

המשפט ההומניטרי הבין-לאומי ובית המשפט העליון בישראל

אהרון ברק*

הקדמה

מעטים ביותר הם בתי המשפט המדינתיים (municipal) העוסקים במשפט הבין-לאומי ההומניטרי (להלן: IHL).¹ אף שתפיסה לוחמתית (belligerent occupation) אינה תופעה חריגה במאה העשרים ובתחילת המאה העשרים ואחת, בתי המשפט של המדינות השונות המעורבות בתפיסה לוחמתית לא עסקו – בוודאי לא כעניין שבשגרה – בהיבטים ההומניטריים של התפיסה הלוחמתית.

לא כך בית המשפט העליון של מדינת ישראל.² העיסוק בתפיסה הלוחמתית וב-IHL היה בעבר (לפני הסכמי אוסלו) עניין שבשגרה לבית המשפט העליון שלנו. אף ששגרה זו שונתה במידה מה לאחר הסכמי אוסלו,³ העיסוק ב-IHL עולה עדיין מדי פעם על שולחנו של בית המשפט העליון. מבחינתי האישית, בוודאי פסקתי את הדין במאות רבות – אם לא אלפים – של פסקי דין בעניינים שתושבים (inhabitants) של סיני, עזה

* נשיא בית המשפט העליון בדימוס; בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. מאמר זה מבוסס על הרצאה שניתנה במסגרת כנס של הצלב האדום (מרכז מינרבה לזכויות האדם, ירושלים, 3.7.2013). ההרצאה פורסמה באהרון ברק **מבחר כתבים** כרך ג – עיונים חוקתיים 349 (2017), וכן תורגמה לאנגלית ופורסמה ב-47 ISR. L. REV. 181 (2014).

1 Jochen A. Frowein, *International Law in Municipal Courts*, 91 ASIL PROCEEDINGS 290 (1997); Karen Knop, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, 32 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 501 (2000).

2 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), כן ראו, לאחרונה, Tamar Hostovsky Brandes, *The Diminishing Status of International Law in the Decisions of the Israeli Supreme Court Concerning the Occupied Palestinian Territories*, INT'L J. CONST. L. (2020).

3 בעקבות העברת סמכויות הממשל בחלקים של יהודה והשומרון וחבל עזה לידי הרשות הפלסטינית.

(בעבר) והגדה המערבית (כיום)⁴ הביאו לפתחו של בית המשפט. נהפכתי – כמו חבריי לבית המשפט העליון – למעין מומחה ב-IHL. לא אטעה אם אומר שפסקתי בעניינים של IHL יותר פסקי דין מכל השופטים המדינתיים והבינ-לאומיים גם יחד. ה-IHL נהפך לחלק מהמשפט הפנימי שלנו. הוא נהיה חלק ממני. הנה כמה דוגמאות: הפסיקה בעניין איסור העינויים;⁵ עשרות פסקי הדין באשר לחוקיותה של גדר ההפרדה;⁶ פסק הדין בעניין נוהל שכן;⁷ פסק הדין בנוגע לחוקיותו של הסיכול הממוקד;⁸ עשרות פסקי הדין בעניין מאסר מנהלי והעברה ממקום למקום (relocation) בתוך השטח הנתון בתפיסה לוחמתית;⁹ פסקי הדין בדבר החוקיות של תפיסת קרקעות לצרכים שונים, ביניהם בניית התנחלויות וסלילת כבישים;¹⁰ הפסיקה באשר לחובת הצבא כלפי האוכלוסייה האזרחית במקרים של עימות מזוין (armed conflict), כגון הבטחת מזון ותרופות וטיפול בהרוגים ובפצועים;¹¹ ופסקי הדין בדבר חוקיות ניהולם של משפטים צבאיים באזור הנתון בתפיסה לוחמתית ובדבר תנאי החזקתם של אסירים ועצירים.¹²

-
- 4 Aharon Barak, *Human Rights in Israel*, 39(2) ISR. L. REV. 12, 23–31 (2006); Aharon Barak, *Human Rights in Times of Terror – A Judicial Point of View*, 28 LEGAL STUD. 493, 499–505 (2008) (להלן: Barak, *Human Rights in Times of Terror*).
- 5 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817 (1999) (להלן: פרשת איסור העינויים).
- 6 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 807 (2004) (להלן: פרשת גדר ההפרדה); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005); בג"ץ 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה (פורסם באר"ש, 16.3.2006); בג"ץ 11205/05 מועצת הכפר עירוניה נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 23.5.2006); בג"ץ 396/05 אלרזיקא נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 6.7.2006); בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 5.4.2011); בג"ץ 10202/06 עיריית דאהריה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 12.11.2012).
- 7 בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלון פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005) (להלן: פרשת עדאלה נ' אלון פיקוד מרכז).
- 8 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006) (להלן: פרשת הסיכול הממוקד).
- 9 בג"ץ 7015/02 עגזרי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002); בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993); בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(6) 721 (2003); בג"ץ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים (פורסם באר"ש, 10.7.2006).
- 10 בג"ץ 1748/06 ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 14.12.2006); בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 331 (2009).
- 11 בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה (פורסם באר"ש, 30.5.2004); בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 521 (2009).
- 12 בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור

הבסיס לפעולת ה-IHL מנקודת המבט של המשפט הישראלי

בנושאים שנמנו לעיל וברבים אחרים היה אפשר לדחות את העתירות כולן על יסוד הגישה המשפטית הגורסת כי בית המשפט נעדר סמכות, שכן נדונה בהן פעילות מחוץ לתחומי המדינה. כן היה אפשר לדחות את העתירות על בסיס הטענה כי הפעילות נושאת אופי מדיני או צבאי ועל כן אינה שפיטה. בוודאי כך אם העתירה נדונה בעוד הפעילות הבטחונית נמצאת בעיצומה. ייאמר לזכותה של מדינת ישראל כי נציגיה הטוענים בשמה בבית המשפט העליון מיעטו בטענות מסוג זה. הם הודרכו על ידי הנחיה כללית שהוצאה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בעת מלחמת ששת הימים – ולימים שופט ונשיא בית המשפט העליון – מאיר שמגר.¹³ על פי הנחייתו, המדינה אינה טוענת כי לבית המשפט העליון אין סמכות בעניינים המובאים לפניו מהשטח הנתון בתפיסה לוחמתית. כן הונחו נציגי המדינה על ידי עמדת הממשלה כי היא מקיימת את הדינים של ה-IHL ומוכנה להתדיין על כך לפני בית המשפט העליון.

הסכמה זו של המדינה אינה תנאי הכרחי או מספיק, כמובן. בית המשפט צריך להשתכנע בעצמו כי יש לו הסמכות, וכי הוא דן על פי דין שהוא חייב לדון על פיו. בתקופה הראשונה, סמוך לאחר מלחמת ששת הימים, נראתה התשובה לשאלות אלה סבוכה לבית המשפט העליון, אך אט-אט התבהרה התמונה. כיום התמונה פשוטה למדי: באשר לבעיית הסמכות, על פי הוראת חוק-יסוד: השפיטה, בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מוסמך "לתת צווים לרשויות המדינה... לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין".¹⁴ סמכות זו מכוונת כלפי הסמכויות של המדינה ופקידיה, בין לעניין פעולות שהם עושים בתוך גבולות המדינה ובין לעניין פעולות שהם עושים מחוץ לגבולות המדינה. אין מתעוררת אפוא כל בעיה של סמכות במקרה של עתירה המכוונת נגד פעולה של המפקד הצבאי מחוץ לישראל. באשר לבעיית הדין, המשפט הבינ-לאומי המנהגי הוא חלק מהמשפט המקובל

הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385 (2002); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003).

13 Meir Shamgar, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage, in MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL 1967–1980: THE LEGAL ASPECTS* 13, 43 n.56 (Meir Shamgar ed., 1982) ("According to the instructions and guide-lines of the present writer when serving as Military Advocate General and later as Attorney-General of Israel, the State never raised the plea of a lack of *locus standi*...")
 ("Israel decided... to subject the acts of its military) 43–42 בעמ' (Justice")
 government to judicial review by the Supreme Court of Israel sitting as the High Court of DAVID KRETZMER, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT*
 .OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 22 (2002)

14 ראו ס' 15(ד)2 לחוק-יסוד: השפיטה.

בישראל. עד כמה שה-IHL הוא בעל אופי מנהגי, הוא חלק מהמשפט הפנימי שלנו.¹⁵ בית המשפט העליון בדק בכל עניין ועניין את השאלה אם סוגיה מסוימת המעוגנת באמנה בין-לאומית – בין ישראל צד לה (כגון אמנת ג'נבה הרביעית (1949)) ובין שהיא אינה צד לה (כגון הפרוטוקולים לאמנות ג'נבה) – מהווה גם משפט מנהגי. כך, למשל, הדיון בסיכול הממוקד נעשה על פי סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון משנת 1977 לאמנת ג'נבה הרביעית (להלן: הפרוטוקול הראשון),¹⁶ שמדינת ישראל אינה צד לה, כאמור, אך שנתפסה על ידינו כמשקפת משפט בין-לאומי מנהגי. בהחלטה אם נורמה באמנה – אשר כשלעצמה אינה חלק מהמשפט הפנימי שלנו – משקפת משפט בין-לאומי מנהגי נעזרנו רבות בפרסומים של הצלב האדום. הספר שערך פיקטה על המשפט ההומניטרי¹⁷ צוטט אצלנו כדבר שבשגרה, והפרסום של הצלב האדום על ה-Customary International Humanitarian Law¹⁸ סייע בידנו רבות.

מעמדו המשפטי של ה-IHL כחלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי אינו בעל עוצמה חוקתית. חוק רגיל של הפרלמנט שלנו (הכנסת) יכול לשנותו, ובלבד שהדברים נאמרים בו באופן ברור וחד-משמעי.¹⁹ הדבר נכון גם למשפט הבין-לאומי ההסכמי, שתקפו בישראל מותנה באימוצו בדבר חקיקה. ייאמר מייד כי המחוקק הישראלי לא עשה כל ניסיון לשנות מבנה משפטי זה. אין בישראל חקיקה פנימית המשנה את היקף תחולתו של המשפט הבין-לאומי המנהגי. אני מקווה שכך יהיה הדבר גם בעתיד.

15 ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה 1061 (1951); ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5 (1956); בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979); בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 627 (1980); בג"ץ 785/87 אל עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 76 (1988).

16 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Additional Protocol I, *Adopted* June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3

17 OSCAR M. UHLER & HENRI COURSIER, ICRC, COMMENTARY ON THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949 RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR (Jean S. Pictet ed., Major Ronald Griffin & Mr. C.W. Dumbleton trans., 1958).

18 1 JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (2005).

19 לדין במעמדו המשפטי של המשפט הבין-לאומי בישראל ראו לאחרונה, למשל, תמר הוסטובסקי ברנדס "משפט זכויות האדם הבין-לאומי והמשפט החוקתי בישראל" **מחקרי משפט** לא 925 (2018).

ביקורת המצב הקיים

על המצב המשפטי הקיים נשמעה בעבר – ונשמעת אף כיום – ביקורת קשה. הימין הישראלי מתח עליו ביקורת משום שסבר כי הוא מטיל מגבלות על חופש הפעולה של הצבא באזור הנתון בתפיסה לוחמתית. "תנו לצה"ל לנצח" הייתה הסיסמה, והטענה הייתה שבית המשפט העליון מונע בפסיקתו ניצחון זה.²⁰ השמאל הישראלי מתח עליו ביקורת משום שסבר כי בית המשפט מעניק לגיטימציה לכיבוש.²¹ ואילו בית המשפט העליון המשיך כל השנים – וממשיך גם כיום – בדרכו, היא דרך המשפט. והמשפט אינו מכיר באמירה כי כאשר התותחים יורים המוות שותקות; הוא דוחה את האמירה, המיוחסת לקיקרו, כי *silent enim leges inter arma*.²² אכן, הגישה היא שכאשר התותחים יורים המשפט אינו שותק.²³ דווקא אז חשוב שקולו יישמע. כוכב הצפון הוא ה-IHL, כמה שהוא חלק מהמשפט הבינ-לאומי המנהגי. משפט זה אכן מטיל מגבלות על חופש הפעולה של הצבא. צבאה של מדינה דמוקרטית אינו יכול להתנהג באותו אופן כמו הטרוריסטים. עמדתי על כך בפסק דיני בעניין איסור העינויים:

"זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה."²⁴

השמאל הישראלי טועה בביקורתו על עצם נכונותו של בית המשפט לדון בעתירות מהאזור. אני משוכנע כי מצבם ההומניטרי של תושבי האזור – הערבים והיהודים גם יחד – היה גרוע בהרבה אילו משך בית המשפט את ידו ונמנע מלדון בעתירות מהאזור. בית המשפט אינו נותן בפסיקתו לגיטימציה לכיבוש, כשם שה-IHL אינו נותן לגיטימציה

20 ראו Barak, *Human Rights in Israel*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 26–30.

21 ראו KRETZMER, לעיל ה"ש 13, בעמ' 190.

22 MARCUS TULLIUS CICERO, ORATIONS: PRO MILONE, IN PISONEM, PRO SCAURO, PRO FONTEIO, PRO RABIRIO POSTUMO, PRO MARCELLO, PRO LIGARIO, PRO REGE DEIOTARO (N.H. Watts trans., 1953). 16.

23 ראו בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 470 (1991) ("אך גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק"). ראו גם WILLIAM REHNQUIST, ALL THE LAWS BUT ONE: CIVIL LIBERTIES IN WARTIME 224 (1998), הטוען כי ההצהרה של קיקרו משקפת את המציאות במשפט האמריקני.

24 פרשת איסור העינויים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 845.

לכיבוש. בית המשפט קובע מהו הדין החל. תוצאות דיפלומטיות של קביעה זו אינן עניין לבית המשפט.

בפסיקתו בית המשפט העליון נותן ביטוי ל-IHL. הוא נותן בכך ביטוי לאופייה של מדינת ישראל כמדינת חוק, שבה הביטחון וזכויות האדם חיים זה בצד זה. אין דמוקרטיה בלא ביטחון; אין דמוקרטיה בלא זכויות אדם. הדמוקרטיה מבוססת על איזון עדין בין בטחון הכללי לבין חירות הפרט. איזון זה משתקף ב-IHL. איזון זה משתקף גם בפסיקתו של בית המשפט העליון, המפעיל את ה-IHL כחלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי. בכך גם ניתן ביטוי לא רק לערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית, אלא גם לערכיה כמדינה יהודית.²⁵ ערכיה של ישראל כמדינה יהודית אינם ערכים של "תג מחיר", אלא ערכים של "עשיית הטוב והישר" ו"אהבת לרעך כמוך". על ערכים אלה מבוסס גם ה-IHL.

האמצעים שבית המשפט העליון נוקט

לשם הבטחת ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית נוקט בית המשפט העליון כמה אמצעים.²⁶ ראשית, איננו מקבלים את הטענה כי עתירות בעניינים הומניטריים אינן שפיות.²⁷ טענה בדבר פגיעה בזכות אדם – בין זכות לפי דיני זכויות האדם ובין זכות לפי דיני ה-IHL – היא תמיד טענה שפיתה. שנית, כל מי שטוען כי זכות אדם נפגעה – גם אם אין זו זכותו שלו – יש לו מעמד לפני בית המשפט העליון.²⁸ כך אנו נוהגים בעתירות שעוסקות כל כולן במשפטנו הפנימי, וכך אנו נוהגים בעתירות שעניינן ה-IHL. שלישית, איננו מקבלים את הטענה כי בשאלת האיזון המידתי בין ביטחון לזכויות אדם יש להנסיג את הדעת (to defer) לכיוונן של רשויות הצבא.²⁹ באחת הפרשות, שעסקה בגדר ההפרדה, כתבתי:

25 אהרון ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה (2014) (להלן: ברק כבוד האדם).

26 ראו Barak, *Human Rights in Israel*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 23–25.

27 Aharon Barak, *The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism*, 58 U. MIAMI L. REV. 125, 130 (2003).

28 אהרון ברק שופט בחברה דמוקרטית 284 (2004); זאב סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שנייה, 1993). לעניין השפיטות ראו פרשת אויב, לעיל ה"ש 15, בעמ' 124; בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

29 בג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536 (1990); פרשת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, לעיל ה"ש 11.

משפט ועסקים כה, תשפ"א המשפט ההומניטרי הבין-לאומי ובית המשפט העליון

"המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה גדר ההפרדה. אנו מומחים להיבטיו ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו."³⁰

רביעית, בית המשפט קבע כי כאשר מועלית טענה שה-IHL הופר, יש לבדוק את הטענה. בפרשת **הסיכול הממוקד** כתבתי בעניין זה:

"אחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריך שתהא עצמאית... במקרים מתאימים יהא מקום לשקול תשלום פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים..."³¹

ועדת טירקל, אשר הוקמה לצורך בדיקת אירועי המשט לעזה בשנת 2010, הוסיפה ופיתחה רעיון זה.³² נראה ש"הקמת הוועדה ביטאה את המחויבות של מדינת ישראל לקיים את פעולותיה, גם כשהן נערכות כחלק מהמאבק בטרור, לפי כללי המשפט הבינלאומי, ולבחון טענות המופנות נגדה בדבר ביצוען של הפרות כביכול"³³. יתר על כן, המלצות הוועדה כבר הוטמעו במידה מסוימת בעבודתם של מנגנוני הבדיקה והחקירה של צה"ל.³⁴

ביקורת הפסיקה

הביקורת על פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין ה-IHL אינה רק פוליטית. קיימת כמובן גם ביקורת משפטית. לזו יש חשיבות רק עד כמה שהיא טוענת כי במסגרת כללי

30 פרשת **גדר ההפרדה**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 846.

31 פרשת **הסיכול הממוקד**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 572–573.

32 הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 דו"ח שני – **ועדת טירקל: הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי** (2013) [www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20\(2013\).website%20-%20hebrew.pdf](http://www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20(2013).website%20-%20hebrew.pdf)

33 ראו אביחי מנדלבלט וגיל לימון "במשפט תעשה לך מלחמה" – ועדת השופט יעקב טירקל לבדיקת אירוע המשט ולוחמת המשפט "ספר טירקל – פרקי הגות, עיון ומשפט 267, 270 (אהרן ברק, קארין כרמית יפת ואליקים רובינשטיין עורכים, 2020) (הספר להלן: **ספר טירקל**).

34 דן עפרוני "הצבא בצבת המשפט? **משפט וצבא** 21(א) ז, יא (2015). ראו גם יובל שני דו"ח ועדת טירקל (חלק ב'): מהפכה שקטה בדיני החקירות הצבאיות" **ספר טירקל**, שם, 293.

ה-IHL היה אפשר לקבל החלטה אחרת. יש הסבורים כי היא אקטיבית מדי, ויש הסבורים כי אין היא אקטיבית דייה.³⁵ ביקורות דומות נשמעות גם ביחס לפסיקתו של בית המשפט העליון בענייני המשפט הציבורי הכללי, ובעיקר החוקתי. לכל המתלוננים על יתר אקטיביזם אומר זאת: מדינה ללא חוקה נוקשה ועם מגילת זכויות חלקית, קטועה וחלשה; מדינה הנמצאת במתח בטחוני מתמשך ובלתי פוסק מיום היווסדה; מדינה המאגדת בחובה עולים שבאו ממדינות שהדמוקרטיה אינה נהוגה בהן – מדינה כזו צריכה את בית המשפט העליון עם מידת האקטיביזם שבה הוא פועל כיום. ולטוענים כי האקטיביזם אינו מספיק אומר זאת: שופט אינו יכול לעשות כל שברצונו לעשות. עליו לפעול בגדריה של הפרדת הרשויות. שלטון החוק הוא בראש ובראשונה שלטון החוק בשופט. ריסון עצמי חיוני לכל שופט. הוא חיוני בוודאי לשופט הפועל במדינת ישראל, שאינה מצליחה להעניק לעצמה חוקה חדשה, שהשלום טרם הגיע אליה, ואשר שורשיה הדמוקרטיים אינם עמוקים.

באשר לביקורות בדבר יתר אקטיביזם או בדבר יתר ריסון עצמי בפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין ה-IHL, נוסף על תשובותיי לעיל לטיעונים הכלליים, התופסות כמובן גם כאן, ברצוני להוסיף זאת: פעילותי כשופט בענייני ה-IHL היא במסגרת המשפט הבין-לאומי המנהגי. עליי לשקף את המשפט הבין-לאומי המנהגי. עליי להגשים את הנהוג על ידי המדינות השונות. כוח היצירה השיפוטית – אף שהוא קיים – צר מכוח היצירה הנתון לי כשופט בגדרי המשפט המקובל הישראלי הכללי.

עליי להודות כי עם כניסתי לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה (בשנת 1975) ידעתי אך מעט על המשפט הבין-לאומי בכלל ועל ה-IHL בפרט. בלימודי בפקולטה למשפטים – שאותם סיימתי בשנת 1958 – לא עסקנו ב-IHL. גם בבואי לבית המשפט העליון, ועם תחילת פסיקתי בנושאים אלה, היה עליי ללמוד חומר חדש שלא ידעתי. אני בטוח שדבר זה משתקף בפסיקתי – הן בתוכנה והן בצורתה. דומה שבתחילת צעדי התייחסתי למקרים שבאו לפני כאל מקרים מיוחדים של משפט מנהלי. התחלתי את הפסק עם הסמכות השלטונית של המפקד עצמו, ובחנתי עד כמה שיקוליו היו ענייניים. עם התעמקותי בלימוד הנושא – ובמקביל להתפתחויות שהתרחשו בישראל במשפט הציבורי הכללי ולמהפכה החוקתית שהתרחשה בשיטת המשפט הישראלית – התחלתי להתייחס למקרים שבאו לפני כאל מקרים מיוחדים של משפט חוקתי שבו דיני ה-IHL מהווים את החוקה ופעולות המפקד הצבאי הן פעולות "תת-חוקתיות". התחלתי את הפסק עם הזכות, ובחנתי עד כמה הפגיעה בה היא בהתאם ל-IHL.

35 ראו, למשל, עמיחי כהן וטל מימרן **עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים – חשיבה מחדש** 44–45 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 112, 2015).

בגדרי המשפט הציבורי הישראלי הכללי עסקתי רבות בפסיקתי בשני מושגים חשובים: כבוד האדם מזה³⁶ ומידתיות הפגיעה בו מזה.³⁷ ביקשתי להכניס מושגיות זו גם לגדרי פסיקתי בענייני ה-IHL.³⁸ הנני סבור כי ה-IHL בכללותו נועד להגן ולהגשים את כבוד האדם, וכי כבוד האדם מונח ביסודו.³⁹ התפתחותו ההיסטורית של ה-IHL היא התפתחות של הכרה הולכת וגוברת בצורך לשמור על כבודו של כל אדם – חייל ואזרח כאחד. ביסוד ה-IHL עומדת ההומניות של האדם. ביסודה של הומניות זו עומד כבוד האדם. בעיניי, כבוד האדם הוא ביטוי להומניות של האדם – כל אדם. כבוד האדם, על פי גישתי, אינו רק מניעה של עינויים, השפלה (humiliation) או יחס מבזה (degrading treatment) – ביטויים המופיעים בסעיף משותף 3 (common article 3) של אמנות ג'נבה. כבוד האדם הוא הרבה יותר מזה; הוא אנושיותו של האדם והיכולת שלו לטוות את סיפור חייו.

באופן דומה, עקרון המידתיות הוא עיקרון כללי במשפט הציבורי.⁴⁰ הוא צריך

-
- 36 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: פרשת עדאלה נ' שר הפנים); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005). ראו גם ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 25.
- 37 ראו, למשל, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995); פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, שם; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, שם; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005). ראו גם אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010).
- 38 להכנסת המושגיות של כבוד האדם לפסיקה בענייני ה-IHL ראו, למשל, פרשת איסור העינויים, לעיל ה"ש 5; פרשת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, לעיל ה"ש 11; פרשת עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז, לעיל ה"ש 7; פרשת הסיכול הממוקד, לעיל ה"ש 8. להכנסת המושגיות של המידתיות לפסיקה בנושאי ה-IHL ראו, למשל, פרשת גדר ההפרדה, לעיל ה"ש 6; פרשת הסיכול הממוקד, שם; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006).
- 39 ראו, למשל, Commission on Human Rights, Declaration of Minimum Humanitarian Standards, U.N. Doc. E/CN.4/1995/116 (Jan. 31, 1995) (Declaration of Turku Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Minimum Humanitarian Standards, U.N. Doc. E/CN.4/1998/87 (Jan. 5, 1988), para. 99: ("For too long, these two branches of law have operated in distinct spheres, even though both take as their starting point concern for human dignity"); ICRC-UN, Guidelines for UN Forces, ICRC NEWS 96/19 (May 15, 1996), casebook.icrc.org/case-study/un-guidelines-un-forces ("[the guidelines] main purpose, as that of international humanitarian law as a whole, is to preserve human dignity").
- 40 THEODOR MERON, HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN NORMS AS CUSTOMARY LAW 65 (1989); ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS AND PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT 219 (1995); Jost Delbrück, Proportionality, in 3 ENCYCLOPAEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 1140 (Rudolph Bernhardt ed., 1997).

להיות עיקרון כללי גם ב-IHL. בפרשת הסיכול הממוקד⁴¹ כתבתי כי דרישת הצורך – כלומר, שאין לפגוע בזכותו של אדם אם ניתן להשיג את המטרה בדרך פוגעת פחות – חלה גם בגדריו של סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון.⁴² לדעתי, לא רק היבט זה של המידתיות ראוי שיחול בדיני ה-IHL, אלא כל ההיבטים של המידתיות. על כן נדרש גם איזון ראוי בין הצורך הצבאי לבין הפגיעה בזכות האדם.

כך פסקתי בכמה פסקי דין שעסקו בגדר ההפרדה. נקבע כי אין זה מספיק שמטרת הגדר היא הגשמת צורך צבאי ומטרה זו בלבד, שמתקיים קשר רציונלי בין הקמת הגדר לבין הצורך הצבאי, ושהגדר עומדת במבחן הצורך, במובן זה שאין אמצעי אחר להשגת המטרה שפגיעתו בזכויות האדם פחותה, אלא נדרש גם שיתקיים איזון מידתי בין התועלת מהגשמת המטרה הצבאית לבין ההשפעה השלילית של הפגיעה בזכויות התושבים. באחד המקרים – אשר עסק בזכויותיהם של אזרחים ישראלים אך רלוונטי גם לעניין ה-IHL – כתבתי:

“העיון במבחן המידתיות (במובן הצר) מחזיר אותנו למושכלות ראשונים שעליהם מתבססת הדמוקרטיה החוקתית שלנו וזכויות האדם שמהן נהנים הישראלים. מושכלות אלה הינם כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים; כי הביטחון אינו עומד מעל לכל; כי המטרה הראויה של הגברת הביטחון אינה מקדשת פגיעה קשה בחייהם של אלפים רבים של אזרחים ישראלים. הדמוקרטיה שלנו מתאפיינת בכך שהיא מציבה גבול ליכולת לפגוע בזכויות האדם; כי בבסיסה עומדת ההכרה כי סביב לפרט נבנית חומה המגינה על זכויותיו, אשר גם הרוב אינו יכול לפרוץ לתוכה. כך נהג בית משפט זה במקרים רבים ומגוונים. כך, למשל, נקיטה באמצעים פסיים (‘עינויים’) הייתה ללא ספק מגבירה את הביטחון. אך קבענו כי הדמוקרטיה שלנו אינה מוכנה לנקוט אותם, גם במחיר פגיעה מסוימת בביטחון... בדומה, קביעת תוואי גדר ההפרדה במקום שנקבע על ידי המפקד הצבאי בפרשת בית סוריק, הייתה מגדילה את הביטחון. אך קבענו כי תוספת הביטחון אינה שקולה כנגד הפגיעה הקשה בחיי הפלסטינים. הוצאתם של בני משפחה של מחבלים מתאבדים מאזור מגוריהם והעברתם למקומות אחרים (‘תיחום מגורים’) הייתה מגבירה את הביטחון באזור, אך היא נוגדת את אופייה של ישראל ‘כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות’...”⁴³

עשרים ושמונה שנים שימשתי שופט בבית המשפט העליון. בכל השנים הללו עסקתי ב-IHL. ראיתי בכך את אחד מתפקידיי החשובים ביותר. ידעתי גם ידעתי כי כאשר אני יושב לדין בעניינים, אני עצמי עומד לדין. מקווה אני כי במשפט זה – משפט ההיסטוריה – אצא זכאי.

41 פרשת הסיכול הממוקד, לעיל ה"ש 8.

42 שם, בעמ' 570–572.

43 פרשת עראלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 36, בעמ' 347.