48 ״סקר ערכים בלחימה – לוחמי צה״ל״ (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019) https://did.li/aDCrl.

49 עמיחי כהן **מלחמות הבג״ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד** 256 (2020).

המשפט הבין־לאומי.[50] אכן, נראה שגם בית־המשפט העליון הישראלי נסוג מעט מההסתמכות על המשפט הבין־לאומי שאפיינה אותו עד תום העשור הראשון של המאה העשרים ואחת. הדבר ניכר הן בפסיקותיו בנוגע לשטחים[51] והן באמירות ביקורתיות מאוד של שופטים בבית־המשפט העליון כלפי המשפט הבין־לאומי.[52]

עולה אפוא כי כל המוסדות שהיוו את בסיס התמיכה ה״מוסרי״ במשפט הבין־לאומי בישראל, ואשר תמכו, כפי שפורט לעיל, בשינויים במנגנון החקירות בצה״ל, בין היתר עקב עליית כוחו של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי, הולכים ומאבדים את התמיכה הציבורית בהם ואת כוחם, כך שהפערים בין ישראל למשפט הבין־לאומי גדלים גם בהיבט הזה.

טענתי בהקשר זה היא זו: ההשפעה של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי ככלי לקידומו של המשפט הבין־לאומי במדינת־ישראל היא מורכבת. אל מול ההשפעה ה״חיובית״ שיש ללחצים הבין־לאומיים (וכאמור, בית־הדין הפלילי הבין־לאומי הוא רק חלק ממארג של לחצים, ואין אפשרות לראותו בהקשר זה במנותק מהם), בתי־הדין הפליליים הבין־לאומיים מייצרים גם תגובת־נגד של דחיית המשפט הבין־לאומי. בחינת טיעוניו של דותן אינה יכולה להיעשות אם כן מבלי להביא בחשבון גם את **ההשפעות השליליות** שיש לקיומם של בתי־דין בין־לאומיים, המעוררים התנגדות פנימית. על־מנת להבין את שורשן של ההתנגדויות הפנימיות הנוצרות על־ידי קיומם של בתי־הדין הבין־לאומיים, יש להעמיק מעט בטעמים להתנגדות מעבר למופיע בספרו של דותן.

בספרו של דותן מופיעות הביקורות כלפי המשפט הבין־לאומי כשורה של ביקורות נפרדות, ודותן מספק להן תשובות נפרדות. אך לי נדמה שביסוד הביקורות הנפרדות עומדת תפיסה פופוליסטית, המתנגדת למשפט הבין־לאומי באופן עקרוני. לבחינת התנגדות זו אעבור בחלק הבא של המאמר.

ג. עליית הפופוליזם במשפט הבין־לאומי

השינויים שעברו על משטרים דמוקרטיים רבים בשנים האחרונות מנותחים בדרך־כלל מנקודת־המבט של המשפט החוקתי הפנימי.[53] טענה מרכזית היא שהשינויים הללו מובלים על־ידי

---

50 Tamar Hostovsky Brandes, *International Law in Domestic Courts in an Era of Populism*, 17 INT'L J. CONST. L. 576 (2019).

51 Tamar Hostovsky Brandes, *The Diminishing Status of International Law in the Decisions of the Israeli Supreme Court Concerning the Occupied Territories*, 18 INT'L J. CONST. L. 767, 787 (2020).

52 לענייז זה ראו את דבריו של השופט סולברג בפרשת **דויקאת**: ״חפצי־חיים אנחנו. ולא נמות על קידוש אמנת ז׳נבה. גלוי וידוע, כי מדינת ישראל מתמודדת עם מלאכי־חבלה חורשי־רע, שהוגי האמנות לא חזו כלל בעיני־רוחם בעת שעיצבו וגיבשו את הוראותיהן״. בג״ץ 6826/20 **דויקאת נ׳ מפקד כוחות צה״ל באיזור יהודה והשומרון**, פס׳ 28 לפסק־הדין של השופט סולברג (נבו 25.10.2020).

53 הכתיבה על הפופוליזם ועלייתו בדמוקרטיות רחבה מאוד. ראו, למשל, בתקופה האחרונה: POPULISM AROUND THE WORLD: A COMPARATIVE PERSPECTIVE (Daniel Stockemer ed.,

התנועה הפופוליסטית. פופוליזם מורכב משני יסודות עיקריים: ראשית, מנהיגים פופוליסטיים טוענים כי הם, ורק הם, מייצגים את הרצון הפנימי האותנטי של העם, וכי כל דעה חולקת אינה לגיטימית, מכיוון שהיא נובעת מעמדות של אליטות זרות ומנותקות מהעם; שנית, הפוליטיקה הפופוליסטית מבוססת על תמיכה בעקרון שלטון הרוב, תוך דחיית מגבלות חוקתיות שמצֵרות את כוחו של הרוב.[54]

אף שעיקר הדיון בפופוליזם הוא במשפט החוקתי הפנימי, ניתן לזהות גישה פופוליסטית ביקורתית גם כלפי המשפט הבין־לאומי ומוסדותיו, וזאת משלושה כיוונים. ראשית, הביקורת הפופוליסטית מציבה במרכז השיח הביקורתי את האליטות המבכרות את טובתן, ובעיקר את ערכיהן, על טובת ״העם״ וערכיו, וזאת פעמים רבות תוך עקיפת הדמוקרטיה ושימוש במשפט הבין־לאומי. המשפט הבין־לאומי נתפס כמייצג את עמדת האליטות הזרות והמנותקות.[55] שנית, השיח הפופוליסטי מבקש לחזור לערכים ״לאומיים״ מסורתיים, שנדחקו מפני ערכים קוסמופוליטיים, דוגמת ״זכויות אדם״, המבוטאים במשפט הבין־לאומי.[56] לבסוף, ובאופן קונקרטי יותר, הביקורת הפופוליסטית מכוונת במדינות רבות (אם כי לא בישראל) כלפי המשפט הבין־לאומי המסחרי שנבנה על המסד האינטלקטואלי של ״הסכמות וושינגטון״, שלפיהן סחר חופשי ללא מגבלות הוא רצוי. התפתחות הסחר העולמי החופשי בעשורים שלמן מלחמת־העולם השנייה הביאה לידי שגשוג ניכר כמעט בכל מדינה שהשתתפה בסחר הזה (וכל מדינות המערב השתתפו בו), אך הטענה הפופוליסטית היא שהתועלת של הסחר החופשי הבין־לאומי רוכזה בידיהם של מעטים, ואילו הרבים שנפגעו כתוצאה מהמעבר של אתרי הייצור אל מדינות אסיה, למשל, לא פוצו כלל.

אם ניתן לזהות את הפופוליזם עם תפיסה מסוימת של משפט בין־לאומי, נראה שזו התפיסה ה״מסורתית״, שבבסיסה העיקרון של ריבונות המדינה וכן העיקרון הפוזיטיביסטי שלפיו מדינות מחויבות רק לכללים שעליהם הסכימו במפורש.[57] במילים אחרות, הפופוליזם דוחה לא רק את התפיסה ה״ליברלית״ של המשפט הבין־לאומי כמקדם ערכים מסוימים, אלא אף את התפיסה הרואה בפעילות הקולקטיבית הבין־לאומית בכללותה כמשקפת אינטרס לאומי.

השאלה עד כמה עלה בידי הפופוליסטים לשנות באופן מהותי את כיווני ההתקדמות של המשפט הבין־לאומי היא שאלה שנויה במחלוקת. בקרב החוקרים יש הסבורים כי הפופוליסטים אינם מנסים באמת לשנות את נתיב התקדמותו של המשפט הבין־לאומי, אלא

2018); TAKIS S. PAPPAS, POPULISM AND LIBERAL DEMOCRACY: A COMPARATIVE AND THEORETICAL ANALYSIS (2019); AUTHORITARIAN POPULISM AND LIBERAL DEMOCRACY (Ivor Crewe & David Sanders eds., 2019).

54 עמיחי כהן ויניב רוזנאי ״פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל״ **עיוני משפט** מד 87 (2021).

55 Lea Ina Schneider, *The Concept of International Law in an Era of Populism*, 7(2) IALS STUDENT L. REV. 28 (2020).

56 Heike Krieger, *Populist Governments and International Law*, 30 EUR. J. INT'L L., 971 (2019).

57 Eric A. Posner, *Liberal Internationalism and the Populist Backlash*, 49 ARIZ. ST. L. J. 795 (2017).

משתמשים בהתקפות עליו ככלי לשכנוע תוך־מדינתי;[58] או כי המשפט הבין־לאומי מוטמע עמוק במערכות הבירוקרטיות המדינתיות ובדעת־הקהל עד כדי כך שההליך המשפטי העֵבֶר־מדינתי (transnational legal process) כבר אינו מאפשר למדינה לפרוש מהמשפט הבין־לאומי או להתנגד לו באופן מהותי.[59] לעומתם יש הסבורים כי המשפט הבין־לאומי ניצב בפני משבר שמשנה את כיוון התפתחותו לחלוטין.[60] בין היתר הם טוענים כי הפופוליסטים החלישו מאוד את האמון הציבורי במוסדות בין־לאומיים,[61] וכי גישות פופוליסטיות הובילו לפגיעה בזכויות אדם, לרבות זכויות מהגרים וזכויות של מיעוטים.[62] אכן, תפיסות פופוליסטיות של משפט בין־לאומי, שמחזקות את תפקידה של המדינה הריבונית, מתנגדות גם להתערבות בין־לאומית במעשיהן של מדינות אחרות ובשמירה על זכויות האדם שם.[63] עמדות פופוליסטיות בבריטניה אף הביאו לידי פרישתה של בריטניה מחברות באיחוד האירופי, שהייתה רכיב חשוב בשיתוף־הפעולה הבין־לאומי של מדינה זו – פרישה שהשלכותיה על הפוליטיקה והכלכלה בבריטניה אדירות.[64]

דוגמה אשר רלוונטית במיוחד לדיון כאן היא העימות בין ארצות־הברית לבין בית־הדין הפלילי הבין־לאומי. ב־5 במרץ 2020 הפכה ערכאת הערעור של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי את החלטתה של ערכאת קדם־המשפט, וקיבלה את בקשת התובעת לפתוח בחקירה בנוגע להפרות נטענות של המשפט הבין־לאומי במהלך העימות באפגניסטן. בין היתר ביקשה התובעת לפתוח בחקירה נגד אמריקאים ששירתו בכוחות המזוינים של ארצות־הברית ובסוכנות המודיעין המרכזית שלה (CIA).[65]

---

58 הסוברים כך טוענים כי האתגר העומד כיום לפתחו של המשפט הבין־לאומי מוגבל לרמת הרטוריקה, ובא לידי ביטוי בתוכניות מפלגתיות ובנאומים פוליטיים שמאשימים מוסדות בין־לאומיים והשפעות זרות אחרות בבעיות האומה ככלי לשכנוע תוך־מדינתי. ראו, למשל, Krieger, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 987.

59 Harold Hongju Koh, *The Trump Administration and International Law*, 56 WASHBURN L.J. 413 (2017).

60 Philip Alston, *The Populist Challenge to Human Rights*, 9 J. HUM. RTS. PRACT. 1 (2017); Jan Wouters, *International Law, Informal Law-Making, and Global Governance in Times of Anti-Globalism and Populism*, *in* THE INTERNATIONAL RULE OF LAW: RISE OR DECLINE? 242, 264 (Heike Krieger, Georg Nolte & Andreas Zimmermann eds., 2019).

61 Andreas Zimmermann & Norman Weiß, *International Law in Times of Anti-Globalism and Populism—Challenges Ahead: Comment on Jan Wouters*, *in* THE INTERNATIONAL RULE OF LAW: RISE OR DECLINE? 265, 271 (Heike Krieger, Georg Nolte & Andreas Zimmermann eds., 2019).

62 Krieger, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 986; Alston, לעיל ה״ש 60, בעמ׳ 5–8.

63 Krieger, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 989–994.

64 Paul Taggart, *Populism in Western Europe*, THE OXFORD HANDBOOK OF POPULISM 248 (Cristóbal Rovira Kaltwasser et al. eds., 2017).

65 *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Case No. ICC-02/17 OA4, Judgment on the appeal against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan (Mar. 5, 2020). ארצות־הברית אינה חברה בבית־הדין, אך התובעת של בית־הדין ביקשה אישור מבית־הדין לפתוח בחקירה בגין חשד כי בעימות

תגובתה של ארצות־הברית על בקשה זו הייתה חריפה במיוחד: כבר בשנת 2002 העבירה ארצות־הברית את חוק ההגנה על אנשי הכוחות המזוינים (American Service-Members' Protection Act), האוסר על כל רשויות השלטון הפדרליות בארצות־הברית לשתף פעולה עם בית־הדין הפלילי הבין־לאומי, להסגיר אליו אדם או לסייע לו בדרך כלשהי.[66] החוק מסמיך את נשיא ארצות־הברית לנקוט את כל האמצעים הדרושים כדי להגן על החיילים האמריקאים מפני העמדה לדין בבית־הדין הפלילי הבין־לאומי (סעיף שהעניק לחוק את הכינוי ״חוק הפלישה להאג״).[67] באפריל 2019, כאשר החקירה טרם אושרה, ביטלה ארצות־הברית את אשרת הכניסה של התובעת של בית־הדין הפלילי הבין־לאומי.[68] ביוני 2020, בעקבות החלטתה של ערכאת הערעור לאשר את הפתיחה בחקירה, חתם הנשיא טראמפ על צו נשיאותי שמטיל סנקציות **אישיות** על אנשי בית־הדין המעורבים בחקירה נגד אזרחים אמריקאים או נגד אזרחי בעלות־ברית של ארצות־הברית, לרבות תפיסת רכושם ואיסור כניסה – שלהם ושל בני משפחותיהם – לארצות־הברית.[69] בצו הנשיאותי נקבע כי פעולותיו של בית־הדין נגד ארצות־הברית ובעלות־בריתה הן בגדר סכנה לביטחון הלאומי האמריקאי ופגיעה בריבונותה.[70]

לסיכום, הפופוליסטים רואים במשפט הבין־לאומי ובמוסדות הבין־לאומיים כלים לעקיפת הדמוקרטיה הלאומית על־ידי האליטות, המבקשות לשנות את הערכים הלאומיים ובאותה נשימה גם להשתלט על המשאבים החומריים הלאומיים.

יש הטוענים כי שנות השיא של הגישה הפופוליסטית כבר חלפו, וכי מגפת הקורונה הביאה לידי התפכחות ציבורית מכמה מההבטחות המובהקות ביותר שלו (למשל, המלחמה בשלטון הפקידים). ייתכן שכך הוא הדבר, אך לפחות במישור של המשפט הבין־לאומי נראה כי לביקורת שהועלתה על־ידי הפופוליסטים תהיה השפעה ארוכת־טווח. כך, למשל, גם הממשל הנוכחי בארצות־הברית אינו ממהר לשוב אל הסכמי הסחר החופשי הנרחבים שמשטרים קודמים ניסו לקדם.[71]

אני סבור כי על־מנת להבין לאשורם את המנגנונים הבאים לידי ביטוי בהתייחסות הלאומית למשפט הבין־לאומי, יש להבין את התהליך שמובל על־ידי התנועה הפופוליסטית, תהליך המנוגד להתפתחויות של המוסדות הבין־לאומיים. במדינות שבהן לתנועה הפופוליסטית יש

באפגניסטן – אשר חברה בבית־הדין – בוצעו פשעים בין־לאומיים, בין היתר על־ידי חיילים אמריקאים.

66 American Service-Members' Protection Act, Pub. L. No. 107-206, §§ 2001–2008 116 Stat. 899 (2002).

67 Lilian V. Faulhaber, *American Servicemembers' Protection Act of 2002*, 40 HARV. J. ON LEGIS. 537 (2003).

68 Marlise Simons & Megan Specia, *U.S. Revokes Visa of I.C.C. Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes*, N.Y. TIMES (Apr. 5, 2019), https://did.li/xxTCN.

69 Exec. Order No. 13928, 85 Fed. Reg. 36139 (June 11, 2020), https://did.li/6TNTY.

70 הצו הנשיאותי של הנשיא טראמפ בוטל (revoked) על־ידי הנשיא ביידן. Exec. Order No. 14022, 86 Fed. Reg. 17895 (Apr. 1, 2021).

71 עמיחי כהן **ישראל והמשפט הבינלאומי: מממשל טראמפ לממשל ביידן** (הצעה לסדר 41, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021).

השפעה מהותית על עמדות ציבוריות ועיצוב מדיניות, ובכלל זה במדינת־ישראל,[72] מעמדו של המשפט הבין־לאומי מצוי בנסיגה. ממילא, כל ניסיון של מוסד בין־לאומי להשפיע על המדיניות הפנימית נתקל באותן מדינות בהתנגדות פנימית.

ד. סיכום

המסד שעליו עומד המשפט הבין־לאומי – ההסכמה שלפיה זהו משטר מועיל וצודק – נפגמה. על־מנת ״לשקם״ את מעמדו, המשפט הבין־לאומי זקוק לפרדיגמה חדשה, כזו שתבסס את מעמדו כמועיל ״אוניוורסלי״, ולא כמיועד לטובתן של קבוצות מסוימות בלבד.

בראשית ספרו פורט דותן שורה של טענות נגד מוסדות השיפוט הבין־לאומיים. פרקי הספר מספקים – מהם פחות ומהם יותר – מענה לטענות אלו. אך דומה כי השאלה הניצבת בפני מי שקורא את ספרו של דותן היא אם יש בו כדי לבסס פרדיגמה חדשה כזו. אני סבור כי ספרו של דותן אכן מהווה מסד לדיון מחודש במעמד של המשפט הבין־לאומי בכלל ושל בתי־הדין הבין־לאומיים בפרט, ובתועלת שלהם לכלל מדינות העולם. דותן מציע לפנינו מערכת הצדקות לקיומם של בתי־דין בין־לאומיים, המציגה אותם כמערכת שאינה עליונה על המדינות, אלא פועלת במקביל למוסדות המדינה, תוך כיבוד עצמאותן של המדינות ומֵרוּב התועלת המצרפית מפעולה מתואמת בין־לאומית.

כמובן, ביסוס מלא של עמדה זו חורג ממסגרת ספרו של דותן. נדרשת התמודדות לא רק עם בית־הדין האירופי לזכויות אדם, אלא עם מגוון גדול הרבה יותר של בתי־משפט. יש לבחון לא רק את מוסדות השיפוט הבין־לאומיים, אלא אף מוסדות ״רכים״ יותר, דוגמת ועדות בין־לאומיות המפקחות על יישומן של אמנות וכן גופים בין־לאומיים אחרים. זהו מסע ארוך. אך ספרו של דותן הוא בהחלט צעד חשוב ומרכזי במסע זה.

---

72 על עליית הפופוליזם בישראל ראו כהן ורוזנאי, לעיל ה״ש 54.