המשפט הבין לאומי בין האג, ירושלים וביירות

written by ד"ר רפאל ביטון | 18.08.2024

הבעיה

לאחרונה קיבל בית הדין הבי"ל לצדק בהאג חוות דעת מייעצת בנוגע ל"כיבוש" הישראלי באיו"ש ובעזה[1]. לרוב הקוראים הישראלים חוות הדעת נתפסת כקיצונית וכמוטה. היא זכתה לדחייה מכלל המנהיגים הפוליטיים החשובים בישראל. בסוגיית ה"כיבוש" הישראלי באיו"ש ובעזה וחוקיותו ישנו מנעד של דעות אפשריות במשפט הבינלאומי, אבל בקריאת חוות הדעת נראה ששופטי הרוב התעקשו בעקביות לאמץ את הטיעונים והגישות שסותרים את העמדה הישראלית. **בנייר העמדה הזה, אני מבקש לטעון שגם תפיסת המשפט הבינלאומי הרווחת בישראל אינה מאוזנת**. היא אינה משקפת בהכרח את מנעד הדעות הרלוונטיות בנוגע לכל סוגיה מהסוגיות שישראל מתמודדת עימן. אני טוען שלחוסר האיזון הזה יש השפעה שלילית על יכולתה של ישראל להתמודד עם אתגרים משפטיים ומדיניים, והוא אף יכול להשפיע לרעה על היכולת להתמודד עם אתגרים צבאיים דרמטיים. בכלל זה, לתפיסה האחידה למדי של המשפט הבינלאומי בישראל עלולה להיות השלכה שלילית על היכולת לנצח במלחמת לבנון השלישית, שעלולה אולי לפרוץ בכל רגע.

יש שיטענו שגם אם אין בזה חפיפה עם האינטרס הישראלי, למרבה הצער זה הוא "הדין הבינלאומי"; שהעמדות הביקורתיות העקביות של בתי הדין הבינלאומיים ושל רוב המומחים למשפט בינלאומי בישראל פשוט משקפות את מה ש"הדין הבינלאומי" קובע. אלא שבקרב המומחים למשפט בינלאומי בעולם יש גם גישות אחרות בנוגע לכללים של אותו "הדין הבינלאומי". ובכלל, אחת המטרות בנייר הזה היא להבהיר את פוטנציאל הולכת השולל שטמון בטענות נחרצות שנאמרות בשם "הדין הבינלאומי". בהתאם, **הטיעון הראשון בנייר זה הוא כי המשפט הבינלאומי שונה מהמשפט הפנים-מדינתי שנוהג פנימה בכל מדינה ומדינה. ומכאן, שהכרה באופיו המיוחד של המשפט הבינלאומי היא חלק חיוני בהתמודדות עם הבעיות המשפטיות-ביטחוניות של ישראל**.

טענה שנייה בנייר הזה היא שהמשפט הבינלאומי הוא ברמה התפתחותית מוגבלת. הוא סובל מאי-בהירות רבה ויש ויכוח רחב בנוגע לכללים שבו. למרות זאת, רוב המומחים למשפט בינלאומי בישראל מגלים רמה גבוהה יחסית של אחידות דעה ביחס לסוגיות משפטיות-ביטחוניות. דוגמה מובהקת לזה אפשר לראות במלחמת "צוק איתן" בעזה בשנת 2014. עלתה אז שאלת החוקיות של ניתוק או הקטנה יזומים של כמות החשמל שישראל מספקת לעזה. פרופ' אבי בל, מומחה ישראלי למשפט בינלאומי, הגיש לוועדת החוץ והביטחון בכנסת חוות דעת שלפיה

הדבר מותר על פי הדין הבינלאומי[2]. בתגובה, התייצבו רוב המומחים הישראליים למשפט בינלאומי כשהם חותמים יחדיו על חוות דעת נגדית[3]. לשתי חוות הדעת הגיב פרופ' דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, במכתב משלו לחברי ועדת החוץ והביטחון של הכנסת[4]. על פי פרופ' פרידמן, העמדה המוצגת בחוות הדעת של קבוצת רוב המומחים היא רדיקלית יחסית. עוד הוא טוען שיש עמדות חשובות אחרות במשפט הבינלאומי שנוגדות את עמדת המומחים הישראליים. פרידמן אף המליץ לישראל שלא להציג דווקא עמדות רדיקליות שכאלו בהליכים משפטיים בארץ ובחו"ל. אכן, לפחות מומחה עולמי אחד למשפט בי"ל הציג עמדה התומכת בעמדתו של פרופ' בל והמתנגדת לחוות הדעת של קבוצת המומחים הישראליים[5].

הטענה השלישית במאמר הזה היא כי למרות הנחרצות שבה מוצגים חלק מטיעוני המומחים בישראל בנוגע ל"חובות שמוטלות על ישראל" במשפט הבי"ל, גם אם ישראל תאמץ את העמדות האלו היא בכל זאת לא תסיר את האיומים המשפטיים הבינלאומיים על ישראל ועל ישראלים. סקירת הפסיקה וההחלטות של בתי הדין הבי"ל הרלוונטית לישראל מעלה מסקנה ברורה: ההטיה בהן נגד ישראל וטיעוניה היא מובהקת. בבתי הדין, ובכלל זה גם בבית הדין הבינלאומי הפלילי, הסיכוי לתוצאה חיובית לישראל או לישראלים הוא שולי. עמדתי על כך ועל הנימוקים לזה בניירות עמדה קודמים. כל עוד לא יהיה שינוי מהותי בערכאות האלו, וכל עוד תבחר ישראל שלא לוותר על זכותה להגנה עצמית אפקטיבית מול אויביה, היא תעמוד מול דחייה עקבית של גישתה המשפטית מצד בתי דין בי"ל.

הטענה הרביעית במאמר הזה היא כי שילוב שלוש הטענות הראשונות מעלה אפשרות לפגיעה ביכולתה של ישראל להגן על עצמה באפקטיביות. מצד אחד, היא נלחצת על ידי המשפטנים הבי"ל והדרג המייעץ בישראל לאמץ גישה משפטית בי"ל מגבילה (וכאמור, לעיתים רדיקלית וכזו שיש מולה דעות חשובות אחרות). מצד שני, לא יהיה בעמדה הזו כדי לספק הגנה משפטית מוצלחת לישראל. התוצאה האפשרית היא שישראל גם תיפָגע ביכולתה לנצח במלחמה קיומית וגם תשלם למרות זאת מחיר משפטי בדיעבד.

התמודדות מומלצת

לצורך מזעור הבעיה שתוארה, אני ממליץ למקבלי ההחלטות לאמץ שלוש הכרעות:

1. **להכיר באופיו הייחודי של המשפט הבינלאומי** – כאמור, אחת הטענות בנייר זה היא כי המשפט הבינלאומי שונה מהמשפט הפנים-מדינתי (זה שחל בכל מדינה פנימה). הכרה באופיו המיוחד של המשפט הבי"ל היא חלק מן ההתמודדות עם הבעיה המשפטית-ביטחונית שהוצגה. המשפט הבינלאומי הוא, בחלק ניכר מהמקרים, רק אוסף של עקרונות. ביחס לחלקם, יש הסכמה בין המדינות ובין המשפטנים הבינלאומיים רק בנוגע לניסוחם הכללי. נזכיר שאין בנמצא "חקיקה" בינלאומית מתחדשת. אין לקהילייה הבינלאומית מקבילה אמיתית למערכת בתי המשפט שיש בכל מדינה, לכן במשפט

הבינלאומי אין גם פסיקה שיפוטית מבהירה ושוטפת כמקובל במשפט פנים-מדינתי[6], ולכן הפרשנות של רוב העקרונות במשפט הבינלאומי מצויה במחלוקת של ממש. המדינות חלוקות, וגם המומחים חלוקים בנוגע לרוב הכללים ובנוגע ליישומם. על זה נוסיף שהמשפט הבינלאומי קרוע בין ניגודי אינטרסים עמוקים בין המדינות, ובכללן בין המעצמות. הוא חשוף לעימות שבין תפיסות עולם שונות, ובכלל זה תפיסות עולם שונות בנוגע לטיבו ולמעמדו שלו.

תכונה נוספת של המשפט הבינלאומי היא התפתחותו האיטית. יצירת הנורמות הבינלאומיות יכולה להתגבש בדרך של הסכמת המדינות או בדרך של פרקטיקה משפטית רווחת ונמשכת. מטבע הדברים, שני המקורות האלו ליצירת כללים הם איטיים מאוד. התוצאה היא שסוגיות עכשוויות עומדות מול דין בינלאומי חסר או לא-עדכני. המסגרת במשפט הבינלאומי להסדרת מלחמות סייבר, לדוגמה, נשענת על דיני המלחמה מתחילת המאה ה-20 ועל ניסיונות לצקת בהם פרשנות חדשה. בהתאם, גם התופעה החדשה יחסית של מלחמות א-סימטריות בין מדינות ובין ארגוני טרור חזקים וטריטוריאליים, כמו חיזבאללה, מהווה אתגר לדיני המלחמה שאומצו לנוכח מלחמות בין צבאות ומדינות. מכאן, מובן מדוע בנוגע ללא-מעט אמצעים של לוחמה צבאית בטרור ישנה מחלוקת במשפט הבינלאומי בין המומחים, וגם בין המדינות.

התוצאה של כל זה היא כי המשפט הבינלאומי הוא מערכת משפט ברמת התפתחות מוגבלת, ושיש אף ספק אם היא מערכת משפט של ממש כלל ועיקר. בכל מקרה, ברור כי היא ברמה התפתחותית מוגבלת מאוד בהשוואה למשפט פנים-מדינתי כמו המשפט האמריקאי או הצרפתי. יש מחלוקת לגבי תכניו של המשפט הבי"ל ולגבי היישום של תכניו על סיטואציות "חדשות". אין לזירה הבינלאומית גורמים מרכזיים בעלי סמכות שמכריעים דרך קבע במחלוקות האלו, ומכאן שמי שמדבר בשם "חובות משפטיות במשפט הבי"ל" ראוי לו שידבר בצניעות. וראוי לזכור שאל מול הטיעונים האלו עומדת אי-בהירות ומחלוקת גדולה, ועומדות לא-אחת גם עמדות אחרות.

אם כך, מנהיג ישראלי שמוצגות לו חובות מוחלטות וברורות במשפט הבינלאומי בנוגע לסוגיות של מלחמה בטרור, לדוגמה, ראוי לו שייטול את העמדות האלו עם מידה בריאה של ספק. לאור רמת האחידות הגבוהה בין מומחי המשפט הבי"ל בישראל, על המנהיגים בישראל להטיל ספק גם במשמעות של מה שנראה כמו הסכמה גורפת בקרב משפטנים בינלאומיים וגורמי המקצוע. להטיה המספרית יכולה להיות גם השפעה מרתיעה בנוגע לדרג ממונה משפטי, כמו פצ"ר לדוגמה, אם ירצה להעמיד דעה נגדית לדעה הרווחת בקרב מומחים בישראל.

2. **להכיר באחידות המשפטית בישראל ולגוון את חוות הדעת** מובן שלכל מומחה למשפט בי"ל יש חירות לגבש לעצמו את עמדותיו. אבל, ההבנה שהמשפט הבי"ל מגוון יותר ומדויק פחות מכפי שנראה לעיתים בישראל מחייבת את המנהיגים לגוון באופן יזום ועקבי את ספקטרום דעות המומחים שהם שומעים[7]. הגיוון לא ייעשה בהדרתו של איש, אלא יש להשיגו בהרחבת מעגל הנשמעים.

באופן ספציפי יותר, בנוגע לדיני המלחמה ישנו ויכוח בשאלת היחס בין שני האינטרסים שהם מקדמים: היכולת לנצח בעימות צבאי והאינטרס ההומניטרי של הפחתת אובדן וסבל. אני טוען שקריאה של מקורות דיני המלחמה ואמנות היסוד שלהם תלמד על עליונות עקבית של הצורך הצבאי ולא על שוויון בין האינטרסים. מן הבחינה הזו, עמדתי היא כי האינטרס ההומניטרי בעת לחימה מקבל ביטוי משני לאינטרס-העל של הצורך הצבאי. כלומר, האינטרס ההומניטרי מקבל ביטוי בדיני המלחמה בעיקר כל עוד אין הוא משפיע השפעה ממשית על היכולת לנצח ועל האינטרס המדינתי הקיומי. כל קריאה אחרת של דיני המלחמה מחייבת בעיניי גישה שמייחסת אי-רציונליות של המדינות. היא תהיה שוות ערך לציפייה מהן שתקיימנה מגבלות הומניטריות גם במחיר איום קיומי. להערכתי, ספק אם עמדות כאלו מגיעות אל שולחן מקבלי ההחלטות בישראל.

3. **להכיר ברלוונטיות השולית של הטיעון המשפטי ומתן עדיפות (המוכרת בדיני המלחמה) לצורך לנצח** – תהא אשר תהא העצה המשפטית שישמעו המנהיגים, עליהם להפנים את התועלת המוגבלת שתופק מאימוצה. גם באימוץ העמדות הרדיקליות במשפט הבי"ל לא טמון בהכרח הפוטנציאל לקבלת הסכמה משפטית-בי"ל לעמדה המשפטית הישראלית. בהטיה הקיימת בבתי הדין הבינלאומיים, זו ציפייה בלתי סבירה. דוגמה לזה היא תוכנית ההתנתקות. קשה לחשוב על מהלך רדיקלי יותר מאשר פינוי כלל האוכלוסייה הישראלית ברצועת עזה וכלל הנוכחות הצבאית באופן מוחלט. אחת הציפיות מן המהלך הייתה הגברת הלגיטימציה הבינלאומית והמשפטית עם "סיום הכיבוש". אלא, שכאמור, אחת הטענות כאן היא שבמצב הנוכחי, מצידה של ישראל אין בנמצא סטנדרט משפטי רדיקלי מספיק שיימצא כמוצדק ומספק בבתי הדין הבינלאומיים. ואכן, סופו של מהלך ה"התנתקות" ושל "סיום הכיבוש" הוא בחוות דעת של משפטנים בעולם, ועכשיו של בית הדין הבינלאומי לצדק, שלפיה ישראל נותרה אחרי ההתנתקות כ"כובשת" בעזה.

חשוב להבהיר, נייר מדיניות זה אינו קורא להנהגה הישראלית לפעול חלילה בניגוד למשפט הבינלאומי שמחייב את ישראל. על ישראל לקיים את המשפט הבינלאומי שמחייב אותה אחרי שתאמץ פרשנות סבירה, לא-רדיקלית ולא-התאבדותית שלו, שיש לה גם תמיכה של מומחים בארץ ובעולם.

בהתאם, אף על פי שיש להיגמל מן הציפייה להציג את טיעוניה הטובים של ישראל ולשכנע בתי דין בינלאומיים, אין סיבה לנטוש טיעונים במשפט הבי"ל שישראל מוצאת היום כנכונים וצודקים. כפי שציינתי בניירות עמדה קודמים, לא אחת ישראל היא חלוצה בתחום הפרקטיקה של המלחמה בטרור. כבר קרה שעמדות משפטיות של ישראל נדחו בתחילה בקרב משפטנים בי"ל ובקהילייה הבי"ל, אבל שכשהגיע סוג האיום שמולו עמדה ישראל גם לכדי איום על מדינות מערב נוספות זכו חלק מטיעוניה של ישראל לקבלה מאוחרת. לדוגמה, בעניין חיסול פעילי טרור. המסקנה מזה היא כי אי-הסכמה גורפת לעמדות הישראליות כיום אינה סיבה לנטוש אותן. קרוב לוודאי שבתי הדין הבינלאומיים לא יקבלו אותן בכל מקרה, אבל מומחים ומדינות בעולם עוד

עשויים לשנות דעתם עם הבשלת ההבנה של האיום שישראל עומדת מולו[8].

הבנת הטענות בנייר העמדה הזה קריטית ברגעים האלו ממש. מלחמה עצימה עלולה לפרוץ בצפון מול חיזבאללה בכל רגע. המלחמה הזו תתנהל בתנאים ייחודיים של איום על העורף והתשתיות הלאומיות בישראל. לאור שטחה הקטן של ישראל, מדובר באיום יוצא דופן. אם יצטרפו שחקנים נוספים למערכה נגד ישראל, יגדל היקף האיום הרקטי והטילי הקונבנציונלי מאוד. לאור רגישותה האסטרטגית של ישראל, הרי שמהיקף מסוים הנשק הקונבנציונלי מעמיד מול ישראל איום שמתקרב בערכו לאיום לא-קונבנציונלי. עוצמת האיום מחייבת גישה נחרצת ומהירה במיוחד להסרתו, מוקדם ככל האפשר. האיום הקיומי הייחודי מחייב לכן גישה מרחיבה ביותר מבחינת דיני המלחמה. העמדת מגבלות "ישנות" על הפעילות הצבאית הישראלית להסרת האיום תהיה לא נכונה ומסוכנת ברמה הקיומית. לא הייתה עוד נקודה כזאת בזמן שבה היה על המנהיגים הישראליים להקפיד על מה שטוען לו נייר עמדה זה: להקפיד לגוון את שיח הייעוץ במשפט הבי"ל ולהתמיד בגישות שמאפשרות ניצחון ושישראל רואה אותן כנכונות וצודקות.

[1] LEGAL CONSEQUENCES ARISING FROM THE POLICIES AND PRACTICES OF ISRAEL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY, INCLUDING EAST JERUSALEM, Advisory Opinion, I.C.J. (19 July 2024) (https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf)

[2] אבי בל, ישראל רשאית לנתק את רצועת עזה ממים וחשמל ? חוות דעת משפטית (יולי 2014).

[3] חובה לספק חשמל ומים לעזה ? "מכתב המשפטנים" (21.7.2014)

https://www.haokets.org/2014/07/21/%D7%97%D7%95%D7%91%D7%94-%D7%9C%D7%A1%D7%A4%D7%A7-%D7%97%D7%A9%D7%9E%D7%9C-%D7%95%D7%9E%D7%99%D7%9D-%D7%9C%D7%A2%D7%96%D7%94/).

[4] ראו: דניאל פרידמן, הערות בעניין אספקת חשמל ומים לרצועת עזה (23.7.2014) (https://danielfriedmann.com/blog/water-electricity-to-gaz).

[5] ראו לדוגמה את עמדתו של פרופ' פוזנר, מחשובי המומחים למשפט בי"ל ומהבולטים שבין חוקרי המשפט בעולם: "Would it be lawful for Israel to shut off electricity to Gaza? Yes, says Avi Bell… No, says twelve other scholars in Israel… Israel could cut off electricity even if it were not at war with Gaza…But the 12 authors don't argue that Israel occupies Gaza. Instead, they argue that Israel has certain obligations to Gaza because Israel used to occupy Gaza and since withdrawing has prevented

Gaza from developing infrastructure by blockading it. There is an Israeli Supreme Court case that lends credence to this theory, but international law does not. There is no legal authority for the principle that a belligerent that has withdrawn from a country has any obligations toward it that arise from the former occupation. Nor can the authors cobble together a description of the contours of those obligations if they did exist, so even if Israel owed obligations toward Gaza of some sort, it would hardly follow that it cannot cut off electricity if it believed that doing so advanced a legitimate military objective. Eric Posner, Would it be Lawful for Israel to Shut Off Electricity to Gaza?" (24.7.2014) ((https://ericposner.com/would-it-be-lawful-for-israel-to-shut-off-electricity-to-gaza .

[6] בית הדין הבינלאומי לצדק, ה-ICJ, אינו באמת מקבילה אמיתית למערכת בתי משפט שיש בכל מדינה. השיפוט בו הוא רק בהסכמת המדינות, ומספר התיקים בו, כמו גם סוג הנושאים המגיעים אליו, מוגבל מאוד בהשוואה לבתי משפט פנים-מדינתיים.

[7] לדוגמה לחוות דעת שכזו, שעל פי הפרסום עמדה בניגוד לעמדות שהושמעו לדרג הביטחוני והמדיני, ראו: אריאל כהנא, חוות הדעת המשפטית קובעת: אין חובה על ישראל לאפשר לתושבי צפון הרצועה לחזור לבתיהם, ישראל היום (3.1.2024)

.(https://www.israelhayom.co.il/news/geopolitics/article/15046141)

[8] לתיאור כללים בתחום המלחמה בטרור שעברו הליך "הגמשה" עם התרחבות איום הטרור העולמי, ראו: Cohen, Alon and Bitton, Raphael, 2015. The Threshold Requirement in Asymmetric Conflicts: A Game Theory Analysis. *Chi. J. Int'l L., 16*, p. 43, 51–53.